



Intimidación Pública e Incitación a la Violencia Colectiva.

Por Agustín T. Márquez.

Art. 211: *“Será reprimido con prisión de dos a seis años, el que, para infundir un temor público o suscitar tumultos o desórdenes, hiciere señales, diere voces de alarma, amenazare con la comisión de un peligro común, o empleare otros medios materiales normalmente idóneos para producir tales efectos. Cuando para ello se empleare explosivos, agresivos químicos o materiales afines, siempre que el hecho no constituya delito contra la seguridad pública, la pena será de prisión de tres a diez años”.*

Art. 212: *“Será reprimido con prisión de tres a seis años, el que públicamente incitare a la violencia colectiva contra grupos de personas o instituciones por la sola incitación”.*

SUMARIO: 1) Introducción, 2) Breve abordaje genérico sobre la teoría del Bien Jurídico, 2.1) Bien Jurídico tutelado en el Título VIII, Libro II del Código Penal. Exegesis dogmática e histórica, 2.1.1) ¿Tranquilidad u Orden Público?, 2.2) Bien Jurídico protegido por los artículos 211 y 212; 3) ¿Son delitos de lesión o de peligro?, 3.1) Prieto análisis sobre los delito de peligro concreto y abstracto; 4) Elucubración dogmática e histórica del artículo 211, primer párrafo, 4.1) Tipo objetivo, 4.2) Tipo subjetivo, 4.3) Supuestos de atipicidad, 4.4) Sujeto activo y pasivo, 4.5) Tentativa y consumación, 4.6) Naturaleza jurídica, 4.7) Figura agravada – artículo 211, segundo párrafo –, 4.8) Análisis constitucional; 5) Hermenéutica dogmática e histórica del artículo 212, 5.1) Tipo objetivo, 5.1.1) ¿Es lo mismo instigar que incitar?, 5.2) Tipo subjetivo, 5.3) Supuestos de atipicidad, 5.4) Sujeto activo y pasivo, 5.5) Tentativa y consumación, 5.6) Naturaleza jurídica, 5.7) Análisis constitucional; 6) Reflexión final; 7) Bibliografía.



1) Introducción:

En el presente ensayo pretendo volcar comentarios exegéticos de tinte dogmáticos, que le permitan al lector aprehender elementos básicos y necesarios de los artículos 211 y 212 del Código Penal, – los cuales he seleccionado para colocar debajo de la lupa analítica –. A su vez, anhelo que estos – de manera adunada – se conviertan en una especie de faro guía interpretativo a la hora de examinar el objeto de estudio en cuestión. Por su parte, confieso que mi intención es erigir un escrito autosuficiente, es decir, plasmar cuestiones generales previas que deben estar incorporadas en el intérprete a la hora de elucubrar cada tipo penal en particular. Tal es así que – como he anticipado en el sumario, precisamente en los acápites 2), 3), 3.1), 4.8) y 5.7) – ahondare dichos tópicos a modo de excursos – v.gr. Teoría general del bien jurídico, delitos de peligro, etcétera – y de manera sucinta respecto del núcleo del presente escrito a desarrollar.

Demás está decir, que intentare poder dejar de manifiesto mi postura – a lo largo del artículo académico – respecto de las interpretaciones – *sub lite* – doctrinarias que vaya trayendo a colación.

2) Breve abordaje genérico sobre la teoría del Bien Jurídico:

Considero correcto iniciar el tránsito de este acápite, recurriendo a los orígenes de la idea de *Bien Jurídico*. La misma podemos decir, fue planteada de manera primigenia por el pensamiento de la *Ilustración*. Por su parte, quien fundamentó y formuló la misma, fue el mentado y reconocido jurista *Paul Johann Anselm Ritter von FEURBACH*, el cual utilizo como arma contra la concepción moralizante del Derecho Penal. Cabe aclarar que su denominación quedó definitivamente forjada o fijada por *Johan Michael Franz BIRNBAUM*, en el año 1.834¹.

Adentrándome en el concepto de Bien Jurídico entiendo – al igual que el maestro *Marco Antonio TERRAGNI* – que la tal expresión es engañosa, ya que la palabra “*Bien*” – en sentido dogmático penal – alude a “*interés digno de protección legal*”. Se transforma en “*Jurídico*” cuando el legislador efectivamente lo selecciona para

¹ LASCANO, Carlos J. (h), “*Derecho Penal. Parte General*”, Ed. ADVOCATUS, Córdoba, 2.005, p.395.



resguardarlo². Por ende, es una concepción jurídica compuesta, que requiere de ambas características para que se considere como tal. Ahora bien, *Eugenio Raúl ZAFFARONI*, va más allá de esta postura, y es más profundo a la hora de rotular el objeto de estudio en cuestión. Él entiende que se debe hablar de “*Bien Jurídico penalmente tutelado*” – coincide de manera tácita con el análisis separado que hace *TERRAGNI*, y a la hora de explicar porque se refiere a “... *penalmente tutelado*” manifiesta que el legislador le da tal caracterización porque amenaza con sanción penal, es decir “*pena*”, a quien lo amedrenta de manera significativa – porque es más elocuente la relación que tiene el mismo con el sistema³. Agrega que, para poner en marcha el aparato jurisdiccional penal y se castigue con “*pena*” a alguien, la conducta del sujeto debe lesionar al mismo⁴, por supuesto que esta lesión debe tener la entidad lesiva tal, que sea congruente con el principio rector de “*mínima suficiencia*” o “*significancia*”⁵.

Yendo al eje del presente punto – precisamente tratar de dar un conceptualización uniforme – entiendo que, el Bien Jurídico – en términos de *ZAFFARONI*, como he mencionado *ut supra* – penalmente tutelado es: “*el nexo de disponibilidad de un sujeto o varios sujetos, con el objeto que ha recaído bajo la tutela del universo penal, por la selección que ha hecho el legislador – ligado a previo análisis filosófico y político criminal sobre la conveniencia de tal – mediante la tipificación penal de conductas que lo afecten significativamente*”⁶.

Por último, evalúo y tildo de correcto, la necesidad de analizar cuál es la función o las funciones que cumple el Bien Jurídico dentro de la faz del Derecho Penal – por supuesto que seleccionare aquellas funciones que me sirvan de derrotero para el presente trabajo –. Por ellos quiero destacar la “*función limitadora*”⁷ y también la “*función de guía de interpretación*”⁸. La primera mencionada alude a una limitación *ex*

² TERRAGNI, Marco Antonio, “Tratado de Derecho Penal”, Ed. LA LEY, Buenos Aires, 2.012, Tomo I, p. 2.

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Manual de Derecho Penal. Parte General”, Ed. EDIAR, Buenos Aires, 2.002, 6ª Edición, p. 384.

⁴ *ibídem*.

⁵ MÁRQUEZ, Agustín T., “*Teoría de la insignificancia. Operatividad en el Derecho Penal sustancial y adjetivo de la provincia de Santa Fe*” en www.editorialjuris.com, sección Doctrina, DJuris603.

⁶ Quiero aclarar que tome lineamientos conceptuales del jurista mencionado.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, p. 385.

⁷ LASCANO, Carlos J. (h), *Op. cit.*, p. 400 - 401.

⁸ *Ibídem*.



ante a la actividad que ejecute el legislador, el cual solamente puede seleccionar como Bien o Bienes Jurídicos, aquellos interés disponibles que tengan verdadera relevancia social o material para los integrantes de la sociedad. Esta función se corresponde con la concepción liberal de Derecho Penal, que el mismo es independiente y previo al Derecho Positivo propiamente dicho⁹. En lo que respecta a la segunda funciona, refiere a la conducta *ex post* que desplegada el legislador, la cual consiste en ejercer un parangón analítico de la norma vigente – que tutela un Bien Jurídico – respecto de los hechos materializados¹⁰. De esto, invariablemente se debe llegar a la conclusión de que, si desde el prisma teleológico, se ha lesionado¹¹ o puesto en peligro dicho Bien Jurídico, se habilitara la operatividad del *Ius puniendi* – o en términos de ZAFFARONI, *Potentia puniendi*, el cual considero que es más correcto y demuestra el alcance cabal del mismo – del Estado, respecto al agente de tal conducta.

2.1) Bien Jurídico tutelado en el Título VIII, Libro II del Código Penal. Exegesis dogmática e histórica:

Este es el aspecto inicial que debemos avizorar de manera minuciosa, para saber ante qué debe proceder – por lo general – la lesión o la puesta en peligro del Bien Jurídico tutelado en dicho Título.

El *nomen iuris* de este Título VIII del Libro II del Código Penal argentino, ha variado en algunas oportunidades, partiendo desde el inicio de su nomenclatura – perdón por la tautología – inicial o primaria, hasta la actualidad – hoy se encuentra vigente bajo el rotulo de “*Delitos contra el Orden Publico*” – .

En este brevísimo transito legislativo-histórico seguiré al reconocido jurista Carlos FONTAN BALESTRA y a quien se encargó de actualizar su obra: “*Derecho Penal. Parte especial*”, Guillermo LEDESMA. Estos autores remontan su análisis diacrónico al año 1.881 – precisamente al proyecto de Código Penal de dicho año – el cual en su Título I rotulaba a este conglomerado de tipos legales con la hoy vigente

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ MÁRQUEZ, Agustín T., *op. cit.*



nominación jurídica – “*Delitos contra el Orden Público*” –¹². Prosiguiendo con este periplo histórico, según dichos autores, nos encontramos con los vestigios que ha dejado el Código Penal de *Carlos TEJEDOR*, del año 1.886, el cual siguió la tradición española, y lo rubricó como “*De los crímenes contra la Seguridad y el Orden Público*”¹³. Los mencionados estudiosos del Derecho, continúan ahondando sobre dicha investigación, y se embisten con la denominación planteada por el “*Proyecto de 1.891*”¹⁴, el cual caratulaba a este Título de la misma manera que su nominación primigenia y actual – “*Delitos contra el Orden Público*” –¹⁵. *Rodolfo MORENO (h)*, toma esta rúbrica y lo plasma en el conocido Código Penal de 1.921 – ley 11.179 – que es el conjunto normativo que se encuentra vigente hasta la fecha – por supuesto que ha sufrido infinidad de incorporaciones, modificaciones y derogaciones de ciertos artículos, pero digo esto atendiendo a su esencia de cuerpo normativo –. Ahora me valdré de lo expuesto por *Carlos CREUS* y *Jorge E. BOUMPADRE*, los cuales analizan las reformas legislativas que han afectado al *nomen iuris* en juego.

Comienzan por vislumbrar lo estipulado por las leyes 17.567 y 21.338, las cuales les asignaron la rúbrica de “*Delitos contra la Tranquilidad Pública*”¹⁶. Tales disposiciones positivas fueron derogadas por la ley 23.077, devolviéndole vigencia al rotulo “*Delitos contra el Orden Público*”.

Concluyendo esta etapa analítica-histórica, la cual recorrí en el acápite en tratamiento, entiendo que es correcto abordar el aspecto dogmático de cuál es el Bien Jurídico que pretende tutelar o proteger este Título VIII.

Como he demostrado – por supuesto siguiendo las investigaciones elaboradas por los autores citados –, la rotulación de tal Título ha variado. Entonces, esto me lleva a preguntarme cuál de los mencionados – rótulos – es el que brinda una cabal

¹² FONTAN BALESTRA, Carlos y LEDESMA, Guillermo A.C., “Derecho Penal. Parte especial”, Ed. ABELEDO PERROT, Buenos Aires, 2.002, p. 701.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Este proyecto trato de rotular de manera facsímil al vigente Título VIII, como lo habían hecho los Códigos penales italiano y holandés.

SARAVIA TOLEDO, Rogelio y VILLADA, Jorge Luis, “*Curso de Derecho Penal: Parte especial*”, Ed. VIRTUDES, Buenos Aires, 2.003, p. 576.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ CREUS, Carlos y Jorge E. BOUMPADRE, “*Derecho Penal. Parte especial*”, Ed. ASTREA, Buenos Aires, 2.013, tomo II, p. 115.



delimitación a la protección que le confiere el Derecho Penal. Abordare esta cuestión de atrás para adelante. Acto seguido diré que, la doctrina nacional mayoritaria, entiende que el Bien Jurídico penalmente tutelado es la “*Tranquilidad Pública*” – entre ellos FONTAN BALESTRA¹⁷, CREUS y BOUMPADRE¹⁸, NUÑEZ¹⁹, entre otros –. Por su parte, el entendimiento doctrinario “*residual*” – por identificarlo de alguna manera –, o la parte minoritaria elucubra que el Bien Jurídico penalmente tutelado es el “*Orden Público*” – entre ellos TERRAGNI²⁰, PACILIO²¹, SARA VIA TOLEDO y VILLADA²² –. Recurriendo al Derecho comparado – precisamente al Ordenamiento Jurídico penal español – gran parte de la doctrina, entiende lo contrario a la mayoría de nuestros juristas vernáculos que propugnan la visión o el enfoque orientado a que el objeto de tutela, en este caso es la “*Tranquilidad Pública*”.

Autores de la talla de LOPEZ GARRIDO, GARCIA ARAN, MUÑOZ CONDE, VIVES ANTON²³, entienden que el verdadero objeto de protección en estas situaciones es el *Orden Público* – ergo su titulación debería ser tal –.

Ahondare esta problemática en el desarrollo del punto 2.2.1), y tratare de delimitar – según mi entendimiento – cuál de los mencionados se acopla más a la intención tuitiva del Estado respecto a esta cuestión.

2.1.1) ¿Tranquilidad u Orden Público?:

Como punto de partida, pienso que hay que comenzar por elucubrar que es cada uno de ellos – me refiero a la Tranquilidad y Orden Público – para así poder ejercer la hermenéutica correcta y llegar a una conclusión – demás está decir, que volcare distintas líneas de pensamiento, para brindarle al lector elementos que les sean útiles para llegar a

¹⁷ FONTAN BALESTRA, Carlos y LEDESMA, Guillermo A.C., op. cit, p.702.

¹⁸ CREUS, Carlos y Jorge E. BOUMPADRE, op. cit, ps. 115 y 116.

¹⁹ NUÑEZ, Ricardo C., Víctor F., “*Manual de Derecho Penal Especial*”, Ed. MARCOS LERNER, 2º Edición actualizada por REINALDI, Córdoba, 1.999, p. 356.

²⁰ TERRAGNI, Marco Antonio, op. cit, Tomo III, ps. 213 y 214.

²¹ PACILIO, Nicolas, “*Delitos contra el Orden Público y Constitucion Nacional*”, Ed. AD-HOC, Buenos Aires, 2.016, ps. 11 y 12.

²² SARA VIA TOLEDO, Rogelio y VILLADA, Jorge Luis, op. cit., ps. 577 y 578.

²³ COLOMER BEA, David, “*Reflexiones en torno al bien jurídico protegido en los delitos de desórdenes públicos*”, p. 5. Sitio web: <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-18.pdf>. Consultado en fecha 25/03/2.020.



su conclusión. Me resulta muy lejano tratar de persuadirlos pero, no obstante, daré mi punto de vista respecto a la contienda doctrinaria suscitada –.

La doctrina dominante nacional – como ya he dicho – entiende que el verdadero Bien Jurídico que se intenta tutelar – con las diversas tipificaciones que van desde el artículo 209 al 213 bis del Código Penal – es la *Tranquilidad Pública*. Ahora bien, por su parte, a la hora de analizar que es la misma, cada autor vierte su postura, pero todos en cierta forma coinciden en que, es “*una sensación de sosiego o paz colectiva*”. Tal es así que *CREUS* y *BOUMPADRE* entienden que la *Tranquilidad Pública* es, “*una situación subjetiva, la cual implica una sensación de sosiego de las personas integrantes de la sociedad, nacida en la confianza de que pueden vivir en una atmosfera de paz social, puesto que sus individuos ajustaran sus conductas a las reglas fundamentales de convivencia*”²⁴. Por su parte *FONTAN BALESTRA* y *LEDESMA*, toman las ideas fundantes de la ley 23.077, que expresaba “*... es la tranquilidad que resulta de la confianza general en el mantenimiento de la paz social*”²⁵. *NUÑEZ*, es más sintético y considera a la misma como “*el sosiego espiritual de las personas en general*”. Ahora bien, estas son algunas de las distintas conceptualizaciones del presente objeto de estudio, pero ¿Qué significado tendrá la palabra “*tranquilidad*” o “*paz*” – que son utilizadas como sinónimos, por lo menos por *CREUS*, *BOUMPADRE*, *FONTAN BALESTRA* y *LEDESMA* – en nuestra lengua?. Para dar una respuesta correcta que cuente con un pseudoconsenso omnímodo, recurriré a la interpretación que emplea la *REAL ACADEMIA ESPAÑOLA*, la cual por “*tranquilidad*” entiende que es “*cualidad de tranquilo*”²⁶. Para mayor precisión, es necesario averiguar qué significa esto, lo cual, dicha institución indica que “*tranquilo*” es “*quieto, sosegado, pacífico*”²⁷. Tal es así, que dicho instituto – en cierta forma – les da la razón a los autores mencionados, en tratar de manera análoga a la “*tranquilidad*” y a la “*paz*” – porque, como se ha visto, al referirse a tranquilo, implica que el mismo sea pacífico –.

Por todo lo expuesto y como se puede avizorar, en prieta síntesis – y muy lejos de querer caer en un reduccionismo irrespetuoso – puedo decir que es “*una sensación,*

²⁴ CREUS, Carlos y BOUMPADRE, Jorge E, op. cit, p.115.

²⁵ FONTAN BALESTRA, Carlos y LEDESMA, Guillermo A.C., op. cit, ps. 702 y 703.

²⁶ <https://dle.rae.es/tranquilidad> . Sitio web consultado en fecha 26/03/2.020.

²⁷ <https://dle.rae.es/tranquilo> . Sitio web consultado en fecha 26/03/2.020.



de alcance general en un población, que se tiñe o caracteriza por el sosiego o la paz". Es por esto, que entiendo que al hablar de "tranquilidad pública" se alude a una apreciación – y lo expreso con todo respeto, respecto a la postura dominante – bastante laxa, en términos penales, en relación al verdadero Bien Jurídico – reitero, según mi criterio – que es el Orden Público, que si bien, es criticado por pecar de impresiones, razono que es más acorde y congruente con lo que el legislador pretende tutelar, y el mismo es más respetuoso de nuestro texto constitucional. Acto seguido procederé a tratar de precisar lo más posible al mencionado.

El Orden Publico como Bien Jurídico penalmente tutelado entienden SARAVIA TOLEDO y VILLADA que si bien tiene diversas acepciones en materia penal, civil, contravencional u otra rama del Derecho, genéricamente es "*un sistema de valores superiores que consagra el sistema jurídico – muchas veces de rango constitucional – inherentes al Orden Social establecido y tutelado por la ley*"²⁸. Dichos autores, no se quedan con su interpretación individual, y toman la conceptualizan dada por LINARES, el cual comprende que "*... es el conjunto de valoraciones políticas, económicas, técnicas, morales y religiosas que se consideran justas por una comunidad estatal y estrechamente ligadas a la existencia y subsistencia de esa comunidad tal cual lo reclama la cosmovisión en ella vigente*"²⁹. También, resaltan el entendimiento de MARTINEZ PAZ en relación a esta disyuntiva académica a verificar cual es la correcta conceptualización de "Orden Publico" valorado o comprendido como Bien Jurídico penalmente tutelado, lo cual lo lleva a concluir – luego de la hermenéutica ejecutada – que es "*la parte del Orden Jurídico, que asegura los fines esenciales de la colectividad*"³⁰

PACILIO, cita – en mi entendimiento de manera muy atinada y correcta – la interpretación que vierte Juan SMITH, el cual, analiza que el Orden Publico es "*el conjunto de condiciones fundamentales de la vida social instituida en una comunidad jurídica, las cuales por afectar centralmente su organización, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos*"³¹. PACILIO, continúa su búsqueda por precisar el

²⁸ SARAVIA TOLEDO, Rogelio y VILLADA, Jorge Luis, op. cit, p. 577.

²⁹ Ibídem.

³⁰ Ibídem.

³¹ PACILIO, Nicolás, op. cit., p. 30.



Bien Jurídico en cuestión y choca con lo planteado por el juez *PARSONS*, el cual manifiesta que “*Una ilicitud, para ser violatoria del Orden Público, debe afectar los más básicos principios de la sociedad y quemarle los ojos al juez*”³².

Consultando la doctrina española, me he encontrado que, distinguen “*Tranquilidad o Paz Pública*” de “*Orden Público*”, entendiendo a este último como el género y los otros dos primeros nombrados como las *especies*³³.

Esta interpretación me es de gran utilidad para abordar el siguiente punto 2.2), ya que, el Título VIII, en general apunta a proteger el Orden Público, que a mi modo de razonar es *el estado de normalidad necesario dentro de un Estado y su respectiva sociedad civil, el cual – dicho Orden Público – implica el desarrollo de las actividades comunes, cotidianas y lícitas de los actores mencionados*. Ahora bien, para que el mismo se vea vulnerado, es necesario que se materialicen conductas – por supuesto – ilícitas, que superen la barrera constitucional prevista por el artículo 19 – de la Constitución Nacional –, y que las mismas generen una significativa puesta en peligro del mismo. A su vez, elucubro que hablar de Orden Público como Bien Jurídico penalmente tutelado, coincide de manera más precisa con la letra de nuestro texto constitucional, que expresa tales palabras – *Orden... público* – en el artículo mencionado.

Esto no implica que descarte a la Tranquilidad Pública como un interés pasible de tutela. Es más, la considero como un sub Bien Jurídico, que invariablemente se corresponde con el Orden Público.

Para finalizar este acápite, quiero aclarar que la doctrina mayoritaria entiende que los distintos delitos previstos en dicho Título VIII, son caracterizados por ser de peligro³⁴ – en cada caso se precisara si son de peligro concreto o abstracto – y a su vez actos preparatorios punibles³⁵.

³² *Ibíd*em, p.32.

³³ COLOMER BEA, David, *op. cit.*, p. 9.

³⁴ CREUS, Carlos y BOUMPADRE, Jorge E, *op. cit.*, p. 115.

³⁵ *Ibíd*em, p. 116.

FONTAN BALESTRA, Carlos y LEDESMA, Guillermo A.C., *op. cit.*, p. 702.

COLOMER BEA, David, *op. cit.*, p. 3.



2.2) Bien Jurídico protegido por los artículos 211 y 212:

Este acápite está íntimamente ligado con el aspecto neurálgico del ensayo, ya que en él, tratare de brindarle a quien lo consulte, elementos o lineamientos que la doctrina ha ofrecido para fijar cual es el objeto de tutelado en los delitos de “intimidación pública” – artículo 211 – e “incitación a la violencia colectiva” – artículo 212 –.

Comenzando por el artículo 211, parte de la doctrina – al igual que lo han hecho a la hora de dirimir cual es el Bien Jurídico central tutelado por el Título VIII, – entiende que lo que se menoscaba al ejecutar este delito es la Tranquilidad Pública³⁶ – visión que no comparto –. Otro sector, minoritario, entiende que el objeto de protección es propiamente el Orden Público³⁷. Tales es así que SARAVIA TOLEDO y VILLADA, siguen lo escudriñado por LAJE ANAYA al concebir que, el Bien Jurídico tutelado por la tipificación de este delito en puntual, sea por excelencia el Orden Público. Manifiestan que la materialización de este delito pone en peligro de manera efectiva al mismo. Trayendo a colación lo expresado por LAJE ANAYA, se puede avizorar como la Tranquilidad Pública esta dentro del Orden Público – lo cual queda de manifiesto esta relación de genero-especie – cuando dice que “*este delito rebasa el marco de protección de la tranquilidad, y compromete – pone en peligro – un valor superior que entronca en la seguridad misma*”³⁸.

PACILIO por su lado, sigue esta misma línea analítica, por ende el comprende que “*En tal sentido la ley tutela el Orden Publico como una condición de seguridad por los peligros que derivan del desorden maliciosamente provocados*”³⁹.

De lo expuesto, coincido plenamente con la idea que el Bien Jurídico que se pone en peligro con el delito de Intimidación Publica es el Orden Público y no la Tranquilidad Publica, ya que dicha puesta en peligro demuestra la vinculación directa con los delitos contra la Seguridad Publica, que como ya plasmare más adelante, tiene una relación subsidiaria con los delitos mencionados – contra la Seguridad Publica –.

³⁶ CREUS, Carlos y BOUMPADRE, Jorge E, op.cit., p. 133.

³⁷ PACILIO, Nicolas, op.cit., p. 86.

³⁸ SARAVIA TOLEDO, Rodolfo y VILLADA, Jorge Luis, op. cit., ps. 588 y 589.

³⁹ PACILIO, Nicolas, op. cit., p. 86.



Muy bien, ahora es turno de estudiar y desarrollar cual es el Bien Jurídico en juego respecto de la tipificación del delito de *Incitación a la Violencia Colectiva*. Aquí la doctrina es bastante coincidente en concebir que dicho Bien sea la Tranquilidad Pública. Tal es así que el objeto de tutela se pone en peligro cuando se altera el sosiego social de una comunidad o de un grupo indeterminado de personas⁴⁰.

Por lo expuesto, queda a la vista lo que he manifestado con anterioridad respecto a que la Tranquilidad Publica, es un Bien Jurídico específico, que se engloba de un Bien Jurídico de mayor alcance que es el Orden Público.

Para tranquilidad del lector, voy a retomar el análisis de manera más acabada y profundo de los artículos 211 y 212, en los puntos o acápites 4) y 5) y sus respectivos sub incisos.

3) ¿Son delitos de lesión o de peligro?:

Gran parte de los estudiosos del Derecho Penal vernáculo, concuerdan que los delitos previstos en el Titulo VIII, son de peligro – habrá que ver en cada caso en particular si son de peligro concreto o abstracto –. Para una mejor comprensión e incorporación de elementos críticos que le permitan al lector llegar a la conclusión sobre su esencia, diagramare un corto excursu con características distintivas de los delitos de lesión y de peligro.

Lo delitos de lesión entiende *CARRARA* que ocurren cuando el elemento o fuerza física objetiva de la acción produce una lesión o daño efectivo – con pérdida del Bien agraviado, especialmente cuando tiene índole física o material, o bien potenciales, si bien la perdida no es total, el resultado externo tiene eficacia o potencia para causarlo. En ambos casos se viola el Derecho⁴¹. En idéntico sentido el jurista y juez santafesino *GENTILE BERSANO*, razona que los delitos de lesión son “*aquellos que requieren una efectiva causación de lesión de un objeto material de modo que es verificable la modificación producida por la acción en el mundo exterior, denominada resultado*”⁴².

⁴⁰ SARA VIA TOLEDO, Rodolfo y VILLADA, Jorge Luis, op. cit. P.590.

⁴¹ VIÑAS, Raul H., “*Derecho Penal. Parte general*”, Ed. NOVA TESIS, Rosario, 2.007, Tomo I, ps. 261 y 262.

⁴² GENTILE BERSANO, Fernando M., “*Derecho Penal. Parte general*”, Ed. LIBRERÍA CÍVICA, Santa Fe, 2.019, p. 151.



Teniendo en cuenta estas dos inteligencias, se puede ver que es necesario que el Bien Jurídico afectado sea “*material*”, lo cual descarta a los delitos inmersos en el Título VIII como de “*lesión*” porque son *Bienes inmateriales*.

Por su parte, los delitos de peligro consisten en – con perdón de la tautología – que la conducta desplegada ponga en peligro al objeto de tutela, pero dicha puesta en peligro, no debe menoscabarlo⁴³.

3.1) Prieto análisis sobre los delito de peligro concreto y abstracto:

Ya he dicho que los delitos contra el Orden Público implican una puesta en peligro del mismo, por esto, considero fructífero, delinear los tipos de delitos de peligros – que pueden ser concretos o abstractos –. También pueden ser de peligro remoto o próximo⁴⁴, pero no me adentrare en ellos.

Los juristas alemanes consideran a los delitos de peligro concreto – o en sus términos propios “*delitos de concreta puesta en peligro*” – aquellos que se centran en la indomabilidad del curso de la puesta en peligro⁴⁵, es decir, donde la concreción del resultado no depende de la evitabilidad del mismo, y que dicha posible NO concreción – o como ya dije, evitabilidad – no pueda ser manejada de manera calculada⁴⁶. En términos más coloquiales puedo decir que estamos ante un delito de peligro concreto cuando, el aludido sea efectivo, cierto o real⁴⁷.

Ahora bien, por su lado los delitos de peligro abstracto – o en términos de los doctrinarios alemanes, “*delitos de abstracta puesta en peligro*” – son aquellos en los cuales se pena una conducta típicamente peligrosa por sí misma, sin que se necesite la producción de un resultado de peligro en el caso concreto⁴⁸. *GENTILE BERSANO*, es bastante elocuente y preciso al conceptualizar a estos delitos como “*aquellos que sin poner en peligro real al objeto la acción desplegada es peligrosa para el mismo, en estos casos el tipo no describe un objeto determinado que sufra o corra peligro, sino*

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ VIÑAS, Raúl H, op. cit., p. 262.

⁴⁵ ROXIN, Claus, Traducido por ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, “*La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*”, Ed. GRIJLEY, 2.014, p. 165.

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ GENTILE BERSANO, Fernando M, op. cit., p. 151.

⁴⁸ ROXIN, Claus, op.cit., p. 165.



que se refiere a la forma genérica a una acción que en si misma se considere socialmente disvaliosa”⁴⁹. Por su parte NUÑEZ señala que se trata de un peligro presumido legalmente, por considerarlo inherente al comportamiento⁵⁰.

4) Elucubración dogmática e histórica del artículo 211, primer párrafo:

Comenzare el abordaje de este punto recurriendo al ámbito histórico del presente artículo – precisamente tratare la mutación que ha sufrido el mismo desde su inicio hasta el presente –.

Su versión original seguía la corriente ideológica iniciada por el *proyecto de 1.891*, en su exposición de motivos se pone de manifiesto, de donde se han extraído algunos supuestos o medios contemplados, por ejemplo anuncia “... *Puede llegarse al mismo resultado – poner en peligro el Orden Publico – por medio de gritos de alarma o señales falsas, como dice el Código holandés, o por medio del estallido de materias explosivas o amenaza de desastre de peligro común, como dice el Código italiano*”⁵¹. La ley 15.276 modifico la fórmula original, sustituyéndola por otra similar a la ley vigente. La disposición positiva 17.567 cambio la expresión “*hiciera estallar bombas*” del texto original por “*provocar estruendos*”, y el supuesto de “*delito de peligro común*” por “*desastre de peligro común*”. El texto vigente sigue en gran medida los lineamientos de la ley 15.276⁵².

Siguiendo a los reconocidos comentaristas *Omar BREGLIA ARIAS* y *Omar GAUNA*, encontramos similares disposiciones a nuestro artículo 211 en el Derecho italiano – Ley italiana del 19 de Julio de 1.984, artículo 2 y artículo 420 de su Código Penal –, en el Derecho chileno – artículo 269 del Código Penal – y en el Derecho suizo – artículo 258 de su Código Penal –⁵³.

⁴⁹ GENTILE BERSANO, Fernando M, op. cit., p. 151.

⁵⁰ NUÑEZ, Ricardo, “*Manual de Derecho Penal. Parte General*”, Ed. LERNER, Buenos Aires, 1.975, p. 170.

⁵¹ FONTAN BALESTRA, Carlos y LEDESMA, Guillermo A.C., op.cit., p. 714.

⁵² CREUS, Carlos y BOUMPADRE, Jorge E, op.cit. p. 133.

⁵³ BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar R., “*Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*”, Ed. ASTREA, Ciudad de Buenos Aires, 2.007, 6º Edición, Tomo II, p. 539.



Culminado este breve análisis diacrónico de la figura, me inmiscuiré de lleno en el aspecto dogmático analítico del presente delito bajo tratamiento. Para eso me valdré de los sub incisos que he expuesto en el sumario.

4.1) Tipo objetivo:

Se trata de una figura impregnada por una carga subjetiva considerable, ya que las acciones previstas en el texto normativo se tornan típicas cuando fueren realizadas para conseguir alguno de los objetivos enunciados⁵⁴. Mas allá de esta aclaración, en este acápite tratare los elementos externos del tipo.

Aquellas conductas – previstas por el texto normativo – no son más que derroteros o medios para lograr dichas finalidades – “*infundir un temor público, suscitar tumultos o desordenes*” –. Es por esto que se agrega el adimento o requisito típico de la “*idoneidad*” de estas respecto a su finalidad⁵⁵.

El texto legal enumera dichas conductas – de manera NO taxativa – que son “*Hacer señales*”, “*Dar voces de alarma*”, “*Amenazar con la comisión de un delito de peligro común*”, o “*o empleare otros medios materiales normalmente idóneos para producir tales efectos*” – esto demuestra la apertura de las conductas utilizadas como medio, siempre y cuando sean idóneas –. FOTAN BALESTRA y LEDESMA separan a estas acciones en dos grupos. El primero incluye a las dos primeras conductas mencionadas – hacer señales o dar voces de alarma – y el segundo está dirigido más bien a generar un temor público el cual, debe ser análogo a lo que provocan aquellos delitos contra la Seguridad Pública – esto se persigue utilizando la amenaza de la comisión de un delito de peligro común o algún medio material normalmente idóneo –
⁵⁶.

Ahora bien por “*Hacer señales*” debe entenderse dar aviso o advertir por signos manuales o mecánicos v.gr. tocar campanas o sirenas⁵⁷. Este anoticiamiento debe ser de un riesgo que en verdad no existe⁵⁸. Respecto a “*Dar voces de alarma*” las mismas

⁵⁴ CREUS, Carlos y BOUMPADRE, Jorge E, op.cit. p. 133.

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ FONTAN BALESTRA, Carlos y LEDESMA, Guillermo A.C., op.cit., 714.

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ TERRAGNI, Marco Antonio, op. cit. Tomo III, p. 228.



deberán ser suficientemente sostenidas, audibles⁵⁹, verbales, directas o por medios de comunicación oral – radios, altavoces, etcétera – a su vez deben comunicar, de forma estrepitosa⁶⁰ la posibilidad de que acontezca un mal⁶¹. Por su parte el supuesto de “Amenazar con la comisión de un delito de peligro común” la doctrina mayoritaria entiende que dicho delito debe consistir en alguno de los tipificados en el Título VII contra la Seguridad Pública⁶² u otro que pueda afectar un número indeterminado de personas o bienes aun cuando estén previstos en otros Títulos⁶³, – v.gr. homicidio calamitoso – como conducta que asumirá o hará asumir por otro el autor del anuncio. No es suficiente el simple vaticinio o presagio de que ocurrirá un delito de tal carácter, este debe estar íntimamente ligado con la voluntad del agente⁶⁴. Por su parte, debe tratarse del anuncio de delito y no – como antes lo expresaba el texto normativo derogado – de un desastre común⁶⁵.

Solo resta analizar a que se refiere el texto legal cuando alude a “... *empleare otros medios materiales normalmente idóneos para producir tales efectos*”. Ahora bien, NUÑEZ entienden que exclusivamente deben ser medios *materiales*⁶⁶ ya que así lo expresa la ley – solo entiende como medios morales aptos para estos fines los enunciados de manera precedente, v.gr. amenazar, etcétera –. Por otro lado CREUS y BOUMPADRE van más a allá de esta apreciación centrada a la materialidad de los medios – le asisten la razón a NUÑEZ respecto de lo mencionado – y se enfocan en la idoneidad de los mismos. Tal idoneidad debe ser conducente respecto del medio empleado en sí mismo, como – principalmente – la finalidad con la que se los utiliza – es decir, deben ser usados en miras de querer producir los efectos de infundir temor público, suscitar tumultos, etcétera –⁶⁷. Si bien – como ya explicare *a posteriori* – no es

⁵⁹ FONTAN BALESTRA, Carlos y LEDESMA, Guillermo A.C., op.cit., 715.

⁶⁰ CREUS Carlos y BOUMPADRE, Jorge E., op.cit., p. 134.

⁶¹ TERRAGNI, Marco Antonio, op. cit. Tomo III, p. 228.

⁶² NUÑEZ, Ricardo, op.cit. p.363.

⁶³ CREUS Carlos y BOUMPADRE, Jorge E, op.cit., p. 134

BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar, op.cit., ps. 539 y 540, nota 2.

⁶⁴ CREUS, Carlos y BOUMPADRE, Jorge E, Ibídem.

⁶⁵ Ibídem.

⁶⁶ NUÑEZ, Ricardo, op.cit., p.363.

⁶⁷ CREUS, Carlos y BOUMPADRE, Jorge E, op. cit., ps. 134 y 135.



necesario que el delito se consuma para que sea punible, *SOLEL* indica que tales medios deben generar la existencia real de la puesta en peligro del Bien Jurídico en cuestión⁶⁸.

4.2) Tipo subjetivo:

Como he adelantado, la doctrina es coincidente al expresar que es un delito con una carga subjetiva considerable. Pues bien, el meollo del análisis de este acápite, en mi opinión, debe centrarse en escudriñar las finalidades que se persigan – infundir un temor público, suscitar tumultos o desordenes – para que el mismo se confeccione. También es necesario elucubrar cual es el elemento anímico necesario para que tal conducta sea típica – por supuesto, dentro de la faz subjetiva –.

Los medios que se empleen deben estar guiados teleológicamente por la influencia en el ámbito público de la sociedad – dirigido a un número indeterminado de personas –.

La ley menciona “*infundir un temor público*”, esto refiere a atemorizar o inducir miedo a un número indeterminado de persona⁶⁹. Es decir, debe imbuir en ánimo público o no determinado – respecto a los receptores del atemorizamiento – de una comunidad, la perpetración de un suceso o evento que pueda tener consecuencias lesivas. Por su parte la locución “*suscitar tumultos*” implica la provocación de movimientos desatinados e irracionales de una muchedumbre humana. También la disposición normativa del artículo 211 alude a “(*suscitar desordenes*)”, lo que lleva a razonar que puede ocurrir o materializarse cuando lo que se persigue es el quiebre de la normalidad convivencia imperante en una sociedad.

Para que se torne operativa la tipicidad del mismo, la doctrina imperante reconoce que solo es compatible con dolo directo o de primer grado – *BREGLIA ARIAS*, *GAUNA*⁷⁰, *TERRAGNI*⁷¹, *SARAVIA TOLEDO*, *VILLADA*⁷², entre otros –. Algunos autores extienden la interpretación de la forma subjetiva de imputación, y consideran

⁶⁸ *Ibíd.*

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷⁰ *BREGLIA ARIAS*, Omar y *GAUNA*, Omar R., *op.cit.*, p. 542.

⁷¹ *TERRAGNI*, Marco Antoni, *op.cit.*, Tomo III, P. 228.

⁷² *SARAVIA TOLEDO*, Rogelio y *VILLADA*, Jorge Luis, *op.cit.*, p. 589.



que puede ser compatible con dolo eventual – LAJE ANAYA⁷³ –. En mi opinión coincido con la doctrina dominante ya que el agente o sujeto activo del delito debe tener conocimiento y voluntad – alguna parte de la doctrina alemana o española contemporánea entiende que la voluntariedad o el elemento volitivo no es un componente del dolo. Quedando simplificado al conocimiento. Como propugnadores de esta visión puedo mencionar a Luis GRECO, Jesús María SILVA SANCHEZ, Günther JAKOBS, entre otros – de la realización del tipo objetivo de manera directa. Por ende, no sería admisible la representación de la puesta probable en peligro del Bien Jurídico, dejarlo librado a cuestiones exógenas al sujeto – v.gr. la suerte o el mero desenvolvimiento causal – y no interesarle tal cuestión. Esto no sería compatible con este delito porque como he dicho, el autor debe querer de manera lucida y determinada tal puesta en peligro.

4.3) Supuestos de atipicidad:

Abordare esta cuestión dando algunos ejemplos “prácticos” – por llamarlos de alguna manera –, los cuales indicarían supuestos en los que le falta algún elemento específico – ya sea pertenecientes a la faz objetiva o subjetiva –. ROMERO VILLANUEVA en su Código Penal comentado ejemplifica esto atendiendo a que si una persona utiliza bombas de estruendo, que dicho uso persigue la finalidad de expandir volantes para hacer propaganda de un determinado producto, la mirada teleológica del usuario de las bombas de estruendo no es intimidar, sino por el contrario, lo que busca es atraer la atención hacia él y su producto⁷⁴. Demás esta aclarar que este supuesto se torna atípico porque carece de la persecución de las finalidades exigidas por la ley⁷⁵. Otro presupuesto de atipicidad podría radicar en la ejecución de un hecho intimidatorio ante una persona o personas determinadas. La atipicidad en este caso tiene su razón de ser por no afectar a un número indeterminados de personas – elemento fundamental para su tipicidad –⁷⁶.

⁷³ Ibídem.

⁷⁴ ROMERO VILLANUEVA, Horacio J, “Código Penal de la Nación y Legislación complementaria anotados con jurisprudencia”, Ed. ABELEDO PERROT, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2.015, p. 711. C. Nac. Crim. Y Corr. Fed., 11/05/1.971, ED 37-579.

⁷⁵ NUÑEZ, Ricardo, op.cit., p. 363.

⁷⁶ BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar R., op.cit, p. 541.



4.4) Sujeto activo y pasivo:

A la hora de dilucidar quién puede ser sujeto activo cabe destacar que puede ser cualquier persona que tenga capacidad de imputabilidad, este delito NO tiene ningún condimento específico que se lo pueda considerar como especie. Ahora bien, la posición de sujeto pasivo debe ser ocupada por un número indeterminado de personas que recepen la intimidación⁷⁷.

4.5) Tentativa y consumación:

Lo neurálgico de este punto del ensayo, es precisar si admite o no tentativa y cuál es el momento consumativo del mismo. Respecto a la admisión de tentativa, la doctrina está dividida. Autores como *CREUS*, *BOUMPADRE*, *BREGLIA ARIAS*, *GAUNA*, *FONTAN BALESTRA*, *NUÑEZ*, entre otros, consideran que la tentativa no es posible en este caso, ya que al considerárselo como un delito instantáneo, formal o de pura actividad, es muy difícil que se la pueda concebir – a la tentativa – como admisible. *CREUS* interpreta que no es posible la misma porque no pasa de ser más que un acto preparatorio *ergo*, no punible por regla⁷⁸. Por mi parte, disiento respetuosamente con el autor que he traído a colación, porque si bien en principio concuerdo – al igual con la doctrina mayoritaria – con que es un acto preparatorio, pero lo que no me parece correcto es que NO sea punible, ya que los mismos si pueden estar sujetos a pena cuando se encuentren tipificados de manera autónomos – v.gr. el delito de ciber grooming previsto en el artículo 131⁷⁹ – como este caso. Otra parte de la doctrina entiende que si es admisible la tentativa – por ejemplo *MILLAN* – y toman como ejemplo el caso de que se quiera provocar estruendo sin lograrlo, porque el petardo está fallado y no estalla⁸⁰. Podría ser un supuesto de tentativa inidónea o de delito imposible.

Como corolario de esta disyuntiva – si es admisible o no la tentativa – considero que no es posible pensar en ella como tal, ya que este delito es considerado como formal

⁷⁷ TERRAGNI, Marco Antonio, op. cit., p. 228.

⁷⁸ CREUS, Carlos y BOMPADRE, Jorge E., op.cit., p.136.

⁷⁹ MÁRQUEZ, Agustín T., “Delitos contra la libre disposición de sexualidad. Hermenéutica dogmática del adulterio, abuso sexual – en todas sus modalidades – y ciberacoso sexual infantil”, ps. 30.

<http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/47963-delitos-contra-libre-disposicion-sexualidad-hermeneutica-dogmatica-del-adulterio> Sitio web consultado en fecha 27/07/2020.

⁸⁰ FONTAN BALESTRA, Carlos y LEDESMA, Guillermo A.C., op.cit., p.716.



o de pura actividad⁸¹ – “*Tätigkeitsdelikte*” –, lo cual implica que se consuma con la sola conducta idónea conducente al propósito de alcanzar los fines que la ley prescribe y – por supuesto – con independencia de concreción de resultados⁸².

Ahora bien, los factores atinentes para determinar su consumación radican – como he adelantado en el párrafo anterior – en la mera ejecución de las conductas que la disposición jurídica dispone – y en su caso sean idóneas para el logro de sus fines –. *MAZINI* expresa que son las metas objetiva y subjetiva del hecho, y no un efecto que debe concretamente averiguarse⁸³.

De los autores que he consultado ninguno profundiza porque esto se considera así y de esta única manera. Lo cual me permite – con temor a equivocarme y con la posibilidad de que el lector pueda contrariar esto – expresar mi razonamiento sobre esta cuestión. A mi modo de ver, pienso que, el momento consumativo se da con la mera ejecución de actos idóneos para alcanzar tales fines porque es solo necesaria la puesta en peligro del Orden Público, sin implicar una lesión efectiva de él, lo cual podría – en algunos casos – estar ligado con la seguridad pública que – como ya expondré en el próximo punto – tiene una relación de subsidiariedad – este artículo 211 – con tales delitos.

4.6) Naturaleza jurídica:

Para determinar, o mínimamente vislumbrar cual es la esencia jurídica de este delito, es necesario avizorar lo expuesto en los párrafos anterior. Por eso puede decir que este delito es formal o de pura actividad, instantáneo, de peligro concreto y que no admite tentativa. A su vez es un acto preparatorio punible que requiere dolo directo y de carácter subsidiario. Esta característica de subsidiariedad emerge de la letra legal que estipula “...*siempre que el hecho no constituya delito contra la seguridad pública...*” – se encuentra en el segundo párrafo del artículo 211, el cual tratare a continuación, pero es válido también para la intimidación propiamente dicha o simple – esta pauta da lugar a entender tal carácter – subsidiario –. *CREUS* y *BOUMPADRE* manifiestan que “*Toda materia de la intimidación publica tiene carácter eminentemente subsidiario respecto*

⁸¹ BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar, op.cit., p. 542.

⁸² VIÑAS, Raul H., op.cit., p. 261.

⁸³ FONTAN BALESTRA, Carlos y LEDESMA, Guillermo A.C., op.cit., 716.



de los delitos contra la Seguridad común. La utilización de los medios enunciados por el art. 211, aunque se lo haga con finalidades típicas, cuando constituyen uno de los delitos contra la Seguridad común, queda desplazada de la Intimidación Pública para punirse mediante estos últimos. Tal subsidiariedad está expresamente determinada por la parte 2ª del artículo, atendiendo a que, de manera precisa, los medios del tipo calificado son los normalmente idóneos para perpetrar delitos contra la Seguridad común”. Es por esto que tiene tal connotación, y para que se de tal subsidiariedad debe mediar la idoneidad de los medios que se utilizan de derrotero respecto de las finalidades previstas por la norma en aludida.

4.7) Figura agravada – artículo 211, segundo párrafo –:

Esta figura agravada no estuvo exenta de sufrir mutaciones legislativas. Tal es así que la ley 15.276 conforma esta agravante atendiendo a la entidad peligrosa de los medios utilizados. Por su parte, la ley 17.567 a *contrario sensu* de la normativa referida primeramente, optó por deslindar la figura agravada en relación al o los resultados – grave daño o muerte de alguna persona – que se materializaren por el tumulto suscitado por el accionar del sujeto activo. Esta disposición tiño o caracterizo a este delito como de resultado. Hoy en día demás esta de aclarar que sigue vigente la formulación proferida por la ley 15.278⁸⁴.

Ahora bien, es correcto razonar que la agravante de la figura tiene íntima relación con los medios que se utilizan. El motivo de que el Estado prevea una mayor punibilidad radica en que el usufructo de estos medios despliega una potencialidad perniciosa mayor para el Bien Jurídico penalmente tutelado⁸⁵.

Por su parte la doctrina ha tratado de abordar en qué consisten los medios materiales mencionados, los cuales son objeto de la agravante – explosivos, agresivos químicos y materias afines –. Muy bien, cuando la ley habla de “*explosivos*” refiere a “*toda materia que en determinadas circunstancias puede dar origen a una liberación súbita y violenta de energía por transformaciones químicas; o sea, como explosivos*”

⁸⁴ CREUS, Carlos y BOUMPADRE, Eduardo J., op.cit., p. 136.

⁸⁵ SARAIVA TOLEDO, Rodolfo y VILLADA, Jorge Luis, op.cit. p. 589.



*propriadamente dichos –ejemplo: pólvora, dinamita, etcétera –*⁸⁶. Además esta aclarar que el tipo no contempla la liberación de energía que no sea empleada mediante explosiones, según el contenido antedicho⁸⁷. El otro – o los otros – medio a dilucidar son los “*agresivos químicos*”, los mismos refieren a aquellas sustancias esencialmente – valga la redundancia – químicas que pueden utilizarse para producir lesiones física a personas o dañar materialmente cosas – v.gr. sustancias inflamables, pesticidas vegetales, etcétera –. Por último, cuando la norma positiva penal invoca las palabras “*materiales afines*” refiere a aquellas cosas que sin tener la naturaleza de los dos medios mencionados con anterioridad – explosivos y/o agresivos químicos – pueden generar resultados análogos – por ejemplo explosiones por compresión de vapor⁸⁸ –.

4.8) Análisis constitucional:

Puedo decir que esta figura no se topa con ningún óbice constitucional para su tipificación. Es jurídica y socialmente razonable estipularlo como tal, ya que esta forma de actos perturbadores, deben ser prohibidos para poder salvaguardar el Orden Público. No cabe duda que la aplicación del mismo debe ser dirigida o guiada por una hermenéutica restrictiva, la cual debe estar orientada por la indeterminación – de los receptores – y la finalidad específica del autor – precisamente a la que la ley alude –⁸⁹, de lo contrario si afectaría principios constitucionales – por ejemplo legalidad –.

5) Hermenéutica dogmática e histórica del artículo 212:

Siguiendo la misma construcción sistemática del acápite 4) voy a comenzar este punto trazando brevemente el hilo histórico–legislativo de este instituto jurídico. Siguiendo a *FONTAN BALESTRA* y *LEDESMA* debemos remontarnos al Proyecto de *TEJEDOR* del año 1.868⁹⁰, el cual preveía de una manera un tanto análoga pero, a su vez, para nada facsímil en relación a la disposición vigente. El mismo estipulaba como una forma de sedición el ejercer actos de odio o venganza contra las personas o bienes

⁸⁶ CREUS, Carlos y BOUMPADRE, Eduardo J., op.cit., p. 137.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ PACILIO, Nicolás, op.cit., p. 87.

⁹⁰ LEVAGGI, Abelardo, “El Derecho Penal argentino en la historia”, Ed. EUDEBA, Buenos Aires, 2.012, p. 275. Alude a “*Proyecto*” que se materializó en el año mencionado, lo cual no debe confundirse con el llamado “*Código de TEJEDOR*” de 1.886 que respecto en gran medida su proyecto, pero tomaba de otros autores algunas cuestiones.



de cualquier funcionario público o contra alguna clase determinada de ciudadano⁹¹. Esta estructura normativa fue mantenida incólume por el Proyecto de *VILLEGAS, URGARRIZA* y *GARCIA*⁹² del año – presentado – 1.881, el cual siguió en gran parte el modelo de Código Penal español del año 1.870⁹³. Por su parte el proyecto de 1.906 – perteneciente a la comisión integrada por *SAAVEDRA, BEAZLEY, RIVAROLA, MOYANO GACITUÑA, PIÑERO* y *RAMOS MEJIA*⁹⁴ – castigaba entre los delitos contra el Orden Público, al que circular o fijare en lugares públicos un escrito incitando al odio o menosprecio contra determinada persona o institución⁹⁵. Prosiguiendo con este periplo histórico, nos toparemos con la ley 16.648, la cual agrego al Código de 1.921 el Capítulo V del Título en cuestión, el mismo reprimía la incitación a la violencia o actos de tal naturaleza contra cualquier raza o grupos de personas de otra religión, origen étnico o color. La disposición ocupaba en la ley derogada – 21.338 – el segundo párrafo del artículo 209, la sanción al que “*por cualquier medio difundiere, divulgare o propalare comunicaciones o imágenes provenientes o atribuidas a asociaciones ilícitas o a personas o a grupos notoriamente dedicados a actividades subversivas o de terrorismo*”⁹⁶. Ahora bien, inmiscuyéndome en el texto vigente puedo decir que tal redacción se la dio la ley 20.642, que reafirmo tal vigencia la ley 23.077⁹⁷.

Dando por finalizado este prieto abordaje histórico, me ocupare de analizar las cuestiones dogmáticas de este tipo penal. Para una elucubración más pormenorizada del mismo, lo hare manteniendo la misma modalidad del acápite 4), y sus respectivos incisos.

5.1) Tipo objetivo:

Lo neurálgico en esta cuestión es observar, cual es el verbo rector, y que elementos descriptivos, normativos y valorativos aparecen en juego. Demás está decir que el verbo nuclear es “*incitar*” – abordare que se entiende por el mismo al ejercer una comparación con el verbo “*instigar*”, en el punto 5.1.1) –, los elementos a tener en

⁹¹ FONTAN BALESTRA, Carlos y LEDESMA, Guillermo A.C., op.cit., p. 718.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ LEVAGGI, Abelardo, op.cit. p.281.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 299.

⁹⁵ FONTAN BALESTRA, Carlos y LEDESMA, Guillermo A.C., op.cit., p. 718.

⁹⁶ CREUS, Carlos y BOUMPADRE, Eduardo J., op.cit., p. 138.

⁹⁷ FONTAN BALESTRA, Carlos y LEDESMA, Guillermo A.C., op.cit., p. 718.



cuenta son la connotación “*publica*” de tal incitación, el factor “*violencia*”, la cual debe ser “*colectiva*”. A su vez, es necesario hacer una exegesis de que se entiende por “*grupo de personas*” e “*...instituciones*”.

Muy bien, como he dicho no tratare en este acápite el verbo nuclear, pero si, ahondare en los otros elementos mencionados. Comenzare por escudriñar a que se refiere con que la “*incitación*” se ejecute “*públicamente*”. Como he mencionado en varias oportunidades está ligado a la indeterminación – en este caso puntual – de los receptores de la misma. Prosiguiendo con este análisis, es necesario abordar que entiende la doctrina por “*violencia colectiva*”, la cual está enfocada a impulsar el empleo de la fuerza física ejercida por un grupo de personas⁹⁸.

Por “*grupo de personas*” se refiere a una unión de personas que tiene determinadas características, la cual permite su individualización como tal. Por ejemplo puede ser identificado por tintes raciales, étnicos, religiosos, profesionales, políticos u otras condiciones semejantes⁹⁹. Ahora bien, cuando la disposición positiva alude a “*instituciones*”, debe entenderse aquellas contempladas por el Código Civil y Comercial en su artículo 148¹⁰⁰.

5.1.1) ¿Es lo mismo instigar que incitar?:

Prima facie si seguimos la línea de razonamiento del mentado jurista *Edmund MEZGER*, perteneciente a la corriente dogmática – reformuladora del causalismo clásico o natural – neokantiana, entiende como conceptos sinónimos a los mencionados en el epígrafe del presente punto¹⁰¹.

Ahora bien, si observamos sistemáticamente los delitos inmersos en el Título VIII, del Libro II de nuestro Código Penal, no encontramos en el artículo 209, con el delito de instigación a cometer delitos. Esto, debemos tomarlo como pauta diferenciadora de que el legislador no ha considerado como términos análogos a los mismos, o no les da el mismo alcance. *NUÑEZ* distingue esto partiendo del marco

⁹⁸ *Ibídem*, p. 719.

⁹⁹ TERRAGNI, Marco Antonio, *op. cit.*, Tomo III, p. 230.

¹⁰⁰ *Ibídem*.

¹⁰¹ FONTAN BALESTRA, Carlos y LEDESMA, Guillermo A.C., *op. cit.*, p. 718.



teórico que la “*instigación*” es una “*excitación o estímulo a cometer un delito realizado de modo directo*”, mientras que la “*incitación*” puede consistir en una “*excitación directa o en estímulos indirectos, por rodeos, astutamente realizados a la comisión de actos de violencia que pueden no estar tipificados como delictivos*”¹⁰².

5.2) Tipo subjetivo:

La doctrina es unánime en manifestar que es un delito doloso. A su vez, la mayoría, entiende que esta figura es compatible con dolo¹⁰³ directo¹⁰⁴. Por su parte la doctrina minoritaria apunta a la posibilidad de que este delito se perpetre con dolo eventual, por ejemplo *CARRANZA TAGLE*¹⁰⁵. Por mi parte, entiendo que es únicamente compatible con dolo directo, ya que implica una relación cognoscitiva y volitiva directa con la incitación a los fines previstos por la ley. Por su lado, la representación como probable de la misma es insuficiente para superar los frenos a la intervención punitiva del Estado. A su vez, se puede atacar esta postura partiendo del entendimiento de *NUÑEZ* que habla de “... *estímulos indirectos*...”. Esto no es ningún escollo para seguir concibiendo al dolo directo como único supuesto subjetivo, ya que la dirección del conocimiento y voluntad están vinculados a la incitación a la violencia colectiva, sin importar que estímulos se utilice como derrotero – directos o indirectos –.

5.3) Supuestos de atipicidad:

Demás está decir que para que una conducta – penalmente relevante – puede superar el tamiz lógico de la tipicidad debe reunir los elementos objetivos y subjetivos que el mismo contiene. Lo que hare es dar ciertos supuestos en los cuales se puede avizorar de manera – según mi visión – más elocuente esta cuestión.

ROMERO VILLANUEVA toma un supuesto conseguido de la jurisprudencia, el cual radica en que, una persona ejerció manifestaciones de raigambre políticas contra la presencia de un mandatario extranjero e inclusive quemo una bandera extranjera como símbolo de protesta dentro del contexto de la manifestación. Esto encuentra amparo en

¹⁰² NUÑEZ, Ricardo, op.cit., p. 364.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ SARAVIA TOLEDO, Rogelio y VILLADA, Jorge Luis, op.cit., p. 591.

TERRAGNI, Marco Antonio, op.cit., Tomo III, p. 230.

¹⁰⁵ BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar R., op.cit., p. 544.



el Derecho constitucional y Convencional de la Libertad de Expresión, lo cual torna totalmente atípica la cuestión por carecer de la intencionalidad directa de cometer lo previsto en el verbo rector del tipo¹⁰⁶.

TERRAGNI entiende que en aquellos supuestos en los cuales la final perseguida sea la arena política, no es para nada aceptable la subsunción en este tipo penal¹⁰⁷.

5.4) Sujeto activo y pasivo:

El agente de este delito puede ser cualquier persona que incurra en la acción típica mencionada. No es necesario que el sujeto activo revista de ciertas particularidades, porque la ley no se lo exige.

Al analizar quien es pasible de ser investido de tal calidad de sujeto pasivo, ante la perpetración de este delito, las víctimas serán todos aquellos que recepten la incitación – sin importar que actitud adopte –. El condimento especial es que se debe estar integrando al momento de la incitación un grupo de personas – en los términos mencionados – o institución¹⁰⁸.

5.5) Tentativa y consumación:

Al examinar este delito, la doctrina entiende que el mismo no admite tentativa¹⁰⁹, ya que es un delito de pura actividad¹¹⁰, es decir que se concreta con la incitación misma.

Respecto al momento consumativo el mismo ocurre – como ya he adelantado previamente – con la conducta de instigación desplegada, o para ser más preciso, cuando se lleven a cabo públicamente los actos idóneos incitantes o impulsores¹¹¹. *NUÑEZ* simplifica esto diciendo que para que tal consumación opere no es necesario que la incitación prospere o logre los efectos buscados¹¹².

¹⁰⁶ ROMERO VILLANUEVA, Horacio, op.cit., p. 712.

¹⁰⁷ TERRAGNI, Marco Antonio, op.cit., Tomo III, p. 231.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ SARAVIA TOLEDO, Rogelio y VILLADA, Jorge Luis, op.cit., p. 591.

¹¹⁰ TERRAGNI, Marco Antonio, op.cit., p. 229.

¹¹¹ SARAVIA TOLEDO, Rogelio y VILLADA, Jorge Luis, op.cit., p. 591.

¹¹² NUÑEZ, Ricardo, op. cit., 364.



5.6) Naturaleza jurídica:

Este delito se caracteriza por ser doloso – directo, según lo que he mencionado – de pura actividad, y de peligro. Aquí la doctrina se divide al considerarlo de peligro abstracto o concreto. Los que propugnan que es de peligro concreto, parten de la base que es necesario que el Bien Jurídico corra peligro cierto o claro¹¹³. Por su parte los que defienden la postura de que el mismo es de peligro abstracto, entienden que no se requiere el éxito de que dicha incitación haya alcanzado la publicidad pertinente¹¹⁴.

Por mi parte, adhiero a la línea de razonamiento que contempla a este delito como de peligro abstracto, ya que la ley presume la sola instigación que pone en peligro al Bien Jurídico penalmente tutelado, sin implicar que dicha incitación sea efectiva o realmente genere algún peligro específico al Bien.

5.7) Análisis constitucional:

Considero a este acápite dentro de la estructura analítica que he erigido respecto del artículo 212 del Código Penal, el que mayor relevancia – o uno de los que mayor relevancia – detenta. Concibo esto de esta manera porque al ejercer situaciones análogas a la conducta típica, se estaría actuando de manera amparada por el Derecho de Libertad de expresión contenido en nuestra Constitución Nacional – por supuesto, siempre y cuando actúe dentro de los límites legítimos –.

Tal es así que, *TERRAGNI* pone de manifiesto que la hermenéutica que se ejecute debe ser cautelosa a fin de que con su aplicación práctica – la aplicación de esta figura – no se afecte el Derecho Constitucional¹¹⁵ y Convencional¹¹⁶ tutelado¹¹⁷.

Como he mencionado en el punto 5.3), esta figura se torna atípica cuando la conducta o la acción se desarrolla amparada por el Derecho de raigambre mencionado *ut supra*. Precisamente retomando el caso expuesto de “*la quema de bandera*”, la Corte

¹¹³ “No concurriendo un peligro claro y presente de producción de violencia colectiva, las manifestaciones del imputado proclives al uso de violencia colectiva, no constituyen el delito de incitación a la violencia colectiva” BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar, op.cit., p. 544.

¹¹⁴ CREUS, Carlos y BOUMPADRE, Jorge E., op.cit., p. 139.

¹¹⁵ Artículos 14 y 32 de la C.N.

¹¹⁶ Artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹¹⁷ TERRAGNI, Marco Antonio, op.cit., Tomo III, p. 229.



Suprema de los Estados Unidos determino en ese caso que la quema de su bandera Nacional en el contexto de una manifestación política contra la nominación de Ronald Reagan como candidato presidencial se encontraba protegida por la garantía del Derecho expresado establecido en la Enmienda I de la Constitución norteamericana¹¹⁸.

Por su parte *PACILIO*, entiende que dicho Derecho se limite a aquellos llamados “*discursos del odio*”, que básicamente es una perorata que incite directamente a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias particulares¹¹⁹.

Apotegma de esto, puede decir que si bien, cuando se analiza este delito a la luz del Derecho mencionado, la línea entre la esfera punitiva y la esfera legitimada constitucional y convencionalmente es muy delegada. Por ende, debe tenerse en cuenta precisamente que tal Derecho no se ejerza de manera abusiva o que la única finalidad perseguida sea maliciosa. A la luz de esto, el Tribunal Constitucional Español señalo que “*Todo lo dicho no implica que la libre transmisión de ideas, en sus diferentes manifestaciones, sea un Derecho absoluto. De manera genérica, se sitúa fuera de este ámbito de protección de dicho Derecho la difusión de las frases y expresiones ultrajantes y ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que quieran exponer, y por lo tanto innecesarias a este propósito*”¹²⁰.

6) Reflexión final:

Como corolario de lo que expuesto, es loable destacar en el análisis de estos delitos, la vinculación estricta que debe tener su análisis con el Bien Jurídico penalmente tutelado en cada uno. Como se ha podido ver, son temas en los cuales la doctrina no es homogénea en la línea de razonamiento o en el aspecto exegético de estas figuras penales. Por eso es que he tratado de brindarle al estudioso de este tema, una especie de faro guía para que pueda introducirse en la temática aludida, exponiendo las distintas posturas suscitadas, y por su puesto dejando de manifiesto mi humilde postura en cada una de estas contiendas doctrinarias que se vislumbran. Por ultimo quiero

¹¹⁸ PACILIO, Nicolás, op.cit., p. 90.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional Español del 07/11/2.007, “Caso de la negación del Holocausto”. Sent. 235/07.



destacar, que según mi entendimiento – por supuesto criticable o rebatible con fundamentos jurídicos contrarios – la verdadera protección o tutela en general de este Título VIII, es el Orden Público como he expuesto, y no la Tranquilidad Pública como la mayoría cree. Elucubro que la Tranquilidad Pública es la especie, dentro de la órbita de mayor alcance, que es precisamente el Orden Público, y este es básicamente el género. Por ende hay una suerte de puntualidad a la hora de proteger a la Tranquilidad Pública, lo cual se torna operativa dicho resguardo cuando se atenta contra el sosiego social o comunitario. Por su lado, la protección del Orden Público, implica esta actitud tuitiva respecto de la Tranquilidad Pública, como también del correcto funcionamiento “normal” de la Sociedad civil y su vinculación con el Estado a la hora de mantener incólume el ejercicio de sus Derechos entendido como el desarrollo – perdón por la tautología – normal de su actividades mundanas.

7) **Bibliografía:**

- BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar R., “Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado”, Ed. ASTREA, Ciudad de Buenos Aires, 2.007, 6º Edición, Tomo II.
- CREUS, Carlos y Jorge E. BOUMPADRE, “Derecho Penal. Parte especial”, Ed. ASTREA, Buenos Aires, 2.013, tomo II.
- FONTAN BALESTRA, Carlos y LEDESMA, Guillermo A.C., “Derecho Penal. Parte especial”, Ed. ABELEDO PERROT, Buenos Aires, 2.002.
- GENTILE BERSANO, Fernando M., “Derecho Penal. Parte general”, Ed. LIBRERÍA CÍVICA, Santa Fe, 2.019.
- LASCANO, Carlos J. (h), “Derecho Penal. Parte General”, Ed. ADVOCATUS, Córdoba, 2.005.
- LEVAGGI, Abelardo, “El Derecho Penal argentino en la historia”, Ed. EUDEBA, Buenos Aires, 2.012.
- NUÑEZ, Ricardo, “Manual de Derecho Penal. Parte General”, Ed. LERNER, Buenos Aires, 1.975.
- NUÑEZ, Ricardo C. y REINALDI, Víctor F., “Manual de Derecho Penal Especial”, Ed. MARCOS LERNER, 2º Edición actualizada por REINALDI, Córdoba, 1.999.



- PACILIO, Nicolás, “*Delitos contra el Orden Publico y Constitución Nacional*”, Ed. AD-HOC, Buenos Aires, 2.016.
- ROMERO VILLANUEVA, Horacio J, “*Código Penal de la Nación y Legislación complementaria anotados con jurisprudencia*”, Ed. ABELEDO PERROT, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2.015.
- ROXIN, Claus, Traducido por ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, “*La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*”, Ed. GRIJLEY, 2.014.
- SARAVIA TOLEDO, Rogelio y VILLADA, Jorge Luis, “*Curso de Derecho Penal: Parte especial*”, Ed. VIRTUDES, Buenos Aires, 2.003.
- TERRAGNI, Marco Antonio, “*Tratado de Derecho Penal*”, Ed. LA LEY, Buenos Aires, 2.012, Tomo I y III.
- VIÑAS, Raúl H., “*Derecho Penal. Parte general*”, Ed. NOVA TESIS, Rosario, 2.007, Tomo I.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “*Manual de Derecho Penal. Parte General*”, Ed. EDIAR, Buenos Aires, 2.002, 6º Edición.

Artículo académicos consultados:

- COLOMER BEA, David, “*Reflexiones en torno al bien jurídico protegido en los delitos de desórdenes públicos*”.
Sitio web: <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-18.pdf>. Consultado en fecha 25/03/2.020.
- MÁRQUEZ, Agustín T., “*Delitos contra la libre disposición de sexualidad. Hermenéutica dogmática del adulterio, abuso sexual – en todas sus modalidades –y ciberacoso sexual infantil*”.
Sitio web: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/47963-delitos-contra-libre-disposicion-sexualidad-hermeneutica-dogmatica-del-adulterio>. Consultado en fecha 27/07/2.020.
- MÁRQUEZ, Agustín T., “*Teoría de la insignificancia. Operatividad en el Derecho Penal sustancial y adjetivo de la provincia de Santa Fe*” en www.editorialjuris.com, sección Doctrina, DJuris603.