

de la acción aparecería relegada a la estimativa de tal instrumento, cuando ciertamente lo importante es la acción que se sirve del mismo. El medio carece de substantividad, de valor, de eficiencia causal. Adquiere un signo jurídico por la intención del sujeto y la acción que le sigue, en la que se emplea, incluso, la fuerza propia del hombre mismo.⁴⁵

⁴⁵ Grispigni, al examinar el concepto de causa —*Diritto*, p. 227, II—, revisando la causalidad adecuada, adopta la postura del juicio de evaluación sobre la normal potencia de la acción, pero la reduce a sus debidas proporciones, al decir que el juicio es concreto, en relación con todas las circunstancias del caso, "teniendo en consideración todos los elementos externos, preexistentes, simultáneos, previsibles, supervenientes, que podrían unirse a la conducta formando con ésta la totalidad de las condiciones (causa) necesarias, suficientes, para la producción del resultado. Así que, una conducta generalmente idónea para producir un resultado, puede contrariamente presentarse como inidónea en circunstancias particulares; también puede verificarse lo contrario... Sería, por esto, un error discutir en abstracto si un puñetazo es o no idóneo para producir la muerte. Débese, en su lugar, proponerse el problema así: ¿Dado que una determinada persona se encuentra en determinadas condiciones de salud, un puñetazo es idóneo para producirle la muerte?" Por nuestra parte propondríamos el examen de la cuestión tal como lo realiza Jiménez de Asúa, en "El Criminalista", I, p. 214, II, pp. 215, 216, *La Ley y el Delito*, pp. 484, 485.

Si hemos reproducido las objeciones dirigidas contra la causalidad adecuada, en lo que concierne a la evaluación de la causa abstractamente, es lógico adherirnos, en este capítulo, a aquella dirección jurídica que estima la causa restringida o ampliada por la culpabilidad, y con el presupuesto de la causa *sine qua non*, naturalísticamente concebida.

La inidoneidad primitiva de la acción puede ocurrir por la "exquisita necesidad" del sujeto; él mismo, desde el inicio, evita la actuación de un medio que es "normalmente eficaz". Sólo existe la voluntad de delinquir. Quien olvida colocar las cápsulas en el arma de fuego para matar a su enemigo, y pretende matarlo tirando del llamador, no ha "comenzado a matar".

Pero igualmente la inidoneidad sobreviene, en ocasiones, por obra de tercero que produce error de hecho en el sujeto que agita. Si sancionamos la acción que trata de producir el resultado, como quiere Carrara,⁴⁶ ya no se incrimina la puesta en

⁴⁶ Carrara, *Programa*, vol. cit., pp. 247, 248, al elogiar un fallo que castigó por homicidio tentado al padre que carga un arma de fuego para matar al hijo, pero éste, advertido, la

peligro típica, sino los actos preparatorios contingentes que adquirieron su univocidad con el acto posterior inidóneo.

Quien prepara el veneno eficazísimo y observa los movimientos de la futura víctima para propiárselo en el momento oportuno, pero por la acción de tercero, que consciente o inconscientemente cambia el tóxico por una bebida inocua y ministra agua: no ha cambiado el curso natural de los fenómenos, no ha puesto en peligro la vida o integridad corporal de la víctima, le falta la "fuerza física objetiva", el peligro corrido. Si llevamos la punición a la preparación del veneno, por su univocidad, castigamos el acto preparatorio, ya que falta el comienzo de ejecución.

Se impone la distinción, entre tales especies de inidoneidad, y aquella que acaece evitando el desarrollo completo del curso causal, capaz de ser producido por la acción desenvuelta.

descarga y cuando aquél quiere dispararla falla naturalmente en su propósito homicida, porque a su juicio el acto de carga era impune en sí por la equivocidad, pero "el acto sucesivo, aunque inidóneo, le ha dado univocidad y lo ha vuelto punible".

Una es la acción que concretamente es inoperante, que no pone nada en la naturaleza y otra la que empieza a producir efectos, suspendidos por la acción del culpado, de la víctima, de terceros, o del fortuito.

Quien ministra veneno, pero inconscientemente en seguida proporciona a la víctima un antídoto, ha suspendido el efecto, pero la acción primera ha sido idónea, apta, capaz de producir el resultado tipificado: la inidoneidad sucesiva aquí sólo evita la consumación del delito, es por ello elemento del delito tentado de homicidio o de lesiones en su caso.

La dosis no letal de veneno, que se propina cotidianamente con intención homicida, es inidónea en cada acto concreto para producir el resultado; es *insuficiente* por voluntad del sujeto, pero en cada acto es puesta en peligro, al minar la salud de la víctima escogida.

Manzini⁴⁷ acude al término insuficiencia, para referirse a las hipótesis en que, por razones de ca-

⁴⁷ Manzini, *Istituzioni*, I, p. 142, fundamenta el distinguo de la siguiente manera: "la simple insuficiencia del medio respecto del fin no es inidoneidad, porque mientras ésta sig-

lidad, de cantidad o de modo en el medio, el resultado no se produce, pues el fortuito puede suplir lo que faltó al medio, en tanto que, en la inidoneidad es absolutamente imposible el delito, por falta completa de potencia causal en el medio.

nifica ausencia absoluta, completa, de potencia causal, la primera denota solamente deficiencia de fuerza para conseguir el propósito. Aquí la insuficiencia del medio, que puede ser determinada por razones de cualidad, de cantidad o de modo, no excluye la punibilidad de la tentativa, porque no hace imposible absolutamente el resultado que consuma el delito, en cuanto que el fortuito puede suplir la insuficiencia del medio aprestado." Igual en *Trattato*, II, 384. Para la objeción sobre la validez del distingo, no para los efectos de la incriminación, consultar Pannain, *Manuale*, p. 424. Conf. Grispigni, *Diritto*, II, p. 124; Vannini, *Lineamenti*, p. 144, *Il problema*, p. 20; Carrara, *Tentativa*, pp. 119, 120, igualmente en *Programa*, vol. cit., p. 244; hasta el mismo Ferri lo acepta en *Principios*, p. 506, y Florian, *D. Penal*, pp. 610, 616. Es por ello torpe decir que significan conceptualmente lo mismo inidoneidad absoluta e inidoneidad —insuficiencia— relativa. La ejecutoria de marzo 5 de 1950, Suprema Corte, amparo en Rev. 5206/949, analiza la intención de dañar y se decide por el más —ver antes Manzini, Carrara cita núm. 23—, concluye abstractamente sobre el medio, declarándolo apto para matar; es tentativa de homicidio el acecho preordenado, si el culpado tenía intención de dañar a una persona con un automóvil, arrollándola, aunque la víctima jamás estuvo presente.

A decir verdad no interesa profundamente el léxico; lo importante es dejar establecido el marco dentro del cual una acción puede considerarse imputable por tentativa y cuándo ella permanece fuera de la imputación.

Al logro de la finalidad propuesta, auxilia la afirmación de que lo evaluable en Derecho no es el medio, sino la acción, la conducta humana, en cuanto es típica, culpable y antijurídica.

Si tomamos el "medio" aisladamente, alcanzaremos un juicio de valor abstracto y llegaremos a conclusiones inaceptables. El medio puede ser en relación con las circunstancias y el objeto del delito, tan ineptamente usado, que resulte inidóneo en ese y en todas las hipótesis en que venga operando semejantemente; y un medio abstractamente inidóneo puede ser utilizado tan hábilmente, de acuerdo con el *conocimiento del hombre superior*, medidas todas las circunstancias —ambiente, objeto— preexistentes y concomitantes, que resulte eficaz para la producción del resultado. Por ello, es decisiva la consideración de la acción, que es lo justificable, no el medio, que no es objeto de la re-

presión penal. Pannain ha dicho que "la idoneidad del medio va juzgada en abstracto, la idoneidad del acto va juzgada en concreto, un medio abstractamente idóneo puede ser inidóneo en concreto... Un disparo de arma de fuego es, abstractamente considerado, un medio idóneo para matar, mas si viene producido a distancia superior de la que el arma permite es inidóneo para producir el resultado", y Vannini, objetando un fallo de la Casación Italiana que sancionó por homicidio tentado el acecho preordenado con fusil en mano interroga: ¿Cómo es posible juzgar de la idoneidad de este acto preparatorio: falta el sujeto pasivo, no sabemos a qué distancia, presente éste, el agente habría disparado...; no existe más que un instrumento abstractamente idóneo (el fusil), pero cuál es la acción que puede declararse idónea, en el sentido de poder afirmar que por ella el bien fué agredido?" Podemos aducir el ejemplo, no ciertamente escolástico, proporcionado por Hippel: el ligero golpe dado en el cráneo, que produce su fractura por un defecto óseo, ocasionando la muerte. Si el sujeto

activo conocía tal circunstancia y contaba con ella para lograr su propósito homicida; aunque la *causa* es normalmente inapropiada, fué concretamente apta y a tal potencia naturalística debe unirse el elemento finalístico: la voluntad del sujeto activo, en la forma expuesta por Grispigni, Asúa, Carnelutti y Soler. Se divide la imputación no por el resultado, sino por la culpabilidad: delito preterintencional o doloso nacen ya como hijos del querer; y el dolo de consecuencia necesaria aparece de la presunción de culpabilidad derivada de la normal y evidente potencia causal de la acción; hay aquí verdadera *causa adecuada*. Esto se lleva lógicamente al delito tentado, tomando en consideración el conocimiento del hombre superior, del hombre ideal y del hombre inferior, para el juicio de necesidad.

La dosis escasa de veneno (persona enferma o sana); el disparo de arma de fuego (a larga o a corta distancia) contra persona protegida por una cota de malla o que viaja en automóvil blindado, ofrecen ejemplos de acciones relativamente inidóneas. Una es la potencia causal que se desvirtúa y

otra es su ausencia. La ley no debe sino comprender genéricamente estas dos modalidades de la acción. El casuismo es un demérito, en vez de acierto: la ley casuista se hincha, en su vano intento de especificar, y ofrece un aspecto tumefacto. A la postre resulta, con tales normas jurídicas, que la jurisprudencia se convierte en ley derogatoria particularizante por necesidades vitales.

De *lege ferenda* resulta indispensable acotar tales diferencias substanciales.

Concluyendo: La acción —no el medio— es inidónea en forma absoluta cuando le está vedado un desenvolvimiento causal acorde con la intención del sujeto activo, y en ningún caso podría, aun aceptándose la intervención del fortuito, ocasionar el resultado lesivo; mas la inidoneidad que adquiere importancia en Derecho penal, como la idoneidad a su vez, viene en el caso concreto, singularmente. La impunidad de la primera se deriva de la ausencia del peligro corrido; por ello, el Positivismo penal la elude. Al Derecho preventivo sí le es propia la indagación con fines sancionatorios, de tal inidoneidad, pero en vista de la peligrosidad del agente.

Si un Código se inspira en el clasicismo, en la anti-juridicidad objetiva y no la extiende por la culpabilidad venida por el camino del estado peligroso, prescinde de la inidoneidad absoluta para la figura accesoria y la recibirá, eclécticamente, adosándole medidas de seguridad. Si le agrega como amenaza una pena, es ilógico, mezclar pena y estado peligroso, que son unidades irreductibles. La pena se basa en el daño, en su entidad política. La medida de seguridad se afianza en la prevención como fin; su existencia se debe al estado peligroso, en que el daño es un hecho al que no acude para su justificación. Si se pena al peligroso, igualmente, con el mismo sentido absurdo, podría aplicarse medida de seguridad al delincuente por razón de su delito. Si hay pena para el peligroso, es previo el juicio que tiene como premisa menor la investigación del sujeto por las ciencias criminológicas, como premisa mayor los postulados de la ciencia criminal, pero faltando las premisas y obteniéndose la pena —no la medida de seguridad—, del simple actuar absolutamente inidóneo, resulta que se castiga la voluntad decisa de un sujeto que puede ser o no ser peligroso. Todo

se derrumba, todo es hijo de una confusión, por ignorarse lo que es pena, sus fines; lo que es medida de seguridad, sus fines, la justificación de aquélla y de éstas; lo que es daño y lo que es el estado peligroso. Si pensamos que alguna ley comprende en la definición de la tentativa el delito imposible por absoluta inidoneidad de la acción, y que le adosa una pena, estamos afirmando que el legislador cometió la más grave de las incongruencias; le estamos imputando un estupendo desatino, porque aseguramos que el legislador no supo distinguir daño, estado peligroso, pena, medida de seguridad.

La acción relativamente inidónea ha sido comprendida como punible por tentativa desde el egregio Carrara hasta nuestros tiempos. Ninguna discrepancia anota la doctrina al respecto.

La dosis escasa de veneno, el disparo de arma de fuego a mayor distancia del alcance del fusil, son casos de *insuficiencia*, en que definitivamente el fortuito, la acción del propio culpado, de la víctima, de terceros o la naturaleza, hicieron fallido el intento criminoso. Esto se emparenta con la relativa inexistencia del objeto del delito. El objeto existe,

tiene vida, puede ser lesionado, pero circunstancialmente, ocasionalmente, no está presente; no ha sido agredido gracias al fortuito, pero pudo haberlo sido a través de la acción desplegada. Un factor meramente espacial detuvo el curso causal.

Hemos creído necesario, a riesgo de pecar por prolijidad, subrayar la diferencia cualitativa y de Escuelas, en este aspecto del problema que de modo natural surge en torno del delito tentado, porque el Positivismo penal se ha infiltrado en el ámbito del derecho de castigar, pretendiendo *tragárselo* anticipadamente.

De ahí proviene el desdén por la dogmática jurídica de que hacen gala los seguidores de Ferri, pero pasan por alto el hecho de que hay un Código Penal y las garantías de tipicidad y penalidad.