

OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio: «La prevaricación del funcionario público».
Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense. Ed. Civitas, Madrid, 1980, 487 págs.

Me atrevo a afirmar que la presente obra es de las que no pueden dejar a ningún lector indiferente. Hay, sin duda, audacia y ambición, como lo denotan el elevado número de páginas en un formato mayor de lo habitual con gran densidad de líneas, y el propio método expositivo. No se ha eludido ningún tipo de esfuerzo en todos los problemas estudiados, cada uno de los cuales constituye un profundo estudio monográfico sólidamente fundado, enormemente erudito y muy rico en aportaciones.

La exposición, con todo y a pesar de una introducción con ciertos visos literarios, es seca y algo despiadada con el lector a quien se le obliga a una especial atención y esfuerzo, lo que, unido a la propia aridez de la materia, hace la lectura poco grata desde el punto de vista formal. Sin embargo, el lector va quedando cautivado por las tesis que se van exponiendo y la importancia de los argumentos esgrimidos. El propio autor reconoce que la sistemática expositiva tiene algo de heterodoxo y lo justifica con el argumento, entre otros, de que «el hilo seguido por la investigación no debe ocultarse excesivamente» (pág. 39). A mi juicio, los métodos de investigación y de exposición han de ser necesariamente diversos. Exponer un trabajo científico siguiendo el mismo curso de la investigación produce un resultado muy parecido a la técnica del «suspense» que obliga a ocultar hasta el final el nombre del asesino. Entiendo demasiado exigente para el lector, por ejemplo, que se tengan que leer cerca de doscientas páginas para conocer cuál es, a juicio del autor, el bien jurídico protegido, por muy necesario que se entienda no ocultar el hilo de la investigación. En cualquier caso, hay que agradecer a Octavio de Toledo que después de cada apartado enumere unas conclusiones que sirven para ir corroborando las deducciones que se van haciendo a lo largo de la lectura.

Trato aquí simplemente de entresacar algunas de las tesis mantenidas en esta importante obra, tesis que son fruto de una investigación seria, profunda y erudita y que creo se convertirán en punto de partida o de debate obligado en toda investigación sobre los llamados «delitos de los funcionarios».

El primer capítulo de la obra se dedica a interpretar las expresiones «resolución» y «asunto administrativo» utilizadas en el artículo 358 del Código penal. Dejando de lado esta entrada de sopetón en dos elementos típicos concretos de una figura delictiva de la que no se ofrece al lector, no ya una explicación, sino ni tan siquiera el texto legal, hay que reconocer que este capítulo es un ejemplo de trabajo sobre un elemento normativo partiendo del estudio profundo de aquella rama jurídica (Derecho administrativo) a la que remite y que el autor demuestra de sobra conocer. Aunque el autor no elabora una definición sintética puede decirse que entiende por «resolución» todo acto administrativo simple dictado por cualquier funcionario público con capacidad decisoria, que contenga una declaración de voluntad de la Administración (una decisión), así como los llamados reglamentos autónomos (vid. págs. 101 y sigs. 124 y sigs.). En este sentido, no son resolucio-

nes los contratos administrativos ni los actos complejos o actos-procedimiento ni los llamados «actos políticos o de gobierno», mientras que lo son los actos declarativos de derecho, los firmes y los que causan estado. Sorprende que el autor considere irrelevante la forma de la resolución que, a su juicio, puede ser expresa, presunta o tácita, así como escrita, oral o mímica (vid, págs. 101 y 124). La Ley exige que la resolución se dicte en «asunto administrativo».

El capítulo segundo, dedicado al bien jurídico, es el más amplio y ambicioso de la obra que incluye importantes subepígrafes como los referentes a los análisis histórico y de Derecho comparado, así como a las relaciones entre delitos de funcionarios y Derecho disciplinario de funcionarios. Aunque tampoco emite aquí ninguna definición sintética, puede entenderse que el autor concibe el bien jurídico como el ejercicio de las potestades que la legalidad define y atribuye a la Administración entendida como servidora social (vid. págs. 313-314, 324-325, 333). Este entendimiento es el resultado de un amplio estudio que comienza con una crítica severa de la tesis que considera el deber del cargo o deber de fidelidad al Estado como objeto de protección: «dentro del Derecho totalitario, el vacío dejado por el bien jurídico (proveniente del 'vaciamiento' de su concepto), lo que ocupará el deber; deber de fidelidad, deber hacia el Estado; que en los 'delitos de funcionarios' admitirá una fácil concreción (que también tiene origen anterior al totalitarismo: una herencia hábilmente utilizada y adaptada por éste), en el 'deber del cargo' del funcionario hacia el Estado» (pág. 235).

Uno de los subepígrafes más interesantes de este capítulo, es aquel que pone en relación al Derecho penal con el poder disciplinario de la Administración, poniendo de relieve que, en contra de lo que hemos opinado algunos, tal relación no es pacífica. Rechaza un Derecho disciplinario de funcionarios como Derecho «interno» de la Administración y de la existencia de una «potestad doméstica» de ésta, ya que —según el autor— «denota un sólido conservadurismo, patrocina elementos propios del absolutismo, de relaciones de dominación, desemboca en un derecho de autor y, como consecuencia de todo ello, no merece, siquiera, la consideración de Derecho penal primitivo» (pág. 295).

Para Octavio de Toledo, el Derecho disciplinario es más afín al Derecho penal que al Derecho laboral. En consecuencia, ha de regir el *non bis in idem*, lo cual significa que si el hecho es a la vez delito y falta administrativa habrá de apreciarse, o bien un concurso de leyes (relación de consunción o un concurso de delitos o debe quedar impune la falta administrativa. Este último supuesto se daría cuando se prevé la pena de inhabilitación para el delito y la sanción de separación del servicio para la falta, en cuyo caso no sería posible imponer esta última sanción, ya que «el acto que la impusiera en base a la realización de una conducta cuya estimación penal significara la imposición de una pena de menor gravedad que la separación, sería un acto inválido por desviación de poder; ello al margen de la posibilidad de estimarlo, incluso (caso de darse los restantes elementos típicos) como prevaricación del artículo 358 del Código penal» (pág. 296).

A mi juicio, estas conclusiones van a levantar polémica. El hecho de que el bien jurídico lesionado venga a ser el mismo en el delito que en la falta

administrativa salvo un «plus» en el primer caso (vid. pág. 295), no creo que permita sostener la aplicación de las reglas de concurso pensadas sólo para el ámbito penal. Aunque se mantuviera que todo Derecho sancionador es, a la postre, Derecho penal, nada puede impedir que las reglas de concurso estén pensadas para ser aplicadas a los delitos castigados con algunas de las penas del artículo 27 del Código penal y no para las faltas administrativas. De otra parte, la desviación de poder de que se habla más arriba parte de una premisa discutible: que la sanción administrativa de separación del servicio sea más grave que la pena de inhabilitación. Aunque ésta tenga una duración limitada no pueden despreciarse los efectos secundarios como los que afectan a la reincidencia, antecedentes penales, etc.

El capítulo tercero lo dedica el autor a la interpretación de los elementos típicos «injusta», «manifiestamente injusta», «a sabiendas» y «negligencia o ignorancia inexcusables», y el capítulo cuarto a las especiales formas de aparición. Acaba la obra con un estudio (capítulo quinto) monográfico de indudable valor sobre la pena de inhabilitación.

Las presentes líneas no pueden, por su brevedad, dar una imagen cabal de la magnitud de la obra comentada. Creo que merece la pena invitar al estudioso a acercarse a esta excelente monografía, aunque sólo fuera por lo enjundioso de las tesis en ella mantenidas y por la honestidad y rigor con que se ha elaborado este extenso trabajo; entonces podrá comprobar sus profundas cualidades.

MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ

SAINZ CANTERO, José Antonio: «Lecciones de Derecho penal», Parte General, Tomo I: Introducción. Barcelona, 1979, 278 páginas, y Tomo II: «Ley penal. El delito (Acción, Tipicidad, Antijuricidad)», Barcelona, 1982, 396 páginas.

A la bibliografía española de Manuales de Derecho penal —que está viéndose notablemente aumentada de unos años a esta parte, después de un largo período de abandono— vienen a sumarse, enriqueciéndola, estas dos importantes aportaciones que han de ocupar por sus características y contenido un lugar destacado dentro de ella. Las profundas dotes pedagógicas y didácticas del autor, de las que dan testimonio diario todos los que han sido, son y seguimos siendo sus alumnos, están presentes en ambas obras desde la primera a la última página, logrando el tan difícil arte de hacer que aparezca claro lo confuso, sencillo lo complejo, e interesante y atrayente lo más farragoso y anodino; hasta el punto de que sus páginas parecen estar pensadas, tal es su claridad, más para ser leídas que para ser estudiadas.

En ambos libros, por otra parte, se refleja lo que no siempre queda claro en otras obras del género: que son, como indica el título genérico, unas «Lecciones». Y en cuanto tales, no dirigidas ni al técnico ni al especialista, sino al alumno que se enfrenta por primera vez a una disciplina de la que no conoce nada y del que sólo se puede pretender, cuando acabe al estudio de la misma, que sepá, habiéndolo hecho suyo porque lo ha comprendido,