

EL ELEMENTO SUBJETIVO DE LOS TIPOS CULPOSOS ¿EXISTE UNA *VOLUNTAD CULPOSA*?

Alicia AZZOLINI BÍNCAZ*

SUMARIO: I. *La voluntad culposa en el modelo lógico de derecho penal.* II. *Los tipos culposos en la doctrina penal contemporánea.* III. *Aspecto subjetivo de los tipos culposos.* IV. *Reflexiones finales y propuesta personal.*

En este libro homenaje a la doctora Olga Islas de González Mariscal abordaré el aspecto subjetivo de los tipos culposos, que a mi modo de ver no ha sido suficientemente tratado por los autores del modelo lógico ni por la gran mayoría de los dogmáticos penales. No tengo el afán de criticar el modelo de derecho penal, tan magistralmente desarrollado por Olga Islas y Elpidio Ramírez; por el contrario, mi propósito es reflexionar sobre los tipos culposos, cuya importancia se ha visto resaltada en el marco del derecho penal de riesgo.

Este breve estudio es un reconocimiento a mi maestra, la doctora Olga Islas, quien me enseñó a no aceptar irreflexivamente los desarrollos de la teoría tradicional, sino, por el contrario, a pensarlos, cuestionarlos y valorarlos. Sus clases ayudaron a fortalecer mi pasión innata por lo penal y, en particular, por los desarrollos dogmáticos, que son imprescindibles para alcanzar la seguridad jurídica garantizada por la Constitución.

I. LA VOLUNTAD CULPOSA EN EL MODELO LÓGICO DE DERECHO PENAL

Olga Islas y Elpidio Ramírez elaboraron, a partir del análisis metódico del Código Penal mexicano, el modelo lógico de derecho penal. La ciencia

* Profesora investigadora de la UAM y miembro supernumerario de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

del derecho penal, según este modelo, tiene por objeto cuatro categorías: las normas penales, los delitos, las puniciones y las penas. Las normas penales y las puniciones pertenecen al mundo conceptual, y los delitos y las penas al mundo fáctico. Precisamente la distinción entre las categorías del lenguaje es la pieza angular del modelo.

Con base en esta distinción, se aborda el estudio de la norma penal, compuesta por el tipo y la punibilidad, y del delito, que es definido como la culpable concreción del tipo penal. Este ámbito teórico corresponde, salvando las distancias, a lo que la teoría tradicional denomina teoría del delito. El análisis de las puniciones y de las penas está comprendido en la teoría de la pena. En especial, las puniciones, corresponde a lo que en doctrina tradicional se denomina *determinación de la pena*, y la pena, a la ejecución de sentencia.

El modelo lógico es una creación original que descansa en la ontología materialista sustentada por Mario Bunge¹ y en la estructuración lógica, especialmente en la teoría de conjuntos.² Tiene la ventaja de que gracias a la distinción precisa de los niveles de lenguaje elimina varios seudoproblemas de los planteamientos tradicionales.³ Sin embargo, a pesar de su originalidad, el modelo no es totalmente ajeno a las elaboraciones de la dogmática tradicional. Retoma la gran mayoría de los conceptos elaborados por los dogmáticos —dolo, culpa, tipo, culpabilidad, entre otros—, y defiende el concepto de acción finalista propuesto por Welzel y la consecuente inclusión del dolo y la culpa en el tipo.⁴ La principal crítica que los autores del modelo formulan a la teoría tradicional consiste en la confusión de los niveles conceptuales: la doctrina, por ejemplo, al definir al delito como acción típica antijurídica y culpable ubica a la conducta fuera y antes del tipo, *a pesar que dicha doctrina sostiene que los tipos son descriptivos de conductas y que la tipicidad es adecuación de la conducta al tipo*.⁵ De esto se

¹ Cfr. Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, México, Trillas, 2004, *passim*.

² En relación con la estructuración lógica del modelo, los autores fueron auxiliados en este campo por Lian Karp, fallecido hace pocos años, quien fuera profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México.

³ Así, por ejemplo, la distinción entre presupuestos y elementos del delito, los llamados elementos normativos. Este tema fue desarrollado por quien fuera discípulo de los autores y seguidor del modelo, Luis de la Barreda, en su tesis de licenciatura denominada *Algunos seudoproblemas en derecho penal*, México, UNAM, 1974.

⁴ Cfr. Islas, Olga, *op. cit.*, nota 1, *passim*.

⁵ *Idem*.

desprende, según los lógicos, que la conducta no está incluida en el tipo, con lo cual la definición de tipicidad sería falsa; si la definición de tipicidad es verdadera, entonces siguen diciendo: la conducta está incluida en el tipo.⁶ Aunque esta observación no ha pasado inadvertida para los dogmáticos tradicionales, han preferido mantener el concepto de acción como sustrato común al que se puedan vincular las valoraciones jurídico-penales —tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad—, cumpliendo así la función sistemática de elemento de enlace o unión.⁷

El modelo aborda a la conducta como uno de los elementos que integran al subconjunto *hecho* que, a su vez, está incluido en el conjunto *tipo penal*. El concepto jurídico penal de conducta es igual al concepto ontológico. La conducta es el proceder finalístico descrito en el tipo.⁸ La conducta podrá ser una acción u omisión acompañada por una voluntad dolosa o una voluntad culposa. El dolo es definido como *conocer y querer la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo penal*.⁹ La culpa existe, para los autores del modelo, *cuando no se provee el cuidado posible y adecuado para no producir, o en su caso evitar, la lesión típica, previsible y previsible, se haya o no previsto*.¹⁰ La actividad *consiste en un movimiento corporal, descrito en el tipo, idóneo para producir la lesión del bien jurídico*,¹¹ y la inactividad es *la no realización del movimiento corporal ordenado en el tipo*.¹² El dolo y la culpa se presentan como el contenido de la voluntad que acompaña el proceder externo. Voluntad dolosa y voluntad culposa serían conceptos equivalentes que integrarían el aspecto interno de la conducta. Esta propuesta, que es simple y clara en términos formales, no lo es cuando se analizan los conceptos transcritos. Si la conducta es definida desde una perspectiva finalística, es evidente que la culpa no ocupa un lugar cómodo en esa definición, y menos como contenido voluntario que acompaña a la actividad o a la inactividad. La finalidad no es parte de la “voluntad culposa”, que consiste en no poner cuidado en lo que se está haciendo. A su vez, “el no poner el cuidado posible y adecuado” no es el aspecto interno de la acción u omisión, el no poner no es contenido de nada,

⁶ *Ibidem*, p. 42, nota 11.

⁷ Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 251 y 252.

⁸ Islas, Olga, *op. cit.*, nota 1, pp. 42-47.

⁹ *Ibidem*, p. 44.

¹⁰ *Ibidem*, p. 46.

¹¹ *Idem*.

¹² *Ibidem*, p. 47.

menos de la voluntad. Esto muestra que existen varias inconsistencias en el modelo respecto del tema de la culpa, que es necesario analizar.

La finalidad como contenido de la conducta es compatible con el proceder doloso, en el que el sujeto dirige su proceder externo hacia la realización de los elementos objetivos del tipo. La voluntad persigue esa realización, al menos en el dolo directo de primer grado. En el llamado dolo de segundo grado o de consecuencia necesaria, el contenido de la voluntad no es la realización de la parte objetiva del tipo, pero dicha realización es conocida por el sujeto como algo que necesariamente ocurrirá y, en ese sentido, querida o consentida por el sujeto que quiere seguir llevando a cabo su proceder externo sabiendo las consecuencias. En el dolo eventual, la finalidad ocupa un lugar secundario, pero en los conceptos manejados por el modelo el sujeto prevé como posible la realización de la parte objetiva del tipo, y la acepta. El contenido de la voluntad es el conocimiento —aspecto intelectual— y la aceptación —aspecto volitivo— de la realización de la parte objetiva del tipo. En este sentido, el dolo es considerado como el aspecto subjetivo (de carácter psicológico) que integra la conducta típica, y que abarca la realización de los elementos objetivos del tipo.

En los tipos culposos es diferente. La finalidad que acompaña al proceder externo no está dirigida a la realización de los elementos objetivos del tipo, sino que en algunos casos podrá preverla como posible, pero no la acepta —culpa consciente o con representación—, pero en otros ni siquiera la prevé —culpa inconsciente o sin representación—. El contenido de la voluntad es la realización de una acción u omisión en principio atípicas. Lo que convierte el proceder en típico es la lesión del bien jurídico —realización de los elementos objetivos del tipo, para equipararla a la definición de dolo—. Dicha lesión no era aceptada por el sujeto, por lo que queda excluido el aspecto volitivo que, según el modelo, es imprescindible en el dolo. Sin embargo, en algunos supuestos la lesión típica ni siquiera era prevista por el sujeto como posible, por lo que tampoco se presentaría el aspecto intelectual. El sujeto puede no haber previsto como posible la realización de los elementos objetivos del tipo y persistir la culpa. Así, el sujeto que, entretenido por la conversación con sus amigos, cierra su casa para irse de vacaciones y se olvida apagar la estufa dando lugar a una explosión posterior ocasionada por la fuga de gas que se produjo al extinguirse la llama por el viento, actúa con culpa aunque su “voluntad” no conoció ni aceptó la explosión, ni tampoco formó parte de su voluntad (voluntariedad) el dejar la

llama encendida. El contenido de su voluntad abarcó el conversar con sus amigos y el salir de su casa, conductas en sí mismas intrascendentes para el derecho penal.

Surge entonces la pregunta sobre qué se entiende por “voluntad culposa” en el modelo lógico de derecho penal. El tema no ha sido desarrollado hasta el momento por los autores del modelo. Ellos no han profundizado sobre las características del tipo culposo, y, por lo tanto, no han analizado su aspecto subjetivo. Considero que la reflexión es importante, porque nos lleva a preguntarnos sobre la existencia misma del contenido subjetivo de los tipos culposos y, en última instancia, sobre la responsabilidad objetiva en materia penal. Esta problemática no es exclusiva del modelo lógico de derecho penal, ya que los tipos culposos, y en particular su aspecto subjetivo, también dan motivo a una nutrida polémica entre los penalistas.

II. LOS TIPOS CULPOSOS EN LA DOCTRINA PENAL CONTEMPORÁNEA

A partir del modelo finalista de la teoría del delito es posible la concepción del tipo culposo. En las formulaciones anteriores de la teoría, el causalismo naturalista y el causalismo normativista, la culpa era ajena al injusto, y era considerada una especie o una forma de culpabilidad. La tipicidad no era dolosa ni culposa; éstos eran componentes de la culpabilidad.

El modelo finalista de la teoría del delito elaborado por Welzel se apoya en estructuras lógico-reales. Una de ellas es el carácter final de la acción. Este carácter final se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su actividad. Ello hace que las acciones humanas estén dirigidas por la voluntad hacia una finalidad. La dirección final de una acción se lleva a cabo en dos etapas: una que transcurre totalmente en la esfera del pensamiento en la que el autor anticipa los fines que quiere realizar, selecciona los medios para la consecución de esos fines y considera los efectos concomitantes a su actuación.¹³ La segunda etapa se lleva a cabo en el mundo real. Es un proceso causal de la realidad, puesto en marcha por la actuación final del agente. La finalidad, es para Welzel, una forma de determinación “vidente”. La decisión que conduce la acción cons-

¹³ Welzel, Hans, *Derecho penal alemán*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1993, pp. 39-41.

tituye el dolo, que en este esquema es elemento del tipo. A partir de ese momento se aceptó en forma generalizada que los tipos penales incluyen elementos subjetivos, haciéndose la distinción entre tipos dolosos y tipos culposos. Pero el concepto final de acción, como ya se vio en la exposición del modelo lógico, no era compatible con las conductas culposas, cuya finalidad no está dirigida a la realización del tipo objetivo. Para sortear ese obstáculo, Welzel, en un primer momento, acude a la finalidad potencial o posible: el autor, en virtud de su posible previsión final, podía haber evitado el resultado. En la previsión del resultado se basa la posibilidad de su evitación. En la culpa inconsciente no existe siquiera la previsión que hubiera posibilitado la evitación del resultado. En este caso el elemento de la acción relevante consistirá en la posibilidad de haber previsto, posibilidad que debe ser evaluada, según Welzel, teniendo en cuenta al autor concreto con sus características individuales.¹⁴ Esta finalidad potencial fue criticada por Niese, quien desde una perspectiva ontológica niega que la *posible finalidad* sea realmente finalidad, ya que si alguien hubiera evitado el resultado mediante una actividad finalista, ello significa que el sujeto no ha actuado finalísticamente respecto de la producción del resultado. Para este autor, la finalidad potencial propuesta por Welzel sólo puede explicarse en los delitos culposos en el juicio de culpabilidad, pero no en el tipo.¹⁵ El criterio de finalidad potencial es abandonado posteriormente por Welzel, reconociendo que en el tipo de los delitos culposos falta la supradeterminación final del acto externo, y que el desvalor de la acción radica en la falta de la dirección final exigida por el derecho. En los delitos imprudentes, la finalidad perseguida por el autor es irrelevante para el derecho penal, al que le interesa solamente la ejecución de la acción. Welzel sostuvo finalmente que el momento esencial en el delito culposo no reside en el resultado, sino en la clase y modo en la ejecución de la acción: en la contravención del cuidado. En los delitos culposos la ejecución concreta de la acción final se pondría en conexión con una conducta modelo, rectora, que está orientada a evitar consecuencias de acción indeseables socialmente. Según Welzel, cuando la conducta desplegada por el agente coincide con esa conducta rectora, significa que es adecuada al cuidado, y con ello al derecho.

¹⁴ *Ibidem*, p. 155. Asimismo, véase Martínez Escamilla, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, Edersa, 1992, p. 27.

¹⁵ Citado por Choclán Montalvo, José Antonio, *Deber de cuidado y delito imprudente*, Barcelona, Bosch, 1998, p. 29.

Cuando la conducta realizada se desvía de la conducta modelo, no es adecuada al cuidado, y, salvo alguna excluyente, es contraria al derecho.¹⁶ Para afirmar la tipicidad del delito culposo no es suficiente entonces con la sola comprobación del desvalor del resultado, sino que es necesario comprobar el desvalor de la acción, que en este caso se manifiesta en la infracción del deber de cuidado exigible. En este contexto, para los delitos culposos sólo entran en consideración aquellas causaciones de resultado que quedan dentro de la acción típica, que es aquella que no guarda el cuidado objetivamente requerido. Para mantener el cuidado cabe considerar todos los cursos causales posibles que resulten de una acción, previsibles de acuerdo con un juicio inteligente. Por lo que deben quedar eliminados de los tipos de los delitos culposos todos los cursos causales que queden más allá de la previsibilidad objetiva. Para determinar el límite de la previsibilidad objetiva, el enjuiciador debe ubicarse *ex ante*, en el momento de la acción, y a partir de ahí emitir el juicio de previsibilidad.¹⁷ Es así que la teoría de los elementos lógico-reales propia del finalismo sufre un traspie irreversible al explicar los delitos culposos. La acción pierde su carácter eminentemente óntico para ser sustituida por un concepto que incluye elementos normativos, como es el cuidado. Ya no se habla para nada de la finalidad, sino de que la tipicidad de las acciones culposas se deriva de un concepto eminentemente valorativo: el deber de diligencia. Esto afecta asimismo al contenido causal del tipo objetivo de los delitos culposos. Mientras que —para el finalismo— en los delitos dolosos sólo eran relevantes los sucesos causales abarcados por el dolo, en los culposos sólo serán relevantes aquellos sucesos que eran objetivamente previsibles al momento de la actuación del agente.¹⁸ A la violación del deber de cuidado y a la previsibilidad se suma el requisito de la evitabilidad, es decir, que la lesión del bien sea evitable mediante una conducta que guarde el cuidado objetivamente requerido.

El Código Penal Federal adopta una definición de culpa que corresponde a los lineamientos marcados por Welzel. El párrafo segundo del artículo 9o. de dicho ordenamiento establece que “Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado,

¹⁶ Welzel, *op. cit.*, nota 13, p. 156.

¹⁷ *Ibidem*, p. 54.

¹⁸ Azzolini, Alicia, “La moderna teoría de la imputación objetiva y su diferencia con el finalismo”, *Alegatos*, México, UAM, núm. 59, enero-abril de 2005, pp. 50 y ss.

que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales”. Siguiendo una orientación similar, el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal dice en el segundo párrafo del artículo 18 que “Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar”.

Ambos ordenamientos destacan como elementos del tipo objetivo culposo a la violación de un deber de cuidado y a la previsibilidad, pero varían en cuanto a la determinación de la violación del deber. Mientras que el Código Penal Federal alude a las circunstancias y condiciones personales del sujeto —primera propuesta de Welzel—, el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal se refiere al deber que objetivamente era necesario observar—propuesta posterior de Welzel—. Este último ordenamiento ha receptado el criterio de la doctrina mayoritaria, que ha dado lugar a la “teoría objetiva de la imprudencia”. La distinción entre deber subjetivo y objetivo de cuidado fue posible a partir de la incorporación sistemática de la infracción de deber de cuidado al injusto de los delitos imprudentes. Es así que, una vez constatada la falta de observancia del cuidado objetivo, a partir de un juicio *ex ante*, se plantea el problema de la culpabilidad —cuidado subjetivo— para saber hasta qué punto es posible reprochar al autor la realización del hecho. “Una cosa es el cuidado exigible *erga omnes* a quien puede transitar idénticas circunstancias (y por ello es *objetivo*) y otra la censura de la conducta individual, determinada... por la existencia de condiciones subjetivas que hubiesen permitido al autor motivarse en la norma”.¹⁹ Es así que el deber de cuidado constitutivo del tipo culposo es un deber objetivo, que debe medirse a partir de un *standard de normalidad*.²⁰

Existen, sin embargo, algunos autores que rescatan la “teoría de la imprudencia individual” acogida en el Código Penal Federal. Los creadores del modelo lógico forman parte de ellos, tal como se desprende de su definición de culpa. Zaffaroni, por su parte, alude a que la capacidad individual de previsión es la que debe tomarse en cuenta para establecer la violación del deber de cuidado en cada caso.²¹ A su vez, Zielinski sostiene que al ser pocas las normas de cuidado formuladas detalladamente, es necesario que

¹⁹ Terragni, Marco Antonio, *El delito culposo*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, pp. 60 y 61.

²⁰ Sobre la crítica al concepto de *standard medio*, véase Zaffaroni, Eugenio R. *et al.*, *Derecho penal. Parte general*, México, Porrúa, 2001, pp. 530 y 531.

²¹ *Ibidem*, p. 532.

el autor reconozca la situación de peligro. Por ello, no se debe considerar adicionalmente el “conocimiento especial del autor”, sino que es el conocimiento del autor lo que sirve de base de la situación de hecho de riesgo.²²

Lo cierto es que más allá de que la determinación de la violación al deber de cuidado se realice a partir de parámetros objetivos o personales, el tipo culposo elaborado por el legislador dejaría un amplio margen que debería ser completado en cada caso concreto para determinar si la conducta se apartó del baremo ideal de cuidado o de las posibilidades personales del sujeto. Por ello, gran parte de la doctrina, especialmente la enmarcada en la corriente finalista, afirma que los tipos culposos son tipos abiertos, porque requieren un complemento, que se debe buscar en cada caso concreto en un ámbito que excede el de la propia figura delictiva.²³ De esta manera, el tipo objetivo de los delitos culposos sería diferente al de los dolosos. Este último está compuesto de una conducta final, descrita por el legislador, enlazada por el resultado por un nexo causal recortable por el tipo subjetivo. El tipo culposo objetivo, en cambio, se integra por una conducta descuidada —violatoria del deber de cuidado— asociada al resultado por la previsibilidad y la evitabilidad —entendidas estas últimas en sentido objetivo—.

Las corrientes funcionalistas, sucesoras del finalismo, han reemplazado el concepto de “deber de cuidado” por el de “riesgo no permitido”. Choclán Montalvo señala que ambos conceptos responden a diferentes formas de comprender el fenómeno: el concepto de “deber de cuidado” hace referencia al cuidado que debió observar el sujeto (conducta esperada); por el contrario, desde la perspectiva de la imputación objetiva lo relevante no es lo que debió hacer el autor, sino lo que efectivamente hizo, crear un riesgo jurídicamente desaprobado (conducta realizada).²⁴ Según Roxin, tras la “infracción al deber de cuidado” se esconden criterios de imputación objetiva que caracterizan los presupuestos de la imprudencia de manera más precisa. Así, la creación de un peligro jurídicamente relevante incluye a la

²² Zielinski, Diethart, *Dolo e imprudencia*, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, p. 107. Este autor toma asimismo distancia de la “teoría de la imprudencia individual”, ya que para él no importa la evitabilidad individual en el sentido de previsibilidad de la causación del resultado. Para Zielinski, la cuestión de si una acción es peligrosa “y la de cuán alto debe ubicarse el umbral del riesgo (*no permitido*, se decide normativamente, es decir, *objetivamente*” (p. 108).

²³ Terragni, Marco Antonio, *op. cit.*, nota 19, pp. 62 y 63.

²⁴ Choclán Montalvo, José Antonio, *op. cit.*, nota 15, p. 36.

contrariedad al cuidado debido —conducir con exceso de velocidad que impide frenar en el alto—. Algo semejante ocurre con la previsibilidad. La ausencia de previsibilidad queda abarcada por la falta de creación de un peligro jurídicamente relevante o por la falta de la realización de ese peligro en el resultado —la persona muere en el hospital por un incendio y no por el golpe recibido—. Lo propio rige para la evitabilidad. Si alguien conduce con velocidad excesiva y un niño aparece sorpresivamente en medio de la autopista de manera que no se hubiera podido evitar el atropellamiento aunque se hubiera conducido a la velocidad reglamentaria, no se presenta la realización del riesgo en el resultado, por lo que no hay culpa.²⁵ Es así que la creación de un peligro no permitido acompañado de los criterios objetivos de imputación reemplaza para los funcionalistas a la violación del deber de cuidado, a la previsibilidad y a la evitabilidad. Pero de esta manera se equipara el tipo objetivo doloso y el tipo objetivo culposo, ambos se integran con la creación del riesgo no permitido y los criterios de imputación objetiva.

En sentido similar, Jakobs señala que los tipos culposos no son tipos abiertos, y ni siquiera están menos determinados que los delitos dolosos. “Tanto en el delito doloso como en el imprudente el autor debe deducir la prohibición del comportamiento causante en concreto a partir de la prohibición de causar”.²⁶ Por ejemplo, en el homicidio, la prohibición de matar a golpes o mediante el atropellamiento con un auto. Según Jakobs, el etiquetamiento de lo culposo como contrario a cuidado no resuelve ninguna precisión respecto de lo prohibido. En todos los casos existe la cognoscibilidad de un riesgo no permitido. Pero esta es cuestión, como se verá, del tipo subjetivo.

Un tema particularmente polémico en la doctrina es el del resultado en los tipos culposos. Hay acuerdo en la inclusión del desvalor de la acción imprudente en el tipo, pero se discute si el desvalor del resultado es elemento del tipo o una condición objetiva de punibilidad situada fuera del injusto. Esto último ha permitido a algunos autores hablar de tentativa imprudente.²⁷ La exclusión del resultado del tipo culposo está asociada a la consideración de que el resultado es producto del azar. Dicha expresión pretende resaltar que conductas semejantes —pasarse el alto— pueden re-

²⁵ Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 7, pp. 999-1001.

²⁶ Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 388.

²⁷ *Ibidem*, p. 394.

sultar típicas en algunos casos —lesiones u homicidio culposos— y en otros no —cuando no se produce ningún resultado típico—. Pero quienes piensan así dejan de lado que el resultado es el que determina que una conducta descuidada —pasarse un alto— constituya una falta administrativa, o lesiones culposas u homicidio culposo. No es posible integrar el tipo objetivo de lesiones u homicidio imprudenciales sin incluir al resultado.

La intervención del derecho penal, pese a la ausencia de afectación de un bien jurídico, resultaría insoportable, y, en particular en el derecho penal mexicano, contravendría lo dispuesto en el artículo 4o. del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, que exige que para que haya delito se lesione o ponga en peligro sin causa justa el bien jurídico tutelado por la ley. Asimismo, es insostenible la responsabilidad por el mero resultado, lo que se encuentra reforzado por la prohibición de la responsabilidad objetiva contenida en el artículo 3o. del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Por ello es que la doctrina mayoritaria acepta una concepción intermedia entre los extremos, tanto el desvalor de la acción como el desvalor del resultado pertenecen al tipo.²⁸

El modelo lógico de derecho penal coincide con la tendencia actual de la doctrina en el sentido de que el tipo objetivo de los delitos dolosos es semejante al de los culposos, pero los fundamentos son diferentes. El funcionalismo equipara ambos tipos objetivos a partir de la creación de un riesgo no permitido y de los criterios objetivos de imputación. Los lógicos consideran que el deber jurídico y la violación del deber jurídico son elementos de todos los tipos penales, dolosos o culposos, por lo que la violación del deber, a la que aluden los finalistas, no es exclusiva de los tipos imprudentes. El deber jurídico en el modelo lógico “la prohibición o el mandato categóricos contenidos en un tipo penal. Este deber es un elemento, valorativo, del tipo, enunciado en forma de prohibición o en forma de mandato. Como prohibición, es un deber jurídico de abstenerse; como mandato, es un deber jurídico de actuar”.²⁹ A su vez, la violación del deber jurídico “es oposición, al deber jurídico penal, de la conducta que, al producir o no evitar la lesión o puesta en peligro del bien tutelado en el tipo, no va a salvar bien jurídico alguno o es innecesaria por existir otra posibilidad de

²⁸ Roxin, C., *op. cit.*, nota 7, p. 998. Asimismo, Vega, Pablo Daniel, *El derecho penal reductor en la sistemática del delito imprudente*, Buenos Aires, Ediar, p. 74.

²⁹ Islas, Olga, *op. cit.*, nota 1, p. 31.

actuación no lesiva o menos lesiva”.³⁰ Para que el evento sea típico no importa que la conducta sea dolosa o culposa; es necesario entonces que el sujeto tenga a su cargo la prohibición o el mandato formulado por el legislador y que con su acción u omisión —dolosa o culposa— lo viole.

Es evidente que la tendencia consiste en resaltar el contenido valorativo del tipo —que no es sólo descriptivo— cuya violación —creación de un riesgo no permitido, en el esquema funcionalista, violación del deber jurídico, en el modelo lógico— es constitutiva de la tipicidad. Este contenido valorativo es equivalente en los tipos culposos y en los dolosos. Esto conduce necesariamente a centrar la distinción entre la tipicidad dolosa y la culposa en los contenidos subjetivos del tipo.

III. ASPECTO SUBJETIVO DE LOS TIPOS CULPOSOS

La doctrina anterior al finalismo, el causalismo en sus distintas versiones, concebía a la culpa así como al dolo, como una especie o grado de culpabilidad, de manera que no se reconocían elementos subjetivos en el tipo, o se los consideraba como excepcionales. En este contexto, no podía hablarse de elementos subjetivos propios de los tipos culposos. En las primeras formulaciones de la teoría del delito, el llamado formalismo o causalismo naturalista, la culpabilidad era considerada el aspecto subjetivo del delito, y era entendida como un nexo psicológico entre el autor y el resultado. La culpa era considerada como una especie de culpabilidad, y era definida como imprudencia, negligencia o impericia. La culpa era, al igual que el dolo, un nexo psicológico entre el autor y el resultado. Pero esta concepción no podía aplicarse a la culpa inconsciente, en la que no hay nexo psicológico alguno entre el autor y el resultado, aunque debió haberlo. La previsibilidad es un componente normativo, no psicológico, que no encuentra cabida en la una concepción psicológica de la culpabilidad.³¹ La culpa era, conforme a lo anterior, un aspecto subjetivo del delito, pero no del tipo que solamente estaba compuesto de elementos objetivos.

³⁰ *Ibidem*, p. 52. El modelo lógico se asemeja a la teoría de los elementos negativos del tipo, ya que al incluir la violación del deber en el tipo considera, al igual que los seguidores de esa teoría, que las causas de justificación afectan a la tipicidad y no a la anti-juridicidad, que no existe como elemento autónomo.

³¹ Azzolini, Alicia, *Culpabilidad y punición*, México, CDHDF, 1997, *passim*.

La teoría normativa de la culpabilidad, en la formulación de los autores neokantianos, dio mejor acogida en su seno al concepto de culpa como violación de un deber de cuidado. La culpa era vista como una forma especial de reprochabilidad, más leve que el dolo. Se consideraba que actuaba culpablemente aquel a quien se le reprocha haber desatendido un deber de precaución que le incumbe personalmente, y que por ello no ha evitado el hecho y sus consecuencias. Al igual que la omisión, la culpa era considerada como un “no hacer algo”. El autor habría debido ser cuidadoso, y no lo fue. El grado de culpa es siempre personal-individual.³² Pero al igual que en el modelo anterior, la culpa era considerada ajena al injusto. El tipo no era ni doloso ni culposo, el reproche sí. La culpa es fundamentalmente un componente normativo ubicado dentro de otro componente normativo del delito, cual es la culpabilidad. Sin embargo, Mezger reconoce en la culpa componentes subjetivos, ya que se trata de un reproche personal individual que tiene en cuenta las circunstancias concretas de la situación particular.³³ Fue precisamente la combinación de aspectos normativos y psicológicos una de las críticas que se le formuló a esta primera versión de la teoría normativa de la culpabilidad.

El modelo finalista, como ya se vio en el apartado anterior, permite hablar de tipos culposos, diferentes a los dolosos. Los autores postfinalistas, entre ellos los funcionalistas, han mantenido esta distinción, pero existe una particular divergencia de opiniones respecto del aspecto subjetivo de los tipos culposos. Algunos autores niegan la existencia de elemento subjetivo alguno en los tipos culposos, otros lo reconocen en la culpa consciente, pero no en la inconsciente y, finalmente, están los que afirman la existencia de elementos subjetivos en todos los tipos culposos. Entre quienes afirman la existencia de componentes subjetivos en los tipos culposos no hay consenso, o, mejor dicho, hay mucha discrepancia respecto de cuáles serían esos elementos subjetivos.

La doctrina de raigambre finalista tiende a negar la división entre tipo objetivo y tipo subjetivo en relación con los tipos culposos. Ya se mencionó que Welzel en un primer momento prestó atención a la finalidad en los delitos culposos, pero que, dadas las críticas recibidas, optó por reemplazar la finalidad por la previsibilidad y la evitabilidad, ambos conceptos enten-

³² Mezger, Edmund, *Derecho penal. Parte general*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1990, pp. 256 y 257.

³³ *Ibidem*, pp. 257 y 258.

didados desde una perspectiva objetiva. Violación de un deber de cuidado, previsibilidad y evitabilidad, elementos constitutivos de la culpa, son, en este contexto, componentes del tipo objetivo. Esteban Righi explica que la adecuación típica de un delito imprudente debe realizarse teniendo en consideración exclusivamente elementos objetivos, sin que ello implique afirmar que el comportamiento del autor de un delito imprudente carezca de elementos subjetivos. Lo que sucede es que los elementos subjetivos no son relevantes para la adecuación típica. Según este autor, en la medida en que la previsibilidad sea considerada como un dato objetivo no puede ser interpretada como el aspecto subjetivo del tipo culposo.³⁴ Volvemos de esta manera a uno de los puntos abordados en el apartado anterior: el carácter objetivo o subjetivo de la violación del deber. Los autores que parten de una concepción objetiva de culpa, desplazando las condiciones personales del sujeto a la culpabilidad, niegan, en su gran mayoría, la existencia de un tipo subjetivo en los delitos culposos.³⁵ Una excepción a lo anterior es Struensee, quien trata de fundamentar el tipo subjetivo culposo en la concepción finalista de acción. Este autor considera que la finalidad jurídico-penal relevante también se da en el tipo imprudente. En la acción descuidada el hecho buscado conlleva una constelación de circunstancias objetivas que resultan negativamente valoradas porque el ordenamiento jurídico conecta a ellas la posibilidad de lesión de un bien jurídico. El tipo subjetivo consiste, para Struensee, en conocer las condiciones de las que deriva un riesgo no permitido. Esta postura no es compartida por autores como Choclán Montalvo y Jakobs, quienes identifican el conocimiento actual del riesgo no permitido con el dolo.³⁶

En otro orden de ideas, Stratenwerth, aunque advierte en el tipo culposo una faceta externa y una interna, sostiene que no puede hablarse de tipo objetivo y subjetivo en los delitos culposos, porque la voluntad de realización del sujeto imprudente no se dirigiría al resultado jurídico-penalmente relevante. Esta posición es inconsistente, porque en el dolo eventual la voluntad de realización tampoco se dirige al resultado típico, ya que éste solamente es aceptado —desde la perspectiva de la teoría del asentimiento para el dolo eventual, que es la adoptada por el finalismo— por el sujeto, pero

³⁴ Righi, Esteban, *La imputación subjetiva*, Buenos Aires, *Ad-Hoc*, 2002, pp. 68-71.

³⁵ Una excepción es Struensee, Eberhard, citado por Roxin, C., *op. cit.*, nota 7, p. 1022, y por Terragni, *op. cit.*, nota 19, p. 131.

³⁶ Choclán Montalvo, J. A., *op. cit.*, nota 15, p. 59; Jakobs, G., *op. cit.*, nota 26, p. 382.

no constituye la finalidad de su conducta. En todo caso, podrá decirse que en la conducta culposa la lesión del bien no es aceptada por el sujeto, y en ese sentido no está comprendida por su voluntad.

Entre los autores que aceptan elementos subjetivos en el tipo culposo tampoco existe consenso respecto de cuál sería ese contenido. Roxin considera que existe tipo subjetivo en la culpa consciente, la cual consiste en la representación de todas las circunstancias del hecho como un peligro no permitido y en la confianza en la ausencia de realización del tipo. Esto, según este autor, es lo que se corresponde con el dolo eventual, y “explica tanto la estrecha contigüidad” como las diferencias de ambas formas de tipo subjetivo. En cambio, en la culpa inconsciente falta el tipo subjetivo, porque el autor no ha incluido en su representación los elementos y presupuestos del tipo objetivo.³⁷

Zaffaroni, por su parte, niega la existencia del tipo subjetivo en la culpa inconsciente y en la culpa consciente no temeraria. Considera que en ambos casos es innecesario construir un concepto de tipo subjetivo. Aclara que no es que no haya aspectos subjetivos en esas formas culposas, pero sistemáticamente no tienen importancia, porque ya han sido comprendidos en el tipo objetivo. En cambio, en la culpa consciente temeraria, donde hay dominabilidad, el tipo subjetivo es indispensable como elemento que permite distinguir esta forma de culpa del dolo eventual.³⁸

Zielinski, como ya se dijo, afirma que los conocimientos especiales del autor deben ser considerados en la valoración de la contrariedad al cuidado. Todos los factores de riesgo conocidos por el autor entran en esa valoración, a la vez que todas las circunstancias de hecho desconocidas por el autor quedan fuera de consideración. En este sentido es que, según este autor, es correcto hablar de tipo subjetivo en el delito imprudente. Dicho tipo subjetivo corresponde

...al segmento, relevante para la tipicidad, de aquellas condiciones de un resultado producido —con posterioridad— representadas como objetivamente existentes, segmento a partir del cual, según la valoración del ordenamiento jurídico, surge un peligro intolerable (= “riesgo no permitido”).³⁹

³⁷ Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 7, p. 1022.

³⁸ Zaffaroni, E. R., *op. cit.* nota 20, pp. 526 y 527.

³⁹ Zielinski, D., *op. cit.*, nota 22, pp. 105 y 106.

Estas representaciones están presentes tanto en la culpa consciente como inconsciente, distinción intrascendente para este autor, ya que no se trata de la representación de la lesión del bien, sino de las condiciones existentes en el supuesto particular. Siguiendo este mismo orden de ideas, Sancinetti afirma que el tipo subjetivo de la imprudencia se constituye cuando el autor es consciente del conjunto de circunstancias que —según un juicio normativo— convierten esa situación en un síndrome de riesgo.⁴⁰

Jakobs delimita la imprudencia frente al dolo. Dice que en el dolo eventual el sujeto juzga la realización del tipo como no improbable, mientras que en la imprudencia —que necesariamente debe tener un aspecto intelectual distinto al del dolo— el autor se imagina la realización del tipo, pero sin una reflexión ulterior, el autor vacila entre aceptar o descartar un peligro imaginado. Por ello, la imprudencia, sea consciente como inconsciente, está caracterizada negativamente: “falta el conocimiento de la realización del tipo”.⁴¹ La imprudencia es para este autor aquella forma de la evitabilidad en la que falta el conocimiento actual de lo que ha de evitarse. Si bien falta el conocimiento actual por parte del sujeto, para que haya imprudencia debe existir, según Jakobs, *cognoscibilidad*; en el dolo la *cognoscibilidad* evoluciona a conocimiento; en la imprudencia no. La falta de conocimiento en la culpa no es un elemento sustancial, sino sólo delimitador frente al dolo. El concepto de “*cognoscibilidad*” está asociado con lo que la mayoría de la doctrina entiende como previsibilidad. Pero Jakobs afirma que la determinación objetiva de la previsibilidad es incompatible con el concepto individual de acción. La previsibilidad debe entenderse como previsibilidad individual, y debe existir al momento de la acción del hecho, pero dicha acción del hecho no tiene por qué ser la última acción causante del autor inmediatamente anterior a la producción del resultado. Así, por ejemplo, quien inicia un viaje automovilístico conduciendo a pesar de que el autor está agotado de un modo *cognoscible*, más tarde, debido al agotamiento, no advierte una determinada situación de tránsito que ocasiona la lesión de un bien (imprudencia por lo emprendido). La *cognoscibilidad* de conducir estando agotado permite calificar a la lesión posterior del bien como imprudente.⁴²

En esta misma línea de pensamiento encuadra la postura de Choclán Montalvo, quien dice que el delito culposo se caracteriza por la creación de

⁴⁰ Citado por Terragni, *op. cit.*, nota 19, p. 131, nota 192.

⁴¹ Jakobs, G., *op. cit.*, nota 26, p. 382.

⁴² *Ibidem*, p. 389.

un riesgo no permitido cognoscible por el autor. La cognoscibilidad del riesgo es entendida como previsibilidad individual.⁴³ Este autor asume una concepción de dolo basada en la probabilidad, que excluye la imprudencia consciente. El sujeto que conoce el riesgo concreto de lesión que genera su acción estaría actuando con dolo eventual. Para que haya culpa debe faltar el conocimiento actual, al tiempo de la acción, del riesgo concreto de lesión del bien jurídico. Es así que en el delito culposo la tipicidad se fundamentaría en la posibilidad de conocer el riesgo no conocido, lo que sucederá si la decisión de actuar fue tomada a pesar de concurrir indicios sobre el posible riesgo de lesión de un bien jurídico.⁴⁴ La delimitación del actuar doloso y del culposo debe buscarse, según esta posición, en las representaciones del autor y no en el contenido y dirección de la voluntad. Al igual que Jakobs, sostiene que la diferencia entre el tipo doloso y el culposo reside en el elemento cognitivo más que en el volitivo.

De lo expuesto hasta el momento se desprende que la tendencia doctrinaria camina en sentido inverso a la de nuestra legislación. Los autores parecen inclinarse cada vez más hacia el reconocimiento de un tipo subjetivo en la culpa, que estaría dado por las posibilidades de conocer el riesgo creado, por la previsibilidad individual. Al revés, en nuestra legislación, en 1994, el Código Penal Federal incorporó un concepto de culpabilidad individual, al hacer referencia a las circunstancias y condiciones personales del agente, y, con posterioridad, el Nuevo Código Penal del Distrito Federal hace referencia a la violación del cuidado objetivo.

El modelo lógico de derecho penal hace radicar la diferencia entre el tipo doloso y el culposo en la voluntad: el tipo subjetivo doloso está conformado por la voluntad dolosa, y el del culposo, por la respectiva voluntad culposa. Pero en la llamada “voluntad culposa” se incluyen conceptos que dudosamente pueden ser considerados como integrantes de la “voluntad”, al menos en el sentido que este vocablo es utilizado por la doctrina penal. El término “voluntad” ha tenido diversos significados, uno de los posibles para indicar distintos tipos de conducta o ciertos aspectos de la conducta.⁴⁵ En este sentido, es usado el término en el modelo lógico.

⁴³ Choclán Montalvo, J. A., *op. cit.*, nota 15, p. 60.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 59-61.

⁴⁵ Abbagnano, Nicola, *Diccionario de Filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, p. 1195.

La culpa es definida desde la perspectiva lógica a partir de cuatro conceptos: previsibilidad, provisiabilidad, previsión y provisión. Según Olga Islas, la previsibilidad alude a que el sujeto tiene la posibilidad de prever la lesión del bien jurídico; la provisiabilidad se refiere a que el sujeto tiene la posibilidad de poner en juego el cuidado posible y adecuado para no producir, o evitar la lesión del bien; previsión es el hecho psíquico real de prever la lesión del bien, y provisión es el poner efectivamente en juego el cuidado posible y adecuado para evitar la lesión del bien.⁴⁶

La voluntad culposa consiste fundamentalmente en la no provisión del cuidado posible y adecuado.⁴⁷ No es relevante que el sujeto haya o no previsto la lesión del bien, sino que ésta fuera previsible.

Aunque los autores del modelo no han profundizado en el alcance de los conceptos utilizados, al hablar del cuidado posible y adecuado parecieran referirse a una culpabilidad individual. Esto es, cuidado posible para el agente y adecuado a las circunstancias. La omisión de cuidado es una característica del comportamiento del sujeto que se ubica como integrante del tipo subjetivo. Los autores no se pronuncian expresamente sobre la objetividad o no de la previsibilidad, pero al ubicarla en el tipo subjetivo podría pensarse que se trata de una “previsibilidad individual” en el sentido que se ha expuesto anteriormente. Asimismo, al hablar del cuidado posible y adecuado, los autores parecieran acercarse a la primera propuesta de Welzel, que alude a la culpabilidad individual.

En el modelo se desestima la distinción entre culpa consciente e inconsciente, ya que en ambos casos se integra la culpa, tendencia que, como se vio, es seguida por parte de la doctrina contemporánea.

Resumiendo: en el modelo lógico el tipo subjetivo del delito culposo está conformado por la omisión de cuidado (no provisión) respecto de la previsible (previsibilidad) lesión de un bien jurídico que podría haberse evitado (provisibilidad).

IV. REFLEXIONES FINALES Y PROPUESTA PERSONAL

Se ha incrementado la trascendencia de los delitos culposos en la vida cotidiana en la medida en que los avances tecnológicos y la complejidad de las sociedades contemporáneas han conformado lo que los sociólogos de-

⁴⁶ *Ibidem*, p. 46.

⁴⁷ Islas, O., *op. cit.*, nota 1, p. 46.

nominan como sociedad de riesgo.⁴⁸ Si bien el paradigma delictivo se identifica principalmente con el delito doloso, los delitos culposos van ganando terreno en el ámbito de la procuración e impartición de justicia. Y aunque algunos dogmáticos se han llegado a plantear la posibilidad de que las conductas culposas queden fuera del derecho penal, ello está muy lejos de volverse realidad. Por el contrario, el legislador ha incrementado los tipos culposos, en especial los llamados de peligro abstracto. En estas circunstancias es muy importante precisar cuáles son los elementos definitorios de los tipos culposos, de manera que sea posible identificarlos con precisión, estableciendo sus límites respecto de los tipos dolosos, en especial del dolo eventual, y de los supuestos atípicos. Tiene importancia práctica precisar los elementos subjetivos que integran el tipo culposo, diferenciándolos de los que integran la culpabilidad, ya que la conducta claramente atípica no debiera dar lugar a proceso penal, mientras que la ausencia de culpabilidad es fundamentalmente un tema para ser abordado en la sentencia.

En primer lugar, considero necesario afirmar la existencia del tipo subjetivo en los delitos culposos. Dicho componente subjetivo excede, por supuesto, la voluntariedad, entendida como acompañante indispensable de la acción o de la omisión. La voluntariedad es asociada con la decisión de actuar o no actuar, que permite diferenciar dichos comportamientos de los actos reflejos o de los derivados de una fuerza física irresistible. El tipo culposo, además de contemplar comportamientos voluntarios en el sentido antes expresado, exige que el autor esté en posibilidades de conocer y evitar la probable lesión del bien, y esas posibilidades deben evaluarse en relación con la particular situación del agente. Lo que el sujeto conoce es trascendente tanto en la llamada culpa consciente como inconsciente, porque de ese conocer se derivará la certeza o no que podía tener sobre la posible lesión, así como los recursos con que contaba para evitarla. No es posible valorar de igual forma la falta de cuidado respecto de un cirujano especializado que realiza una operación de rodilla en un hospital de primer nivel, que la de un médico internista recién recibido que lleva a cabo la misma operación en un centro de salud rural. Los conocimientos personales de uno y otro afecta-

⁴⁸ Luhmann, Niklas, *Sociología del riesgo*, México, Universidad Iberoamericana-Universidad de Guadalajara, 1992; Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo*, Barcelona, Paidós, 1998. Sobre la influencia de la sociología del riesgo en el ámbito penal, véase Mendoza Buergo, Blanca, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, Civitas, 2001.

rán la previsibilidad de los riesgos en cada caso y su correspondiente evitabilidad. La postura contraria, que propone recurrir a los estándares de la *lex artis* de la medicina y resolver la situación particular en la culpabilidad es artificiosa y elude el concepto de acción personal.

Si gran parte de la teoría contemporánea niega la trascendencia de la distinción entre culpa consciente e inconsciente, no es comprensible que vuelvan a rescatar tal distinción al hablar del tipo subjetivo culposo. Si el aspecto subjetivo es trascendente para poder calificar a una conducta de culposa, lo será en todos los casos. Al contrario de lo que señala Roxin, en los delitos de olvido y de distracción también es trascendente lo que el sujeto conoce para valorar su posibilidad de conocer el peligro. El mismo autor reconoce que hay que darle la razón a la teoría individualizadora de la culpa en el caso de los conocimientos especiales.⁴⁹ Ello, en definitiva, es abrir la puerta a la valoración individual en todos los casos de la previsibilidad. Dicha valoración sólo es posible a partir de los conocimientos almacenados en la psiquis del sujeto.

El reconocimiento del tipo subjetivo culposo y, en consecuencia, de la culpa individual, no es sólo sistemáticamente adecuado, sino que favorece la resolución de casos prácticos permitiendo pregonar la atipicidad de eventos que no deben considerarse como antisociales. Es cierto que en el Distrito Federal la aplicación de esta concepción se dificulta por la definición de culpa incluida en el segundo párrafo del artículo 18, lo que pone en evidencia una vez más el inconveniente de incluir definiciones propias de la dogmática en el texto legal. Sin embargo, corresponderá al operador jurídico la interpretación adecuada para evitar que conductas que no son atribuibles subjetivamente al agente no sean consideradas como constitutivas de injusto.

El modelo lógico, según la interpretación aquí realizada, sostiene la existencia de un tipo subjetivo culposo y, aparentemente, de una culpa individual. Ubica a la culpa dentro del subconjunto conducta, que se integra con la voluntad dolosa o culposa y con la actividad o inactividad. El concepto de voluntad no es usado, a diferencia del resto de la doctrina, como sinónimo de voluntario, es decir, de libre, sino como forma o clase de comportamiento.⁵⁰ Esto representa una primera dificultad de comunicación de la propuesta. Además, lo que se entiende por voluntad dolosa y culposa no

⁴⁹ Roxin, C., *op. cit.*, nota 7, p. 1017.

⁵⁰ Abbagnano, N., *op. cit.*, nota 45, p. 1197.

constituyen conceptos equivalentes, ya que los aspectos que se toman en cuenta en uno y otro caso son distintos. La voluntad dolosa, tal como es concebida por los autores del modelo lógico, consiste en conocer y al menos aceptar la realización de la parte objetiva no valorativa del tipo. Se resalta aquí un componente de voluntariedad —querer o aceptar la lesión del bien—, entendido en sentido tradicional, que es constitutivo del dolo.

En el tipo culposo, según el modelo, no hay referencia alguna a la voluntariedad respecto de la lesión del bien, sí, en cambio, a su cognoscibilidad —previsibilidad—. Es evidente que el movimiento físico o su ausencia deben ser voluntarios, pero el contenido de esa voluntad no abarca la lesión del bien. Ésta queda comprendida en el conocer del sujeto, o, al menos, debió quedar comprendida por ese aspecto intelectual. El tipo subjetivo doloso está compuesto por el aspecto intelectual de conocer y el volitivo de querer o aceptar; el tipo subjetivo culposo, por los datos normativos de previsibilidad —asociado al conocer efectivo del sujeto— y de omisión de cuidado. Mientras en el caso doloso se mencionan operaciones que ocurren en la psiquis del sujeto, en el culposo se hace referencia a una falta de cualidad en el obrar externo, que no remite necesariamente al componente psíquico. Dicho componente consistiría en todo caso en la voluntariedad de realizar la actividad o inactividad de determinada manera o en los conocimientos que en el caso particular tiene el sujeto y que permiten valorar la falta de cuidado en relación con la previsibilidad y evitabilidad de la lesión.

El mayor problema que enfrenta el modelo radica en incluir la culpa como “voluntad culposa” dentro del subconjunto conducta. Como ya se vio, hablar de “voluntad culposa” da lugar a equívocos al confundirse con la voluntariedad del movimiento o con la aceptación de la lesión del bien. Además, esta inclusión es incompatible con el concepto de conducta que se supone ha adoptado el modelo. Hablar de conducta culposa implica hablar de una conducta ya valorada, mucho más si se concibe a la culpa como una falta de cuidado. La omisión es un concepto normativo, que se aleja de la realidad óptica. Los propios autores del modelo lo reconocen al referirse a un nexo normativo, en vez de causal, entre la omisión y el resultado. En definitiva, la culpa como tal no puede constituir el aspecto subjetivo de la conducta, como componente psicológico de ella. Tampoco es posible hablar de conducta culposa como realidad óptica; hablar de conducta culposa implica una valoración que remite a un concepto normativo y no descriptivo.

El legislador incluye en los tipos penales conductas ya valoradas que no pueden interpretarse con independencia de dicha valoración. Es precisa-

mente el reconocimiento de esta situación lo que inclina cada vez más a la doctrina contemporánea a explicar los tipos penales a partir de conceptos normativos y no meramente descriptivos. Este proceso contiene, indudablemente, aciertos y desaciertos, pero parece irreversible. El modelo lógico ha sido pionero en este campo, al incluir al deber jurídico como componente necesario del tipo penal. Sin embargo, desde mi opinión personal, parece necesario ahondar algunos conceptos, así como replantear otros. La “voluntad culposa” es, a mi modo de ver, uno de los conceptos que deberían replantearse. Este replanteamiento podría, a su vez, favorecer la reelaboración de otros de los conceptos que preocupa a los autores del modelo, que es el de “culpabilidad”.

Por el momento, y a modo de resumen, es posible sostener que existe un elemento subjetivo en los tipos culposos, siempre que se entienda a la culpa desde una perspectiva individualizadora. Dicho componente subjetivo está conformado por el conocimiento que el sujeto tenga al momento de actuar de las circunstancias y proyecciones posibles de su actuación. Ello permite resolver en la tipicidad cuestiones que muchos autores postergan a la culpabilidad. Asimismo, es posible afirmar la inconveniencia de hablar de una voluntad culposa y más aún de ubicarla como aspecto subjetivo de la conducta.

Lo anterior pone en evidencia que falta mucho por decir aún sobre los delitos culposos.