

Art. 400. Las personas responsables criminalmente de los delitos comprendidos en los artículos anteriores incurrirán, además de las penas en ellos impuestas, en la de inhabilitación especial temporal.

La eficacia y analogía de la pena de *inhabilitación especial temporal*, aplicable á todos los funcionarios públicos culpables de cohecho y á las demás personas enumeradas en el artículo anterior, se justifican por sí solas. Entiéndase que esa pena es un *complemento* de las respectivamente señaladas en los arts. del 396 al 399.

Art. 401. El funcionario público que admitiere regalos que le fueren presentados en consideración á su oficio, será castigado con la suspensión en sus grados mínimo y medio y reprensión pública. (Art. 314 del Cód. pen. de 1850.—V. las demás concordancias del art. 396.)

Aunque la más estricta imparcialidad y justicia presida á los actos que ejecuta el funcionario público en el ejercicio de su cargo, no le es dable aceptar siquiera los regalos que le fueren presentados como demostración de gratitud por los particulares, quizás beneficiados con su noble é imparcial proceder. Bástale al funcionario público el sueldo con que el Estado, la Provincia ó el Municipio remuneran sus servicios; y como recompensa de su justificación y celo, han de bastarle el testimonio de su conciencia y el aprecio de sus conciudadanos en general y de sus superiores en particular. Toda dádiva, pues, regalo ó presente que admita en recompensa de sus actos, por más justificados que éstos sean, constituye una remuneración *ilegal*, cuya aceptación castiga debidamente este artículo con las penas de *suspensión en sus grados mínimo y medio* y *reprensión pública*. Para la aplicación de la primera, véase el *Cuadro sinóptico* núm 69, y para la segunda, consúltese el comentario del art. 117.

CUESTION I. *Si hallándose pendiente del dictamen de una Comisión provincial un expediente sobre aprovechamiento de aguas, dos Diputados de los cinco que formaban dicha Comisión fueron buscados con recomendaciones por un interesado en dicho expediente, quien les presentó una carta en que se ofrecía recompensar á todas las personas que contribuyeran al buen éxito del asunto, motivo por el cual hicieron aquéllos al interesado varias exigencias de dinero para despacharlo favorablemente, las que satisfizo en parte, hasta que, no pudiendo resistirlas, participó lo ocurrido á otro Diputado, acordando la Comisión someter el hecho á los Tribunales, instruyéndose la oportuna causa, en la que, además de los hechos expuestos, se acreditó que la resolución recaída en el expresado expediente fué la que procedía*

en justicia, y constituirán los mencionados hechos el delito de estafa, comprendido en el art. 548, núm. 1.º del Código, ó el de cohecho, previsto y penado en el 401 del mismo.—La Audiencia de Barcelona los calificó de delito de estafa y condenó á los procesados en cuatro meses y un día de arresto mayor á cada uno, accesoria, á la inhabilitación especial para el cargo de Diputado provincial por tiempo de doce años, á la restitución de 1.775 pesetas por mitad al perjudicado y en las costas. Mas el Tribunal Supremo, al *casar* dicha sentencia en virtud del recurso de casación interpuesto por la defensa de los reos, declaró que el expresado hecho constituye el delito de *cohecho*, comprendido en el art. 401, fundándose en que los recurrentes no se hallaban comprendidos en ninguno de los casos enumerados en el artículo referido (el 548, núm. 1.º), porque para cometer el delito objeto de las actuaciones, ni usaron de nombre fingido ni se atribuyeron más poder, influencia ó cualidades que las que les correspondían como Diputados provinciales individuos de la Comisión permanente, ni aparentaron otro crédito, comisión ó empresa ni se valieron de cualquier otro *engaño semejante* al ofrecer la resolución favorable del expediente por sus votos, que unidos al dictamen del Negociado que aceptaba el Diputado ponente, hubieran constituido mayoría contraria á las pretensiones del acusador, siendo cinco los que constituían la Comisión permanente; y además, habiendo sido buscados los recurrentes por el interesado con recomendaciones, presentando la carta que ofrecía recompensar para el buen éxito á todas las personas que hubieran contribuido á él, motivo que el mismo presentó como causa de las exigencias de dinero que no contrarió como debía, sino que satisfizo en parte, siendo sólo su disgusto y disidencia sobre la mayor ó menor cantidad, que hubiera fácilmente evitado entregar obrando como después procedió, es indudable que faltaban los requisitos esenciales de la estafa, *pues no hubo engaño para el interesado*, ni aun presentó en tal sentido la acusación, habiendo infringido la Sala de la Audiencia el artículo que invocó para fundar su sentencia; que el delito presentaba los caracteres del *cohecho*, comprendidos en el cap. IX, tít. VII, lib. II del Código, que castiga á los funcionarios que recibieren por sí ó por persona intermedia dádiva ó presente, ó aceptaren ofrecimientos ó promesas por ejecutar un acto relativo al ejercicio de su cargo, y consignándose en la sentencia que la resolución del expediente era la que procedía, entre los diversos casos que abraza la penalidad, era aplicable el art. 401, que castiga con la suspensión en sus grados mínimo y medio y reprensión pública al funcionario que admitiere regalos que le fueren presentados en consideración á su oficio, siendo las exigencias que se reseñan accidentes que hacen más repugnante el delito, sin variar su esencialidad. (Sentencia de 6 de Noviembre de 1878, publicada en la *Gaceta* de 18 de Enero de 1879.)

CUESTION II. *El que con pretensión de que se le dé un destino, escribe á un empleado de un Ministerio incluyéndole cierta cantidad en billetes de Banco, suplicándole la acepte y disponga de ella para suavizar alguna que otra aspereza en la realización del asunto, y ofreciéndole que cuando se encuentre en posesión del destino le triplicará la cantidad, para acreditar su eterna gratitud, ¿será responsable de una simple proposición de cohecho, no penable por no serlo ésta especialmente, ó de una verdadera tentativa del propio delito comprendido en los arts. 401 y 402 del Código penal?*—El Tribunal Supremo ha resuelto esto último: «Considerando que al calificar y penar en el caso presente la Sala sentenciadora los hechos que declara probados como constitutivos del delito de *tentativa* de cohecho, comprendido en los arts. 401 y 402 del Código penal, lo ha verificado con acierto conforme á las prescripciones legales en que se funda; pues el haber remitido el procesado 2.000 reales á D. Martín Hernández en una carta, expresándole que lo hacía para que suavizara alguna que otra aspereza que hubiese para su colocación, no puede calificarse en otro concepto, porque mediando dádivas y ofrecimientos, se trató de corromper á un funcionario público, etc.» (Sentencia de 7 de Marzo de 1882, inserta en la *Gaceta* de 17 de Julio.)

Véase, además, la *Cuestión II* del art. 396.

Art. 402. Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos ó promesas corrompieren á los funcionarios públicos, serán castigados con las mismas penas que los empleados sobornados, menos la de inhabilitación. (Art. 316, párrafo primero del Cód. pen. de 1850.—Art. 179, Cód. Fran.—Arts. 89, 90 y 91, Cód. Austr.—Art. 203, Cód. Napolit.—Art. 132, Cód. Brasil.)

El *sobornante* no puede menos de ser considerado como *coautor* del delito de *cohecho*, según los principios generales del art. 13 de este Código, puesto que con las dádivas, presentes, ofrecimientos ó promesas *induce directamente* al funcionario público á cometer dicho delito. Para que no quepa duda alguna sobre este particular, ha creído el legislador conveniente consignarlo de un modo expreso y terminante en este artículo, señalando para el sobornante las mismas penas establecidas para los funcionarios públicos sobornados, á excepción, empero, de la de inhabilitación, que se ha considerado sin duda poco eficaz y análoga tratándose de simples particulares. El Código de 1850 consideraba al sobornante como cómplice; como se ve, el de 1870 ha sido más consecuente y lógico al calificarle de *autor* en su participación en el delito.

CUESTION. *El particular que, aun sin prometer ni entregar dádiva alguna propiamente al funcionario público para que falte á su deber, consigue, no obstante, que falte á él agasajándole con un almuerzo, café y otras diversiones y pasatiempos, cuyo total gasto abona él mismo exclusivamente con su dinero, ¿será responsable, al igual que el funcionario público, del delito de cohecho, previsto y penado en el art. 402 del Código?*—El Tribunal Supremo ha resuelto la afirmativa: «Considerando que resultando justificado que el Celador de la cárcel recibió los obsequios indicados que le hizo el preso Videgaray, absteniéndose de conducirlo inmediatamente al Hospital, como debió verificarlo en cumplimiento del encargo que se le había dado, es indudable que este último se halla comprendido en las prescripciones de los arts. 398 y 402 del Código penal, y, por consiguiente, al apreciarlo en este sentido la Sala, no ha cometido la infracción de dichos artículos, etc.» (Sentencia de 7 de Abril de 1881, publicada en la *Gaceta* de 29 de Julio.)

Art. 403. Cuando el soborno mediere en causa criminal en favor del reo, por parte de su cónyuge ó de algún ascendiente, descendiente, hermano ó afín en los mismos grados, sólo se impondrá al sobornante una multa equivalente al valor de la dádiva ó promesa. (Art. 316, segundo párrafo del Cód. pen. de 1850.—Véanse las demás concordancias del artículo anterior.)

La Ley no ha podido menos de tener en cuenta que los vínculos de la sangre ó las relaciones de afecto que unen á las familias pueden disminuir, ó cuando menos disculpar algún tanto el delito de soborno, cuando se comete para libertar á un ser querido de las funestas consecuencias de un procedimiento criminal. La excepción, pues, establecida en este artículo á favor del cónyuge, ascendientes ó descendientes y hermanos ó afines en los mismos grados se justifica por sí sola, pues que se inspira en el más puro y legítimo sentimiento de humanidad.

Art. 404. En todo caso las dádivas ó presentes serán decomisados. (Art. 317 del Cód. pen. de 1850.—Art. 180, Cód. Fran.—Art. 901, Cód. Austr.)

Hemos de decir de este artículo lo que dijimos del 360, esto es, que su disposición es por demás innecesaria y ociosa; porque siendo las dádivas ó presentes *efectos* provenientes del delito de cohecho ó de soborno, habrían de ser siempre decomisados, aunque no lo dispusiera el artículo,

con arreglo á la prescripción general absoluta del 63 de este mismo Código.

Entiéndase, empero, que las dádivas de que aquí se trata son las entregadas ya, mas no las prometidas; porque no cabe entablar acción para reclamar estas últimas, ya que habría aquélla de tomar su origen de una causa torpe (*ex turpi causa*).

CAPÍTULO X

Malversación de caudales públicos.

Art. 405. El funcionario público que por razón de sus funciones, teniendo á su cargo caudales ó efectos públicos, los sustrajere ó consintiere que otros los sustraigan será castigado:

1.º Con la pena de arresto mayor en su grado máximo á presidio correccional en su grado mínimo si la sustracción no excediere de 50 pesetas.

2.º Con la de presidio correccional en sus grados medio y máximo si excediere de 50 y no pasare de 2.500.

3.º Con la de presidio mayor si excediere de 2.500 y no pasare de 50.000 pesetas.

4.º Con la de cadena temporal si excediere de 50.000.

En todos los casos, con la de inhabilitación temporal especial en su grado máximo á inhabilitación perpetua absoluta. (Art. 318 del Cód. pen. de 1850.—Arts. 169 al 172 del Cód. Fran.—Arts. 161 y 162, Cód. Austr.—Arts. 216 y 218, Cód. Napolit.—Art. 170, Cód. Brasil.)

Los delitos de *malversación de caudales públicos*, que son objeto de este capítulo, revisten, á no dudarlo, una gravedad y transcendencia suma, no sólo por los altos y respetables intereses que lastiman, sino que también, y muy particularmente, por el indigno abuso que hace el funcionario público de la confianza en él depositada.

Cuatro circunstancias son indispensables para que exista el delito previsto en este artículo: 1.ª Que el agente principal del hecho sea un *funcionario público*, según la definición que de éste nos da el art. 416. 2.ª Que tenga á su cargo, por razón de sus funciones, caudales ó efectos públicos. 3.ª Que los sustraiga ó consienta que otros los sustraigan. Aun en

este último caso castiga la Ley al funcionario como *autor* del delito, suponiendo que sin su aquiescencia no se hubiera, sin duda, cometido.

En cuanto á las penas del hecho, las ha graduado el legislador en proporción de la cantidad sustraída: *arresto mayor en su grado máximo á prisión correccional en su grado mínimo* si la sustracción no excede de 50 pesetas. (Véase, para su aplicación, el núm. 9 de los *Cuadros sinópticos*.) El *presidio correccional en su grado medio y máximo* cuando excede de 50 y no pasa de 2.500. (Véase el *Cuadro* núm. 55.) El *presidio mayor* si excede de 2.500 pesetas y no pasa de 50.000, y, finalmente, la *cadena temporal* cuando excede de 50.000 pesetas.

En cuanto á la pena de *inhabilitación temporal especial en su grado máximo á inhabilitación perpetua absoluta*, aplicable también en todos los casos del artículo, véase el *Cuadro sinóptico* núm. 32.

CUESTION I. *El particular que tiene participación ó intervención como coautor, cómplice ó encubridor en un delito de malversación de caudales públicos, cometido por un funcionario público, ¿deberá ser castigado también con las penas de este artículo?*—En contra de la opinión sostenida por algunos jurisperitos y comentaristas (entre otros el respetabilísimo Sr. Pacheco), no podemos menos de resolver la cuestión en sentido afirmativo, por las mismas razones (*mutatis mutandis*) que expusimos ya en la *Cuestión I* del comentario del art. 314. La Jurisprudencia francesa ha resuelto también la cuestión en el mismo sentido, fundándose en que el particular culpable del delito *ayuda necesariamente* al otro culpable *en los hechos que consuman la acción*. (Sentencia de 15 de Junio de 1860, publicada en el *Boletín criminal*, pág. 238.)

CUESTION II. *El Notario que sustrae el precio de una venta que él mismo autorizó, cual precio dejó en su poder el comprador, ¿será responsable del delito de malversación, previsto y penado en este artículo?*—La Jurisprudencia francesa ha resuelto la negativa (*Arrêt* de 15 de Abril de 1813. Sir. 17, I, 24): «Considerando que no se puede ser depositario público sino en virtud de la Ley y para los objetos que la misma determina; que no estando encargados por ella los Notarios más que del depósito de las matrices de escrituras que autorizan y de ninguna manera del de las cantidades que los particulares les entregan, es evidente que tocante á éstas no pueden ser considerados como depositarios públicos, ni incurrir, consiguientemente, en las penas establecidas por los diversos artículos del Código relativos á los delitos cometidos por los depositarios públicos; que no cabe tampoco reputarlos depositarios públicos, aun cuando recibieran el depósito en virtud de una cláusula del contrato que hubiesen autorizado como Notarios, puesto que no serían tales depositarios sino por la sola voluntad de las partes, y de ningún modo en virtud de una delegación de la Ley, y que, por tanto, al no aplicar al Notario