

Después, el referido autor nos ofrece una síntesis del Proceso penal, que comprende desde el concepto y las relaciones con otras disciplinas procesales hasta el estudio de los sujetos, los actos y los presupuestos, los principios fundamentales de aquel tipo de proceso y las cuestiones referentes a la pretensión punitiva, síntesis afortunada de las cuestiones fundamentales que plantea el Proceso penal, que puede calificarse de un verdadero «Grundriss», que se revaloriza con una importante bibliografía contemporánea.

En este primer volumen de los «Comentarios», que anotamos, intervienen otros juristas, y así se observa la colaboración de Dünnebieer, que abarca cuarenta y siete artículos de la referida Ley; la de Kohlhaas, que se ocupa de los testigos desde el concepto del testimonio hasta las fundamentales cuestiones que este medio de prueba plantea.

Después, y a partir del parágrafo 72, Sarstedt trata de los peritos e intérpretes en particular, capítulo en el que aparece una completísima bibliografía y que abarca hasta el artículo 93 inclusive de la repetida Ley, con inclusión de la llamada prueba directa o inspección ocular.

Por último, Dünnebieer, desde el artículo últimamente citado hasta el 111, trata del embargo y del registro, con lo que termina el primer volumen de estos «Comentarios», cuyo interés queda patentizado por el hecho de que si por sí mismos se han considerado siempre valiosos, como lo acredita el número de ediciones, esta última se revaloriza más, si cabe, por la actualización que suponen las colaboraciones aludidas.

V. S. M.

MAURACH, R.: «Tratado de Derecho penal». Traducción con notas, por Juan Córdoba Roda. Tomo I. Ariel, Barcelona, 1962.

La traducción al español del Tratado de Maurach es de gran utilidad para los juristas de habla hispana por tratarse de un libro, no sólo importante, sino también de tipo enciclopédico, de gran valor informativo sobre la actual ciencia alemana del Derecho penal. La traducción del Doctor Córdoba, Profesor adjunto de Derecho penal de la Universidad de Barcelona, está hecha con esmero.

Las notas del traductor representan una contribución valiosa a la ciencia española del Derecho penal. En algunas de ellas se advierte, sin embargo, un excesivo formalismo. Así, por ejemplo, concede excesiva importancia, a mi entender (en la nota 2 de la pág. 188 y nota 1, pág. 184), a la circunstancia de que en la definición del delito el legislador hable sólo de acción, en sentido amplio, comprensivo de la acción y la omisión (como en el art. 1.º del Código penal alemán) o de acción y omisión (como en el artículo 1.º del Código penal español) para determinar si el concepto jurídico-penal de acción coincide o no con el ontológico. Incurre aquí Córdoba en el mismo defecto que Maurach, cuando dice que el Derecho penal alemán trabaja con un concepto de acción que supone una ampliación del

de la vida diaria (por tener que comprender la omisión). La objeción que Córdoba hace a Maurach es correcta (esta ampliación supone una restricción —y, por tanto, modificación— del concepto ontológico de acción, al suprimir el elemento del movimiento corporal), pero afecta sólo a la tesis de Maurach y no pone en peligro la autonomía del finalismo frente a la doctrina clásica. Welzel y Armin Kaufmann (véase Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 7.^a ed., 1960, pág. 26-7 y 177 y ss., y Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, págs. 23 y ss., y especialmente págs. 81 y ss.) resaltan claramente que la omisión *no es acción*, es la omisión de una acción posible al autor en la situación concreta. El término acción del artículo 1.º del Código penal alemán es sinónimo de conducta y comprende las dos formas independientes, ontológicamente diferentes, de conducta humana: la acción y la omisión.

No es posible hacer un examen crítico de cada una de las valiosas e importantes notas de Córdoba en el marco de una recensión. Me limitaré, por ello, a hacer unas observaciones críticas sobre algunas de sus tesis, que me parecen discutibles.

Córdoba mantiene la tesis —a mi juicio correcta— de que el dolo, en el sentido de la teoría de la acción finalista (conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo), es un elemento constitutivo de lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español (nota 28, pág. 301 y ss.; véase, en el mismo sentido, mi artículo. Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal Español, separata del ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, Madrid, 1961, especialmente págs. 66 y ss.). Pretende distinguir, sin embargo, el dolo y la malicia. Esta última estaría integrada, según él, por el dolo y la conciencia de la antijuridicidad (véase nota 29, págs. 307 y ss.; prescindimos, de momento, del problema de si la intención comprende todo el dolo o solo el dolo directo), esta distinción del dolo, y la malicia carece, a mi juicio, de base legal; en el mismo artículo 565 aparecen expresamente equiparadas la malicia y la intención —véase los párrafos primero y último de dicho artículo— y el término intención está utilizado en el número 8 del artículo 8.º como sinónimo de dolo. Esta distinción le hace incurrir, además, a Córdoba en el error de reconocer la existencia de una culpa de derecho; es decir, de reconocer la posibilidad de transformación de un hecho doloso en culposo (lesión o peligro involuntarios de un bien jurídico como consecuencia de la falta de observancia del cuidado objetivamente debido) en virtud de un error de prohibición. La inclusión de la llamada culpa jurídica en el artículo 565 no es posible, por otra parte, sin violentar el tenor literal del precepto. Si el autor realiza dolosamente un hecho delictivo e incurrir en un error de prohibición culpable sobre la antijuridicidad de su conducta no será posible decir que ha ejecutado el hecho por imprudencia temeraria o por imprudencia simple con infracción de reglamentos. ¿Qué sentido tendría en este último caso la exigencia de la infracción de reglamentos? Porque el error de prohibición culpable tendría que ser incluido en el párrafo 1.º o 2.º del artículo 565 (o en el núm. 3.º del art. 586 en los

delitos contra las personas, o en el art. 600 en el delito de daños) según la medida de su reprochabilidad. Todo el artículo 565 (como en el núm. 3.º del art. 586 y el art. 600) está recortado para la culpa en sentido propio, es decir, la culpa de hecho.

Desde un punto de vista histórico no cabe duda tampoco de que el legislador utilizó los términos malicia e intención como sinónimos y que la malicia no implicaba la conciencia de la antijuridicidad. Pacheco decía, al comentar el artículo 1.º, que contenía, según él, la definición del delito doloso: «La intención, lo que el Código de 1822 llamaba malicia, lo que éste llama voluntad siempre es necesario» (El Código penal concordado y comentado, I, 2.ª ed. 1856, pág. 81; véase, también su comentario del art. 480, que corresponde al actual art. 565, *ob. cit.*, III, págs 428-9). En el Código penal de 1822 se utiliza el término malicia en la definición de delito doloso (el art. 1.º decía: «Comete delito el que libre y voluntariamente y con malicia hace u omite lo que la ley prohíbe o manda bajo alguna pena...»). En el art. 2.º se definían «las culpas»: «Comete culpa el que libremente, pero sin malicia infringe la ley por alguna causa que puede y debe evitar») y en el artículo 10 se declara la ineficacia del error de prohibición («Todo español o extranjero que dentro del territorio de las Españas comete algún delito o culpa, será castigado sin distinción alguna con arreglo a este código, sin que a nadie sirva de disculpa la ignorancia de lo que en él se dispone; salvo las excepciones estipuladas en los tratados existentes con otras potencias»). *No se acogió*, incluso, en el texto definitivo la atenuante prevista para el extranjero en el artículo 11 del proyecto: «Sin embargo, si algún extranjero, transeúnte y no domiciliado en España, que no lleve tres meses cumplidos de residencia en ella, cometiére alguna culpa o delito de los que no contienen una violación de los principios de justicia reconocidos generalmente, sino una mera contravención de ley, ordenanza o reglamento particular de este reino, podrá poner como escepción la ignorancia de dicho reglamento, ordenanza o ley; y si resultare cierta o verosímil, no se le castigará sino con la mitad de la pena».

Córdoba cree posible interpretar el término intención, en nuestro Código penal, como sinónimo de dolo directo (comprensivo del fin y las consecuencias que el autor considera necesariamente unidas a la consecución del mismo). De este modo no sería preciso «extender el ámbito de la intención más allá de lo que su estructura psicológica permite» (véase nota 34, pág. 326). Para vencer el obstáculo del núm. 8. del art. 8.º (donde parece que el dolo es equiparado a la intención: «sin culpa ni intención de causarlo») propugna una interpretación del término culpa en sentido amplio, como sinónimo de culpabilidad. Esta acepción del término culpa tiene, sin duda, un rancio abolengo en el lenguaje jurídico y popular español, pero no es aplicable en el precepto que nos ocupa. La mención, acto seguido, de la intención carecería de sentido. Porque la culpa o es la imprudencia, o es la culpabilidad, pero no la imprudencia más el dolo eventual, con exclusión de la intención. Es cierto que en el artículo 1.092 del Código civil se da un contrasentido semejante, pero es que en nuestro caso la mención

de la malicia (según Córdoba, igual a intención más conciencia de la antijuridicidad) en el artículo 565 no tendría tampoco sentido. El legislador debería haber utilizado otro término comprensivo de la totalidad del dolo. Pero es que, además, y, sobre todo, no hay que olvidar que el término intención es utilizado en los países latinos en un sentido más amplio que la Absicht alemana y ha adquirido con este sentido carta de naturaleza en el lenguaje jurídico (véase, a este respecto, Antón Oneca, Derecho Penal, Parte General, 1949, pág. 205-6)

José CEREZO MIR.

MENDOZA, José Rafael: «Curso de Derecho penal venezolano». Tomo V. De los delitos contra las personas. Madrid. «Gráficas La Letra. 1961, 530 páginas.

Segunda edición de obra bien conocida, que cuenta entre las más valiosas del renacer de las ciencias penales tan visible en la América hispánica de las últimas décadas, en ella se ponen de manifiesto las dotes dogmáticas del veterano penalista J. Rafael Mendoza, Profesor de nuestra disciplina en la Universidad Central de Venezuela y en la de Santa María de Caracas. Y es así, porque al enfrentarse con temas de la parte especial, y concretamente con los delitos patrimoniales, se imponía ceñirse inexorablemente a una positividad dada, en labor propia del jurista, sin diversiones más o menos estratégicas a terrenos ajenos, filosóficos y criminológicos, en los que Mendoza es asimismo maestro, pero por separado, sin incidir en confusionismos nefastos para disciplinas que en sí son distintas, aunque convergentes a veces. Quiere esto decir, que en la obra reseñada, el Profesor Mendoza se enfrenta con las realidades normativas del derecho, sin otras referencias a lo que es extraño que las precisas para la mejor comprensión de las instituciones jurídicas.

Los delitos patrimoniales, o contra la propiedad, como el autor prefiere denominarlos con una titulación conforme al léxico legal positivo, cuentan entre los de naturaleza más específicamente *jurídica*, valga la expresión, entendiéndola en su propinquidad constante a la temática jurídica por antonomasia, que es la civilista. De ahí el valor que ostentan los principios generales sobre el bien jurídico protegido y sus características (propiedad y patrimonio) y sus implicaciones en los elementos delictuales, notablemente sobre el de la antijuridicidad. Todo ello constituye el núcleo de la obra, en una *Prelusión* introductiva que sirve de acceso a las ulteriores exposiciones más bien exegéticas. En ella parece perseguirse una conexión del concepto *propiedad* con lo constitucional y no con lo civil; al modo como lo hizo en Argentina S. Soler, entronque que le permite una mayor concreción que el término de patrimonio, por el venezolano y el argentino censurado por su misma vaguedad. Queda por demostrar, sin embargo, y en ello no insiste el autor, en que esa vaguedad cons-