

ARTÍCULOS

EL DELITO DE HOMICIDIO EN RIÑA (ART. 95, CP)

UNA CONTRIBUCIÓN A PENSAR LA PARTE ESPECIAL DESDE PRINCIPIOS  
CONSTITUCIONALES Y CATEGORÍAS BÁSICAS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO  
PENAL

Paola Dropulich, LL.M.<sup>1\*</sup>

Fecha de recepción: 3 de julio de 2019

Fecha de aprobación: 15 de agosto de 2019

**Resumen**

El delito de homicidio en riña, tradicionalmente presentado por la doctrina como un “delito de sospecha”, enfrenta al jurista con la tarea de reflexionar acerca de si es posible lograr una exégesis que, con sujeción a la redacción legal, sea compatible con principios constitucionales elementales del derecho penal y, a la vez, aplicable a los complejos casos concretos abarcados, en general, por este tipo penal. A partir de un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del año 2006 se acentuó la necesidad de definir el alcance de esta infracción sobre la base de reconocer un vínculo entre el autor y los resultados lesivos de los que depende la punibilidad. Luego de presentar posiciones doctrinarias y hacer un repaso de esa jurisprudencia, en este trabajo se formulará una nueva propuesta que pretende dar respuesta a ese triple orden de exigencias —sujeción a la ley, compatibilidad constitucional y plausibilidad práctica— y, a la vez, delinear un abordaje de la parte especial desde la perspectiva de la dogmática de la parte general.

*Palabras clave: homicidio en riña – constitucionalidad – responsabilidad personal – delitos preterintencionales – co-causalidad*

---

\* Abogada (UBA). LL.M. (Universität Regensburg). Profesora adjunta interina (UBA) y Profesora (UdeSA). Este trabajo contiene una contextualización y un mayor desarrollo de la exégesis del tipo penal ya esbozada en el artículo “¿‘Presunción de autoría’ en el delito de homicidio o lesiones en riña (art. 95 CP)?”, publicado en: Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Buenos Aires, n.º 8/2010, p. 1330-1332.

**Title:** The Crime of ‘homicidio en riña’

### **Abstract**

The crime of ‘homicidio en riña’ (manslaughter in a fight), traditionally presented by the doctrine as a ‘crime of suspicion’, confronts the jurist with the task of reflecting on whether it is possible to achieve an interpretation which, subject to the legal wording, is compatible with elementary constitutional principles of Criminal Law and, at the same time, applicable to the complex concrete cases which are typically covered by this offense. A 2006 Supreme Court ruling emphasized the need to define the scope of this offense on the basis of recognizing a link between the perpetrator and the harmful results on which the punishment depends. After presenting doctrinal positions and reviewing this jurisprudence, this paper will formulate a new proposal that seeks to respond to this triple order of requirements (legality, constitutional constraints and practical plausibility) and, at the same time, outline an approach to the special part of the Criminal Law from the perspective of the dogmatic part of the general part.

*Keywords: Homicidio en Riña (Manslaughter in a Fight) – Constitutional Validity – Personal Responsibility – Combinations of Intent and Negligence – Co-causality*

**Sumario: I. Introducción; II. La regulación nacional y su interpretación doctrinaria; III. El estado de la discusión en la doctrina alemana; IV. Las pautas sentadas por la Corte; V. Análisis del criterio jurisprudencial; VI. Nuevas reflexiones en la doctrina nacional; VII. Cuestiones abiertas; VIII. Un tipo penal difícil de interpretar; IX. Conclusiones; X. Bibliografía.**

### **I. Introducción**

El delito de homicidio en riña ha sido siempre una figura ciertamente problemática. Las particularidades de este ilícito se hacen evidentes ya en cuanto se advierte que el legislador ha pretendido alcanzar mediante la regulación penal hechos que se desarrollan en un contexto que dificulta o incluso imposibilita establecer con certeza la conducta de cada interviniente e identificar al responsable directo de las graves consecuencias para la vida y la integridad física que justificarían la imposición de pena y tornarían manifiesta la necesidad de que episodios de esa índole no queden impunes. Ante esta constatación se alza un texto legal que enfrenta al jurista con la difícil tarea de lograr una exégesis que, con adecuada sujeción a la norma, sea compatible con principios constitucionales elementales del derecho penal y, a la vez, plausible en la práctica, es decir, que no termine en una mera elaboración teórica inaplicable en casos concretos.

La doctrina nacional aceptó tradicionalmente la caracterización de este ilícito como “delito de sospecha” y no fue sino a partir de un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del año 2006<sup>2</sup> que comenzó a acentuarse la reflexión sobre los alcances de esta infracción, con miras a establecer un vínculo entre el autor y los resultados lesivos de los que depende la punibilidad. Pese al importante avance que significó ya este cambio de perspectiva, todavía en la actualidad se puede cuestionar que se haya dado una respuesta acabada a los problemas de constitucionalidad intrínsecos a la regulación del homicidio en riña y que se cuente con una interpretación que defina claramente los alcances de esta infracción. Tampoco el recurso directo al desarrollo dogmático de la parte especial en países como Alemania, que se trasluce en nuevos enfoques, permite superar esos conflictos, pues más allá de su atractivo esconde el problema de que el tipo penal alemán difiere sustancialmente del argentino. Es esa mirada sobre el estado actual de la discusión la que justifica esta contribución.

Para desarrollar estos aspectos, se realizará a continuación una presentación de la interpretación tradicional de la doctrina (apartados II y III), se abordarán los lineamientos sentados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al pronunciarse a favor de la constitucionalidad de esta figura (IV y V) y se analizarán desarrollos más modernos (VI y VII). Finalmente, se formulará una nueva propuesta que con apego al texto legal y anclaje constitucional permita resolver los complejos casos concretos ligados a la aplicación del homicidio en riña y, en ese marco, se intentará a la vez dar cuenta del modo en que un abordaje que contemple la teoría general contribuye a una mejor interpretación de la parte especial<sup>3</sup> (VIII).

## II. La regulación nacional y su interpretación doctrinaria

El delito de homicidio en riña se encuentra reglado en el Código penal en los siguientes términos: “Cuando en una riña en que tomen parte más de dos personas, resultare una muerte, sin que constare quiénes la 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”. La medida de la sanción

---

<sup>2</sup> Caso “Antiñir”, Fallos: 329:2367.

<sup>3</sup> Sobre la incidencia de la dogmática de la parte general en la interpretación de la parte especial, paradigmático, PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Köln, Berlín y otras, 1999, ÍDEM, “¿Engaño por medio del aprovechamiento de defectos de organización ajenos? Acerca de la distribución de riesgos conforme al § 263 StGB en casos de errónea acreditación en cuenta y constelaciones emparentadas”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, n.º 4/2008, p. 541-551, trad. de Paola Dropulich; ÍDEM, “¿Engaño fraudulento por medio del envío de cartas de oferta similares a una facturación?”, en: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, n.º 5/2011, p. 809-815, trad. de Paola Dropulich y Martiniano Guerra; SANCINETTI, “La relación entre el delito de ‘abandono de persona’ y el ‘homicidio por omisión’”, en *Ziffer (dir.)*, *Jurisprudencia de Casación Penal*, t. 1, Buenos Aires, 2009, p. 247 ss.

varía según la gravedad de las consecuencias producidas en ese contexto, pues “si resultaren lesiones de las determinadas en los artículos 90 y 91, la pena será de uno a cuatro años de reclusión o prisión”, mientras que “si las lesiones fueren las previstas en el artículo 89, la pena aplicable será de cuatro a ciento veinte días de prisión” (arts. 95 y 96, CP).<sup>4</sup>

A primera vista, de esta descripción surge como especialmente problemática la posibilidad de armonizar el principio de culpabilidad con la atribución de responsabilidad penal por la muerte o las lesiones a todos los que ejercieron violencia sobre la víctima, a pesar de que “no conste quiénes las causaron”. Si no es admisible formular un reproche penal a un individuo por resultados no imputables a él, ¿cuál es el sentido de esa expresión legal? ¿Es posible definir la conducta prohibida sin vulnerar aquel mandato constitucional? Para comenzar a reflexionar sobre estas cuestiones, se abordará ahora la interpretación tradicional sobre el alcance de este tipo penal.

Es común en la doctrina la afirmación de que la definición legal del comportamiento prohibido contiene tanto elementos positivos, a saber, (a) la participación en una riña o agresión de más de dos personas, (b) el ejercicio de violencia sobre la víctima y (c) el resultado de muerte o lesión; como negativos, estos últimos resumidos en la cláusula “sin que constare quiénes causaron esos resultados”.<sup>5</sup>

La riña en la que han de tener lugar tales consecuencias es descripta como “el súbito acometimiento de hecho y recíproco (ataque y defensa) que se ejerce entre tres personas por lo menos” y se agrega que “la razón de que la figura requiera más de dos personas es que solo resulta aplicable cuando no es posible determinar quién ha sido el autor de la muerte o de las lesiones, lo que no sería inconveniente en una pelea entre dos”,<sup>6</sup> de modo que también la “tumultuosidad o

---

<sup>4</sup> Aunque los artículos 95 y 96, CP regulan de manera conjunta los delitos de homicidio y de lesiones, tanto producidos en el marco de una riña, como en el contexto de una agresión, y más allá de que las reflexiones y conclusiones de este trabajo resulten aplicables a la totalidad de esas figuras, por razones expositivas el trabajo se habrá de concentrar en la figura del homicidio (o bien, eventualmente, lesiones) en riña.

<sup>5</sup> Así, p. ej., SOLER, *Derecho Penal Argentino*, t. III, 4.ª ed., 11.ª reimpr., Buenos Aires, 2000, p. 151. Similar, CREUS, *Derecho penal, Parte especial*, t. I, 3.ª ed., Buenos Aires, 1990, p. 97 s., NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, t. III, Buenos Aires, 1961, p. 248.

<sup>6</sup> IELLIN / PACHECO Y MIÑO, en: D’Alessio (dir.), *Código Penal comentado y anotado*, t. II, 2.ª ed., Buenos Aires, 2009, p. 100, con otras referencias; así también, GARCÍA, en: Baigún / Zaffaroni (dir.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. III, 2.ª ed., Buenos Aires, 2010, p. 1073.

confusión” son señalados como rasgos característicos de este ilícito.<sup>7</sup> Sobre este punto, Soler sintetiza que “riña es el *súbito acometimiento recíproco y tumultuario*, de más de dos personas”.<sup>8</sup>

Además de ese contexto específico, para que se presente el supuesto de hecho típico es necesaria la producción de un resultado de muerte (o de lesión) que se haya originado en la violencia ejercida durante la riña. Sobre este aspecto se señala que la formulación legal “cuando en riña resultare la muerte”, se corresponde con la exigencia de una condición objetiva de punibilidad o bien convierte al delito en preterintencional.<sup>9</sup> En este sentido, el tipo penal exigiría una actuación dolosa con relación al hecho en sí de intervenir en una riña, así como también respecto del ejercicio de violencia sobre la víctima. En cambio, en referencia al resultado típico bastaría la previsibilidad propia de la imputación imprudente.<sup>10</sup>

La tipicidad de este ilícito se define, a su vez, por contraposición a la configuración del delito de homicidio simple en coautoría o participación criminal: “no rige la figura del homicidio en riña o agresión cuando, de acuerdo con los principios generales de la participación, puede afirmarse que los diversos partícipes obraban realmente como tales”.<sup>11</sup> La riña ha de tener el carácter de espontánea; toda posible preordenación de los intervinientes para lograr los resultados típicos descarta la aplicación del tipo, pues los autores de este ilícito han de haber actuado sin proponerse en conjunto ningún resultado en concreto.<sup>12</sup>

Pero más allá de la descripción general de todos estos rasgos, usualmente se ha señalado que lo verdaderamente característico de este ilícito es aquello que lo define como un delito de sospecha, es decir, la condición de que no se haya individualizado a quien provocó la muerte o las lesiones. Ya en el Proyecto de 1891, que determina la redacción actual del art. 95 CP, se establecía que “la especialidad del homicidio o de las lesiones en riña consiste en no saber quién fue el autor de las heridas o de la muerte”.<sup>13</sup>

---

<sup>7</sup> GARCÍA, *supra* nota 6, p. 1073.

<sup>8</sup> SOLER, *supra* nota 5, p. 150. En contra de la caracterización de la riña como acometimiento necesariamente confuso y tumultuario, CREUS, *supra* nota 5, p. 98.

<sup>9</sup> SOLER, *supra* nota 6, p. 153.

<sup>10</sup> IELLIN / PACHECO Y MIÑO, *supra* nota 6, p. 102.

<sup>11</sup> SOLER, *supra* nota 5, p. 152.

<sup>12</sup> CREUS / BUOMPADRE, *Derecho Penal, Parte especial*, t. 1, 7.ª ed., Buenos Aires, 2007, p. 97; en el mismo sentido, NÚÑEZ, *supra* nota 5, p. 243; IELLIN / PACHECO Y MIÑO, *supra* nota 6, p. 102; GARCÍA, *supra* nota 6, p. 1073.

<sup>13</sup> Proyecto de 1891, p. 121 (cito según SOLER, *supra* nota 5, p. 147). Concordante, NÚÑEZ, *supra* nota 5, p. 249.

Así, en la doctrina nacional tradicional se ha afirmado que el texto consagra una auténtica presunción de autoría, que se ejemplifica del siguiente modo: cuando “en una riña en que la víctima ha recibido varias heridas de arma blanca de los otros dos intervinientes en ella, que usaron ambos cuchillo, siendo mortal una sola de ellas, sin poderse determinar cuál de ellos la infirió, estaremos en la hipótesis del art. 95”.<sup>14</sup> Con relación a esta ficción de autoría, Soler, pese a reconocerla como una consecuencia “poco atrayente” de la redacción legal, expresa que “el artículo es más exigente que el que otros códigos contienen, al fijar la condición sobre la cual se apoya la imputación del resultado de la riña”, esto es, al establecer el requisito de que se haya ejercido violencia sobre la persona del ofendido, de modo que “resulta sumamente improbable que sea imputado con injusticia cualquier sujeto”, pues este “con la mayor probabilidad será, cuando menos, real autor de lesiones”.<sup>15</sup>

Esta argumentación pareciera no intentar siquiera compatibilizar la exégesis del tipo penal con mandatos constitucionales rectores en materia penal, pues una interpretación acorde con estos llevaría a concluir: (a) Si no es posible establecer cuál de los intervinientes provocó la herida mortal, *in dubio pro reo*, ninguno de ellos la ha causado (respecto de cada autor deberá tenerse por cierto que ha sido el otro quien ha provocado la herida mortal). (b) Si no es posible atribuir el resultado a ninguno de los participantes, siendo el reproche penal de carácter personal (principio de culpabilidad), ninguno de ellos podrá ser responsabilizado por la muerte de la víctima —sino a lo sumo por la tentativa—.

### III. El estado de la discusión en la doctrina alemana

Según se expuso en el apartado anterior, se impuso en la doctrina argentina tradicional el criterio de que la ley regula un *homicidio (o lesiones) en riña* y no una *riña con resultado de homicidio (o de lesiones)*, tal como se hallaría previsto el delito en otras legislaciones tales como la alemana.

Sin perjuicio de esa conclusión y dado que las reflexiones de la doctrina alemana podrían ayudar a desentrañar un sentido razonable de cierta interpretación del tipo penal y parecen haber influido en la discusión actual acerca de los alcances de este ilícito, resulta útil hacer un breve esbozo de estas.

---

<sup>14</sup> CREUS / BUOMPADRE, *supra* nota 12, p. 95. Así ya CREUS, *supra* nota 5, p. 99.

<sup>15</sup> SOLER, *supra* nota 5, p. 153 s. En sentido similar, NÚÑEZ, *supra* nota 5, p. 250, reconoce que la ley funda la punibilidad en una presunción de autoría, pero “la limita a los que obraron sobre la persona del que resultó muerto o lesionado”.

Para poder discernir en qué medida el desarrollo dogmático que ha tenido lugar en aquel ámbito puede ser aplicable a la interpretación del ilícito previsto en el art. 95 CP, conviene tener presente que los términos de esta disposición difieren de los contenidos en la regulación penal alemana. En efecto, el § 231, StGB (Código Penal alemán) establece lo siguiente: “(1) Quien toma parte en una riña o en una agresión cometida por varios será reprimido, ya por esa participación, con pena de prisión de hasta tres años o con multa, cuando por la riña o la agresión se causare la muerte de una persona o una lesión grave (§ 226)”.

En la doctrina alemana se señala que el texto legal destaca de manera clara que la participación en una riña es la acción ilícita decisiva y se sostiene que el § 231, StGB contiene un delito de peligro (abstracto). La falta de claridad con relación a los aportes al hecho en los casos de riña no solo provoca importantes dificultades probatorias para la investigación penal, sino que también genera el riesgo de que se llegue a importantes lesiones de los participantes. Por esta razón se pena a cada participante en una riña que haya tenido graves consecuencias ya a causa de esa participación.<sup>16</sup>

La ley partiría de que tanto la riña como tal, como también el aporte al hecho de los participantes individuales, son potencialmente peligrosos. Indicio de esta peligrosidad sería la consecuencia grave (muerte, lesión corporal grave), que como condición objetiva de punibilidad distingue la contienda del § 231, StGB de otro tipo de riñas.<sup>17</sup>

Para la tipicidad de la riña se exige la intervención activa de al menos tres personas, sin importar, a los fines de satisfacer el número requerido de participantes, que alguno de ellos haya actuado conforme a derecho. Por eso, se trata también de una riña cuando alguien que es agredido por dos personas ejerce una defensa reactiva contra el agresor; distinto es cuando el agredido se limita a una mera defensa de protección.<sup>18</sup> Se señala que en caso de que se recurra a una legítima defensa se debe diferenciar cuidadosamente entre la posible justificación de acciones lesivas

---

<sup>16</sup> Sobre todo ello, SCH/SCH/STREE, *StGB Kommentar*, 27.ª ed., Múnich, 2006, § 231 n.º m. 1; concordante, WESSELS / HETTINGER / ENGLÄNDER, *Strafrecht Besonderer Teil 1*, 42.ª ed., Heidelberg, 2018, n.º m. 381.

SCH/SCH/STREE, *supra* nota 16, § 231 n.º m. 1.

<sup>18</sup> Sobre todo ello, SCH/SCH/STREE, *supra* nota 16, § 231, n.º m. 2.

individuales y la punibilidad conforme al § 231, StGB que, dado el caso, puede no verse afectada por esta.<sup>19</sup>

A diferencia de la regulación nacional, para el código alemán es autor todo aquel que está presente en el lugar del hecho y toma parte de modo hostil en los actos de violencia. No es necesario que el partícipe haya ejecutado los golpes junto a los otros; es suficiente cada cooperación de carácter físico en los actos de violencia, p. ej., el alcanzar los proyectiles o bien, en la medida en que con ello se favorezca la continuación de la disputa, el impedir el auxilio. La opinión dominante considera incluso suficiente ya el mero apoyo psicológico, p.ej., por medio de gritos. Para la legislación alemana también el lesionado, en la medida en que haya tomado parte en el sentido indicado, es partícipe y punible, incluso cuando nadie haya resultado perjudicado aparte de él.<sup>20</sup>

El hecho solo es punible cuando en la riña o la agresión de varios se causa la muerte de un hombre o una lesión corporal grave. Se trata aquí de una condición objetiva de punibilidad indicativa del grado de peligrosidad de la contienda, pero que no es relevante para el ilícito típico como tal, así como tampoco la magnitud de las consecuencias graves acaecidas es significativa para la medición de la pena. Este presupuesto también está dado cuando se determina que la muerte o la lesión se

---

<sup>19</sup> WESSELS / HETTINGER / ENGLÄNDER, *supra* nota 16, n.º m. 392, donde se agrega: “También el partícipe culpable que en el transcurso de una pelea repentinamente se ve agredido con un cuchillo o elemento semejante puede recurrir, conforme a las reglas generales, al § 32 [relativo a la legítima defensa], en la medida en que para la defensa del ataque se trate de la conformidad al derecho o la antijuridicidad de actos de defensa *individuales*. Esto no tiene influencia sobre la punibilidad por el § 231”.

<sup>20</sup> SCH/SCH/STREE, *supra* nota 16, n.º m. 6; cfr. también, WESSELS / HETTINGER / ENGLÄNDER, *supra* nota 16, n.º m. 388: “Partícipe en el sentido del § 231 es, según la opinión dominante, quien está presente en el lugar del hecho y mediante una intervención física o psíquica toma parte en los actos de violencia dirigidos contra otros. Para la participación no se requiere ‘ejecutar golpes junto a otros’ o actos semejantes; antes bien es suficiente cada cooperación activa en el curso de la confrontación, como vgr. el enfervorizar a los contendientes, el alcanzar instrumentos para golpearse o proyectiles, así como el impedir el auxilio”. Sin embargo, en cualquier caso es necesario que aquel que no participa de manera directa en los actos de violencia tome partido; por ello no sería suficiente el prestar una ayuda que favorece a todos los contendientes (p. ej. poniendo armas a disposición, distrayendo a la policía); en estos supuestos entra en consideración la participación en el sentido de los §§ 26 y 27, StGB (SCH/SCH/STREE, *supra* nota 16, n.º m. 6). Así también se señala: “No participa quien busca poner paz, presta un servicio asistencial o solo observa por curiosidad, sin tomar partido ni fomentar con su conducta la disputa; así como tampoco quien solo es el objeto de la agresión y se limita a la mera defensa de protección; quien en cambio para rechazar una agresión antijurídica en defensa reactiva pasa a actos de violencia, es partícipe” (WESSELS / HETTINGER / ENGLÄNDER, *supra* nota 16, n.º m. 389).

pueden reconducir a un único partícipe y este responde como autor de homicidio o lesiones, o bien está justificado por razón de legítima defensa.<sup>21</sup>

A modo de síntesis se afirma que la condición objetiva de punibilidad exige que la muerte o la lesión corporal grave sean causadas por la riña (esto falta ante todo cuando la acción mortal o lesiva se produjo antes del enfrentamiento —cuando fue, p. ej., el factor desencadenante de la gresca— o después de haber cesado la confrontación violenta); mas *no* se requiere: a) que la consecuencia grave haya sido producida de modo antijurídico;<sup>22</sup> b) que la consecuencia grave recaiga sobre un partícipe en el hecho; es suficiente, p. ej., que un espectador, alguien que pase por el lugar, un funcionario policial o un pacificador sea lesionado; c) que exista una relación causal entre el aporte al hecho del partícipe individual y la producción de la consecuencia grave, pues basta que el resultado se base en el curso global de la riña o la agresión; d) que la consecuencia grave haya sido previsible para los partícipes.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> La doctrina alemana admite incluso el concurso ideal entre la participación en una riña y la responsabilidad por homicidio o lesiones dolosas, en la medida en que se pueda dirigir contra un partícipe la prueba de la causalidad y la culpabilidad. Sobre todo ello, SCH/SCH/STREE, *supra* nota 16, n.º m. 13, 16a, 17; cfr. también WESSELS / HETTINGER / ENGLÄNDER, *supra* nota 16, n.º m. 382.

<sup>22</sup> Antes bien, cabe reiterar, se sostiene que el § 231, StGB también es aplicable cuando esa consecuencia del hecho se basa en un acto de legítima defensa y alcanza a un atacante; es decir, si uno de los participantes en la riña mata a un adversario en legítima defensa, él puede ser penado conforme al § 231, StGB; cfr. WESSELS / HETTINGER / ENGLÄNDER, *supra* nota 16, n.º m. 394.

<sup>23</sup> Sobre todo ello, cfr. WESSELS / HETTINGER / ENGLÄNDER, *supra* nota 16, n.º m. 393 ss.; también SCH/SCH/STREE, *supra* nota 16, n.º m. 14. Sobre la función de las condiciones objetivas de punibilidad, señala JAKOBS (*Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, 1997, 10/6), que es precisamente el considerar como elemento de un delito o de un crimen una materialización en el resultado independientemente de la relación subjetiva con este; y agrega (10/7): Qué relación debe existir entre la acción y la materialización en el resultado se rige según el ámbito de protección del respectivo precepto. En el caso de participación en una riña depende de si la participación no debe tener lugar, (1) porque esta —de modo reconocible o no— puede conducir a una consecuencia lesiva sin la intervención de otras personas, o (2) si también ha de ser enfrentado ya el peligro de que ante el escenario de la contienda otras personas provoquen lesiones, o (3) si está comprendido por el fin de protección incluso el peligro de no poder esclarecer eventuales actos lesivos (otras interpretaciones son posibles). En forma correspondiente al fin de protección la relación debe estar configurada de modo que (1) la consecuencia esté condicionada por la acción del hecho sin la intervención de otras personas, o bien (2) simplemente sea consecuencia de la acción del hecho, o incluso (3) se haya producido antes o después de la acción del hecho, aunque durante la misma reyerta y a causa de su peligro. Esta sería en definitiva la opinión de la jurisprudencia alemana.

En el aspecto subjetivo, se exige que el autor haya tenido conciencia de participar en una riña o en una agresión de varios. El resultado grave, en cambio, según la doctrina mayoritaria, no necesita ser alcanzado por el dolo<sup>24</sup> y ni siquiera ser atribuible a título de imprudencia.<sup>25</sup>

Desde la observación positiva de que la regulación nacional contiene un tipo penal más restrictivo en comparación con otras legislaciones, ya que limitaría la responsabilidad a quienes ejercieron violencia sobre la víctima, en vez de extenderla a todos los intervinientes en la gresca (*supra* II), hasta la posibilidad de satisfacer la imputación del resultado por vía de su atribución al curso de la riña (como lo esboza la doctrina tradicional, *supra* II, y como con mayor fundamentación se presentará a continuación), traslucen la influencia que estas ideas han tenido en la discusión en torno al alcance y la legitimidad de nuestro tipo penal.

#### IV. Las pautas sentadas por la Corte

En la construcción relativamente reciente del tipo penal del homicidio en riña en la Argentina, ha tenido una trascendencia fundamental el caso “Antiñir”, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>26</sup>. Allí, por mayoría, la Corte se pronunció a favor de la validez constitucional de la regulación legal contenida en el art. 95, CP presentando los lineamientos de una exégesis del tipo penal que permitiría conciliarlo con los principios en juego. Este fallo constituye sin duda un punto de inflexión en el marco de la discusión en torno a las exigencias que habilitan una legítima aplicación del art. 95, CP.

<sup>24</sup> SCH/SCH/STREE, *supra* nota 16, n.º m. 16; concordante, WESSELS / HETTINGER / ENGLÄNDER, *supra* nota 16, n.º m. 382 y 390.

<sup>25</sup> SCH/SCH/STREE, *supra* nota 16, n.º m. 16. En contraposición con la tesis de la opinión dominante, en el sentido de que en los delitos que contienen condiciones objetivas de punibilidad el comportamiento típico justificaría adecuadamente el merecimiento de pena del hecho y la condición objetiva fundamenta solo la necesidad de pena en el caso concreto, Roxin sostiene que “La participación en una pelea insignificante, que no haga temer consecuencias lamentables, no merece una pena de prisión de hasta tres años, sino que lo que quiere el legislador, cuando vincula la punibilidad a la causación de una muerte o de una lesión grave, es castigar de modo específico la participación en agresiones o riñas especialmente peligrosas; y a este respecto parte de la base de que esa peligrosidad se desprende típicamente de las consecuencias graves. Pero si esto es así, entonces el resultado grave pertenece al injusto típico y la culpabilidad del autor ha de extenderse a los factores que son constitutivos de la peligrosidad; es decir: el sujeto al menos ha de poder prever que la riña podría tener una de las consecuencias mencionadas en el § 227” (ROXIN, *Derecho Penal, Parte General*, t. I, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, ap. 23, n.º m. 12, p. 974; a favor de esta solución —aunque con reparos metodológicos—, “en tanto jurisprudencia y doctrina no consideren inconstitucional los §§ 186, 231 y 323a, StGB”, FRISTER, *Derecho Penal, Parte General*, trad. de Marcelo A. Sancinetti, Buenos Aires, 2011, cap. 21, n.º m. 10, p. 409 s.).

<sup>26</sup> Fallos 329:2367; se reseña a continuación, centralmente, el voto mayoritario de los jueces Petracchi, Highton de Nolasco y Lorenzetti.

Frente a circunstancias de hecho que no se precisan en el fallo,<sup>27</sup> conviene reseñar que el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén, cuya sentencia fue materia de examen, sostuvo que la figura en análisis, entre sus exigencias típicas, requeriría 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”. En esta línea, afirmó que “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”, pero ello no significaría, sin embargo, “que la ley haya presumido que, por la mera intervención (en la riña) y sin que conste quién ejerció violencia o si esa violencia, en general, guarda relación causal general con el resultado, se pueda llegar a una condena”.<sup>28</sup>

La Corte, al evaluar esta decisión, consideró que el máximo tribunal provincial “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”.<sup>29</sup>

Tras reconocer “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”, la Corte puntualizó que “la constitucionalidad de los delitos preterintencionales [se admite] 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

---

<sup>27</sup> No obstante, los hechos del proceso son informados por YAPUR en los siguientes términos: “haber participado en una reyerta junto a por lo menos cinco personas más, en la que se utilizaron armas de fuego, elementos contundentes así como también puños y puntapiés, a resultas de los que se produjo el deceso de C. L. P., y las lesiones de las que dan cuenta las certificaciones obrantes en la causa” (YAPUR, “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”, en: Pitlevnik (dir.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 3, Buenos Aires, 2007, p. 61).

<sup>28</sup> Cfr. la descripción del fallo recurrido contenida en el consid. 2.º del voto concurrente del juez Zaffaroni.

<sup>29</sup> Cfr. consid. 6.º del voto de mayoría.

del principio de culpabilidad relativa a que la acción punible le pueda ser atribuida al imputado tanto objetiva como subjetivamente”.<sup>30</sup>

En este sentido se aclaró “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 entendido, 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”.<sup>31</sup>

Bajo estos parámetros, la Corte parece fijar la interpretación del tipo penal que considera adecuada al afirmar 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 quién causó efectivamente las lesiones o la muerte de las que se hace depender objetivamente 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”.<sup>32</sup>

La posición esbozada se explicita al expresarse 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’...”, al sostener que “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 quién causó la herida final solo responda este, 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—,

---

<sup>30</sup> Cfr. consid. 7.º del voto de mayoría.

<sup>31</sup> Cfr. consid. 8.º del voto de mayoría.

<sup>32</sup> Cfr. consid. 12.º del voto de mayoría.

imprudencia”. Según ese dictamen, continuó la Corte, “en muchos casos tratados como homicidio o lesiones en riña o agresión hay más bien una coautoría dolosa de lesiones o muerte, como p. ej., 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 este 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...*’ (...).<sup>33</sup>

Sobre esta base, la Corte concluyó que “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”.<sup>34</sup>

## V. Análisis del criterio jurisprudencial

Una argumentación de este estilo parte de que el tipo penal sería válido constitucionalmente en tanto su interpretación delimite un hecho imputable al autor tanto *objetiva* como *subjetivamente*. Sin embargo, ese postulado básico pareciera oscurecerse cuando se tiene en cuenta el caso en concreto al que el fallo se refiere y cuya sentencia en definitiva convalida. Pues luego de afirmarse, en los distintos considerandos, la necesidad de una imputación personal de los resultados producidos, quedan sin puntualizar cuáles serían, a partir de allí, las particulares exigencias típicas que permitirían superar el conflicto de legitimidad. Si se remite, en complemento, a lo que se habría fijado en la sentencia recurrida, se advierte que el tribunal provincial se ha conformado con una

---

<sup>33</sup> Cfr. consid. 13.º del voto de mayoría (destacado en el original).

<sup>34</sup> Cfr. consid. 14.º del voto de mayoría.

“causalidad general”, sin precisar que la violencia ejercida por el autor sobre la víctima haya sido efectivamente una condición del resultado.

En este sentido, se admite la aplicabilidad del tipo penal a todos los involucrados en el ejercicio de violencia sobre la víctima, incluso en supuestos en los que solo uno de los protagonistas hubiera dado un golpe que “aisladamente considerado” condujo al deceso,<sup>35</sup> es decir, sin que los demás hayan contribuido a causar la muerte. De este modo, se aceptaría en definitiva que varias personas que ejercieron violencia sobre otra que resultó muerta puedan responder por homicidio en riña, aunque solo una de ellas haya condicionado “aisladamente” ese desenlace. Incluso ante esta constatación, que haría decaer la posibilidad de imputar objetivamente el resultado a los restantes intervinientes, parecería que puede sostenerse la responsabilidad por el homicidio en riña.

Que esta podría ser una interpretación aceptada por la Corte, surgiría de la afirmación de 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”. Pero así se prescinde, pese a la categorización de este ilícito como delito preterintencional, de una referencia a la constatación de si el riesgo en concreto creado por la acción condujo en definitiva al resultado, pues esto precisamente no surgiría del fallo revisado.<sup>36</sup> A idéntica conclusión parece conducir la referencia a que la conducta que infringe la prohibición de ejercer violencia en el contexto de una riña puede legítimamente ser alcanzada por una pena, argumentación en cuyo marco se omite toda referencia concreta a una posible relación más estrecha entre ese comportamiento y los resultados típicos.<sup>37</sup>

La regulación legal en el orden nacional se ve asimilada, conforme a este punto de vista, a la contenida en el código alemán, diferenciándose solo en la medida en que restringe el círculo de autores posibles a quienes ejercieron violencia sobre la persona que resultó muerta o herida. El ilícito quedaría así configurado al realizarse actos de violencia en el marco de una riña y siempre que la víctima de esos actos resulte muerta o lesionada, incluso por causas totalmente independientes de la conducta de aquellos que han de responder de acuerdo con el art. 95, en la medida en que esas

---

<sup>35</sup> Cfr. *supra*, texto correspondiente a la nota 27.

<sup>36</sup> Cuando menos de acuerdo con los extractos que se hace en la sentencia de la Corte. Y si se tiene en cuenta la descripción del hecho atribuido, conforme a la referencia de nota 26, se refirma esta conclusión, dado que la imputación se limita a establecer, sin otra exigencia, una relación general entre los resultados de muerte y lesiones y las violencias ejercidas en la riña, sin puntualizar la conexión entre el comportamiento de cada imputado y las consecuencias lesivas.

<sup>37</sup> Cfr. consid. 12.º del voto de mayoría.

consecuencias sean propias del desenvolvimiento de la confrontación y que por las características de la reyerta pueda afirmarse cuando menos su previsibilidad.

Pero dado que nuestra legislación —a diferencia de la alemana—, además de hacer recaer la responsabilidad sobre un círculo delimitado de autores —y no sobre todos los intervinientes—, modifica sensiblemente la entidad de la pena en función de la magnitud de las consecuencias de muerte o lesión, parece tornarse necesario establecer alguna relación no meramente objetiva, limitada a la constatación de que en el transcurso de la riña haya resultado muerta o lesionada la persona sobre la que se ejerció violencia, sumada a una simplemente subjetiva referida a la sola previsibilidad de que tales resultados podían tener lugar en ese marco, sino estrictamente personal. Por “personal” debe entenderse el establecimiento de un vínculo entre el autor y las consecuencias, que permita explicar que solo él —y no ya todos los restantes participantes en la controversia que también pudieron prever esas consecuencias— habrá de responder por el hecho y que, además, lo hará de manera diferenciada en función de la gravedad de los resultados acaecidos.

En este sentido, las consideraciones de la Corte en cuanto se refieren a que la acción del autor “representa la creación de un riesgo cierto, previsible y *cuyas consecuencias* no pueden ser totalmente controladas por parte de quien interviene en ella” y en la que medida en que, aunque sin mayor desarrollo, caracterizan este ilícito como un *delito preterintencional*, deberían poder ser interpretadas como una exigencia de constatar, en el plano objetivo, tanto un nexo de tipo causal, como una relación de riesgos —concreción en el resultado del riesgo antijurídico creado por el autor—. Este punto de vista, que pretende desarrollar con mayor precisión qué significa caracterizar este ilícito como figura preterintencional, se expondrá en el último apartado.

## VI. Nuevas reflexiones en la doctrina nacional

Con posterioridad a esa decisión se intensificó en la doctrina el interés por el estudio de este tipo penal.<sup>38</sup> Entre aquellos autores que pretenden conciliar el texto legal con el mandato constitucional en juego, KISS presenta una interesante posición al postular que “La única forma de interpretar a los tipos penales de homicidio y lesiones en riña de un modo acorde con el principio

---

<sup>38</sup> A modo de ejemplo de este renovado interés, cf. YAPUR, “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” (cit. nota 26); SIMAZ, “El homicidio en riña y su problemática interpretación constitucional”, en: Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Buenos Aires, n.º 3/2012, p. 407; AGUIRRE OBARRIO, “Sobre riñas y muertes”, La Ley 2006-F, p. 235; VARACALLI, “Antiñir: un caso de responsabilidad penal para civilistas”, en: Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Buenos Aires, n.º 4/2007, p. 666.

de culpabilidad es considerar que a todos aquellos que ejercieron violencia sobre la víctima debe ‘tenérselos’ como autores de ‘la riña’ y no de los resultados particularmente mencionados en la ley”.<sup>39</sup> Dadas las características de su fundamentación y la plausibilidad de sus conclusiones, que imponen realizar un análisis que justifique apartarse de estas, a continuación trataré con especial atención la posición en particular de este autor.<sup>40</sup>

KISS propone entonces relacionar la fórmula “se tendrá por autores” no con las “lesiones y la muerte”, sino con un objeto diferente, la “riña”: “Quienes ejercieron violencia sobre la víctima son tenidos por autores de la riña y no de la muerte y las lesiones”.<sup>41</sup> En esta medida, esos resultados deben haber sido consecuencia “de la riña” y no de la violencia que cada interviniente ejerce aisladamente sobre la víctima. Si no es el ejercicio individual de violencia aquello que debe causar los resultados de lesiones o muerte y si la cláusula “se tendrán por autores” se vincula con la riña y no con esos resultados, no existirá ninguna ficción ilegítima de causalidad.<sup>42</sup>

La exigencia típica relativa al ejercicio de violencia reclamaría la comprobación de que el autor ha realizado una acción peligrosa en concreto, mediante fuerza física, dirigida contra la vida o la integridad corporal del sujeto que finalmente resultó víctima de lesiones u homicidio. Tales resultados, sin embargo, pueden no haber sido condicionados causalmente por ese comportamiento, de modo que en el proceso penal no sería necesario comprobar que esa acción haya sido particularmente causal de las lesiones o la muerte ocurridas en ese contexto. Para satisfacer el tipo penal, bastaría con acreditar que el comportamiento del autor haya contribuido a conformar un síndrome de riesgo compatible con la producción de esos resultados.<sup>43</sup>

En el aspecto subjetivo el tipo penal presentaría la particularidad de que el conocimiento del autor tendría que proyectarse sobre el componente “ejercicio de violencia sobre la persona del ofendido” y sobre las (restantes) condiciones que conformarían el síndrome de riesgo típico, incluso cuando estas condiciones fueran puestas por algún otro interviniente. Este sería el caso, p. ej., si el autor supiera que otro contendiente lleva un arma o actúa de un modo especialmente brutal, o bien,

---

<sup>39</sup> KISS, “Homicidio y lesiones en riña”, en: Pastor [dir.], *El sistema penal en las sentencias recientes de la Corte Suprema*, Buenos Aires, 2007, p. 306.

<sup>40</sup> Respecto de otros análisis del tipo penal posteriores al fallo “Antiñir”, ver nota 37.

<sup>41</sup> KISS, *supra* nota 39, p. 297.

<sup>42</sup> KISS, *supra* nota 39, p. 297.

<sup>43</sup> KISS, *supra* nota 39, p. 306 s.

simplemente, conociera el modo en que se desarrolla la confrontación, si esta implicara el uso de sillas, vasos de cerveza, cuchillos, etc.<sup>44</sup>

En esta medida, la posición del autor pareciera resultar concordante con una de las interpretaciones posibles de la jurisprudencia de la Corte, pues el hecho típico quedaría configurado mediante la ejecución de actos que importen agredir físicamente a una persona que resulta muerta o lesionada no —o no necesariamente— como consecuencia propia de esos actos, sino a causa del desenvolvimiento característico de la riña en la que aquellos tuvieron lugar. Respecto de la producción de tales consecuencias, bastaría con que el autor hubiera tenido conocimiento del carácter de la confrontación en la que tomaba parte, signada, p. ej., por el empleo de medios tales como cuchillos, botellas u otros, es decir, de los factores constitutivos del llamado síndrome de riesgo de producción de tales resultados lesivos. Quien responde en los términos del art. 95, CP no lo haría como autor del homicidio o las lesiones provocadas en el contexto de la riña, sino como autor de la riña en sí.<sup>45</sup>

## VII. Cuestiones abiertas

Puede decirse, entonces, que la cuidada interpretación de Kiss fija razonablemente el alcance del tipo penal del art. 95, CP, nuevamente, en sintonía con los desarrollos de la doctrina alemana en torno a la regulación del homicidio en riña contenida en el § 231, StGB. Sin embargo, cabe recordar, la disposición alemana difiere de la prevista en la ley nacional, al establecer, específicamente, que quien toma parte en una riña es penado ya por esa participación, si por la riña se causa la muerte de una persona o una lesión grave. A partir de esta descripción legal parece fácil concluir en que la muerte (o bien la lesión de carácter grave) ha de ser consecuencia de la violencia

---

<sup>44</sup> Kiss, *supra* nota 39, p. 306 s.

<sup>45</sup> El desarrollo argumental de Kiss se presenta también como una fundamentación del criterio sostenido en el precedente “Antiñir” por los jueces Zaffaroni y Argibay en sus respectivos votos concurrentes, donde señalaron, coincidentemente, que con la aplicación de esta figura “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 solo 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 (cfr. voto del juez Zaffaroni, consid. n.º 16; voto de la jueza Argibay, consid. n.º 6).

propia de la riña y que el comportamiento prohibido consiste en tomar parte en la riña, sin que sea necesario exigir otro vínculo más estrecho entre ese resultado y la conducta del autor.

Esa sencillez, en cambio, lejos está de poder predicarse respecto de la disposición contenida en nuestra ley penal, la cual, vale insistir, no reprime a todo aquel que haya participado en la riña,<sup>46</sup> cuando de esta se hayan derivado graves consecuencias, sino que circunscribe la autoría del ilícito a quienes ejercieron violencia sobre aquel que sufrió tales consecuencias y fija la medida de la sanción en relación con la magnitud de los resultados producidos.

Pero si, pese a tales diferencias normativas, se postula una similar interpretación del alcance del tipo penal, en el sentido de que riña es todo el episodio caracterizado por el acometimiento recíproco de varias personas y las consecuencias lesivas han de derivarse de la riña en general, surge el interrogante relativo a por qué razón solo serán, conforme al texto legal, autores de la riña y, por tanto, únicos sujetos punibles, aquellos que hayan ejercido violencia sobre quien resulta muerto o lesionado y no todos los intervinientes en la reyerta.

Si en respuesta a estas reflexiones se remitiera a que el recorte de autores posibles lo habría establecido ya el legislador, entonces, simplemente se trasladaría el cuestionamiento, ya que quedaría sin explicación razonable la decisión legal de no incriminar a todos los intervinientes en la confrontación. ¿Por qué debería merecer pena aquel que, p. ej., en el contexto de una riña violenta, da algunos golpes sin mayor importancia a quien en ese marco muere al caer inconsciente en el pavimento luego de recibir en la cabeza el golpe de un tablón arrojado al aire por otro participante, y no la merecería, dados los presupuestos típicos fijados, también aquel que, a diferencia del primero, tuvo a su favor la suerte de asestar sus golpes a quien, en cambio, en ese mismo contexto, salió prácticamente ileso de la gresca? Todos han sido parte de la riña violenta en cuyo desarrollo se produjo una muerte, pero solo a algunos se les reprochará penalmente el hecho. La responsabilidad

---

<sup>46</sup> Esto no significa, vale aclararlo aunque no se desprenda del texto, que la punibilidad no alcance a quienes participan en sentido estricto (instigadores y cómplices) en el hecho ilícito del autor de un homicidio en riña. Es decir, se debe distinguir *la mera participación —no punible— en la riña* de la *participación —punible— en el homicidio en riña*. El abordaje jurídico del hecho comprende tanto la definición de la infracción propia del autor, como la determinación de otros intervinientes punibles conforme a las reglas generales de la participación criminal y así, p. ej., quien facilita al autor la botella con la que agrede a la víctima, será cómplice, mientras que el líder del grupo que, en medio de la reyerta, dirige contra uno de sus rivales al más aguerrido de sus integrantes, podrá ser responsabilizado como instigador. Sobre las características que ha de reunir la conducta del autor para ser típica de homicidio en riña, cfr. *infra* VIII. Agradezco a José Béguelin su observación acerca de la necesidad y pertinencia de esta aclaración.

penal parecería asentarse así en el mero azar, en abierta confrontación con el principio de culpabilidad.

Pero además, si de acuerdo con los arts. 95 y 96, CP el monto de la sanción depende de la gravedad de las consecuencias para la víctima, ¿es posible afirmar la responsabilidad del autor sin establecer que su conducta haya tenido alguna incidencia en su producción?

El conflicto constitucional basado en el principio de culpabilidad podría quedar plenamente subsistente: *A* responde por la riña con resultado de muerte dado que *B* mató de un disparo a *C*, a quien el primero le había dado un golpe de puño en el abdomen de consecuencias indeterminadas. La sola exigencia de que *A* hubiera visto que *B* estaba armado no parece suficiente para hacer responder al primero por el episodio, cuando la responsabilidad se circunscribe solo a los que ejercieron violencia sobre la víctima muerta y la magnitud de la sanción se define en función de un resultado en particular al que el autor no contribuyó. Es que si de lo que se trata es del mero deber de no tomar parte en una gresca que puede terminar en graves consecuencias a causa de que alguno de sus intervinientes se encuentra armado, o bien, en general, debido al grado de violencia que se desarrolla en ese contexto, entonces, como lo ha hecho la legislación alemana, la responsabilidad por la infracción a ese deber tendría que recaer sobre todos los participantes en igual medida.

La proyección de la punibilidad sobre quienes atacaron a la persona que resultó muerta o herida en el contexto de la riña y la determinación de la escala penal de acuerdo con la gravedad de las consecuencias para esa víctima en concreto (según sea el resultado de lesiones leves, graves o gravísimas o bien de muerte; arts. 95 y 96, CP), parece exigir una vinculación especial entre la conducta y los resultados por los que en definitiva se responde: si no se establece una relación personal entre el autor y las consecuencias de las que depende no solo el sí o no de la sanción sino también su cuantificación, el conflicto de orden constitucional queda plenamente subsistente.

### **VIII. Un tipo penal difícil de interpretar**

Para dar respuesta a las cuestiones planteadas, se presenta a continuación una propuesta de interpretación que en su recorrido intenta a la vez dar cuenta de la incidencia de categorías que se

suponen propias de la parte general en la reflexión sobre el alcance de los tipos penales de la parte especial del derecho penal.<sup>47</sup>

Una primera aproximación a la definición del ámbito de aplicación del delito de homicidio en riña sugiere que sus límites se fijan, ante todo, al diferenciarlo de otras figuras posiblemente concurrentes frente a un comportamiento que coincida literalmente con la descripción del art. 95, CP. Pues el ejercicio de violencia sobre una víctima que resulta muerta en el escenario de una riña en la que intervienen más de tres personas —incluso pese a que el agresor que provocó en definitiva la muerte no haya podido determinarse—, según se sostiene de modo uniforme en la doctrina, solo será típico de homicidio en riña en la medida en que la violencia ejercida sobre la víctima no haya constituido la ejecución de un plan previo de los agresores, es decir, en tanto pueda descartarse la coautoría, o bien, en términos más amplios, la participación criminal, en un homicidio doloso. Si en el marco de una riña uno de los participantes derriba de un golpe a la víctima y permite así que otro de los intervinientes, con quien actúa de manera conjunta, la apuñale mortalmente, se da un supuesto de participación en el delito de homicidio, aun cuando no pueda establecerse cuál de los dos agresores provocó la herida mortal. Idéntica conclusión cabe en el caso de un ataque simultáneo de tres participantes en la riña contra una víctima a la que golpean en conjunto hasta provocarle la muerte. La calificación del hecho como homicidio doloso no se ve modificada por la circunstancia de que, en ese contexto de actuación, no se sepa cuál de los atacantes aplicó en definitiva el golpe que resultó mortal. Aquí cobra un sentido concreto el requisito típico de espontaneidad mencionado en general por la doctrina nacional: la violencia ejercida debe haber sido decidida de modo unilateral (y no en concierto con otros) por cada uno de los atacantes.

---

<sup>47</sup> Un enfoque relacionado también con principios y categorías dogmáticas de la parte general ha sido presentado por YAPUR, *supra* nota 38, p. 60 ss. El autor, sin embargo, por un lado arriba a conclusiones que en gran medida limitan el alcance del tipo penal, al circunscribirlo a la tipificación de una participación imprudente en el homicidio doloso cometido por un tercero no identificado y, por otro, no justifica por qué sería constitucionalmente admisible basar la responsabilidad atribuida a quienes ejercieron violencia sobre la víctima que resultó muerta o herida en la riña, en la ineficiencia de la investigación estatal para determinar quién ha sido el autor del homicidio doloso, pues si este fuera identificado, según Yapur, decaería la responsabilidad en los términos del art. 95, CP. Parece claro, por lo demás, que si quisiéramos sostener que las limitaciones para individualizar al autor del crimen pueden ser cargadas a quienes crean las dificultosas condiciones en que se lleva adelante la investigación del hecho, tendríamos, por un lado, que acreditar que el modo en que se desarrolló la riña hizo imposible el esclarecimiento del caso y descartar todo déficit en la individualización de posibles testigos y en la recolección general de la prueba y excluir cualquier indicio de que los investigadores se hayan conformado con la atribución de responsabilidad en los términos del art. 95, CP y, por el otro, justificar la razón por la cual, como antes ya se expresó en el texto, solo habrán de responder quienes ejercieron violencia sobre la víctima cuando, como es evidente, el contexto que dificulta la averiguación de lo ocurrido es atribuible a todos los participantes en la riña.

Este mismo enfoque, que pretende fijar el alcance del art. 95, CP en el marco de su delimitación con el homicidio doloso, nos lleva al extremo opuesto al recién presentado, es decir, a aquellos casos en que la muerte es producto de un curso causal que opera de modo independiente de las otras causas concurrentes. Ejemplo: *A*, *B* y *C*, actuando cada uno en forma autónoma, golpean sucesivamente a *E* en distintas partes del cuerpo. Segundos más tarde, mientras *E* sigue participando en la gresca, *D* le asesta en la cabeza un golpe con una piedra que provoca su muerte inmediata ya por ese solo golpe y sin interacción con los demás. En este caso existe un único autor de la muerte de *E*, a saber: *D*, quien ha de responder por homicidio simple (art. 79, CP), y queda descartada la aplicación del delito de homicidio en riña. Esta consecuencia operará aun cuando la identidad de *D* no pueda ser establecida en el proceso, es decir, aunque el hecho se desarrolle en términos literalmente coincidentes con el tenor del art. 95 y se dé en el caso, precisamente, la condición de producirse una muerte en el contexto de la riña “sin que conste quién la causó”. A esta segunda constatación se arriba en la medida en que por su incompatibilidad con principios constitucionales queda descartada la exégesis tradicional, según la cual esta figura sería aplicable en aquellos supuestos en que por un déficit probatorio no fuera posible establecer la identidad del autor del ataque mortal.<sup>48</sup> En definitiva, cuando un curso causal independiente haya conducido a la muerte en el contexto de una riña, será el autor de este (entre todos aquellos que también hayan atacado a la víctima) el único responsable penalmente por el homicidio, sin importar si en los hechos la investigación permite su identificación o no. Siempre que exista una causa autónoma del homicidio, la figura del art. 95, CP quedará desplazada por la aplicación del ilícito de autor único correspondiente —en el ejemplo, art. 79, CP—.

Sobre la base de estos puntos vista es posible ensayar una interpretación de la llamada cláusula negativa contenida en la formulación legal, relativa a que no exista constancia acerca de quiénes causaron la muerte, compatible con principios constitucionales. La fórmula contenida en el texto legal ha de ser entendida, en contraste con lo anterior, como exigencia de que no se haya verificado un curso causal, atribuible a uno o a varios agresores que obran en conjunto, que condicione por sí solo la muerte y, en esta medida, la frase *sin que conste quién la causó* significa, en el tipo de

---

<sup>48</sup> Un legislador que pretenda penalizar el hecho de que, precisamente, se genere una situación que impida identificar al autor de ese grave ataque, tendrá que prever, quizá como delito contra la administración de justicia (de manera similar a la regulación del encubrimiento), un tipo penal que fije la responsabilidad de todos aquellos que coadyuven a la creación de ese contexto en el que la comisión del crimen pueda quedar impune, es decir, todos los participantes en la riña. Pero nada de esto se corresponde con la responsabilidad derivada del art. 95, CP, que, en su regulación como delito contra las personas, limita la punibilidad a quienes ejercieron violencia sobre la específica víctima que resultó muerta o lesionada y gradúa la sanción en función de la gravedad de las consecuencias.

interpretación, *sin que conste que alguien, autónomamente*, esto es, con prescindencia de la actividad de otros agresores de la víctima no concertados con aquel, *haya causado el resultado*; pues si se descarta la participación criminal y también la vinculación causal de la conducta de cada agresor de la víctima con el resultado de muerte (solo uno de los aportes ha sido relevante) no existirán bases para sostener la responsabilidad de cada atacante por ese desenlace fatal.<sup>49</sup>

Entre ambos extremos, esto es, el del homicidio doloso (simple o calificado) en participación criminal y el del homicidio doloso (simple o calificado) de autor único, se ha de encontrar el ámbito propio de aplicación de la figura de homicidio en riña: si quienes ejercieron violencia sobre la víctima, sin ser autores ni partícipes en un homicidio doloso, han de responder por su muerte, el hecho típico se ha de caracterizar, para asegurar una mínima vinculación personal del autor con el resultado, cuando menos por la convergencia de sus aportes independientes en la producción del resultado de muerte. Pero esta identificación del hecho típico como una forma de intervención paralela, obliga todavía a encontrar un motivo por el cual esa consecuencia más grave, derivada de la sumatoria de cada actuación individual, pueda ser atribuida a todos los que de manera inconexa agredieron a la víctima.

Como primera aproximación, la situación típica de este ilícito, con esos rasgos elementales, remite al problema, bien conocido en la dogmática penal, de la causalidad acumulativa que se presenta cuando el resultado es producto de diversos cursos causales por sí mismos insuficientes para alcanzarlo y cuya confluencia no ha sido planeada por los autores.<sup>50</sup> Ejemplo usual: *P* y *Q*, actuando cada uno en forma independiente y sin conocer la conducta del otro, colocan en el té de *R* el 50% de la dosis de veneno que resultaría eficaz para provocar su muerte. El fallecimiento efectivamente se produce por la interacción de ambas dosis. En este supuesto, cada aporte ha sido causa del resultado, pero en la medida en que a cada interviniente no le es imputable la acción del

---

<sup>49</sup> A la inversa, esta interpretación supone, como se sostiene más adelante en el texto, que el tipo penal no descarta su aplicación por la mera identificación de aquel que provocó la muerte (p. ej., está acreditado que *A* aprovechó el desconcierto de *B* luego de haber recibido varios golpes de otros contendientes en la riña para poder apuñalarlo y provocar así su muerte), sino que para desplazar esta figura se requiere que alguien haya producido ese resultado de manera autónoma, lo cual se deriva como una consecuencia inevitable de la necesidad, conforme a la jurisprudencia de la Corte y por imperio del principio de culpabilidad, de verificar cuando menos un nexo de causalidad entre la violencia ejercida por los agresores y el desenlace fatal. Si esto es así, es claro que la sola circunstancia de que “conste quién causó la muerte” no puede desplazar la aplicación de la figura, porque verificar que los atacantes efectivamente “causaron” es presupuesto de su operatividad constitucionalmente admisible: una misma circunstancia no puede, a la vez, tornar aplicable e inaplicable el tipo penal.

<sup>50</sup> Cfr. WESSELS / BEULKE / SATZGER, *Derecho Penal. Parte General. El delito y su estructura*, 46.ª ed., Lima, 2018, trad. de Raúl Pariona Arana, n.º m. 223; OTTO, *Manual de Derecho Penal*, 7.ª ed., Barcelona, 2017, trad. de José Béguelin, § 6, n.º m. 20 s., § 7, n.º m. 82 ss.; FRISTER, *Derecho Penal, Parte General, supra* nota 25, cap. 9, n.º m. 9, p. 181.

otro (ya por falta de conocimiento y de previsibilidad fallarían tanto la imputación dolosa como la imprudente), ninguno responderá por delito consumado, sino a lo sumo por tentativa. Es claro que esta solución dogmática no resuelve la cuestión de la responsabilidad por el homicidio en riña, precisamente porque la conclusión para el problema de la causalidad acumulativa es, por regla, la de la imposibilidad de atribuir el resultado a cada uno de los intervinientes. Sin embargo, el planteo ayuda a poner en evidencia las condiciones mínimas para pensar por qué podría llegar a ser posible atribuir la muerte a todos los que ejercieron violencia sobre la víctima en el marco de la riña, a saber: porque todos contribuyeron a provocarla.

La tipicidad del comportamiento exigirá entonces, en primer lugar, que la violencia ejercida por cada uno de los atacantes haya sido co-causal del resultado, es decir, que la muerte sea la consecuencia conjunta, p. ej., de los múltiples golpes recibidos. Así, en el caso anterior en que *A*, *B* y *C*, actuando independientemente entre sí, golpean sucesivamente a *E* en distintas partes del cuerpo, será necesario que la muerte sea derivación de la totalidad de las lesiones producidas, es decir, que la interacción de cada uno de los golpes haya provocado un deterioro tal de la integridad física del agredido, que conduzca finalmente al desenlace fatal. Se cumpliría así un *primer requisito* de la imputación del resultado a todos los intervinientes: la co-causalidad.

Esa conexión objetiva entre autor y resultado quedará satisfecha de modo más general —es decir, más allá de la configuración particular del caso presentado— en todos aquellos supuestos en que el actuante, mediante su acción, condicione positivamente la realización del resultado. Ejemplo: en el marco de una riña, *A* golpea fuertemente a *B* en la cabeza, dejándolo aturdido y sin visión por unos instantes. Esta situación es aprovechada por *C*, un contendiente que fuera de ese supuesto no habría tenido chance alguna ante un enfrentamiento con *B*, para asestar contra este un golpe letal. En este supuesto, *A* podría hacerse responsable en los términos del art. 95, CP, mientras que *C* lo sería por homicidio doloso.<sup>51</sup>

Pero dado que por falta de plan criminal esa primera constatación objetiva es insuficiente por sí para hacer responder a todos los intervinientes por el resultado co-causado (conclusión propia del problema de la causalidad acumulativa), se necesitará aún, como *segundo requisito*, establecer una razón que permita afirmar que, pese a la ausencia de acuerdo previo, los aportes de cada uno son

---

<sup>51</sup> Si, p. ej., por la similitud de rasgos físicos entre *A* y *C*, no pudiera acreditarse en el proceso quién fue el que asestó el golpe mortal, *in dubio pro reo*, ninguno de ellos lo hizo y ambos responderán por homicidio en riña.

recíprocamente imputables y por ello al autor se lo hará responsable no solo de las lesiones provocadas por él de manera directa, sino también de las más graves consecuencias derivadas de la conexión de su conducta con la de otros intervinientes en la gresca. Es decir, aquel resultado de muerte, alcanzado solo por la interacción de diversos cursos causales introducidos de modo independiente por los autores, podrá ser reprochado a todos solo en la medida en que exista también un fundamento que permita sostener que la actuación de los otros es asunto de cada uno de los que ejercieron violencia sobre la víctima y contribuyeron causalmente a alcanzar la consumación.

Un primer argumento podría rezar: en el contexto de la riña, es posible prever la interconexión de la conducta de cada uno de los intervinientes en el pleito. Sin embargo, es sabido que la sola previsibilidad del resultado típico es insuficiente para fundar la responsabilidad penal. Ejemplos usuales: al conductor del automóvil le está permitido, con semáforo habilitante, cruzar la bocacalle sin disminuir la velocidad, pese a la previsibilidad, estadísticamente comprobada, de que un motociclista que circule por la otra vía no respete la prohibición de paso de la luz roja; está permitido prestar al vecino un filoso cuchillo parrillero pese a la eventual previsibilidad, derivada de pasadas discusiones altamente agresivas entre el vecino y su esposa, de que termine por ser utilizado en un ataque mortal.

Como contrapartida de tales supuestos en los que, pese a afirmarse tanto la causalidad como la previsibilidad, no es posible conectar al autor con un resultado lesivo derivado de la interacción de su conducta con el comportamiento contrario a derecho del otro interviniente (en los casos dados: muerte ocasionada por la colisión de los vehículos ante el cruce intempestivo del motociclista; homicidio de la mujer a manos de su esposo, con el cuchillo del vecino; casos de atipicidad del comportamiento del automovilista y del dueño del cuchillo, respectivamente), se presentan en la doctrina reglas a partir de las cuales pueden abordarse supuestos en los que ya no es posible confiar en un comportamiento fiel al derecho de los demás intervinientes en el contexto de actuación en que se produce el hecho y, por tanto, se impone al autor el deber de evitar su conducta. Así, siguiendo los mismos ejemplos, si el motociclista ha emprendido ya el cruce en infracción, el automovilista carga con el deber de disminuir la velocidad para evitar la colisión (lo propio sucedería si, pese a no haber iniciado el cruce, fuera manifiesto para el automovilista que no va a poder acatar la prohibición de paso, p. ej. por la escasa distancia hasta la bocacalle y la excesiva velocidad con que conducía), al igual que el vecino ha de abstenerse de entregar el cuchillo si se dispone a hacerlo cuando una nueva disputa físicamente violenta entre la pareja se está ya desarrollando. La realización del comportamiento en tales supuestos hace responsable al autor por el devenir de un suceso que se

desarrolla de la mano del comportamiento contrario a derecho de un tercero que también ha de responder por su infracción.<sup>52</sup>

A partir de este tipo de supuestos, planteados en la dogmática penal como problemas de imputación objetiva,<sup>53</sup> es posible continuar el estudio de las exigencias típicas del homicidio en riña. El abordaje desde la perspectiva de estas categorías permite observar que, en el contexto de la riña, no se trata de la sola previsibilidad del resultado típico, sino que se configura precisamente el supuesto de excepción a la exclusión de responsabilidad ligada a la posibilidad de confiar en el comportamiento ajustado a derecho de los demás actuantes, esto es, el supuesto en el que el posible quebrantamiento de la norma por parte de ellos se halla suficientemente condicionado y estas circunstancias son conocidas por el autor.

Como segundo requisito de la configuración típica puede entonces afirmarse que el tomar parte en una riña implica actuar en un contexto en el cual se debe contar con que otros intervinientes puedan golpear o hayan golpeado a la misma víctima, es decir, forma parte de los riesgos con que carga cada uno de los participantes el que el agredido pueda ya encontrarse físicamente debilitado por golpes recibidos en ese marco o bien el que todavía sea objeto de nuevas embestidas. Estos riesgos, por lo demás, no solo le son previsibles al autor sino también imputables dada la inmediatez del contexto en que actúa, pues en una situación tal decae para el autor su derecho a confiar en el comportamiento ajustado a derecho de los demás intervinientes.

De esta manera, al ejercer violencia física sobre un contendiente en la riña se genera, en primer lugar, el riesgo concreto, dominado por el autor, de provocar una lesión producto de los golpes asestados (hecho propio del obrar doloso), pero también riesgos abstractos, difusos o todavía no perfectamente determinados (característicos del obrar imprudente), *previsibles e imputables* al autor,

---

<sup>52</sup> En el caso del motociclista, la solución se ve quizá todavía con mayor claridad si, con motivo de la colisión, se lesiona a un transeúnte que caminaba por la vereda.

<sup>53</sup> Estas cuestiones son tratadas, especialmente, en el marco de las categorías de principio de confianza y prohibición de regreso. Cfr. ROXIN, *supra* nota 25, 24/21 ss., 24/26 ss., JAKOBS, *supra* nota 23, 7/51, 7/56 ss., FRISTER, *supra* nota 25, cap. 10, n.º m. 10 ss., p. 202 ss. Aunque puede objetarse que, en los ejemplos dados, se trata de definir el carácter prohibido o permitido del comportamiento, mientras que en el ejercicio de violencia sobre la víctima, en el marco de la riña, se está de antemano frente a un comportamiento prohibido por el delito de lesiones (arts. 89 ss., CP), lo cierto es que en la medida en que el legislador ha pretendido responsabilizar al autor por resultados que exceden las meras lesiones causadas de manera dolosa por su actuación, se trata aquí de determinar si su conducta se encuentra prohibida también por generar el riesgo, no concreto y determinado (no doloso), de que esa violencia derive en más graves consecuencias por su interacción con la ejercida por terceros en ese contexto. En esa medida se trata de la definición del alcance de la prohibición y por tanto de si se ha generado o no un riesgo prohibido a este respecto.

de que esas lesiones, por la dinámica propia de la riña,<sup>54</sup> entren en interacción con otras producidas en ese contexto y conduzcan a resultados más graves, sea por la sumatoria de lesiones, sea porque la situación debilitada de la víctima posibilite que otro interviniente en la gresca pueda provocar un ataque mortal.<sup>55</sup>

En definitiva, sobre la base de que en el momento en que el autor ataca a la víctima, o bien desconoce que esta ha sido objeto de una violencia tal que su intervención podría ya resultar letal (caso contrario: autoría de homicidio doloso), o bien actúa en un contexto en que los riesgos de nuevas embestidas resultan todavía indeterminados (caso contrario, esto es, si interviene junto a otros en un ataque común: participación en el delito de homicidio), la figura viene así a plasmar en un texto legal una especial forma de delito preterintencional, a saber, aquel en que el hecho doloso del autor se interconecta con riesgos propios del ilícito imprudente, no condicionados por el autor sino derivados del actuar de terceros intervinientes en la riña.

El ilícito propio del homicidio en riña, en suma, compuesto así de una atribución dolosa, relativa a la violencia ejercida por el propio actuante, y de una atribución imprudente del resultado más grave alcanzado por la concurrencia de todos los aportes co-causales, contiene la formulación de un reproche penal que se sustenta en la responsabilidad personal del autor por el hecho.

Esta explicación permite además una adecuada inserción sistemática de esta figura legal. Pues, así interpretado, el delito de homicidio en riña presenta una diferencia estructural que justifica su regulación especial frente al ilícito del homicidio preterintencional del art. 81, inc. 1, b) del Código Penal, y prevé una sanción (reclusión o prisión de dos a seis años) que, con justificada atención al riesgo —aun cuando en cierta medida indeterminado, pero igualmente particularmente alto— de

---

<sup>54</sup> En cambio, pese a afirmarse la relación causal, quedan fuera del alcance del tipo penal aquellos supuestos en que falta la realización del riesgo prohibido creado por el autor, o bien, en otros términos, se realiza un riesgo no abarcado por el ámbito de protección de la norma que prohíbe el homicidio en riña, es decir, casos en que quede descartada la llamada relación de riesgos. Así, p. ej., es posible que una víctima debilitada por los golpes se encuentre tendida en el piso casi desmayada y que, en esa situación, sea alcanzada por el disparo de un vecino que, harto de los ruidos de una gresca de medianoche, hace algunos disparos desde la terraza para disuadir a los contendientes. En este supuesto, el haber golpeado a la víctima hasta dejarla tendida en el suelo condicionó el resultado de muerte; sin embargo, no pertenece a los riesgos alcanzados por el tipo penal del homicidio en riña aquel generado por la conducta del vecino que mediante disparos quiere dispersar a los contendientes. En este tipo de supuestos, subsiste la responsabilidad penal del autor por las lesiones dolosas provocadas pero, por regla, fallará la imputación de la muerte de la víctima.

<sup>55</sup> En este sentido, puede entenderse la exigencia del tribunal superior neuquino, avalada por la Corte en el caso “Antiñir”, de que el ejercicio de violencia sobre la víctima en el contexto de la riña importa desarrollar una conducta que resulta “generalmente idónea para producir el resultado de muerte o de lesiones”.

que un resultado de muerte pueda producirse por la actuación violenta de los diversos intervinientes en la riña, descarta la eventual aplicación de la más leve de las penas contenidas en aquella disposición (prisión de uno a tres años) y coincide en su máximo con la más grave de las previstas para esa figura (seis años de reclusión).

Estas reflexiones coinciden, por último, con dos pautas centrales de la interpretación jurisprudencial actual, esto es, por un lado, la caracterización de esta infracción como delito preterintencional y, por el otro, la irrelevancia de que efectivamente se sepa quién dio el golpe que en definitiva resultó fatal: si los restantes presupuestos están cumplidos (causalidad de los aportes e imputación objetiva —entre las demás exigencias típicas del ilícito—), la figura resultaría aplicable “aunque esté probado quién fue el responsable de lo más grave”,<sup>56</sup> e incluso aunque este hubiera actuado dolosamente y, por ello, deba responder por homicidio simple (o calificado, según las circunstancias). Conforme a otros ejemplos dados: en el contexto de la riña, *A* encuentra a *B* malherido y tendido en el suelo. Consciente de que es altamente probable que *B* no pueda resistir ya una nueva embestida, descarga contra él una feroz patada en su abdomen que, en conexión con sus restantes lesiones, provocadas por *X* y *Z*, conduce a una hemorragia interna mortal. *A* debe responder como autor de homicidio simple (o eventualmente agravado), mientras que *X* y *Z* serían punibles por homicidio en riña.

## IX. Conclusiones

Los distintos abordajes presentados a lo largo del trabajo dan cuenta de los esfuerzos de la doctrina y de la jurisprudencia por superar el conflicto entre el interés general en que hechos de tan graves consecuencias como los aquí analizados no queden impunes y el resguardo de principios fundamentales rectores en el ámbito penal; un conflicto generado por una redacción legal que parece haberse desentendido de parámetros constitucionales elementales para concentrarse, sin atender a los costos, en evitar la impunidad.

En este marco, se ha sostenido una interpretación que toma en consideración la cuestionable fórmula “sin que constare quiénes causaron” los resultados lesivos producidos en el contexto de la riña, y brinda razones que, previa delimitación del ámbito propio de aplicación del homicidio en riña frente al homicidio doloso, permiten sostener una imputación personal de esos resultados y

---

<sup>56</sup> Cfr. dictamen de la Comisión de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios de la H. Cámara de Senadores que se describe en el consid. n.º 13 del voto de mayoría.

justifican, por un lado, que la punibilidad recaiga solo sobre quienes ejercieron violencia sobre la víctima y, por otro, que la medida de la pena se determine en función de la gravedad de las consecuencias. Bajo las pautas presentadas se ha pretendido, a la vez, resguardar adecuadamente principios constitucionales rectores en materia penal.

A modos de síntesis, tales argumentos rezan:

– En los supuestos de homicidio en riña la *violencia* ejercida tiene que haber sido *decidida de modo unilateral* por cada uno de los atacantes, y no en concierto con otros, pues si los intervinientes obran de manera acordada, se configura un homicidio doloso en participación criminal.

– En aquellos casos en que la muerte sea producto de un *curso causal* que opera de modo *independiente* de las otras causas concurrentes, la figura del art. 95, CP quedará desplazada por la aplicación del *ilícito de autor único correspondiente*, p. ej. art. 79, CP. Preservar la vigencia del *principio de culpabilidad* obliga, en tales supuestos, a *responsabilizar por la muerte solo a aquel que la causó o aceptar la impunidad* en caso de que el autor no pueda ser determinado, pues impide en términos absolutos atribuir ese resultado, incluso con una pena disminuida (art. 95, CP), a aquellos respecto de quienes solo se tiene la sospecha de que pueden ser los autores por haber atacado a la víctima en el contexto de la riña.

– La cláusula “sin que conste quién causó la muerte” significa, siguiendo esta interpretación, *sin que conste que alguien, autónomamente*, esto es, con prescindencia de la actividad de otros agresores de la víctima no concertados con aquel, *haya causado el resultado*. Recién a partir de esta constatación, puede establecerse el ámbito de aplicación del art. 95, CP.

– El *hecho típico propio de la figura de homicidio en riña* se caracteriza —más allá de los requisitos no problemáticos, relativos al contexto de riña y al número mínimo de intervinientes—, en primer lugar, por la *convergencia de aportes independientes* en la producción del resultado de muerte: la violencia ejercida por cada uno de los atacantes debe ser co-causal del resultado. Esta forma de intervención paralela que da lugar a una causalidad acumulativa asegura una mínima vinculación personal del autor con el resultado.

– Tras esa primera verificación, se presenta en este contexto, en segundo lugar, una razón que permite afirmar que, *pese a la ausencia de acuerdo previo, los aportes de cada uno son recíprocamente imputables* y por ello al autor se lo hará responsable no solo de las lesiones provocadas por él de

manera directa, sino también de las más graves consecuencias derivadas de la interconexión de los distintos ataques a la víctima: *en el marco de una riña decae para el autor la posibilidad de confiar en el comportamiento ajustado a derecho de los demás intervinientes*, es decir, forma parte de los riesgos con que carga cada uno de los participantes el que el agredido pueda ya encontrarse físicamente debilitado por golpes recibidos o bien el que todavía sea objeto de nuevas embestidas.

– El art. 95, CP contiene una *especial forma de delito preterintencional* en la que el hecho doloso del autor se interconecta con riesgos propios del ilícito imprudente, no condicionados por él sino derivados del actuar de terceros intervinientes en la riña.

Con estos fundamentos, en suma, se ha intentado presentar una interpretación del tipo penal que, sin entrar en contradicción con el texto constitucional, contemple una descripción de sus exigencias típicas que permita tanto deslindar la aplicación de esta figura de casos propios del delito de homicidio doloso, como circunscribir una situación de hecho característica del homicidio en riña que tenga una clara referencia práctica. Si estas ideas llegan a la discusión de la doctrina y a los análisis de la jurisprudencia, podrá evaluarse si algunos de esos objetivos pudieron ser cumplidos.<sup>57</sup>

## X. Bibliografía

AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, “Sobre riñas y muertes”, La Ley 2006-F, Buenos Aires, p. 235.

CREUS, Carlos, *Derecho penal, Parte especial*, t. I, 3.ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1990.

CREUS, Carlos / BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Derecho Penal, Parte especial*, t. 1, 7.ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2007.

FRISTER, Helmut, *Derecho Penal, Parte General*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, trad. de Marcelo A. Sancinetti.

GARCÍA, Jorge A. L., en: Baigún / Zaffaroni (dir.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. III, 2.ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

---

<sup>57</sup> Agradezco aquí la generosidad con que el juez Javier de la Fuente consideró la posición sostenida ya en “¿‘Presunción de autoría’ en el delito de homicidio o lesiones en riña (art. 95 CP)?” (ver nota \*), al emitir su voto en el caso “S., O. M. y otros s/ lesiones en riña” (causa n.º 303, del Tribunal Oral en lo Criminal n.º 27, 12/4/2012).

IELLIN, Dalia / PACHECO Y MIÑO, Julio A., en: D’Alessio (dir.), *Código Penal comentado y anotado*, t. II, 2.ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2009.

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

KISS, Alejandro, “Homicidio y lesiones en riña”, en: Pastor [dir.], *El sistema penal en las sentencias recientes de la Corte Suprema*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 306.

NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho penal argentino*, t. III, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1961.

OTTO, Harro, *Manual de Derecho Penal*, 7.ª ed., Atelier, Barcelona, 2017, trad. de José R. Béguelin.

PAWLIK, Michael, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Carl Heymanns, Köln, Berlín y otras, 1999.

—, “¿Engaño por medio del aprovechamiento de defectos de organización ajenos? Acerca de la distribución de riesgos conforme al § 263 StGB en casos de errónea acreditación en cuenta y constelaciones emparentadas”, en: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Lexis Nexis, Buenos Aires, n.º 4/2008, p. 541-551, trad. de Paola Dropulich.

—, “¿Engaño fraudulento por medio del envío de cartas de oferta similares a una facturación?”, en: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, n.º 5/2011, p. 809-815, trad. de Paola Dropulich y Martiniano Guerra.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General*, t. I, Civitas, Madrid, 1997, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal.

SANCINETTI, Marcelo A., “La relación entre el delito de ‘abandono de persona’ y el ‘homicidio por omisión’”, en: Ziffer (dir.), *Jurisprudencia de Casación Penal*, t. 1, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 247.

STREE, Walter, en: Schönke / Schröder, *StGB Kommentar*, § 231, 27.ª ed., Beck, Múnich, 2006.

SIMAZ, Alexis, “El homicidio en riña y su problemática interpretación constitucional”, en: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, n.º 3/2012, p. 407.

SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, t. III, 4.<sup>a</sup> ed., 11.<sup>a</sup> reimpr., TEA, Buenos Aires, 2000.

VARACALLI, Daniel C., “Antiñir: un caso de responsabilidad penal para civilistas”, en: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Buenos Aires, n.º 4/2007, p. 666.

WESSELS, Johannes / BEULKE, Werner / SATZGER, Helmut, *Derecho Penal. Parte General. El delito y su estructura*, 46.<sup>a</sup> ed., Instituto Pacífico, Lima, 2018, trad. de Raúl Pariona Arana.

WESSELS, Johannes / HETTINGER, Michael / ENGLÄNDER, Armin, *Strafrecht Besonderer Teil 1*, 42.<sup>a</sup> ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2018.

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”, en: Pitlevnik (dir.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 3, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 61.