



EL DOLO COMO CONCRECIÓN HISTÓRICA DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

FRAUD AS HISTORICAL CONCRETION OF THE PRINCIPLE OF GUILT

GABRIELA C. COBO DEL ROSAL PÉREZ¹

Universidad Rey Juan Carlos

Recibido: 7/11/2022 Aceptado: 29/12/2022

En homenaje a Enrique Orts Berenguer †

RESUMEN

El presente trabajo ofrece un estudio del concepto jurídico de dolo a la luz de un doble prisma que sigue el método histórico. Por una parte, se propone estudiar dicho concepto en su evolución histórica y, por otra, se propone observarlo desde su contribución a la concreción del principio de culpabilidad penal. Se inicia con este trabajo una aproximación que trata de enriquecer la escasa atención que de forma unitaria y desde el amplio espectro que ofrece la Historia se ha concedido hasta ahora al más grave de los conceptos que conforma la culpabilidad: el dolo.

Palabras clave: Concepto de dolo, principio de culpabilidad.

¹ Doctora en Derecho. Cuenta con numerosas estancias de formación académica, docentes y de investigación en universidades como la Universidad Karl-Franzens Graz; la Universidad Degli Studi di Milano; la Universidad de Harvard o la Universidad San Marcos. Actualmente es Profesora Titular de Historia del Derecho y de las Instituciones Españolas en la Universidad Rey Juan Carlos. Ha escrito varios trabajos en materia de codificación penal con visión histórica e Historia del Derecho Penal.

ABSTRACT

Present work offers a study that deals with the juridical concept of fraud enlightened by a double perspective that follows the historical method. On the one hand it aims to study the referred concept in its historical evolution, and on the other hand, it aims to observe it from its contribution to the concretion of the principle of guilt. This current work initiates an approximation that tries to enrich the scarce attention paid, from an unitarian and from the wide specter that History offers, to the most serious of the concepts that conform the guilt, as fraud is.

Keywords: Concept of fraud, principle of guilt.

Sumario: 1. Introducción. 2. El triunfo de la responsabilidad culpable en Roma. 3. El regreso a la responsabilidad objetiva en el derecho germano: destellos de intencionalidad. 4. El resurgir del dolo romano. 5. El dolo en el tránsito a la época de las luces. 6. Reflexión final a modo de epílogo: el triunfo definitivo del principio de culpabilidad en la etapa codificadora. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

“Estudiar la evolución del concepto de dolo es tanto como volver, en buena parte, a la investigación del pensamiento de la culpabilidad, puesto que aquél es la más genuina encarnación de ésta, su más grave especie y la más común en los delitos”².

Las siguientes páginas proponen un estudio del concepto jurídico de dolo a la luz de un doble prisma que, por una parte, lo estudia en su evolución y, por otra, lo observa desde su contribución a la concreción del principio de culpabilidad penal. Por tratarse de un tema de importancia nuclear para el Derecho penal resultan aquí especialmente oportunas las palabras tantas veces citadas de Max Ernst Mayer al decir que: “La dignidad del Derecho penal reside en la repulsa de la *responsabilidad por el resultado* y en el reconocimiento de

² Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo V, 2ª Edición, (Editorial Losada: Buenos Aires, 1956), 305. Las presentes páginas encuentran su origen en un anterior trabajo dedicado a estudiar el influjo francés en la codificación penal española: “Aproximación a la influencia del pensamiento jurídico francés en los conceptos de dolo y culpa en la codificación penal española”, en *La codificación penal española: tradición e influencias extranjeras su contribución al proceso codificador*, dir. por Aniceto Masferrer (Madrid: Aranzadi Thomson Reuters, 2017), 219-248. Se parte por ello de la misma definición conceptual, que en dicho trabajo se aclara de forma más prolija.

la *responsabilidad por culpabilidad*³.

Sabido es que el concepto de culpabilidad tiene numerosas acepciones. La significación que aquí concierne se refiere a la culpabilidad penal, o a la culpa en su sentido *lato*, la cual, reviste dos formas: el dolo y la culpa o imprudencia⁴. Ambas formas encuentran en la *voluntad* del agente el fundamento y su razón de ser y, de las dos, el dolo entraña la forma más grave que incorpora además el elemento clave: la *intencionalidad*.

Dada la perspectiva histórica que se plantea en este trabajo y a fin de acotar el tratamiento que se dará a la materia, cabe recordarse que se ha partido de la definición conceptual propuesta por los penalistas Enrique Orts y José Luis González Cussac⁵. Aquí tan solo se trata de aproximarnos a grandes rasgos al desenvolvimiento progresivo del dolo sin entrar en su evolución legislativa, filosófica jurídico penal o en su dogmática.

A la hora de realizar este trabajo se observa que, salvada la excepción del reconocido civilista Alfonso de Cossío⁶, del estudio de estas dos categorías penales con prisma histórico jurídico se ha ocupado mayoritariamente la doctrina penal. Es por ello por lo que la mayor parte de la bibliografía aquí manejada pertenece a la penalística de la primera mitad del pasado siglo⁷.

3 Max Ernst Mayer, *Derecho penal. Parte General*, (Buenos Aires: Editorial B de f, 2007), 228. A lo que añade Luzón Peña que esa dignidad queda verdaderamente elevada cuando la culpabilidad está basada en el "libre albedrío" Cfr. Manuel Luzón Domingo, *Tratado...*, Tomo I, 55.

4 Actualmente referirse a la culpa en sentido *lato* es menos frecuente por parte de la doctrina penal. Aquí se referirá a la culpabilidad en la acepción que se corresponde con la palabra alemana de *Schuld*, propia de la doctrina germana que es considerada como más exacta y precisa en este asunto. Vid. Jiménez de Asúa, *Tratado...*, 89.

5 Enrique Orts Berenguer y José Luis González Cussac, *Compendio de Derecho penal*, (Tirant lo blanc: Valencia, 2015 / 2022), 321. Para una síntesis a fin de comprender la teoría de la culpabilidad vid. Francisco Muñoz Conde, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, 4ª Edición, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2004), 51-70. En unas páginas dedicadas al concepto de culpabilidad Francisco Muñoz Conde presenta la transformación de la ciencia penal a la hora de distinguir el concepto psicológico de la culpabilidad respecto de la culpabilidad penal.

6 Alfonso de Cossío, *El Dolo en el Derecho Civil*, (Granada: Editorial Comares, 2005).

7 Y es que los manuales de referencia de Derecho Penal de la primera mitad del pasado siglo son sobre todo los textos que más entran en el fondo de la cuestión. Sin querer dejar a un lado los esfuerzos realizados por la Historia del Derecho a los que seguidamente se aludirá -en síntesis-, sigue siendo preciso acudir a los penalistas de finales del siglo XVIII y mediados del XIX. No podemos evitar citar aquí, como ejemplo de esta interesante visión histórica, a dos autores que fueron padres de dos códigos penales, significativamente antagónicos en su ideología: Eugenio Cuello Calón y Luis Jiménez de Asúa. El primero ofrece una Historia del Derecho Penal desde el Antiguo Oriente, y resulta imprescindible para comprender la evolución de las distintas doctrinas penales, ofreciendo un recorrido desde el Marqués de Beccaria hasta los autores de mayor predicamento en el pasado siglo, como el Padre Jerónimo Montes o Quintiliano Saldaña, *Derecho penal. Parte General*, Tomo I, 18ª Edición, (Barcelona: Bosch, 1980), especialmente 42-198. Por otra parte, podemos considerar el ya citado *Tratado* de Jiménez de Asúa sigue siendo la base más

Encabeza la lista de insignes penalistas que lo trataron fundamentalmente Manuel Luzón Domingo quien acometió la compleja tarea de investigar acerca de los límites superior e inferior de la culpa penal en su conocido *Tratado*⁸.

Sin duda alguna para este estudio además se ha debido acudir a la valiosa historiografía jurídica española a fin de abordar aspectos más generales pero imprescindibles, de los cuales, por la extensión del trabajo es obligado reducir sus referencias⁹.

adecuada para abordar la gran mayoría de los asuntos penales con un prisma histórico jurídico. También, desde una perspectiva geográfica distinta, debemos citar la obra de Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, (Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora Comercial, 1980, 317 ss.). Concretamente, acerca del dolo y también de la culpa, sin ánimo de exhaustividad y por introducir las obras más utilizadas en el presente estudio, Juan del Rosal, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Tomos I y II, (Madrid: Editorial Aguierre, 1968); Edmundo Mezger, *Tratado de Derecho penal*. Tomo I, (Madrid: Revista de Derecho Privado. 1944); José Antón Oneca, *Derecho Penal*, 2ª Edición, (Madrid: AKAL, 1986); Luis Silvela, *El Derecho penal estudiado en principios de y en la legislación vigente*, Tomo I, (Madrid: Imprenta de T. Fortanet, 1874); Franz von Liszt, *Tratado de Derecho penal*. Traducido de la 18ª edición alemana y adicionado con la Historia del Derecho penal español por Quintiliano Saldaña, Tomo I, (Madrid: Reus, 1926). De todo ello, se ha advertido, se trató con mayor profundidad en “Aproximación a la influencia ...”.

8 Manuel Luzón Domingo, *Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal, Con especial referencia a los delitos de imprudencia* Tomos I y II (Barcelona: Editorial Hispano-Europea, 1960).

9 Han sido imprescindibles la consulta de dos obras clásicas como la de Theodor Mommsen y Bernardo Santalucía, pues, a pesar de no abordar directamente el estudio de *Hispania* el citado premio nobel o no trate el segundo autor las categorías penales aquí estudiadas, sus descriptivas notas en torno al marco jurídico penal de la historia de Roma siguen siendo referencias obligadas a la hora de construir cualquier categoría penal que encuentre sus orígenes en Roma. Bernardo Santalucía, *Derecho penal romano*, (Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990); Theodor Mommsen, *El Derecho penal romano*, Tomos I-II, Traducción de Pedro Dorado Montero, (Pamplona: Anacleto, 1999). La bibliografía en materia de Historia del Derecho penal es muy abundante y, sin ánimo de exhaustividad, se recogen aquí las referencias de aquellos trabajos esenciales para enfocar el presente trabajo: Heinrich Brunner, *Historia del Derecho Germánico*, 8ª Edición. Traducida por José Luis Álvarez López (Barcelona: Labor, 1936); Alberto Du Boys, *Historia del Derecho Penal en España*, (Madrid: Imprenta de J.M. Pérez, 1872); Enrique Gacto Fernández, “Aproximación a la Historia del Derecho Penal español”, en *Hispania entre derechos propios y derechos nacionales: atti dell'incontro di studio Firenze*, Tomo I, dir. por Bartolomé Clavero Salvador, Paolo Grossi, y Francisco Tomás y Valiente, (Milán: Giuffrè Editore, 1990) 501-530; Benito Gutiérrez Fernández, *Examen Histórico del Derecho Penal*, (Madrid: Imprenta de Antonio Peñuelas, 1866); Eduardo Hinojosa, *El elemento germánico en el Derecho español*, (Madrid: Marcial Pons, 1915) (Madrid: Dykinson, 2019); Ángel López-Amo y Marín, “El Derecho penal en la baja edad media”, *Anuario de Historia del Derecho* 26 (1956): 337-567, cuya tarea quedó interrumpida y fue terminada por la redacción del Anuario de Historia del Derecho; Renée Martinage, *Histoire du droit pénal en Europa*, (París: Presses Universitaires de France, 1998); Ángel Martínez Sarrión, *Las raíces romanas de la responsabilidad por culpa*, (Barcelona: Bosch, 1993); Remedios Morán Martín, *Historia del Derecho privado, penal y procesal*, Tomo I, Parte General, (Madrid: Editorial Universitas, 2002); José Orlandis, “Sobre el concepto del delito en el Derecho de la Alta Edad Media”, *Anuario de Historia del Derecho* 16 (1945): 112-192; José Manuel Pérez-Prendes Muñoz-Arraco, *Historia del Derecho Español*, Tomos I-II, (Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2004) donde acomete la ardua tarea de definir buena parte de los conceptos estudiados en el presente trabajo con perspectiva histórica; Juan Sáinz Guerra, *La evolución del Derecho Penal en España*, (Jaén: Universidad de Jaén, 2004); José Sánchez-Arcilla Bernal y Emma Montanos Ferrín, *Historia de las Instituciones político-administrativas contemporáneas (1808-1975)*, Madrid, 1994 y *Estudios de Historia del Derecho criminal*, (Madrid: Dykinson, 1990).

La propuesta del presente estudio responde a un planteamiento generalista, enmarcado en el más amplio contexto del principio de culpabilidad, pues su objeto estriba en contribuir a colmar la ausencia de un estudio unificado en torno a la evolución histórica de uno de los dos conceptos o categorías jurídicas o formas de imputar los hechos que conforman la culpabilidad. Se propone aquí un estudio preliminar, que sólo aspira a presentar de forma sencilla el complejo recorrido conceptual del dolo, por ello se detiene el trabajo en la Edad Moderna ya que los Códigos Penales normalmente no mencionan al dolo, o por lo general no lo definen, por entenderlo inscrito en los delitos.

La importancia de una aproximación histórica a este tema resulta esencial pues si bien la doctrina penal actualmente es unánime a la hora de entender que el tipo del injusto necesita una parte subjetiva, y, afortunadamente, sobre este extremo ya no existe controversia alguna, sin embargo, ello no fue siempre así¹⁰. Pues como recuerda el referido Jiménez de Asúa hubieron de pasar muchos siglos “(...) antes de que se llegara a formular como base fundamental del Derecho penal el principio de que sin imputabilidad y responsabilidad no se concibe la imposición de pena alguna”¹¹.

2. EL TRIUNFO DE LA RESPONSABILIDAD CULPABLE EN ROMA

Antes de abordar el tema desde Roma, cabe apuntar la existencia de interesantes vestigios respecto a algunas antiguas civilizaciones que valoraron la voluntariedad a la hora de reprimir conductas. En este sentido son dignas de mención la civilización asiria, la hebrea o la griega donde parece que ya se vislumbraba la distinción entre el acto voluntario, -que actualmente consideraríamos como doloso-, y el acto no intencional. Sin embargo, a pesar de lo dicho, ello fue la excepción y puede decirse que prácticamente todos los Derechos antiguos conocieron la *responsabilidad sin culpa* que podía incluir también aquella surgida sin lazos de causalidad material¹². Y es que en el mundo

10 Lo aclara en su manual Diego Manuel Luzón Peña. Al hablar del *principio de culpabilidad* y del *principio responsabilidad subjetiva* o principio del *desvalor (subjetivo) de la acción* que aparecen como limitadores del *ius puniendi* con el doble fundamento constitucional y funcional de proteger los bienes jurídicos a través de la prevención. Donde además explica la funcionalidad y la perspectiva constitucional de ambos principios. Diego Manuel Luzón Peña, *Curso de Derecho penal, Parte General I*, (Madrid: Editorial Universitas S.L., 1996), 86-88 y 400 ss.

11 Luzón Domingo, *Tratado...*, Tomo I, 54.

12 Por tratarse en ocasiones la relación de una contigüidad o afectividad vid. Jiménez de Asúa, *Tratado...*, 102.

antiguo delito y daño eran prácticamente lo mismo al considerarse desde un prisma muy amplio que el daño perpetrado a un miembro de una comunidad afectaba a la totalidad de la misma¹³.

Al centrar el objeto en Roma es reveladora aquella reflexión de Pérez-Prendes por la que precisaba la impropiedad de considerar al Derecho Penal romano como tal, por entender que más bien se trataba de una “normativa penal”¹⁴. Y es que el Derecho Penal romano no fue comparable con el Civil, de modo que, a diferencia de lo acaecido con el contrato romano, en Roma no existió una “noción general de delito”¹⁵. A pesar de lo dicho, Martínez Sarrión sospechó sin embargo que en Roma siempre se coloreó la intencionalidad¹⁶, por entender que existen vestigios de la observancia de la *responsabilidad por el resultado*¹⁷. En esta dirección se interpretan las palabras de Jiménez de Asúa al decir que en la Roma más antigua una infracción jurídica fortuita provocaba la misma cólera en los dioses que la ocasionada con intencionalidad¹⁸. Ello porque en Roma en los casos en que se producía una ruptura o agresión a la *pax deorum*, era cuando la comunidad entendía que era preciso recobrar el orden y recuperar la amistad y la paz entre la ciudad y los dioses¹⁹. Sin embargo, acabaría en Roma por apreciarse, cada vez más, la voluntad antijurídica y acabaría por poner “todo el peso de la responsabilidad” en el elemento interno que constituye la intención²⁰. De este modo, pronto Roma superó “la tosca responsabilidad por

13 Morán, *Historia del Derecho Privado...*, Tomo I, 420.

14 A pesar de compartir la acertada consideración del profesor Pérez-Prendes, por motivos puramente expositivos se continúa aquí aludiendo al Derecho Penal a fin de agilizar la lectura *vid.* José Manuel Pérez-Prendes Muñoz-Arraco, *Historia del Derecho Español*, Tomos I-II, (Madrid, 2004) Tomo I, 424. Por su parte Mommsen consideraba que el Derecho penal comenzaba “en el momento en que la ley del Estado (comprendido dentro de ella a la costumbre con fuerza legal)” ponía “limitaciones al arbitrio del depositario del poder penal, esto es, del juez sentenciador”, Mommsen, *El Derecho...*, Tomo I, 58.

15 Morán, *Historia del Derecho Privado...*, Tomo I, 420.

16 “La aplicación “matizada” de la *Ley del Talión* en Roma” la explica Martínez Sarrión, *Las raíces...*, 5-6.

17 *Vid.* Jiménez de Asúa, *Tratado...*, 102-105. Luzón Domingo recoge un recorrido sucinto acerca de la evolución o del tránsito del principio de *responsabilidad por resultado* al principio de *responsabilidad por culpabilidad* *vid.* *Tratado...*, Tomo I, 1960, 54-55. Cfr. También *vid.* Eugenio Cuello Calón, *Derecho...*, Tomo I, 360 y Luis Jiménez de Asúa, *Anotaciones a Carrara*, Madrid, 1922, 1964.

18 Jiménez de Asúa, *Tratado...*, 102.

19 Acerca de la administración de justicia criminal en la Roma de los reyes tenemos noticias poco fiables pues parte de leyendas que juegan con las deducciones fruto del estudio del periodo posterior. Las obras clásicas como la de Santalucía y la de Mommsen continúan siendo obligada consulta a este respecto. También del Derecho penal romano ofrece una valiosa síntesis, entre otros muchos penalistas, Del Rosal, *Tratado...*, 134-139.

20 La doctrina observa en ello un probable influjo de los moralistas griegos *vid.* Jiménez de Asúa, *Tratado...*, 102.

resultado dañoso” así como la “mera culpa de los griegos” dando paso a un sentido jurídico a la culpabilidad²¹.

El término dolo en su sentido etimológico deriva del griego que significa *engaño*. Sus diferentes acepciones originales obligan a centrar el presente estudio en aquella significación que lo entendía como *fraude*²². Superada la inicial noción de dolo del Derecho del ámbito privado en Roma que se mostraba como opuesta a la noción de *vis*, el término dolo pasó a significar *intención*, *intención mala* o *dolus malus*²³.

En Roma parece que no se llegó a construir un concepto unitario de *dolus malus*. Éste era tratado de forma diversa en función de si se le consideraba como un momento especial en el supuesto de hecho de un delito o en función de si aparecía considerado en relación con los derechos de tráfico. En el primer caso, sus orígenes se remontarían a la *Ley de las XII Tablas* en las que designaría la intención antijurídica, en contradicción con el caso fortuito, el llamado *casus*. En el segundo caso, surge como la creación de un Derecho *pretorio* que designaba la deslealtad y el engaño que entraba en contradicción con la conducta normal de las buenas gentes, esto es, lo opuesto a la *fides bona*²⁴. Dicha distinción no pretende dar a entender que en la etapa clásica romana ya se distinguía entre el dolo civil y el dolo penal²⁵ dado que esto no ocurriría sino hasta llegar a la etapa moderna²⁶. La evolución del concepto de dolo en Roma la

21 *Ibid.*, 106.

22 Para más voces vid. de Cossío, *El Dolo...*; P.F. Passerinus, *De occidente unum pro alio*, Parmae, 1693, 86 y 87 notas 9-23. Para el ámbito civil suele acudir a la definición que lo observa como “(...) el propósito intencional de causar daño o perjuicio a otro; consiste en toda maquinación o maniobra fraudulenta encaminada a mantener en el error o en el engaño a la persona con quien se va a celebrar un negocio jurídico (...)” en Faustino Gutiérrez-Alvz Armario, *Diccionario de Derecho Romano*, (Madrid: Reus, 1948), 178.

23 (...) *la violazione della legge, da cui il danno segue, non forma oggetto di reato, se non vi si accoppia la malvagia volontà dell' agente, la quale, fin dall' antichità, è significata colla parola di dolo*. Enrico Pessina, *Enciclopedia del diritto penale italiano: raccolta di monografie*. Tomo II, (Milán: S.E.L., 1906), 243. También acerca del concepto del dolo y de su evolución ofrece un estudio Pessina en la misma obra 243-267. Del debate doctrinal en torno al concepto de dolo da cuenta Jiménez de Asúa, *Tratado...*, Tomo V, 309-310; El concepto de dolo romano lo define Theodor Mommsen, *El Derecho...*, Tomo I, 96. También Edmundo Mezger, *Tratado...*, 28-33.

24 De Cossío, *El Dolo...*, 2.

25 La distinción la estudia De Cossío, *El Dolo...*, 12-19 quien recoge buena parte del debate doctrinal.

26 *Vid.* De Cossío, *El Dolo...*, 2, 37 ss. Parece oportuno aclarar aquí que no tratará este trabajo tampoco la distinción entre los delitos públicos y privados de Roma, pues excedería el presente trabajo. Sabido es que un motor esencial en la creación del Derecho romano lo fueron las acciones y cabe mencionarse que fue a C. Aquilio Galo a quien debemos la fórmula de la *actio* de dolo. Esto ocurrió ya fuese porque éste fue su inspirador, ya porque él mismo la otorgara en su Edicto del año 66 a. J.C. Dicha *actio* existía con un carácter subsidiario mientras no fuera posible otra acción especial, civil o pretoria. Y es que el engaño malicioso, el *dolus malus*, estaba tipificado como delito en el Edicto Perpetuo y de él se derivaba una *actio* de dolo por el valor del perjuicio sufrido. Ello lo estudia en profundidad Fernando Betancourt, “La

explica Edmundo Mezger:

“El Derecho romano había destacado el puro concepto del dolo (*dolus*) con gran claridad y precisión. Pero más adelante y por razones de índole práctica, surgieron influjos que de nuevo oscurecieron, en más de una referencia, esta pura noción de la culpabilidad. Ante todo, debe citarse el pensamiento, que aparece por influjos canónico-religiosos, del llamado *versari in re illicita*²⁷. La idea fundamental de esta forma jurídica es la que sigue: por culpabilidad ha de entenderse, no sólo el *dolus* y la culpa del Derecho romano, sino que, por ejemplo, el homicidio ha de considerarse también cometido con culpabilidad si el autor mata por simple caso fortuito cuando se disponía a realizar algo no permitido: *versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto*”²⁸.

La expresiva voz *dolus malus* dejaría pues de manifiesto para cualquier lego en Derecho que el dolo no fue inicialmente para los romanos una cosa necesariamente “mala” sino que, incluso en ocasiones, era lícita y hasta recomendable²⁹. Por ello, no sorprende que frente a un *dolus malus* existiera un *dolus bonus*³⁰. Alfonso de Cossío al estudiar el dolo civil se remontaba a sus orígenes y hablaba del uso de dicho término incluso con un sentido cómico por parte de ciertos autores. Así mismo recogió gran parte de sus significados y usos en Roma y su distinción frente a la noción de culpa. Todo ello lo haría recordando que, en abundantes textos, la culpabilidad se equiparaba al dolo recogiendo además el autor las diferentes soluciones propuestas por la doctrina moderna a dicha confusión conceptual³¹.

A pesar de la controversia doctrinal despertada en torno a los límites del concepto de dolo en Roma, parece sentado el hecho de que el *dolus malus* se caracterizó por la consciencia de violar los intereses legítimos de otro. Pasó el término *dolus* a significar toda intención encaminada al delito³². Triunfaba así

stipulatio iudicialis de dolo en el Derecho romano clásico”, *Anuario de Historia del Derecho* 49 (1979): 165-184, 165-166.

27 Para una comprensión del principio *versari in re illicita* vid. Manuel Luzón Domingo, *Tratado...*, Tomo I, 508 ss.

28 “Con esto se abandona, en lo que concierne a este resultado fortuito, el pensamiento de culpabilidad. Relacionado con ello surge en el Derecho común la teoría del *dolus indirectus*; según ella, también debe ser atribuido a la culpabilidad lo querido sólo “indirectamente”, Mezger, *Tratado...*, Tomo II, 28-29.

29 De Cossío, *El Dolo...*, 3.

30 En este sentido vid. Digesto 4, 3, 1, 3, *Non fuit autem contentus praetor dolum dicere, sed adiecit malum, quoniam veteres dolum etiam bonum dicebant et pro solertia hoc nomen accipiebant, maxime si adversus hostem latronemve quis machinetur*. Estudiado por De Cossío, *El Dolo...*, 3.

31 De Cossío, *El Dolo...*, 3-7.

32 Jiménez de Asúa, *Tratado...*, 316.

por tanto la *teoría de la voluntad*. Esto es, triunfaba la teoría por la cual se incluye la intención a pesar de las huellas de la *responsabilidad por causa*. De modo que la inclusión de la citada intencionalidad aparecía de este modo ya en Roma incluso en sus primeras leyes y acabaría triunfando en sus jurisprudencias después. También triunfaría en el Derecho canónico y en los textos medievales de forma mayoritaria.

En lo que respecta a la evolución del concepto de dolo, cabe señalar que la *teoría de la voluntad* encuentra dos claros momentos: la que lo entiende desde un *plano moral* y la que lo entiende como un acto *contrario a la Ley*. La primera asocia el *dolus* a la idea de maldad, de intención perversa, con un carácter marcadamente moral como sostuvieron en su día Rudolph von Ihering y Carlos Binding siendo esto lo que ocurrió en Roma y su concepto de dolo³³. La segunda fase de la *teoría de la voluntad* se caracterizaría por el significado basado en el aspecto legal, en la *consciencia*.

Llegados a este extremo, y como tantas veces sucede a la hora de determinar el nacimiento de una institución jurídica, no se encuentra unanimidad por parte de la doctrina en tal extremo. La teoría mayoritariamente defendida aparece liderada por Rudolph von Ihering y por Theodor Mommsen. Ambos, sostenían que originariamente en Roma, durante el periodo arcaico, se aplicó la *responsabilidad material objetiva* en la que imperaba exclusivamente el resultado sin importar la intención³⁴. Común acuerdo existe en la doctrina al llegar a *Las XII Tablas* en las que ya sí resulta indudable la exigencia del elemento subjetivo o *factum internum* alcanzando esta necesidad su mayor desarrollo en la etapa imperial. De forma genérica puede decirse que el dolo se exigía cuando el castigo impuesto era una pena pública y en cambio en los delitos privados bastaba la culpa³⁵. Por el contrario, en materia penal sin el *animus necandi* o *voluntas ad necem*, no se podía calificar la muerte por homicidio. Esto es, se distinguía entre la muerte causada con intención, de aquel otro resultado de muerte producido por culpa grave. Y es que, puede decirse, que ya los jurisprudencias romanos emplearon el término dolo en el sentido que hoy impera,

33 *Ibid.*, 310.

34 Sin embargo, para el homicidio ya se exigía el dolo como un elemento esencial: *Si qui liberum hominem dolo sciens morti duit parricida est*. Pessina, *Elementos de Derecho penal*, (Madrid, 1936), 329; Jiménez de Asúa, *Tratado...*, 315.

35 *Vid.* Jiménez de Asúa, *Tratado...*, 315. En este trabajo se comparte la consideración por la que se entiende que hasta que no se produce el tránsito de la norma represiva a la penal no puede hablarse propiamente de delitos, en cuyo caso, sus consecuencias jurídicas lo son las penas. Se utilizan aquí tales conceptos con fines meramente expositivos y prácticos. En este sentido *vid.* Morán, *Historia del Derecho Privado...*, Tomo I, 459.

esto es, en el sentido opuesto a la culpa. Pues parece aceptado que, en el último estadio de su desarrollo, los juristas romanos elevaron el dolo a característica esencial del delito dado que parece que lo que acabó por importar era en definitiva “la intención inmoral dirigida a un fin antijurídico”³⁶. Aparecería el dolo así para los romanos como la nota esencial para la constitución del delito y por su parte la doctrina ha interpretado dudosa la posible admisión de delitos por culpa, entendida ésta *strictu sensu*³⁷.

Es preciso reiterar que el término dolo equivalió a *artificio, astucia o fraude*, siendo su significado fraudulento el primordial sentido dado por el Derecho civil y, más en concreto, el significado de *intención y propósito*. Por ello, no debe extrañar que, en el Derecho romano, en el canónico, en el medieval e incluso en textos y obras del pasado siglo, el concepto de dolo llevara anejo los adjetivos de *malo o bueno* según fuera destinado a fines buenos o perversos. El *dolus malus* romano llega prácticamente a nuestros días con el *böser Vorsatz* del Código austríaco, con la *malice* inglesa y la *malicia* de las leyes penales³⁸. En síntesis, como afirmó Jiménez de Asúa, “los jurisconsultos romanos emplearon el término dolo en el sentido que hoy impera como opuesto a culpa”. Todo lo cual será mejor observado y entendido a la luz que arroja la Historia³⁹.

Por lo que respecta a la *Teoría general del delito* se observa que Roma en lo tocante a la culpabilidad la punibilidad reside en la contraria voluntad a la ley, *-animus occidendi, furandi-*⁴⁰ y no se observa el dolo para aquellos que desconozcan el tipo legal. No hay unanimidad en la doctrina a la hora de asegurar si Roma exigía para observar el dolo (*dolus, dolus malus*) tanto en el ámbito civil como en el penal si se exigía la consciencia de antijuridicidad. Además, cabe señalar que la pena pública tan solo es admitida para los actos dolosos y para los delitos privados se incorpora al lado del dolo y como una forma atenuada de culpabilidad la culpa⁴¹. En términos generales cabe decirse que en la Roma del último periodo se elevó al dolo como característica fundamental del delito y se duda si Roma concedió categoría de delito a los

36 *Ibid.*, 107.

37 Y es que la voz culpa en tiempos anteriores a la República se utiliza en un sentido amplio, equivalente al término culpabilidad sin distinguirlo de la culpa en sentido estricto, negligencia o imprudencia. Jiménez de Asúa, *Tratado...*, 106-107.

38 Ello lleva a evocar algún rastro de moral o inmoral todavía, Jiménez de Asúa, *Tratado...*, 306.

39 *Ibid.*, 306.

40 Del Rosal, *Tratado...*, 138.

41 *Ibid.*, 138.

hechos perpetrados por mera culpa⁴².

4. EL REGRESO A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN EL DERECHO GERMANO: DESTELLOS DE INTENCIONALIDAD

El Derecho germánico estaba compuesto por normas represivas que pasaban de generación en generación a través de la costumbre⁴³. Por ello no debe extrañar que el Derecho primitivo de los germanos no contara con una teoría de la culpabilidad. Hasta el punto que se describe al mismo como una auténtica “encarnación práctica de la responsabilidad causal u objetiva”⁴⁴. Y es que en el Derecho germánico se cometía delito por la sola “producción antijurídica de un mal”⁴⁵.

Así pues, el imperio del *Erfolghaftung* retrotraía en la época germánica a los primitivos planteamientos del pensamiento punitivos al poner todo el peso de la responsabilidad en el elemento externo, esto es, en el resultado, a diferencia de lo que terminó por acaecer en Roma⁴⁶. Sin embargo y a pesar de lo dicho, la apreciación del factor intencional ganará terreno lentamente. Especialmente lenta fue la incorporación de la intencionalidad en los delitos más graves como el homicidio o las lesiones donde imperaba el principio por el cual “el acto mataba al hombre”⁴⁷. La venganza de sangre y el pago de la expiación se combinan con un importante tanteo de “una concepción jurídico pública” a los ataques a la comunidad jurídica con la consabida pérdida de la paz perpetrada a través de la pena de muerte⁴⁸.

A pesar de lo dicho comienza a abrirse paso a la valoración de la intención y así ocurría con los casos de traición, robo, incendio, perjurio, etc. Además, ciertos casos en los que faltaba la intención eran ya tratados de forma más benigna, como los hechos fortuitos en los que se comprendía la negligencia. Siendo que no recibían igual pena, por ejemplo, cuando la muerte se había producido por la caída de un árbol, por caer en la trampa puesta para un animal

42 Jiménez de Asúa, *Tratado...*, 107.

43 Morán, *Historia del Derecho Privado...*, Tomo I, 420.

44 Jiménez de Asúa, *Tratado...*, 107. A sensu contrario Binding y Del Giudice. Vid. Heinrich Brunner, *Historia del Derecho Germánico*, 8ª Edición, (Madrid, 1936).

45 *Ibid.*, 317.

46 Del Rosal, *Tratado...*, 142. Jiménez de Asúa, *Tratado...*, 103.

47 Vid. Brunner, *Historia...*, 78.

48 Del Rosal, *Tratado...*, 142.

o por caer al suelo un arma⁴⁹. Este concepto se recogía precisado por los alemanes como la expresión del acto voluntario *willewerk*⁵⁰, en oposición al *vatiwerk* o caso fortuito. En ambos casos, se abandonaba el *Wergeld* o *guidriguild*, pero en el caso del *willewerk* además se exige el pago del *fredus*⁵¹. Esto es, ya se distinguían claramente los actos con intención y *voluntarius*, *Uebelthaten* o *Willenswerke*, o en las fuentes francas *malum factum*, de los *Ungefäharswerke* que eran los actos fortuitos. De tal modo que solamente ante una acción voluntaria podía exigirse el pago del *fredus*.

Habida cuenta de todo lo anterior cabe insistir en que, en este periodo la regla fue la *responsabilidad por el resultado* esto es, la *responsabilidad por la mera causa*⁵², esto es, el conocido principio del *Erfolgshaftung*⁵³. El cual fue retratado por del Rosal al describirlo como “castigar por un hacer no culpable” y por la “no punición de la tentativa, puesto que en ésta no se ha producido un daño”⁵⁴. En suma, por carácter general, se volvía a centrar en el resultado a la hora de castigar las acciones criminales⁵⁵. Será con el fortalecimiento de la monarquía franca cuando comenzó a resurgir una consideración más parecida a la actual de la culpabilidad⁵⁶.

En el caso concreto español algunos textos visigodos denotan ya el valor de la intención en la realización de un hecho punible. De este modo la *Lex Wisigothorum* de romana inspiración, diferenció claramente los actos voluntarios de los involuntarios⁵⁷. Sin embargo, como es propio de las legislaciones llevadas a

49 Jiménez de Asúa, *Tratado...*, 317. Vid. Brunner, *Historia...*, 79.

50 En tiempos pasados y a comienzos del siglo XIX se dijo en Alemania *Fursatz*, de donde viene el término *Vorsatz*, identificándolo con la intención mala o maliciosa: *boshafte Absicht*.

51 Acerca de la *wergeld* o *manngeld*, Vid. Brunner, *Historia...*, 12. También Jiménez de Asúa, *Tratado...*, 306.

52 En este sentido Brunner, *Historia...*, 173; Jiménez de Asúa, *Tratado...*, 318.

53 Jiménez de Asúa, *Tratado...*, p. 102. Y es que en el Derecho germánico era decisivo el resultado del hecho siendo el hecho dañoso el objeto de pena y no la acción culpable. Lo mismo acontece en el Derecho romano más antiguo. Luzón Domingo, *Tratado...*, Tomo I, 54-55.

54 Del Rosal, *Tratado...*, 142.

55 Brunner, *Historia...*, 11; Mezger, *Tratado...*, Tomo II, 27.

56 Aunque no todos compartían tal visión vid. Jiménez de Asúa, *Tratado...*, 107 y 108 quien recoge el amplio debate doctrinal. También Pessina, *Enciclopedia...*, 459.

57 En el caso visigodo se observa igualmente una tendencia a valorar la intención en los hechos punibles. La *Lex Wisigothorum* de inspiración romana, diferenció claramente los actos voluntarios de los involuntarios para el establecimiento de la pena: *Crimen videri non potest, quid non est voluntate commissum* a pesar de que luego encuentra sus contradicciones en el mismo texto. De ello da cuenta Jiménez de Asúa, *Tratado...*, 326. Sostiene la doctrina que la vinculación existente entre la noción de delito y la de pecado de parte del Derecho canónico favoreció que se introdujera la idea de culpabilidad en la realización de los hechos fracturando el binomio que de forma mecánica mantenía unidos los conceptos hecho antijurídico y sanción. Por ello encuadra parte de la doctrina la plasmación de esta concepción subjetiva en el Derecho visigodo que deja sin sanción al que carezca

cabo sin un sentido unitario, rápidamente se desmoronaría el principio sentado y regresaría por influjo bárbaro “la imposición del resultado externo” que vencía ante “el elemento subjetivo puro”⁵⁸. De ese modo el golpe o la herida que ocasionara la muerte se imputaba como un homicidio.

5. EL RESURGIR DEL DOLO ROMANO

La actividad de los *glosadores* desde 1100 hasta 1250 en sus tareas de interpretación y esclarecimiento del *Corpus iuris Civilis* justiniano así como la posterior actividad de *postglosadores* y la integradora acción de los *comentaristas* que favoreció que el Derecho romano penetrara en los territorios germanos fue esencial en esta materia concretamente. Todos estos prácticos, científicos y profesores del Derecho italiano común centraron sus esfuerzos en el desarrollo de un Derecho práctico, un Derecho de aplicación directa.

Así pues, en términos generales, entrada la Edad Media se distingue entre los hechos perpetrados con intención de los fortuitos, siendo sólo los primeros considerados actos torciteros. A pesar de que, durante la misma, especialmente en Italia, triunfase el concepto romano de dolo, debe tenerse presente también sobrevivió la *responsabilidad objetiva por resultado* y también la responsabilidad que podía recaer sobre personas ajenas al propio delito⁵⁹. Y es que la variedad de elementos que componía el Derecho Común, entre otros el Derecho germano, no permitía que se erradicara la *responsabilidad por resultado*. Se mantuvieron por ello incontables excepciones al principio de la personalidad de las penas y a observar la culpabilidad del autor por un resultado no querido.

Por lo que respecta a la Iglesia moduló el Derecho Penal Canónico en un cuerpo legal y unitario en cuanto a su doctrina y orientación a través del *Corpus iuris canonici* en el *Decretum Gratiani* en torno al año 1140. A través de este documento se reconocía la relatividad de las disposiciones canónicas y un método para armonizar sus contradicciones⁶⁰. En cuanto a la culpabilidad y a la punibilidad como características generales de este Derecho Penal Canónico cabe ser mencionado que el arrepentimiento del culpable cobró un inestimable valor

de *animus*, dolo o intención. Juan Sainz Guerra, *La evolución del Derecho Penal en España*, (Jaén: Universidad de Jaén, 2004), 35.

58 Jiménez de Asúa, *Tratado...*, 326.

59 *Ibid.*, 109.

60 Del Rosal, *Tratado...*, 139.

y, muy especialmente, como resaltó Grispigni su oposición enconada a la concepción objetivista del delito confiriendo un mayor acento al elemento subjetivo, en contraposición opuesta a la aproximación germana⁶¹.

Si bien ello fue así, el Derecho Penal Canónico también dio cabida a la *responsabilidad sin dolo y sin culpa*⁶² más allá de su tendencia conocida como “espiritualizadora” a la hora de determinar la responsabilidad⁶³. Es decir, en la Edad Media, no desapareció del todo la *responsabilidad objetiva por el resultado*⁶⁴. La doctrina penal que ha estudiado con visión histórica el dolo considera que el Derecho Canónico y la doctrina de la Iglesia atemperaron en buena medida a lo largo de la Edad Media los criterios objetivos que persistían en materia penal durante la Edad Media a través de instituciones como la *paz y tregua de Dios*⁶⁵. En cuanto a la concreta importancia del Derecho Canónico en el desarrollo del concepto de dolo, la doctrina no encuentra acuerdo. Jiménez de Asúa sostiene que a la hora de punir las acciones por el resultado o por la acción no fue ésta más allá de lo que lo fueron los romanos, ni siquiera más allá de lo practicado por los propios bárbaros. Sostiene el mismo penalista que el Derecho canónico aportó pocas novedades en materia de dolo, limitándose en la práctica a aplicar el Derecho romano. Si bien ello lo decía en contradicción con el criterio de Pessina quien en cambio consideró que fue el Derecho Eclesiástico fue de forma protagónica “el que verdaderamente desarrolló en toda su plenitud el concepto de dolo”⁶⁶. Y es que en esta línea entendió del Rosal que el Derecho Canónico sí insistía en el principio *in maleficiis voluntas spectatur non existus*. “Y exigía, por tanto, en todo delito la existencia del *animus*”. Posicionamiento que, una vez secularizado, continúa Del Rosal, daría “vida al pensamiento voluntarista de la dogmática nazi”⁶⁷.

Por otra parte, la línea divisoria que pudo confundir el concepto de dolo con el de pecado la explicó el civilista Alfonso Cossío. Lo hizo partiendo de la propuesta que identificaba el pecado con el *reato* o delito leve de San Isidoro:

61 *Ibid.*, 140.

62 Jiménez de Asúa, *Tratado...*, 108-109 donde recoge abundante bibliografía respecto a este tema; Sainz Guerra, *La evolución...* 34. Acerca del principio *versari in re illicita* vid. Luzón Domingo, *Tratado...*, Tomo I, 508-515.

63 Entre otros acerca del Derecho penal canónico ofrece una relación de los caracteres esenciales del mismo para el autor Del Rosal, *Tratado...*, 139-140.

64 Más acerca de este tema en Jiménez de Asúa, *Tratado...*, 110.

65 Sainz Guerra, *La evolución...*, 36.

66 Jiménez de Asúa, *Tratado...*, 319; Pessina, *Elementos...*, 330-334.

67 Del Rosal, *Tratado...*, 140.

“(...) todo delito propiamente tal será pecado pero no todo pecado constituye delito. No se han de identificar, pues, los conceptos dichos, ni darse por equiparados en el Derecho penal canónico, errónea opinión de los que creen que en el sistema penal eclesiástico el delito se considera bajo la razón de pecado. Es, sin embargo, necesario tener presente que el *reato* canónico envuelve por su aspecto moral y teológico carácter de pecado siempre que no se trate de culpabilidad exclusivamente jurídica, o de penas inhabilitantes, refiéranse al individuo o sean impuestas directamente a la entidad social, bajo cuya acción caen todos los que constituyen la colectividad, culpables o inocentes”⁶⁸.

Y es que el pecado se presentaba como un hecho que podía ser externo o interno y que implicaba la trasgresión de una ley moral, a diferencia del delito, que se presentaba como un hecho externo que suponía la infracción de una norma positiva que imponía una pena al infractor. El dolo pues, como cualidad de la voluntad del agente, significativo de engaño, por sí solo constituiría un pecado, pues faltaba a la fe y a la confianza ajena. Sin embargo, de por sí él solo no era capaz determinar el carácter delictivo del acto dado que el delito nacía de la ley “*deliberata voluntas violandi legem*” y no del dolo, del cual se distinguiría los delitos no dolosos sino solo culposos⁶⁹.

La unión del Derecho romano imperial al Derecho Canónico tendría por resultado el *ius utrumque* a partir del siglo XII que penetra en los países europeos desde las universidades italianas. Por lo que respecta a la teoría de la culpabilidad, partiendo de la construcción romana del *dolus*, se observa ésta como la única forma de culpabilidad. El *versari in re illicita* se equiparó al dolo. Junto a él aparecía la culpa o segunda forma de culpabilidad y la tentativa se diferenciaba de los actos preparatorios por vez primera⁷⁰. Dicho precepto originó el concepto de *dolus interdictus* por el cual se entendía que era suficiente que hubiera culpabilidad en el inicio del acto para poder atribuirle todas las consecuencias del mismo, aunque no fueran queridas. Lo cual, por otra parte, supuso un límite a los planteamientos de la responsabilidad por resultado⁷¹.

En el caso concreto de España en la Alta Edad Media Orlandis demostró que la responsabilidad por resultado se había superado. En la Baja Edad Media el Derecho penal adquiere en palabras de López-Amo, “una contextura propia” que

68 De Cossío, *El Dolo...*, 10.

69 *Ibid.*, 11-12.

70 Del Rosal, *Tratado...*, 141.

71 Jiménez de Asúa, *Tratado...*, 108.

dio lugar a un Derecho penal español como resultado de la influencia del Derecho germano y del Derecho romano-canónico⁷². En este Derecho bajomedieval español desarrollado en unos “Estados españoles ya organizados”⁷³, se distinguió más claramente la intención de los hechos fortuitos⁷⁴. Convivía en éste un Derecho Penal estatal con un Derecho Penal popular caracterizado por el recurso a la pérdida de la paz y a la venganza privada⁷⁵.

En el Derecho de la Recepción ya sí que la intención o el *animus* resultaba esencial para determinar la culpabilidad⁷⁶. En este periodo bajomedieval se diferencia la intención de los hechos fortuitos. Se reputaban como actos injustos, entuertos o torticeros tan solo los delitos intencionales y se va ampliando progresivamente el radio del elemento personal en los hechos fortuitos o negligentes. Por todo ello se amplía en este periodo el vocabulario jurídico que concernía al elemento psicológico de modo que en la terminología de este periodo predominó el término voluntad *von willen, mit willen der Hant*⁷⁷, *mutwillen, mutwillig*⁷⁸, *mit frevelmut*⁷⁹.

A pesar de lo dicho, por lo que respecta a la Edad Media española, en sus Fueros se encuentran muestras evidentes de la responsabilidad por resultado, si bien, el Derecho penal medieval evidenciaba también un paso decisivo encaminado hacia el predominio de la intencionalidad en los hechos punibles. De este modo en la etapa del Derecho penal de los Fueros municipales la venganza privada empezaba ya a ceder su puesto a la intervención estatal a través de la formal declaración de enemistad como indispensable requisito para llevarla a cabo. En suma, ya sólo podía matarse al enemigo conocido al *diffidatus*⁸⁰. En este periodo los Fueros señalaron casos de *responsabilidad causal* junto a disposiciones en que se proponía tener en cuenta la intención de

72 López-Amo Marín, “El Derecho penal...”, 338.

73 *Ibid.*, 338.

74 Brunner, *Historia...*, 173. Para más información acerca del enriquecimiento del lenguaje jurídico en relación a este tema y las distintas voces utilizadas para designar la acción delictiva intencionada, Vid. Jiménez de Asúa, *Tratado...*, 318-319. En general acerca del Derecho penal de la Baja Edad Media

75 López-Amo Marín, “El Derecho penal...”, 338. Señala aquí López-Amo además que el Derecho penal estatal no es sólo producto romano, sino que los germanos ya conocían la intervención del Estado. Ejemplo de ello lo es la declaración por la asamblea judicial de la pérdida de la paz o la venganza pública para delitos graves, como en el caso de la imposición de la pena capital en ofrenda a los dioses por agravios que no debían quedar al albur de la venganza privada. Se trata, en suma, de un “principio de la venganza pública, por mano de la autoridad social”, 339.

76 Sainz Guerra, *La evolución...*, 36.

77 Con voluntaria mano.

78 Con voluntario ánimo.

79 Con ánimo delictuoso.

80 López-Amo Marín, “El Derecho penal...”, 339.

los hechos punibles y encontramos diferenciadas las conductas en función de la intención en el *Forum Iudicium*⁸¹. En esta obra jurídica encontramos un concepto del delito bajo la denominación de *malfecho* (*malos fechos*, Lib. V., ley I) que recogía una “forma directa de dolo” bajo el nombre de “grado”⁸². Es la terminología que acogerán *Las Partidas* en oposición al *casus* “el que mate a otro por su grado en non por ocasión” (VII, 5,6).

En España José Orlandis en su estudio acerca del concepto del delito en el Derecho altomedieval dejó sembrada la duda respecto a la dimensión de la vigencia del principio de *responsabilidad por el resultado* a comienzos de la Alta Edad Media aclarando que fueron numerosos los casos en los que se excluía de forma expresa la existencia de *responsabilidad por resultado*⁸³. Afirmó incluso que las fuentes por él estudiadas de la Alta Edad Media española “presentan, por lo general, la *responsabilidad por el resultado* como un estadio de la evolución jurídica superada ampliamente”⁸⁴. Si bien acerca de este punto no existe unanimidad interpretativa de parte de la doctrina⁸⁵.

En general, sostiene la doctrina penal que, en la Edad Media en el Derecho Común italiano, alemán y francés, no se llegaron a extraer del todo las debidas consecuencias del *principio de culpabilidad* y los rastros de la *vexata responsabilidad por resultado* llegaron hasta la 1789. Dicho marcado objetivismo se apreciaría al sancionar el Derecho del Antiguo Régimen ciertos delitos menores tales como los hurtos en la Corte cuya punición ostentaba unas penas verdaderamente exorbitantes justificadas en el desorden público⁸⁶.

5. EL DOLO EN EL TRÁNSITO A LA ÉPOCA DE LAS LUCES

“De ahora en adelante, secularizado el tallo de la ciencia jurídica, intenta la idea penal, lo mismo que el hombre, caminar sus pasos contados, sin amparo en la teología (...). Subsisten aún los antiguos elementos romanos, germano y canónico, pero contemplados con una nueva visión intelectual y una sensibilidad histórica

81 Jiménez de Asúa, *Tratado...*, 111 ss y 326-327; Sainz Guerra, *La evolución...*, 36

82 Jiménez de Asúa, *Tratado...*, 317.

83 Orlandis, “Sobre el concepto...”, 115 ss.

84 *Ibid.*, 12.

85 *Vid.*, Jiménez de Asúa, *Tratado...*, 1

86 *Ibid.*, 110-111. *Vid.* J.A. Roix, *Cours de droit criminel français*, Tomo I, París, 1927; Sainz Guerra, *La Evolución...* 34. Dicho principio lo encontrábamos igualmente que en el resto de Europa en Francia *vid.* D. Jousse, *Traité de la Justice criminelle*, Tomo II, (París, MDCCLXXI).

por completo distintas”⁸⁷.

La venganza y la enemistad germánicas profundamente arraigadas en el Derecho medieval alcanzaron incluso el Derecho de la Edad Moderna. Aceptadas por el Derecho y por la sociedad incurrieron ambas en una clara contradicción con el mensaje cristiano. De este modo el que ejercitaba la venganza privada ejercía un derecho sí, pero incurría en una acción ilícita y contraria a la fe cristiana y, en suma, incurría en un pecado por el que debía pedir perdón. En su efecto atemperador de estas acciones bárbaras la Iglesia jugó un papel esencial, no sólo influyendo en las conciencias sino por su reflejo en la legislación como en el caso del Fuero de Huesca de 1247 que termina por prohibir las ordalías del procedimiento judicial⁸⁸.

Progresivamente la Iglesia irá haciendo un uso más acorde con su doctrina de las instituciones germanas. De este curioso modo de aplicar el Derecho deriva de la paz de la casa el derecho de asilo de los templos que acogía a los que huían de la venganza de los enemigos, y que, por otra parte, detenía a los perseguidores a través de la composición, institución de cuño germánico también. Sin embargo, más allá de atemperar algunos de los rigores y usos bárbaros, en ocasiones primitivos, la Iglesia sentó las bases del Derecho Penal moderno a través de sus ideas en torno al delito, la pena y su regulación⁸⁹.

Durante el periodo del Derecho Común, como es sabido, fue más importante la doctrina sentada por los jurisconsultos que la legislación en torno al tema. Los prácticos italianos quisieron a toda costa preservar el concepto de dolo y culpa romanos. Por ello hicieron grandes esfuerzos a fin de integrar en ambos conceptos todas las conductas reconducibles a ellos y dar así solución a todos los casos. Subdividieron de este modo el concepto de dolo en múltiples formas⁹⁰. Partieron de la inicial definición de Deciano el cual lo definía como la intención dirigida a producir consecuencias antijurídicas⁹¹. Sin embargo, muchas conductas y consecuencias luctuosas y letales escapaban al control dada la dificultad de la prueba. Además, como la esfera de la culpa no se desarrolló

87 Del Rosal, *Tratado...*, 144.

88 *Ad honorem eius qui dixit, non tentabis dominum Deum tuum, candentis ferri iudicium, nec non et aquae ferventis, et similia, penitus in omni case, et quolibet abolemus [...]*. López-Amo Marín, “El Derecho penal...”, 340. Cfr. A. Pertile, *Storia del diritto italiano dalla caduta deli Imperio romano alla codificazione*, V II, Torino, 1892, 29, n. 2.

89 *Ibid.*, 340.

90 Jiménez de Asúa, *Tratado...*, 322.

91 Parece que era raro encontrar una definición del concepto y muy pocos fueron los que dieron una definición concreta de dolo, *Ibid.*, 322.

mucho en Roma, les hizo falta acudir a otros recursos como el *dolus praesumptus* y la extensión de la doctrina del dolo que se atribuía a Bártolo, aunque realmente fuera anterior a él. Dicha doctrina entendía desde un plano puramente objetivo la acción, siendo la distinción entre el dolo y la culpa la imposición de una pena corporal: *In poenis corporalibus non comparatur dolo*⁹².

Del todo elocuentes resultan las palabras de Jiménez de Asúa en torno a la fijación y perfeccionamiento tanto del dolo como de la culpa. Al recoger la variedad terminológica del Derecho legislado alemán e italiano considera el tratamiento de “tosco” pero justifica dicha “tosquedad” por ser un Derecho resultado de haber transigido al mundo bárbaro⁹³. En el siglo XVII Sebastián Covarrubias y Orozco definió el dolo del siguiente modo:

*Vale engaño, latine dolus, fraus, falacia, machinatio, insidiae, quando aliud est in intentione aliud in factis. Ay dolus malus et dolus bonis; dolum bonum veteres pro solercia dicebant, maxime si adversus hostem latronemve quis machinetur. Virgil, libro 2, Eneidas*⁹⁴.

Tal aproximación al vocablo de dolo ha llegado a identificarlo con el término fraude y la doctrina mayoritariamente así entiende dicha interpretación, especialmente en su uso vulgar⁹⁵.

6. REFLEXIÓN FINAL A MODO DE EPÍLOGO: EL TRIUNFO DEFINITIVO DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN LA ETAPA CODIFICADORA

La codificación penal supone la muerte del arbitrio del Antiguo Régimen donde a través del principio de legalidad de los delitos y de las penas se hacen realidad las antiguas propuestas de Beccaría y de la Ilustración⁹⁶. Por lo general el Derecho Penal codificado históricamente no ha dado normalmente una definición de dolo, ni suelen establecer principios generales sobre la culpa tampoco⁹⁷. Ello ocurre en herencia del influjo de la codificación napoleónica. En

92 *Ibid.*, 322-325.

93 *Ibid.*, 322. La evolución del concepto de dolo en Diego Manuel Luzón Peña, *Curso de Derecho penal, Parte General*. Tomo I. (Madrid: Editorial Universitas S.L., 1996), 401.

94 Sebastián de Covarrubias Orozco, *Tesoro de la Lengua Castellana*, (Madrid: Luis Sánchez, Impresor del Rey N. S., 1691), 325.

95 A sensu contrario vid. De Cossío, *El Dolo...*, 9.

96 Del Rosal, *Tratado...*, 145.

97 La justificación la explica Jiménez de Asúa, *Tratado...*, 305.

todo caso sí aparecen en ellos ciertos conceptos positivos del dolo y de la culpa que da pie a que la dogmática desarrolle una *teoría de la culpabilidad* que, en gran medida, se nutre del Derecho positivo⁹⁸. La solución que ofrece el Derecho positivo por lo general suele ser la de establecer en el delito como imprescindible la presencia de la culpabilidad en cualquiera de sus grados⁹⁹. Cabe mencionarse, para concluir, que a las concepciones objetiva y subjetiva de delito se superpondría la concepción legal de delito remontándose sus antecedentes al Derecho romano al limitar la sanción imponible por el magistrado a la contenida en la ley o en texto análogo¹⁰⁰. Y es que al legislador actual le precede una Historia que urde sus raíces en el Derecho romano sin el cual no se podría entender verdaderamente por qué a día de hoy el legislador penal puede guardar y guarda elocuente silencio en aspectos tan trascendentes. No parece sobrar decir que los avances en la ciencia penal moderna han logrado que el principio por el que se defiende que no hay pena sin culpabilidad sea entendido como un principio jurídico reconocido con carácter general.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Antón Oneca, José. *Derecho Penal*. 2ª Edición. Madrid: Akal, 1986.
- Baró Pazos, Juan. “El derecho penal español en el vacío entre dos códigos (1822-1848)”, *Anuario de Historia del Derecho Español* 83 (2013): 105-138.
- Betancourt Serna, Fernando. “La “stipulatio iudicialis de dolo” en el Derecho romano clásico”. *Anuario de Historia del Derecho* 49 (1979): 165-184.
- Brunner, Heinrich. *Historia del Derecho Germánico*. Traducida por José Luis Álvarez López, José Luis. 8ª Edición. Barcelona: Labor, 1936.
- Carbonell Mateu, Juan Carlos. “Reflexiones sobre el abuso del Derecho Penal y la banalización de la legalidad”. En *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam* dirigido por Luis Alberto Arroyo Zapatero y Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. 129-144. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha: Universidad de Salamanca, 2001.
- Casabó Ruiz, José Ramón. “Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 22 (fasc./mes 2, 1969): 313-342.
- Cossío y Corral, Alfonso de. *El Dolo en el Derecho Civil*, Granada: Editorial Comares, 2005.
- Cuello Calón, Eugenio. *Derecho penal. Parte General*, Tomo I, 18ª Edición. Barcelona:

98 Sus orígenes en *Ibid.*, 96 y de todas ella hace una síntesis 127-215.

99 Acerca del silencio en la legislación comparada en torno al dolo vid. Luzón Peña, *Tratado...*, 147 ss.

100 Ofrece un recorrido histórico acerca de la presencia de un cierto principio de legalidad Sainz Guerra, *La evolución...*, 37-401.

- BOSCH, 1980.
- Du Boys, Albert. *Historia del Derecho Penal en España*. Versión al castellano, anotada y adicionada con apéndices por José Vicente y Caravantes. Imprenta de J.M. Pérez, Madrid: 1872.
- Gacto Fernández, Enrique. *Temas de Historia del Derecho: El Derecho del Constitucionalismo y de la Codificación. II*. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979;
- “Aproximación a la Historia del Derecho Penal español”. En *Hispania entre derechos propios y derechos nacionales: atti dell'incontro di studio Firenze*, Tomo I. Dirigido por Clavero Salvador, Bartolomé, Grossi, Paolo y Tomás y Valiente, Francisco. 501-530. Milán: Giuffrè Editores, 1990.
- García Valdés, Carlos. “La Codificación penal y las primeras recopilaciones legislativas complementarias”. *Anuario de Historia del Derecho Español* 82 (2012): 44-66.
- Gutiérrez-Alviz Armario, Faustino. *Diccionario de Derecho Romano*. Madrid: Reus, 1948.
- Gutiérrez Fernández, Benito. *Examen Histórico del Derecho Penal*. Pamplona: Anacleto, Ediciones y libros, 2003.
- Hinojosa, Eduardo. *El elemento germánico en el Derecho español*, Madrid; Dykinson, 2019.
- Ihering, Rudolph von. *Jurisprudencia en broma y en serio*. Madrid: Revista Editorial de Derecho Privado: 1933 y Madrid: Editorial Reus, 2015.
- Jakobs, Günter. “El principio de culpabilidad”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 45 Fasc 3 (1992): 1051-1084.
- Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo V. Buenos Aires: Editorial Losada, 1956.
- Liszt, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Traducido de la 18ª edición alemana y adicionado con la Historia del Derecho Penal español por Quintiliano Saldaña. Reus: Madrid, 1926.
- López-Amo Marín, Ángel. “El Derecho penal en la baja edad media”. *Anuario de Historia del Derecho* 26 (1956): 337-567.
- Luzón Domingo, Manuel. *Tratado de la Culpabilidad y de la culpa penal. Con especial referencia a los delitos de imprudencia*. Tomos I y II. Barcelona: Editorial Hispano Europea, 1960.
- Luzón Peña, Diego Manuel. *Curso de Derecho penal, Parte General*. Tomo I. Madrid: Editorial Universitas S.L., 1996.
- Martínez Sarrión, Ángel. *Las raíces romanas de la responsabilidad por culpa*. Barcelona: Bosch, 1993.
- Mezger, Edmundo. *Tratado de Derecho penal*. Tomo I. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1944.
- Mir Puig, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho penal*. Barcelona: IBdF, 1976; *-Derecho penal. Parte General*. 10ª Edición, Barcelona: IBdF, 2016.
- Morán Martín, Remedios. *Historia del Derecho privado, penal y procesal*. Madrid: Editorial Universitas, 2002.
- Mommsen, Theodore. *El Derecho penal romano*. Tomos I-II. Traducción de Pedro Dorado Montero. Pamplona; Anacleto, 1999.

- Orlandis, José. “Sobre el concepto del delito en el Derecho de la Alta Edad Media”. *Anuario de Historia del Derecho* 16 (1945): 112-192.
- Orts Berenguer, Enrique y González Cussac, José Luis. *Compendio de Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015 / 2022.
- Pacheco, Joaquín Francisco. *El Código penal concordado y comentado*. Tomo I. 4ª Edición. Madrid: Bosch, 1901.
- Passerinus, Petro Francisco. *De occidente unum pro alio*. Parmae, 1693.
- Pio XII. “Discurso al VI Congreso de Asociación Internacional de Derecho penal de 3 de octubre de 1953”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales* (VI, fascículo III): 444-451.
- Pérez Barberá, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.
- Pérez-Prendes Muñoz-Arraco, José Manuel. *Historia del Derecho Español*. Tomos I-II, Madrid, 2004.
- Pessina, Enrico. *Enciclopedia del diritto penale italiano: raccolta di monografie*. Milán: S.E.L., 1906.
- Rosal, Juan del. *Tratado de Derecho penal. Parte General*. Tomos I y II. Madrid: Imprenta Aguirre, 1968.
- Sáinz Guerra, Juan. *La evolución del Derecho Penal en España*. Jaén: Universidad de Jaén, 2004.
- Sánchez Agesta, Luis. *Historia del Constitucionalismo español*. 3ª Edición revisada. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1978.
- Sánchez-Arcilla Bernal, José. y Montanos Ferrín, Emma. *Estudios de Historia del Derecho criminal*. Madrid: Dykinson, 1990;
- Historia de las Instituciones político-administrativas contemporáneas (1808-1975)*. Madrid: Dykinson, 1994.
- Santalucía, Bernardo. *Derecho penal romano*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.
- Silvela, Luis. *El Derecho penal estudiado en principios de y en la legislación vigente*. Tomo I. Madrid: Imprenta de T. de Fortanet, 1903.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora Comercial, 1980.

GABRIELA CRISTINA COBO DEL ROSAL PÉREZ

Área de Historia del Derecho

Departamento de Ciencias de la Educación, Lenguaje, Cultura y

Artes, Ciencias Histórico-Jurídicas y Humanísticas y Lenguas

Modernas

Facultad de Derecho

Universidad Rey Juan Carlos

gabriela.cobodelrosal@urjc.es

<https://orcid.org/0000-0001-8515-4743>