

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 4 de julio de 2006.

Vistos los autos: "Antiñir, Omar Manuel - Antiñir, Néstor Isidro - Parra Sánchez, Miguel Alex s/ homicidio en riña y lesiones leves en riña y en conc. real".

Considerando:

1°) Que el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén rechazó el planteo de inconstitucionalidad de los arts. 95 y 96 del Código Penal introducido en el recurso de casación deducido por la defensa de Omar Manuel Antiñir, Miguel Alex Parra Sánchez y Néstor Isidro Antiñir contra la sentencia que condenó a los dos primeros como coautores de homicidio en riña en concurso real con lesiones leves en riña a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional (fs. 543/550), y al último, a la pena de dos años y seis meses de prisión de ejecución condicional por el delito de homicidio en riña (fs. 554/558). Contra dicho pronunciamiento se interpuso el recurso extraordinario federal de fs. 595/601, concedido a fs. 605/607.

2°) Que la decisión recurrida afirma la constitucionalidad del homicidio y lesiones en riña sobre la base de considerar que el tipo penal previsto en el art. 95 del Código Penal exige la comprobación de la intervención directa de los autores en una riña, que ellos ejerzan violencia sobre la persona del ofendido y que esas vías de hecho, en algún grado, hayan tenido cierta idoneidad causal general en relación con el resultado. A partir de esa interpretación, el tribunal sentenciante entiende —en contra de lo que pretende el recurrente— que no puede considerarse vulnerado el principio de responsabilidad personal ni la presunción de inocencia, pues "los autores de la violencia sobre la persona de la víctima deben haber sido identificados, al igual que establecida la relación de causalidad entre la violencia y el resultado". Es

decir, que no puede sostenerse que la ley formula una presunción a partir de la mera intervención en la riña, sino que, en todo caso, "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".

3°) Que, por su parte, la defensa afirma en el recurso extraordinario que los arts. 95 y 96 del Código Penal vulneran el principio de culpabilidad, pues crean una ficción de autoría bajo la estructura de un delito de sospecha, y la falta de prueba que debería llevar a una absolución es reemplazada por una condena menor que la correspondiente al delito que no se logró acreditar. Según el recurrente, en tanto las figuras cuestionadas no exigen la prueba de la autoría de los participantes en una riña en la que se causaron las lesiones o el homicidio, no sólo se viola la presunción de inocencia, sino que se genera una presunción de responsabilidad penal en virtud de la cual se ha de considerar autor de lesiones u homicidio en riña a todos los que habiendo participado en ella hubieran ejercido violencia sobre la víctima por el solo hecho de haberla ejercido.

4°) Que al haberse tachado de inconstitucional una ley nacional de derecho común, la vía del art. 14 de la ley 48 resulta procedente.

5°) Que el texto del art. 95 del Código Penal establece: "Cuando en riña o agresión en que tomaren parte más de dos personas, resultare muerte o lesiones de las determinadas en los arts. 90 y 91, *sin que constare quiénes las causaron*, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido y se aplicará reclusión o prisión de dos a seis años en caso de muerte y de uno a cuatro

Corte Suprema de Justicia de la Nación

años en caso de lesión" (sin destacar en el original). Ciertamente, ya a simple vista, la formulación de la ley ("se tendrá por autores") da pie a cuestionar su legitimidad constitucional en tanto consagraría una presunción de culpabilidad a partir de un precepto de responsabilidad objetiva, vedado por el principio de culpabilidad: "si no se sabe quién lo mató, que respondan todos", siguiendo el modelo del *versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto*: quien comete un hecho ilícito es responsable por todo lo que se siga de él (conf. Gerhard Dornseifer, *Unrechtsqualifizierung durch den Erfolg - ein Relikt der Verdachtsstrafe?*, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1989. Hay traducción castellana publicada en *Doctrina Penal*, n° 49/52, págs. 135 y sgtes., esp. pág. 137).

6°) Que si esto fuera efectivamente así, es decir, si el art. 95 del Código Penal supliera la falta de prueba acerca de quién fue el autor del hecho por medio de la atribución de responsabilidad a todos los intervinientes en la riña, nos encontraríamos frente a una regla que lesionaría la presunción de inocencia. Sin embargo, no fue esta la interpretación del tribunal neuquino, que 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. En este sentido, el *a quo* dejó en claro que aquello por lo que se hace responder a los condenados en modo alguno deriva de una "presunción de autoría", sino todo lo contrario, ya que 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 significa, en otras

palabras, que el tipo penal en cuestión fue interpretado, razonablemente, como un delito preterintencional, en el cual la conducta realizada (¡y probada!) ya representaba el riesgo previsible de producción del resultado.

7°) Que el camino de la historia dogmática que han seguido en la jurisprudencia y en la doctrina los delitos calificados por el resultado ha sido marcado por el esfuerzo de evitar una arbitraria atribución de responsabilidad por el resultado. Desde este punto de vista, se admite la constitucionalidad de los delitos preterintencionales en la medida en que se pueda establecer una conexión subjetiva entre la conducta efectivamente realizada con dolo y la consecuencia más grave producida, al menos con imprudencia, como forma de satisfacer la exigencia del principio de culpabilidad relativa a que la acción punible le pueda ser atribuida al imputado tanto objetiva como subjetivamente (conf. esp. el caso "S.A. Parafina del Plata", registrado en Fallos: 271:297, así como también los precedentes de Fallos: 303:1548; 312:149; 312:447; 316:1190 —disidencia del juez Petracchi—; 316:1239 —disidencia de los jueces Petracchi y Belluscio—; 316:1261 —considerando 11 del voto de la mayoría y 9° de la disidencia de los jueces Petracchi y Belluscio).

8°) Que el hecho de que el texto legal cuestionado sujete su aplicación a la circunstancia de *que no conste quién causó* la muerte o las lesiones no puede ser entendida, por cierto, 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

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Nacional.

9°) Que el *in dubio pro reo* prohíbe toda interpretación de una norma a partir de la cual se derive la existencia de una presunción directa o indirecta de culpabilidad (en este sentido, conf. Salas Holgado, Ángela, *El delito de homicidio y lesiones en riña tumultuaria*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, t. 40, págs. 665 y sgtes., esp. pág. 686). En consecuencia, la distinción entre cuestiones de derecho material y de derecho procesal, además de no ser siempre sencilla, tampoco resulta necesariamente fructífera. Así, en el caso de la presunción constitucional de inocencia, se prohíbe la inversión de la carga de la prueba en forma general, sea que ella se concrete por la vía del derecho procesal o del derecho de fondo. Desde este punto de vista, aun cuando se considere que la riña o agresión alcanzadas por los arts. 95 y 96, Código Penal, sólo se configuran *típicamente* cuando la riña o agresión se producen en forma "tumultuaria", la posible inversión de la carga de la prueba prohibida por la Constitución en materia penal no queda definitivamente descartada. En efecto, cuando se entiende que "riña tumultuaria" es aquella en la que "se acometen varias personas confusa y mutuamente de modo que no cabe distinguir los actos de cada una" (Diccionario de la Real Academia Española, 21a. ed., 1992), es posible afirmar una imposibilidad *material* de determinar quién cometió cada acto y quién produjo el resultado final. Pero el hecho de que la determinación de los actos individuales y sus consecuencias sea materialmente imposible, por sí solo, no autoriza al legislador a crear una presunción de responsabilidad general objetiva respecto de todos los intervinientes y sin distinciones (conf., por ej., la relación histórica entre el concepto de dolo y las posibilidades del legislador de "solucionar" problemas de prueba por medio de

este concepto, en Dornseifer, *supra cit.*, págs. 138 y sgtes.).

10) Que, sentado lo anterior, se advierte 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.

11) Que, por lo demás, parece claro que por medio del art. 95, Código Penal, el legislador ha pretendido simplificar posibles complicaciones en la producción de la prueba derivadas de las frecuentes dificultades para individualizar la responsabilidad de cada interviniente en hechos de estas características. Pero esto no significa que la norma parta de la premisa inexorable de que la determinación de tales responsabilidades es y seguirá siendo imposible, sino todo lo contrario. Es decir que, en todo caso, lo que sucede es que no se cuenta, en ese momento y en ese lugar, con técnicas de investigación y elementos de prueba suficientemente idóneos para esclarecer el hecho, sea que se trate de testigos o de la posibilidad de peritajes más complejos.

12) Que, por otra parte, se advierte que la prohibición de ejercer violencia en el contexto de una riña o agresión, puede constituir una conducta legítimamente alcanzable por una pena, en tanto representa la creación de un riesgo cierto, previsible y cuyas consecuencias no pueden ser totalmente controladas por parte de quien interviene en ella. Ahora bien, si esto es así, debería resultar irrelevante la circunstancia de que no conste quien causó efectivamente las lesiones o la muerte de las que se hace depender objetivamente

Corte Suprema de Justicia de la Nación

la punibilidad, de modo tal que, si tal constancia apareciera, ese mínimo de responsabilidad no debería desaparecer ni atenuarse. De otro modo sí se estaría haciendo depender la punibilidad de la mera sospecha de haber causado el resultado, al alcanzar a aquellos que, de haberse contado con la constancia de quién fue el causante, deberían haber resultado absueltos o, al menos, penados en menor grado.

13) Que en una dirección parecida argumentó la Comisión de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios de la H. Cámara de Senadores, en el 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, págs. 4031 y sgtes.). En el marco de la discusión sobre el aumento de las escalas penales para los delitos culposos, y al examinar posibles discrepancias de los proyectos presentados con las penas previstas para otros tipos penales, se dijo, con respecto al art. 95, Código Penal: "Cuando el art. 95 del Código Penal establece como requisito de la aplicación de la pena que 'no conste' quiénes causaron la muerte o lesiones, hay que entender no tanto que si consta quien causó la herida final *sólo responda éste*, sino más bien que el art. 95 -aunque conste quién mató o lesionó- se aplica a todos aquellos respecto de los cuales no conste la autoría de la lesión final y no se pudiera probar el dolo de una tentativa o consumación en coautoría, restando, por tanto -a lo sumo-, imprudencia" (conf. loc. cit. pág. 4057). Según el dictamen citado, en muchos casos tratados como homicidio o lesiones en riña o agresión hay más bien una coautoría dolosa de lesiones o muerte, como por ejemplo, cuando todos aplican puntapiés a la cabeza de la víctima, viendo que los demás también lo hacen, de modo que todos debilitan en común la resistencia del cráneo

o del cerebro. Pero, "cuando el caso tenga la configuración de que varios agredieron a la víctima de maneras diversas y uno de ellos diera un golpe mortal no asumido dolosamente por los demás —se sepa quién fue éste o no—, entonces, el hecho es propiamente un homicidio preterintencional de características particulares: cada uno sabe que está interviniendo en un episodio con 'dinámica de grupo', y nadie sabe cómo terminará; esto encierra al menos *una imprudencia respecto de la integridad corporal o aun de la vida de la víctima*, además del acto violento doloso que cada uno haya cometido. El art. 95 Código Penal, por tanto, 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*..." (loc. cit., pág. 4057).

14) Que, por lo expuesto, y tal como ha ocurrido en la sentencia apelada, en tanto se sujete la interpretación de los arts. 95 y 96, del Código Penal, a límites estrictos, que eviten que su aplicación se convierta en la mera atribución de responsabilidad objetiva y en un "delito de sospecha" que invierta el *onus probandi*, tales normas resultan constitucionalmente admisibles.

-//-

A. 2450. XXXXVIII.
Antiñir, Omar Manuel - Antiñir, Néstor
Isidro - Parra Sánchez, Miguel Alex s/
homicidio en riña y lesiones leves en riña y
en conc. real.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

-//-Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se declara
procedente el recurso extraordinario y se confirma la senten-
cia apelada. Hágase saber y, oportunamente, devuélvase. ENRI-
QUE SANTIAGO PETRACCHI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARLOS
S. FAYT (en disidencia)- E. RAUL ZAFFARONI (según su voto)-
RICARDO LUIS LORENZETTI - CARMEN M. ARGIBAY (según su voto).

ES COPIA

VO-//-

Corte Suprema de Justicia de la Nación

-// - TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAUL ZAFFARONI

Considerando:

1°) Que el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén (fs. 589/593) no hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad de los arts. 95 y 96 del Código Penal y rechazó los recursos de casación deducidos por el defensor de Omar Manuel Antiñir, Miguel Alex Parra Sánchez y Néstor Isidro Antiñir contra las sentencias de la Cámara en lo Criminal Segunda de esa ciudad por las que se condenó a los dos primeros como coautores penalmente responsables de los delitos de homicidio en riña en concurso real con lesiones leves en riña a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional (fs. 543/550), y al último a la pena de dos años y seis meses de prisión de ejecución condicional por el delito de homicidio en riña (fs. 554/558). Contra dicho pronunciamiento se interpuso el recurso extraordinario federal de fs. 595/601 que fue concedido a fs. 605/607.

2°) Que el *a quo* no hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad sobre la base de considerar que la particular estructura normativa de los arts. 95 y 96 del Código Penal no conculcan principios constitucionales ya que una de las exigencias típicas de estas figuras consiste, precisamente, en "haber ejercido violencia" sobre la persona del ofendido. Asimismo, 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 guarden alguna relación causal general con el resultado. De esto puede colegirse que, si por responsabilidad personal se entiende que, la imputación penal exige un actuar directo del sujeto al que se le atribuye la acción (y que ese actuar haya sido —en el caso de estas figuras— con dolo), no es factible alegar ningún

reparo constitucional contra una norma (como las de los arts. 95 y 96 del Código Penal) que, entre sus exigencias típicas, requieren que los autores: a) intervengan directamente en la riña; b) 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. Ello no quiere decir, empero, que la ley haya presumido que, por la mera intervención (en la riña) y sin que conste quien ejerció violencia o si esa violencia, en general, guarda relación causal general con el resultado, se pueda llegar a una condena".

3°) Que el recurrente cuestiona la validez constitucional de los arts. 95 y 96 del Código Penal pues entiende que violan los principios de responsabilidad penal personal (o de culpabilidad por el hecho propio) y de presunción de inocencia ya que no exigen la prueba de la autoría de los participantes en una riña en la causación de las lesiones o del homicidio, y porque consagran una presunción o ficción de autoría al tener por autores de las lesiones o del homicidio a todos los que —habiendo participado en la riña— hubieren ejercido violencia sobre la víctima, por el solo hecho de haberla ejercido. Es por ello que sostiene que no basta con la prueba de haber tomado parte en una riña y de haber ejercido algún tipo de violencia sobre la persona del ofendido, puesto que si no puede probarse quién o quiénes produjeron las lesiones o la muerte, no puede asignarse responsabilidad penal a ninguna persona.

4°) Que el remedio federal es procedente, dado que se ha aplicado una ley nacional de derecho común impugnada por el

Corte Suprema de Justicia de la Nación

apelante como inconstitucional (Fallos: 310:1909, considerando 4° y sus citas).

5°) Que lleva razón el apelante en que los arts. 95 y 96 del Código Penal serían inconstitucionales si consagrasen una ficción de autoría de homicidio o lesiones, pues en tal supuesto se estaría consagrando un *versari in re illicita* (sobre este concepto, la obra clásica del Padre Julián Pereda S. J., *El "versari in re illicita" en la doctrina y en el Código Penal*, Madrid, 1948). Si cualquiera que hubiese participado en la riña y hubiese ejercido violencia sobre la víctima fuese considerado autor del homicidio o de las lesiones, se estaría condenando en base al principio de que quien quiso la causa quiso el efecto, que es precisamente la fórmula del *versari*. En las últimas décadas se rechaza abiertamente el *versari* en los llamados *delitos calificados por el resultado* (Alfonso Cardenal Murillo, *La responsabilidad por el resultado en derecho penal*, Madrid, 1990; José Manuel Gómez Benítez, *Causalidad, imputación y calificación por el resultado*, Madrid, 1988; Emilio Dolcini, *Dalla responsabilità oggettiva alla responsabilità per colpa: la esperienza tedesca in tema di delitti qualificati dall'evento*, en *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma*", Milán, s.d.; Georg Küpper, *Zur Entwicklung der erfolgsqualifizierten Delikte*, en *ZStW*, 1999, 785 y sgts.), pero en el caso ni siquiera se trataría de este tema, pues directamente se consagraría una ficción de autoría de homicidio o de lesiones.

6°) Que si la imputación por la mera causación es inadmisibile en el estado actual de la ciencia jurídico penal, no ya en cuanto a imputación subjetiva de ese resultado, sino incluso para la misma imputación objetiva del mismo, mucho menos puede tolerarse un tipo penal que ni siquiera exija la

prueba de la causación.

7°) Que el apelante parece llevar razón también a la luz de los antecedentes de los arts. 95 y 96, que, incluso prescindiendo de sus discutidos orígenes romanos (sobre ellos, Bernardino Alimena, en "Enciclopedia del Diritto Penale Italiano Raccolta di monografie, a cura di Enrico Pessina", Milano, 1909, volumen 9°, págs. 454-455), remonta a los glosadores y prácticos (así, Antonio Quintano Ripollés, *Tra-tado de la Parte Especial del Derecho Penal*, Madrid, 1962, tomo primero, pág. 311). En palabras de este último autor, comentando el análogo precepto español, constituiría *una concesión al espíritu pragmático más burdo, que no es otra cosa que una responsabilidad objetiva levemente disfrazada, un homicidio putativo que se carga arbitrariamente a una persona por actos no homicidas, sino lesivos o de violencia* (ídem, pág. 310).

8°) Que nuestra legislación penal recepta la tipificación de la riña con consecuencias lesivas o letales desde el código de Tejedor, pero el precepto vigente llega al código de 1921 por obra de los proyectos de 1891 y de 1906 (confr. Rodolfo Moreno (h), *El Código Penal y sus antecedentes*, Buenos Aires, 1923, tomo cuarto, págs. 58 y 59). En rigor, el antecedente es el art. 125 del proyecto de 1891, pues el art. 99 del proyecto de 1906 mantuvo el texto sin alteraciones (*Proyecto de Código Penal para la República Argentina, Redactado por la Comisión de Reformas Legislativas constituida por decreto del Poder Ejecutivo de fecha 19 de diciembre de 1904, Buenos Aires, Tipografía de la Cárcel de Encausados, 1906, pág. 25*) y de este modo pasó por el proyecto de 1917 y llegó al código vigente, donde no ha sufrido modificaciones hasta el presente.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

9°) Que las correlaciones que señalan Rivarola, Piñero y Matienzo en el proyecto de 1891 (*Proyecto de Código Penal para la República Argentina redactado en cumplimiento del Decreto de 7 de junio de 1890 y precedido de una Exposición de Motivos por los Doctores Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo, Buenos Aires, Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional, 1891, pág. 306*) indican que las fuentes innovadoras utilizadas para cambiar las fórmulas de los códigos de Tejedor y de 1886, son fundamentalmente tres: la española, la italiana y la alemana. Esas fuentes, a su vez, parecen inspirarse en dos textos a los que en general se remite: la española y la italiana en el código napolitano y la alemana en el código austríaco y en códigos preunitarios (confr. Joaquín Francisco Pacheco, *El Código Penal concordado y comentado*, Madrid, 1870, tomo tercero, págs. 28 y 29; Salvador Viada y Vilaseca, *Código Penal de 1870*, Madrid, 1890, tomo tercero, pág. 44). De cualquier forma, las fórmulas originarias siempre citadas —napolitana y austríaca— son muy semejantes. El código napolitano disponía en su art. 390, segundo párrafo (que es el que interesa): *Pero si se ignora quién haya sido el autor, todo aquél que haya tomado parte activa en la riña, ofendiendo a la persona que haya quedado muerta, será penado con la pena de la herida grave de vida (Codice per lo Regno delle Due Sicilie, Parte Seconda, Legge Penali, (ristampa anastatica), presentazione di Mario Da Passano, Aldo Mazzacane, Vincenzo Patalano, Sergio Vinciguerra, Padova, 1996, pág. 96)*. El razonamiento de los comentaristas de este código era que, en caso de no conocerse al autor del homicidio y de no saberse tampoco quién había ocasionado la riña, por el principio de la duda correspondía sancionar a todos por heridas graves (así, Carlo Cardassi,

Tesmologia Penale o analisi ragionata delle teoriche del dritto penale compilata ad istituzione per la 2^a. Parte del Codice del Regno delle Due Sicilie, Napoli, 1858, volumen tercero, pág. 211). La disposición del código austríaco era sustancialmente análoga a la napolitana (parágrafo 126, luego 143) (W.T.Frühwald, *Manuale del Codice Penale Austriaco*, Venecia, 1855, pág. 140). Esta genealogía parece señalar que el origen del precepto en la codificación fue la voluntad de penar por lesiones graves a todos los que ejercieron violencia sobre la víctima, cuando no se pudiese establecer la autoría del homicidio, descartando que se los pudiese penar por el homicidio. De cualquier manera, la reflexión de Cardassi, que pretendía salvar la legitimidad de la fórmula en función del beneficio de la duda, era objetable, pues se mantendría la ficción de autoría de lesiones graves. Conviene recordar que en tiempos de Clemente XII, en el mismo supuesto, se había previsto la pena ordinaria del homicidio, con lo cual, la fórmula que imponía la pena de lesión grave era una notoria ventaja, pese a la observación anterior. La lucha jurídica contra la irracionalidad represiva tiene etapas y, lo que en una de ellas resulta progresista y menos irracional, en la siguiente puede resultar regresivo e irracional, lo que sucede en la actualidad frente al entendimiento contemporáneo del principio del beneficio de la duda y la exclusión total de la llamada *responsabilidad objetiva o versari*.

10) Que nuestros codificadores, cargando con todos los señalados antecedentes, criticaron las disposiciones del código de 1886, pero concluyeron aceptando que se trata de una presunción juris: "Es por otra parte injusto —escriben en la Exposición de Motivos— 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

Corte Suprema de Justicia de la Nación

lesión o muerte a los que ejercieron violencias o estuvieron en contra del ofendido" (*Proyecto de 1891*, cit., pág. 121). Lleva razón Soler cuando afirma que las ideas de la Comisión no parecen muy claras al respecto (Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1992, III, pág. 147).

11) Que si se considera que en el caso el tipo se refiere a un homicidio atenuado, sería claro que estaría consagrando una ficción de autoría y ello desconocería elementales garantías constitucionales e internacionales y llevaría razón el apelante. *El criterio de que se trata de homicidio y lesiones en riña y no de riña con resultado de homicidio y lesiones*, parece sostenerse en la doctrina nacional a partir de los antecedentes y de que, a diferencia del código alemán, no tipifica la riña a secas y no abarca a todos los participantes en la riña. No obstante, 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 (*Ist durch eine Schlägerei oder durch einen von mehreren gemachten Angriff...*, dice el texto alemán que tenían a la vista en 1891, confr. *Olshausen's Kommentar zum Stafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Berlin, 1927, 2° tomo, pág. 1041; Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 1970, pág. 1156).

12) Que por cierto, el texto argentino no se refiere a cualquier riña o agresión, sino a la tumultuaria, aunque no lo diga expresamente, pues se desprende de la necesaria intervención de una pluralidad de personas (confr. Quintano Ripollés, op. et loc. cit).

13) Que los anteriores elementos permiten elaborar el requisito de que no consten el autor o autores, no como una

mera cuestión procesal, sino directamente de fondo. 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, pero en el tipo argentino no operan las reglas de la participación *corresponsiva* ni de ninguna otra, en que se había perdido la doctrina italiana referida al código Zanardelli (así, Alimena, op. cit.; críticamente y muy claro, Ricardo C. Núñez, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1965, Tomo III, pág. 243). Si no consta quién es el autor o autores es porque lo impide el carácter tumultuario de la riña o de la agresión, no puede constar, ni siquiera el causante de la lesión mortal o grave lo sabe, porque actuó en un tumulto. No se trata de una insuficiencia procesal, sino de una imposibilidad material.

14) Que la ley no quiera penar a todos los que participaron en la riña y menos a los que participen en una riña sin consecuencias lesivas, es una cuestión de política criminal, pues opta por dejar libradas esas conductas a eventuales sanciones contravencionales de orden provincial. Se limita a sancionar a quienes participan en una riña o agresión tumultuaria y siempre que hayan ejercido violencia sobre la persona del muerto o lesionado, descontando que, como consecuencia del carácter tumultuario del evento es imposible establecer autorías y participaciones.

15) 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 con-

Corte Suprema de Justicia de la Nación

creta en la muerte o lesión de la persona. Del carácter tumultuario se deriva la imposibilidad de establecer autorías y participaciones. No se trata de una cuestión de prueba, de una presunción *juris*, sino de una imposibilidad material de establecer participaciones: cuando éstas se pueden establecer, la riña deja de ser tumultuaria, y, si pudiendo establecerse, esto no se logra en el caso concreto, esa insuficiencia de prueba cargosa no convierte en tumultuaria a la riña. Si mediase un concierto previo y un reparto de tareas para agredir, la tipicidad quedaría excluida aunque no pudiesen probarse los grados de participación, porque una agresión plural en la que no pueda probarse quién fue el autor y quién el partícipe no es una agresión tumultuaria. El carácter tumultuario se da cuando no existe la posibilidad de determinar las participaciones y no cuando existiendo, éstas no logran acreditarse en el proceso. En definitiva, 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.

16) Que en consecuencia, no se está violando el principio de la duda: no hay duda alguna respecto de que el agente participó en una riña o agresión tumultuaria, que quiso hacerlo, que ejerció violencia sobre la persona que resultó muerta o lesionada, que el tumulto impide establecer la autoría y que la muerte o las lesiones fueron causadas por la violencia de la riña o de la agresión y no por cualquier factor externo. 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.

17) Que en estas condiciones tampoco puede sostenerse que los art. 95 y 96 del Código Penal configuren una aplicación del *versari in re illicita*, pues el agente responde por su acto de participación en la riña, del que podrá estar eximido de culpabilidad sólo si operan causas que la excluyan (necesidad, error de prohibición), pero nunca será responsabilizado por una mera consecuencia causalmente determinada y no abarcada como posible por la capacidad de previsión de cualquier persona.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Hágase saber y remítanse. E. RAUL ZAFFARONI.

ES COPIA

VO-//-

Corte Suprema de Justicia de la Nación

-//-TO LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1°) Que el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén (fs. 589/593) no hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad de los arts. 95 y 96 del Código Penal y rechazó los recursos de casación deducidos por el defensor de Omar Manuel Antiñir, Miguel Alex Parra Sánchez y Néstor Isidro Antiñir contra las sentencias de la Cámara en lo Criminal Segunda de esa ciudad por las que se condenó a los dos primeros como coautores penalmente responsables de los delitos de homicidio en riña en concurso real con lesiones leves en riña a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional (fs. 543/550), y al último a la pena de dos años y seis meses de prisión de ejecución condicional por el delito de homicidio en riña (fs. 554/558). Contra dicho pronunciamiento se interpuso el recurso extraordinario federal de fs. 595/601 que fue concedido a fs. 605/607.

2°) Que el *a quo* no hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad sobre la base de considerar que la particular estructura normativa de los arts. 95 y 96 del Código Penal no conculcan principios constitucionales ya que una de las exigencias típicas de estas figuras consiste, precisamente, en "haber ejercido violencia" sobre la persona del ofendido. Asimismo, 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 guarden alguna relación causal general con el resultado. De esto puede colegirse que, si por responsabilidad personal se entiende que, la imputación penal exige un actuar directo del sujeto al que se le atribuye la acción (y que ese actuar haya sido —en el caso de estas figuras— con dolo), no es factible alegar ningún

reparo constitucional contra una norma (como las de los arts. 95 y 96 del Código Penal) que, entre sus exigencias típicas, requieren que los autores: a) intervengan directamente en la riña; b) 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. Ello no quiere decir, empero, que la ley haya presumido que, por la mera intervención (en la riña) y sin que conste quien ejerció violencia o si esa violencia, en general, guarda relación causal general con el resultado, se pueda llegar a una condena".

3°) Que el recurrente cuestiona la validez constitucional de los arts. 95 y 96 del Código Penal pues entiende que violan los principios de responsabilidad penal personal (o de culpabilidad por el hecho propio) y de presunción de inocencia ya que no exigen la prueba de la autoría de los participantes en una riña en la causación de las lesiones o del homicidio, y porque consagran una presunción o ficción de autoría al tener por autores de las lesiones o del homicidio a todos los que —habiendo participado en la riña— hubieren ejercido violencia sobre la víctima, por el solo hecho de haberla ejercido. Es por ello que sostiene que no basta con la prueba de haber tomado parte en una riña y de haber ejercido algún tipo de violencia sobre la persona del ofendido, puesto que si no puede probarse quién o quiénes produjeron las lesiones o la muerte, no puede asignarse responsabilidad penal a ninguna persona.

4°) Que el remedio federal es procedente, dado que se ha aplicado una ley nacional de derecho común impugnada por el

Corte Suprema de Justicia de la Nación

apelante como inconstitucional (Fallos: 310:1909, considerando 4° y sus citas).

5°) 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. Del carácter tumultuario se deriva la imposibilidad de establecer autorías y participaciones. No se trata de una cuestión de prueba, de una presunción *juris*, sino de una imposibilidad material de establecer participaciones: cuando éstas se pueden establecer, la riña deja de ser tumultuaria, y, si pudiendo establecerse, esto no se logra en el caso concreto, esa insuficiencia de prueba cargosa no convierte en tumultuaria a la riña. Si mediase un concierto previo y un reparto de tareas para agredir, la tipicidad quedaría excluida aunque no pudiesen probarse los grados de participación, porque una agresión plural en la que no pueda probarse quién fue el autor y quién el partícipe no es una agresión tumultuaria. El carácter tumultuario se da cuando no existe la posibilidad de determinar las participaciones y no cuando existiendo, éstas no logran acreditarse en el proceso. En definitiva, 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.

6°) Que en consecuencia, no se está violando el principio de la duda: no hay duda alguna respecto de que el

agente participó en una riña o agresión tumultuaria, que quiso hacerlo, que ejerció violencia sobre la persona que resultó muerta o lesionada, que el tumulto impide establecer la autoría y que la muerte o las lesiones fueron causadas por la violencia de la riña o de la agresión y no por cualquier factor externo. 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.

7°) Que en estas condiciones tampoco puede sostenerse que los arts. 95 y 96 del Código Penal configuren una aplicación del *versari in re illicita*, pues el agente responde por su acto de participación en la riña, del que podrá estar eximido de culpabilidad sólo si operan causas que la excluyan (necesidad, error de prohibición), pero nunca será responsabilizado por una mera consecuencia causalmente determinada y no abarcada como posible por la capacidad de prevención de cualquier persona.

-//-

A. 2450. XXXXVIII.
Antiñir, Omar Manuel - Antiñir, Néstor
Isidro - Parra Sánchez, Miguel Alex s/
homicidio en riña y lesiones leves en riña y
en conc. real.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

-//- Por ello, oído el señor Procurador Fiscal se declara
procedente el recurso extraordinario y se confirma la senten-
cia apelada. Hágase saber y remítanse. CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

DISI-//-

Corte Suprema de Justicia de la Nación

-//-DENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1°) Que el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén rechazó el planteo de inconstitucionalidad de los arts. 95 y 96 del Código Penal introducido en el recurso de casación que había deducido la defensa de Omar Manuel Antiñir, Miguel Alex Parra Sánchez y Néstor Isidro Antiñir contra la sentencia que condenó a los dos primeros como coautores de homicidio en riña en concurso real con lesiones leves en riña, a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional (fs. 543/550 vta.), y al último, a la pena de dos años y seis meses de prisión de ejecución condicional por el delito de homicidio en riña (fs. 554/558). Contra dicho pronunciamiento se interpuso el recurso federal de fs. 595/601 vta., concedido a fs. 605/607.

2°) Que en la decisión recurrida, si bien se reconoce la complejidad del tema traído a discusión y que el impugnante pudo haber considerado conculcado el *principio de inocencia*, se afirma la constitucionalidad de los tipos penales de homicidio y de lesiones en riña. Dicha adecuación se sustentaría en una de las exigencias típicas contenidas en las figuras cuestionadas: el ejercicio de violencia sobre el ofendido, de manera que el sujeto imputado será, —según el a quo— "cuando menos, real autor de lesiones".

A su vez, la alegada violación al *principio de responsabilidad personal* resultaría descartada para el Superior Tribunal, el que concluyó —con cita doctrinaria— que "los autores de la violencia sobre la persona de la víctima deben haber sido identificados, al igual que establecida la relación de causalidad entre la violencia y el resultado". Entendió que la imputación de los delitos en cuestión no deriva de la

participación en la riña, pues "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. Ello no quiere decir "que se pueda llegar a una condena por la mera intervención (en la riña) y sin que conste quién ejerció violencia o si esa violencia, en general, guard(a) **relación causal general** con el resultado". En el intento de precisar este concepto, el a quo puntualizó —al referirse a los elementos típicos de las figuras— que la violencia sobre la persona del ofendido debía tener "en alguna medida...**cierta idoneidad causal general** en relación con el resultado" (énfasis agregado; confr. fs. 589/593).

3°) Que la defensa cuestiona la validez constitucional de los arts. 95 y 96 del Código Penal, pues entiende que violan los principios de responsabilidad penal personal (o de culpabilidad por el hecho propio) y de presunción de inocencia, toda vez que se crea una ficción de autoría en virtud de la cual se ha de considerar autor de lesiones u homicidio en riña a todos los que habiendo participado en ella hubieran ejercido violencia sobre la víctima por el solo hecho de haberla ejercido. Agrega que es "inconstitucional saltar el valladar que impone la falta de prueba que necesariamente debe llevar a una absolución para imponer una condena reducida en los casos en los que no se alcanza la certeza" (fs. 595/601 vta.).

4°) Que los agravios del apelante habilitan la vía del art. 14 de la ley 48, pues con ellos se cuestiona la validez de los arts. 95 y 96 del Código Penal, por ser contrarios a determinadas cláusulas de la Constitución Nacional —arts. 18 y 75, inc. 22— y la decisión del superior tribunal

Corte Suprema de Justicia de la Nación

de la causa ha sido adversa a las pretensiones que el recurrente fundó en dichas normas.

5°) 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 —sustancial e instrumental, respectivamente— del individuo frente al poder penal del Estado.

Sabido es que el principio de culpabilidad exige como primer elemento "la personalidad o suidad de la acción, que designa la susceptibilidad de adscripción material del delito a la persona de su autor, esto es, la relación de causalidad que vincula recíprocamente decisión del reo, acción y resultado del delito" (Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, ed. Trotta, Madrid, 1995, pág. 490). Desde esta concepción, queda excluida del nexo causal toda forma de responsabilidad objetiva por hechos de otro.

Es el Estado el encargado de comprobar la concurrencia de tal presupuesto. Se ha dicho que "(s)i la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena" (Luigi Ferrajoli, *op. cit.* pág. 549). De este modo, se asegura el principio de inocencia.

6°) Que el texto del art. 95 establece: "cuando en riña o agresión en que tomaren parte más de dos personas, resultare muerte o lesiones de las determinadas en los artículos 90 y 91, sin que constare quiénes las causaron, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido y se aplicará reclusión o prisión de

dos a seis años en caso de muerte y de uno a cuatro años en caso de lesión". A su vez, el art. 96 prevé que "(s)i las lesiones fueren las previstas en el artículo 89, la pena aplicable será de cuatro a ciento veinte días de prisión".

En la Exposición de Motivos del Código Penal de 1891 se explica claramente el contenido doctrinario presente en las normas citadas, al señalarse que resulta "injusto que, en este caso —de la riña o agresión—, en que se aplica una 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" (1ra. ed, pág. 121, citado también por Ricardo Nuñez en *Homicidio o lesión en riña o agresión*, publ. en LL T. 35 (1944), pág. 1121, nota 10).

La exigencia del elemento "violencia" que resulta incuestionable tanto del texto concreto como de su interpretación auténtica —y que el *a quo* presenta indebidamente como una interpretación restrictiva a la que adscribe respecto de la aplicabilidad de los tipos penales en cuestión—, no salva, por otra parte, la evidente inconstitucionalidad que tiñe a las normas examinadas.

7°) Que es por ello que en su versión similar del derecho español, estas figuras han sido calificadas como "una concesión al espíritu pragmático más burdo, que no es en el fondo otra cosa que una responsabilidad objetiva levemente disfrazada" (Antonio Quintano Ripollés, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972, tomo I, pág. 346), en tanto el solo ejercicio de violencia —si bien excluye la injusticia de penar, por ejemplo, a un mero partícipe inactivo de la agresión— no alcanza para justificar una regulación irrespetuosa de la consolidada regla en el derecho penal moderno de la responsabi-

Corte Suprema de Justicia de la Nación

lidad personal.

No debe olvidarse que "fueron los antiguos prácticos que idearon para esta situación la teoría denominada de la complicidad correlativa o correspectiva que consiste en la responsabilidad de la persona desconocida a los autores conocidos de actos concomitantes" —en este caso el ejercicio de violencia— (García Planas con cita de Bernaldo de Quirós, *Notas sobre el tratamiento de la riña tumultuaria en el código penal español y en la jurisprudencia*, Revista Jurídica de Cataluña, año 78, nro. 4, 1979, Barcelona, Ilustre Colegio de Abogados, pág. 866). Es así como la regulación punitiva de la conducta tipificada en los arts. 95 y 96 del Código Penal "se ha obtenido de la conjunción de dos elementos en pugna, el de la personalidad de la pena o de estricta culpabilidad personalista que exige que nadie sea penado por razones de proximidad o aproximación locales, parentales o comisivas, imputándole actos que no ha cometido, y el deseo de que ningún delito quede *a priori* impune, aunque esto conlleve el riesgo de que se castigue como autor al que no lo es o puede no serlo" (García Planas, *op. cit.*, pág. 862). En pos de este último propósito se consagra la doctrina del verso de Tasso: "*Purché il reo non si salvi, il giusto pera*" —"(p)erezca el inocente para que el culpable no se salve"— (citado por Núñez, *op. cit.*, *loc. cit.*).

En suma —y como luego se desarrollará— los tipos penales cuestionados configuran un supuesto de responsabilidad objetiva: se atribuye el resultado de muerte o lesiones, según el caso, a aquellos que únicamente se sabe que ejercieron violencias.

8°) Que no enerva tal conclusión la exigencia de que la "violencia" haya guardado "alguna relación causal general

con el resultado", elemento que el *a quo* incorpora a fin de interpretar el tipo penal. Esta expresión carece —por completo— de contenido, pues o bien significa que el autor ha contribuido eficazmente en la causación del resultado sufrido por la víctima, tratándose, claramente, de la comisión del delito de homicidio o lesiones, o bien de un concepto que nada agrega respecto del elemento "ejercicio de violencia" ya examinado en los párrafos precedentes. En efecto, 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. La relación causal aludida no puede diluirse en un concepto tan poco refinado para condenar sobre la base de una presunción de responsabilidad penal, manifiestamente objetiva, y por tanto, repudiada por nuestro ordenamiento constitucional.

Por otra parte, aun cuando se determinase la relación entre la "violencia" general ejercida durante la riña y el resultado producido, dicha verificación no suple la falta de comprobación del sujeto o los sujetos a quienes les es atribuible la violencia de la que procedió el resultado.

Es cierto —como ya se adelantó— que sobre quien no ejerció violencia no se establece la presunción. Empero, ¿es suficiente ejercer violencia y que esta "guarde alguna relación causal general" con el resultado para "presumir" la autoría? Resulta claro que esa mínima exigencia de causalidad permitiría que la responsabilidad típica no alcance, entre otros supuestos, al partícipe que ejerció violencia con posterioridad al resultado lesivo pues no cabría, a su respecto, la presunción de ser el autor de tal lesión, ni, por ejemplo, a quien se alejó de la reyerta antes de la ejecución del acto lesivo concreto —como si sucede en la doctrina y praxis ale-

Corte Suprema de Justicia de la Nación

manas en las que el tiempo es irrelevante porque es la participación misma la que se tipifica—, como así tampoco si se acreditase que la muerte fue producto de la propia conducta de la víctima. Del mismo modo no podría castigarse como autor a quien haya ejercido sobre el ofendido una violencia cuyo carácter demuestre que no tuvo ninguna concomitancia con la que produjo la lesión o muerte. Así, cuando resulte un estrangulado y el participante sólo haya hecho un disparo de revólver desde alguna distancia del ofendido. Por ello se ha dicho que la peculiaridad del tipo de homicidio en riña no es de tal intensidad como para destruir absolutamente el elemento culpabilista inherente a todo delito, pero sí para aminorarlo (conf. Quintano Ripollés, *op. cit.*, pág. 361).

Sin embargo, es esa sola aminoración la que en sí misma representa la vulneración constitucional. Por ello, la exigencia de concomitancia no alcanza para justificar que en caso de presentarse, no se esté, de todos modos, ante un supuesto de responsabilidad objetiva. Más bien, tales extremos poseen la virtud de posibilitar la construcción de una **presunción** de autoría, que como tal debe rodearse de ciertos indicios. Por lo dicho el a quo debió recurrir a la noción inconsistente de la "relación causal general", lo que pone a las claras la imposibilidad de motivarse en los elementos "relación causal"/ "imputación objetiva", derechamente.

Es que "en nuestro Derecho la causalidad en el resultado, aunque quebrada y putativa, sigue desempeñando un papel altamente relevante, y de ahí la impunidad del partícipe que no es causa de ... violencia alguna. El resultado lesivo, es, en todo caso, no una mera condición de punibilidad, como en Alemania, sino un elemento típico que requiere engarce causal aunque presunto" (Quintano Ripollés, *op. cit.*, pág. 362). Lo que sigue siendo claro es que este requerimiento de

engarce causal —que convive con la indeterminación del autor como elemento negativo del tipo penal— no elimina el carácter presuntivo de la autoría, que es lo que invalida constitucionalmente a las figuras examinadas.

De este modo para el superior tribunal sólo se consagraría un supuesto de responsabilidad objetiva cuando la acción no "guarde relación causal general con el resultado", creándose así un concepto de responsabilidad personal muy especial, inconcebible para el derecho penal. En efecto, un tipo penal que permite en determinados supuestos la no exigencia del elemento culpabilista, reemplazándolo por **meras presunciones** —aunque algunos pocos casos queden a salvo— presenta un claro contraste con principios de orden superior, en tanto sobre la base de una presunción ficticia y forzada se atribuye una responsabilidad, que por tanto, es objetiva.

9°) Que en ese orden de ideas, tampoco desvirtúa lo dicho hasta aquí la "idoneidad" causal para producir el resultado de muerte o lesiones que el *a quo* exige respecto del "ejercicio de violencia", como una suerte de delito preterintencional en el cual la conducta realizada representa un riesgo previsible y serio para la vida y la integridad física del agredido.

En este sentido corresponde señalar que homologar el ejercicio de violencia a la creación de un riesgo cierto y previsible, en cuanto se afirma que no resultan punibles todos los que intervinieron en la riña sino sólo quienes han ejercido una violencia idónea, implica extender la punibilidad de un modo inadmisibles. Por otra parte, el ejercicio de violencia no supone *per se* "un actuar imprudente en relación a la vida de la víctima".

Es claro que de determinarse fehacientemente que se ha creado un riesgo cierto y previsible, el *a quo* no se habría

Corte Suprema de Justicia de la Nación

visto en la necesidad de utilizar el eufemístico concepto de "idoneidad causal general", refiriéndose de este modo "a un tipo de conducta, 'no a la conducta concreta'" e incorporando así "la probabilidad estadística de dicho 'tipo de conducta', no el grado de probabilidad en el caso concreto". Dicha probabilidad solo puede entenderse como "frecuencia relativa [y por tanto] no ... válida para el derecho penal" (Mirentxu Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2005, pág. 180). Considerar que el ejercicio de violencia denota, como tal, un riesgo cierto y previsible de producción del resultado y a partir de allí, la culpabilidad de quien la ejerce, representa un enmascaramiento que aporta una aparente solución ante la indeterminación de la autoría del hecho.

De otro lado, dicha interpretación también parte de una ficción inadmisibles. En el supuesto de una mera participación tumultuaria en una riña puede ocurrir que pueda establecerse la mentada "previsibilidad" respecto de alguna persona determinada y no de otras.

Más aun, con esta presunción se beneficiaría a quien pudo haber actuado dolosamente. Es cierto que respecto de algunos de los participantes de la riña pueda concluirse la preterintencionalidad, pero ésta no se puede presumir. Es por ello que, sólo una vez establecido quién causó —en sentido jurídico— el resultado lesivo deberá determinarse si dicha persona actuó con imprudencia, dolo o si se está ante un supuesto de preterintencionalidad. La preterintención no puede suplir la necesidad de la demostración de relación causal/imputación objetiva. En los delitos preterintencionales, es punible quien "causó" el resultado. En efecto, en el tipo penal de homicidio preterintencional se establece la punibilidad respecto de quien "con el propósito de causar un daño en

el cuerpo o en la salud **produjere** la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debería razonablemente, ocasionar la muerte" (énfasis agregado). Como se observa, con este tipo no se necesita recurrir a la ficción de autoría, en tanto se imputa el resultado a quien causó el daño en concreto, es decir, se parte de la premisa de que ya se encuentra determinado quién vulneró la integridad física, más allá de que con esta vulneración no se debía producir necesariamente la muerte.

Por el contrario, en el tipo de homicidio en riña se presenta una presunción en relación a la causalidad. Distinto sería sostener que una vez que se atribuye la causación de las lesiones a uno o varios sujetos en concreto, cuyo riesgo de producir la muerte —en su caso, era cierto y previsible—, deba imputárseles el homicidio preterintencional.

Como se adelantó, la imposibilidad de determinar quiénes han causado la muerte o las lesiones, no autoriza a predicar la preterintención respecto de todos los intervinientes en la riña que hubieran ejercido violencia. En el Código Penal español, la "previsibilidad" en relación al ejercicio de violencia, podría salvarse con la determinación previa de quienes causaron las lesiones graves allí previstas (responsabilidad escalonada prevista en el art. 408). Ello, más allá de la inconsecuencia en que el tipo incurre también en España, en el supuesto en el que no se comprobasen tales lesiones.

El ejercicio de violencia, pues, no puede robustecerse conceptualmente —por el solo hecho de no hallarse a quienes ciertamente crearon un riesgo cierto y previsible— al punto de identificarse con este último.

10) Que, por otra parte, de admitirse que el ejercicio de violencia tal como fue entendido por el *a quo* repre-

Corte Suprema de Justicia de la Nación

senta la creación de un riesgo cierto y previsible respecto del bien jurídico "vida" o "integridad física", ello debería permanecer incólume en el caso de que conste quien causó efectivamente las lesiones o la muerte (problema de razonamiento que el superior tribunal no advierte, pero del que sí se hace cargo la Comisión de Asuntos Penales y Regímenes Carcelario de la H. Cámara de Senadores en el dictamen por el que se proponía la aprobación del proyecto de ley sobre "Régimen de la responsabilidad penal por imprudencia e imputabilidad disminuida"). En efecto, si bien dicha comisión considera que el tipo penal es un "homicidio preterintencional de características particulares" en los que "varios agredieron a la víctima de maneras diversas y uno de ellos d(ío) el golpe mortal no asumido dolosamente por los demás" (orden del día, N° 1187, sesiones ordinarias de 1997, págs. 4031 y sgtes.), asume —como modo de sortear el obstáculo constitucional que, seguramente, consideraron subsistente— que **"aunque esté probado quien fue el responsable de lo más grave"**, todos los demás que hubieran ejercido violencia o lesiones deben responder por el **homicidio en riña** (énfasis agregado).

Empero, la interpretación propuesta para este tipo penal —que no fue reformado— no se compadece en modo alguno con el criterio seguido por la ley argentina. En efecto, de conocerse posteriormente al autor o autores de la muerte —quienes, como luego se verá, no son necesariamente quienes causaron la "herida final" tal como erróneamente lo plantea la nombrada comisión— la figura queda desvertebrada para el derecho argentino. Al respecto se ha aclarado que el homicidio en riña, nace "sólo en el supuesto del desconocimiento no en el de ausencia o irresponsabilidad; de ser el autor un inimputable, niño o enajenado mental, por ejemplo, pero conocido, se destruiría inevitablemente el tipo del artículo [95]"

(Quintano Ripollés, *op. cit.*, pág. 352).

El elemento negativo "no individualización de quienes causaron el resultado", aparece sin restricciones en la legislación nacional desde el proyecto de 1891 (art. 125). Su Exposición de Motivos no deja lugar a dudas sobre la teoría que adoptan los redactores al decir: "la especialidad del homicidio o de las lesiones en riña consiste en no saberse quién fue el autor de las heridas o muerte" y añade "desde que se sepa quién o quiénes fueron los autores, el caso especial desaparece y queda el hecho punible sometido a las reglas del homicidio o de las lesiones". Del mismo modo, Soler señala que dicho antecedente revela la clara subsidiariedad del tipo de riña, bajo la condición de desconocimiento del real culpable, en tanto no era punible quien participaba, ni aun habiendo ejercido violencia, si se determinaba quién fue el autor del resultado lesivo (conf. Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, ed. TEA, Buenos Aires, 1992, tomo III, pág. 156).

También desde antiguo este Tribunal ha considerado que la no individualización del autor es, sin dudas, el elemento del tipo objetivo, que precisamente hace aplicable la figura. Así, en la causa "Vega" (Fallos: 154:405, Notas), resuelta el 7 de junio de 1929, se concluyó que las presunciones no tenían la precisión legalmente necesaria para individualizar a uno de los imputados en el disparo mortal. Incluso se dijo que la coincidencia de calibre entre el proyectil homicida y el que corresponde al arma secuestrada a uno de los imputados no salvaba la deficiencia apuntada. De este modo, se resolvió que la conducta de los procesados debía subsumirse en el tipo de homicidio ocurrido en riña, en tanto las presunciones existentes respecto a las circunstancias en que ocurrió el hecho no bastaban para individualizar al acusado y excluir la posibilidad de que el disparo mortal haya

Corte Suprema de Justicia de la Nación

sido hecho por quienes lo acompañaban (publ. en JA, tomo 30, pág. 17). En idéntico sentido, se señaló que si en la lucha o riña colectiva no se podía individualizar a los agresores o causantes del acontecimiento delictuoso, debía aplicarse el art. 96 del Código Penal (*in re* "Colman" del 15 de julio de 1938, Fallos: 181:181).

Tal como se señala en la Exposición de Motivos, la responsabilidad por homicidio o lesiones en riña, es —como se adelantó— conforme la legislación argentina, **supletoria**. En efecto, "de conocerse al autor material de la muerte ... quedaría a salvo la de los otros partícipes, no en un plano de impunidad total, como algunos erróneamente piensan ... respondiendo ya sólo por lo realmente ejecutado cada cual" (Quintano Ripollés, **op. cit.**, pág. 347). Por ello, no asiste razón a lo sugerido en el informe citado, en tanto "aunque conste quién mató o lesionó, se aplica a todos aquellos respecto de los cuales no conste la autoría de la lesión final y no se pudiera probar el dolo de una tentativa o consumación en autoría, restando, por tanto —a lo sumo— imprudencia". Tal explicación si bien adecuada "para los sistemas alemán o italiano sobre todo, es inaplicable al nuestro, donde no se castiga la participación en sí misma, sino determinadas formas lesivas de intervención, subordinadas, y ahí subyace su mayor defecto, al hecho aleatorio de desconocerse quien fuere el real autor de la muerte" (Quintano Ripollés, *op. cit. y loc. cit.*, en alusión al Código Penal español, aunque claramente aplicable al argentino).

Así en el derecho alemán, el tipo de *Beteiligung an einer Schlägerei*, del §231 del StGB, la punibilidad no depende de que se conozca o no al culpable de la muerte o la lesión, incluso concurriendo con las agresiones por él realmente ejecutadas, como autor de riña y de lesiones o muerte, en

tanto responde por la participación en la riña con resultado de muerte, mientras que en nuestro sistema lo que se imputa es el delito de homicidio y lesiones en riña. De esta manera, "la riña o agresión no es en los arts. 95 y 96 el hecho principal que proporciona el título al delito, sino sólo una circunstancia del delito de homicidio o de la lesión" (Núñez Ricardo, *op. cit.*, pág. 1121).

Por lo demás, es claro que asumir que se trata de un tipo de participación, traería aparejadas consecuencias que no han sido admitidas ni doctrinaria ni jurisprudencialmente en nuestro sistema. Por ejemplo, el propio lesionado que hubiera ejercido violencia en la riña, debería responder por esa intervención, lo que sería inadmisibles en un delito de lesión (lo contrario ocurre en el sistema alemán, en el cual el propio lesionado es punible por su sola participación en la riña en la que él resultó ofendido (ver Nuñez, *op. cit.*, pág. 1123, con cita de Frank y Liszt). Es por ello que la lesión u homicidio en riña de los individuos declarados autores de él, no puede concurrir con el delito de homicidio o lesión: "(o)tra cosa sucede cuando la riña y la agresión se consideran delitos autónomos, o punibles por su resultado, o calificados por éste. Entonces, si se individualiza al autor de la lesión o de la muerte, el título de riña o de agresión concurre en relación a este autor con el de homicidio o lesión (Núñez, *op. cit.*, pág. 1122). En efecto, estas hipótesis concursales son "ciertamente inconcebibles con arreglo a las legislaciones argentina o española, **en las que es de toda evidencia la subsidiariedad del tipo de riña bajo la condición de desconocimiento del real culpable del resultado, que es donde estriba su magno defecto**" (Quintano Ripollés, *op. cit.*, pág. 351, énfasis agregado; la cuestión también presentaría reparos de orden lógico en punto a los problemas concursales respecto

Corte Suprema de Justicia de la Nación

de quien fuera individualizado como autor).

Precisamente, porque la individualización de quienes causaron el resultado lesivo, excluye la subsunción del caso en esta figura, es claro que el fundamento de esta especial previsión legal no puede agotarse ni en la previsibilidad objetiva, ni tampoco, en su caso, en la pura indeterminación del dolo del autor. En otras palabras: 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. En efecto, 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" (Quintano Ripollés, *op. cit.*, pág. 352), se crea —artificialmente— una ficción de autoría.

En el Código Penal argentino la figura es una síntesis de los modelos español e itálico y si bien "no hay responsabilidad escalonada como en el modelo español, subsiste en el sistema argentino el capital defecto de las [responsabilidades] supletorias, con presunción de *iure* de una culpabilidad quizá inexistente" (Quintano Ripollés, *op. cit.*, pág. 351).

En suma: si se considerara que el *a quo* interpretó a la figura como delito preterintencional, en el cual la conducta realizada ya representaba el riesgo previsible de pro-

ducción del resultado, 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.

11) Que por otra parte, al afirmar que los imputados, al ejercer violencia son "cuando menos, reales autores de lesiones", el *a quo* incurrió en una afirmación dogmática, en tanto a diferencia del profesor Soler a quien citan en ese sentido, no proporcionan ese elemento incriminatorio como un "plus" que debe exigirse a la violencia, sino como una equiparación de dos conceptos que en modo alguno son intercambiables. Ejercer violencia no es, necesariamente, lesionar; de lo contrario, tampoco se explicaría cómo puede "**tenerse**" por autor de lesiones a quien ejerció violencia (conf. arts. 95, segundo supuesto, y 96 del Código Penal).

De todos modos aun cuando se admitiera que la equiparación entre violencia y lesiones fuera posible, e incluso que corresponda presumir que a quien lesionó pueda, por ello, serle imputada, en su caso, la comisión del delito de homicidio en riña, el *a quo* debió, cuanto menos, establecer a quién —de manera personal y con clara identificación— pudieron serle atribuidas tales lesiones, lo que omitió absolutamente.

12) Que sentado entonces, que la atenuación de la pena del homicidio o de la lesión en riña lo es "en razón de que no permite la individualización de su autor material" (Núñez, *op. cit*, pág. 1120), es del caso señalar que la expresión "sin que constare quienes las causaron" sólo puede

Corte Suprema de Justicia de la Nación

vincularse a un criterio jurídico, lo que significa afirmar que este tipo penal requiere que se desconozca a quiénes les es imputable objetivamente la muerte y no simplemente que se desconozca quiénes la causaron en sentido natural.

Ya Soler —si bien todavía circunscribiendo la cuestión a las condiciones generales de la participación— señalaba que no debía efectuarse una interpretación estrictamente material del verbo causar, pues ello podría "llevar a la conclusión equivocada de que toda vez que no se sepa cuál de los dos agresores dio el golpe mortal, corresponderá la aplicación de este artículo" (*op. cit.*, pág. 151). De tal modo, la expresión "quienes la causaron" se entenderá, pues, en el sentido jurídico de causación" y no podrá significar "'sin que constare quiénes materialmente infirieron las heridas', sino más bien 'sin que conste quiénes fueron los autores', y sabemos que ser autor y ser causa son cosas distintas" (Soler, *op. cit.*, pág. 152). En efecto, no necesariamente debe determinarse quién causó la herida final para dar por subsumida la conducta en un caso de coautoría de homicidio. Tal fue la conclusión de esta Corte en el caso "Rebolledo". Allí se afirmó que "todos los que **hubiesen tomado parte en la ejecución del homicidio** [y no quien hubiera causado el golpe mortal] deb(ían) ser considerados como autores del mismo" (Fallos: 149:171 (notas) sentencia del 29 de agosto de 1927, publ. en JA. tomo 25, pág. 822 1927). Se precisó que "(n)inguna duda puede haber de que [los imputados] tomaron igual participación en el hecho, y que ambos fueron los causantes de las lesiones que recibió aquél y de su muerte, faltando en consecuencia la condición exigida por el citado art. 95 para su aplicación en este caso". Esto es, que no conste quiénes las causaron. Así, la cuestión se resolvió por aplicación de las reglas generales de la autoría y la participa-

ción (art. 45 del Código Penal) y no acudiendo erróneamente al art. 95 (en el caso, la víctima presentaba heridas mortales en el pecho y en las espaldas, lesiones que habían causado uno y otro imputado, por lo que resultaron sujetos a la misma responsabilidad penal). Sin determinarse cuál fue la herida final, se estableció que a cada uno de ellos le eran atribuibles esas heridas mortales, por lo que la pena no se basó entonces en el mero ejercicio de violencia.

13) Que, sentado entonces que el tipo penal enunciado no encuentra justificativo en interpretaciones como las examinadas, cabe recordar el origen anacrónico del modelo que aquél lleva implícito, y que contrasta fuertemente con elementales principios constitucionales. La figura, en efecto, arrastra un "arcaísmo propio de tiempos en que apenas si contaba el elemento de la culpabilidad personal, predominando la objetiva con sobrados casos de solidaridad, aun la más remota" (Quintano Ripollés, *op. cit.*, pág. 347).

Este tipo penal se remonta al derecho romano, aunque "posiblemente sin neto carácter criminal, por dimanar de la *Lex Aquilia*...Referíase, en efecto, a la indemnización debida al dueño del siervo por los daños que se le causaren por otra persona conocida o desconocida...De los textos incorporados al Digesto, el de Ulpiano...y el de Paulo...sólo el primero, que es el aquiliano, corresponde a la riña tumultuaria actualmente prevista....dado que el segundo corneliano, hace mérito a la averiguación de los verdaderos autores materiales de los golpes" (Quintano Ripollés, *loc. cit.*). En efecto, según la ley Cornelia, si en una riña "pereciese un hombre debido a una herida, conviene que se observen las heridas, las cuales se considerarán atribuidas a cada uno de los que tomaron parte en la reyerta (Paulo, Digesto lib. 48, tít. 8, ley 17). Es decir, que esta última ley establece una responsabilidad individual

Corte Suprema de Justicia de la Nación

por las lesiones sufridas, de tal forma que cada uno responde de los propios golpes y si no se llega a desvelar, quién fue el homicida, ninguno será responsable del homicidio" (García Planas, *op. cit.*, pág. 847).

Fueron los "postglosadores y prácticos italianos, canonistas y laicos, los que impusieron la criminalización del precepto, al mismo tiempo que tantas otras formas de la culpa aquiliana, hasta el punto de que en tiempos de Clemente XII llegó a aplicarse a los partícipes en riña la pena ordinaria del homicidio" (Quintano Ripollés, *op. cit.*, 348; según Manzini "la frecuencia con que se producían homicidios en virtud de riña, dio lugar a que el Papa Clemente XII sancionase a estos delitos con más rigor", citado por García Planas, *op. cit.*, pág. 848).

Comúnmente "sin embargo, se impuso la extraordinaria (atenuada, como en la culpa) era la solución media más oportuna, aunque no la más justa, para evitar el impunismo y satisfacer las perentorias necesidades de la víctima" (Quintano Ripollés, *op. cit.*, pág. 348). También actualmente la "grave incongruencia trata de salvarse, en lo formal, sin conseguirlo por lo demás, al no imputarse al partícipe el 'homicidio' propiamente dicho, sino la figura ... autónoma ... de 'homicidio en riña'" (Quintano Ripollés, *op. cit.*, pág. 347). De todos modos, se desconoce quién fue el autor del resultado dañoso, por lo tanto se trata de una forma de responsabilidad objetiva, porque si bien se sabe quiénes han ejercido violencia sobre la víctima, se ignora en concreto la identidad de quiénes causaron la lesión o muerte. 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 que la persona a quien se castiga ha "sido o no la causante del resultado exigido por el tipo"

(García Planas, *op. cit.*, pág. 852).

En España, la institución fue acogida en las costumbres y fueros locales, en dónde no se "mostró demasiado escrúpulo para acudir a la solidaridad en casos de homicidio por ignorado autor, a veces extensibles a familiares, barrios y hasta pueblos. El problema, aunque similar, es distinto, menos odioso sin duda en la riña, ya que los partícipes lo fueron al fin al cabo en un acto antijurídico y relacionado con el desenlace lesivo" (Quintano Ripollés, *op. cit.*, pág. 348). Sin embargo, y como puede concluirse, no por menos odioso, es capaz de aventar las objeciones constitucionales, ya como un reflejo del *versari in re illicita*.

14) Que de este modo se fue moldeando un supuesto de "pena extraordinaria", propio de los sistemas inquisitivos. Para Carrara la "pena extraordinaria, si bien del género de las benignas, constituye en realidad una ampliación del rigor en relación con los correñidores, atenta a la gravedad del resultado, y no como mitigación de la pena del delito de homicidio, como erróneamente entendieron los antiguos prácticos (citado por García Planas, *op. cit.*, pág. 847). En efecto, "como reacción contraria a la impunidad de la riña con resultado homicidio, la antigua práctica italiana reconoció culpa común en todos los correñidores que, por el solo hecho ilícito de reñir, han sido causa, por lo menos mediata, de la muerte de un hombre, aplicando a todos pena extraordinaria" (García Planas, *op. cit.*, *loc. cit.*, en referencia a la ley Item Mela que se enfrentaba a las directrices de Paulo).

Por lo demás, es claro que con este tipo de pena se comprometía seriamente la garantía del *in dubio pro reo* en tanto se imponía una pena aminorada cuando no se alcanzaba la plena prueba o cuando sólo se contaba con indicios vehementes de culpabilidad (tal como sucedía en el viejo sistema inquisitivo).

Corte Suprema de Justicia de la Nación

sitivo alemán).

15) Que, entonces, la institución tuvo una naturaleza eminentemente procesal "a modo de bárbara suplencia de prueba, que no h(a) perdido por cierto en la actualidad. Por eso [se ve] francamente incorporada la institución a un *corpus* netamente procesal como las...Leyes de Estilo" (Quintano Ripollés, *op. cit.*, pág. 349). La responsabilidad se atribuye, sin duda alguna, por "la consideración procesal de insuficiencia de la prueba, en plano de transacción oportunista" y no por "el hecho mismo de la muerte o de la reyerta" (Quintano Ripollés, *op. cit.*, pág. 357).

Precisamente, el punto más criticable del tipo penal es que "la fuerza de atenuación de la pena ordinaria del homicidio y de la lesión no obedece, como en la generalidad de los casos a una razón que resida, sea en la subjetividad del autor, sea en los medios empleados, sea en las circunstancias externas en que se comete el hecho sea en el sujeto pasivo del delito, sino que reside en algo totalmente extraño al delito mismo y a sus circunstancias subjetivas y objetivas. Tal disminución se asienta en un *criterio puramente procesal*, relativo a la imposibilidad de establecer con certeza cuál de los que han reñido o agredido ha sido el autor material y directo de la muerte o de la lesión...La ley presume autores, entre los que han reñido o agredido a 'todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido'" (Núñez Ricardo, *op. cit.*, pág. 1121).

16) Que, en efecto, el elemento del tipo "indeterminación del autor" siempre aludió a una cuestión probatoria, pues no necesariamente una agresión tumultuaria implica que no pueda establecerse *per se* la autoría de, en su caso, el homicidio o lesiones. Por ello, la sanción a quienes hayan ejercido violencia, como elección del legislador, no se deriva

de la imposibilidad material de establecer autorías y participaciones.

Sabido es que "tumultuario" —elemento que en el derecho argentino se ha admitido doctrinariamente— significa, tal como está previsto expresamente en el Código Penal español: "la necesaria intervención de una pluralidad de personas". Allí, además se agrega el elemento "confuso", lo que demuestra que algo puede ser tumultuario y no darse confusamente, pero además ese tipo penal requiere que no conste el autor, con lo cual se asume que aún confuso y tumultuario hay posibilidades de que ese autor pueda constar (racionalidad del legislador). Del mismo modo lo ha interpretado el Tribunal superior español cuando afirmó que el elemento "negativo absolutamente esencial, consiste en ignorarse el autor de la muerte" y que por lo tanto **"por mucha confusión y caótico tumulto que hubiere en la campal pelea, si se sabe quién es el autor, jamás habrá lugar a la especialidad del tipo"** (de 11 de noviembre de 1895, 14 de octubre de 1924 y 20 de mayo de 1946, todos precedentes citados en la sentencia del 21 de octubre de 1976, a la que a su vez hace referencia García Planas, *op. cit.*, pág. 857, énfasis agregado).

Por tal razón, el tipo penal no asume una "imposibilidad" material, más allá de las dificultades que puedan presentarse. Como el "tumulto" o la "confusión" no impide establecer autorías, o responsabilidades en un riña, es claro que de no determinarse quién causó el resultado, se configura lisa y llanamente una presunción de autoría, sobre quién o quiénes la causación se presenta dudosa. Si bien no se trata de un tipo de peligro, sigue llevando la prohibición demasiado lejos: penar a quien sólo ejerció violencia sobre una persona que resultó muerta o lesionada, no atenúa su carácter de ficción de autoría.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

17) Que, en conclusión, además de comprometerse seriamente el principio de inocencia, la figura enerva —como ya se señaló— los fundamentos de la responsabilidad personal, la cual, para mantenerse incólume, requiere que el hecho determinado por previa conminación legal e imputado en el proceso, sea atribuible al autor (art. 18 de la Constitución Nacional). Por el contrario, el criterio establecido en los tipos penales en cuestión "importa el peligro de hacer responder como autores a sujetos que realmente no lo sean y que hayan ejercido solamente violencia sobre la víctima, que es la condición que la ley exige para imputar, por ficción de autoría, el resultado de la riña o agresión a todos" (Soler, *op. cit.*, pág. 151). La norma contiene un elemento que niega la posibilidad en sí misma de imputar el resultado: la falta de individualización de aquellos que lo causaron, y la imposibilidad, consiguientemente, de referirse a su aspecto subjetivo, ya sea bajo la forma de coautoría dolosa, imprudencia o preterintencionalidad. Ello deja al descubierto un evidente contraste entre la previsión legal y nuestra Ley Fundamental.

Como se señaló, la explicación del *a quo*, según la cual debe presentarse una "idoneidad causal general" si bien conjuraría situaciones extremas, no por ello deja de configurar una hipótesis de responsabilidad objetiva para quien ha desplegado "acciones antijurídicas", como un claro supuesto de *versari in re illicita*.

La exigencia de efectivas violencias "quizá disminuya pero no altera la injusticia cardinal...consistente en subordinar la responsabilidad criminal a un *aleas* ajeno a la voluntad y a la conducta del reo, el de que sea o no conocido el efectivo autor" (Quintano Ripollés, *op. cit.*, pág. 351). Es claro, entonces, que la razón de la pena que se impone en el homicidio en riña es "la sospecha de haber contribuido a la

causación de un homicidio, y la dificultad probatoria que, en la práctica, entrañan las riñas" (García Planas, *op. cit.*, pág. 851, con cita de Rodríguez Muñoz y de Ferrer Sama). Por lo demás, resulta evidente que si no hay sospecha de haber contribuido, sino certeza, ya no es necesario recurrir a la figura penal en examen.

La técnica de los tipos penales en cuestión, es por tanto "insatisfactoria desde un punto de vista de estricta culpabilidad personalista que en buenos principios debiera ser rigurosamente intransferible" (Quintano Ripollés, *op. cit.*, pág. 347); así "padecen en cierto modo los principios de culpabilidad, de la adecuada relación causal y de la personalidad de las penas'" (García Planas, págs. 853 sgtes., con cita de la sentencia del Tribunal Superior español del 18 de diciembre de 1973).

En suma: 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" (García Planas, *op. cit.*, pág. 851), 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" (Quintano Ripollés, *op. cit.*, pág. 357). Por lo demás, y tal como ya se observó, se produce una manifiesta afectación del principio de inocencia y "cuando la inocencia no está asegurada, la libertad no existe" (Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes*, trad. de Nicolás Estévanez, ed. Garnier Hermanos, Paris, 1926, T.I, L. XII, pág. 270).

18) Que esta Corte ha establecido reiteradamente que las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta

Corte Suprema de Justicia de la Nación

iniquidad (Fallos: 299:428, 430 y sus citas).

En el *sub lite* se ha configurado esta grave situación, toda vez que, como surge de lo todo lo antedicho, 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.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia. Vuelvan los autos al Tribunal de origen a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí expresado. Notifíquese y devuélvase. CARLOS S. FAYT.

ES COPIA

Recurso extraordinario interpuesto por **Omar M. Antiñir, Néstor I. Antiñir, Miguel A. Parra**, representados por el Dr. **Alejandro Tomás Gavernet (defensor oficial)**
Traslado contestado por el Dr. **Ricardo J. Mendaña (fiscal subrogante)**
Tribunal de origen: **Tribunal Superior de Justicia de Neuquén**