

TITULO: ANALISIS DEL ANTEPROYECTO ELABORADO POR LA COMISION PARA LA REFORMA DEL CODIGO PENAL DE LA NACION, CREADA POR DECRETO DEL P.E.N. NRO. 103/2017.

TEMA: PARTE ESPECIAL: Instigación a cometer delitos. Diferencia con las reglas de la participación criminal del art. 45. Derogación de sustracción del servicio militar -art. 209-.

AUTORES: DAMIANA GACZYNSKY Y CRISTIAN MELERO

TEXTO VIGENTE:

Capítulo I

Instigación a cometer delitos

ARTICULO 209. - El que públicamente instigare a cometer un delito determinado contra una persona o institución, será reprimido, por la sola instigación, con prisión de dos a seis años, según la gravedad del delito y las demás circunstancias establecidas en el artículo 41.

ARTICULO 209 bis - En igual pena incurrirá quien en tiempo de conflicto armado incite públicamente a la sustracción al servicio militar legalmente impuesto o asumido. Si el autor fuese un militar, el máximo de la pena se elevará a diez (10) años.

TEXTO PROPUESTO POR COMISION ACTUAL:

ARTÍCULO 209.- Se impondrá prisión de DOS (2) a SEIS (6) años, al que públicamente instigare a cometer un delito determinado, por la sola instigación, según la gravedad del delito y las demás circunstancias establecidas en el artículo 40.

TEXTO PROPUESTO POR COMISION Resoluciones Nos. 303/04 y 136/05 del

Ministerio de Justicia:

ARTICULO 252.- El que públicamente instigare a cometer un delito determinado contra una persona o institución, será reprimido, por la sola instigación, con prisión de UNO (1) a TRES (3) años.

TEXTO PROPUESTO POR COMISION DECRETO 678/2012:

ARTÍCULO 209.- Instigación pública

1. El que públicamente instigare a cometer un delito determinado contra una persona o institución, será reprimido, por la sola instigación, con prisión de UNO (1) a CUATRO (4) años.

2. Sufrirá pena de prisión de DOS (2) a SEIS (6) años, el que instigare públicamente a la comisión de delitos contra personas de un grupo identificado en razón de su vecindad, filiación política o deportiva o en razones discriminatorias.

ANALISIS:

El texto propuesto por la comisión actual cuenta con una técnica de redacción inversa, iniciando los diversos articulados de los que se compone, con la escala de la pena a imponer, seguido de la conducta típica. En el caso del artículo 209 –se mantiene el número- dicha escala no varía, siendo entre dos a seis años.

El delito de instigación, tal como los subsiguientes de su título, propenden a la tutela del “orden público” como bien jurídico relacionado a la paz o tranquilidad social, por ende, su comisión debe estar íntimamente relacionada con un temor social que quebrante dicho status, una suerte de estado de alarma generalizada en algún sector de la sociedad.

Mantiene su clara diferencia respecto del art. 45 del proyecto, en cuanto a la generalidad a la que hace referencia el delito de instigación, siendo que la conducta típica – instigar- no se encuentra dirigida a particular alguno, por lo que no hay acuerdo de voluntades directo, sino que es de carácter público, con la finalidad de captar dentro de una masa indeterminada de personas, voluntades de comisión de un delito determinado, lo cual infiere el carácter doloso del delito instigado. Así también, el propio delito de instigación sólo admite el dolo directo, siendo un delito de pura actividad, por cuanto el instigador emite su discurso con la finalidad de que éste sea de público conocimiento, y con la voluntad de que los terceros capten la idea propuesta, y cometan uno o más delitos específicos.

Siguiendo el criterio de Nuñez en su “Tratado de Derecho Penal”, en el caso de consumación de algún ilícito con motivo de la instigación pública a través de cualquier sistema o situación de difusión (tal como diarios, revistas, programa televisivo, discurso masivo, internet, etc.) entendemos que el autor de la instigación deberá ser castigado conforme el art. 209 y no como partícipe del delito cometido, haciendo al efecto remisión al acuerdo específico de voluntades que el art. 45 implica. En otras palabras, el hecho de instigar resulta independiente de si finalmente se realice o no el delito promovido.

Cabe destacar que el texto propuesto resulta una copia del ya vigente, por ende, no supera diversas críticas que se le han formulado. Particularmente, entendemos que el tipo resulta muy abarcativo, poco delimitado, e incluso el mínimo de la pena -2 años- podría generar contradicciones tales como quien instiga el delito de hurto, sufrirá mayor pena que aquel que eventualmente lo cometa. El tipo no se circunscribe a conductas delictivas de especial relevancia, que efectivamente puedan ocasionar conmoción social que altere el orden público, por lo cual su aplicación literal roza la inconstitucionalidad.

En efecto, resulta ser la libertad de expresión un derecho garantizado por nuestra Carta Magna, por lo cual el delito instigado debería ser de magnitud y relevancia que devenga en entidad suficiente para alterar la tranquilidad pública, entendida como un orden superior que permite el desenvolvimiento del pueblo en un Estado de Derecho. Tal

delimitación continúa sin encontrarse en la letra del articulado, siendo ello sólo una interpretación doctrinaria. Y es que toda persona tiene derecho a exteriorizar sus pensamientos, y eventualmente los mismos podrían resultar subsumidos en el tipo propuesto, pese a que nuestra Constitución impone serias limitaciones a la interferencia del derecho de libre expresión de ideas. Nos parecería más feliz que ello sólo se materialice en caso de efectivos daños a terceros que quebranten el orden público, toda vez que el delito de instigación resulta ser sólo de peligro, y resulta inconstitucional que tal daño se circunscriba a la mera difusión de ideas consideradas nocivas.

Finalmente, cabe destacar que se deroga la incitación a la sustracción del servicio militar, así como la agravante de tal conducta en caso de ser el sujeto activo un militar.

JURISPRUDENCIA:

La sala I de la Cámara Nacional Federal Criminal y Correccional, se ha expedido el 27/08/2006 en causa “Bonafini Hebe”, estableciendo: *“Corresponde decretar el sobreseimiento, en orden a los delitos previstos por los arts. 209 y 212 del código Penal, respecto de quien en el marco de una protesta social alentaba a sus compañeros a destruir instituciones públicas –en el caso comisarías y tribunales-, dado que tales expresiones constituyen una demostración de discurso político y de prédica ideológica, en las que no se especifica cómo, dónde ni cuándo deberían llevarse a cabo la acción promovida. Las garantías constitucionales que amparan la libertad de pensamiento y expresión exigen la aplicación de un criterio restrictivo para precisar las conductas que, escapando a tal protección, serán alcanzadas por el Derecho penal. Resultan atípicas en orden al delito de instigación a cometer delitos las expresiones vertidas por la imputada en el transcurso de su discurso en un encuentro político a raíz del asesinato de un militante y que fueran difundidas por los medios de comunicación, si las mismas fueron vertidas dentro de un contexto de crítica y cambio, tendiente a reivindicar la protesta social dentro de una prédica ideológica y un discurso político”.*

Se ha expedido el Tribunal Oral en lo Criminal n° 1 de Capital Federal, en causa n° 4798 seguida de oficio por instigación a cometer un delito, contra Ezequiel Matías SORIA, de fecha diciembre de 2015: “(...) *En efecto, el bien jurídico protegido por la figura legal bajo análisis es la tranquilidad pública, que conforme tiene dicho la doctrina es “...una situación subjetiva: sensación de sosiego de las personas integrantes de la sociedad, nacida de la confianza de que pueden vivir en una atmósfera de paz social, puesto que sus individuos ajustarán sus conductas a las leyes fundamentales de la convivencia...”*. Asimismo, se ha dicho que los delitos comprendidos en el Libro II, Título VIII, del Código Penal “...*quiebran esa tranquilidad, produciendo una alarma colectiva al enfrentar a los integrantes de la sociedad en que se producen, con la posibilidad de tener que sufrir hechos marginados de la regular convivencia, que los pueden atacar indiscriminadamente...*”(cfr. “*Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Buenos Aires, Ad-Hoc, Volumen n°10-A “Instigación Pública a Cometer Delitos: ¿Atentado a la libertad de expresión?”*, Gonzalo Salama Rietti, pág. 290, con cita de Creus, Carlos: “*Derecho Penal, Parte Especial, Astrea, pp.101 y ss.*).- *Esta clase de delitos, no tienen como consecuencia un daño o lesión concreta, sino que resultan ser de peligro, con afectación en el ánimo de quienes integran la comunidad, tendiendo las disposiciones que regulan su punibilidad a la prevención de otros delitos que sí son susceptibles de causar lesión. Sebastián Soler, sostiene que orden público, en el sentido del Libro II, Título VIII del C.P, significa “...tranquilidad y confianza social en el seguro desenvolvimiento pacífico de la vida civil. No se trata de defender la seguridad social misma, sino más bien la opinión de esa seguridad, que a su vez, en realidad, constituye un factor más de refuerzo de aquella”* (Cfr. Gonzalo Salama Rietti, *ob. cit.*, pág. 290, con cita de Sebastián Soler “*Derecho Penal Argentino, TEA, pp.697 y ss.*).- *En tal inteligencia, el tipo penal bajo análisis, exige que la instigación a cometer determinado delito sea pública, es decir, no a una persona definida, sino a una generalidad de individuos, pues en esa generalidad es donde radica el peligro que afecta la tranquilidad pública, en cuanto el mensaje puede ser recibido por personas indeterminadas aumentando las probabilidades de que el delito al cual se instigó se concrete por parte de alguna de ellas.- En ese mismo sentido, sostiene*

Carlos Creus que la instigación dirigida a persona o personas determinadas, aunque lo sea de una manera pública, queda comprendida en la norma del art. 45 de la Parte General, pero no constituye el delito del art. 209 del Código Penal (Carlos Creus: “Derecho Penal, Parte Especial”, Astrea, pág. 103, y Carlos Fontán Balestra “Derecho Penal, Parte Especial”, décima edición, Ed. Abeledo Perrot, pág. 701).- Es decir, que lo relevante para la figura en análisis, no es el lugar donde el autor realice el acto, sino que el mismo pueda ser percibido por una pluralidad incierta de personas.- Yendo al caso en concreto, es claro que Soria dirigió su frase exclusivamente a quien sería su hermano, y aunque otros pudieron escuchar sus palabras, incluso quienes acompañaban a su hermano, y que también conocerían al imputado, dado el contexto en que las profirió, no por ello puede concluirse en que ellas estuvieron dirigidas a un número indeterminado de seres humanos. Por el contrario, se verificó una consciente limitación por parte de Soria en orden al círculo de destinatarios a los que dirigió sus expresiones, pues ellos eran, a todo evento, personas de su conocimiento y que estaban presentes al momento de proferirlas.- Asimismo, el art. 209 del Código Penal, establece que la instigación debe ser a cometer un delito determinado contra una persona o institución, es decir, que debe ser un hecho concreto, que abarque determinado bien, que pertenezca a determinada persona (ver Donna, Edgardo Alberto, “Derecho Penal, Parte Especial”, Tomo II-C, pág. 286, Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2002).- En el “sub lite”, Soria manifestó a quien sería su hermano “ocúpate de Jeremías” o encárgate de “Jeremías” sin especificar el alcance de dicha frase. En ese sentido, si bien de las circunstancias del caso podría inferirse que dicha expresión no tiene una connotación positiva, lo cierto es que Soria no hizo mención a un delito concreto, ni refirió manera alguna en la que pretendía se afecte al mentado “Jeremías”, por lo que dicha indeterminación impide ejercer un juicio de reproche a su respecto.- Por todo lo expuesto, la acción atribuida a Ezequiel Matías Soria, sólo podría ser subsumida, en su caso, en el artículo 45 del Código Penal, en cuanto habría “determinado a otro a cometer” un delito contra el mencionado Jeremías, pero dado el carácter accesorio de toda participación criminal (que requiere que el “autor” o “autores” del “hecho determinado” hubiesen dado al menos comienzo de ejecución al

mismo), y no habiéndose acreditado comisión de delito alguno en perjuicio de aquél, con posterioridad al hecho aquí tratado, la conducta deviene atípica.- Consecuentemente, corresponde absolver a Ezequiel Matías Soria en orden al delito de instigación a cometer delito por el cual fuera elevada la presente causa a juicio. (...)”.