

do á tomar la defensa de una parte, defendiere después, sin su consentimiento, á la contraria en el mismo negocio, ó la aconsejare, será castigado con las penas de inhabilitación temporal especial y multa de 125 á 1.250 pesetas. (Art. 274 del Cód. pen. de 1850.—Arts. 86 y 87, Cód. Austr.—Art. 208, Cód. Napolit.)

El Abogado ó Procurador que, habiendo tomado la defensa de una parte en un negocio, la abandona luego sin su consentimiento para defender á la contraria, incurren también en el delito de *prevaricación*, ya que es de presumir que en la nueva defensa se valdrán de los secretos que les hubiere confiado su primer cliente, para perjudicarlo.—Es claro que si éste consintiera el acto, ya no existiría delito.

Para la aplicación de la multa de 125 á 1.250 pesetas, véase el Cuadro sinóptico núm. 42.

CAPITULO II

Infidelidad en la custodia de presos.

Art. 373. El funcionario público culpable de connivencia en la evasión de un preso cuya conducción ó custodia le estuviere confiada será castigado:

1.º En el caso de que el fugitivo se hallare condenado por ejecutoria en alguna pena, con la inferior á ésta en dos grados y con la de inhabilitación temporal especial en su grado máximo á inhabilitación perpetua especial.

2.º Con la pena inferior en tres grados á la señalada por la Ley al delito por el cual se hallare procesado el fugitivo, si no se le hubiere condenado por ejecutoria, y con la de inhabilitación especial temporal. (Art. 276 del Cód. pen. de 1850.—Arts. 237, 238, 239, 240, 244, 246 y 247, Cód. Fran.—Arts. 196 y 197, Cód. Austr.—Arts. del 254 al 257, Cód. Napolitano.)

Ya dijimos antes, en el comentario de los arts. 129 y 274, que el preso preventivamente en méritos de una causa que quebranta su encierro no comete delito alguno; que sólo delinque el sentenciado ejecutoriamente á una pena, desde el momento en que habiéndole sido notificada la senten-

cia, quebranta la condena que en ella se le impuso. Pero tratándose de los *funcionarios públicos* que tienen por encargo que conducir ó custodiar un preso, y también de un particular que hubiese recibido y aceptado de la Autoridad el propio encargo, es consiguiente se pene el delito de *infidelidad*, tanto si se hallare el preso con causa pendiente, ó condenado ya por ejecutoria á alguna pena.

En el segundo caso (núm. 1.º del artículo), incurre el *funcionario público* connivente en la evasión del preso en la pena inferior en dos grados á la en que fuera condenado aquél, ó sea en la misma pena del encubridor del propio delito, y además en la de *inhabilitación temporal especial en su grado máximo á inhabilitación perpetua especial*. (Véase para la aplicación de ésta el comentario del art. 362.) Y si el fugitivo se hallase preso provisionalmente tan sólo, esto es, con causa pendiente (núm. 2.º del artículo), la pena será la inferior en tres grados señalada por la Ley al delito por el cual se hallare aquél procesado, ó sea la de encubridor del propio delito frustrado, y además en la *inhabilitación especial temporal*, para cuya aplicación véase el núm. 30 de los Cuadros sinópticos.

CUESTION I. *El Comandante de presidio que permite que salgan unos penados y permanezcan hasta la noche fuera del establecimiento, del que se fugan, por más que no estuviera en connivencia con los fugitivos, ¿será responsable del delito de infidelidad en la custodia de presos, por imprudencia simple?*—El Tribunal Supremo ha resuelto la afirmativa, fundándose en que ningún presidiario puede ser rebajado ó destinado á servicio doméstico, morando en casas particulares, debiendo cumplir su condena en el presidio, según el art. 297 de la Ordenanza general de presidios; que por diferentes Reales disposiciones está prohibido á los Comandantes de esos establecimientos permitir la salida de los penados, especialmente por la Real orden de 26 de Noviembre de 1852, en la que se previene que no salga penado alguno á no ser para actos del servicio, y en este caso acompañado de un cabo de vara y un capataz, con los hierros correspondientes; y la de 6 de Mayo de 1860, por la que se prohíbe la salida de los penados del cuartel para ningún servicio, por urgente que sea, á no ser con autorización de la Dirección general del ramo; y que, por lo tanto, resultando probado que el Comandante del presidio de Mallorca, D. Gabino López, permitía salir del establecimiento á Jaime y Agustín Carreras, que estaban cumpliendo condena de reclusión, y permanecer fuera hasta la noche, y que éstos se fugaron prevaliéndose de esa libertad, dicho Comandante López es culpable de la fuga por imprudencia, con infracción de la Ordenanza de presidios y Reales órdenes citadas, etc. (Sentencia de 6 de Diciembre de 1871, publicada en la *Gaceta* de 12 de Enero de 1872.)

CUESTION II. *El Alcaide de cárcel que permite que unos presos que*

están sufriendo la condena de arresto mayor se vayan á sus casas por algunos días á restablecer su salud, ¿será responsable del delito de infidelidad, previsto y penado en este artículo, por más que alegue y justifique la enfermedad de dichos presos, que no se les daba socorro por falta de fondos en Depositaria, y que el departamento destinado á los que sufrían condena se hallaba en estado semi-ruinoso?—El Tribunal Supremo ha resuelto la afirmativa, fundándose en que ni la enfermedad de los presos, ni la falta de fondos en Depositaria para darles socorro, ni el estado ruinoso del departamento de la mencionada cárcel destinado á los que sufrían condena pueden variar la especial índole y naturaleza de ese hecho punible, despojándole del carácter de criminalidad que legalmente reviste, ni atenuar tampoco la culpabilidad del Alcaide, que en todo caso debió hacer presente esas dificultades á la Autoridad competente para lo que hubiese lugar, sin excederse de sus atribuciones, concediendo un permiso inconciliable con éstas y con las obligaciones propias de su cargo. (Sentencia de 18 de Octubre de 1873, publicada en la *Gaceta* de 24 de Enero de 1874.)

CUESTION III. *¿Será responsable del delito de infidelidad en la custodia de presos el capataz de un presidio que, sin conceder permiso ó licencia á un confinado para salir del establecimiento, no se opone á su salida, merced á la cual se fuga, si resulta probado que dicho presidiario salía cuando lo creía oportuno, por ser cabo interino y hallarse encargado de la limpieza interior y exterior del establecimiento, sin que se le diera al capataz en dicho día orden en contrario?*—La Audiencia de Granada estimó que semejante proceder del capataz constituía el delito de *infidelidad en la custodia de presos*, y le condenó á diez años de inhabilitación especial y 200 pesetas de multa. Mas interpuesto recurso de casación contra dicha sentencia por el procesado, citando como infringido el art. 1.º del Código, porque la omisión por que se le condenó no pudo reputarse voluntaria, toda vez que se declaró como probado en la sentencia que al permitir salir al confinado lo hizo en virtud de orden superior, el Tribunal Supremo declaró *haber lugar* al recurso interpuesto, y en su virtud casó y anuló la antedicha sentencia, fundándose en que, no apareciendo probado que el procesado concediese permiso ó licencia al confinado para salir del establecimiento, pues siendo éste cabo interino y hallándose encargado de la limpieza interior y exterior del edificio, lo realizaba diariamente sin que hubiese orden para impedirlo, es obvio que *no tuvo aquél participación alguna* en la salida del confinado, como así se declaraba en el segundo resultando de la sentencia de la Sala, la que, por lo tanto, al calificar el delito como comprendido en el art. 373 del Código, cometió error de derecho, infringiendo el art. 1.º del citado Código penal. (Sentencia de 25 de Mayo de 1874, inserta en la *Gaceta* de 13 de Agosto.)

CUESTION IV. *El hecho de salir unos presos de la cárcel de orden del Alcalde y con consentimiento del Alcaide á trabajar en las obras de una casa particular y en el blanqueo de la del Ayuntamiento, volviendo á la cárcel á las horas que se les marcaron, y recibiendo de jornal una peseta diaria, ¿deberá calificarse de delito de infidelidad en la custodia de presos?*—La Audiencia de Madrid consideró que el hecho no era el previsto y penado en el art. 373 del Código, porque no hubo evasión de preso alguno ni connivencia por parte de los procesados, y que la salida de los presos á trabajar no constituía delito ni falta previsto en el Código penal, y que sólo pudiera ser una infracción de los reglamentos de los establecimientos penales, cuya corrección correspondía al Gobernador de la provincia, y dictó sentencia absolviendo libremente á los expresados Alcalde y Alcaide, declarando de oficio las costas. Mas interpuesto contra esta sentencia recurso de casación por el Ministerio Fiscal, citando como infringido el art. 373 del Código, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él, fundándose en que las prisiones están á cargo de sus Alcaldes, bajo la autoridad inmediata de los Alcaldes respectivos ó de la Autoridad que ejerza sus veces ó del Gobernador, según el art. 3.º de la ley de 26 de Julio de 1849, y el 17 de la misma previene que los Alcaldes de los depósitos municipales y cárceles deben cumplir los mandamientos y providencias de los Tribunales y Jueces respectivos en lo concerniente á la custodia, incomunicación y soltura de los presos con causa pendiente; que el art. 373 del Código penal castiga al funcionario público culpable de connivencia en la evasión de un preso cuya custodia le estuviere encomendada; y que así el Alcalde como el Alcaide tienen el carácter de funcionarios públicos, según el 416, el primero por elección y el segundo por nombramiento; que de los hechos consignados en la sentencia aparecía que tanto el Alcalde como el Alcaide autorizaron y consintieron la salida de la cárcel á varios presos reclusos en la misma, y que esto constituye el delito de infidelidad en la custodia de presos ó evasión, porque de este modo no sólo se faltó á los mandamientos de la Autoridad judicial, sino que se quebrantó la condena por los que la sufrían, mediante la connivencia de dichos funcionarios, encargados por la Ley de las prisiones con la dependencia que la misma expresa, por lo que, al apreciar la Sala que los hechos referidos no constituían delito, cometió error de derecho é infringió el citado art. 373 del Código. (Sentencia de 22 de Enero de 1877, publicada en la *Gaceta* de 30 de Julio.)

CUESTION V. *El Alcalde que, habiendo sido puestos á su disposición dos sujetos para cumplir una condena de arresto menor recatada en juicio de faltas, y estando ya extinguiéndola en la casa de Ayuntamiento, no sólo les deja abiertas y sin vigilancia las puertas del local, sino que les permite ir á sus casas á las horas de comer, habiendo sido vistos ambos penados*

en las calles y tabernas, ¿será responsable del delito de infidelidad en la custodia de presos, previsto y penado en el art. 373 del Código?—El Tribunal Supremo ha resuelto la afirmativa: «Considerando, dice, que en la escala general de las penas que pueden imponerse con arreglo al Código penal vigente, establecida en el art. 26 de éste, se halla comprendida en la clase de las leves el arresto menor, el cual, según el art. 119 del mismo Código, debe sufrirse en las casas de Ayuntamiento ú otras del público, ó en la del mismo penado cuando así se determine en la sentencia, sin poder salir de ellas en todo el tiempo de la condena: Considerando que esos hechos (los que en la Cuestión se refieren) constituyen indudablemente el delito previsto y penado en el núm. 1.º del art. 373, puesto que no pudiendo salir los antedichos penados de la casa de Ayuntamiento, donde se hallaban entonces sufriendo su condena, durante todo el tiempo de la misma, como se previene en el precitado art. 119, salieron de allí ó se evadieron, siendo á todas luces culpable de connivencia en tales salidas el procesado recurrente, que les dió permiso para realizarlas sin atribuciones y sin razón ni motivo para ello, etc.» (Sentencia de 1.º de Marzo de 1877, publicada en la *Gaceta* de 8 de Agosto.)

CUESTION VI. *El hecho de haber el Alcalde y Ayuntamiento de un pueblo autorizado por un acuerdo la salida de la cárcel de varios presos que sufrían condena de arresto mayor, para dedicarlos á ejecutar obras de utilidad pública, yendo al efecto custodiados por un cabo de la guardia municipal y sin que se evadiera ninguno de aquéllos, ¿constituirá el delito de infidelidad en la custodia de presos ó algún otro penado en el Código?*—El Tribunal Supremo ha resuelto en este caso la negativa, fundándose en que para que tenga aplicación el art. 373 del Código y los demás citados como infringidos es indispensable que el preso huya ó recobre la libertad de que le priva la prisión que sufre ó la pena que se le ha impuesto; y en el caso referido *ni huyeron los penados ni recobraron su libertad*, toda vez que cuando salían de la cárcel para trabajar iban custodiados por un agente de la Autoridad, y por consiguiente, no quebrantaron sus condenas. (Sentencia de 17 de Abril de 1882, publicada en la *Gaceta* de 27 de Julio.)

CUESTION VII. *El Alcaide de cárcel que consiente que un preso que se halla cumpliendo condena salga del establecimiento la mayor parte de los días para ir á comer y cenar en una casa particular, ¿será responsable del delito de infidelidad en la custodia de presos, aun cuando no se produzca la fuga de dicho penado?*—El Tribunal Supremo ha resuelto la afirmativa: «Considerando que, según el art. 373 del Código penal, comete el delito de infidelidad en la custodia de presos el funcionario público culpable de connivencia en la evasión de un preso cuya custodia le estuviere confiada, y que el recurrente D. Agustín Ramírez, al conceder per-

miso al penado José Gutiérrez para salir á comer y cenar fuera del establecimiento, faltó á los deberes de su cargo que le imponían los reglamentos, cometiendo el expresado delito.» (Sentencia de 8 de Junio de 1886, publicada en la *Gaceta* de 22 de Agosto, pág. 136.)

CUESTION VIII. *Pero si la salida del preso de la cárcel lo fué en calidad de mandadero para los servicios exteriores de la misma, ¿será responsable el Alcaide del delito de infidelidad en la custodia de presos, ó lo será tan sólo de una infracción reglamentaria, corregible gubernativamente?*—El Tribunal Supremo ha declarado esto último: «Considerando que el hecho de nombrar un Alcaide mandaderos para los servicios exteriores de la cárcel, sin la previa y especial autorización del Director de Establecimientos penales, como lo dispone la legislación que rige en la materia, que es lo que ha verificado el Alcaide interino de Colmenar en el presente caso, según los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, constituye indudablemente una mera infracción reglamentaria, corregible gubernativamente, sin que el mencionado infractor haya llegado á incurrir, con la indicada extralimitación de atribuciones, en la responsabilidad criminal en que, conforme á la jurisprudencia de este Supremo Tribunal, incurren los que, faltando á la fidelidad en la custodia que les está encomendada, consienten con una tolerancia arbitraria el quebrantamiento de las condenas, siquiera no hubiere ocurrido todavía la fuga de los presos ó confinados á quienes se permite indebidamente la salida de los referidos establecimientos: Considerando, en virtud de lo expuesto, que la Audiencia sentenciadora, al declarar que no constituye delito el hecho de autos, no ha cometido el error de derecho ni las infracciones de ley en que ha fundado el Ministerio Fiscal el actual recurso.» (Sentencia de 22 de Octubre de 1886, publicada en la *Gaceta* de 11 de Enero de 1887, pág. 20.)

Art. 374. El particular que, hallándose encargado de la conducción ó custodia de un preso ó detenido, cometiere alguno de los delitos expresados en el artículo precedente será castigado con las penas inmediatamente inferiores en grado á las señaladas al funcionario público. (Art. 277 del Cód. pen. de 1850.)

Sucede amenudo, sobre todo en las poblaciones de corto vecindario en que la Autoridad cuenta con escasísimo número de agentes, que en un momento dado se ve ésta obligada á confiar á uno ó más particulares la custodia ó conducción de un detenido ó preso. Pues bien: el particular que acepta este encargo y se hace connivente en la evasión del detenido ó preso que le ha sido confiado no puede menos de contraer responsabi-

lidad criminal, si bien, como se comprende, ha de ser ésta mucho menor que la en que incurre el funcionario público, ya que al fin éste falta á una obligación inherente al cargo retribuido que ejerce, mientras que el particular sólo acepta las más de las veces la conducción como una carga ó gravamen impuestos por la Autoridad. Encontramos, por lo tanto, muy justo que la Ley castigue su falta con un grado menos de penalidad que la señalada al funcionario público.

En el caso, pues, de que el fugitivo se hallase condenado por ejecutoria en alguna pena, el particular connivente en su evasión será castigado con la inferior á aquélla en tres grados, y además con la *suspensión en su grado máximo á inhabilitación especial temporal en su grado medio*, penas no del todo ilusorias y ridículas como algunos creen, ya que se extienden aquéllas, no sólo al cargo público, sino también al derecho de sufragio activo y pasivo, profesión ú oficio (véanse dichas penas en la escala general del art. 26), de los que puede ser muy eficazmente privado el particular culpable de la evasión del detenido ó preso.

Si éste lo estuviese tan sólo provisionalmente, en méritos de causa pendiente, se aplicará al particular connivente en su evasión la pena inferior en cuatro grados á la señalada por la Ley al delito por el cual se hallare aquél procesado y, además, la pena de *suspensión*.

CAPÍTULO III

Infidelidad en la custodia de documentos.

Art. 375. El funcionario público que sustrajere, destruyere ú ocultare documentos ó papeles que le estuvieren confiados por razón de su cargo será castigado:

1.º Con las penas de prisión mayor y multa de 250 á 2.500 pesetas siempre que del hecho resultare grave daño de tercero ó de la causa pública.

2.º Con las de prisión correccional en sus grados mínimo y medio y multa de 125 á 1.250 pesetas cuando no fuere grave el daño de tercero ó de la causa pública.

En uno y otro caso se impondrá, además, la pena de inhabilitación temporal especial en su grado máximo á inhabilitación perpetua especial. (Art. 278 del Cód. pen. de 1850.—Arts. 254, 255 y 256, Cód. Fran.—Arts. 86 y 87, Cód. Austr.—Arts. 250 y 252, Cód. Napolit.—Art. 129, Cód. Brasil.)

La sustracción, destrucción ú ocultación de documentos ó papeles por el funcionario público á quien le hubiesen sido aquéllos confiados por razón de su cargo constituye indudablemente un delito de la mayor gravedad, no sólo por el abuso de confianza que revela, si que también, y muy particularmente, por el daño y perjuicios que pueden ocasionarse, ya á la causa pública, ya á los particulares interesados en la conservación de dichos documentos ó papeles.

Téngase presente que para que exista el delito aquí previsto es condición *esencial* que los papeles ó documentos de cuya sustracción, destrucción ú ocultación se trata hayan sido confiados al funcionario público por razón de su cargo; pues si no fuera así, la sustracción se asimilaría á la cometida por un simple particular, y sería penable, ya no con arreglo á este artículo, sino con sujeción al núm. 9.º del 548 que se refiere á los que cometen defraudación sustrayendo, ocultando ó inutilizando en todo ó en parte algún proceso, expediente, documento ú otro papel de cualquiera clase.

La penalidad establecida para el delito en que nos ocupamos depende de la mayor ó menor gravedad del daño que de él resultare, ya para un tercero, ya para la causa pública.

Si el daño fuese *grave*, será castigado el funcionario público con las penas de *prisión mayor* y multa de 250 á 2.500 pesetas (véase los Cuadros sinópticos núms. 61 y 44); si no fuese grave, con las de *prisión correccional en sus grados mínimo y medio* y multa de 125 á 1.250 pesetas (véase los núms. 53 y 42 de los Cuadros sinópticos).

En cuanto á la *inhabilitación temporal especial en su grado máximo á inhabilitación perpetua especial*, aplicable en uno y otro caso del artículo, véase el Cuadro sinóptico núm. 31.

CUESTION I. *¿Es posible el delito de infidelidad en la custodia de documentos si de la sustracción, destrucción ú ocultación de éstos no resulta absolutamente daño alguno de tercero ni de la causa pública?*— Cuando en 1874 escribimos nuestros comentarios al Código, resolvimos ya la cuestión en sentido negativo. (Véase Código penal concordado y comentado (primera edición), art. 375, *Cuestión I.*) Nuestra opinión de entonces ha sido confirmada posteriormente por el Tribunal Supremo: «Con siderando, dice, que como lo indica claramente el tenor literal del artículo 375 del Código penal vigente, la diferente y respectiva sanción penal que se establece en los núms. 1.º y 2.º del mismo, no sólo supone la existencia de un daño de tercero ó de la causa pública, resultante del hecho de la sustracción ú ocultación de documentos ó papeles confiados á un funcionario público por razón de su cargo, sino que se hace depender la penalidad aplicable en cada caso de la mayor ó menor gravedad de ese mismo daño, el cual, por consiguiente, constituye uno de los elementos esen-