

fuese *accidentalmente* promovido y aprovechado por las personas que en él se hallaban, circunstancia incompatible con la previa colocación del aparato de la ruleta en el mencionado local, lo cual da al caso al carácter de *casa de juego* para los efectos del ya mencionado art. 358 del Código penal, etc.» (Sentencia de 10 de Enero de 1882, publicada en la *Gaceta* de 17 de Mayo.)

CUESTION VII. *El vocal de la Junta directiva de un Casino que es sorprendido con varios socios en una habitación reservada del mismo, jugando á la banca, ¿deberá ser considerado sólo como jugador, ó como banquero ó dueño de la casa de juego, á los efectos del párrafo primero del art. 358 del Código?*—El Tribunal Supremo ha declarado que esta última calificación es la que corresponde: «Considerando que de los hechos que se consignan como probados en la sentencia aparece que fueron sorprendidos jugando á la banca varios individuos en el cuarto entresuelo de la casa en que se estableció el *Círculo Habanero*, y en el que había una habitación destinada á juegos prohibidos; y como el recurrente era uno de aquéllos y *vocal*, además, de la *Junta directiva*, que disponía del local, y sin cuya autorización nadie podía destinarlo á este uso, es evidente que el acusado no era sólo jugador, como tiene reconocido, sino *dueño* de la habitación en el concepto en que se expresa en el Código penal: Considerando que al apreciar la Sala en este sentido la participación del recurrente en el hecho de autos no ha infringido ninguna de las disposiciones legales que éste cita, etc.» (Sentencia de 15 de Junio de 1882, publicada en la *Gaceta* de 28 de Agosto.)

CUESTION VIII. *¿Deberá considerarse como casa de juego, á los efectos del art. 358 del Código, una habitación del piso principal de un café, separada de las destinadas al juego del billar, en la cual existe una mesa con la numeración y señales apropiadas para los juegos de bacarrat y monte, con tiradores para recoger las puestas, etc.?—El dueño del expresado café, aun cuando no sea hallado en dicha estancia, ni como jugador ni como banquero, ¿deberá ser calificado ó considerado como dueño de la casa de juego?—El juego del bacarrat, ¿deberá comprenderse entre los de suerte, envite ó azar?*—La afirmativa sobre los tres extremos que comprende esta cuestión se deduce de la siguiente Sentencia del Tribunal Supremo: «Considerando, en orden al recurso interpuesto á nombre de D. Antonio Bertuche, que siendo un hecho probado, según la sentencia recurrida, que él era el *dueño del café* de la Loba, en cuyo establecimiento y en una de las habitaciones del piso principal, separada de las destinadas al juego de billar, fueron sorprendidos varios individuos jugando al monte, no puede menos de ser legalmente responsable del uso que de la habitación hiciera, que no era otro más que para que se jugase al monte y al bacarrat, como lo demuestra la colocación de la mesa que allí tam-

bién había, con los aparatos propios para esta clase de juego, y, por lo tanto, se halla comprendido en la sanción del citado art. 358: Considerando, en cuanto al recurso interpuesto á nombre del D. Fernando Suárez, que siendo también un hecho declarado probado en la sentencia que fué uno de los individuos sorprendidos jugando al monte, no cabe dudar que su responsabilidad es la de autor del delito que pena el citado artículo 358, y no de la falta que define y castiga el 594, como se pretende en el recurso, porque falta la condición que esta disposición legal exige, de que el juego en dicho local hubiera sido *accidentalmente* promovido y aprovechado por las personas que en él se hallaban, lo cual es incompatible con la estancia allí de la mesa con los útiles necesarios para el bacarrat, que le da el carácter de casa de juego para los efectos del artículo mencionado 358.» (Sentencia de 1.º de Abril de 1887, publicada en la *Gaceta* de 25 de Agosto, pág. 90.)

Art. 359. Los empresarios y expendedores de billetes de loterías ó rifas no autorizadas serán castigados con la pena de arresto mayor en sus grados mínimo y medio y multa de 125 á 1.250 pesetas.

Los que en el juego ó rifa usaren de medios fraudulentos para asegurar la suerte serán castigados como estafadores. (Arts. 267 y 268, Cód. pen. de 1850.—Art. 410, Cód. Fran.)

Las loterías ó rifas son verdaderos juegos de azar, tan dañosos como los demás, pues consumiendo los ahorros del trabajo, imposibilitan la formación de capitales y hacen desaparecer frecuentemente los ya formados. La esperanza de alcanzar una fortuna de repente y sin trabajo hace que sean muchos los que arriesgan en ella no sólo sus cortos haberes, si que también á menudo el dinero que no les pertenece, y cuya pérdida sumerge á multitud de familias en la desesperación. No recordamos qué sabio autor ha dicho que los legisladores que sancionan semejante clase de juegos, siquiera como impuesto, votan un número considerable de robos, hurtos y suicidios anualmente.

Por desgracia, el estado de nuestra Hacienda no ha permitido aún que desapareciera como ingreso la renta de loterías.

CUESTION. *¿Está hoy vigente el art. 359 del Código penal, que castiga con el arresto mayor en sus grados mínimo y medio y multa de 125 á 1.250 pesetas á los empresarios y expendedores de billetes de loterías ó rifas no autorizadas?*—El Tribunal Supremo ha resuelto la negativa: «Considerando que el Real decreto de 20 de Abril de 1875, de carácter legislativo, según la ley de 17 de Julio de 1876, al

modificar las disposiciones hasta entonces vigentes en materia de rifas, preceptúa, en su art. 9.º, que las que se celebren contraviniendo á las disposiciones establecidas en los artículos anteriores constituyen el delito de defraudación, que se castigará *administrativamente* con una multa del cuádruplo del derecho defraudado: Considerando que, según dicho Decreto-ley, *deja de existir el delito común* definido en el art. 359 del Código penal para dar lugar al de defraudación, comprendido en el núm. 11 del art. 19 del Real decreto de 20 de Junio de 1852: Considerando que, supuesto dicho carácter, es indudable que la corrección administrativa del mencionado delito que corresponde imponer por el procedimiento señalado en el Real decreto de 20 de Junio de 1852 es independiente y no obsta, por lo tanto, á la sanción penal con que además tienen que castigarse tales delitos, según dicho Real decreto, debiendo para ello sustanciarse la causa por los trámites que en él se marcan, etc.» (Sentencia de 3 de Enero de 1884, publicada en la *Gaceta* de 14 de Abril) (1).

(1) Sobre esta materia de *procedimiento y penalidad* en los casos de *rifas fraudulentas* ó *no autorizadas* existe además una Real orden de 31 de Mayo de 1881, en la que se determina que *sólo pueden perseguirse administrativamente con arreglo al Real decreto de 20 de Junio de 1852*. Dice así:

«MINISTERIO DE HACIENDA.—Excmo. Sr.: Remitido á informe del Consejo de Estado en sus Secciones de Hacienda y de Estado y de Gracia y Justicia el expediente instruido en esa Dirección general sobre procedimientos y penalidad en la tramitación de las causas criminales por rifas fraudulentas y no autorizadas, han emitido el siguiente dictamen:

«Excmo. Sr.: En cumplimiento de la Real orden de 2 del presente mes, comunicada por el Ministerio del digno cargo de V. E., estas Secciones han examinado el expediente instruido en la Dirección general de lo Contencioso con motivo de una consulta del Fiscal de la Audiencia de Pamplona sobre jurisdicción y ley que debe seguirse en las causas que se instruyan en persecución de rifas no autorizadas.

A dicha consulta ha dado origen una sentencia del Juzgado de Tolosa, y el Fiscal que la propone, al propio tiempo que manifiesta su opinión de que debe perseguirse la defraudación á la Hacienda pública que se comete como delito común, indica que en tal sentido hay jurisprudencia en las Audiencias de Pamplona y de la Coruña, y que, dada la importancia del asunto, conviene, para informar la conducta de los Tribunales, que se dicte una disposición ó se comunique una circular á todas las Fiscalías de Audiencia fijando el criterio á que en lo sucesivo deberá ajustarse. La Asesoría de ese Ministerio, Dirección general de lo Contencioso, entiende, y así se lo significa á V. E., que se está en el caso de resolver en sentido de que la venta de billetes de rifas no autorizadas, como las demás infracciones que se cometan en toda clase de rifas, constituyen el delito de defraudación á los intereses de la Hacienda, previsto en el caso 11 del art. 19 del Real decreto de 20 de Junio de 1852, y que hecha esta declaración, debe circularse á todos los Fiscales de las Audiencias y al del Supremo de Justicia, para que la tengan presente en cuantos casos puedan ocurrir. Y al efecto, y como fundamento de su opinión, la misma Asesoría expone:

- 1.º Que la celebración de rifas ha sido en distintas épocas y continúa siendo materia administrativa.
- 2.º Que en su consecuencia es evidente que las infracciones que se cometan, bien celebrando rifas no autorizadas, bien haciéndolo en las autorizadas, caen bajo la esfera de la ley especial.
- 3.º Que el Decreto de 20 de Abril de 1875 establece en su art. 9.º que constitu-

En cuanto á la disposición contenida en el último párrafo del artículo, como no es más que referencial á un delito cuya definición y penalidad se hallan consignadas en el núm. 8.º del art. 548, remitimos nuestros lectores al comentario de este último artículo y número.

Art. 360. El dinero ó efectos y los instrumentos y útiles destinados al juego ó rifa caerán en comiso. (Art. 267 del Código pen. de 1850.—Art. 410, Cód. Fran.)

Nada diremos acerca de la disposición de este artículo, sino que es del todo excusada; supuesto que, con arreglo al principio general y absoluto del art. 63, las penas que se impusiesen por los delitos á que se contrae el primero habrían de llevar siempre consigo la pérdida de los efectos que de él proviniesen y de los instrumentos ó útiles con que se hubiesen ejecutado, cayendo unos y otros en comiso.

yen delito de defraudación las rifas que se celebren con infracción de las disposiciones del mismo; determínase en su art. 10 que los procedimientos administrativos para la declaración del fraude ó imposición de la multa serán los establecidos por el Real decreto de 20 de Junio de 1852, y previene, por último, en el art. 11, que la multa se distribuirá por partes iguales entre los denunciadores y los que directamente concurren al acto de la aprehensión.

4.º Que el art. 60 la ley de Presupuestos de 1877-78, al restringir la facultad de celebrar rifas y declarar cuáles serían permitidas y legales y cuáles no, no introdujo alteración sustancial en lo dispuesto por el Decreto mencionado; y

5.º Que si bien es cierto que el art. 359 del Código penal castiga taxativamente á los expendedores de billetes de loterías ó rifas no autorizadas, no lo es menos que el art. 7.º del mismo Código exceptúa de sus disposiciones los delitos que se hallen penados por leyes especiales.

Expuestos con toda latitud los fundamentos en que la Asesoría de ese Ministerio se apoya para sostener su opinión, pocas palabras necesitarán añadir las Secciones, que abundan en ella, para defenderla, pues á su juicio, la simple lectura del Decreto-ley de 20 de Abril de 1875 basta para convencer que después de su publicación no pueden perseguirse las infracciones legales que se cometan con ocasión de la celebración de rifas sino administrativamente y con arreglo á las prescripciones del Real decreto de 20 de Junio de 1852.

La materia de rifas es por su índole especialmente administrativa, y comprendiéndolo así el legislador, hanse dictado en diferentes épocas disposiciones también administrativas con el fin de regular su celebración, sucediendo en la actualidad que las últimas disposiciones que se ocupan del asunto son el Decreto-ley de 20 de Junio de 1875 y el art. 60 de la ley de Presupuestos de 1877-78, cuyo carácter administrativo no puede, en manera alguna, negarse. Mas aunque así no fuera, aunque, amparándose en que el art. 359 del Código penal prescribe taxativamente una pena para los empresarios y expendedores de billetes de loterías y rifas no autorizadas, se quiera sostener la opinión contraria, sin hacerse cargo de que esta disposición no implicaba para que los delitos de defraudación que con ocasión de las rifas se cometiesen fueran perseguidos administrativamente, toda vez que quedando vigentes ciertas leyes penales especiales, con arreglo á lo dispuesto en el art. 7.º y en la disposición adicional del mismo Código, habríamos de bastar que con referencia á las rifas existieran aquéllas para que tal sucediese, aun en el caso expuesto no podría dudarse en los presentes momentos de que las rifas son hoy materia administrativa, ni de que los

CUESTION. ¿Deberá caer en comiso el dinero que se encuentre en los bolsillos del banquero ó dueño de la casa de juego, si se prueba que pertenece á la propia casa ó establecimiento de juego?—El Tribunal Supremo de casación francés ha resuelto la afirmativa: «Considerando, dice, que el comiso del dinero destinado al juego, que decreta el art. 410 del Código (360 del nuestro), no puede limitarse al que se encuentre ó recoja sobre la mesa de juego, pues que semejante interpretación haría casi siempre imposible la aplicación de dicha pena de comiso: Considerando que si el jugador que se encuentra en una casa de juego puede sostener que no expone en él más que la suma puesta encima de la mesa, porque nada prueba que sea su ánimo ó intento el arriesgar además otras cantidades, no sucede lo propio con los banqueros ó dueños de la casa de juego, cuya especulación ilícita consiste precisamente en tener en su poder las diversas sumas que quieran los jugadores ir exponiendo sucesivamente á los azares de la partida: Considerando que la Sala sentenciadora ha declarado probado que los valores ocupados á los procesados, reconocidos como dueños y banqueros de la casa de juego, en el mismo sitio y en el momento mismo en que se daban las cartas, pertenecían á la sociedad explotadora de la expresada casa de juego, las que se destinaban, ya al juego empezado cuando entró en la sala el Comisario de policía, ya á res-

delitos de defraudación á la Hacienda pública que con ocasión de ellas se cometan han de perseguirse con arreglo al Real decreto de 20 de Junio de 1852.

Así lo prescribe terminantemente el art. 10 del Decreto-ley de 20 de Abril de 1875; y para que no pueda ponerse en tela de juicio que lo mismo se comete el delito especial de defraudación celebrando rifas sin autorización que cometiéndose, al celebrar las autorizadas, cualquiera contravención manifiesta á las disposiciones de aquel Decreto, basta advertir que en su art. 1.º prescribe que no podrá celebrarse rifa alguna sin previa licencia; que en el art. 2.º dice que «se autorizarán únicamente las rifas de bienes muebles y semovientes,» y que después de señalar en los siguientes las condiciones con que podrán celebrarse, prescribe en el núm. 9.º que las rifas que se celebren contraviniendo á las disposiciones establecidas constituyen el delito de defraudación, que se castigará administrativamente con multa del cuádruplo del derecho defraudado.

Por último, en el art. 60 de la ley de Presupuestos de 1877-78 se determinan otras condiciones para que puedan autorizarse las rifas, y este solo hecho demuestra que, bien celebrándose rifas no autorizadas, ó contraviniéndose en las que lo estén las disposiciones establecidas, se comete el delito de defraudación. Así, pues, las Secciones, de conformidad con la Dirección general de lo Contencioso, opinan que la consulta del Fiscal de la Audiencia de Pamplona debe resolverse en el sentido que la venta de billetes de rifas no autorizadas, como las demás infracciones que se cometan en toda clase de rifas, constituyen el delito de defraudación á los intereses de la Hacienda, prescrito en el caso 11 del art. 19 del Real decreto de 20 de Junio de 1852, y que para cortar dudas, conviene que esta declaración se circule á todos los Fiscales de las Audiencias y al del Supremo de Justicia, para que en lo sucesivo la tengan presente. Tal es el parecer de las Secciones: V. E., sin embargo, resolverá con S. M. lo que mejor estime.»

Y conformándose S. M. el Rey (Q. D. G.) con el preinserto informe, se ha servido resolver como en el mismo se propone.»

ponder de las ulteriores puestas que hiciesen los jugadores; y que, por consiguiente, el comiso de dichos valores, lejos de constituir una infracción del art. 410 del Código penal (360 del nuestro), no es más que una justa interpretación y aplicación del mismo, etc.» (Sentencia de 25 de Mayo de 1838, Sir. 38, T. I, pág. 552.)

TÍTULO VII

DE LOS DELITOS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS EN EL EJERCICIO DE SUS CARGOS

CAPITULO PRIMERO

Prevaricación.

Art. 361. El Juez que á sabiendas dictare sentencia injusta contra el reo, en causa criminal por delito, incurrirá en la pena impuesta por la sentencia, si ésta se hubiere ejecutado, y además en la de inhabilitación temporal absoluta en su grado máximo á inhabilitación perpetua absoluta. (Art. 269 del Cód. pen. de 1850.—Arts. 181, 182 y 183, Cód. Fran.—Arts. 85, 86 y 87, Cód. Austr.—Art. 199, Cód. Napolit.—Artículos 129, 142, 143, 160, 161 y 162, Cód. Brasil.)

Entramos en la extensa é importantísima materia de los delitos que pueden cometer los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. De algunos ha tenido ya ocasión de ocuparse el Código, notoriamente en los arts. 149 y 177; en la sección segunda del capítulo II del título II de este libro, que comprende los que se cometen por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos individuales sancionados por la Constitución; en el art. 314, que á la falsificación de documentos se refiere, y, por último, en los arts. 320 y 347. En todos estos casos citados la cualidad de *funcionario público* es algo más que una circunstancia accidental de agravación proveniente del abuso del carácter público que tiene el culpable (11.ª del art. 10), puesto que es un elemento inherente al propio delito, un elemento esencial, constitutivo, *sine quo non* del mismo; elemento que, por lo mismo que es esencial, ha tenido la Ley muy