

## CAPITULO SEPTIMO

### LA ACCION IDONEA

Hemos recogido el criterio científico, para el que el enfoque carrariano de la univocidad "está delimitando el valor sintomático de los actos, como expresión de la dirección subjetiva", con la síntesis de Pannain; que el "un en seguida temporal" de la actividad desplegada por el sujeto, "a nadie conviene" por ser un retorno a la tesis cronológica, en la explicación beligniana. La ley no pune, se dice, el pensamiento criminoso, ni su exteriorización en todos los casos, sino solamente cuando ésta pone en peligro el bien o interés tutelado por la norma y cuando es su voluntad sancionar pensamiento o preparación, lo hace creando figuras autónomas. Vannini, Mezger y Hippel lo han des-



tacado. A los efectos de la incriminación, en la tentativa, es de especial relevancia la acción que se conforma a un modelo legal a la que falta exclusivamente el resultado y por ello, "no prescinde de la idoneidad de los actos", apunta Ranieri. Hemos repetido con Bettiol que "es definitivo no ya la proximidad o lejanía del acto, sino su concreta capacidad para producirlo", en lo que está de acuerdo Crispigni, al decir que la idoneidad de la acción, su "capacidad" para producir con certeza el resultado, lo mismo que aquella relativa, son la base de la sanción de la conducta y sin ella la conducta no es punible; y Massari anota que "tanto los actos preparatorios como los ejecutivos presuponen una aptitud causal". Saltelli y Romano requieren la idoneidad, esto es, "la aptitud para producir el resultado", de tal modo que medie "relación de causalidad material del acto mismo con el fin propuesto". Manzini acota que el Derecho penal no debe acudir a sancionar una acción que no consiente absolutamente la producción del resultado; y Ramos dice que "se reprime la ejecución del delito, no se castiga la maquinación del delito". Beling

y Mezger, acuden a la atipicidad de la acción a la que falta poder de causación (implica el no peligro típico), la antijuridicidad objetiva: la ley sólo pena la consumación, la lesión del bien o interés, y su puesta en peligro, lo que está ausente en la acción inidónea absoluta.

¿Cómo se podría afirmar el "neto contraste" entre la voluntad individual y la del precepto legislativo, si aún la acción no es una "fuerza que lucha con el contenido volitivo de la norma", puesto que ella sólo revela el querer del sujeto, pero objetivamente no agrede el bien protegido? La construcción de Vannini perdería todo sentido, olvidando la idoneidad concreta de la acción. Si todo acto preparatorio revela la intención por poseer su propia objetividad, por "ser siempre directo a la perpetración del delito", según Impallomeni, olvidado el poder de ofensa sería inútil acudir al distinguo entre preparación y ejecución.

No se presentaría como estudio lógico proseguir, del deslinde entre preparación y ejecución, al de la acción idónea e inidónea, si sepultáramos la importancia causal de la misma acción. Una acción



que no puede jamás poner en peligro un bien o interés jurídico no es acción agresiva, pero si se quiere castigar, entonces castigemos el pensamiento desde su primera aparición, desde que produce un cambio en el mundo —sea preparatoria o ejecutiva—, porque revela, lo mismo que aquella otra, la voluntad perversa: si actuamos congruamente y castigamos el querer malo, hemos perdido el tiempo separando preparación de ejecución, pues todo “lo que sigue a la *nuda cogitatio* es ejecución”. Sólo queda sin castigo el puro pensamiento, y advertimos que salimos del campo de la equivalencia de condiciones en la acción absolutamente inidónea, porque ésta ni siquiera tiene el carácter de *condición*.

A decir verdad, con esta postura, la disención acertaríase. En un primer análisis, llegaríamos a la exclusión del problema de la causalidad; la lucha, en segundo término, se libraría en el terreno del Positivismo, sin “logomaquias”, como las titulara Ferri, sin ciencia jurídica: el presupuesto de la responsabilidad aludido desempeñaría el papel rector y se establecería con ella si la resolución mani-

festada es tentativa, si el mandato, etc., constituye la figura, o si ella empieza con la preparación *contingente*. La clasificación de los *delinquentes* sería basal, pero no para la aplicación de una pena siempre, como lo hace el C. de 71, sino sistemáticamente, lógicamente, como procede el Positivismo: pena para el delincuente *normal*, su individualización; medida de seguridad para el delincuente anormal; o pena capital, “contra la corriente”, para el nato o el incorregible, para los “monstruos humanos”, en la política criminal de Garofalo y Lombroso. No es lucha de Escuelas, sino una lucha apacible dentro de una Escuela, al repudiarse el presupuesto de la idoneidad de la acción.

La idoneidad de la acción sigue siendo para nosotros, en el Derecho penal, no en el preventivo y en orden a la tentativa, un elemento básico, esencial.<sup>43</sup>

43 Massari, *Il momento*, edic. 1934, p. 175, explica: “Ni la intención crea la acción, ni la intención la hace completa, ni el delito perfecto o imperfecto, ni la intención quita a la acción su propia adecuación.” Carrara, *op. cit.*, p. 362, examina la idoneidad de la acción en referencia al sujeto pasivo de la consumación y al sujeto pasivo del atentado. Manzini,



Si partimos del principio de que la tentativa requiere la antijuridicidad objetiva; que se castiga no

*Trattato*, II, pp. 378 y 383, sostiene: "tanto vale querer sin actuar, como actuar de modo necesariamente estéril". Mezger, *op. cit.*, II, pp. 215, 216, remarca: "especiales merecimientos ha contraído Graf Zu Dohna en lo que concierne al esclarecimiento de la teoría de la ausencia de tipo en sus distintas referencias. La tentativa no es sino un caso especial del error (p. 38). Pero el error sobre las circunstancias de hecho que acompañan a la conducta no puede nunca fundamentar la tentativa (p. 46). SOLO ES POSIBLE QUERER ALGO QUE YACE EN EL FUTURO." Liszt, *Tratado*, III, p. 17, sigue igualmente el criterio objetivo-formal, con las inexplicables desviaciones a que posteriormente se aludirá. Conf. Vannini, *Lineamenti di Diritto Penale*, Firenze, 1932, p. 145. Particularmente significativa la siguiente expresión de Manzini, *Istituzioni*, p. 142, pues razona: "el Derecho penal no tiene razón de intervenir cuando el acto concreto se ha presentado de modo que no consienta absolutamente la verificación del resultado. La sola intención de matar a una persona no tiene importancia jurídica diversa de la de tentar matarla con propinarle, conscientemente o en forma inconsciente, azúcar en lugar de veneno"; señalando además que: "para juzgar la inidoneidad que hace imposible la tentativa, es necesario que el medio o medios puestos en acción por el agente constituyan en sí mismos un obstáculo natural y necesario a la actuación eficaz de la voluntad delictuosa, debido a la aberrante actividad del agente, de modo que ésta no pueda rendir eficacia nunca, en ningún caso, por el fortuito"; Impallomeni, *Istituzioni*, p. 350; Pannain, *Manuale*, p. 419; Grispigni, *Diritto*, II, pp. 124 y 135.

la intención unívocamente manifestada por el acto, sino aquélla y el acto que agrede el bien tutelado, sólo hay agresión cuando el medio es apto para producir el efecto prohibido por la norma penal. Si falta la agresión por la imposibilidad absoluta, total, completa, en el caso concreto, no hay estado objetivo de peligro y ahí falta tentativa punible.

Antes fué precisado que la acción carece en sí de valor, éste viene dado en la apreciación judicial, mas para su comprensión es necesario acudir a todos los factores que la anteceden y concurren con ella: la intención del sujeto activo, el medio que utiliza, el objeto sobre el que debe recaer, las cualidades de los futuros protagonistas, y todas las circunstancias de ambiente. Es pues definitivo el examen de la acción no abstractamente sino concretamente. La doctrina dominante acepta que un medio puede ser causalmente eficaz con relación a un objeto material en el que se hace incidir la acción, y en cambio inepto para producir el resultado querido en otro objeto.

Una dosis de azúcar —con el ejemplo repetido por la mayoría de los autores— puede ser capaz de



poner en peligro la vida de un diabético y es totalmente inofensiva propinada a un hombre sano. Un medio "moral" puede poner en peligro, e incluso causar la muerte de una persona que sufra afección cardíaca, y es inepta para provocar cualquiera alteración de la salud de un hombre de salud equilibrada. La idoneidad no es (igual la preparación) un concepto generalizable; su adecuación proviene de las circunstancias de ambiente y personales de la víctima o del objeto.

Demostrada la inidoneidad total, falta la puesta en peligro típica y en Derecho penal la tentativa punible.

Si en el caso concreto tal inidoneidad sobrevino por el fortuito, haciendo imposible absolutamente la realización del delito, esto es ya elemento, requisito de la tentativa. La inidoneidad sucesiva de la acción, entra igualmente en el campo del error irrelevante, dejando prendida la actuación por tentativa.

Es obvio que sólo cuando el obstáculo insuperable viene desde el momento en que el sujeto activo empieza a agitar, en confrontación con el objeto

al que dirige la actuación, hay tentativa impune, atipicidad. La concepción de la causalidad adecuada, con las restricciones acotadas, soluciona los problemas que pueden ofrecerse al intérprete de la ley.

La idoneidad, y por ello la inidoneidad, es un elemento objetivo. No interesa la creencia del sujeto activo. A los efectos de la represión es superflua la estimativa del agente sobre el valor causal de su acción. Si se funda la punibilidad de la tentativa en esa intención, insistimos, la causalidad no desempeña ya ninguna función en el Derecho de castigar.

Al subjetivismo —positivista, o fincado en la equivalencia de condiciones— le parece que la maldad del sujeto es bastante para motivar la incriminación. Beling<sup>44</sup> sintetiza admirablemente los

44 Beling, *Esquema*, pp. 103 y ss., separa nítidamente las acciones punibles por tentativa, de aquellas impunes, en los siguientes términos: "No son de la clase del delito-tipo y, en consecuencia, no hay tentativa en el sentido del art. 43, en los casos llamados de *tentativa absolutamente inidónea*, constituidos por acciones que, tal como eran, y bajo las circunstancias del caso, no podrían llegar a ser nunca una realización del tipo (p. ej., una mujer no grávida toma un me-



reparos oponibles al subjetivismo, que comparten Mezger y Hippel siguiendo las enseñanzas de Binding en la concepción objetiva.

dicamento no abortivo, un ciego aplica un fósforo a una roca), por oposición al verdadero principio de *porque o bien se detuvo la continuación de la acción o bien no se produjo la continuación causal del suceso.* "Tal es la opinión dominante (teoría objetiva) divergente de la teoría subjetiva. Esta proviene de la época en la cual no se sabía distinguir la antijuridicidad de la culpabilidad, considerándose antijurídica toda acción proveniente de un querer malo. La verdad es que las acciones que nos ocupan no tienen en sí mismas ningún contenido ilícito (y en todo caso ninguno que corresponda al concreto tipo delictivo); carecen objetivamente de significación si es que no son totalmente conformes al Derecho (nadie duda de que el médico obra conforme a derecho cuando suministra la medicina curativa, aun cuando creyera que fuese veneno y quisiera matar al paciente). En la *tentativa absolutamente imposible* lo que contraría al Derecho es simplemente el querer malo del actor. Con lo cual la teoría subjetiva va a parar en la punición de lo meramente interno del hombre; pero como ella debe reconocer que con eso se subvertiría un principio fundamental del Derecho penal, pretende que las acciones de que nos ocupamos se dan, también objetivamente en forma suficiente para la punición, por cuanto contienen *una manifestación del querer malo*, y no sólo un querer como tal. Pero las acciones por medio de las cuales se descubre un plan malvado, para el Ordenamiento jurídico son, naturalmente, muy bien venidas, es decir, no antijurídicas. Finalmente, la inestabilidad de la *teoría de la manifesta-*

Se estima impropio hablar de medio idóneo o inidóneo, pues entendiéndose por tal lo utilizado por el sujeto para alcanzar el propósito, la idoneidad

*ción* se muestra en el hecho de que la ley ha dejado impunes las acciones preparatorias, las cuales, del mismo modo, ponen de manifiesto un querer malvado." Sin embargo, una crítica merece el primer ejemplo aducido por el ilustre jurista alemán. Esta nace del hecho de que ahí donde la atipicidad surge del medio absolutamente inidóneo, es inútil agregar la ausencia total del objeto del delito, por cuanto que éste motiva una atipicidad autónoma, especial, diversa de la primera. La propinación de substancia no abortiva, absolutamente inidónea para producir la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez, no pone nada en la *vida natural*, no aporta causa alguna para variar los fenómenos de la naturaleza, y es indiferente por ello que la mujer esté embarazada o no lo esté. Propinar a la mujer un té, creyendo que es una pócima de helecho macho o de ruda, es medio "normalmente" inidóneo para producir un aborto; es absolutamente inapropiado para el resultado querido: la mujer grávida no sufre en su integridad corporal, ni el feto, aunque la intención fuera lesionarla o matar al feto. Si al té sedativo se une un *medio moral* que produce la muerte del producto de la concepción, o la puesta en peligro de su vida, estaríamos frente a un grupo de acciones concretamente idóneas para el efecto querido; pero si tales acciones se ejercen sobre mujer no grávida, así el medio sea de los "normalmente" aptos para el resultado, la atipicidad no está en la acción, sino en la carencia de objeto del delito. Cfr. Mezger, *Tratado*, II, p. 212; Hippel, *Manuale*, p. 228.