

## CAPÍTULO 10

# Preparen, apunten... fuego, comentario sobre los Artículos 104 y 105 del Código Penal

*Cecilia Corfield*

Como ya analizamos las conductas previstas en los arts. 79, 89, 90 y 91 del CP y también se ha mencionado la agravante del art. 41 bis del mismo texto legal., en esta oportunidad nos avocaremos a desentrañar las conductas típicas que prevé el art. 104 y a sus diferencias – por tratarse de un delito subsidiario en su tipo subjetivo – con las acciones típicas enunciadas al principio. –

Art. 104: Será reprimido con uno a tres años de prisión, el que disparare un arma de fuego contra una persona sin hierla. Esta pena se aplicará aunque se causare herida a que corresponda pena menor, siempre que el hecho no importe un delito más grave. Será reprimida con prisión de quince días a seis meses, la agresión con toda arma, aunque no se causare herida.

Respecto del primer párrafo al que llamaremos “disparo de arma de fuego” debemos realizar algunas consideraciones:

Disparar un arma de fuego nos exige en primer lugar establecer el concepto de “arma de fuego” para lo cual necesariamente debemos trasladarnos al contenido que de dicho concepto nos da la ley 20.429 llamada “Ley nacional de armas y explosivos” y su decreto reglamentario 397/75. En este último, específicamente en su artículo 3 nos dice que:

*1- Arma de fuego: La que utiliza la energía de los gases producidos por la deflagración de pólvoras para lanzar un proyectil a distancia.*

Si tomamos como base de partida esa definición, diremos que dispara un arma de fuego toda persona que cuenta con un adminículo creado a tal efecto y que provoca el lanzamiento de un proyectil a distancia por medio de la deflagración de pólvora.

El primer requisito del tipo penal analizado entonces es contar con un arma de fuego, cualquiera fuera el tipo y calibre, y para ello los invito a leer el decreto reglamentario antes citado en donde se clasifican las armas de fuego encontrándose entre ellas las armas de puño, las armas largas, y cada una de ellas de diferentes calibres, y por ende de diferente poder ofensivo. Clasificación que no está demás aclarar, en relación al tipo objetivo del delito

analizado, solo podrá ser tenido en cuenta a los fines de hacer efectiva la medición judicial de la pena de acuerdo a las normas de los art. 40 y 41 del C.P. pero no tendrá relevancia en la exigencia de los elementos objetivos del tipo, ello sin perjuicio de su vinculación a través de las reglas del concurso con algún tipo penal de los delitos contra la seguridad pública en su caso (vgr. 189 bis, inc. 2do. C.P.). -

De hecho, no basta con exhibir el arma o apuntar en forma amenazante, accionar el mecanismo sin lograr el efecto, hacer sufrir temor, disparar un arma sin estar cargada sin proyectil o gatillar un arma no cargada, tampoco lo es tirar un tiro al aire —lo cual en última instancia constituirá una contravención— sino que es necesario la producción del disparo propiamente dicho, aunque sí vale aclarar que el delito de disparo de arma de fuego admite tentativa.-

A decir de autores como Yacobucci, Bottini y De Los Santos, el delito en cuestión es un delito de peligro concreto y que exige que el disparo esté dirigido hacia una persona determinada, o a un grupo de personas aún indeterminado, resultando irrelevante que se trate de una o más personas las destinatarias del disparo, ya que la multiplicidad de sujetos no multiplica el delito<sup>75</sup> siempre teniendo presente que la conducta busca proteger el bien jurídico entendido como integridad física de la persona.

Cuando el tipo penal dice “*sin que se causare herida*” claramente hablamos de la ausencia de un resultado dañoso, fortaleciendo así el riesgo o peligro que trae ínsita la figura. Ahora debemos preguntarnos qué hacer cuando se causa herida y qué hacer cuando con un arma de fuego el direccionamiento de la conducta del sujeto está encaminado a causar la muerte y por razones ajenas a su voluntad no lo logra.

En el primer caso, dependerá de qué tipo de resultado dañoso se cause y es ahí donde cobra vigencia el segundo párrafo del art. 104 en donde dice que si la herida causada resulta ser una herida a la que le corresponda pena menor se aplicará este tipo penal. ¿Cuál es la pena menor?, la prevista en el art. 89 del C.P. por lo cual, si el daño en el cuerpo o en la salud provocado como consecuencia del disparo de arma de fuego queda abarcado en el art. 90 del CP, el art 104, reglas de concurso aparente de leyes mediante, se desplaza y pierde vigencia.

No debemos olvidarnos que a aquellas lesiones causadas, debemos sumarle la agravante genérica prevista en el art. 41 bis del CP, ya que en el caso se emplea un arma de fuego como medio de comisión y por lo tanto más peligroso que si lo fuera sin dicho adminículo por lo cual el sujeto activo debe responder de una manera más severa. -

En la segunda hipótesis arriba planteada, la solución la da el tipo subjetivo. Si bien el delito de disparo de arma de fuego es un delito doloso, también lo es el Homicidio, al igual que las lesiones. Es de suma importancia entender que el injusto en estudio es subsidiario ya no solo de un delito con resultado dañoso de pena mayor – vgr. Las lesiones graves agravadas por el empleo de arma de fuego- sino además de un hecho que importe un delito más grave: en el caso la tentativa de homicidio. La diferencia radica en el tipo subjetivo. El conocimiento de la causación de la muerte y la dirección de la conducta hacia ese fin, es lo que evidencia que el

<sup>75</sup> Según Nuñez, “Sobre el disparo de arma de fuego”, LL, 52-132.

hecho importa claramente un delito más grave. A nuestra solución la vamos a encontrar en el tipo subjetivo en el caso concreto.

¿Qué entendemos por agresión con toda arma? Al decir de Fontán Balestra (pág.371) ambos delitos previstos en esta norma se estructuran bajo la idea de agresión o acometimiento que se realiza sobre la persona, generando para ella la situación de peligro, que es, en definitiva, lo que tutela la ley.

El delito de agresión con toda arma consiste en el acometer o atacar a otro empleando un arma de manera que se coloque en peligro la incolumidad física de la víctima (Buompadre, pág. 274).

Realizando un análisis integral del texto de la norma en cuestión, diremos que “arma” en este último párrafo, es toda aquella que no sea de fuego, si es de fuego lo será en su versión impropia, es decir, como elemento contundente, y en el concepto de “toda arma” debemos ser extremadamente cuidadosos en su significado, ya que, tratándose de un elemento normativo, correremos el riesgo de la violación del principio de analogía.

Establecida la conformación básica de ambas figuras en estudio, y teniendo especialmente en cuenta que este pequeño y humilde texto tiende a establecer la educación de las figuras penales a través del cine, aquí van las recomendaciones para entretenernos y aprender derecho penal.

Como soy amante del cine nacional, arrancaré por un film de hace un par de décadas pero que tiene tanta vigencia que invito a los lectores a sumarse a él: *No habrá más penas ni olvido*<sup>76</sup>

Es una película estrenada el 22 de septiembre de 1983, la misma fue dirigida por Héctor Olivera, escrita por Roberto Cossa y Héctor Olivera, basada en la novela homónima de Osvaldo Soriano, protagonizada entre otros por Federico Luppi, Víctor Laplace, Héctor Bidonde, Raúl Rizzo, Patricio Contreras, Jorge Alberto Sassi, Graciela Eugenia Chedufau, Miguel Ángel Solá, grabada en la localidad de Capitán Sarmiento.

Ambientada a principios de los años 70, la historia transcurre en un pueblo llamado Colonia Vela, en donde se encuentran enfrentados grupos peronistas de izquierda y derecha, cuando para instar la rendición de las personas que se encuentran tomando una sede de la administración pública se genera –previo haber agotado los mecanismos de diálogo y negociación– los disparos de arma de fuego hacia el frente de la construcción en donde se sabía en su interior se encontraban personas “sublevadas” o alzadas en armas, en tanto el resto de la comunidad, de momento y por un lado, ignora y naturaliza los enfrentamientos, y por otro, sufre las consecuencias de la disputa.

Se pueden observar a lo largo de toda la película distintas escenas donde se tipifican actos encuadrables en las previsiones del Art. 104 primer y segundo párrafo del Código Penal. El delegado municipal Ignacio Fuentes (Federico Luppi) es acusado de ser Marxista, por lo que comienza una puja de poder entre éste y distintos miembros de las fuerzas de seguridad. Se puede ver una escena donde Fuentes se atrinchera en la delegación Municipal y, a raíz de una

<sup>76</sup> [https://youtu.be/wOwyAuNaj0Y?si=\\_iLf4rslrXabLqNJ](https://youtu.be/wOwyAuNaj0Y?si=_iLf4rslrXabLqNJ),

agresión con toda arma (una piedra), que arroja un personaje que se encontraba detenido y fue utilizado para brindar apoyo a la resistencia comienza un enfrentamiento armado entre varios de los protagonistas.

En *The Best of Enemies* es un drama norteamericano, estrenado el día 05 de abril del 2019, escrito y dirigido por Robin Bissell y basado en la novela de Osha Gray Davidson *Los mejores enemigos: raza y redención en el nuevo sur* (*The Best of Enemies: Race and Redemption in the New South*). La película está protagonizada, entre otros, por Taraji Penda Henson, Samuel Rockwell, Anne Celeste Heche, Wesley Cook Bentley, Bruce Travis McGill y John Howard Gallagher, Jr.

Ambientada a principios de los años 70 en la ciudad de Durham en Carolina del Norte la segregación y discriminación es el argumento principal de la película; Ann Atwater (Taraji Penda Henson), intenta conseguir condiciones de vida y vivienda digna para la población negra, siendo permanentemente ignorada. Mientras tanto, la educación no escapaba de la segregación, siendo que las escuelas se dividían entre alumnos blancos y de color, todo esto se agrava cuando un establecimiento educativo se incendia. El líder del Ku Klux Klan (KKK) del lugar CP Ellis (Samuel Rockwell), dueño de una estación de servicio no guarda ningún tipo de celo al hacer manifestaciones de odio racial en todo momento. Se generan debates y audiencias a fin de integrar definitivamente las escuelas. La historia toma un giro hacia la tolerancia, pluralidad y desegregación racial.

En una de las escenas iniciales se puede observar un hecho que podríamos tipificarlo dentro de las previsiones del Art. 105 en su remisión al Art. 80 Inc. 4° del Código Penal analizado, ya que durante una noche el líder del grupo de KKK de Durham, se dirige en auto junto a otros miembros de la organización a la casa de una joven mujer a esperar que ésta llegue, cuando lo hace uno de los ocupantes del rodado les indica que ella está teniendo una relación de pareja con una persona de color y que los vecinos del barrio habían presentado quejas por ello, esperan a que ingrese a la vivienda, descienden del vehículo, toman sendas armas de fuego y les indica a todos que esperen a que ella encienda la luz, una vez que saben el lugar exacto de la vivienda donde ella se encuentra comienzan a efectuar disparos de arma de fuego sin lograr herirla.

*MATRIX*, es una película de ciencia ficción del año 1999, primera de una trilogía, escrita y dirigida por Lilly Wachowski y Lana Wachowski, protagonizada por Keanu Reeves, Carrie-Anne Moss, Laurence John Fishburne III, y Hugo Weaving.

Se encuentra ambientada en un futuro distópico en donde la humanidad, sin saberlo, se encuentra atrapada en una especie de realidad virtual (matrix). Mediante el avance de la tecnología, los humanos fueron creando máquinas cada vez más inteligentes llegando al punto que las mismas comenzaron a revelarse contra sus creadores; siendo imposible detenerlas, la humanidad intentó eliminar la fuente de energía que las alimentaba oscureciendo la atmósfera del planeta Tierra e impidiendo de esa manera el paso de la luz solar, en ese contexto las máquinas hallaron una fuente energética que les permitía sobrevivir, así comenzaron a utilizar los cuerpos humanos como fuente de energía depositándolos en grandes “campos”, una

especie de sembradío humano, creando, además, una realidad virtual en donde la humanidad se encuentra “viviendo” hasta el momento del agotamiento de su vida útil. En el argumento de la película existe un grupo de humanos que se encuentra por fuera de esa Matrix, liberando a otras personas para enfrentar a las máquinas y así conseguir, por un lado, la libertad y, por el otro, paz con las mismas.

El protagonista Thomas Anderson -Neo- (Keanu Reeves), es considerado el elegido para conseguir la libertad de la humanidad; así, al ser desconectado de la realidad virtual comienza un camino hacia ese objetivo.

En una de las clásicas escenas de la película se puede apreciar la configuración del tipo penal analizado (Art. 104, primer párrafo del Código Penal), en un enfrentamiento en la terraza de un edificio dentro de la Matrix. Un agente de seguridad dispara hacia la humanidad de Neo y éste esquivo los disparos en tres oportunidades, siendo luego herido en sus piernas por roces de bala. El análisis del lector será determinar si el elemento subjetivo del Sr Smith era asesinar a Neo o disparar el arma, y con ello, si la calificación legal correspondiente será, tentativa de homicidio o a abuso de armas. Podría formar parte del guion esta aclaración del Sr Smith: *“todo depende del elemento subjetivo Sr. Anderson.”*

Como no todo es tragedia y drama, invito a los lectores a ver *Mil maneras de morder el polvo*<sup>77</sup>. Esta película que recrea las del lejano oeste que disfrutaban nuestros abuelos con John Wayne y compañía, engendra una sátira de aquellas batallas por el honor que generaban afrentas tales que culminaban con la vida de cientos de personas. En esta comedia, se puede observar cómo en el episodio del duelo –que por cierto no tipificaría el delito de duelo tal como está redactado en nuestro código de fondo- uno de los dos agresores dispara hacia la humanidad de su contrincante hiriéndole en el brazo izquierdo, en tanto, éste último dispara con tal precisión que le pega al revólver del otro duelista lo que provoca que se desprenda de su mano y caiga al suelo. No hay duda de que no existe el tipo subjetivo del homicidio en este último caso como tampoco lo hay respecto al tipo subjetivo del 104 del C.P.

Amigos lectores, invito a Uds. a elegir el cine con perspectiva penal, dar ejemplos de estos tipos penales que nos tocaron desarrollar y hacer del disfrute una enseñanza crítica.

---

<sup>77</sup> <https://www.youtube.com/watch?v=aJzcWbh-Awo>