

# Atipicidad por ausencia de querer típico en el dolo

María Cruz Camacho Brindis\*

Sumario: Introducción / 1. Concepto / 2. Ubicación sistemática / 3. Teoría del modelo lógico / 4. Marco legal / Conclusión.

***El objetivo de este análisis es el estudio de la lesión del bien jurídico que se produce cuando el sujeto actúa, en forma involuntaria, impulsado por una fuerza física externa e irresistible o por reacciones corporales involuntarias, como sucede, por ejemplo, cuando una persona es empujada contra otra con tal fuerza que la lesiona (Vis absoluta).***

## Introducción

El objetivo de este análisis es el estudio de la lesión del bien jurídico que se produce cuando el sujeto actúa, en forma involuntaria, impulsado por una fuerza física externa e irresistible o por reacciones corporales involuntarias, como sucede, por ejemplo, cuando una persona es empujada contra otra con tal fuerza que la lesiona (*vis absoluta*); el caso del que se desploma causando lesiones a una persona, después de haber sido lanzado por el aire a consecuencia de un remolino (*vis maior*); finalmente, el caso del automovilista que provoca daño cuando suelta el volante en un movimiento instintivo, perdiendo control sobre el mismo, al ser agredido sorpresivamente por un enmascarado escondido en la parte trasera de su auto (*movimientos reflejos*).

En el análisis se presentan los conceptos de *vis absoluta*, *vis maior* y *movimientos reflejos*. Se ubica el objeto de conocimiento en la sistemática causa-lista y finalista, exactamente, en la acción (sólo como referencia).

El marco teórico empleado es la *Teoría del Modelo Lógico*. Destaca algo fundamental: la *vis absoluta*, la *vis maior* y los *movimientos reflejos*, pertenecen al nivel fáctico e impiden que se integre el delito. Se constituyen como aspectos negativos del dolo o,

si se prefiere, constituyen *atipicidad*, porque son causas que anulan el querer típico y dan por resultado ausencia de voluntad, de dolo, de conducta y de delito. Son actos involuntarios que un sujeto lleva a cabo y no integran tipicidad en el delito.

## 1 Concepto

### 1.1. *Vis absoluta* y *vis maior*

La *vis absoluta* y la *vis maior* son fuerzas físicas (la primera humana y la segunda no humana) externas e irresistibles que, por recaer sobre el cuerpo del sujeto, impiden, en el caso concreto el querer típico.<sup>1</sup> La fuerza irresistible es un acto de fuerza proveniente del exterior que actúa materialmente sobre el agente.<sup>2</sup>

La *vis absoluta* es de origen humano, como por ejemplo, atar fuertemente a una persona a un árbol mientras duerme para impedir que cumpla con su deber. No hay conducta, ya que el sujeto no puede manifestar su voluntad. Es un caso de fuerza irresistible.

La *vis absoluta* proviene del exterior, es decir, de una tercera persona, y cobra importancia en los delitos de omisión, como cuando se quiere impedir a

\* Profesora e investigadora del área de ciencias penales y criminológicas del Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma Metropolitana.

1 ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, Ed. Trillas, México, 1991, p. 64.

2 MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General del Delito*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1989, p. 29.

alguien que obre en el sentido del deber que le impone la norma, por ejemplo, atar al guardagujas para que no pueda accionar el cambio de vías.

Quien actúa por un efecto irresistible no responde penalmente, ya que su actividad o inactividad es irrelevante desde este punto de vista.

La fuerza no puede ser endógena ni nacida del propio estado de ánimo del sujeto (no la constituye un ímpetu o arrebató del sujeto, ni un actuar estimulado por ideas supersticiosas, ni por la sugestión ejercida sobre un sujeto, ni obrar por impulsos de orden moral que influyen en el ánimo), sino que ha de ser exógena, proveniente de la presión de un tercero (falta de voluntad).<sup>3</sup>

Algunos teóricos tradicionales identifican la *vis absoluta* y la *vis maior* con la fuerza irresistible, a la que definen como: "un acto de fuerza proveniente del exterior que actúa materialmente sobre el agente".<sup>4</sup> Hay dudas cuando se trata de incluir un origen no humano, ésto se deduce de la afirmación que hace el jurista español Francisco Muñoz Conde: "la fuerza ha de provenir del exterior, es decir, de una tercera persona o incluso, más dudosamente, de fuerzas naturales".<sup>5</sup> En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo español, considerando que deben quedar al margen las fuerzas naturales que hayan podido violentar al sujeto (STS de 26 de octubre de 1932; 17 de marzo de 1965; 15 de diciembre de 1970).<sup>6</sup> Sin embargo, la doctrina española critica esta posición jurisprudencial invocando que, en el propio Código Penal Español, no se especifica si la causa de la fuerza proviene de un agente personal o externo. El texto legal es el art. 8, 9o. Código Penal Español: "Están exentos de responsabilidad criminal: 9o. El que obra violentado por una fuerza irresistible". Restringirlo a un origen humano, exclusivamente constituye un perjuicio que carece de base legal.

En realidad, la fuerza irresistible puede tener un origen no humano, por ejemplo, el viento, el mar, la fuerza de la inercia, etc. Para reforzar esta idea se cita al jurista alemán Reinhart Maurach, quien, cuando hace alusión a la fuerza irresistible no destaca su origen: "no es, por último, acción, la conducta corporal obtenida por fuerza irresistible, producida de modo mecánico. Poco importa que la fuerza venga de otro hombre o de una fuerza natural".<sup>7</sup>

La fuerza irresistible se regula en el párrafo 52 del Código Penal Alemán como causa de exclusión de la atribuibilidad.

En la doctrina mexicana sí se destaca esta diferencia; Castellanos Tena, cuando habla de la fuerza física exterior irresistible menciona que: "la *vis absoluta* y la *vis maior* difieren por razón de su procedencia; la primera deriva del hombre y la segunda de la naturaleza, es decir, es energía no humana".<sup>8</sup> Considera como un factor eliminatorio de la conducta a la *vis maior* (fuerza mayor), ya que su presencia demuestra la falta del elemento volitivo, indispensable para la aparición de la conducta, que es siempre un comportamiento humano voluntario.<sup>9</sup>

#### 1.1.1. Fuerza física

Ha de entenderse como aquella que se ejerce materialmente sobre el sujeto pasivo, en un despliegue directo de fuerza sobre el sujeto. Por ejemplo, "A" empuja improvisadamente a "B" con tal fuerza que se estampa sobre el sujeto "C", quien cae al suelo produciéndose unas lesiones;<sup>10</sup> quien estaba de pie junto a la piscina es empujado al agua y cae sobre un bañista;<sup>11</sup> el ama de llaves consigue por la fuerza que al testar, el propietario de la casa gravemente enfermo, se deje llevar la mano por ella en contra de su voluntad;<sup>12</sup> o el caso de quien al desplomarse causa lesiones a una persona, después de haber sido lanzado al aire a consecuencia de un remolino.

#### 1.1.2. Externa

La fuerza no puede ser oriunda del propio sujeto ni de su estado de ánimo, sino ha de ser exógena originada de la presión de un tercero. "La fuerza no proviene del mismo sujeto que la invoca".<sup>13</sup>

No puede consistir en ímpetu o arrebató del agente ni del hecho de obrar estimulado por ideas supersticiosas, ni por la sugestión que se pueda ejercer sobre el agente, ni fundarse en impulsos de orden moral que influyan en su ánimo, ni por estímulos o ímpetus pasionales, ni de la pasión política.<sup>14</sup>

3. SILVA CASTAÑO, María Luisa, *Código Penal Comentado*, Ed. AKAL, Madrid, España, 1990, p. 49.

4. Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco, *ob. cit.*, p. 29.

5. *Ibidem*, p. 29.

6. *Ibidem*,

7. MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, título original: *Deutsches Strafrecht*, Ed. Ariel, Barcelona, 1962, p. 216.

8. CASTELLANOS, Fernando, *Lineamientos elementales de Derecho Penal*, Parte General, Ed. Porrúa, México, 1984, p. 163.

9. *Ibidem*.

10. Vid. MAURACH, Reinhart, *ob. cit.*, p. 217.

11. JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, Traducción y adiciones de Derecho español por S. Mir PUIG y F. MUÑOZ CONDE, vol. primero, BOSCH, Casa Editorial, Barcelona, p. 298.

12. WESSELS, Johannes, *Derecho Penal*, Parte General, trad. Conrado A. FINZI, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 28.

13. "RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, citado por SILVA CASTAÑO, María Luisa, *ob. cit.*, p. 49.

14. En este sentido JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, citado por SILVA CASTAÑO, María Luisa, *ob. cit.*, p. 49.

Hay que destacar que en España, tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que los impulsos irresistibles de origen interno (arrebato, estados pasionales) no pueden servir de base a esta eximente, porque se trata de actos en los que no está ausente totalmente la voluntad.<sup>15</sup> Así, se exige que la fuerza sea externa, por ejemplo, la Sentencia de 9 de mayo de 1958, referida al conductor de un tranvía que transita por la calle de pronunciada pendiente y que, al producirse un corte de energía eléctrica, causa un daño.

### 1.1.3. Irresistible

La fuerza ha de ser de tal magnitud que suprima la posibilidad de reacción voluntaria y, la ausencia de voluntad, se deberá estimar, tanto si el sujeto que sufre la fuerza despliega su energía con el fin de contrarrestar la *vis* (aunque esta resistencia resulte insuficiente), como si, no pudiendo en absoluto sobreponerse a ella físicamente, se abstiene de toda aplicación de esfuerzo.<sup>16</sup>

La irresistibilidad de la fuerza se estima en función de las condiciones particulares del sujeto pasivo, ya que si bastara una leve interposición de energía física para resistir con éxito, carecería de sentido discutir la apreciación de la eximente: "Si la fuerza no es absoluta, el que la sufre puede resistirla o por lo menos tiene esa posibilidad, no cabe apreciar esta eximente".<sup>17</sup> Tampoco son relevantes las conductas que el forzado pueda realizar si son ineficaces para impedir la acción indicada, como el gritar en vano por parte de quien se ve impedido violentamente de socorrer. Lo que es incompatible con el socorro es permanecer en la situación que le impone la fuerza irresistible, como estar sujeto o encerrado.<sup>18</sup> Como se ve, sólo así se constituye la fuerza irresistible, sólo así se anula la voluntad, de no ser así se estará a la hipótesis que plantea Mir Puig, en el sentido de que "si el forzado podía pedir que otro socorriera y no lo hace, su silencio puede considerarse un comportamiento no forzado que puede servir de base al tipo de omisión".<sup>19</sup>

### 1.2. Movimientos reflejos

"Son reacciones corporales involuntarias a estímulos del exterior que excitan algún órgano receptor".<sup>20</sup> Se presentan sin la participación de la voluntad.

***El que realiza una actividad lesiva de un bien jurídico u omite una acción en la que es garante en la evitación de un resultado, con motivo de una vis absoluta, vis maior o movimientos reflejos, no sólo no responde sino que su actuación u omisión, es penalmente irrelevante.***

Son procesos en que "el impulso externo actúa por vía subcortical, periférica, pasando directamente de un centro sensorio a un centro motor. Todo ello sin intervención primaria de la conciencia".<sup>21</sup>

El estímulo del mundo exterior es percibido por los centros sensores que lo transmiten, sin intervención de la voluntad, directamente a los centros motores y "no constituyen acción, ya que el movimiento no está en estos casos controlado por la voluntad".<sup>22</sup>

Un buen ejemplo lo constituye la Sentencia del Tribunal Supremo español del 11 de mayo de 1976, en que se aprecia ausencia de acción en un caso en que un enmascarado escondido en la parte trasera de un coche toma por detrás a la persona que conduce y que, a consecuencia de ello, suelta el volante en un movimiento instintivo, perdiendo el control del auto y causando daños;<sup>23</sup> igualmente los ejemplos que da Maurach: "convulsiones, vómitos y, en determinadas circunstancias, los movimientos instintivos de defensa durante el llamado momento de sobresalto",<sup>24</sup> o el que proporciona Jescheck: "un sujeto efectúa un movimiento brusco al tocar una conducción eléctrica y hiere a otra persona".<sup>25</sup>

Se ha afirmado que las reacciones equivocadas de un conductor ante un peligro sorpresivo no constituyen movimientos reflejos, ya que pueden controlarse (consecuencia dominable con suficiente ejercicio).<sup>26</sup> Más aún, Schünemann destaca que se llega a negar que los verdaderos movimientos reflejos excluyan la acción, ya que, se dice, la investigación médica ha puesto de manifiesto una cierta probabilidad de evitarlos.<sup>27</sup> Sin embargo, en realidad, esto dependerá, en el caso concreto del cuidado o falta del cuidado en relación a la acción anterior al resultado y, sobre todo, de que el sujeto haya tenido la posibilidad de prever la lesión del bien jurídico (previsibilidad) y de la posibilidad de poner en

15. Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco, *ob. cit.*, p. 30.

16. En este sentido véase SILVA CASTAÑO, María Luisa, *ob. cit.*, p. 49.

17. MUÑOZ CONDE, Francisco, *ob. cit.*, p. 29.

18. Vid. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal*, Parte General, Ed. PPU, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 3a. ed., 1990, p. 205.

19. *Ibidem*.

20. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *ob. cit.*, p. 64.

21. MIR PUIG, Santiago, *ob. cit.*, p. 205.

22. MUÑOZ CONDE, Francisco, *ob. cit.*, p. 30.

23. MIR PUIG, Santiago, *ob. cit.*, p. 205.

24. Vid. MAURACH, Reinhart, *ob. cit.*, p. 215.

25. Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich, *ob. cit.*, p. 298.

26. *Ibidem*.

27. SCHÜNEMANN, G.A., 1985, citado por MIR PUIG, Santiago, *ob. cit.*, p. 206.

juego el cuidado posible y adecuado para no producir o evitar la lesión del bien jurídico (provisibilidad). Cuando faltan estas posibilidades no se integra la voluntad, ni siquiera en su forma culpable, en consecuencia, se está ante un perjuicio generado fortuitamente, es decir, que el autor no puede ejercer ningún control sobre su actividad o inactividad. La lesión a bienes jurídicos se produce **sin participación de la voluntad**. En otros términos: si el sujeto puede controlarlos o, por lo menos, retardarlos, ya no constituyen aspectos negativos del delito.<sup>28</sup>

Del concepto de "movimiento reflejo" se han excluido las denominadas "reacciones explosivas" como, por ejemplo, ciertas situaciones que se producen en la cárcel y algunos estados de embriaguez patológica y se les ha ubicado en una zona denominada "intermedia" y resueltos en el rubro de la inimputabilidad, pero reconociéndoseles cierta intervención de la voluntad, lo que impide, obviamente, ubicarles como excluyentes de voluntad. Su naturaleza está en la voluntad.

Lo que sucede es que en el movimiento reflejo está ausente la posibilidad de control por medio de la voluntad. Como no dependen de la voluntad, no se integra la conducta (acción u omisión), y si no hay conducta no hay delito. La lesión a un bien jurídico llevada a cabo con un movimiento reflejo, no es delito. El sujeto es causa, pero no dirige su actividad corporal a través de su voluntad. De acuerdo con Jescheck, es la cooperación de las fuerzas psíqui-co-espirituales la que ha de constituir el requisito mínimo del concepto de acción: "no son acciones los actos reflejos puramente somáticos, en los cuales el movimiento o la falta del mismo son desencadenados de forma inmediata por un estímulo directamente dirigido al sistema nervioso..."<sup>29</sup>.

## 2. Ubicación sistemática

### 2.1. Teoría de la acción causalista

La teoría de la acción causalista define el delito como la acción típicamente antijurídica y culpable.<sup>30</sup> La acción es entendida sólo en función causal, como proceso ciego mecánico. Es decir, para la existencia de la acción sólo se requiere que el hacer o el omitir encuentren su origen en la voluntad del agente, sin importar el contenido de la misma, que es materia de la culpabilidad.<sup>31</sup>

La acción, también denominada conducta, puede manifestarse a través de actos o abstenciones. Así, la acción, en sentido estricto, es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior.<sup>32</sup> En tanto que en la omisión existe manifestación de voluntad que se traduce en un no actuar.<sup>33</sup>

Como se ve, la manifestación de voluntad es el elemento común en la conducta.

La tipicidad surge como la adecuación de la conducta al tipo,<sup>34</sup> también como la descripción de una conducta desprovista de valoración<sup>35</sup>.

La antijuricidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal.<sup>36</sup>

Finalmente, es en la culpabilidad que se encuentra el contenido de la manifestación de voluntad, es allí donde existe el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto; lo que hace que la culpabilidad en su forma dolosa tenga dos elementos: uno volitivo, referible a que el sujeto quiere la conducta y el resultado y, otro, intelectual, en relación a que conoce la antijuricidad de su conducta.

En el dolo, el sujeto muestra una franca oposición frente al orden jurídico ya que, conociendo la significación de su conducta, procede a realizarla. Es una voluntad consciente que se dirige al evento o hecho típico. Consecuentemente al contenido de la voluntad es el dolo.

El dolo causalista consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictivo o, simplemente, en la intención de ejecutar un hecho delictivo.<sup>37</sup> Tiene un elemento ético que está constituido por la conciencia de que se quebranta un deber; tiene, además, un elemento volitivo o psicológico que consiste en la voluntad de realizar el acto, es decir, en la volición de un hecho típico. He ahí el contenido de la voluntad. Dicho contenido se encuentra en la culpabilidad, es allí donde se estudia la voluntad encaminada directamente al resultado o al acto típico. El resultado y el propósito del autor coinciden. Como se ve la acción causalista sólo se origina en la voluntad del autor, pero no determina su contenido, pues éste está dado en la culpabilidad, en la forma de voluntad dolosa.

En este orden de ideas, los causalistas consideran que si falta alguno de los elementos del delito (ac-

28. En este sentido véase CASTELLANOS, Fernando, *ob. cit.*, p. 164.

29. JESCHECK, Hans-Heinrich, *ob. cit.*, p. 296.

30. MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, 1.1., Madrid, p. 156.

31. Vid. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *ob. cit.*, p. 42.

32. Vid. CASTELLANOS, Fernando, *ob. cit.*, p. 152.

33. *Ibidem*.

34. PORTE PETTT, Celestino, citado por CASTELLANOS, Fernando, *ob. cit.*, p. 166.

35. Vid. CASTELLANOS, Fernando, *ob. cit.*, p. 166.

36. *Ibidem*, p. 176.

37. CUELLO CALÓN, Eugenio, citado por CASTELLANOS, Fernando, *ob. cit.*, p. 239.

ción, tipo, antijuricidad, culpabilidad), éste no se integra. Por eso, la ausencia de conducta (acción), constituye uno de los aspectos negativos del delito, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito, como de todo problema jurídico. Muchos llaman a la conducta soporte naturalístico del ilícito penal.<sup>38</sup>

El siguiente cuadro ilustra tal información:

ASPECTOS POSITIVOS= HAY DELITO	ASPECTOS NEGATIVOS= NO HAY DELITO
a) Conducta	Ausencia de Conducta.
b) Tipicidad	Ausencia de tipo.
c) Antijuricidad	Causas de justificación.
d) Culpabilidad	Causas de inculpabilidad.

La actividad o inactividad lesiva de un bien jurídico no se constituye en una conducta de relevancia penal cuando no se acompaña de una manifestación de voluntad.

Al anularse la voluntad no hay conducta, en consecuencia, no hay delito: "Si la conducta está ausente, evidentemente no habrá delito, a pesar de las apariencias".<sup>39</sup> No hay una acción humana en el sentido valorativo del derecho, por no existir la manifestación de voluntad.

Los causalistas consideran causas impeditivas de voluntad o falta de elemento volitivo: la *vis absoluta*, la *vis maior* y los *movimientos reflejos*, y las estudian en los aspectos negativos de la conducta.

## 2.2. Teoría de la acción finalista

El delito de la teoría finalista es una acción típica, antijurídica, culpable y punible.

Se llama acción todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. La voluntad implica siempre una finalidad, el contenido de la voluntad es siempre algo que se quiere alcanzar, es decir, un fin. La acción humana regida por la voluntad es siempre una acción final, una acción dirigida a la consecución de un fin.

La acción -a diferencia de la acción causalista- encuentra su contenido y su origen en la voluntad. La finalidad rescata para la acción el contenido de la voluntad y aparece así la voluntad final, que, en los delitos dolosos, viene a ser lo mismo que el dolo.<sup>40</sup>

La dirección final de la acción se realiza en dos fases: una, externa; otra interna. La interna sucede en la esfera del pensamiento del autor que se propone anticipadamente la realización de un fin, la selección de medios y los efectos concomitantes. Es en esta fase que se encuentra el contenido de la voluntad que rige la acción, es querer realizar algo que el autor cree que puede realizar: "el autor quiere todas y cada una de las circunstancias porque ha incluido en su voluntad la representación total del hecho".<sup>41</sup> La externa, se da cuando el autor procede a su realización en el mundo externo, pone en marcha el proceso causal, dominado por la finalidad.<sup>42</sup>

En cuanto al tipo, la antijuricidad y la culpabilidad, se afirma que toda acción u omisión es delito si infringe el ordenamiento jurídico (antijuricidad), en la forma prevista por los tipos penales (tipicidad) y puede ser atribuida a su autor (culpabilidad).

En cuanto al dolo, el finalismo lo sitúa en la acción y en el tipo. Lo integra de dos elementos: el conocimiento de los hechos descritos en el tipo legal y el querer la realización de tales hechos. El conocimiento de la antijuricidad (conocimiento del injusto) no forma parte del dolo, sólo de la culpabilidad, que constituye el reproche penal. Consecuentemente el dolo finalista, como contenido de voluntad, es neutro, libre de valoraciones y no pertenece a la culpabilidad.

La conducta (acciones voluntarias y procesos causales regidos por la voluntad) no se configura cuando no hay, precisamente, voluntad, como ocurre con la fuerza irresistible (*vis absoluta*) y los movimientos reflejos, que constituyen aspectos negativos de la acción y, en consecuencia, no son delito porque el sujeto no puede, ni siquiera, manifestar su voluntad, ya que ésta se encuentra anulada. Como se observa, los finalistas ubican este objeto de estudio en los aspectos negativos de la conducta (acción).

## Teoría del modelo lógico

La *vis absoluta*, la *vis maior* y los *movimientos reflejos* constituyen aspectos negativos del dolo. Concretamente ausencia de uno de los elementos del dolo: el querer (elemento volitivo). A su vez, el dolo está ubicado en un elemento más amplio que es la conducta y la conducta pertenece al Kernel (núcleo del tipo) y el Kernel al tipo legal. Esto merece una explicación previa.

38. Vid. CASTELLANOS, Fernando, *ob. cit.*, p. 162.

39. *Ibidem*.

40. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *ob. cit.*, p. 42.

41. MUÑOZ CONDE, Francisco, *ob. cit.*, p. 25.

42. MUÑOZ CONDE, Francisco, *ob. cit.*, p. 25; ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *ob. cit.*, p. 42.

El tipo legal es una figura elaborada por el legislador, descriptiva de una clase de eventos antisociales, con un contenido necesario y suficiente para garantizar la protección de uno o más bienes jurídicos.<sup>43</sup>

De lo anterior se desprende que el tipo legal está ubicado en el mundo de la normatividad, ya que, junto con la punibilidad, integra la total norma jurídico penal, consecuentemente es tan sólo una mera descripción general y abstracta sin cuya existencia previa, no hay delito.

El tipo legal se integra de 22 elementos a saber:

**DEBER JURÍDICO PENAL**

Elemento:

**N= Deber jurídico penal**

**BIEN JURÍDICO**

Elemento:

**B= Bien jurídico**

**SUJETO ACTIVO**

Elementos:

**A<sub>1</sub>= Voluntabilidad A<sub>2</sub>= Imputabilidad A<sub>3</sub>= Calidad de garante A<sub>4</sub>= Calidad específica A<sub>5</sub>= Pluralidad específica**

**SUJETO PASIVO**

Elementos:

**P<sub>1</sub>= Calidad específica P<sub>2</sub>= Pluralidad específica**

**OBJETO MATERIAL**

Elemento:

**M= Objeto material**

**KERNEL**

Elementos:

**J<sub>1</sub>= Voluntad dolosa  
J<sub>2</sub>= Voluntad culposa  
Conducta  
I<sub>1</sub>= Actividad  
I<sub>2</sub>= Inactividad  
R= Resultado material  
E= Medios  
G= Referencias temporales  
S= Referencias espaciales  
F= Referencias de ocasión**

**Modalidades**

**LESIÓN O PUESTA EN PELIGRO DEL BIEN JURÍDICO**

Elementos:

**W)= Lesión del bien jurídico**

**W<sub>2</sub>= Puesta en peligro del bien jurídico (tipo de tentativa) VIOLACIÓN DEL DEBER JURÍDICO PENAL**

Elemento:

**V= Violación del deber jurídico penal.**

De este esquema interesa detenerse en el Kernel. El Kernel es el subconjunto de elementos del tipo necesarios para producir la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. A nivel fáctico, es la base para construir el delito.<sup>44</sup>

Dentro del Kernel, como se observa en el cuadro, se incluye la conducta. Conducta (acción u omisión) es el proceder volitivo descrito en el tipo.<sup>45</sup>

La conducta lleva implícita la voluntad, tanto en la acción como en la omisión. Es la voluntad lo que da contenido al hacer o al omitir.

La voluntad dolosa da contenido a la conducta.

El dolo es conocer y querer la concreción de la parte objetiva, no valorativa del tipo legal.<sup>46</sup>

El dolo es conocer y querer la concreción del bien jurídico, del sujeto activo en relación a la calidad de garante, a la calidad específica y al número específico; del sujeto pasivo en cuanto a la calidad y número específico; del objeto material, de la actividad, de la inactividad, del resultado material, de los medios, referencia temporal, espacial y de ocasión y, finalmente, de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

Se excluye el dolo de la culpabilidad y, como se ve, se le ubica en la conducta; es un concepto de dolo neutro, libre de valoraciones. Conducta y dolo quedan dentro del tipo legal.

1. El dolo se analiza en dos niveles conceptuales: en la teoría de las normas penales y en la teoría de los delitos. En la primera, el dolo está incluido en la conducta general y abstracta contenida en el tipo; en la segunda, el dolo está contenido en la conducta particular y concreta ejecutada por el sujeto, por tanto, en el delito.<sup>47</sup>

El delito, como culpable concreción de un tipo legal, se ubica en la facticidad y, para que haya delito, debe darse *tipicidad*, es decir, correspondencia unívoca uno a uno entre los elementos del tipo legal y los contenidos del delito. Cuando no se satisface el requisito de la exacta correspondencia, hay atipicidad<sup>48</sup>.

44. *Ibidem*, p. 41.

45. *Ibidem*, p. 42.

46. *Ibidem*, p. 43.

47. *Ibidem*, p. 43 y 44.

48. *Ibidem*, p. 56.



El delito tiene dos contenidos: el primero surge con la conducta (elementos del delito), el segundo, ya existe antes de la conducta llevada a cabo por el sujeto (presupuestos del delito).

El Kernel es subconjunto del delito. La conducta es elemento del Kernel. El dolo es elemento de la conducta. La voluntad es elemento del dolo.

Cuando falta el dolo, la conducta típica está ausente y esto se presenta cuando no se configura el elemento intelectual (conocer), o el elemento volitivo (querer).

El elemento intelectual va orientado a conocer la parte objetiva no valorativa del particular tipo legal, el sujeto sabe qué es lo que hace, y, su aspecto negativo está dado por el error.

El punto esencial de este análisis está en el elemento volitivo (querer típico). Esto supone una voluntad incondicionada de realizar algo típico, algo que el autor sabe que puede realizar, sabe que la realización está dentro de sus posibilidades.

El querer implica saber. El sujeto puede querer realizar algo que conoce. Quiere todos y cada uno de los presupuestos y elementos del delito (adecuados a la parte objetiva no valorativa del tipo legal), porque va incluida en su voluntad la realización total del hecho. La voluntad consiste en la resolución de ejecutar el tipo legal y se extiende a la parte ob-

jetiva no valorativa conocida por el autor que sirve de base a la decisión de la acción. No es así cuando la voluntad resulta anulada, cuando el sujeto pierde espontaneidad y motivación.

Lo que sucede es que una acción es conducida siempre por la conciencia de lo que se quiere, esto es, el momento intelectual, y por la decisión de querer realizarlo, que no es otra cosa que el momento volitivo. Conocer y querer son así dos momentos que configuran acción real que existen formando el dolo.

Si se elimina el querer, no hay voluntad típica dolosa y esto ocurre con la *vis absoluta*, la *vis maior* y los *movimientos reflejos*. Consecuentemente, no hay conducta. Obsérvese que éstos constituyen aspectos negativos del dolo, a diferencia de las teorías tradicionales que las estudian exclusivamente en los aspectos negativos de la acción a pesar de que en el dolo se encuentra el elemento volitivo.

Véase detenidamente: "la *vis absoluta* y la *vis maior* son fuerzas físicas (la primera de origen humano y la segunda de origen no humano) externas e irresistibles que, por recaer sobre el cuerpo del sujeto, impiden, en el caso concreto, el querer típico".

49. *Ibidem*, p. 64.

Son físicas porque se ejercen materialmente sobre el sujeto pasivo, en un despliegue directo de fuerza sobre su cuerpo.

Externas porque no provienen del propio sujeto. La *vis absoluta* y la *vis maior* (fuerza mayor) se distinguen en razón de su procedencia. La primera deriva del hombre, es decir, de la presión de un tercero; la segunda, de la naturaleza, es decir, es energía no humana.

Irresistibles porque son fuerzas de tal magnitud que suprimen la posibilidad de reacción voluntaria. Aclarando: no hay ausencia del elemento cognoscitivo, el sujeto sabe lo que hace, se da cuenta, tiene un conocimiento pleno de la realidad típica (objetiva no valorativa); lo que pasa es que su voluntad se encuentra anulada.

En cuanto a los *movimientos reflejos* al ser reacciones corporales involuntarias a estímulos del exterior que excitan algún órgano receptor,<sup>50</sup> se presentan sin intervención de la voluntad, ya que no son controlados por ella, y, al igual que en el caso anterior, eliminan el querer típico en el dolo. No lo integran y, la consecuencia es la misma, no hay delito.

Tanto la *vis absoluta*, la *vis maior* y los *movimientos reflejos*, se constituyen en aspectos negativos que se analizan en el nivel fáctico, es decir, en el delito, que impiden que se configure el dolo. En otros términos, se presenta atipicidad por ausencia de querer típico en el dolo. Si no hay voluntad no hay dolo, no hay conducta, por tanto no se integra el delito. Por ende, el sujeto que las sufre en su cuerpo actúa involuntariamente y no comete delito; no hay punición ni pena.

#### **^f. Marco legal**

El que realiza una actividad lesiva de un bien jurídico u omite una acción en la que es garante en la evitación de un resultado, con motivo de una *vis absoluta*, *vis maior* o *movimientos reflejos*, no sólo no responde sino que su actuación u omisión es penalmente irrelevante. Al no configurarse el querer típico, no se integra el dolo ni culpa tampoco. No hay conducta y en consecuencia no hay delito.

En el Código Penal no están expresamente reguladas las atipicidades que nos ocupan, como causas de exclusión del delito. Sin embargo, en el contenido del artículo 15 CPDF (reformado el 10 de enero de 1994) pueden operar, ya que éste alude a la falta del elemento volitivo, indispensable para la integración del dolo y, por ende, de la conducta:

**Artículo 15 CPDF. "El delito se excluye cuando: I. El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente" (10 de enero de 1994).**

La reforma del 10 de enero de 1994 dejó atrás la anterior redacción, en la que también era válido ubicar las tres causas que nos ocupan:

Artículo 15 CPDF (anterior al 10-1-94): "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: I. Incurrir el agente en actividad o inactividad involuntarias".

En el año de 1982 sí se incluía, en forma expresa, la denominación "fuerza física irresistible", de tal manera que, causas impeditivas de la integración del delito por ausencia de conducta, como la *vis absoluta* y la *vis maior*, sí se podían incluir -como ahora- bajo la denominación de fuerza física exterior irresistible. El contenido legal entonces era:

Artículo 15 CPDF (vigente para 1982): "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: I. Obrar el acusado impulsado por una fuerza física exterior irresistible."

Con este breve recorrido se observa que el vigente artículo 15 frac. I CPDF, al referirse a hechos que se dan sin la voluntad del sujeto, amplía la fórmula. No sólo pueden ubicarse, sin problema, los casos de fuerza irresistible (*vis absoluta* y *vis maior*), sino también los casos de movimientos reflejos y hasta estados de inconciencia.

En el caso de la *vis absoluta*, la exclusión del dolo no se puede dar sin revisar, previamente, si la fuerza fue provocada en forma dolosa o culposa, ante lo cual hay que retrotraerse a su momento anterior. Si el sujeto coloca la causa del estado que sufre posteriormente, responde por una lesión al bien jurídico en forma dolosa o culposa.

#### **Conclusión**

La *vis absoluta*, la *vis maior* y los *movimientos reflejos* deben ser estudiados en el nivel fáctico (delito). Su análisis se circunscribe a los aspectos negativos del dolo, específicamente al elemento volitivo porque se trata de realizaciones involuntarias.

50. *Ibidem*, p. 64.