



Instigación a cometer Delitos

Por **Florencia Requejo**

Art. 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.”

Bien Jurídico Protegido

El bien jurídico por excelencia, es el mantenimiento del orden público, considerando a tal como la limitación a la pretensión punitiva estatal y la correcta aplicación de la interpretación de las normas penales.

El orden público, es un concepto ambivalente, de difícil definición por su amplitud e indeterminación.

La mayoría de los catedráticos en Derecho, han establecido que antes de procurar el término orden público, sería preferible considerar el concepto como “tranquilidad pública”, siendo éste el bien jurídico protegido en el Título en estudio.

Soler, por su parte, considera que el concepto de “tranquilidad pública” viene a traer más precisión que el de “orden público”¹, por la diversidad de sentidos, especialmente cuando lo que está en juego es el orden jurídico en general y los principios constitucionales. Lo entiende como tranquilidad y confianza social en el pacífico desenvolvimiento de la vida civil; y lo que se trata de defender es la opinión de la seguridad social, que a su vez, constituye un factor más de refuerzo de aquella².

1 SOLER, Sebastián “Derecho Penal argentino”, Tomo IV, acápite 130 p. 499/592. 4ta. Ed. Editorial Tea, Buenos Aires 1988.

2 SOLER, Sebastián. Ob. Cit. Tomo IV. P. 591.

Esta tipificación penal, que protege a la sociedad en general, resguarda la convivencia de todos los habitantes de la Nación, y se dirige a disuadir aquellas conductas que provocan perturbación y serias alteraciones en el desenvolvimiento de la vida en comunidad.

Para el catedrático Jorge Buompadre³, las conductas definidas en este título configuran hechos criminales perturbadores de la vida colectiva, por los efectos (miedo, temor, intranquilidad) que producen en el sentimiento de los individuos en general, frente a la incertidumbre de que tales hechos se llevarán a cabo.

La acepción *orden público*, alude a instituciones de raigambre constitucional. El Art. 19 de la Constitución Nacional declara exentos de la autoridad de los magistrados los actos privados de los hombres que no lo afecten, ora al carácter del que gozan aquellos derechos que no son disponibles por sus titulares o sujetos a convenciones particulares y denota un interés del Estado a la autoprotección⁴.

Para Smith el *orden público* es el conjunto de condiciones fundamentales de la vida social instituida en una comunidad jurídica, las cuales por afectar centralmente la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni, en su caso, por la aplicación de normas vigentes.⁵

Desde otra visión, Nuñez lo define como la situación objetiva de sosiego espiritual de las personas en general⁶. Consideramos que dentro de un ambiente visto de este modo, construido en un Estado de Derecho, el ciudadano se desenvuelve para llevar a cabo sus proyectos de vida en libertad, se expresa en libertad y puede desarrollar todo su potencial humano e intelectual, en forma tranquila y pacífica.

3 BOUMPADRE, Jorge, “Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. T II” P. 552. Ed Astrea. 2009.

4 BAIGUN, David. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Tomo 9. Ed. Hammurabi, 2010. p292.

5 SMITH, Juan. “Orden Público” en Enciclopedia Jurídica Omeba, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 2002.

6 NUÑEZ, Ricardo. Derecho Penal Argentino, Parte Especial, Editorial, Marcos Lerner, Cordoba, 1971. Tomo VI. P174.



1. Antecedentes Legislativos

Esta tipificación ha pasado por una evolución legislativa extensa, siendo el Proyecto Piñero, Rivarola Matienzo del año 1891, el primero en castigar esta clase de delitos. En él, se sosténía la necesidad de castigar al instigador, como al autor del hecho ejecutado⁷.

En el año 1895, el Proyecto Segovia modificó el texto anterior, otorgándosele autonomía entre el instigador y el autor del hecho instigado, como así también tenía en cuenta la gravedad del hecho instigado, lo que se debía tener en cuenta para la individualización de la pena.

La redacción del Art. 226, conforme el Proyecto del año 1906, resultó diferente a la del año 1891, pero se quedó con la subsidiariedad de la prohibición a la instigación exitosa del proyecto de 1895. Agregó como ilícito diferente, la fijación o circulación de elementos escritos incitando al odio o menospicio de persona y/o instituciones, colocados en sitios públicos.

El 26 de junio de 1910, el Teatro Colón de Buenos Aires, hito de la cultura argentina sufrió un ataque terrorista. Dos días después, se sancionó la Ley de Defensa Social (7029), en la que se consignó en su Art. 20 que se castigaría a aquellos que verbalmente, o en forma escrita, impresa, o por cualquier otro medio, incitare a la comisión de delitos. Esta legislación no exigía la determinación de personas, ni exigía, tal como si lo hacían las leyes de 1891 y 1906, la consumación del hecho instigado⁸.

⁷ ZAFFARONI, Eugenio. ARNEDO, Miguel. Digesto de codificación penal argentina. Editorial AZ, Buenos Aires, 1996. Tomo II. P 273.

⁸ Extraído de BAIGÚN, Daniel. ZAFFARONI, Eugenio. Ob. Cit. Pto. 4. p 297.

En el año 1917, un nuevo proyecto, modificó los anteriores, exigiendo que este tipo penal de instigación se realizara contra alguna persona o institución determinada; agregó otras modificaciones que se relacionaban con el castigo al instigador si ésta era exitosa, como así también suprimió la punibilidad de la colocación de carteles en la vía pública que incitaban al odio, ya que los consideraba como calumnias o injurias.

El Código Penal y su redacción de 1922, requiere que el acto de la instigación se realice en forma pública, acción que debía comprender el delito determinado a cometer.

El Proyecto Coll- Gómez de 1937, sancionó la instigación a cometer delitos y la preconización de la violencia.

Entre 1941 y 1953, se incorporaron otros proyectos, y en el año 1960, se presentó el Proyecto Soler, en el que el autor del trabajo, establecía su criterio acerca de la irracionalidad de la pena que tenía prevista, porque se podía dar una pena mayor por la sola instigación a cometer un delito que la que hubiese correspondido si el delito instigado se cometiese. Lo que establecía el proyecto era que se reprimiría al autor del hecho, con la mitad de la pena correspondiente al delito instigado, pero que el máximo nunca excedería de cuatro años, pero nunca inferior a un año de prisión, si el mínimo que correspondiente al delito instigado era superior a tres años.⁹

En 1963, el Decreto Ley 788, legisló los delitos contra la tranquilidad pública, sancionando conductas tales como la instigación pública a la violación de los derechos y garantías constitucionales y los que nacen de la soberanía popular, la forma representativa de gobierno, las luchas raciales, religiosas y de clases.

Posteriormente, se sancionaron las leyes 17.567; la ley 20509, que modificó el título de esta clase de delitos, denominándolos como de “orden público”.

La ley 20.642, sancionada en 1974, aumentó la pena del delito, que pasó de un mes a cuatro años de prisión en la redacción original del Código a prisión de dos a seis años.

Con posterioridad, se sancionó la ley 21.338, luego se presentó el Proyecto Soler, Cabral y Aguirre Obarrio del año 1979, y finalmente se sancionó la Ley 23.077 en la que se reestableció el texto original del Código de 1921, con la penalidad modificada por la ley 20.642¹⁰.

9 Extraído de BAIGÚN, Daniel. ZAFFARONI, Eugenio, Ob. Cit. Pto. 11. p 299.

10 Esta mínima reseña histórica, ha sido extraída sintéticamente de BAIGÚN, David., ZAFFARONI, Eugenio. Ob Cit. P- 295/301.



2. Bien Jurídico Protegido

Como se adelanto al comienzo de este comentario, el bien jurídico protegido es el orden y la tranquilidad pública.

En cuanto al significado de lo público, podemos definirlo como todo aquello perteneciente a todas las personas que forman parte de una sociedad, de un Estado, de una Nación. Se relaciona directamente con la sociedad en general y con respecto al bien jurídico en estudio, tiende a generar una atmósfera de paz, para que se desarrolle la vida en sociedad, dentro de un estado de derecho.

Se protege el Estado de legalidad, las instituciones que conforman ese Estado y el desarrollo de la vida de la sociedad, resguardando fundamentalmente el consenso social y a los poderes políticos.

Para determinar si el delito fue o no consumado, se entra en una especie de sendero sinuoso, en el que la construcción de este bien jurídico protegido (el orden público) roza la contradicción con la Constitución Nacional. Esta contradicción tiene que ver con la indeterminación del tipo penal y la poca determinación del bien jurídico protegido, lo que nos hace presumir la posibilidad de contrariar el principio de legalidad establecido en el art. 18 de la Carta Magna.

Además de ello, esa tranquilidad que propugna el tipo penal a proteger, se ve directamente controvertida con el derecho a la libertad de expresión, constitucionalmente garantizado. Se infiere entonces que, las ideas y pensamientos públicamente exteriorizados, pueden resultar (según sus contenidos) subsumidos en el tipo penal en estudio.

Los principios del liberalismo constitucional imponen límites muy estrictos a la interferencia con la expresión de ideas aún cuando se las quiera justificar, sobre la base de consideraciones

fundadas en la preservación del orden público. Sólo Se justifican tales interferencias, en el marco de la democracia republicana, en casos de daños a terceros, y estos daños no pueden consistir en la mera difusión de ideas consideradas nocivas¹¹.

En estos casos, en los que se encuentran al filo ambas garantías, es necesario tener en cuenta que, el orden público será considerado como lesionado, cuando la expresión formulada cause una verdadera commoción social, o desasociego en el desenvolvimiento de la vida pacífica civil. Habrá entonces que analizar cada caso en particular, pero siempre teniendo en cuenta que la libertad de expresión, debe primar por sobre cualquier actividad, siempre y cuando la actividad no incite a la violencia, a la reyerta y a la commoción social.

3. Sujeto Activo:

El artículo establece que *“Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo.”*

En este sentido, lo que se presupone es la existencia de un acuerdo y/o contrato entre las partes para la perpetración del delito. La inducción en este sentido es dolosa de otra persona a cometer intencionalmente un delito¹². Quien instiga a la producción de un hecho criminal, responde por el hecho que cometió el autor, pero por él inducido.

En cambio, en la instigación, no existe acuerdo de voluntades, solo se estima una realización de carácter general direccionada a personas colectivas y/o instituciones determinadas.

Debe resaltarse que existen dos grandes diferencias entre la instigación a la que hace referencia el Art. 45 del Código Penal, y la establecida en la figura penal en estudio.

Por un lado, la instigación debe ser pública y en segundo término, la inducción, debe estar dirigida a una generalidad de personas.

11 BAIGÚN, Daniel. ZAFFARONI, Eugenio. Ob. Cit. P. 302.

12 DONNA, Edgardo, “La autoría y la participación criminal” Ob. Cit p. 123.



Para Bacigalupo¹³, el instigador es quien crea el dolo en la cabeza del autor. En otras palabras, es quien genera la idea de la comisión dolosa del delito en el autor, una especie de autor moral; es quien domina la fase de decisión del acto, para que luego el autor domine la fase de iniciación a la consumación de la idea (original del instigador) criminosa.

El inductor determina al otro para que concrete el delito; lo induce mentalmente impariéndole instrucciones para la perpetración, ejerciendo gran influencia sobre el sujeto para direccionar correctamente su voluntad y concretar sus designios.

Si bien para muchos, la instigación puede ejercerse tanto por acción como por omisión, algunos autores consideran que la instigación requiere siempre una conducta activa, no siendo en general admisible la instigación por omisión como forma de inducción¹⁴.

El dolo de la inducción, debe abarcar lo doloso del hecho principal¹⁵, mientras que el inducido debe haber actuado de tal manera que el hecho, se haya perpetrado efectivamente.

4. Tipo Objetivo

Los elementos requeridos por tipo objetivo de esta clase de delitos son: a) direccionados a una cantidad indeterminada de personas; b) la seriedad de la instigación; c) la publicidad de la idea criminosa; y d) la comisión (efectiva o no) de un delito.

La exigencia de esta clase de instigación, no requiere la individualización de una persona, sino que ésta puede estar direccionada hacia un grupo indeterminado de ellos, para que sus accionares a su vez, sean perpetrados sobre una o varias personas y o instituciones.

Para Creus, la instigación a la comisión de un delito, debe estar direccionada a la generalidad, dirigida a una cantidad indeterminada de personas. En este accionar, puede suceder que quienes escuchen esa instigación, no cumplan con el designio del instigador, y por ende, no realicen la

¹³Lineamientos de la Teoría del delito. Ed. Hammurabi. Pág 181 y ss. Tercera edición 1994.

¹⁴ JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Akkgemeiner Teil*, (Tratado de Derecho Penal, Parte General) p. 562.

¹⁵ DONNA, Edgardo “Derecho Penal, Parte Especial” Tomo II-C, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002. p 284.

conducta disvaliosa; pero también en esa generalidad, podemos encontrarnos con personas capaces de cumplir con los designios criminosos.

Aguirre Obarrio, considera que instigar, significa incitar, buscar, mover a otros; pero estos otros, “deben ser un conjunto de personas indeterminadas, a las que puede llamarse público, es decir, una parte de la sociedad o comunidad. Puede tratarse de lectores de una publicación, televidentes, radioescucharse igualmente personas reunidas ex profeso o incidentalmente, como sería el caso de quienes están en una plaza o paseo”¹⁶.

Se requiere la seriedad de la instigación, quedando excluidos, los simples consejos, las propagandas de ideas, las sugerencias ambiguas, las manifestaciones accidentales.

En cuanto a los medios para la comisión de este tipo penal, la norma establece solo el requisito específico de la publicidad de las manifestaciones, las que se propagarán por cualquier medio de comunicación, escrito, audiovisual, Internet y/o cualquier otra forma de difusión.

El catedrático Creus refiere que no importa la especie del delito cometido (salvo los culposos, que por la particular naturaleza de la subjetividad no pueden ser instigados), ni el carácter de las acciones por medio de las cuales puede ejercerse el *ius puniendi* (pueden ser delitos de acción pública o de acción privada), ni su naturaleza jurisdiccional (también quedan comprendidos los delitos militares, aunque algunos lo discuten; no, por supuesto, las faltas de carácter disciplinario¹⁷).

La figura de instigación no requiere una unidad en el delito en cuestión, sino que también puede existir la posibilidad que se dirija a la comisión de una pluralidad de delitos.

5. **Tipo Subjetivo**

Esta figura requiere dolo directo, siendo un delito de pura actividad. Se exige el conocimiento del carácter delictivo del hecho a instigar.

Ese dolo debe contener el real conocimiento de que lo requerido, tenga trascendencia pública y lo que se pide (o instiga) específicamente se transmita con la plena voluntad de que ese delito se cometa.

16 MOLINARIO, Alfredo – AGUIRRE OBARIO, Eduardo “Los Delitos”, Tomo III. P 180/181 Ed. Tea, Buenos Aires 1999; extraído de DONNA, Ob. Cit. P 286.

17 CREUS, Carlos; BOUMPADRE, Jorge “Derecho Penal, Parte Especial Tomo II. Ed. Astrea, 2007. P 117.



Donna, establece que se trata de una especie de autoría moral, ya que lo que pretende el autor es que alguien realice en la práctica su idea criminal.¹⁸

Quien instiga, debe tener la voluntad directa de ser escuchado en sus pretensiones, para generar un convencimiento en terceros para que éstos, lleven a cabo el o los delitos. Por ello, las manifestaciones del instigador, deben ser claras, serias y capaces de generar una convicción en el otro, para lograr el cometido del primero.

La instigación requiere en el autor, algo más que la simple voluntad de instigar; en él debe darse la voluntad de que el particular hecho instigado se realice efectivamente; su actuación como instigador debe contener la finalidad de lograr que otro cometa verdaderamente el delito, lo cual repercutirá en la culpabilidad¹⁹.

6. Consumación y Tentativa

Este tipo penal, no requiere que el delito incitado se realice efectivamente, por lo que no se busca un resultado en concreto.

Para Boumpadre²⁰, “El delito se consuma con la sola instigación, con prescindencia de la ejecución del hecho instigado”.

Sin embargo, para los casos en los que la instigación pública ha tenido éxito, la doctrina se encuentra dividida. Para los catedráticos como Fontán Balestra y Soler, si el sujeto ha receptado la instigación y ha cometido el delito, por tratarse de una figura subsidiaria del art. 45 del Cod. Penal, queda excluida la figura del art. 209 y el sujeto resulta responsable por participación en el delito instigado. El primero de los nombrados, sostiene que el delito queda consumado cuando la instigación llega a un número de personas y que ese

18 DONNA, Edgardo Ob. Cit. T II C Pág 287.

19 CREUS, Carlos. Ob. Cit. P. 118/119.

20 BOUMPADRE, Ob. Cit. T II pág. 555

momento puede coincidir o no con el instante en que la idea de instigar se exterioriza en una manifestación de voluntad, según cual haya sido el medio empleado²¹

Para otros, si la instigación surtió efectos, y el receptor cometió el delito instigado, estamos frente a una hipótesis de concurso real entre la instigación del art. 209 y la del art. 45 del Código Penal (Ver Gomez, Millán)

Algunos como Varela, consideran que existe entre las figuras un concurso ideal, mientras que otro sector comprendido por Nuñez²² y Creus²³, entiende que, cualquiera que sea el caso, es decir, que se cometa o no el delito, debe aplicarse la figura del art. 209 del Código Penal.

Para Creus, la instigación es un delito de actividad simple. Para que el delito pueda consumarse no es suficiente que, por el particular medio utilizado, se establezca la posibilidad de que la instigación llegue al o los instigados, si aquello no ocurre; lo cual quiere decir que, si se ha utilizado un medio idóneo para que la instigación llegue a los destinatarios, el hecho puede quedar en tentativa²⁴

Entendemos que la especificidad de la figura penal impide cualquier tipo de concurso con el delito realizado, por lo tanto, queda excluida la aplicación del art. 45 del CP; lo que se debe realizar, es, oportunamente, una graduación en la pena del instigador, ello en atención a la gravedad del delito cometido por el instigado y las pautas del art. 41 del CP., pero siempre dentro de la escala penal del art. 209 del CP.²⁵.

Lo que debe tenerse en cuenta en estos casos es que, cuando la instigación fue dirigida públicamente por los medios idóneos establecidos por el art. 209 del C.P., aún cuando alguien la

21 FONTAN BALESTRA, Carlos “Tratado de Derecho Penal, Parte especial” Act. Por Guillermo Ledesma, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994. Tomo IV. P 398.

22 NUÑEZ, “Tratado de derecho Penal”. Ed. Lerner. 1961 T VII pág 180 y ss.

23 CREUS, Carlos Ob. Cit.

24 CREUS, Carlos, Ob. Cit P 119.

25 Esta postura ha sido defendida por Núñez (Tratado de derecho Penal. Ed. Lerner. 1961 T VII pág 180 y ss.). Enseña el autor: “Si alguno, movido por la instigación, comete o intenta el delito instigado, se presenta la cuestión de si aquella ya no deberá ser reprimido “por la sola instigación”, sino, también, por su participación como instigador en el delito ejecutado.



haya captado y haya tentado o consumado el delito, el autor de la instigación será castigado por el art. 209 y no como partícipe del delito cometido²⁶.

10. Jurisprudencia

La jurisprudencia ha intentado esforzarse por restringir la interpretación del tipo penal, ello teniendo en cuenta la ambigüedad del tipo penal en estudio, del que ya hemos hablado acerca de su problemática que roza la violación del principio de legalidad.

La Corte interamericana de Derechos Humanos se ha expedido en cuanto a la coalición entre el derecho a la libertad de expresión, y las restricciones establecidas en un Estado de Derecho, por intermedio de tipos penales ambigüos como el establecido en el art. 209. Al respecto ha establecido: *“En materia de libertad de expresión, la tipificación de los delitos de injurias y calumnia afecta la legalidad estricta que es preciso observar cuando se establecen restricciones respecto de ese derecho por la vía penal, en cuanto no existen precisiones suficientes que delimiten las conductas delictuosas, constituyendo una violación del principio de legalidad y del derecho a la libertad de expresión, consagrados en los arts. 9 y 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con relación al deber de adoptar disposiciones de derecho interno contenido en los arts. 1.1 y 2 de de aquélla... La tipificación amplia de delitos de calumnia e injurias puede resultar contraria al principio de intervención mínima y de ultima ratio del derecho penal, pues, en una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro, ya que lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado”*²⁷.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha reconocido la obligatoriedad de la aplicación de los fallos emitidos por la Corte Internacional. Al respecto, los magistrados Zaffaroni, Petracchi y Highton, utilizaron como argumento primario la imposibilidad por parte de la Corte de tomar una

26 NUÑEZ, “Tratado de derecho Penal”. Ed. Lerner. 1961 T VII pág 180 y ss.

27 CIDH “Kimel c/Argentina. 02/05/2008).

decisión diferente a la establecida por la CIDH, y que las normas internas sobre prescripción de la acción penal deben ceder ante el carácter obligatorio del fallo internacional. La interpretación internacional de los tratados y su fuerza vinculante para los Estados miembros, fue destacada en el voto del Dr. Boggiano. (En extenso Iribarren, Pablo. “Prescripción de la acción penal, insubsistencia de la acción penal y el principio de legalidad.”²⁸.

Siguiendo esta línea de pensamiento, la Cámara Nacional Federal Criminal y Correccional, se ha expedido 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 predica 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 predica ideológica y un discurso político*”²⁹.

En el año 2006, la Sala VII de Cámara Nacional Criminal y Correccional se expidió en cuenta a la **configuración del delito** “*La instigación a cometer delitos, legislada en el art. 209 del Código Penal, demanda incuestionablemente para su configuración que se determine a otro a cometer un delito haciendo surgir en el autor la decisión al hecho, provocándolo para que se decida, y requiere un estímulo directo a delinquir. Si durante la transmisión de un programa radial se transmitió un jingle que rezaba “hay que matar a Hadad y de paso a Baby Echecopar”, es inocultable que se había hecho en un tono festivo sin que pueda ser tomada literalmente como una incitación a matárselo. No se puede alcanzar a suponer que alguien pueda haberse visto motivado para cumplir lo mencionado en la frase, pues desde el punto de vista subjetivo, una de las finalidades que el delito contiene es influir sobre la mente de los presentes y del público, lo que impone una instigación razonablemente seria... El criterio esencial de este delito (...) es la seriedad*

28 LLPatagonia 2006 (febrero), 19-LA LEY 2005-E, 72-Sup. Penal 2005 (junio), 7.

29 CNFed. Crim y Corr. Sala I, 27/05/06, LL, 2006-E-46.



de la propuesta. Este es uno de los delitos en los que la intención del agente corresponde al cuerpo del delito, es decir, a sus criterios esenciales. Las palabras escritas o dichas no tienen vida propia y absoluta; su vida se modifica según la intención de quien las profiere (...)"³⁰.

Del pormenorizado estudio de la jurisprudencia más relevante en el tema, llegamos a la conclusión que lo que se intenta judicialmente es enmarcar la figura, delimitándola al extenso. Por ejemplo, el Tribunal de Casación Penal –Sala III- resolvió “*El tipo penal del art. 209 del Código Penal requiere una instigación, pero, como dice Nuñez, la misma es distinta de la instigación como forma de participación criminal, no sólo porque debe ser pública, sino porque no es una determinación al delito directamente dirigida a un tercero. La identificación de ambas instigaciones existe en el plano puramente anímico del autor, en cuanto las dos son excitaciones a la comisión de un delito hechas en forma seria, lo que supone la voluntad de que alguien cometa el delito de que se trata*³¹.

En lo que respecta a la **publicidad** requerida por el tipo objetivo, se ha dicho que “*Es requisito del delito de instigación a cometer delitos que la instigación sea pública, en el sentido de una ‘cierta indeterminación’ de los destinatarios de la idea....La publicidad, y con ella la indeterminación de los sujetos instigados, son la nota característica que impone la naturaleza del bien jurídico del orden público*³².

30 CNCrim y Corr, Sala VII, 03/03/2006, C/ nro. 28.363, PJN Intranet; WebRubinzal ppypenal601.r2.

31 TCPenal. Sala III, 29/03/2001 “A. D. s/ recurso de casación” RSD-105-1.

32 CNCrim y Corr., Sala VI, 27/03/2003. C/nro. 20.263.

