

## **Algunas cuestiones sobre el incendio punible**

**Alejandra Verde\***

### **I. Introducción**

Bajo la rúbrica “delitos contra la seguridad pública” del título VII del Código Penal argentino (en adelante, CP), en el capítulo I: “Incendios y otros estragos”, se tipifica –entre otros– el delito de incendio. Si se analizan en forma integral los tipos penales que componen dicho capítulo, puede advertirse que no toda acción que signifique la causación intencional de un incendio es punible.

En función de ello, y una vez analizadas las acciones típicas, se estudiará, por un lado, si esas conductas, que implican un incendio pero que no son suficientes para configurar el delito de incendio, representan una laguna normativa o si fueron deliberadamente dejadas al margen de sanción penal por parte del legislador, con el objetivo de permitir las, o si se encuentran tipificadas bajo otro tipo penal. Y, por otro lado, se realizará un análisis en función de que, si bien es cierto que ciertas conductas dolosas de incendio no son punibles, o que no lo son en función del delito de incendio, no ocurre lo mismo en relación con el delito imprudente de incendio: toda conducta de incendio imprudente es punible, aun aquellas conductas que de realizarse en forma intencional no configurarían un incendio doloso, y aunque dicho accionar no ponga en peligro común a los bienes.

Cabe aclarar que aquí no se realizará un estudio pormenorizado del delito de incendio, sino que se analizarán las cuestiones necesarias para poder resolver a los problemas que aquí se han planteado. Por consiguiente, y para hacer factible este trabajo, se adoptará el concepto de incendio sostenido por autores clásicos como Núñez y Soler, y no se discutirá sobre él, porque es irrelevante para dar respuesta a los interrogantes expuestos. Así, por incendio punible Núñez entiende: “un fuego de potencialidad expansiva incontrolada, en el sentido de que no tiene en sí mismo limitabilidad, aunque sea dominable por otros medios. En esa expansibilidad reside el peligro propio del fuego calificable de incendio”<sup>1</sup>. Por su parte, Soler define al incendio punible como un fuego peligroso, y afirma que aquel tiene lugar cuando “habiéndose

---

\*Becaria doctoral CONICET y becaria DAAD.

<sup>1</sup> Núñez, Ricardo, *Tratado de derecho penal*, Lerner, Buenos Aires, 1975, p. 44, t. v, vol. I y II.

comunicado el fuego, éste adquiere poder autónomo que escapa al contralor de quien lo encendió... El núcleo del tipo está constituido por la *creación de un peligro*<sup>2</sup>.

A continuación se analizarán los tipos penales dolosos e imprudentes del delito de incendio.

## **II. El delito de incendio**

El art. 186 del CP prescribe como punible el incendio doloso, mientras que el art. 189 del mismo cuerpo legal hace lo suyo respecto al incendio imprudente. Cada uno de esos enunciados normativos prescribe, a su vez, tipos básicos y tipos agravados de la conducta referidas. Resulta importante destacar que las normas que aquí se analizan tipifican no sólo al delito de incendio, sino también a los delitos de explosión, inundación y otros estragos. No obstante ello, aquí se restringirá el análisis, como se dijo anteriormente, a la conducta particular del incendio.

## **III. El tipo doloso de incendio**

El delito doloso de incendio se encuentra tipificado por el primero de los artículos arriba mencionados, el cual prescribe lo siguiente: “El que causare incendio, explosión o inundación, será reprimido: 1. Con reclusión o prisión de tres a diez años, si hubiere peligro común para los bienes. 2. Con reclusión o prisión de tres a diez años el que causare incendio o destrucción por cualquier otro medio: a) de cereales en parva, gavillas o bolsas, o de los mismos todavía no cosechados; b) de bosques, viñas, olivares, cañaverales, algodinales, yerbatales o cualquiera otra plantación de árboles o arbustos en explotación, ya sea con sus frutos en pie o cosechados; c) de ganado en los campos o de sus productos amontonados en el campo o depositados; d) de la leña o carbón de leña, apilados o amontonados en los campos de su explotación y destinados al comercio; e) de alfalfares o cualquier otro cultivo de forrajes, ya sea en pie o emparvados, engavillados, ensilados o enfardados; f) de los mismos productos mencionados en los párrafos anteriores, cargados, parados o en movimiento. 3. Con reclusión o prisión de tres a quince años, si hubiere peligro para un archivo público,

---

<sup>2</sup> Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, 4ª edic., 11ª reimpr., TEA, Buenos Aires, 2000, p. 575, t. IV. La cursiva pertenece al autor.

biblioteca, museo, arsenal, astillero, fábrica de pólvora o de pirotecnia militar o parque de artillería. 4. Con reclusión o prisión de tres a quince años, si hubiere peligro de muerte para alguna persona. 5. Con reclusión o prisión de ocho a veinte años, si el hecho fuere causa inmediata de la muerte de alguna persona”.

Del enunciado normativo transcrito se desprenden varios tipos penales de incendio doloso, en el caso de los dos primeros incisos se trata de tipos básicos y en los otros tres restantes de tipos agravados.

## **1. El tipo básico de incendio doloso**

### **a) Caracterización de este tipo penal**

El inciso 1º del artículo anteriormente reproducido tipifica la conducta dolosa básica de incendio. Este tipo penal requiere para su consumación, además de la causación de un incendio, la realización de un elemento objetivo del tipo adicional, esto es, la creación de un peligro común para los bienes. La norma exige que ese peligro (de lesión) sea una consecuencia del comportamiento de incendiar. Ello significa que la acción intencional de incendiar no configura *per se* el delito de incendio (con las excepciones que se analizarán enseguida), sino que, para ello, se requiere de un elemento más: la causación de un peligro concreto (común) para los bienes (indeterminados).

En efecto, la figura básica del incendio doloso punible es un *delito de peligro concreto*. Y, por ello, su consumación se produce cuando los bienes, a causa del incendio producido, fueran puestos en peligro común de lesión. El peligro, para que se configure el tipo penal de incendio doloso, deber ser, pues, inmediato y concreto<sup>3</sup>. Se puede concluir al respecto que, en función del primer inciso, para la configuración del delito allí prescripto, por un lado, no basta con la causación dolosa (intencional) de un incendio, y, por el otro, (que) no es necesario que exista una lesión efectiva o un daño real a bienes, sino que alcanza con que exista el peligro común de que ello ocurra.

### **b) Delitos de peligro**

Los delitos de peligro son aquellos que, para su consumación, requieren no sólo de la realización de la acción típica, sino que también exigen que, a través de ese

---

<sup>3</sup> Véase al respecto Baigún, David, *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, en *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, pp. 12 y s.

comportamiento, se haya puesto en peligro el bien jurídico protegido por la norma<sup>4</sup>. La doctrina ha diferenciado dos clases de delitos de peligro, a saber: delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto. En los primeros, el peligro que corre el bien jurídico protegido por la norma tiene que ser un *peligro real de lesión*. En cambio, en los segundos ello no se exige. El peligro real, en los delitos de peligro concreto, debe ser probado para que el hecho se considere consumado. Mientras que en los de peligro abstracto esa comprobación no es requerida, y con la sola realización de la acción típica se considera acaecido el tipo penal y dicho peligro<sup>5</sup>. No se profundizará aquí sobre las características y discusiones que giran en torno a los delitos de peligro, puesto que ello excedería ampliamente el problema que aquí se analiza.

### **c) Una clase especial de peligro: el peligro común**

En el primer inciso del referido enunciado normativo se exige, como ya se dijo, la causación de un incendio y la creación de un peligro común a los bienes. En otras palabras, la norma exige dos elementos objetivos, que deben darse conjuntamente para que se configure el delito de incendio doloso. El peligro exigido por la norma es, por un lado, un peligro concreto, y, por el otro, un peligro común a los bienes. Ambas circunstancias no son excluyentes. Lo relacionado con la caracterización del peligro concreto exigido por el respectivo tipo penal ya fue explicado en los párrafos anteriores. Con respecto al peligro común es importante destacar que el adjetivo “común” califica la calidad de los bienes que se ponen en peligro. Es decir, dicho peligro debe recaer sobre bienes indeterminados. Y ello es lo que, a mi juicio, permite clasificar al delito de incendio como un delito contra la seguridad pública, en vez de tratarlo como un delito de daño, cuya afectación única y directa sea el patrimonio de algún sujeto.

Al respecto, Creus/Boumpadre sostienen que la frase “peligro común” denota peligros que no afectan a bienes o personas individuales y concretas, tal como ocurre en tipos penales prescriptos en artículos anteriores al del incendio<sup>6</sup>. En otras palabras, lo que determinará la clase de peligro de que se trate será aquello que es puesto en peligro por la conducta ilícita. Así, los mencionados juristas entienden que un peligro común es aquel “en el que las posibilidades de dañar *bienes jurídicos* se extiende a un número

---

<sup>4</sup> Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 1987, p. 193.

<sup>5</sup> Con relación a los delitos de peligro véase Bacigalupo, op. cit., p. 193.

<sup>6</sup> Creus, Carlos, Boumpadre, Jorge, *Derecho penal. Parte especial*, 7ª edic., Astrea, Buenos Aires, p. 2, t. II.

indeterminado de personas que son titulares de ellos, (y que) amenaza a los de toda una comunidad o colectividad”<sup>7</sup>. Esta es la postura sostenida también por la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba (en adelante, TSJ). El mencionado tribunal sostuvo que la ley exige, en el inciso 1° del art. 186 del CP, que se trate de un peligro referido a personas o bienes *indeterminados*, y que no basta para que el hecho sea típico con la causación de un incendio dañoso para los bienes de una persona determinada<sup>8</sup>.

En función de esta caracterización del “peligro común” puede ocurrir, entonces, que se ocasione un incendio intencionalmente, pero que dicha conducta no haya creado un peligro común a bienes, es decir, que con dicho accionar doloso no se haya puesto en peligro bienes *indeterminados*. Y ello puede acontecer por alguna de las siguientes dos razones que se expondrán a continuación: o bien porque los bienes puestos en peligro sean bienes *determinados*, o bien porque no se haya creado ningún peligro para los bienes. Si cualquiera de estas dos posibilidades tuviere lugar, dicha acción no va a constituir un delito de incendio, salvo que ese incendio recaiga sobre alguno de los bienes enumerados en el inciso 2°. Aunque, en algunos casos, ese comportamiento puede, sin embargo, configurar otro tipo penal. Sobre esto se volverá más adelante.

#### **d) La discusión acerca de los “bienes”**

A esta altura resulta importante analizar qué se entiende por “bienes” en este contexto, puesto que, según la postura que se sostenga al respecto, los casos abarcados por la norma y los que no diferirán. La palabra “bienes” puede hacer referencia a bienes en el sentido económico o en sentido amplio, como sinónimo de bienes jurídicos.

En efecto, el término “bienes” es utilizado en numerosos artículos del Código Penal argentino, algunos de la parte general y otros de la parte especial. En la parte general del CP este término se encuentra contenido en los artículos 12, 21, 30, 70, 76 bis y 76 ter; mientras que en la parte especial en los artículos 172, 173, 174, 176, 179, 180, 184, 186, 219, 263, 268 (2), 303, 304, 305 y 306. En todos los casos, a mi juicio, la palabra “bienes” es utilizada para referirse a bienes en un sentido económico.

---

<sup>7</sup> Creus/Boumpadre, op. cit., p. 2. La cursiva y el paréntesis me pertenecen.

<sup>8</sup> TSJ Córdoba, sala Criminal y Correccional, autos “Heredia, Gregorio N. y otros”, 28/09/1977, CJ XXVII-169.

En efecto, en la parte general, la mayoría de las veces dicho término es utilizado para hacer referencia al destino, administración, entre otras cosas, de las pertenencias materiales de una persona privada de su libertad, es decir, es utilizado en sentido económico. Y, con relación a la parte especial, los primeros 7 artículos arriba enumerados –de esta parte del código– consisten en delitos contra la propiedad, y los últimos 4 en delitos contra el orden económico y financiero. Entonces, en ambos casos, el término “bienes” es utilizado claramente con un alcance económico. El art. 219 se refiere a los bienes que *posee* una persona; el art. 263 habla de administración o custodia de bienes; y el art. 268 (2) se refiere al incremento del patrimonio mediante bienes o cosas (entre otras posibilidades).

En este contexto, entender al término en cuestión, contenido en el art. 186 del CP, como una excepción al significado estable de la palabra “bienes” a lo largo de todo el cuerpo legal, tal como ha quedado demostrado, requeriría de una adecuada justificación, que, a mi juicio, no existe. Incluso más, ello no surge tampoco de la literalidad del propio inciso 1°.

Otra cuestión a tener en cuenta, relacionada con lo anterior, es la determinación de si aquello que debe ponerse en peligro para que se configure el inciso 1° son únicamente los bienes, o, también pueden serlo las personas. Y, en este último caso, si las personas forman parte del concepto de bienes, o si la inclusión de las personas en la norma es producto de una interpretación dogmática o jurisprudencial. Luego se volverá sobre este punto, pero, por ahora, basta con afirmar que el enunciado normativo *vigente* (desde el año 1984 sin interrupciones) no contiene la palabra “personas”, y que dicho enunciado normativo reza: “...y pusiere en peligro común a los bienes”. Por lo tanto, la única posibilidad lógicamente correcta de admitir que las personas sí se encuentran incluidas en la norma que prohíbe el incendio doloso es sostener que la palabra “bienes” contenida en ese enunciado debe interpretarse en el sentido de “bien jurídico”. Pero, como ya se afirmó anteriormente, esa no sería una interpretación correcta del término en cuestión.

Más aún, de entenderse al término “bienes” como bienes jurídicos, y que, en consecuencia, incluye a las personas o a la integridad física de las personas dentro de aquel, se produciría una ampliación en el ámbito de punibilidad de la norma, es decir, se estaría realizando una interpretación extensiva de dicho término, y ello en nuestro

sistema jurídico es inconstitucional en función de lo prescripto por el art. 18 de la CN<sup>9</sup>. Ello es así, porque en el Derecho penal el límite para determinar el significado de un enunciado normativo está dado siempre por la letra de la ley<sup>10</sup>, conforme lo establece el principio de reserva de ley o principio de legalidad<sup>11</sup>.

Otro argumento que apoya la tesis que aquí se sostiene es que en dos oportunidades se modificó este enunciado normativo y en ambas ocasiones se incluyó en el texto legal en cuestión a la palabra “personas”. En ambos casos eso tuvo lugar en gobiernos de *facto*. Por eso, cuando se restableció la democracia en cada una de esos casos se derogaron las normas reformadas y se volvió a la originaria, que no contiene la palabra “personas”. Al respecto cabe decir que si la palabra “bienes” significara “bienes jurídicos”, no hubiera surgido nunca la necesidad de incorporar en el enunciado normativo a la palabra “personas”.

A esta altura, y como consecuencia de todo lo hasta aquí argumentado, se puede afirmar que la palabra “bienes” debe ser entendida como bienes económicos y no como bienes jurídicos en general; y que dicha palabra no incluye a las personas.

#### **e) Posturas doctrinarias sobre la interpretación de la palabra “bienes”**

Existen diferentes posturas doctrinarias acerca de si está previsto en el inciso 1° el supuesto de que el peligro (común) puede recaer además sobre personas (indeterminadas). Por ejemplo, Donna mantiene una postura inclusiva al respecto. En efecto, el autor sostiene que “debe tenerse en cuenta que el texto del artículo 186 fue reformado por el decreto-ley 17.567, que incluyó a las personas... En consecuencia, el delito se consuma en el momento en que se crea el peligro común para las personas o los bienes”<sup>12</sup>. Es decir, el mencionado autor sostiene la inclusión del término “personas” en el primer inciso porque así lo establece un decreto-ley.

A los efectos de esclarecer algunos desacuerdos resulta importante aclarar ciertas cuestiones relacionadas con los antecedentes legislativos relacionados con el

---

<sup>9</sup> Véase Maier, Julio, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, 2ª edic., Del Puerto, Buenos Aires, 1996, pp. 235 y ss., t. I.

<sup>10</sup> Gimbernat Ordeig, Enrique, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 67.

<sup>11</sup> Ver, sobre el principio de estricta legalidad, por todos, Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. por Perfecto Andrés Ibáñez y otros, 2ª edic., Trotta, Madrid, 1997, pp. 34 y ss.

<sup>12</sup> Donna, Edgardo, *Derecho penal. Parte especial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 48, t. II-C.

delito que aquí se estudia. Mediante el decreto-ley 17.657 de fecha 12 de enero de 1968 se introdujo, entre muchas otras, una reforma al primer inciso del art. 186 del CP, que consistía justamente en agregar que el peligro común podía recaer no sólo en los bienes sino también en las personas. Así, el inciso referido rezaba: “El que causare incendio, explosión o inundación, será reprimido: 1. Con reclusión o prisión de tres a diez años, si hubiere peligro común para los bienes y *las personas*”. Sin embargo, este agregado – como muchas otras leyes y normas– fue dejado sin efecto mediante la ley 20.509 de fecha 28 de mayo de 1973. Luego, con fecha 1° de julio de 1976, la junta militar de la dictadura sancionó el decreto-ley 21.338, por medio del cual se reformó, entre otros enunciados, el artículo 186 del CP, el cual quedó redactado de la siguiente manera, a saber: “El que mediante incendio creare un peligro común para *las personas* o los bienes, será reprimido con pena de reclusión o prisión de tres a diez años”. Sin embargo, con el restablecimiento de la democracia, el 27 de agosto de 1984 se derogó el decreto-ley referido, mediante la ley 23.077 y volvió regir el artículo 186 originario, actualmente vigente, que no incluye a las personas en el inciso primero.

En función de la anterior explicación no queda más que concluir que el razonamiento de Donna no es correcto, puesto que se basa en una premisa falsa, esto es, que el enunciado normativo vigente contiene la palabra “personas”.

Creus/Boumpadre, por su parte, a pesar de explicitar las diferencias existentes entre la figura básica de incendio doloso prevista en el artículo 186 del CP durante la vigencia del decreto-ley de facto n° 21.338 (del año 1976) y el actualmente vigente (desde 1984) inciso 1° de dicho enunciado normativo, adhieren a la postura inclusiva. Es decir, para los referidos autores, a pesar de que la norma no lo diga expresamente, sí se configura el tipo básico de incendio doloso cuando, a través de un incendio, se crea un peligro común para las personas.

Al respecto afirman los autores que “si tenemos presente que para la figura calificada el peligro de muerte tiene que recaer sobre persona o personas determinadas, faltando tal determinación, cuando el peligro incida sobre las personas, *forzosamente* el hecho tendrá que quedar cubierto por la figura básica”<sup>13</sup>.

Para poder entender el razonamiento realizado por Creus/Boumpadre es necesario explicitar las premisas implícitas que, a mi juicio, pudieron llevarlos a concluir lo anterior. En este sentido, la conclusión arribada por los autores es la

---

<sup>13</sup> Creus/Boumpadre, op. cit., p. 4. La cursiva me pertenece.



siguiente: cuando, mediante la causación (dolosa) de un incendio, se ocasiona un peligro que incide sobre *personas indeterminadas*, ese hecho queda *forzosamente* cubierto por la figura básica. Las premisas de las cuales ellos derivan dicha conclusión son muchas más que las que explicitan. En este sentido, ellos sólo explicitan la siguiente premisa: que la figura calificada del delito doloso de incendio requiere que tanto el peligro de muerte como la misma muerte recaigan sobre persona/s determinada/s. La premisa implícita, necesaria para que la conclusión se derive de ellas, podría consistir en un argumento *a fortiori* del tipo: “*si es punible* el incendio que pone en peligro la vida o mata a una persona determinada, *tiene que serlo* también el hecho (de menor magnitud) de que por medio de un incendio se ponga en peligro (no de muerte) a personas indeterminadas”. Sin embargo, en el derecho penal esta clase de razonamiento es absolutamente violatoria del principio de legalidad si es en *malam partem*, como sucede aquí, puesto que, se estaría incluyendo dentro de la materia de prohibición de la norma a conductas que no se encuentran tipificadas por ella. En conclusión, dicha ampliación de la punibilidad (inconstitucional) es el resultado de la interpretación *no* restrictiva de dicho enunciado normativo<sup>14</sup>.

En función de todo lo anterior, el inciso 1º del art. 186 del CP no contiene literalmente a la palabra “personas” como sujetos del peligro común que exige el tipo penal en cuestión. Tampoco lo hace la norma que surge en función de dicho enunciado normativo, puesto que el significado de la palabra “bienes” debe entenderse, en ese contexto, como bienes en sentido económico.

#### **f) El dolo requerido en el delito de incendio doloso punible**

Hay una gran discusión alrededor del dolo que se exige para la configuración de este delito, porque, si bien existe consenso en la doctrina al admitir que el tipo penal prescripto en el inciso 1º del art. 186 del CP es un tipo penal doloso, ello no ocurre a la hora de determinar si la acción dolosa debe ser el incendio o la creación del peligro común, o ambas. Y, en cada caso, existe desacuerdo también en relación con la clase de dolo que exige la consumación de este delito.

La doctrina sostiene en forma mayoritaria que, para la consumación de este tipo penal, es suficiente con que el autor obre con dolo eventual con relación a la realización

---

<sup>14</sup> Véase, por todos, Gimbernat Ordeig, op. cit., pp. 67 y ss; Maier, op. cit., pp. 235 y ss; y Ferrajoli, op. cit., pp. 34 y ss.

del incendio, y, en lo que se refiere a la creación del peligro común, que tenga *conciencia* de que su comportamiento, esto es, el incendio, creará un peligro de esta clase. Así, Soler sostiene, con relación al dolo que exige el tipo penal de incendio doloso, que “el dolo se apoya, por lo tanto, en el conocimiento de la naturaleza del medio empleado (combustible, explosivo) y sobre la voluntad de emplearlo a pesar de ese conocimiento”<sup>15</sup>. Y, con relación a la creación del peligro común, dicho autor afirma que, como ese elemento integra al tipo penal, “es necesaria la conciencia de crear un peligro”<sup>16</sup>... La conciencia debe haber tenido referencia al riesgo, solamente como riesgo común. Inclusive la actitud de indiferencia ante esos riesgos, que será prácticamente la más frecuente, basta”<sup>17</sup>.

Creus/Boumpadre afirman, sobre este punto, que en el texto del inciso 1° vigente también rigen, aunque con menor claridad, las consideraciones efectuadas al texto de la ley anterior, que rezaba “crear un peligro común mediante incendio”<sup>18</sup>. En efecto, sostienen los autores que “la voluntad de incendiar debe estar claramente acompañada del conocimiento del riesgo que implica la acción emprendida para la seguridad común, y en esa voluntad tiene que estar presente, cuando menos, la aceptación de la creación del peligro como probabilidad, aunque éste no sea la finalidad expresa del autor”<sup>19</sup>. Según esta postura, el dolo puede ser de carácter eventual. Ello ocurre cuando “quien encendió fuego (lo hace) sin la expresa finalidad de crear un peligro común, pero aceptando la probabilidad de su creación”<sup>20</sup>.

Otros autores, como Donna, por el contrario, sostienen que el dolo requerido en relación con la acción de causar un incendio es únicamente el dolo directo, mientras que para el peligro común se admite la posibilidad de que su creación sea a título de dolo eventual<sup>21</sup>. Palacios admite que la postura anteriormente mencionada no es del todo irrazonable, ya que “resulta poco imaginable que una persona que prende un fuego y

---

<sup>15</sup> Soler, op. cit., p. 579.

<sup>16</sup> Ibid, p. 579.

<sup>17</sup> Ibid, p. 580.

<sup>18</sup> Véase al respecto Creus/Boumpadre, op. cit., p. 4.

<sup>19</sup> Ibid, p. 4.

<sup>20</sup> Ibid, p. 7.

<sup>21</sup> Así, Donna, op. cit., pp. 46 y s.

debe representarse el peligro que éste acarrea pueda hacerlo sin ejecutar la acción en forma intencionada”<sup>22</sup>.

Tanto Creus como Palacios se equivocan, a mi juicio, porque no diferencian y confunden dos situaciones, a saber: una cosa es encender fuego y otra es provocar un incendio. Por un lado, no siempre que se encienda fuego se causará un incendio y, por otro lado, una de las causas de la producción de un incendio puede ser el hecho de encender fuego, pero ésta no es la única causa (por ejemplo, se puede ocasionar un incendio mediante la explosión de un tubo de gas, etc.). Ahora bien, aunque se admita que la causación del incendio pueda tener lugar cuando el autor del hecho haya obrado, con relación al incendio, con dolo eventual, la conducta de encender un fuego sí tiene que ser realizada en forma intencional.

En este sentido, no encuentro ningún problema en imaginar un caso en el cual la persona *en forma intencionada* enciende un fuego y, en consecuencia, ocasiona un incendio, pero que, tanto respecto a la propia acción de incendiar, como respecto a la creación del peligro común, obra con dolo eventual. Por ejemplo, una persona prende intencionalmente fuego para hacer un asado en la vera de un río que atraviesa una ciudad muy habitada, cuando las temperaturas son muy altas y existen carteles que prohíben hacer fuego en ese lugar por el peligro de incendio que ello implica. Esa persona acepta la posibilidad de que el incendio ocurra y de que, a través de ese incendio, se pongan en peligro bienes indeterminados, pero desprecia ese resultado. El autor del fuego no tiene dolo directo de producir un incendio ni de poner en peligro a bienes indeterminados. Sin embargo, aquel sí es autor del delito doloso de incendio a título de dolo eventual con respecto a los dos elementos del tipo. Ello es, como quedó demostrado, fácticamente posible.

En los delitos dolosos de peligro concreto se exige dolo de peligro. Ello es algo muy diferente al dolo de lesión que requieren los delitos dolosos de resultado para su consumación. El dolo de lesión implica al dolo de peligro, pero la inversa no rige. Es decir, el autor de un delito doloso de peligro no tiene que haber aceptado un resultado de lesión o daño, sino, únicamente es necesario que sepa que mediante su conducta genera un riesgo o un peligro concreto<sup>23</sup>. Cabe aclarar que existe una vasta discusión en

---

<sup>22</sup> Palacios, Juan Carlos (n), *Artículos 186/189. Incendio, explosión e inundación. Destrucción de bienes rurales. Estrago. Peligro de desastre. Entorpecimiento de defensas. Estrago culposo*, en Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Hammurabi, Buenos Aires, p. 56, t. VIII.

<sup>23</sup> Véase Palacios, op. cit., p. 57.

la dogmática acerca de las diferencias (si es que existen) entre dolo eventual de lesión y dolo de peligro concreto<sup>24</sup>. Sin embargo, dicha discusión aquí no será analizada por razones de brevedad.

Palacios afirma que “la persona que sabe que su acción peligrosa, sea incendio, explosión o inundación, puede alcanzar a otros bienes indeterminados, y siendo plenamente consciente de ello sigue actuando, tendrá dolo de peligro...”<sup>25</sup>. El autor, como se vio, no diferencia entre la acción de prender fuego y la de incendiar, por eso, el autor afirma que sólo se puede realizar la conducta de incendiar con dolo directo y que, en consecuencia, nadie puede negar que no conoce la peligrosidad que esa conducta implica. Sin embargo, cuando una persona enciende fuego no tiene por qué creer que su conducta es, o será, peligrosa, aunque pueda serlo, y aunque él acepte la posibilidad de que lo sea (y que se ocasione un incendio que ponga en peligro común a los bienes), y desprecie ese resultado.

Ahora bien, ¿qué ocurre si el autor de un incendio intencional (que no abarca a ninguno de los elementos enumerados en el inc. 2º del art. 186 del CP) está seguro que, con su comportamiento, no se pondrá en peligro a bienes indeterminados? ¿Encuadra esa conducta en el inciso 1º del mencionado artículo?

Si se adoptara la postura sostenida al respecto por Donna o Palacios la respuesta sería afirmativa, porque para estos autores no sería fácticamente posible que quien realiza un incendio doloso no conozca la peligrosidad que esta acción acarrea para los bienes indeterminados. Ellos consideran que la conducta es en sí peligrosa y que el dolo de realizarla implica el conocimiento de que dicho comportamiento pueda poner en peligro bienes indeterminados. Sin embargo, esa afirmación es falsa, pues, ese segundo conocimiento debe ser necesariamente probado. Particularmente, en el caso aquí planteado no se comprueba la existencia de un dolo de peligro y, por lo tanto, el comportamiento no puede ser imputado en función del inciso 1º del art. 186 del CP, puesto que no se cumplen todos los requisitos exigidos por el tipo penal en cuestión. Tampoco esa conducta podrá ser imputada a título de incendio imprudente, ya que la acción de incendiar (prender fuego y causar un incendio) fue realizada en forma dolosa.

---

<sup>24</sup> Véase al respecto, por todos, Pérez Barberá, Gabriel, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, pp. 464 y ss.; Schröder, Horst, *Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffes*, en AA.VV., *Festschrift für Wilhelm Sauer*, De Gruyter, Berlin, 1949, p. 227, etc.

<sup>25</sup> Palacios, op. cit., pp. 57 y s.

En efecto, la imprudencia tiene lugar sólo en la creación del peligro de lesión. Este caso representa, a mi juicio, una laguna normativa. Sólo va a ser posible imputar al autor del incendio como autor del delito de daño, si es que lo ha ocasionado y en la medida de aquel.

## **2. El inciso 2° del artículo 186 del CP**

Por un lado, de la letra del inciso 2° del artículo 186 del CP *no* surge, al contrario de lo que ocurre en el primer inciso, que la consumación del tipo penal requiera, además de la realización de la acción típica, la creación de un peligro para los bienes que allí se enumeran. El enunciado referido exige únicamente la causación de un resultado concreto de lesión: la concreción de un incendio sobre determinados bienes taxativamente enumerados.

Por otro lado, la pena prevista en el inciso 2° es de la misma magnitud que la prevista en el inciso 1°. En consecuencia, el segundo no es una agravante del primero.

Las diferencias entre los dos primeros incisos del artículo 186 del CP estarían dadas fundamentalmente por dos cuestiones (y luego se añadirá una tercera): a) El inciso 2° no exige la causación de un peligro común a los bienes, que sí exige el primero; es decir, el segundo es un delito de resultado de lesión, mientras que el primero es un delito de peligro concreto. b) En el inciso 2° el legislador enumeró taxativamente cuáles son los bienes que, de ser incendiados, configuran el tipo penal, mientras que en el primero esos bienes deben ser indeterminados.

### **a) Naturaleza y bien jurídico protegido**

La naturaleza jurídico-penal de este delito es, a mi juicio, de carácter patrimonial. A través de la tipificación penal de la conducta en cuestión se busca proteger, al igual que en cada una de las normas penales, un bien jurídico. En este caso, ese bien jurídico es el patrimonio, puesto que, su consumación no exige la creación de un peligro común para los bienes, sino que el delito se consuma con la producción de un resultado concreto de lesión, que consiste en el daño de determinados bienes por medio de un incendio.

Si mediante la causación de un incendio doloso a algunos de los bienes taxativamente enumerados en el inciso 2° se creara, además, un peligro común a otros bienes indeterminados, ese mismo hecho, siempre y cuando el autor del incendio haya – como mínimo– previsto la posibilidad de la creación de ese peligro pero despreciando o

aceptando que ocurriera, este comportamiento se subsumiría en ambos tipos penales (incisos 1º y 2º), y se daría un caso de concurso ideal. Sin embargo, si ese dolo (como mínimo de carácter eventual) respecto de la creación del peligro común no se concreta, ese comportamiento configurará sólo un incendio en función del inc. 2º del art. 186 del CP. Es decir: no se subsumirá ese accionar a lo prescripto por el primer inciso del mencionado artículo por ausencia de dolo en la creación del peligro común. Sin embargo, con relación a los demás bienes, esto es: otros diferentes a los enumerados en el inciso 2º, si resultaron dañados a causa del referido incendio intencional, su autor podrá incurrir, además, en el delito de daños (en concurso ideal).

En conclusión, el tipo penal prescripto en el inc. 2º del art. 186 del CP es un delito de daño (muy) agravado en función del medio utilizado para realizar la destrucción o deterioro de los bienes en la norma enumerados taxativamente.

Esta forma de interpretar los tipos penales no es extraña, por ejemplo, en la dogmática alemana. Allí, con relación al delito de incendio, se analiza cuál es el bien jurídico protegido en cada una de las conductas prohibidas en los diferentes apartados del § 306 y siguientes, que tipifican el delito de incendio. En general, los dogmáticos alemanes consideran que el incendio punible admite dos clases de acciones delictivas: las que consisten en delitos de daño material (*Sachschädigungsdelikte*), tipificados en los párrafos 305, 305 y 306, y aquellas que consisten en delitos de peligro común (*gemeingefährliche Straftaten*), tipificados en los §§ 306 a y siguientes<sup>26</sup>. Entre los últimos, en algunos casos son delitos de peligro concreto (v.g. §§ 306 a II, 306f I, y 306f II)<sup>27</sup> y, en otros, de peligro abstracto (v.g. §306 a. I)<sup>28</sup>.

### **b) La opinión de la doctrina argentina**

Donna sostiene, con relación al tipo penal en cuestión, que la creación de un peligro común *sí* es un requisito de aquel<sup>29</sup>. El mencionado autor afirma que el tipo objetivo prescripto en el inciso 2º del art. 186 del CP es “la destrucción de los elementos enumerados en los seis incisos (apartados), sobre los cuales se causa incendio o destrucción por cualquier medio, pero en las condiciones antes vistas del inciso 1º del

---

<sup>26</sup> Rengier, Rudolf, *Strafrecht Besonderer Teil II. Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit*, 4ª edic., C.H. Beck, München, 2002, p. 267.

<sup>27</sup> *Ibid*, pp. 275 y s., y p. 281.

<sup>28</sup> *Ibid*, pp. 271 y ss.

<sup>29</sup> Donna, op. cit., p. 53. El paréntesis es agregado.

artículo 186”, y concluye diciendo que “esto es la creación de un peligro común”<sup>30</sup>. Sin embargo, Donna, al tratar lo referido a la consumación y tentativa del referido delito, sostiene que éste “se consuma con la destrucción o con el incendio de los objetos referidos”<sup>31</sup>. Mientras que en el párrafo siguiente manifiesta que existen dos posiciones posibles al respecto y que, en función de la postura que se sostenga, dependerá si el “peligro común” es o no un elemento requerido por el tipo penal del inciso 2° del art. 186 del CP<sup>32</sup>. En este sentido, afirma el autor que, según la posición de la cual se parta, se arribará a conclusiones diferentes, a saber: “si se exige un peligro común, hay que estar a lo dicho en el 1° inciso. En cambio, si ese requisito se deja de lado y se afirma que este inciso sólo se trata de un daño de cosas especiales, la consumación se dará con la sola destrucción de la cosa, y si dicho peligro se produce, corresponde analizar la conducta de acuerdo al supuesto previsto en el inciso 1° del artículo 186 del Código Penal” (sic)<sup>33</sup>.

En conclusión, Donna, por un lado, afirma que el peligro común sí es un requisito del tipo penal prescripto en el inciso 2° del artículo 186 del CP. Pero, por otro lado, sostiene que este tipo penal se consuma con la destrucción o el incendio de los bienes enumerados en el enunciado. Sin embargo, si el delito es de peligro concreto, su consumación estará dada por la creación de un peligro de esas características y no por la lesión real de aquellos bienes.

Al igual que Donna, Palacios sostiene que “aun cuando el inciso analizado no menciona el peligro común y fue introducido en aras de proteger la riqueza rural, lo cierto es que el bien jurídico tutelado resulta una pauta fundamental a la hora de interpretar los tipos penales de la Parte Especial”<sup>34</sup>. En relación con el rol que cumple el bien jurídico tutelado por la norma en la interpretación de los tipos penales, a mi juicio, acierta Palacios. Sin embargo, yerra el referido autor al considerar que el bien jurídico protegido por una norma es siempre el expresado en el título bajo el cual se encuentra ubicado en el código penal.

Justamente aquí se cuestiona que el inciso 2° del art. 186 del CP, por más que se ubique bajo el título “delitos contra la seguridad pública”, en verdad se trate de un delito

---

<sup>30</sup> Así, Donna, op. cit., p. 53. El paréntesis aclaratorio es agravado.

<sup>31</sup> Donna, op. cit., p. 56.

<sup>32</sup> Donna, op. cit., p. 56.

<sup>33</sup> Ibid.

<sup>34</sup> Palacios, op. cit., p. 61.

cuyo bien jurídico tutelado sea ese. Responder al problema planteado afirmando que sí lo es porque se ubica bajo ese título, no soluciona el problema, sino que, antes bien, lo evita. La rúbrica del Código Penal podrá ser un indicio o una prueba *prima facie* para sostener tal afirmación, pero, ante la existencia de otros argumentos que demuestran lo contrario, habrá que sostener la conclusión en base al peso de esos argumentos.

Otro dato relevante que debe tenerse en cuenta sobre esta problemática es que la interpretación sostenida por Palacios y Donna acarrea la siguiente consecuencia jurídica, a saber: la norma así interpretada deviene en una norma superflua, porque esa misma conducta estaría tipificada en el inciso 1º. Mientras que la interpretación que aquí se sostiene además de ser posible es plausible, puesto que no conduce a dicho efecto jurídico, sino todo lo contrario.

En primer lugar, de la letra de la ley no se infiere tal exigencia de la creación de un peligro común a los bienes, y, en segundo lugar, porque la interpretación de las normas debe hacerse de modo tal que éstas no resulten, a causa de eso, contradictorias o superfluas. Y ante la posibilidad de que un enunciado normativo sea interpretado de dos maneras, de modo tal que de una interpretación resulte una norma inconstitucional, superflua o contradictoria, y de la otra resulte una norma que no padezca de esos problemas, hay que optar siempre por la segunda posibilidad.

Sin embargo, otros doctrinarios argentinos sostienen la postura que aquí se considera correcta, a saber: Núñez, Soler, Creus/Boumpadre<sup>35</sup> (quienes adhieren a la postura sostenida por los dos anteriores), entre otros. Núñez sostiene que el bien jurídico protegido, en el caso de las acciones típicas previstas en el inciso 2º del artículo 186 del CP, no es la seguridad común, sino la riqueza rural<sup>36</sup>. En efecto, afirma el referido autor que “la delictuosidad de estos hechos, de igual gravedad represiva que el anterior, no reside en su efecto peligroso para los bienes indeterminados, sino en la naturaleza de lo quemado o destruido. Se trata del resguardo de la riqueza rural”<sup>37</sup>. De acuerdo con lo sostenido por Núñez, el bien jurídico protegido por dicha norma no consiste en la seguridad pública sino en el patrimonio<sup>38</sup>.

Por lo tanto, si se asume esta última postura se puede añadir una tercera diferencia entre los tipos penales prescriptos en los incisos 1º y 2º del art. 186 del CP, a

---

<sup>35</sup> Creus/Boumpadre, op. cit., p. 9.

<sup>36</sup> Núñez, Ricardo, *Manual de derecho penal. Parte especial*, 2ª edic., Lerner, Buenos Aires, 1986, p. 300.

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> *Ibid.*



saber: el bien jurídico protegido. En el inciso 1° éste consiste en la seguridad pública, mientras que en el inciso 2° en la propiedad privada (el patrimonio).

### **3. Incendios intencionales no punibles**

En función de todo lo que se analizó hasta ahora puede concluirse que existen supuestos de hecho que implican la creación de un incendio en forma intencional sin que esas conductas encuadren en un tipo penal o, por lo menos, sin que configuren el delito de incendio. Esto ocurre cuando las siguientes situaciones tienen lugar: a) Cuando, como consecuencia del incendio intencionalmente causado, no se ponga en peligro ningún bien. b) Cuando el peligro creado, como consecuencia del incendio referido, no sea un peligro común a los bienes, es decir, cuando no se afecta a bienes indeterminados.

Para graficar ambos casos se expondrán los siguientes ejemplos:

- Con relación al primer caso: una persona prende fuego e incendia en forma intencional un campo de su propiedad con el objetivo de eliminar pastos crecidos, malezas y demás, para sembrarlo con posterioridad. Esta persona produce dicho incendio en forma controlada, sin poner en peligro a ningún bien. Su conducta está permitida por el Código penal argentino, puesto que ésta no configura ni el delito de incendio ni el de daños.
- Con relación al segundo caso pueden darse diferentes supuestos: a) Una persona prende fuego y crea un incendio intencionalmente, pero con su accionar doloso sólo pone en peligro algún o algunos bienes *determinados*. Esta conducta no encuadra en el delito de incendio doloso, porque dicho tipo penal requiere para su consumación la producción de un incendio y la creación de un peligro común a los bienes (*indeterminados*). En este caso, el último requisito no se cumple. Eso no implica que la conducta sea impune. Puede serlo. Pero si mediante el incendio se causan daños en los bienes de otro, ese comportamiento configurará el delito de daños (art. 183 del CP). b) Una persona prende fuego y crea un incendio en forma intencional (de algún o algunos bienes determinados), con el convencimiento de que su comportamiento no pondrá en peligro común a otros bienes (indeterminados). Sin embargo, su conducta sí pone en peligro común a otros bienes indeterminados. Es decir, el autor obra con intención en relación con la producción del incendio, pero con relación a la creación del peligro común a los bienes obra en forma imprudente. El delito de incendio doloso

prescripto en el inciso 1° requiere que el autor del hecho típico obre con dolo (como mínimo eventual) tanto en relación con la causación del incendio, como con la creación del peligro común a los bienes. En este caso, ocurrirá lo mismo que en el anterior: esta conducta sólo será impune si no configura el delito de daños.

### **III. Incendio imprudente**

#### **1. Consideraciones comunes al tipo básico y al tipo agravado**

El incendio imprudente, tal como ya se afirmó, también es un delito en Argentina. El artículo 189 del CP lo tipifica de la siguiente manera: “Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que, por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, causare un incendio u otros estragos. Si el hecho u omisión culpable pusiere en peligro de muerte a alguna persona o causare la muerte de alguna persona, el máximo de la pena podrá elevarse hasta cinco años”.

El enunciado normativo arriba transcrito contiene, en su primera parte, una figura básica del delito de incendio imprudente y, en su última parte, una figura agravada del anterior. Así, el tipo básico imprudente exige para su configuración lo que normalmente en el código penal argentino se entiende por imprudencia, es decir: imprudencia, negligencia, impericia en el arte o profesión, o inobservancia de reglamentos u ordenanzas. En otras palabras, autor del delito de incendio imprudente es quien previó como *posible* el resultado (el incendio) pero confió en que éste no ocurriría. Por lo tanto, se lo castiga porque no obró con el cuidado que la norma le exige, es decir, porque infringió inconscientemente un deber de cuidado, y, como consecuencia, creó o aumentó un riesgo no permitido. Se dejará de lado aquí el estudio del concepto de imprudencia, de la teoría de la imputación objetiva<sup>39</sup> y las diferencias

---

<sup>39</sup> Véase, sobre la teoría de la imputación objetiva, Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, trad. por Diego Manuel Luzón Peña y otros, 1ª edic. en castellano, 2ª edic. en alemán, Thompson-Civitas, Madrid, pp. 362 y ss., t. I; Jakobs, Günther, *Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales “riesgo permitido”, “prohibición de regreso” y “principio de confianza”*, trad. por Enrique Peñaranda Ramos, en *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 209 y ss.

que existen entre dolo e imprudencia<sup>40</sup>, puesto que ello excedería los límites de estudio del presente trabajo.

## **2. El tipo básico de incendio imprudente**

### **a) Elementos del tipo**

Para que se configure el delito básico de incendio imprudente, en contraste con lo requerido por el tipo penal básico de incendio doloso, lo único que se requiere –a los fines de su consumación– es la sola causación imprudente de un incendio. Dicho en forma más clara: el hecho típico se consuma cuando el resultado de lesión se concreta: el incendio. Esta norma no exige la creación de ninguna clase de peligro, por lo tanto, este tipo básico consiste en un delito de resultado.

Con relación a la acción que implica encender fuego en forma intencional con el objetivo de que se produzca una combustión de gran magnitud y expansibilidad, que convencionalmente se conoce como incendio, se dijo que existe un ámbito (dentro de la clase compuesta por esos comportamientos) que quedaba fuera del alcance de la norma que prescribe el delito de incendio doloso, es decir, puede darse el caso en el cual encender fuego en forma intencional y crear un incendio, no constituya el delito de incendio doloso. Sin embargo, la conducta anteriormente detallada realizada imprudentemente siempre quedará subsumida en el delito de incendio imprudente (art. 189 del CP).

En virtud de esta diferencia entre las figuras básicas de incendio, se podría concluir que el ámbito de prohibición de la norma que tipifica el delito imprudente de incendio es mucho más amplio que el del delito doloso de incendio. Es decir, si una persona ocasiona dolosamente un incendio que pone en peligro bienes determinados (ninguno de los detallados en el inciso 2º), o no pone en peligro ningún bien, su comportamiento no configurará un delito de incendio doloso. En algunos casos, la referida conducta quedará impune y, en otros casos, constituirá otro tipo penal, cuyo bien jurídico protegido es el patrimonio. Pero si ante la misma situación de hecho la persona obrase imprudentemente (con relación a la acción de incendiar), esa conducta sí encuadraría en el tipo penal que prescribe al incendio (imprudente). Dicho de otra

---

<sup>40</sup> Pérez Barberá expone en forma sistemática qué es el dolo para los autores más relevantes en la dogmática alemana y finalmente expone su tesis. En todos los casos se diferencia entre dolo e imprudencia. Véase Pérez Barberá, op. cit., pp. 228 y ss, y pp. 635 y ss.

manera: el artículo 189 no se limita a imputar a título de imprudencia a los mismos casos de incendio imputables a título de dolo.

Ello, en cambio, durante la vigencia del decreto-ley 17.550 del año 1968, no ocurría, puesto que el 1º párrafo del artículo 189, que tipificaba la figura básica de incendio imprudente, rezaba: “Será reprimido con prisión de seis meses a dos años el que por imprudencia o negligencia causare un desastre de los definidos en los artículos anteriores...” Por lo tanto, los requisitos del tipo imprudente de incendio eran los mismos que los exigidos en los tipos dolosos, salvo, por supuesto, en lo que se refiere al dolo y a la imprudencia. Ello fue resaltado por Núñez durante la vigencia del decreto-ley 17550. En efecto, dicho autor afirmó que “el artículo 189 se limita a imputar a título de culpa los mismos desastres imputables a título de dolo”<sup>41</sup>. Ello, sin embargo, dejó de ocurrir cuando se restableció la vigencia de la norma anterior.

#### **b) El problema a través de dos ejemplos**

A continuación se expondrán ejemplos que permiten visualizar este problema con mayor claridad:

**Ejemplo 1:** tres sujetos se reúnen en un campo no sembrado de gran extensión y uno de ellos le dice a los otros dos lo siguiente: “miren como quemo todo”, mientras tanto se agacha y con un encendedor produce una combustión en un pastizal y ocasiona un gran incendio. Tras la intervención de los bomberos voluntarios se determinó que en el campo no habitaban animales ni había vegetación (salvo la silvestre de escasa magnitud: principalmente pastizales), que tampoco había viviendas ni objetos de ninguna clase y que el predio estaba delimitado por calles de asfalto y ríos que impedirían la expansión del fuego hacia lugares poblados. Según el informe de bomberos voluntarios y del acta de inspección ocular se comprueba que ese incendio no puso en peligro a ningún bien.

Por lo tanto, no acaecieron todos los elementos requeridos por el tipo penal prescrito en el inciso 1º del artículo 186 del CP. En conclusión, el autor de la conducta descripta no habrá cometido el delito de incendio, porque no se cumple con el elemento requerido por el tipo doloso de incendio, que es la creación de un peligro común a los bienes.

---

<sup>41</sup> Núñez, *Tratado de derecho penal* (cit), p. 61.

**Ejemplo 2:** tres sujetos se reúnen en un campo no sembrado de gran extensión, uno de ellos, tras fumar un cigarrillo, arroja su colilla al suelo sin tener el cuidado de apagarla correctamente y sin tener en cuenta ni representarse que, en virtud de la época del año, las altas temperaturas y las lluvias escasas, el riesgo de incendio es muy elevado. Esa colilla encendida produce una combustión en el pastizal y se ocasiona un gran incendio. Tras la intervención de los bomberos voluntarios se determinó el mismo resultado que en el ejemplo anterior, esto es, que ese incendio no puso en peligro a ningún bien. Sin embargo, en virtud de lo prescrito por el art. 189 del CP, el sujeto que ocasiona imprudentemente un incendio sí es autor del delito de incendio (imprudente).

Pareciera, entonces, que para el legislador es más reprochable la infracción inconsciente de un deber de cuidado, que el actuar con conocimiento e intención direccionado a un fin. Pero esto no parece ser lo correcto. Podría pensarse que se trata de una mala técnica legislativa y que debería redactarse el tipo penal en cuestión de modo tal que sólo configuren el delito de incendio imprudente los mismos supuestos de hecho que configuran el delito de incendio doloso, cuando el autor haya obrado imprudentemente. Ahora bien, aunque se sostenga que la norma actualmente vigente presenta esos problemas y que, por lo tanto, *debería ser* de otra manera, ello no soluciona el problema de cómo debe interpretarse el actualmente vigente art. 189 del CP. Ello será lo que se analizará a continuación.

### **c) ¿Un delito de resultado o de peligro? El bien jurídico protegido**

Para poder dilucidar cuál es el bien jurídico protegido por la norma prescripta en el art. 189 del CP es necesario, en forma previa, resolver si el delito en cuestión es un delito imprudente de resultado o de peligro concreto de lesión. Es decir, si este tipo penal, a los fines de su consumación, exige la creación de un peligro o si ello no surge de la norma y, en cambio, el delito se consuma con la sola causación del incendio imprudente.

¿Es posible pensar que un delito imprudente puede ser un delito de peligro concreto, es decir, puede alguien, por medio de su actuar imprudente, crear también un peligro en forma imprudente? La respuesta es afirmativa: es totalmente posible causar un incendio en forma imprudente, y, también lo es, que, por imprudencia, se ocasione un peligro común a los bienes. Sin embargo, de la letra del enunciado normativo no

surge que el delito imprudente de incendio exija algún tipo de peligro para su consumación.

Si se asume que el delito prescrito por el art. 189 del CP es un delito de resultado (la causación imprudente de un incendio), dicho tipo penal se consuma cuando aquel resultado tiene lugar, sin depender del hecho que se haya creado o no un peligro común a los bienes. Es decir, podrán existir casos en los cuales el incendio imprudente ponga en peligro común a los bienes y afecte a la seguridad pública, como bien jurídico. Sin embargo, ese no es un requisito del tipo penal, pues, si mediante la producción imprudente de un incendio no se pone en peligro a ningún bien, ese hecho también configura el delito de incendio imprudente, aunque no se vea afectada la seguridad pública. De allí que no se puede sostener que el (único) bien jurídico que protege esa norma es la seguridad pública. Puede serlo en algunos casos, pero también lo será el patrimonio cuando ese otro bien jurídico no sea lesionado.

Como ya se explicó en otro apartado de este trabajo, no puede sostenerse, sin ninguna clase de argumentación, que el bien jurídico protegido por una norma es el enunciado en el título del texto legal. Ello podrá ser un indicio, pero no es irrefutable. En este sentido, lo mismo que se analizó en el inciso 2° del art. 186 del CP es válido a los fines de la interpretación de este enunciado normativo, puesto que tanto en uno como en otro caso, no surge de la letra de la ley la exigencia de un peligro común a los bienes como requisito del tipo, mientras que aquello sí ocurre en el caso de la figura básica de incendio doloso.

Por supuesto que habrá quienes concluyan que la norma que se analiza, por más que no lo establezca expresamente, contiene a la creación de un peligro dentro de los elementos del tipo penal. Pero esa interpretación implica la creación de una nueva norma, dogmática o jurisprudencial, según el caso<sup>42</sup>. Ahora bien, por más que no nos guste lo que la norma prescribe, ello no puede ser cambiado ni por la actividad dogmática ni por la actividad jurisprudencial, puesto que el principio de reserva lo impide.

#### **d) Legislación comparada**

---

<sup>42</sup> Ver sobre las normas dogmáticas, su legitimidad, autoridad y problemas, por todos, Manrique, Laura, Navarro, Pablo, Peralta, José, *La relevancia de la dogmática penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp. 100 y ss, pp. 155 y ss., y p. 219 y s.

Tanto en el derecho penal alemán como el español son punibles algunas conductas de incendio doloso e imprudente, aunque con muchas diferencias en cuanto a su redacción y a los supuestos que quedan abarcados por las normas. Sin embargo, la técnica legislativa en lo relacionado al tipo imprudente de incendio, como se verá, es muy similar en ambos casos. En ningún caso, en las legislaciones europeas mencionadas, se admite la posibilidad de que una misma conducta de incendio intencional –que no configura el delito de incendio doloso– cuando sea realizada en forma imprudente sí encuadre en el tipo de incendio imprudente. Ello, en cambio, sí ocurre en el derecho penal argentino.

Así, el artículo 358 del código penal español (en adelante, CPE) reza: “el que por imprudencia grave provocare alguno de los delitos de incendio penados en las secciones anteriores, será castigado con la pena inferior en grado, a las respectivamente previstas para cada supuesto”. Más allá de la fórmula que utiliza el legislador español para punir un hecho imprudente, en este enunciado normativo se deja en claro que los requisitos del tipo, las acciones típicas, es decir, el ámbito de prohibición, son siempre los mismos en que en el caso de las acciones dolosas; y que la diferencia está dada únicamente en función de si el autor actuó con dolo o con imprudencia.

En Alemania la situación es similar a la de España. El delito de incendio imprudente se encuentra tipificado en el § 306 d del código penal alemán (en adelante, StGB), el cual reza: “(1) Quien, en los casos del §306, párrafo 1° o de los casos del §306 a, párrafo 1°, obrare imprudentemente, o, en los casos del §306 a, párrafo 2°, causare imprudentemente un peligro, será penado con pena de prisión de hasta 5 años o con pena de multa. (2) Quien, en los casos del § 306 a, párrafo 2°, obrare imprudentemente o causare imprudentemente un peligro, será penado con pena de prisión de hasta 3 años o pena de multa”. Para poder comprender este enunciado normativo no es necesario conocer qué prescriben los párrafos mencionados en el anterior enunciado, basta con saber que se trata de tipos penales que prescriben conductas de incendios dolosos.

La técnica legislativa desarrollada en los dos países europeos referidos no padece de los problemas que el tipo penal de incendio imprudente sí tiene en Argentina y que aquí ya fueron detallados. Por ello, es deseable que el legislador modifique el artículo 189 del CP y agregue lo que considere necesario para que sólo sea posible la consumación de un incendio en forma imprudente, siempre y cuando sea punible esa conducta (como delito de incendio), cuando su autor haya obrado con dolo. Basta para

lograr ese objetivo con que se agregue la siguiente frase al final del enunciado normativo vigente, arriba transcripto, a saber: “penados en los artículos anteriores”.

#### **IV. Conclusiones**

1. No toda acción que implique la causación intencional de un incendio es punible. Sólo es punible el incendio intencional cuando, como consecuencia de aquel, se ponga en peligro común a los bienes; o se dañe alguno de los elementos taxativamente enumerados en el inc. 2° del art. 186 del CP; o se ponga en peligro de muerte a alguna persona; o se ponga en peligro a alguno de los bienes enumerados en el inciso 4° de dicho enunciado normativo; o se ocasione la muerte de alguna persona.

Pueden darse dos supuestos de hecho en los cuales una persona intencionalmente produzca un incendio, pero que su conducta no configure un delito de incendio doloso: a) Cuando como consecuencia del incendio intencionalmente causado no se ponga en peligro ningún bien. b) Cuando el peligro creado, como consecuencia del incendio referido, no sea un peligro común a los bienes, es decir, cuando no se afecta a bienes indeterminados.

2. Por “peligro común”, en función del inc. 1° del art. 186 del CP, debe entenderse aquel peligro concreto de lesión que recae sobre bienes indeterminados.

3. El inciso 1° del art. 186 del CP no contiene literalmente a la palabra “personas” como sujetos del peligro común que exige el tipo penal en cuestión. Tampoco lo hace la norma que surge en función de dicho enunciado normativo, puesto que el significado de la palabra “bienes” debe entenderse, en ese contexto, como bienes en sentido económico.

4. El tipo penal prescrito en el inc. 2° del art. 186 del CP es un delito de daño (muy) agravado en función del medio utilizado para realizar la destrucción o deterioro de los bienes enumerados taxativamente en la norma.

5. Para que se configure el delito básico de incendio imprudente, en contraste con lo requerido por el tipo penal básico de incendio doloso, lo único que se requiere es la causación imprudente de un incendio. Éste es un delito de resultado.

6. Toda conducta de incendio imprudente es punible, aun aquellas conductas que de realizarse en forma intencional no configurarían un incendio doloso, y aunque dicho accionar no ponga en peligro común a los bienes. El ámbito de prohibición de la norma que tipifica el delito imprudente de incendio es mucho más amplio que el del delito



doloso de incendio. El artículo 189 no se limita a imputar a título de imprudencia a los mismos casos de incendio imputables a título de dolo.

7. Es deseable que el legislador modifique el artículo 189 del CP y agregue al final del referido enunciado normativo lo siguiente: “penados en los artículos anteriores”. Con ello se eliminarían los problemas relacionados con el delito de incendio imprudente.

## V. Bibliografía

-Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 1987.

-Baigún, David, *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, en *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.

-Creus, Carlos, Boumpadre, Jorge, *Derecho penal. Parte especial*, 7ª edic., Astrea, Buenos Aires, t. II.

-Donna, Edgardo, *Derecho penal. Parte especial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, t. II-C.

-Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. por Perfecto Andrés Ibáñez y otros, 2ª edic., Trotta, Madrid, 1997.

-Gimbernat Ordeig, Enrique, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1999.

-Jakobs, Günther, *Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales “riesgo permitido”, “prohibición de regreso” y “principio de confianza”*, trad. por Enrique Peñaranda Ramos, en *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997.

-Maier, Julio, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, 2ª edic., Del Puerto, Buenos Aires, 1996, t. I.

-Manrique, Laura, Navarro, Pablo, Peralta, José, *La relevancia de la dogmática penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.

-Núñez, Ricardo, *Manual de derecho penal. Parte especial*, 2ª edic., Lerner, Buenos Aires, 1986

-Núñez, Ricardo, *Tratado de derecho penal*, Lerner, Buenos Aires, 1975, t. v, vol. I y II.

-Palacios, Juan Carlos (n), *Artículos 186/189. Incendio, explosión e inundación. Destrucción de bienes rurales. Estrago. Peligro de desastre. Entorpecimiento de defensas. Estrago culposo*, en *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, t. VIII.

-Pérez Barberá, Gabriel, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

-Rengier, Rudolf, *Strafrecht Besonderer Teil II. Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit*, 4ª edic., C.H. Beck, München, 2002.

-Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, trad. por Diego Manuel Luzón Peña y otros, 1ª edic. en castellano, 2ª edic. en alemán, Thompson-Civitas, Madrid, t. I.

-Schröder, Horst, *Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffes*, en AA.VV., *Festschrift für Wilhelm Sauer*, De Gruyter, Berlin, 1949.

-Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, 4ª edic., 11ª reimpr., TEA, Buenos Aires, 2000, t. IV.