

El delito de homicidio y lesiones en riña tumultuaria (*)

ANGELA SALAS HOLGADO

Colaboradora del Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. Evolución histórica del concepto de riña.—II. Concepto jurídico-social de riña.—III. Naturaleza de este delito.—IV. Acción.—V. Antijuridicidad.—VI. Tipo subjetivo.—VII. Grado de ejecución.—VIII. Participación.—IX. Concursos.—X. Penalidad y responsabilidad civil.—XI. Estudio de la presunción de inocencia.—XII. Los Proyectos de reforma.

I

La noción de riña y su valoración socio-jurídica aparece desde los primeros tiempos de una manera difusa. Sus referencias, escasas, son generalmente superficiales y de poco contenido. Los tratamientos iniciales son por la vía de la reparación y no de la sanción. Sus primeros antecedentes datan de dos legislaciones antiguas, el Código de Hammurabi (1), y la ley mosaica, concretamente el Exodo (2).

Al margen de estos precedentes remotos, es el Derecho Romano el primero que regula la figura de la riña a través de dos leyes cuyos textos se contradicen entre sí: la Ley Cornelia de Sicariis (3) y la Ley Aquilia. La primera establece una responsabilidad individual por las lesiones sufridas. Por el contrario, la Ley Aquilia establece la responsabilidad solidaria de todos los sujetos. Según opinión de Mela (4), re-

(*) Este trabajo constituye un extracto de la Tesis de Licenciatura presentada en la Universidad de Sevilla el 11 de julio de 1986, y que obtuvo la calificación de sobresaliente por unanimidad.

(1) En el Código De Hammurabi se menciona la riña en los párrafos 206 y 207, en los que se ha querido observar un enfrentamiento o una especie de combate.

(2) Exodo 21, 18-19-22.

(3) Dice el texto de 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, Dig. XLVIII, 8, 17).

(4) Novísimo Digesto Italiano e NND, vol. X, p. 514, voz Mela. Mela fue un jurisculto de finales de la República y principios del Imperio, posterior a Servio. No se conserva de él ningún fragmento ni el título de sus obras, pero de las frecuentes men-

cogida por Ulpiano en Ulpiano *18 ad edictum, Dig. IX, 2, 11, pr. (Mela ab Ley Aquilia)*, si son varios los sujetos que han herido al siervo, todos han de considerarse culpables de homicidio; y si en realidad apareciese claro quién dio el golpe, ése ha de considerarse como autor del homicidio. Llegados a este punto, hemos de decir que carece de rigor científico la reiterada información defectuosa que se ha dado en este tema con respecto a Mela, de forma que autores como García Planas (5) hablan de ley Item Mela cuando en realidad se trata de la Ley Aquilia. El texto de la Ley Aquilia es el que corresponde a lo que actualmente prevé el Derecho Penal español (6).

En la Edad Media, la fuente principal de donde surgían las normas era Roma. Pero verdadera importancia hay que dar a la Constitución Carolina, pues es el primer cuerpo legal que establece una presunción clara de culpabilidad en base a una imposibilidad de prueba (7).

Respecto a la evolución histórica de esta figura delictiva en España, no se contiene en las Partidas, pero sí en las costumbres y fueros locales. Quintano (8) menciona los fueros de Zamora, parágrafo 19, y Salamanca, parágrafo 1. También encontramos la riña en los párrafos 70 del fuero de Zamora, 51 y 52 del fuero de Salamanca; 4, 20, 21, 88 y 192 del de Plasencia; el fuero de Cuenca; el de Baeza en el parágrafo 326; el 484 del fuero de Soria y los párrafos 17 al 20 del de Teruel.

La única fuente general que incorpora esta figura de riña son las Leyes del Estilo, en concreto la Ley LVII (9), que establece una responsabilidad solidaria para todos los partícipes, tomando como precedente la Ley Aquilia.

Una vez analizados estos antecedentes históricos, se puede hacer un estudio de la época de la Codificación. Estima Antón Oneca (10) que «puede ser útil recordar aquellas iniciativas decimonónicas, interesantes como ejemplos que, sin ser seguidos a la letra, nos marcan tendencias dignas de tener en cuenta». Con ello se soslayan en gran parte las dificultades que encuentra el penalista español en su labor legislativa y en la correcta interpretación en ocasiones de las normas penales.

ciones de autores romanos, aparece como un buen jurista ocupado principalmente en el problema del Derecho Pretorio.

(5) GARCÍA PLANAS, G. Notas sobre el tratamiento de la riña tumultuaria en el Código Penal Español y en la jurisprudencia. *Revista Jurídica de Cataluña, Enero-Marzo 1979*, p. 847.

(6) QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Tratado de la Parte Especial de Derecho Penal*. Tomo I. Madrid, 1972. p. 348.

(7) Code Criminel de L'Empereur Charles V, vulgairement appelle La Caroline. Paris MDCCXXXIV. Su artículo 148 en el párrafo 3.º dice: «Si el que ha resultado muerto ha recibido más de un golpe mortal o peligroso, sin que se pueda saber precisamente cuál de estos golpes en particular le ha causado la muerte, todos aquellos que le hayan producido dichos golpes serán castigados como homicidas a la pena de muerte».

(8) QUINTANO, *Ob. cit.*, p. 349.

(9) Códigos Antiguos de España. Colección completa desde el Fuero Juzgo a la Novísima Recopilación. Madrid, 1885. pp. 155-156.

(10) ANTÓN ONECA, J. Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código Penal Español, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Mayo-Agosto 1972.

El Código Penal de 1822 no se refiere expresamente al homicidio en riña. Sin embargo, no hay que dejar de mencionar una serie de preceptos de este cuerpo legal que pueden servirnos de precedentes y que hacen alusión de forma indirecta a la riña. En concreto, el artículo 106 la recoge entre las circunstancias agravantes en general (11). También se consigna como agravante del homicidio y del asesinato, en los artículos 607 (12) y 609 (13). Existen además en este Código tres preceptos que hacen referencia a la riña o pelea de la que resulte muerte, si bien hay que decir que se trata de una riña entre dos personas, agresor y agredido. Son, en concreto, los artículos 614, 615 y 616.

Los Proyectos de Código Criminal de 1830 (14), 1831 (15) y 1834 (16) siguen la línea del Código Penal de 1822, aunque con un tenor literal diferente.

Importancia merece el estudio del Anteproyecto del Código Penal de 1848, mediante las Actas de la Comisión General de Codificación (17). Si bien la Comisión General no se había planteado tratar el tema de la riña, éste surge a raíz de la discusión sobre el duelo. Sin el castigo del duelo, probablemente la riña no se habría reconocido como delito. En la sesión de 19 de abril de 1845, la Comisión consideró el duelo como delito de peligro, estableciendo a su vez que los desafíos eran contrarios a las ideas sociales, cosa que anteriormente había dicho Pacheco (18). Con respecto a la riña, se la consideró como un homicidio indeliberado, presuponiendo que tenía lugar en momentos de acaloramiento o arrebato, aunque los medios de su ejecución envuelven peligro natural y probable de muerte.

Ya en el Código Penal de 1848 aparece un artículo referido al homicidio en riña o pelea entre varios, el artículo 325: «En el caso de cometerse un homicidio en riña o pelea, y de no constar el autor de la muerte, pero sí los que causaron lesiones graves, se impondrá a todos éstos la pena de prisión mayor. No constando tampoco los que causaron lesiones graves al ofendido, se impondrá a todos los que hubie-

(11) Artículo 106. 1: «el mayor perjuicio, susto, riesgo, desorden o escándalo que cause el delito». Artículo 106. 6: «el cometerle con armas o en sedición, tumulto o conmoción popular».

(12) Artículo 607, primero: «... como que por ella promueva en el acto una *riña o pelea* de que resulte muerte del ofensor».

(13) Artículo 609, tercera: «... ya empeñándola en una *riña o pelea* provocada por el asesino con ventaja conocida por parte de éste».

(14) El Proyecto de Código Criminal de 1830. Estudio preliminar y edición por José Ramón Casabó Ruiz. Murcia, 1978. Artículos 129 y 135.

(15) El Proyecto de Código Criminal de 1831. Estudio preliminar y edición por José Ramón Casabó Ruiz. Murcia, 1978. Artículos 823 y 824.

(16) El Proyecto de Código Criminal de 1834. Estudio preliminar y edición por José Ramón Casabó Ruiz. Murcia, 1978. Artículos 329, 330 y 339.

(17) Anteproyecto de Código Penal de 1848. Archivo del Ministerio de Justicia. Legajo 6. Código Penal discutido por la Comisión General de Codificación. 1843-1845.

(18) PACHECO, J. F. Estudios de legislación y jurisprudencia. Barcelona, 1843. Desafíos, pp. 36 y ss.: «... los desafíos producen una violación de todas las ideas sociales, los duelos procuran una bastarda justicia y sus reglas van contra las reglas de la justicia común.»

ren ejercido violencias en su persona la de prisión menor». La reforma de 1850 no afecta en nada a este artículo.

La novedad aparece en el Código Penal de 1870. Por primera vez encontramos los términos de confusa y tumultuaria, y es el tenor literal de este artículo el que, prácticamente sin diferencias, se ha mantenido hasta nuestros días (19). El elemento esencial consiste en que la riña tenga lugar confusa y tumultuariamente, esto es, sin que se sepa quiénes son los autores de la muerte o muertes acaecidas (20). Bernaldo de Quirós se adscribe a la teoría de la complicidad correlativa, extendiendo la responsabilidad de la persona incógnita a los autores conocidos de actos concomitantes (21).

Haciendo un análisis de los demás proyectos y Códigos Penales posteriores hasta el actualmente vigente, hay que decir que en líneas generales todos siguen el esquema implantado en el Código Penal de 1870. La única excepción la constituye el Código Penal de 1928, que siguió un sistema híbrido que no resultaba satisfactorio. Este Código tuvo escasa vigencia y en los posteriores vuelve a aparecer la antigua redacción del Código Penal de 1870 que, con escasas modificaciones, es la que se ha mantenido hasta nuestros días.

II

A falta de una definición legal, es preciso ofrecer alguno de los conceptos de riña más significativos.

Carrara define la riña como una lucha súbita que surge entre dos o más personas por causas privadas. Se dice súbita, para distinguir la riña de la agresión y del duelo; y se dice por causas privadas, para distinguirla de la sedición y de otros delitos de carácter político (22).

Antolisei la considera como una mezcla violenta por la vía de hecho (23).

Cuello Calón dice que la riña es la lucha entre más de dos personas pertenecientes a distintos bandos que se acometen entre sí y mezclándose mutuamente dificultan el poder distinguirse (24).

(19) Dice el artículo 420 del Código Penal de 1870: «Cuando riñendo varios y acometiéndose entre sí confusa y tumultuariamente hubiere resultado muerte y no constare su autor, pero sí los que hubieren causado lesiones graves, serán estos castigados con la pena de prisión mayor. No constando tampoco los que hubieren causado lesiones graves al ofendido, se impondrá a todos los que hubieren ejercido violencias en su persona la de prisión correccional en sus grados medio y máximo».

(20) VIADA y VILASECA, S. Código Penal de 1870 concordado y comentado. Tomo V, quinta edición. Madrid, 1927.

(21) BERNALDO DE QUIRÓS en *Enciclopedia Jurídica Española*. Seix, Barcelona. Tomo XXVII, p. 646.

(22) CARRARA, F. Programa de Derecho Criminal, Parte Especial. Volumen I. Temis, Bogotá 1972. Parágrafo 1292.

(23) ANTOLISEI, F. Manuale di diritto penale. Parte Speciale I. Giuffrè, Milano, 1982. página 103.

(24) CUELLO CALÓN, E. Derecho Penal, Parte Especial. Tomo II. Bosch, Barcelona, 1975. p. 492.

Beling afirma que riña es la participación en una pelea o en una agresión cometida por varios (25).

Común a estas definiciones es la idea que manifiesta Carrara (25 bis), de que en la riña nos vemos envueltos de improviso, sin que la reflexión haya tenido tiempo y posibilidad de formar con calma sus opiniones. La ira instantánea enciende los ánimos y va aumentando con la gravedad de la lucha.

III

Manifiesta Quintano (26) que el Código Penal español alude sólo a una especie de riña, la tumultuaria, definida en su artículo 408 y penada según sus resultados, en el mismo y en los artículos 424 y 583-7.º, éste con rango de falta. Constituye el susodicho precepto una responsabilidad objetiva levemente disfrazada, un homicidio putativo que se carga arbitrariamente a una persona por actos no homicidas, sino leves o de violencias.

El artículo 408 dice así:

«Cuando riñendo varios y acometiéndose entre sí confusa y tumultuariamente hubiere resultado muerte y no constare su autor, pero sí los que hubieren causado lesiones graves, serán éstos castigados con la pena de prisión mayor. No constando tampoco los que hubieren causado lesiones graves al ofendido, se impondrá a todos los que hubieren ejercido violencias en su persona la de prisión menor.»

En varios aspectos esta figura delictiva resulta censurable, en cuanto de una parte se fundamenta en un criterio de pura presunción, que tiene el carácter *iuris et de iure*, y de otra da lugar a una serie de dudas de no fácil solución técnica y conduce a soluciones evidentemente injustas (27).

La característica más relevante es la gran dificultad que ofrece en el ámbito procesal la realización de la prueba que permita fijar la responsabilidad de cada partícipe, por faltar una adecuada relación material de causalidad que determine quién fue el autor de la muerte o lesiones inferidas a la víctima. Binding, citado por Rodríguez Devesa (28), ofrece dos soluciones: castigar la participación de la que resulte muerte como delito autónomo, u operar con presunciones de causalidad de la muerte producida en riña.

(25) BELING, E. Esquema de Derecho Penal. La doctrina del delito tipo. Traducción de Sebastián Soler. Palma, Buenos Aires, 1944. p. 139.

(25 bis) CARRARA, F. Opúsculos de Derecho Criminal. Vol. III. Temis, Bogotá 1978. página 163.

(26) QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Ob. cit.*, p. 346.

(27) FERRER SAMA. Comentarios al Código Penal. Volumen IV. pp. 259 y ss.

(28) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. Derecho Penal Español. Parte Especial. Madrid, 1983. pp. 71, nota 1.

La mayoría de las legislaciones extranjeras optaron por la primera solución (29). El legislador español optó por la segunda vía, y la mayoría de los códigos hispanoamericanos han aceptado este sistema (30). No obstante, las legislaciones más avanzadas de Sudamérica recogen en sus códigos penales la fórmula de considerar la participación en riña como delito autónomo con específicas agravaciones en el caso de producirse determinados eventos dañosos para la vida o integridad corporal (31). Otras legislaciones como la francesa y la anglosajona omiten esta figura delictiva.

El legislador español, al estructurar este precepto, lo hizo de una forma manifiestamente imprecisa, con una deficiente técnica jurídica, que prácticamente supone un paso atrás de siglos, al identificarse con los preceptos de la ley Aquilia glosada por Ulpiano.

El artículo 408 del Código Penal no contiene un simple delito de peligro, según afirman Del Rosal-Cobo-R. Mourullo (32), puesto que no entiende la riña en sí como delito autónomo, pues el hecho de que no se castigue a todos los que en ella participan basta para descartar dicha afirmación. Tampoco consideran que este artículo 408 constituya un delito de sospecha, porque dicen que ésta no existe, y, antes al contrario, hay la certeza de la comisión de un delito, independientemente del conocimiento o no del autor de la muerte. Del mismo modo, piensan que no se trata de un delito de homicidio, puesto que el propio texto dice hubiere resultado muerte, y no hubiere resultado homicidio. Así, *concluyen diciendo que nos encontramos ante un delito de lesiones graves, por lo que se refiere al párrafo primero, y un delito de violencias, por lo que se refiere al párrafo segundo.*

Bajo Fernández (33), identificado con la tesis de estos autores, entiende que ni es delito de peligro ni es de sospecha, y que estamos en presencia de un delito de lesiones caracterizado por producirse en una riña de características tan graves que en ella se produce una muerte.

Efectivamente, niega Bajo Fernández que el delito recogido en el artículo 408 del Código Penal sea un delito de peligro porque no se castiga a todos los que participan en la riña. Sin embargo, sería más adecuado afirmar que la riña no responde a la estructura típica de esta modalidad delictiva, en su doble aspecto de delito de peligro abstracto o concreto. De todos modos, existe una notoria similitud entre la

(29) Tanto el Código Penal alemán en su párrafo 227, como el suizo en el artículo 133, el italiano en el 588 y el austriaco en el 91, castigan la participación en riña con independencia de los resultados que se produzcan, que suponen una agravación de la pena.

(30) Así, Costa Rica (art. 241), Chile (arts. 294 y 402), Ecuador (arts. 437 y 446), Honduras (arts. 405 y 420), Paraguay (art. 334), Perú (arts. 169 y 170) y Méjico (arts. 297, 308 y 314) entre otros.

(31) Por ejemplo, Brasil (art. 137), Uruguay (art. 323) y Venezuela (art. 427). Para mayor información sobre estos Códigos puede consultarse ZAFFARONI, E. R. Códigos Penales latinoamericanos. La Ley, Buenos Aires 1978; y JIMÉNEZ DE ASÚA, L. y CORSI ZACARES, F. Códigos Penales Iberoamericanos. Ed. Andrés Bello. Caracas, 1946.

(32) DEL ROSAL-COBO-R. MOURULLO. Derecho Penal Español. Parte Especial. Delitos contra las personas. Madrid, 1962. pp. 226 y 228.

(33) BAJO FERNÁNDEZ, M. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. CEURA, Madrid, 1986. p. 74.

conducta tipificada en el artículo 408 y los delitos de peligro. La conducta descrita en este artículo reúne las características propias de una actividad peligrosa, lo que supone ya una lesión potencial contra concretos bienes jurídicos —vida, integridad corporal—, que el legislador no supo tomar en cuenta al momento de configurar este tipo delictivo, con lo que se hubiera paliado en gran parte la difícil conflictividad que en su actual redacción presenta esta figura delictiva.

El legislador vincula la responsabilidad por la muerte ocasionada en aquellas personas que causaron lesiones o violencias en la víctima, por estimar con cierta racionalidad que tales conductas lesivas ofrecen un mayor porcentaje de probabilidades de producción del resultado de muerte. Este juicio del legislador no excluye la naturaleza sustancial de delito de peligro de la conducta expuesta en el artículo 408.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia vienen sosteniendo que el homicidio en riña tumultuaria constituye un delito de los que han venido a llamarse de sospecha encerrando una presunción de muerte. El término sospecha fue creado por Manzini (34), donde a falta de culpabilidad y de relación causal, la penalidad se hace depender de dos condiciones objetivas: el resultado de muerte o lesiones y la falta de constancia de autor, lo que actualmente es incompatible con el principio de legalidad consagrado en el artículo 1 del vigente Código Penal tras la reforma parcial y urgente de 25 de junio de 1983.

Consideran como delito de sospecha al contenido en el artículo 408 del Código Penal entre otros autores Muñoz Conde (35), Rodríguez Devesa (36), Rodríguez Ramos (37), Ferrer Sama (38) y García Planas (39). En el mismo sentido se manifiesta la jurisprudencia (40).

Se trata de un delito de sospecha que contiene una presunción de muerte, presunción que tiene carácter *iuris et de iure*, y que sigue un orden lógico, sin que la pena que se aplique sea la de homicidio, sino menor. Nos hallamos ante una presunción escalonada, porque en defecto de quién produjo lesiones graves se impone una pena a cualquiera que hubiere ejercido violencias en la víctima. La *ratio legis* de esta figura delictiva, como indica Muñoz Conde (41), no es el hecho de participar en una riña, sino este hecho cuando en el transcurso de la riña se produce una muerte y no consta quién fue el que la produjo.

(34) MANZINI, V. *Trattato di diritto penale*. Vol. I, p. 649.

(35) MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. Sevilla, 1983, p. 57.

(36) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. *Ob. cit.*, p. 72.

(37) RODRÍGUEZ RAMOS, L. *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*. Madrid, 1985, p. 57.

(38) FERRER SAMA. *Ob. cit.*, p. 259.

(39) GARCÍA PLANAS, G. *Ob. cit.*, p. 851.

(40) En este sentido, la STS de 21 de octubre de 1976 dice que la riña tumultuaria es «delito contra las personas de sospecha, porque el legislador establece una presunción muda pero elocuente de causación, de resultado y no de peligro abstracto». De igual manera, la STS de 29 de marzo de 1984 sostiene que es una infracción «de las denominadas de sospecha y también de resultado». Se pueden consultar además las STS de 26 de septiembre de 1977, 14 de noviembre de 1974, 14 de abril de 1984 y 30 de octubre de 1984.

(41) MUÑOZ CONDE, F. *Ob. cit.*, p. 57

La no constancia del autor de la muerte en riña tumultuaria, dice Bajo Fernández (42), no es más que un límite fronterizo de las figuras legales del 407 y el 408. Si el autor consta, entrará en juego exclusivamente el homicidio del artículo 407, y si no consta, el 408. Verdaderamente, el artículo 408 puede considerarse no sólo subsidiario del 407, sino también del asesinato y del parricidio, pues en el artículo 408 se habla de «muerte» y no de «homicidio». El legislador no aplica la pena del homicidio, sino una menor, porque ninguna presunción puede ni debe suplir la falta de una prueba segura respecto a la causación de la muerte (43).

Constituye este precepto un supuesto de responsabilidad objetiva. Las penas no son proporcionadas a la culpabilidad por el acto cometido por el autor, sino que están en función de la concurrencia de una muerte no referida culpablemente al sujeto activo del delito (44).

La responsabilidad de los no autores materiales en la riña debe ser meramente secundaria, eficiente sólo para componer la figura especial (45). De otra parte, cuando de la riña sólo se deducen lesiones graves con desconocimiento de su autor, se debe estar a lo dispuesto en artículo 424; y si en la riña sólo se producen lesiones menos graves con desconocimiento de su autor, será aplicable el artículo 583-7.º del Código Penal.

En definitiva puede decirse que el delito de homicidio en riña tumultuaria, configurado en el artículo 408 del Código Penal, presenta una deficiente construcción técnica, de naturaleza extraña, que ofrece serias dificultades para su interpretación, de la que se deducen intolerables supuestos de notoria injusticia, como en el caso de conocer que las lesiones graves causadas a la víctima, tanto individual como conjuntamente, no pudieron ser causa del fallecimiento. Tan grave situación atenta contra la conciencia jurídica colectiva y la pena expuesta no alcanza a satisfacer los fines de punición general y mucho menos la especial, que sería absolutamente ineficaz frente al injustamente sancionado por actos que evidentemente no son causa del resultado. Llama la atención que esta figura delictiva se haya mantenido en nuestro Código a través del tiempo, a pesar de las numerosas reformas que se han sucedido. Parece que nuestros legisladores de forma patológica han relegado voluntariamente al olvido el dar un nuevo tratamiento jurídico a este delito.

(42) BAJO FERNÁNDEZ, M. *Ob. cit.*, p. 76.

(43) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. *Ob. cit.*, p. 72.

(44) BAJO FERNÁNDEZ, M. *Ob. cit.*, p. 73.

(45) QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Ob. cit.*, p. 358.

IV

Este delito aparece integrado por una serie de elementos extraños al homicidio en sentido propio (46). El bien jurídico tutelado en el tipo delictivo del artículo 408 del Código Penal es la vida e integridad corporal de las personas. Es pues un delito de resultado contra las personas. En otras legislaciones se ha estimado en ocasiones que la riña constituía un delito pluriobjetivo, que atenta no sólo a la incolumidad personal, sino también al orden público, perturbando el orden y la paz social. Esta tesis ha sido sostenida de forma vacilante por la jurisprudencia de Casación italiana. En la doctrina alemana también existe la tendencia a hacer de la riña tumultuaria una infracción contra el orden público, no específicamente contra las personas. En estos países se castiga la participación en riña y es por ello por lo que se plantean estas tesis.

La acción consiste en intervenir en una riña confusa y tumultuaria de la que resulta muerte o lesiones graves sin conocerse su autor.

Se plantea el problema del número de personas que han de intervenir en la riña. Maggiore (47) exige al menos tres personas en la riña, ya que según indica, hay que observar que la ley no habría tenido necesidad de crear un delito aparte como la riña para castigar un delito entre dos personas cuyas respectivas responsabilidades pueden individualizarse. Según Maggiore, para el cómputo de participantes en una riña no se contabilizan los sujetos no imputables o no punibles, ni los que obran en estado de justificación y no importa que alguno no sea identificado. De ello se deduce que la riña entre personas no imputables no tendría valoración jurídica. En sentido contrario, Camaño Rosa sostiene, acertadamente, que el requisito mínimo para la riña se cumple aunque esté integrada por personas no identificadas o que se encuentren amparadas en causas de justificación, inimputabilidad o impunidad. En tales situaciones existe igualmente el hecho de riña. Habrá personas que por diversas circunstancias no responderán del delito, pero eso no quita que hayan participado materialmente en la riña (48). A esto hay que añadir que las personas no responsables pueden producir un daño en riña, y si bien no les alcanza la acción penal, se queda latente la responsabilidad civil en determinados casos.

En la doctrina y la jurisprudencia, la opinión general es que han de intervenir más de dos personas. En este sentido, Quintano (49) dice que es un delito plurisubjetivo, de más de dos personas necesariamente. Del mismo modo, Rodríguez Devesa (50), Muñoz Conde (51), Cuc-

(46) FERRER SAMA. *Ob. cit.*, p. 259.

(47) MAGGIORE, G. *Derecho Penal, parte especial*. Vol. IV. Temis, Bogotá, 1972, p. 368.

(48) CAMAÑO ROSA, A. Riña en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Fascículo III, 1953, p. 175.

(49) QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Ob. cit.*, p. 352.

(50) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. *Ob. cit.*, p. 73.

(51) MUÑOZ CONDE, F. *Ob. cit.*, p. 58.

llo Calón (52), Del Rosal-Cobo-R. Mourullo (53) y García Planas (54) señalan que han de intervenir más de dos personas o que han de ser varios los participantes, o bien como dice Ferrer Sama: «es elemento esencial de este delito que intervengan pluralidad de personas» (55). Igual parecer existe en la jurisprudencia, y prueba de ello nos la dan las sentencias de 20 de mayo de 1946, 29 de noviembre de 1947, 21 de octubre de 1976, 26 de septiembre de 1977, 14 de abril de 1984, 29 de marzo de 1984 y 17 de diciembre de 1984, entre otras (56).

Atendiendo a la cuestión de los bandos, si en un principio la jurisprudencia mantenía que destruían la figura delictiva, posteriormente reconoció la presencia de bandos (57). Ferrer Sama (58) dice que no debe quedar excluido este tipo en el caso de pluralidad de personas pero con clara delimitación de dos bandos, pues aunque así sea, subsiste el carácter tumultuoso de la riña, siendo lo determinante el hecho de que no se sepa quién ha sido el causante de la muerte y que no haya existido acuerdo entre los del bando contrario para atentar contra la vida de la víctima.

En cuanto al problema que se plantea cuando una persona es atacada por varios, Ferrer Sama mantiene que queda excluido el tipo, ya que se trata de una agresión de varios contra uno ejecutada conjuntamente (59). Esta misma opinión era la antiguamente mantenida por la jurisprudencia (60), postura que se vino a romper con la sentencia de 25 de marzo de 1969, que calificó de homicidio en riña tumultuaria la muerte producida en el curso de la agresión de varios contra uno. En el mismo sentido se manifiesta Gimbernat (61), que acepta que existe el delito del artículo 408 cuando varios atacan a una persona sin

(52) CUELLO CALÓN, E. *Ob. cit.*, p. 493.

(53) DEL ROSAL-COBO-R. MOURULLO. *Ob. cit.*, p. 229.

(54) GARCÍA PLANAS, G. *Ob. cit.*, pp. 855 y 859.

(55) FERRER SAMA. *Ob. cit.*, p. 264.

(56) La STS de 10 de mayo de 1946 requiere «pluralidad de agresores y mutuos acometimientos», la STS de 29 de noviembre de 1947 dice que en la riña «luchan más de dos personas confusa y mutuamente», la de 21 de octubre de 1976 señala que «siendo delito esencialmente plurisubjetivo, han de intervenir más de dos personas,... y debe concurrir pluralidad de ofensores y ofendidos». La STS de 26 de septiembre de 1977 requiere que la riña sea «entablada entre más de dos sujetos», la de 14 de abril de 1984 habla de pluralidad de ofensores y ofendidos, y las sentencias de 29 de marzo de 1984 y 17 de diciembre de 1984 señalan que el homicidio en riña tumultuaria es un delito plurisubjetivo con pluralidad de partícipes.

(57) La mayoría de los autores señalan las sentencias de 12 de marzo de 1872 y 30 de noviembre de 1880 como falta de riña por estar los bandos delimitados. La primera dice que «cuando se deduce de los hechos de una causa que si bien hubo reyerta entre muchos no fue ésta confusa, tumultuosa ni revuelta, sino limitada y directa entre cuatro personas, peleando entre sí dos de cada parte, de un modo conocido y distinto... faltan todas las condiciones necesarias para que pueda ser aplicable la disposición de este artículo». En sentido contrario, podemos citar las STS de 21 de octubre de 1976 o de 26 de septiembre de 1977, que sólo exigen que no conste el autor de la herida determinante de la muerte.

(58) FERRER SAMA. *Ob. cit.*, p. 264.

(59) FERRER SAMA. *Ob. cit.*, p. 264.

(60) STS de 26 de enero de 1886, STS de 30 de junio de 1886.

(61) GIMBERNAT ORDEIG, E. en Quintano I, pp. 352 y 353.

que se pueda determinar quién causó la muerte. Castigar un supuesto así por un homicidio del artículo 407 a todos los agresores no parece viable, pues ni consta que quisieran causar una muerte ni se sabe tampoco cuál fue su participación concreta en la producción del resultado mortal. Por consiguiente, si no es posible punir por homicidio y tampoco se admite la posibilidad de aplicar el 408, los agentes quedarían únicamente sujetos a una eventual responsabilidad por lesiones o amenazas. Ello significaría que, cuando resulta muerte y se desconoce su autor, se castigaría con mayor dureza la agresión de varios contra varios que no la de varios contra uno solo. De esta idea también participan Muñoz Conde (62) y García Planas (63).

La riña ha de ser confusa y tumultuaria. Es necesario que se llegue a las vías de hecho y que se realicen violencias personales (64). La jurisprudencia tiene un criterio definido en cuanto a lo que debe entenderse por riña confusa y tumultuaria. Sirva de ejemplo la sentencia de 21 de octubre de 1976, que mantiene que el elemento positivo es «la riña, reyerta, pendencia, pelea o quimera confusa y anárquica, es decir, gregaria, amorfa, caótica, de todos contra todos». En igual sentido caben señalar las sentencias de 26 de septiembre de 1977, 29 de marzo de 1984 o 14 de abril de 1984.

Otro de los problemas que se plantea es la valoración del pacto previo a la riña. Puig Peña mantiene que no existe riña tumultuaria cuando hay previo concierto (65), pues el concierto expreso o tácito entre alguno o algunos de los contendientes, anterior o de momento, para agredir a otra u otras personas, impide que sea aplicada la sanción especial de este artículo. Sostiene más acertadamente Rodríguez Ramos (66) que lo que ha de faltar es el concierto previo de causar la muerte, pues la existencia de tal concierto, aunque sea súbito y no deliberado e incluso tácito, y a pesar de que no conste quién de los concertados fue el causante de la muerte, excluye la hipótesis privilegiada de homicidio en riña tumultuaria, dando paso a la calificación homicidio simple para todos los concertados. En el mismo sentido se manifiesta la jurisprudencia (67).

El sujeto pasivo es el fallecido a consecuencia de la riña. El problema que se plantea dentro de este apartado es el de la muerte de un tercero extraño a la reyerta y de si se integra o no en el tipo del artículo 408. Ferrer Sama (68), Puig Peña (69) y Cuello Calón (70) resuelven la cuestión afirmativamente, alegando el silencio de la ley y la vaguedad del término «resultare muerte». Por otra parte, Muñoz

(62) MUÑOZ CONDE, F. *Ob. cit.*, p. 58.

(63) GARCÍA PLANAS, G. *Ob. cit.*, p. 857.

(64) MUÑOZ CONDE, P. *Ob. cit.*, p. 58.

(65) PUIG PEÑA, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo III. Madrid, 1969, p. 496.

(66) RODRÍGUEZ RAMOS, L. *Ob. cit.*, pág. 58.

(67) STS de 21 de octubre de 1976, STS de 26 de septiembre de 1977 y de 29 de marzo de 1984.

(68) FERRER SAMA. *Ob. cit.*, p. 263.

(69) PUIG PEÑA, F. *Ob. cit.*, p. 497.

(70) CUELLO CALÓN, E. *Ob. cit.*, p. 493.

Conde (71) mantiene que sujeto pasivo puede ser el tercero que se mezcla en la riña para apaciguar y resulta muerto. Pero discute si se integra la muerte de un extraño que no se ha mezclado, como un transeúnte o un observador imparcial, y entiende que el muerto ha de ser uno de los que han intervenido en la riña, como contendiente o apaciguador, y haya sido objeto de lesiones graves o violencias por parte de otros intervinientes. De la misma opinión es Bajo Fernández (72). Quintano (73) no cree que la aplicación de este artículo sea factible en el supuesto de que un disparo suelto de la pelea alcance a un transeúnte, porque para la exigencia de responsabilidad hay que acreditar la autoría real de las lesiones o violencias, que, claro es, no pudieron ejercerse sobre el extraño que sólo de modo casual o imprudente pudo ser alcanzado. Sí abarcaría a la víctima no combatiente pero interviniente en la pendencia. Frente a esta tesis de Quintano, alegando como requisito indispensable la necesidad de conocer al autor de lesiones o violencias, podría ocurrir por ejemplo que un transeúnte fuera alcanzado por una pedrada lanzada entre los que riñen y producirse lesiones graves, y después fortuitamente le alcanza un disparo de autor desconocido. Sabiendo quién causó las lesiones graves e ignorando el autor de la muerte, no habrá inconveniente en extender la responsabilidad en riña al extraño.

Uno de los problemas más arduos que plantea el delito de riña tumultuaria con resultado de muerte o lesiones graves es si estos resultados son condicionantes para la existencia de esta figura delictiva y en consecuencia para su punibilidad.

Muñoz Conde señala que, para llevar a efecto la punibilidad de ciertos hechos típicos, antijurídicos y culpables, se exige en algunos casos la presencia de algunos elementos adicionales. Difícil es reducir esos elementos adicionales y excepcionales a una categoría común dada su diferente función y significación político-criminal. Entre estos elementos se encuentran las condiciones objetivas de punibilidad y propugna por la creación de una nueva categoría en la teoría general del delito en la que se incluyan estos elementos (74). Mir Puig ha puesto de relieve que el tipo penal está llamado a relacionar los hechos penalmente relevantes, no sólo los que fundamentan positivamente al injusto, sino también los que condicionan su punibilidad. Por ello, las condiciones de punibilidad pertenecen al tipo penal, porque condicionan su objetiva relevancia penal (75).

La doctrina y la jurisprudencia clásica consideran que la muerte deducida de riña tumultuaria constituye una condición objetiva de punibilidad. En tal sentido, Antón Oneca reconoce el carácter de condición objetiva de punibilidad a los resultados más graves de muerte o lesiones, porque no consta que hayan sido causados por el sujeto, al

(71) MUÑOZ CONDE, F. *Ob. cit.*, p. 58.

(72) BAJO FERNÁNDEZ, M. *Ob. cit.*, p. 76.

(73) QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Ob. cit.*, p. 355.

(74) MUÑOZ CONDE, F. *Teoría general del delito*. Temis, Bogotá, 1984. pp. 171 y ss

(75) MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte general*. Barcelona, 1985. pp. 121.

que, en realidad, se imputan los resultados menos graves de lesión o violencias que efectivamente ha causado, con una agravante en razón de los primeros (76).

Del Rosal, Cobo y Rodríguez Mourullo (77) parten de la original tesis de que la muerte no constituye el resultado del delito de riña tumultuaria, pues no se trata de un delito de homicidio, sino de lesiones, único resultado de autor conocido producido con ocasión de riña tumultuaria. Para ellos, el concepto de condición objetiva de punibilidad veda el admitir que la muerte sea condicionante de esta figura delictiva, desde el momento en que ella bien pudiera ser intrínseca a la actividad del sujeto activo, a pesar de que no conste. Llegan a la conclusión de calificar la muerte como un *simple síntoma objetivo de la virulencia de la riña* ajena al tipo de injusto y que sirve para delimitar la figura delictiva. Con esta tesis se identifica plenamente Bajo Fernández (78), señalando que el hecho de la muerte en el artículo 408 se desvincula de la polémica que la condición objetiva de punibilidad aporta, si es o no necesaria para la comisión del delito o si el error sobre su concurrencia es o no relevante. La muerte en el delito de riña sólo significa para el citado autor *un medio técnico de delimitación de la tipicidad* ajeno al tipo de injusto; la concurrencia de la muerte es imprescindible para aplicar las penas previstas en el precepto y por otro lado no cabe error posible con la relevancia jurídico-penal (79).

A pesar de la originalidad de esta doctrina, la causación de muerte a que hace alusión el precepto que analizamos, supone una verdadera condición objetiva de punibilidad, en el sentido tradicional, atemperado a la moderna doctrina, con los criterios expuestos por Mir Puig (80), quien en todo momento incluye entre los delitos que poseen condición objetiva de punibilidad a la figura descrita en el 408. Verdaderamente, debe considerarse que en este artículo existen dos condiciones objetivas de punibilidad indisolublemente unidas: la causación de muerte o lesiones y el desconocimiento del autor de estos resultados, sin las cuales el delito descrito en el artículo 408 es inviable ya que su punición depende de su concurrencia. La razón de sancionar a los que causan resultados de lesiones es una finalidad político-criminal por la que el legislador presume que el autor de la muerte en riña se encuentra entre los que causaron resultados lesivos.

La conducta consiste en participar en la riña y que se causen lesiones al muerto, o, al menos, se ejerzan violencias sobre el mismo. No debe constar el autor de la muerte. Cuando no se produce el resultado de muerte pero sí lesiones o violencias entre los contendientes, se da entrada a las figuras recogidas en los artículos 424 y 583-7.º del Código Penal, referidos a las lesiones graves y violencias respec-

(76) ANTÓN ONECA, J. *Derecho Penal, parte general*. Madrid, 1949. pp. 234.

(77) DEL ROSAL-COBO-R. MOURULLO. *Ob. cit.*, pp. 232-233.

(78) BAJO FERNÁNDEZ, M. *Ob. cit.*, pp. 75 y ss.

(79) En idéntico sentido se manifiestan Cobo del Rosal y Vives Antón en *Derecho Penal. Parte general*. Volumen II. Valencia, 1981. p. 194.

(80) MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*, pp. 121 y 771 de sus adiciones a la traducción del *Tratado del Derecho Penal*, de H. H. JESCHECK.

tivamente. Por lesiones graves deben entenderse las recogidas en el artículo 420 del Código Penal.

No parece admisible que el artículo 408 absorba la penalidad de las mutilaciones de los artículos 418 y 419, pues no puede ser menos grave una mutilación sin muerte en riña tumultuaria que otra mutilación en la que concurre además la situación del artículo 408. De ello se deduce que entre la mutilación y el homicidio en riña tumultuaria hay un concurso ideal del artículo 71 del Código Penal, impidiendo con ello que al autor conocido de las violencias no se le aplique el artículo 408 mientras conste el causante de unas mutilaciones o de unas lesiones graves en sentido estricto (81). Rodríguez Devesa, por el contrario, pone de relieve que en los artículos 418 y 419 se requiere un «propósito» de mutilar y que de lo contrario pasan a constituir una lesión grave del 420 (82). Por consiguiente, no mediando lesiones graves sino mutilación causada de propósito, se aplicará el artículo 419 y no el 408, siguiendo la regla general.

Una vez conocido el autor de la muerte en riña, desaparece la especialidad del 408, pero no para borrar las otras responsabilidades, sino para que el homicidio o las lesiones se enjuicien como en cualquier supuesto ordinario con arreglo a la participación de cada cual (83).

Antón Oneca (84) señala que es singular la objetividad de las lesiones producidas en riña confusa y tumultuaria e imputadas a quienes causaron lesiones de menor.

Atendiendo al concepto de violencia, Bajo Fernández (85) dice que por violencias debe entenderse no sólo las lesiones menos graves, sino cualquier clase de vis física, incluso el simple golpear o maltratar a otro de obra sin causarle lesión. El término violencia es de naturaleza abstracta, pero en relación con esta figura de riña tumultuaria se concreta específicamente en la vis física, como una especie de impulso o fuerza que se ejerce sobre las personas. Mira Benavent (86) señala que la violencia ha ido históricamente apareciendo en los textos punitivos como medio perturbador de los derechos ajenos. Por su parte, Higuera Guimerá (87), citando a Blei dice que «no se puede pensar en un concepto de violencia sin la característica de la actuación sobre el cuerpo». Welzel y Kohlrausch-Lange, citados también por este autor, entienden por violencia todas aquellas medidas de coacción que son sentidas por el coaccionado como presión corporal.

(81) GIMBERNAT ORDEIG, E. Nota al Tratado de Quintano, pp. 357 y 358.

(82) RODRÍGUEZ DEVESEA, J. M. *Ob. cit.*, p. 74.

(83) QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Ob. cit.*, p. 358.

(84) ANTÓN ONECA, J. *Notas críticas al Código Penal. Las lesiones*. Bilbao, 1965. p. 786.

(85) BAJO FERNÁNDEZ, M. *Ob. cit.*, p. 78.

(86) MIRA BENAVENT, J. El concepto de violencia en el delito de coacciones. En *Cuadernos de Política Criminal*. N.º 22, 1984.

(87) HIGUERA GUIMERÁ, J. F. *El delito de coacciones*. Bosch, Barcelona, 1978. pp. 98 y 99.

V

Debemos analizar si son posibles en esta figura delictiva las causas de justificación o causas modificativas de la responsabilidad.

En primer lugar, se plantea la posibilidad de admitir la legítima defensa en el homicidio en riña tumultuaria. Tradicionalmente, el Tribunal Supremo ha venido rechazando la aplicación de la eximente señalando que el acometimiento mutuo impide que pueda estimarse, sea de forma completa o incompleta, puesto que cuantos participan en la riña son agresores y provocadores de sus adversarios, conforme establece la sentencia de 12 de abril de 1947. También se apunta que el mutuo acometimiento y fuerza excluye la agresión ilegítima, y, por lo tanto, la legítima defensa (88). Según Ferrer Sama (89), en el caso de riña falta el requisito de la «necesidad racional del medio empleado para repeler la agresión», puesto que según su opinión, el peligro en que se encontró la víctima pudo evitarse perfectamente negándose a reñir. Este requisito, siempre según Ferrer, es el que viene a obstaculizar la apreciación de la legítima defensa en caso de riña, más que la ausencia del elemento de falta de provocación, pues la riña puede haber sido provocada por el otro bando.

Según indica Muñoz Conde (90), la tesis del Tribunal Supremo merece ser criticada por su excesiva generalidad, y señala que puede que alguien se vea envuelto en una reyerta sin haberla aceptado o que intervenga en ella para apaciguar a los contendientes o a defender a uno de ellos, y en estas situaciones es perfectamente imaginable la legítima defensa.

Del Rosal, Cobo y Rodríguez Mourullo (91) también mantienen que pueden darse en situación de riña los requisitos de la legítima defensa. En el mismo sentido se manifiesta Rodríguez Devesa (92). Como señala Antón Oneca en sentencia de 30 de mayo de 1935 (93), «para apreciar la necesidad de la defensa y la proporcionalidad de los medios empleados, debe tomarse en cuenta no solamente la realidad del peligro, sino la opinión fundada que el sujeto haya podido racionalmente formar sobre su existencia o gravedad». Tomando en consideración este argumento, puede perfectamente aplicarse la eximente de legítima defensa en la figura delictiva de homicidio en riña tumultuaria.

A juicio de Bajo Fernández (94), el planteamiento del principio judicial «la riña mutuamente aceptada excluye la legítima defensa», es equivocado porque se trata de un problema exclusivo de la eximente de legítima defensa. Señala Bajo que la riña en el artículo 408, siendo

(88) MAGALDI, M. J. *La legítima defensa en la jurisprudencia española*. Bosch, Barcelona, 1976. pp. 101 y ss.

(89) FERRER SAMA. *Ob. cit.*, p. 265.

(90) MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. p. 59.

(91) DEL ROSAL-COBO-R. MOURULLO. *Ob. cit.*, p. 244.

(92) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. *Ob. cit.*, p. 75.

(93) Citado por RODRÍGUEZ MOURULLO, G. en *Legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo*. Civitas, 1976. pp. 37 y 38.

(94) BAJO FERNÁNDEZ, M. *Ob. cit.*, pp. 78 y 79.

el elemento básico, no es el requisito único ni el fundamental de este delito. Es necesario que concurren *confusión* y *tumulto* y que se produzca una muerte sin constar el autor, aunque sí quien produjo las lesiones graves y de las violencias cometidas en una riña confusa y tumultuaria donde resulta muerte sin constancia de la persona que la ha causado, podrá quedar amparado por la legítima defensa si las lesiones graves o las violencias las ha practicado como medio racionalmente necesario para impedir o repeler una agresión injusta. La exclusión de la legítima defensa no es automática en la riña que describe el artículo 408, por la razón de que no tiene por qué ser de forma necesaria mutuamente aceptada y nada excluye la concurrencia de los tres requisitos previstos en el número 4 del artículo 8. Por lo que se refiere a la jurisprudencia, pueden servir de ejemplo las sentencias de 21 de octubre de 1976 o de 29 de septiembre de 1977 (95).

También puede examinarse como causa de justificación el estado de necesidad, recogido en el número 7.º del artículo 8 del Código Penal. Se puede precisar el concepto de estado de necesidad como amenaza de un mal grave que sólo puede ser evitado mediante lesión de bienes jurídicos ajenos (96). Podría apreciarse esta eximente en la riña en el supuesto por ejemplo, de una persona que ve que un menor se encuentra desvalido inmerso en una riña, y para evitarle un mal y protegerle, toma parte en ella.

Otra de las eximentes que podría tener aplicación en el homicidio en riña tumultuaria es la número 11 del artículo 8, el que obra en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Sería el caso del agente de la autoridad que interviene en una riña para separar a los contendientes. No puede ser sujeto activo, pero sí podría ser sujeto pasivo de este delito.

Haciendo mención de las agravantes, hemos de decir que la mayoría de ellas se encuentran inmersas en el propósito o intención de participar en la riña, si bien la sentencia de 14 de abril de 1984 aprecia en el caso de homicidio en riña tumultuaria concretamente la agravante de abuso de superioridad. La sentencia dice que esta agravante «tiene su razón de ser en una mayor dosis de culpabilidad, en cuanto que los sujetos activos conscientemente utilizan medios que debilitan la defensa, y en mayor antijuricidad, porque la repulsa del ente social se deja sentir con mayor intensidad a la normal que produce el delito y necesita para su apreciación: una notoria desproporción entre el ataque ofensivo y la defensa susceptible de realizar la víctima o víctimas, que puede ser debido a una superioridad física del agente o a los instrumentos que el mismo utiliza».

(95) La STS de 21 de octubre de 1976 dice que para obrar en defensa se exige que la reacción se produzca con «auténtico *animus defendendi*, y que el presunto defensor se halle en situación real de *necesitas defensionis*, es decir, que, es indispensable que la defensa sea necesaria». También declara que la «agresión ilegítima es el bastión inexpugnable de la legítima defensa,... y para que exista agresión ilegítima es preciso un ataque a bienes jurídicos actual, inminente, ilegítimo y real; acometimiento real y efectivo inesperado, violento o injusto...»

(96) ANTON ONECA, J. *Ob. cit.*, p. 263.

VI

También, en cuanto a los caracteres de la culpabilidad, resulta anómalo este delito, pues a pesar de tratarse de un homicidio, se puede cometer dolosamente sin intención de matar (97).

El dolo en esta figura de delito abarca el conocimiento y voluntad de intervenir en la riña, pero no la intención de matar, ya que entonces estaríamos en presencia de un homicidio (98).

El propósito de intervenir en la riña lleva íntimamente unido el ánimo de lesiones y causar violencias. Carrara dice que en la riña se obra ciegamente al rechazar o devolver las ofensas; así el hecho sale de los dominios de la voluntad para entrar en los dominios de lo fortuito; pero el elemento intencional nunca puede demostrarse como dirigido a la muerte de un modo preciso (99).

Quintano sostiene que la figura delictiva del artículo 408 se considera como de naturaleza dolosa, con un dolo genérico *vulnerandi*, sin precisión específica de matar ni en el ignoto autor de la muerte ni en los partícipes (100).

No se exige el dolo de matar, pues en caso de existir éste habría que apreciar homicidio en grado de tentativa o frustración al autor de las lesiones (101).

Bajo Fernández entiende que si para el delito de lesiones previsto en el artículo 420 y siguientes se exige el dolo dirigido a lesionar las conductas allí descritas, se debe entender también que en el homicidio en riña tumultuaria se ha de requerir el dolo de producir lesiones graves o violencias (102).

No cabe pues, según criterio doctrinal y reiterado de la jurisprudencia, que en los supuestos de acuerdo previo tácito o expreso, anterior o coetáneo, para matar, se aplique la figura del artículo 408, excluyéndose ésta y dando entrada a una coautoría del artículo 14-1.º del Código Penal en relación al homicidio simple del artículo 407.

Es de creer que la muerte por imprudencia en el curso de una riña impondría la desaparición del tipo, por ser sólo las violencias de los actos mínimos que la determinan y resulta extensivo y artificioso calificar de violencias a las no intencionales (103). Entiende Bajo Fernández, también, que este delito no es punible a título de imprudencia, aunque por razones distintas de las que parecen deducirse de los artículos 408, 424 y 583-7.º. La exquisita regulación escalonada que el legislador hace en estos tres preceptos, según la gravedad de la riña, parece dar a entender que las previsiones político-criminales del legislador quedan satisfechas con el castigo de tales supuestos cuando las violencias o las lesiones producidas se han cometido sólo por dolo.

(97) FERRER SAMA. *Ob. cit.*, p. 264.

(98) MUÑOZ CONDE, F. *Ob. cit.*, p. 59.

(99) CARRARA, F. *Ob. cit.*, parágrafo 1296.

(100) QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Ob. cit.*, p. 361.

(101) RODRÍGUEZ DEVEZA, J. M. *Ob. cit.*, p. 76.

(102) BAJO FERNÁNDEZ, M. *Ob. cit.*, p. 80.

(103) QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Ob. cit.*, p. 361.

Si concurriera simple culpa por parte del autor, bastaría, para satisfacer las exigencias político-criminales, la aplicación del artículo 565 en relación a la figura delictiva correspondiente de lesiones (104).

Son perfectamente pensables casos de violencias y lesiones en riña, por quien verifica su conducta de forma culposa e incluso podrían apreciarse supuestos de preterintencionalidad, por quien sólo tenía intención de causar violencias y a consecuencia de su conducta se producen lesiones. La dificultad se centra en que el dolo en este delito está contraído a la participación en riña.

Ahora bien, no todo el que interviene en una riña lo hace con el designio de producir lesiones o violencias. Tal ocurre con los agentes de la autoridad que intervienen para restaurar la paz y el orden público, el tercero que actúa con el fin de apaciguar a los contendientes o el que se constituye en legítima defensa entre los que riñen. Tales personas podrían ser sujetos pasivos de la riña tumultuaria, pero nunca deberán ser considerados como verdaderos partícipes ya que en ellos no concurre el ánimo de participar con *animus «vulnerandi»*.

VII

La estructura de este delito no permite las formas imperfectas de ejecución (105). Al ser la muerte un resultado que cualifica por sí mismo y no por el propósito específico de matar, es claro que no caben en el delito del artículo 408, grados de ejecución imperfecta de frustración o de tentativa (106). Muñoz Conde manifiesta que al ser la muerte una condición objetiva de penalidad, si ésta no se produce, el delito no existe (107). Además, como indica Bajo Fernández, en cualquier caso, la tipificación escalonada en los dos párrafos del artículo 408 y en los artículos 424 y 583-7.º, ponen de relieve la imposibilidad de apreciar dichas formas imperfectas (108).

Tampoco puede admitirse la existencia de actos preparatorios, puesto que éstos quedan ya absorbidos dentro de la figura delictiva. Se trata de un delito de resultado con una conducta activa o dinámica, por lo que no cabe tampoco apreciar la conducta omisiva.

VIII

Por autores en esta figura delictiva debemos entender los comprendidos en los números 1.º y 3.º del artículo 14 del Código Penal, es decir, los que toman parte directa en la ejecución del hecho y los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hu-

(104) BAJO FERNÁNDEZ, M. *Ob. cit.*, p. 80.

(105) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. *Ob. cit.*, p. 75.

(106) QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Ob. cit.*, p. 362.

(107) MUÑOZ CONDE, F. *Ob. cit.*, p. 59.

(108) BAJO FERNÁNDEZ, M. *Ob. cit.*, p. 80.

biese efectuado. Mayor dificultad ofrece el número 2.º del mismo artículo 14, por ser de complicada apreciación la participación ideal en la riña de aquella persona que induce a otro a reñir.

Se hace imposible hacer una valoración de la complicidad, pues la figura del cómplice prácticamente carece de relevancia jurídica debido al riguroso objetivismo que rige en este tipo delictivo, ya que el que coopera deberá hacerlo con un dolo específico de reñir.

En cuanto a los encubridores, serían valorables los del número 2.º del artículo 17 del Código Penal, aquellos que ocultan los medios del delito para impedir su descubrimiento. No cabe duda tampoco de la posibilidad del encubrimiento entre parientes del artículo 18 del Código Penal.

Indica Quintano (109) que la pluralidad de sujetos de la riña no supone una asociación, y que la participación es meramente material y no ideal. Toda conducta que vaya orientada a favorecer a un autor ha de ser dinámica y activa, pues el tipo recogido en el artículo 408 hace imposible la valoración de la conducta omisiva.

La doctrina jurisprudencial mantiene que si existe acuerdo para matar en una riña tumultuaria, todos los partícipes responden como autores. Gimbernat (110) sostiene que esta postura jurisprudencial no puede aceptarse en toda su extensión porque entiende que la teoría del concierto o acuerdo previo es falsa. Pero, sigue diciendo, si se tiene la seguridad de que todos los partícipes realizaron actos ejecutivos y se desconoce sólo quién realizó materialmente el hecho, todos son coautores.

IX

El tema de los concursos está referido al carácter subsidiario de la riña tumultuaria en relación al delito de homicidio o de asesinato o parricidio, ya que siendo conocido el autor de la muerte se ha de atender a las figuras delictivas indicadas, siempre que concurren los elementos necesarios para tal calificación, con lo que la muerte en riña tumultuaria de autor desconocido, como indica Quintano, constituye un notable privilegio frente al homicidio del artículo 407 y frente al asesinato y al parricidio, cuya penalidad es superior a la del artículo 408 (111).

Si se conoce el autor no es de aplicación el artículo 408. Mas, como indica Rodríguez Devesa (112), si el que causó lesiones graves tenía intención de matar, deberá calificarse el hecho de homicidio en grado de tentativa o frustración, de lo contrario existiría un concurso ideal del artículo 71 entre homicidio frustrado o en tentativa y homicidio en

(109) QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Ob. cit.*, p. 360.

(110) GIMBERNAT ORDEIG, E. «Autor y cómplice», en *Derecho Penal Universidad de Madrid*, 1966, pp. 99 y 100.

(111) QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Ob. cit.*, p. 357.

(112) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. *Ob. cit.*, p. 76.

riña tumultuaria, contrario al sentido de la ley. Sigue diciendo este autor que la mayor desventaja de la fórmula adoptada por el Código Penal reside en los resultados injustos a que conduce la subsidiariedad, ya que si el autor del homicidio es descubierto una vez recaída la condena por el artículo 408, no hay otro posible correctivo que la vía de gracia. Sin embargo, esto último no es correcto, porque atendiendo al artículo 954-4.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, podría haber lugar a un recurso de revisión (113).

Con referencia al concurso de delitos, Rodríguez Devesa, señala que cuando son varios los muertos o muertos y lesionados, puede haber un concurso real de dos o más homicidios en riña tumultuaria, o si se trata de homicidio y lesiones, entre homicidio en riña tumultuaria y lesiones del artículo 424 o del 583-7.º, siempre y cuando hayan sido realizados por la misma persona (114).

Estaríamos en presencia de un concurso real en aquellas hipótesis en que uno de los que interviene y causa lesiones graves, aprovecha la ocasión disparando el arma contra su enemigo que ocasionalmente pasa por las cercanías de la lucha sin intervenir en ella. En este caso habría que apreciar un concurso real de homicidio en riña y un homicidio simple del artículo 407. También habría lugar a este tipo de concurso en el caso de quien participando en riña, se apodera de un objeto de valor que ve en el suelo con ánimo de apropiárselo: concurso real de homicidio en riña y apropiación indebida. También puede darse en el que participa en riña y causa de propósito daños materiales en bienes muebles o inmuebles, si bien el sujeto que participa debe ser autor conocido de lesiones graves o violencias.

Quien utiliza la riña como medio de atentar contra la propiedad ajena, podrá ser reo de un delito contra el patrimonio con la agravante de astucia, porque se vale de la situación caótica de la riña para pasar desapercibido.

X

Para los que causan lesiones graves la pena prevista es la de prisión mayor, y para los que ejercen violencias es de prisión menor.

La regulación punitiva de la conducta tipificada en el artículo 408, se ha obtenido de la conjunción de dos elementos en pugna, el de personalidad de la pena o estricta culpabilidad personalista que exige que nadie sea penado por razones de proximidad o aproximación locales, parentales o comisivas, imputándoles 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

(113) Dice el artículo 954-4.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: «Habrà lugar al recurso de revisión contra las sentencias firmes en los casos siguientes: 4.º Cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba, de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado».

(114) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. *Ob. cit.*, p. 76.

no serlo (115). La penalidad prevista de prisión mayor para el resultado de muerte aplicable al causante de lesiones graves, es decir, la inferior en grado a la de reclusión menor asignada al homicidio, está perfectamente coordinada con éste (116). También en el caso de los artículos 424 y 583-7.º del Código Penal, la pena es ciertamente inferior a la correspondiente a las lesiones sufridas.

El artículo 408 encierra en su seno una presunción de causación de la muerte. El legislador español no pune a los autores de lesiones graves o violencias porque presume que han causado la muerte, sino más bien porque han realizado lesiones graves o ejercido violencias en una riña y de tamaña gravedad que en ella se ha causado una muerte. No se castiga, según afirman Del Rosal, Cobo y Rodríguez Mourullo, en atención a una presunción, sino sencillamente porque ha quedado perfectamente probado quién es el autor de las lesiones o de las violencias, de tal forma que si esto último no se da, no puede decirse que las conductas sean punibles (117).

Así pues, debemos concluir que el legislador establece una pena inferior a la correspondiente a los delitos descritos, debido a que no es conocido el autor y hay que operar en base a presunciones de culpabilidad.

Por lo que respecta a la responsabilidad civil, consumado el delito configurado en el artículo 408, se hace necesario determinar el alcance de la responsabilidad civil deducida de la criminal, a tenor de lo establecido en el artículo 19 del Código Penal. Aunque Quintano estima que es de escaso interés en nuestra dogmática (118), no lo son sus efectos prácticos, sobre todo si tenemos en cuenta que por unas simples violencias en el supuesto de que se desconozca a los que causaron las lesiones graves, se le puede imponer *una indemnización por muerte en cuantía igual a si hubiese cometido un homicidio doloso*, lo cual no sólo es una incongruencia sino una notable injusticia.

XI

Una vez analizado dogmáticamente este precepto del Código Penal, se puede hacer un estudio de la presunción de inocencia con referencia a esta figura delictiva, y ver de qué forma le afecta este derecho constitucional.

Nuestra Constitución de 1978 proclama como dogma el de la presunción de inocencia, que es un derecho fundamental de la persona, tanto por su mismo *nomen* como por su ubicación entre los preceptos constitucionales.

Según observa García de Enterría, hay que llegar a la conclusión de que cualquier tribunal, de cualquier orden, también del penal por

(115) GARCÍA PLANAS, G. *Ob. cit.*, p. 862.

(116) QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Ob. cit.*, p. 357.

(117) DEL ROSAL-COBO-R. MOURULLO. *Ob. cit.*, pp. 236 y 237.

(118) QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Ob. cit.*, p. 362.

tanto, si en el proceso inciden los derechos fundamentales proclamados en la Constitución, deberá aplicar directamente ésta y atribuir al derecho fundamental de que se trata la totalidad de su eficacia (119).

Por su parte, Díaz Palos dice que no cabe duda en torno a la posibilidad de revisión casacional que la Sala Segunda del Tribunal Supremo tiene en orden a la aplicación de la presunción de inocencia, a condición de que no afecte al principio de libre valoración de la prueba (120).

En el estudio de este tema, hay que tener en cuenta la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1981, que sostiene que «la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del derecho que ha de informar la actividad judicial para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos». «Al Tribunal Constitucional corresponde estimar en caso de recurso si dicha presunción ha quedado desvirtuada», estimación que «ha de hacerse respetando el principio de la libre apreciación de la prueba por parte del Tribunal de Instancia. Es preciso una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales».

Con la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1982 aparece el cauce casacional para la invocación del precepto constitucional. Este cauce es el artículo 849-2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y así se reitera en la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de julio de 1982.

De la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo podemos destacar lo siguiente: la valoración de pruebas corresponde al Tribunal de Instancia, sin mengua de la actividad del artículo 24-2 de la Constitución española referido a la presunción de inocencia, para cuya comprobación el cauce adecuado es el artículo 849-2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, acudiendo a la aplicación directa del texto constitucional por obra de su artículo 53.

La presunción de inocencia influye en la actividad probatoria, pues que la inocencia de cualquier persona acusada o sospechosa de delito debe ser tenida por cierta salvo prueba en contrario. Este derecho subjetivo público deroga o condiciona la interpretación de cualquier norma que establezca presunciones directa o indirectamente encaminadas a restringir el valor de aquélla o dispongan discriminaciones que tienen como fundamento una culpabilidad presunta antes que una presunta inocencia (121).

La presunción de inocencia es un derecho fundamental contenido en la Constitución. Sin embargo, no existe en el Derecho positivo español una proclamación expresa del principio de culpabilidad con rango constitucional. Tras la reforma operada por la Ley Orgánica 8/83, de 25 de junio, el párrafo primero del artículo 1 del Código Penal dis-

(119) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1985. p. 74

(120) DÍAZ PALOS, F. «Constitución y casación penal». En *La Ley*, 17 de mayo de 1983.

(121) *Revista de Derecho Público. Comentarios a las Leyes políticas. Constitución española de 1978*. Tomo III. pp. 58-59.

pone que «son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culpadas penadas por la ley», añadiéndose que «no hay pena sin dolo ni culpa». De este modo, el principio de culpabilidad se proclama en forma incompleta, por referencia al dolo y a la culpa y no a la imputabilidad y a la exigibilidad (122).

El derecho a la presunción de inocencia es de aplicación inmediata y puede ser invocado y restablecido dentro de la jurisdicción ordinaria a través de los recursos de apelación y casación, al ser un derecho que surge de la Constitución. La presunción de inocencia responde a un propósito político inspirado en el principio de dignidad de la persona humana (123).

Se puede definir la presunción de inocencia como el derecho subjetivo público, autónomo e irreversible del que está investido toda persona física acusada de un delito y consistente en desplazar sobre la parte acusadora la carga cumplida de los hechos de la acusación viniendo obligado el juez o tribunal a declarar la inocencia si tal prueba no tiene lugar (124). El titular es aquella persona acusada de una infracción penal. La presunción de inocencia no afecta a toda pretensión procesal, sino únicamente a las que son propias del proceso penal, puesto que esta presunción tiene sentido en el campo de la acusación correspondiente al proceso penal. Es un derecho que vincula a todos los poderes públicos, pero obliga de forma particular a los Tribunales de justicia, a la vista de los artículos 53-1.º y 117-3.º de la Constitución española.

En relación con la extensión del derecho a la presunción de inocencia surge el problema de la posible inconstitucionalidad de las presunciones inversas —de culpabilidad— contenidas en el Código Penal. En este sentido, se pueden mencionar entre otros el artículo 226 del Código Penal, referente a los padres, tutores o guardadores de los menores de 16 años, que supone una inversión de la carga de la prueba contraria a la presunción de inocencia. También hay presunciones contrarias a la inocencia en el artículo 502 del Código Penal, en relación con los robos ejecutados en cuadrillas; el artículo 546 bis, que impone una agravación a los receptadores habituales; o el artículo 483, que supone la agravación al reo de detención ilegal que no diera razón del paradero de la persona detenida o no acreditara haberla dejado en libertad.

La prueba necesaria para destruir la presunción de inocencia tiene que tener lugar con posterioridad al nacimiento del derecho. La presunción, como derecho subjetivo, no puede actuar hasta el momento en que es susceptible de ser violado (125).

El derecho a la presunción de inocencia tiene una existencia temporal. Nace con la pretensión acusatoria y a partir de la sentencia puede entrar en su fase de ejercicio a instancia del titular, pretendiendo

(122) COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN. *Derecho Penal, parte general*. Universidad de Valencia, 1984. pp. 86 a 88.

(123) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Nueva York, 1966.

(124) El derecho a la presunción de inocencia. En *La Ley*, 9 de diciembre de 1982.

(125) Ver nota anterior.

el reconocimiento del derecho. El condenado dispone de medios jurídicos para hacer valer este derecho. En sede jurisdiccional ordinaria, puede invocarlo mediante recursos de apelación o casación en su caso. Pero el medio de ejercicio propio es el recurso de amparo constitucional. En este caso, la dificultad radica en hacer compatible el control de este derecho subjetivo por parte del Tribunal Constitucional con la potestad de los Tribunales ordinarios de valorar la prueba practicada en el proceso penal. En el supuesto del derecho a la presunción de inocencia, la legitimación para el recurso de amparo está atribuida al condenado y al defensor del pueblo.

La función de control atribuida al Tribunal Constitucional debe hacerse con un doble límite: a) respetando el principio de libre valoración de la prueba por parte del Tribunal de Instancia, y b) respetando la propia configuración del recurso de amparo que impide entrar en el examen de los hechos que dieron lugar al proceso. El derecho a la presunción de inocencia es una nueva regla de valoración de la prueba que, además de ser mandato constitucional, responde a unas objetivas necesidades de racionalidad y de garantía del ciudadano frente al posible arbitrario proceder de los tribunales de Instancia (126).

La presunción de inocencia es una presunción *iuris tantum*, sometida a demostraciones en contrario, que ha de tener la virtualidad suficiente como para no permitir duda alguna sobre el hecho de que quien aparece en el procedimiento como acusado, inculpado o reo de algún delito, ha sido autor de los hechos tipificados como constitutivos de infracción penal.

Por lo que respecta al principio *in dubio pro reo*, hay que hacer constar que conforme a dicho principio, el juez penal no puede condenar por un hecho que, según su libre convencimiento, posiblemente no es punible. Lo que ocurre es que, según doctrina reiterada del Tribunal Supremo, los hechos excluyentes deben quedar probados con la misma certeza que el hecho constitutivo. Podemos formular el principio diciendo que la falta de prueba de la culpabilidad equivale a la prueba de la inocencia, o como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1980, a considerarlo como un principio que posibilite el que la prueba de la inocencia equivalga a la no prueba de la culpabilidad.

La constitucionalización del derecho a la presunción de inocencia supone la plena positivación de un derecho, a partir del cual cualquier ciudadano podrá recabar su tutela ante los Tribunales ordinarios y su elevación al rango de derecho fundamental de los encomendados al amparo del Tribunal Constitucional (127).

El derecho a la presunción de inocencia supone que mientras no se pruebe a un sujeto que ha llevado a cabo un delito, debe quedar exento de toda pena. Este derecho puede ser vulnerado por actos de

(126) El derecho a la presunción de inocencia II, en *La Ley*, 10 de diciembre de 1982.

(127) GARCÍA CARRERO. «La protección constitucional de la presunción de inocencia». En *Poder Judicial*, número 5.

diversa naturaleza. La vulneración puede resultar de resoluciones judiciales o incluso de los propios preceptos legales.

Las resoluciones judiciales pueden vulnerar el derecho a la presunción de inocencia siempre que, sin haberse probado que una persona ha cometido un delito, se le imponga una pena. Para poder afirmar que se ha probado que una persona ha cometido un delito es preciso: a) que se haya practicado una prueba; b) que tal práctica haya cumplido las exigencias formuladas por la ley; c) que el juzgador haya valorado debidamente la prueba practicada. Deberá entenderse que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia si deja de concurrir alguno de estos tres requisitos (128). El modo o forma en que el tribunal debe apreciar la prueba practicada resulta del artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Haciendo referencia a la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre la presunción de inocencia (129), existen algunas sentencias significativas. Así, la sentencia de 26 de septiembre de 1984 señala que «el principio de presunción de inocencia, consagrado por el artículo 24-2 de la Constitución, perfectamente compatible con el principio de soberanía en apreciación de la prueba conferido al Tribunal de Instancia por el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sólo requiere para su prosperabilidad la falta de una mínima actividad probatoria o una penuria de prueba, que han de decantarse en favor de aquella presunción y que hoy en día encuentra su robustecimiento en el campo de la culpabilidad conforme a la nueva redacción dada al párrafo segundo del artículo 1 del Código Penal».

La sentencia de 24 de octubre de 1984 señala que el cauce adecuado para el recurso es el número 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y continúa diciendo que «dada la naturaleza del precepto que la ampara (artículo 24-2 de la Constitución), su análisis y estudio debe realizarse aunque se articule al amparo del número primero de dicho artículo 849, e incluso ser susceptible de aplicarse de oficio...».

Según Rodríguez Ramos (130), una reflexiva crítica sobre el nuevo derecho constitucional plantea que se ha minimizado su significado y contenido, pues su aplicación entera y completa iría más allá de un mero criterio o actitud en la exigencia y valoración de la prueba en el proceso penal, a la hora de dictar sentencia.

A la hora de crear o modificar las leyes, la presunción de inocencia debería tener operatividad vetando por ejemplo los delitos de sospecha. Delitos como los previstos en los artículos 408, 483 párrafo último y 485 del Código Penal, son ejemplos de lo que se conoce como

(128) CÓRDOBA RODA. El derecho a la presunción de inocencia y la apreciación judicial de la prueba. En *Revista Jurídica de Cataluña*. Barcelona, 1982. pp. 817 a 826.

(129) Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Suplemento número 1/1985 al Boletín de Información del Ministerio de Justicia. 5 de mayo de 1985.

(130) RODRÍGUEZ RAMOS, L. Presunción de inocencia no minimizada. En *La Ley*, 29 de noviembre de 1983.

delito de sospecha. Estos delitos deberían ser declarados inconstitucionales por conculcar la presunción de inocencia. Efectivamente, si en determinados tipos legales se prevé una pena para un sospechoso (no culpable), su aplicación significaría castigar a un ciudadano por un hecho cuya comisión o autoría no ha sido probado, y si la presunción de inocencia dispone precisamente lo contrario, existe una colisión de normas en la que debe prevalecer la superior. Así, en el artículo 408, homicidio en riña tumultuaria, se castigaría al autor de las lesiones inferidas al fallecido aunque se demostrara que éstas no tenían ni la gravedad ni el carácter mortal.

En el momento de aplicación de la norma, hay que considerar a la presunción de inocencia como criterio interpretativo de la ley sancionadora, que debe sumarse a las modalidades interpretativas que prevé el artículo 3 del Código Civil, y en coherencia además con la exclusión de la analogía para las leyes penales prevista en el artículo 4 también del Código Civil.

El campo penal es el ámbito tradicional de aplicación del derecho a la presunción de inocencia. A pesar de la constitucionalización de este derecho, no se han empleado todas las posibilidades que ofrece la Disposición Derogatoria Tercera de la Constitución. En efecto, si esta Disposición establece que se derogan todos los preceptos legales que se opongan a la Constitución, tal derogación debe afectar a todos aquellos preceptos penales que de alguna forma se opongan al derecho a la presunción de inocencia. No puede dudarse de la necesidad de suprimir del Código Penal todos aquellos preceptos que violen este derecho. Así, se pueden señalar los artículos 15 bis (directivo u órgano de una persona jurídica que responde personalmente aunque no concurren las condiciones para ser sujeto activo del delito), 216 (cuando no hay jefes conocidos en una rebelión) y 257 (no se conocen los jefes de los depósitos de armas no autorizados), 227 (no se descubren los autores de rebelión o sedición), 315 (quien tuviera instrumentos de falsificación y no diere descargo sobre su adquisición), 408 (homicidio en riña tumultuaria), 424 (lesiones en riña tumultuaria), 483 (reo de detención ilegal que no diere razón del paradero de la persona detenida), 485 (encargado del menor que no lo presente a sus padres o guardadores) 583-7.º (lesiones menos graves en riña tumultuaria), 502-2.º (malhechores presentes en un robo en cuadrilla). Por lo que hace referencia a los delitos llamados de sospecha, esto es, los artículos 408, 424, 483, 485 y 583-7.º, hay que decir que este tipo de delitos no pueden dar lugar a la condena de ninguna persona que sea acusada de ellos, pues hay que estimar que son inconstitucionales en base a que la sospecha, indicios, conjeturas o posibilidades no constituyen prueba de que el ilícito fue cometido por un sujeto determinado y no pueden derivarse consecuencias jurídicas desfavorables para el procesado si se prueba, o mejor dicho, si no se prueba que éste cometió el delito. Además, su aplicación significaría castigar a un ciudadano por un hecho cuya comisión o autoría no ha sido probada (131).

(131) ROMERO ARIAS, E. La presunción de inocencia. Aranzadi, 1985. pp. 117-121.

Si nos centramos en concreto en el homicidio en riña tumultuaria, vemos que al desconocer el autor de un homicidio, se castiga a los causantes de lesiones graves, y, subsidiariamente, a los que hubieran ejercido violencia en la persona del ofendido. Esta figura supone la vulneración del principio de personalidad de la pena, constituye una figura anómala, un delito en el que se establece una responsabilidad en cascada o descendente pues se desconoce la identidad del verdadero autor. El Proyecto de 1980 simplificó la figura, castigando no un homicidio en riña tumultuaria sino, más bien, la agresión en riña tumultuaria a una persona que luego resulta muerta o con lesiones sin que conste el autor. Pero esta redacción no eliminó la consideración de este tipo como delito de sospecha.

Si analizamos el precepto, vemos que el artículo 408 del Código Penal es inconstitucional por conculcar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues se imputa a una persona la muerte de otra sin prueba alguna, dependiendo además tal imputación de que se sepa o no quién mató. La solución adoptada en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal parece correcta, al obviar las actuales previsiones constitucionales, pues castiga la participación en riña «utilizándose medios o instrumentos peligrosos para la vida o integridad de las personas», acaezca o no la muerte (132).

Hay que entender que la totalidad de las regulaciones preconstitucionales de regulación de los derechos fundamentales contrarias a la regulación constitucional han quedado directamente derogadas por la promulgación de la Constitución, a tenor de su disposición derogatoria, sin que resulte precisa una declaración expresa de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional. La derogación puede ser comprobada por el juez que esté entendiendo el caso, incluso de oficio, por virtud de la regla *iura novit curia*, y no precisa la entrada en juego del Tribunal Constitucional. Esto supone que los jueces penales estén sometidos a la eliminación de tipos penales construidos por leyes anteriores que sean incompatibles con los derechos fundamentales proclamados en la Constitución (133).

El problema es distinto respecto de las leyes posteriores a la Constitución, que al regular los derechos fundamentales o incidir sobre los mismos puedan incluir preceptos inconstitucionales. Cabe preguntarse si en estos supuestos perderá el juez ordinario la posibilidad de aplicación directa de la Constitución y si deberá plantear ante el Tribunal Constitucional previamente la cuestión de inconstitucionalidad de las leyes. La solución que propone García de Enterría es la siguiente (134): utilizando como parámetro el texto constitucional, hay que observar si con ocasión de aplicación de la Constitución se aprecia que la ley de desarrollo de la misma no la contradice. Si esto es así, se aplicarán simultáneamente observando la superioridad de rango de la Constitu-

(132) RODRÍGUEZ RAMOS, L. Compendio de Derecho Penal (Parte especial). Madrid, 1985. pp. 57-58.

(133) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Ob. cit.*, p. 75.

(134) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Ob. cit.*, pp. 78-79.

ción. Si se estima que la ley no respeta el contenido esencial del derecho fundamental de que se trate, el tribunal deberá atenerse a dicho contenido esencial para dispensar el amparo. Fuera de este supuesto de tutela directa de los derechos fundamentales, habrá que aplicar la regla común sobre el monopolio de rechazo de las leyes inconstitucionales por el Tribunal Constitucional.

Analizando la Disposición Derogatoria Tercera de la Constitución, observamos que tiene un alcance claro: la derogación se entiende producida para todas aquellas normas que regulaban de una manera distinta a la Constitución aquellas materias en que ésta es de indiscutible aplicación directa. El efecto derogatorio implica que cualquier aplicador del Derecho ha de concluir en la falta de vigencia de las normas anteriores y ha de proceder a la aplicación directa de los preceptos constitucionales. No hay ninguna necesidad de remitir la cuestión de la contradicción entre norma anterior sobre dichas materias y norma constitucional al Tribunal Constitucional. El texto del artículo 163 de la Constitución es básico: el juez ha de plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional sólo «cuando considere en algún proceso que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución». Esto presupone la vigencia de la ley de que se trate en el caso, y excluye la posibilidad de aplicar esta mecánica respecto de las normas derogadas ya de manera formal. No se debe convertir un problema de derogación en un problema de inconstitucionalidad.

En última instancia, y para establecer la diferencia entre leyes preconstitucionales y leyes postconstitucionales, podemos hacer referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981, que textualmente viene a decir lo siguiente: «Así como frente a las leyes postconstitucionales el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación a las preconstitucionales los jueces y tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma; o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad». Como se observa, esta sentencia es clave para diferenciar normas anteriores y normas posteriores a la Constitución.

A la vista de todo lo anteriormente expuesto, cabe preguntarse por qué todos esos artículos que hemos mencionado del Código Penal no han sido derogados después de la Constitución, y por qué se han seguido dictando sentencias manifiestamente contrarias al derecho constitucional de presunción de inocencia, en particular por lo que respecta al homicidio en riña tumultuaria, del que podemos mencionar las sentencias de 29 de marzo de 1984, 14 de abril de 1984; 30 de octubre de 1984 o 17 de diciembre de 1984, todas ellas posteriores a la Constitución, y en contra de la presunción de inocencia.

Sin embargo, existen una serie de sentencias del Tribunal Supremo referidas al delito de receptación, otro de los afectados por el derecho de presunción de inocencia, en las que sí se atiende a este derecho y se deja fuera de aplicación la presunción de culpabilidad. En

este sentido, la sentencia de 25 de abril de 1985, mantiene que «al impugnar la presunción legal de habitualidad contenida en el artículo 546 bis b)... plantea el alcance de la reforma parcial y urgente del Código Penal por la ley 8/83 de 25 de junio,... al proclamar que no hay pena sin dolo ni culpa, en cuanto es una derivación del principio de presunción de inocencia, si inocencia y culpabilidad son términos contrarios, en la misma medida que se destruya la primera ocupará su lugar la segunda», y más adelante señala que «no es aventurado afirmar que el precepto en examen adolece ya inicialmente de inconstitucionalidad sobrevenida, con posibilidad de declararla por los tribunales ordinarios». Del mismo modo, la sentencia de 28 de mayo de 1985 señala que no puede hacerse valer la presunción *iuris et de iure* de habitualidad del artículo 546 bis b), «porque este precepto pugna con el principio de culpabilidad constitucionalmente afirmado e inspirador de la reforma introducida por la ley de 25 de junio de 1983». Por su parte, la sentencia de 22 de octubre de 1985 mantiene que «la presunción de habitualidad que el artículo 546 bis b) contiene, ha de considerarse de por sí *totalmente inconstitucional* si se quiere que el Estado de Derecho se conforme sobre principios seguros en los que las presunciones de culpabilidad nada tienen que hacer en buena garantía jurídica, artículo 24.2 de la Constitución»; y la sentencia de 23 de octubre de 1985 dice que la presunción de habitualidad «se halla en contradicción con el elemental principio de culpabilidad según el cual ésta no puede presumirse, sino que ha de ser probada y además con el principio de presunción de inocencia enunciado en el artículo 24.2 de la Constitución, por lo que la presunción equivale a una derogación tácita de dicho precepto en tanto en cuanto se muestra contraria o incompatible con los preceptos constitucionales citados que deben prevalecer sobre el mismo que resulta inaplicable por inconstitucionalidad sobrevenida». La sentencia de 21 de diciembre de 1985 mantiene que es una «singular presunción que... hoy merece la más decidida censura y proscripción por su abierta y frontal oposición al principio culpabilístico enseñoreado en el artículo 1.º del Código tras la reforma operada por Ley 8/83 de 25 de junio. Sólo el dolo o la culpa pueden servir de fundamento a cualquier resolución condenatoria... Supone, a la vez, una vulneración del derecho a la presunción de inocencia proclamado y garantizado en el artículo 24.2 de la Constitución, el cual adquiere el rango y la significación de norma directa, invocable como garantía constitucional, con fuerza impositiva sobre todos los poderes públicos». También señala esta misma sentencia la primacía constitucional sobre el ordenamiento precedente y optar «por el efecto abrogador dimanante de la Disposición Derogatoria de la Constitución que, establece la derogación de cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la misma».

A la vista de estas sentencias, podemos plantearnos la cuestión de por qué en el caso de la riña tumultuaria no se ha seguido la misma línea que en el delito de receptación. Es por ello por lo que cabría plantearse la posibilidad de admitir una revisión de todas aquellas sentencias posteriores a la Constitución que son contrarias al derecho a la

presunción de inocencia, puesto que podría darse el caso de tener que indemnizar a la persona condenada en base a una presunción de culpabilidad. Es de desear que se termine con los vestigios de responsabilidad objetiva y que el principio de presunción de inocencia sea empleado e invocado en toda su intensidad.

XII

Podemos analizar también la regulación de esta figura delictiva en los diferentes Proyectos de Reforma del Código Penal, en concreto el Proyecto de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983.

Por lo que se refiere al Proyecto de 1980, suponía un esfuerzo a medias de remediar los defectos que actualmente plantea la regulación de este delito. Se sustituía la responsabilidad en cascada vigente por una responsabilidad subsidiaria. Se seguía operando en este Proyecto en base a una presunción de culpabilidad con todos los defectos que ello acarrea.

En la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983, se dice que en el Libro II se produce la adaptación definitiva de la Ley Penal a la Constitución, tanto en su aspecto orgánico como dogmático, dotando de protección penal tanto a las instituciones constitucionales como a los derechos fundamentales. Establece el artículo 154 de este Anteproyecto que «Quienes riñeren entre sí, acometiéndose confusa y tumultuariamente y utilizando medios o instrumentos peligrosos para la vida o integridad de las personas, serán castigados por su participación en la riña con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses». Con esta redacción desaparece la presunción de culpabilidad y se adapta a los principios constitucionales.

El precepto goza de una mejor ubicación, puesto que se encuentra en las disposiciones comunes a los títulos anteriores, entre los que se halla el homicidio y sus formas.

Se configura este artículo como un delito de peligro contra la vida e integridad corporal, en el que se castiga la riña con independencia de las conductas individuales de cada partícipe. Es un delito de peligro que supone que la sola participación en riña se rige por el principio de equivalencia de las causas. Quedan a cargo de todos los copartícipes en la riña las consecuencias que en ella se producen, suprimiéndose el anterior principio de presunción que tan conflictivas situaciones proporciona.

Se incluye en este precepto la valoración de los medios peligrosos empleados, lo que ya había sido preconizado por Antón Oneca (135). Es un elemento de gran interés pues puede ser indiciario de la intensidad criminal del sujeto y de los fines a que viene subordinado.

(135) ANTÓN ONECA, J. Notas críticas al Código Penal. *Las lesiones*. Bilbao, 1965. página 786.

Con esta redacción se pierde la actual, imperfecta y anómala figura de delito de sospecha, cuya existencia se hace depender de dos condiciones objetivas de punibilidad: presunción de muerte y desconocimiento del autor. La nueva figura del Anteproyecto permite castigar la riña *per se*, adecuando el grado de la pena a la culpabilidad del sujeto, e identificándose con el principio de personalidad de las penas y con el de culpabilidad, que actualmente se consideran inviables. La responsabilidad civil se reparte entre todos al ser ya un delito colectivo.

El modelo del Anteproyecto presenta un delito de peligro condicionado a un resultado, cual es poner en peligro la vida o la integridad corporal, pues, de otro modo, no sería punible.

