

rá el culpable en las penas de *suspensión* y *multa* de 125 á 1.250 pesetas, para cuya aplicación véase los *Cuadros sinópticos* núms. 70 y 42.

CUESTION. *¿Incurrirá en la sanción del art. 393 del Código el funcionario público que propone ó nombra en concepto de habilitado para cierto cargo público á quien no reúne todos los requisitos de la Ley?*—El Tribunal Supremo parece como que ha resuelto *implícitamente* la cuestión en sentido negativo: «Considerando que, aunque ampliándose el sentido jurídico y gramatical de la palabra *habilitación*, pudiera entenderse que son de todo punto indispensables para habilitar en el cargo de Secretario de Juzgado municipal las mismas condiciones que taxativamente determina y exige la Ley para el nombramiento de Secretarios en propiedad, es lo cierto que siempre resultaría la falta de justificación de la circunstancia de haberse verificado dicha habilitación á sabiendas de que el habilitado carecía de alguna de las condiciones legales, requisito absolutamente preciso para poder aplicar en su lugar y caso la sanción penal contenida en el referido artículo del Código.» (Sentencia de 20 de Abril de 1885, publicada en la *Gaceta* de 28 de Noviembre pág. 238.)

CAPÍTULO VIII

Abusos contra la honestidad.

Art. 394. El funcionario público que *solicitar* á una mujer que tenga pretensiones pendientes de su resolución, ó acerca de las cuales tenga que evacuar informe ó elevar consulta á su superior, será castigado con la pena de inhabilitación temporal especial. (Art. 302 del Cód. pen. de 1850.—Artículo 150, Cód. Brasil.)

Solicitar.—Esto es, requiriere, procurare traer á amores *con insistencia* á una mujer. Compréndese desde luego la vileza de semejante acto y la justicia de la pena al mismo señalada. La dificultad mayor estará en la *prueba* de esos torpes manejos y en la apreciación de su importancia y extensión, para calificarlos de solicitudación deshonesta. Entiéndase, empero, que no es necesario para que exista el delito *consumado* que aquí se define que la mujer haya *sucumbido* á la seducción; bastará que se pruebe que el funcionario público la ha *requerido* de amores con *insistente pertinacia*. Para la aplicación de la pena de *inhabilitación temporal especial* véase el *Cuadro sinóptico* núm. 30.

Art. 395. El Alcaide que *solicitar* á una mujer sujeta á su guarda será castigado con la pena de prisión correccional en sus grados medio al máximo.

Si la solicitada fuere esposa, hija, hermana ó afin en los mismos grados de persona que tuviere bajo su guarda, la pena será prisión correccional en sus grados mínimo al medio.

En todo caso incurrirá, además, en la de inhabilitación temporal especial en su grado máximo á inhabilitación perpetua especial.

Los Alcaldes de cárceles y Jefes de establecimientos penales son también *funcionarios públicos*; pero como unos y otros abusan más directamente de la confianza en ellos depositada al encomendárseles la guarda de los presos de uno y otro sexo, era indispensable castigar el delito definido en el artículo anterior con una penalidad más grave cuando á su ejecución proceden tales funcionarios, por el grave abuso de confianza que cometen. En el caso del segundo párrafo del artículo no existe tan grave abuso ni es tan directa la coacción; por eso se rebaja algún tanto la pena con relación á la señalada al primero.

Para la aplicación de las tres que señala este artículo véase respectivamente los *Cuadros sinópticos* núms. 55, 53 y 31.

CAPÍTULO IX

Cohecho.

Art. 396. El funcionario público que recibiere por sí ó por persona intermedia dádiva ó presente, ó aceptare ofrecimientos ó promesas por ejecutar un acto relativo al ejercicio de su cargo, que constituya delito, será castigado con las penas de presidio correccional en su grado mínimo al medio y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido por la dádiva ó promesa, si lo hubiere ejecutado. (Art. 314 del Cód. pen. de 1850.—Arts. 177 y 178, Cód. Fran.—Arts. del 200 al 205, Cód. Napolit.—Arts. del 130 al 134, Cód. Brasil.)

El particular que comete un delito mediante precio, recompensa ó promesa, no incurre en más responsabilidad criminal que la inherente al

propio delito, agravada, empero, con la circunstancia general de agravación 3.^a del art. 10, la que, á no hallarse compensada por alguna circunstancia atenuante, exigirá á lo sumo la imposición al culpable de la pena del delito en *el grado máximo*, sin que pueda traspasarse nunca ese grado, cualquiera que sea el número de las circunstancias agravantes que, además de la dicha, concurrieren en la perpetración del delito. En la misma responsabilidad, y por lo tanto en la misma pena, incurre el funcionario público que comete un delito mediante promesa, recompensa ó dinero—cuando el acto ejecutado, constitutivo de aquél, ninguna relación guarda, ni directa ni indirecta, ni mediata ni inmediata, *con el ejercicio de los deberes de su cargo*, ya que en tal caso no obra como funcionario público, sino como simple particular.

Pero cuando el funcionario público ejecuta un acto relativo al ejercicio de su cargo, constitutivo de delito, mediante precio, recompensa ó dinero, esta última circunstancia ya no es simplemente una circunstancia general de agravación, sino que constituye por sí misma un hecho criminal independiente del delito principal cometido, al que en castellano se da el nombre de *cohecho*, y es objeto de la disposición de este artículo.

Para que exista el delito de cohecho que en él se define, son precisas cuatro circunstancias: 1.^a, que el agente, que el autor principal sea un *funcionario público*, según la definición que de éste nos da el art. 416; 2.^a, que haya *recibido* por sí ó por persona intermedia dádivas ó presentes, ó *aceptado* ofrecimientos ó promesas; 3.^a, que esa recepción de dádivas ó presentes, ó aceptación de ofrecimientos ó promesas, haya tenido lugar *para ejecutar un delito*; 4.^a, que el acto constitutivo del delito sea *relativo al ejercicio del cargo* que desempeña el funcionario público. Un Juez, por ejemplo, recibe un presente ó dádiva para dictar una sentencia injusta: ahí tenemos el delito de *cohecho* definido en este artículo. Téngase presente que para que exista este delito no es necesario que el que se propuso ejecutar el funcionario, mediante la dádiva recibida ó la promesa aceptada, se haya realizado. En el caso propuesto, por lo tanto, bastará la aceptación del dinero ó del ofrecimiento *con objeto* de dictar la sentencia injusta. Si ésta ha llegado á dictarse, además del delito de *cohecho*, será responsable el Juez del de *prevaricación*. Esto es lo que se deduce de la última parte del artículo, que previene que la pena del cohecho debe entenderse *sin perjuicio* de la correspondiente al delito cometido por la dádiva ó promesa, si lo hubiese ejecutado el culpable.

Para la aplicación de la pena de *presidio correccional en su grado mínimo y medio*, véase el *Cuadro sinóptico* núm. 53; en cuanto á la *multa del tanto al triplo* de la dádiva, téngase presente que no podrá bajar en ningún caso de 125 pesetas, por la razón que expusimos en el comentario del art. 386. (Véase además el art. 400.)

CUESTION I. *El Secretario de un Ayuntamiento que ejecuta un acto relativo al ejercicio de su cargo, constitutivo de delito, mediante precio, recompensa ó dinero, ¿será responsable del delito de cohecho, previsto y penado en este artículo?*—La Jurisprudencia francesa ha resuelto la afirmativa, como puede verse en varias Sentencias de la *Cour de casación*: «Considerando que los Ayuntamientos, ora por la naturaleza y objeto de su instituto, ora por sus relaciones con la Administración general del Reino, son y no pueden menos de ser Corporaciones públicas; que los Secretarios de los mismos son sus principales agentes ó empleados; de lo que se infiere que un Secretario de Ayuntamiento que ha recibido dádivas ó aceptado ofrecimientos ó promesas para ejecutar un acto relativo á sus funciones no sujeto á honorarios, sea ó no constitutivo de delito, incurre en la penalidad del art. 177 del Código penal (396, 397 y 398 del Código español), etc.» (Sentencias de 10 de Octubre de 1828. Dall. an. 1828, I, 432, y de 7 de Febrero de 1852, *Bull. criminel*, p. 115.)

CUESTION II. *El Secretario de un Juzgado municipal que después de haber puesto en el correo un pliego cerrado conteniendo unas diligencias criminales, instruidas por un delito de lesiones graves, que habian de remitirse al Juez de primera instancia, á excitación de un tercero de quien recibió cierta cantidad, reclama dicho pliego al Administrador de correos, á quien dijo que las diligencias en él contenidas iban á reducirse á un juicio de faltas, lo cual obtuvo de dicho Administrador, ¿será responsable del delito de cohecho previsto en el art. 401, consistente en haber admitido regalos que le fueron presentados en consideración á su oficio, ó del delito de igual nombre, pero más grave, comprendido en el art. 396, consistente en haber recibido dádiva por ejecutar un acto relativo al ejercicio de su cargo que constituye delito?*—La Audiencia de Oviedo estimó lo primero y condenó al Secretario á la simple pena de diez y ocho meses de suspensión y reprobación, y en esta última pena al sobornante. Mas interpuesto contra dicha sentencia recurso de casación por el Ministerio Fiscal, que sostuvo que el hecho debió comprenderse en la sanción más grave del art. 396, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar á él*: «Considerando que los hechos declarados probados constituyen un verdadero cohecho, comprendido en el art. 396, porque el Secretario D. Lorenzo García, al sacar el pliego del correo con objeto de alterar sus actuaciones y reducirlas á un juicio de faltas, recibiendo después 256 reales por cuenta de los interesados en la alteración de aquéllas, perpetró dicho delito: Considerando que no es aplicable al presente el art. 401 del Código penal, que castiga al funcionario público que admite regalos que le fueron presentados en consideración á su oficio, pues en éste el propósito era cometer un delito, y por lo tanto, se ha infringido el mismo por aplicación indebida, y el 396 por no haber sido aplicado: Considerando que, bajo estos principios, el proce-

sadó José Antonio Núñez se halla comprendido en el art. 402 del Código penal, y con arreglo al 396 debe ser castigado, etc.» (Sentencia de 7 de Mayo de 1881, inserta en la *Gaceta* de 4 de Agosto.)

Art. 397. El funcionario público que recibiere por sí ó por persona intermedia dádiva ó presente, ó aceptare ofrecimiento ó promesa por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo, que no constituya delito, y que lo ejecutare, incurrirá en la pena de presidio correccional en su grado mínimo y medio y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva: si el acto injusto no llegare á ejecutarse, se impondrán las penas de arresto mayor en su grado máximo á presidio correccional en su grado mínimo y multa del tanto al duplo del valor de la dádiva. (Art. 314 del Cód. pen. de 1850.— Véanse, además, las concordancias del artículo anterior.)

En este otro delito de *cohecho* que prevé este artículo entran los mismos elementos que en el definido en el artículo anterior, con la sola excepción que el acto que se propone ejecutar el funcionario, mediante la dádiva ó precio recibidos, ó la promesa ú ofrecimiento aceptados, si bien injusto, no ha de constituir delito. Hay aquí un grado menor de criminalidad que en el caso del artículo anterior, puesto que si bien sigue el funcionario haciendo vil tráfico de su conciencia, no puede equipararse una simple injusticia á un real y verdadero delito; por eso, aunque igual la pena pecuniaria (multa del tanto al triplo de la dádiva), se ha rebajado algo la pena personal: es ésta el *presidio correccional en sus grados mínimo y medio* (para cuya aplicación puede verse el *Cuadro sinóptico* número 53) si el acto injusto se ha ejecutado, y el *arresto mayor en su grado máximo á presidio correccional en su grado mínimo* (véase el *Cuadro sinóptico* núm. 9) si no ha llegado á ejecutarse, en cuyo caso habrá de limitarse también la multa al tanto al duplo del valor de la dádiva. (Véase además el art. 400.)

Art. 398. Cuando la dádiva recibida ó prometida tuviere por objeto abstenerse el funcionario público de un acto que debiera practicar en el ejercicio de los deberes de su cargo, las penas serán las de arresto mayor en su grado medio al máximo y multa del tanto al triplo del valor de aquélla. (Artículo 314 del Cód. pen. de 1850.—Véanse las demás concordancias del art. 396.)

El cohecho de que en este artículo se trata no consiste ya en recibir dádiva ó aceptar promesas para ejecutar un delito, ni siquiera para cometer una simple injusticia, sino para *abstenerse* el funcionario público de un acto que debiera practicar cumpliendo con el deber que le impone su cargo. Ejemplo de esta clase de cohecho: el guardia municipal que se abstiene por dádiva ó promesa de exigir la multa en que ha incurrido un infractor de las ordenanzas municipales ó de un bando de buen gobierno, etc. Téngase, empero, presente que si la *abstención* por sí misma fuese constitutiva de delito, no debería penarse el cohecho con arreglo á este artículo, sino con sujeción al 396. Tal acontecería, por ejemplo, si el funcionario público, faltando á la obligación de su cargo, dejase, por dádiva recibida ó prometida, de promover la persecución y castigo de un delito. Tal *abstención* es constitutiva del delito de *prevaricación*, definido y penado en el art. 370, y, por tanto, no puede comprenderse en la disposición de este artículo, sino en la del 396 citado.

Para la aplicación de la pena personal de *arresto mayor en su grado medio al máximo*, señalada á esta clase de cohecho, véase el núm. 6 de los *Cuadros sinópticos*. (Véase además el art. 400.)

QUESTION I. *El funcionario público que recibe dádivas ó presentes ó acepta ofrecimientos ó promesas por abstenerse de un acto que no tiene derecho de ejercer, por hallarse fuera del distrito donde desempeña sus funciones, ¿será responsable del delito de cohecho definido en este artículo, ó del de estafa, previsto en el 548, núm. 1.º de este Código?*—La Sala de lo criminal del Tribunal Supremo francés había primeramente apreciado que existía en este caso el delito de *cohecho*. (Sentencia de 19 de Agosto de 1826, Sala de lo criminal. Dall. anuario de 1827, t. I, página 6.) Mas habiendo una Sala de lo criminal de Audiencia, con intervención del Jurado, adoptado una opinión contraria á la anteriormente expuesta, hubo de entender del caso el Tribunal Supremo *en pleno*, el que modificó la jurisprudencia que había establecido la Sala de lo criminal del mismo. Véase el principal fundamento de dicha Sentencia: «Vistos los arts. 177 y 405 del Código penal (398 y 548 del Código español): Considerando que de la declaración hecha por el Jurado resulta que Rose ha abusado conscientemente de su calidad de guarda rural para exigir á Chavalet una cantidad de dinero, prometiéndole que se abstendría de instruir unas primeras diligencias que no tenía derecho de instruir por hallarse fuera del término de su jurisdicción, cual acto, por lo tanto, *no era relativo al ejercicio de los deberes de su cargo*, y que al aplicar al culpable la pena del art. 405 (548 del Código penal español) no ha infringido el Tribunal sentenciador el art. 177 del precitado Código (art. 398 del nuestro). (Sentencia de 31 de Marzo de 1827, Tribunal pleno. Sirey 27, tomo I, pág. 397.)

CUESTION II. *El sobreguarda de montes que habiendo reconocido de orden superior los montes de los Propios de un pueblo, como del reconocimiento resultara una corta y extracción excesiva de pinos abusivamente autorizada por el Ayuntamiento, da parte de ello al Ingeniero Jefe de la Provincia, recibiendo 60 reales del Alcalde é individuos de dicha Corporación municipal, que abonaron también otros 20 reales, importe de su pupilaje, por vía de obsequio y regalo, para que disimulase cualquiera falta leve que hubiese hallado en el indicado monte, ¿deberá ser calificado de autor del delito de cohecho, previsto y penado en el art. 398 del Código, ó del comprendido en la sanción más benigna del art. 401, que castiga al funcionario que admitiere regalos que le fueren presentados en consideración á su oficio?*—La Audiencia de Burgos estimó lo primero. Mas interpuesto recurso de casación contra dicha sentencia por la defensa de los reos, citando como infringido el art. 398 del Código, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él, fundándose en que, á tenor de lo dispuesto en el art. 398 del Código penal vigente, se comete el delito previsto y penado en el mismo cuando la dádiva recibida ó prometida tuviese por objeto abstenerse el funcionario público *de un acto que debiera practicar* en el ejercicio de los deberes de su cargo; y que, con arreglo al art. 401, el funcionario debe ser castigado con la pena en él establecida cuando admitiere regalos que le fueren presentados en consideración á su oficio; que no cabe estimar que el hecho de autos se halle comprendido en el referido art. 398, según se le calificó en la sentencia reclamada, puesto que terminado de todo punto el cometido del sobreguarda, *sin quedarle ya acto alguno que practicar en su desempeño*, cuando admitió el regalo de las antedichas cantidades, es claro que no podía tener lugar entonces la *abstención* á que se refiere aquel artículo, y que es precisamente la base y fundamento de su sanción penal; y que los regalos de que se trata fueron presentados por el Ayuntamiento del mencionado pueblo al repetido sobreguarda de montes *en consideración á su oficio*, constituyendo evidentemente su admisión por parte de dicho funcionario el delito previsto y penado en el art. 401 del propio Código. (Sentencia de 23 de Diciembre de 1876, publicada en la *Gaceta* de 1.º de Abril de 1877.)

CUESTION III. *Para la existencia del delito de cohecho, ¿será preciso que la dádiva sea ofrecida voluntariamente por el particular, ó, en caso de solicitarla el funcionario, que acceda aquél también voluntariamente á entregarla, ó constituirá también dicho delito la dádiva exigida por el funcionario para abstenerse de un acto que debiera practicar cumpliendo con los deberes de su cargo, y entregada por el particular por temor de las consecuencias del cumplimiento de su deber por parte del funcionario?*—El Tribunal Supremo ha declarado que también en este último caso existe el delito de cohecho. Mediante confidencia que tuvo

Bernardo Sagues, guardia municipal de Barcelona, de que en la habitación de Manuel Fuster existía tabaco de contrabando, se presentó en ella con objeto de practicar un registro, acompañado del Inspector de orden público y tres individuos más, y encontraron al Fuster dos ó tres libras de picadura, con la que estaba haciendo cigarrillos; y practicado el registro, el guardia Sagues llamó aparte al dueño de la casa, el citado Fuster, y le exigió 200 duros, diciéndole que si no lo llevarían preso; y entonces éste, por temor de que lo hicieran así, les entregó 125 duros, que se repartieron dicho guardia é Inspector y demás individuos del Cuerpo allí presentes. Seguida la causa por todos sus trámites, la Sala de lo criminal de la Audiencia de Barcelona calificó los hechos expuestos como delito de cohecho, previsto y penado en el art. 398 del Código penal, y condenó á los procesados á las penas señaladas en el mismo; y á pesar del recurso interpuesto por la defensa de uno de los reos, citando como infringido el art. 398, porque para que exista el delito de cohecho es preciso que la dádiva sea ofrecida voluntariamente por el particular, ó, si la solicita el funcionario, que acceda aquél también voluntariamente á entregarla, lo que no ocurrió en el caso de autos, que debió calificarse de delito de amenazas, comprendido en el art. 508 del Código, el Tribunal Supremo declaró *no haber lugar* al expresado recurso, fundándose en que el delito de amenazas consiste en inferir á otro la de causarle en su persona, familia, honra ó propiedad un mal que constituya delito, hecho de caracteres distintos, de naturaleza diferente al penado por la Sala, la que, por lo tanto, al condenar á los procesados como autores de un delito de *cohecho*, no infringió el art. 398 del mencionado Código. (Sentencia de 3 de Noviembre de 1879, publicada en la *Gaceta* de 25 de Enero de 1880.)

Art. 399. Lo dispuesto en los artículos precedentes tendrá aplicación á los jurados, árbitros, arbitradores, peritos, hombres buenos ó cualesquiera personas que desempeñaren un servicio público. (Art. 314, párrafo último del Código de 1850.—Véanse las demás concordancias del art. 396.)

Los jurados dan su veredicto; los árbitros y arbitradores sus decisiones ó laudos; los peritos preparan las decisiones judiciales con la opinión ó dictamen que consignan en sus informes; los hombres buenos intervienen, á falta de Escribano, en las actuaciones sumariales del juicio criminal, y como avenidores en los actos de conciliación; todos desempeñan un servicio público de gran importancia y transcendencia; nada más justo, por tanto, que se les equipare en un todo á los funcionarios públicos cuando trafican con su conciencia ó hacen traición á la sociedad ó á los particulares que en ellos depositan su confianza.