

recho al apreciar la expresada circunstancia agravante.» (Sentencia de 10 de Octubre de 1884, publicada en la *Gaceta* de 11 de Marzo de 1885.)

CUESTION XXI. *La circunstancia de ser del ofendido el arma con que se ejecutó su muerte, ¿empecerá á la apreciación de la circunstancia agravante de abuso de superioridad, determinada por la agresión simultánea de dos contra uno, si no resulta que aquél hubiera tenido tiempo para defenderse con dicha arma?*—El Tribunal Supremo ha resuelto la negativa: «Considerando que la circunstancia agravante de abuso de superioridad estimada por la Audiencia de Sigüenza se encuentra perfectamente determinada por la agresión simultánea de los dos hermanos contra Galo Sánchez, que según se consigna en la sentencia se hallaba impedido de la mano y pierna izquierda, no siendo suficiente para desvirtuar esta agravante la circunstancia de que fuera del agredido la escopeta con que se consumó su muerte, puesto que no se dice que hubiera tenido tiempo para ponerse en defensa con ella.» (Sentencia de 9 de Febrero de 1885, publicada en las *Gacetas* de 22 y 24 de Septiembre, págs. 96 y 97.)

CUESTION XXII. *Cuando un grupo de treinta ó cuarenta jóvenes acomete á tiros y pedradas á otro grupo compuesto de varios mozos, cuyo número no se precisa, pero que se dice ser muy inferior al de los agresores, produciéndose por éstos varios disparos de arma de fuego y el lesionamiento de un sujeto de los del grupo ó bando opuesto, ¿deberá apreciarse en este hecho la circunstancia agravante de abuso de superioridad?*—Así lo estimó la Sala de lo criminal de la Audiencia de Oviedo. Mas interpuesto contra su sentencia recurso de casación por la defensa de los procesados, por infracción, entre otros, del art. 10, núm. 9.^o del Código, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él: «Considerando que aunque el grupo de los mozos del pueblo de Noreña fuera mayor que el de los de Siero, no habiendo llegado á una lucha personal entre ellos, en que el número, que se ignora cuál fuera ciertamente el de ambos grupos, pudiera dar verdadera superioridad á los de un bando sobre el otro, no existe el abuso á que se refiere el art. 10 del Código penal, en su núm. 9.^o, con tanta más razón cuanto que entablada la reyerta entre ellos á distancia, y no señalándose hecho alguno por el que se conozca ó deduzca con certeza que un grupo dominó al otro, prevaleándose ya de la fuerza, ya del número, no puede sostenerse en buenos principios que hubo abuso de superioridad, y al estimar la Sala sentenciadora que concurre la circunstancia agravante prevista en aquel número y artículo para aplicar la penalidad señalada al delito en consecuencia, incurre en error de derecho, infringiendo el mismo núm. 1.^o del art. 82 del Código penal, caso de casación previsto en el núm. 5.^o del art. 849 de la ley de Enjuiciamiento criminal.» (Sentencia de 19 de Febrero de 1886, publicada en la *Gaceta* de 30 de Mayo, pág. 257.)

CUESTION XXIII. *¿Cabe apreciar la circunstancia agravante de abuso de superioridad derivada del mayor número de los ofensores con relación al de los ofendidos, tratándose de un delito contra los derechos individuales, como el de violación del domicilio, previsto y penado en el art. 215 del Código?*—Así lo estimó la Audiencia de lo criminal de Llerena, cuya sentencia casó el Tribunal Supremo por indebida aplicación del art. 10, número 9.^o del Código: «Considerando que si por lo tocante á la calificación jurídica del hecho procesal la Audiencia sentenciadora no ha cometido el error ni la infracción legal que se le atribuye, ha incurrido en los á este otro respecto señalados, al estimar la concurrencia de la circunstancia agravante, consistente en el abuso de superioridad con que, por ser dos y armados, procedieron los delincuentes; porque, aparte de que esto último era en cierto modo propio del acto que pretendían ejecutar, ese motivo de agravación, aplicable en general á los delitos integrados por fuerza dirigida contra las personas, no se acomoda á la naturaleza é índole especial del concretamente castigado en concepto de contrario al respeto del domicilio, y menos separándose de él, como lo ha sido en la sentencia, cuanto á daños materiales y personales se le unió para remitirse á otra jurisdicción.» (Sentencia de 10 de Mayo de 1886, publicada en la *Gaceta* de 16 de Agosto, pág. 81.)

CUESTION XXIV. *El que con una pistola hiere á una mujer inermes que de rodillas y con los brazos en cruz le suplica cese en perseguir á un hijo suyo, ¿será responsable de este delito de disparo de arma de fuego y lesiones, con la circunstancia agravante de abuso de superioridad?*—El Tribunal Supremo ha resuelto la afirmativa: «Considerando, en cuanto al tercer fundamento, que la actitud suplicante de Mercedes Portero con los brazos en cruz ante la insistente agresión de Joaquín Berbel, armado de palo y pistola, hace resaltar claramente el abuso de superioridad del culpable al cometer el referido delito, por lo cual ha debido apreciarse en el fallo recurrido la indicada circunstancia agravante, etc.» (Sentencia de 23 de Diciembre de 1886, publicada en la *Gaceta* de 1.^o de Marzo de 1887, páginas 120 y 121.)

CUESTION XXV. *Cuando dos acometen á uno y entre agresores y agredido no existe desproporción de fuerzas físicas y además realizan aquéllos el acometimiento con armas, no teniendo el ofendido más que una pequeña vara para defenderse, ¿deberá apreciarse en el hecho la circunstancia agravante de abuso de superioridad?*—El Tribunal Supremo ha resuelto la afirmativa: «Considerando que ha sido igualmente bien apreciada la circunstancia 9.^a del art. 10, porque la agresión de dos contra uno, entre los que no consta que existan diferencias de facultades físicas, constituye un abuso de superioridad, tanto mayor si los primeros realizan el acometimiento con armas, y el agredido sólo puede defenderse en

su huida con una pequeña vara, según se consigna en la sentencia recurrida.» (Sentencia de 23 de Febrero de 1887, publicada en la *Gaceta* de 17 de Julio, pág. 13.)

ART. 10... 10.^a Obrar con abuso de confianza. (Art. 10, 9.^a, Cód. de 1850.—Art. 16, 10.^a, Cód. Brasil.)

Para que exista esta circunstancia de agravación es preciso que se tenga cierta confianza en una persona, y que ésta falte á ella, abusando de cualquier modo que constituya delito. Así, si resulta justificado, por ejemplo, que el que cometió un robo en una casa estaba hospedado en ella como *amigo*, es indudable que concurre en el hecho esta circunstancia agravante de abuso de confianza. Téngase presente que no debe apreciarse esta circunstancia cuando es inherente al propio delito, de tal modo que sin su concurrencia no pudiera éste cometerse.

CUESTION I. *Un criado vende, por encargo de su amo, la paja de un corral, y le da cuenta de 270 arrobas, manifestando que es la cantidad vendida; pero resulta luego que fueron 720 las arrobas que vendió, y que se apropió el importe de las 450 restantes de que no dió cuenta, que ascendía á 455 reales: ¿concurre en este delito de estafa la circunstancia agravante de abuso de confianza?*—Así lo entendió la Sala de lo criminal de la Audiencia de Valencia. Mas el Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de Diciembre de 1871, publicada en la *Gaceta* de 6 de Febrero de 1872, declaró que no podía apreciarse tal circunstancia de agravación, porque en este caso el abuso de confianza es tan *inherente* al delito, que por ello constituye la estafa.

CUESTION II. *¿Cabe apreciar esta circunstancia agravante de abuso de confianza en el delito de hurto?*—Si el abuso de confianza no es de tal magnitud que pueda calificarse de *grave*, no hay duda de que deberá estimarse como agravante genérica; pero si el abuso es *grave*, como quiera que ya constituye el delito *especialmente* penado en el caso 2.^o del artículo 533 del Código, ya no podrá apreciarse al efecto de aumentar la pena, según lo dispuesto en el párrafo primero del art. 79.

CUESTION III. *En el delito de lesiones cometido por un criado en la persona de su amo, á quien acompañaba á ver unas labores, ¿deberá apreciarse la circunstancia agravante de abuso de confianza?*—No lo estimó así la Sala de lo criminal de la Audiencia de Madrid. Mas interpuesto contra la sentencia de ésta recurso de casación por la parte actora, por infracción, entre otros artículos del Código, del 10, circunstancia 10, declaró el Tribunal Supremo haber lugar á él: «Considerando, dice, que la Sala ha cometido error de derecho al no declarar concurren-

te en el hecho de autos la circunstancia agravante 10 del art. 10 del Código penal, porque Eugenio Vázquez, criado del Blasco, al lesionarle cuando le acompañaba para su seguridad, *obró con patente abuso* de confianza, que ha debido apreciarse como una circunstancia agravante del delito, infringiéndose, al no hacerlo, el artículo citado, etc.» (Sentencia de 5 de Junio de 1874, publicada en la *Gaceta* de 18 de Agosto.)

CUESTION IV. *En la muerte de un niño, llevada á cabo por su nodriza, ¿deberá apreciarse la circunstancia agravante de abuso de confianza?*—El Tribunal Supremo ha resuelto la afirmativa: «Considerando, dice, que la Sala sentenciadora ha apreciado debidamente en este proceso como agravante la circunstancia de ser la que dió muerte al niño Ildefonso del Castillo nodriza del mismo, por la confianza ilimitada que lleva semejante cargo; sin que pueda sostenerse que dicha circunstancia sea de tal manera inherente al delito que sin la concurrencia de ella no hubiera podido cometerse, porque para esto sería preciso establecer que sólo una nodriza puede atentar contra la vida de una criatura en la lactancia, lo cual no es cierto: Considerando que si se admitiera la teoría expuesta por la recurrente, vendría á resultar que en el hecho que se persigue era igual que el agente del crimen fuese la nodriza ó cualquiera otra persona, con lo cual se prescindiría para la penalidad del rasgo característico más grave de este delito, que es la circunstancia de haber dado muerte al niño la persona encargada precisamente de nutrirlo y cuidarlo, y que colocada para este fin en el lugar de la madre, tenía, respecto de aquella desventurada criatura, grandes obligaciones y deberes que llenar, etc.» (Sentencia de 3 de Septiembre de 1875, inserta en la *Gaceta* de 8 de Octubre.)

CUESTION V. *¿Es admisible la circunstancia agravante de abuso de confianza en el delito de robo con motivo ú ocasión del cual resulta homicidio?*—El Tribunal Supremo ha declarado que lo es cuando el culpable del delito servía actualmente y había servido antes á la persona robada y asesinada, siendo indiferente el nombre con que lo hiciese (de criada ó asistenta), siempre que estuviese, como lo estaba, obligada á cuidar de la persona de su amo y de lo que le pertenecía y estaba custodiado en su morada; y también cuando el culpable confiesa que obtenía gran confianza de la persona robada, y lejos de corresponder á ella, hubo de abusar criminalmente de cuanto sabía por revelación de aquélla, y muy especialmente de la que consistía en la cantidad de dinero que la misma había recibido, lo que fué probablemente el móvil más próximo del delito cometido. (Sentencia de 17 de Diciembre de 1875, publicada en la *Gaceta* de 15 de Enero de 1876.)

CUESTION VI. *En un delito también de robo con homicidio de una persona, ejecutado en la misma morada de la víctima, en la que casi diariamente era admitido el procesado, ¿deberá apreciarse la circunstancia*

agravante de abuso de confianza, aun cuando la interfecta recelara y desconfiara ya mucho antes del autor del delito?—El Tribunal Supremo ha resuelto la cuestión en sentido afirmativo: «Considerando, dice, que la Sala sentenciadora apreció que el robo, con ocasión del cual resultó el homicidio de D.^a Marcelina Gracia, lo ejecutó Lorenzo Lavia Rapun abusando de la confianza con que esperaba y consiguió penetrar en la morada de su víctima, merced á la costumbre con que casi diariamente era admitido en ella como uno de los alumnos de la Academia de música que allí se reunían: Considerando que no obsta á la existencia de este abuso de confianza el hecho también probado de que no se la mereciese á doña Marcelina Gracia ni á su hijo José Serrano, en razón al mal concepto en que era tenido y temerosos presentimientos por aquélla manifestados á dicho su hijo, pues no constando, por otra parte, que semejante mal concepto y temores fuesen conocidos de Lavia, en nada pudieron influir para que se debilitase la confianza en que estaba de que, como se realizó, la D.^a Marcelina le franquease la entrada en el lugar donde se propuso realizar el crimen, á no conculcarse la sana doctrina, según la cual las circunstancias que agraven ó atenúen la delincuencia han de estar en el ánimo y resolución del agente mismo para que puedan dañarle ó favorecerle por consecuencia de los actos exteriores de ejecución aprovechados ó preparados para realizar el delito: Considerando que en tal concepto la Sala sentenciadora, al estimar que concurrió en el delito la mencionada circunstancia agravante de abuso de confianza, no ha infringido el art. 10, circunstancia 10, ni tampoco el 79, párrafo segundo, siendo como es en extremo obvio que el abuso de confianza no es de tal manera inherente al delito complejo de robo con homicidio que sin la concurrencia de ella no pueda cometerse, antes bien, lo común y ordinario es que semejante delito se perpetre sin que medie dicha circunstancia, etc.» (Sentencia de 15 de Abril de 1876, inserta en la *Gaceta* de 4 de Agosto.)

CUESTION VII. *El sobrino que coopera á la ejecución de un delito de robo con violencia ó intimidación en las personas de sus tíos, dando entrada á los malhechores en la casa donde se hallaba en aquel momento, ¿será responsable de la circunstancia agravante de abuso de confianza?*—El Tribunal Supremo ha resuelto la afirmativa: «Considerando, dice la Sentencia á que nos referimos, que siendo el procesado Manuel Torner, según consta, sobrino de los robados, al atentar, como lo hizo, contra la propiedad de éstos, abusó de la confianza que produjera naturalmente el estrecho vínculo de parentesco que media entre ellos, y que, por lo tanto, ha sido bien apreciada en la sentencia la circunstancia agravante 10.^a del art. 10 del Código penal, etc.» (Sentencia de 10 de Enero de 1877, publicada en la *Gaceta* de 4 de Junio.)

CUESTION VIII. *Cuando en una causa de robo con homicidio*

resulta que el procesado llamó y entró en la tienda del interfecto, á quien afeitaba y enseñaba á tocar la guitarra, acompañado de un gitano, con el pretexto de pedir á aquél una guitarra, y ambos proporcionaron la entrada á otro, que se escondió debajo de la cama, y más tarde, después que aquéllos se hubieron retirado, les abrió la puerta, consumándose entonces el criminal atentado, ¿deberá apreciarse en contra de dicho procesado la circunstancia agravante de abuso de confianza?—El Tribunal Supremo ha resuelto la afirmativa: «Considerando, dice.... que atendidos los datos expuestos, de la amistad íntima del procesado con la víctima, la familiaridad y confianza con que entraba en su casa, por ser su barbero y maestro de guitarra, el haberse prevalido de esa confianza penetrando en la casa de Tobillas la noche del suceso bajo el pretexto de pedirle una guitarra.... son hechos que demuestran el *abuso de confianza* y constituyen dicha circunstancia agravante apreciada por la Sala, etc.» (Sentencia de 25 de Febrero de 1877, inserta en la *Gaceta* de 7 de Agosto.)

El propio Tribunal Supremo ha resuelto: 1.^o, que si en un delito de robo con homicidio los criminales fingieron ayudar al interfecto sirviéndole de guías para dirigirse á un pueblo á presentarse á indulto, para lo cual habían procurado ganarse de antemano su confianza, con el mal propósito de robarle y matarle, este *abuso de confianza*, sin ser de la especialidad que para otros fines exige el Código penal, es, sin embargo, bastante calificado, y sobre todo es tal como se requiere para que se entienda comprendido en la circunstancia 10.^a del artículo 10 (Sentencia de 14 de Junio de 1877, publicada en la *Gaceta* de 31 de Agosto); 2.^o, que aunque el procesado no estuviese encargado de la caja, de la que sustrajo unos títulos de renta del 3 por 100, ni gozase de la gran confianza que siempre se dispensa á un cajero, siendo como era empleado en el establecimiento, no podía menos de tener la confianza que necesariamente se concede á los que en él desempeñan un servicio, en virtud de la cual tenía entrada franca y fácil acceso en todas las dependencias, lo que sin duda le proporcionó la ocasión de haber á la mano los expresados títulos, que no habría logrado en otro caso, aunque los buscara de intento; siendo, por lo tanto, evidente que, al sustraerlos de la mesa ó puesto en que se hallaban, por olvido ó descuido de los encargados de su custodia, abusó de dicha confianza. (Sentencia de 16 de Octubre de 1877, publicada en la *Gaceta* de 17 de Noviembre.)

CUESTION IX. *La lavandera de una casa que, aprovechando la circunstancia de haber ido á la misma con objeto de llevar á la señora la ropa lavada, sustrae, en un momento de descuido por parte de ésta, algunos efectos que estaban al alcance de su mano, ¿será responsable de este hurto con la circunstancia agravante de abuso de confianza?*—No lo estimó así la Sala de lo criminal de la Audiencia de la Coruña, cuya sentencia, á

excitación del Ministerio Fiscal recurrente, hubo de *casar* el Tribunal Supremo por no haberse apreciado en la comisión del delito la expresada circunstancia de agravación: «Considerando que esa circunstancia (la de abuso de confianza) ha concurrido indudablemente en el delito que ha motivado esta causa, puesto que la procesada Joaquina André Fernández, según aparece de los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida, entraba con frecuencia en la casa en que tuvo lugar el expresado delito, con motivo de tener en ella á su cargo el lavado de la ropa blanca, aprovechándose de la facilidad que tal circunstancia le daba para sustraer los efectos que han sido objeto de dicho delito, lo cual implica y constituye evidentemente un abuso de la confianza que le dispensaban los dueños de los mismos al utilizar sus servicios en la forma indicada: Considerando, por lo tanto, que la Sala sentenciadora, no estimando como concurrente en el hecho de autos la circunstancia agravante antes expresada, ha incurrido en el error de derecho designado por el recurrente, etc.» (Sentencia de 11 de Noviembre de 1880, publicada en la *Gaceta* de 20 de Enero de 1881.)

CUESTION X. *El dependiente de una casa de comercio que en una carta-orden y otra de aviso falsifica la firma y rúbrica de su principal, ¿deberá ser declarado responsable de este delito de falsedad con la circunstancia agravante de abuso de confianza, ó deberá ésta considerarse como inherente al delito, y por tanto inapreciable, según los términos del artículo 79 del Código?*—El Tribunal Supremo ha declarado que en semejante caso debe estimarse la expresada circunstancia de agravación: «Considerando, en orden á los motivos 6.º y 7.º, que es por todo extremo indudable que D. Arístides Fernández, tomando parte en la falsificación de las cartas en la forma que lo hizo, según la declaración terminante del Tribunal sentenciador, abusó de la confianza que en él tenía depositada su principal D. Roque Lara, agravando de esa manera su responsabilidad criminal la concurrencia de una circunstancia que ha podido y debido apreciarse por dicho Tribunal con entera separación de los actos constitutivos del delito de falsificación, perfectamente concebible en el presente caso sin la existencia de aquella circunstancia; por lo cual, al estimarla la Sala en el fallo recurrido como agravante genérica, tampoco ha cometido la infracción de ley y error de derecho que se ha alegado en el actual recurso como último fundamento del mismo.» (Sentencia de 16 de Enero de 1885, publicada en la *Gaceta* de 26 de Agosto, págs. 62 y 63.)

CUESTION XI. *¿Bastará que el ofendido fuera amigo íntimo de los que le robaron y mataron; que hubiese comido algunas veces en la casa de los mismos y que en lo último de su vida estuviera acompañado de uno de ellos, que le vió hacer algunos cambios de dinero, para apreciar en este delito complejo de robo con homicidio la circunstancia agravante de haber-*

se ejecutado con abuso de confianza, si no resulta que el interfecto les hubiese revelado la suma que poseía, ni que, cuando le mataron, la cantidad de que se apoderaron ó la misma persona de aquél estuviera entregada á la confianza de ambos ó de cualquiera de los autores del crimen?—La Audiencia de Albacete estimó que en el hecho concurría la referida circunstancia de agravación y condenó á sus autores á la pena de muerte. Mas interpuesto recurso de casación por su defensa por infracción del art. 10, número 10 del Código, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar á él*: «Considerando que hay abuso de confianza, según determina la circunstancia 10 del art. 10 del Código penal, cuando el agente hace mal uso y se prevale de aquella para cometer el crimen, lo cual no aparece demostrado en el robo, del que resultó homicidio, que ha dado origen al proceso seguido á Eduardo Oliva y Juana Ruiz Bringas, porque si bien el ofendido Francisco López era íntimo amigo de éstos, comía muchos días en su casa, y en lo último de su vida debió estar acompañado de dicho Oliva, quien le vió hacer algunos cambios de dinero, no se dice que les revelara la suma que poseía, ni aparece que, cuando le mataron, la cantidad de que se apoderaron ó la misma persona del López estuviera á su cuidado, entregada á la confianza de ambos ó de cualquiera de ellos.» (Sentencia de 23 de Mayo de 1885, publicada en la *Gaceta* de 23 de Febrero de 1886, páginas 57 y 58.)

CUESTION XII. *¿Cabe en el delito de estupro apreciar la circunstancia agravante de abuso de confianza, derivada de que el estuprador tuviera entrada en la casa de la estuprada por consentimiento ó autorización de los padres de ésta?*—El Tribunal Supremo ha resuelto la negativa al *casar* una sentencia de la Audiencia de Ciudad Real que apreció en el delito de que se trata la mencionada circunstancia de agravación: «Considerando que el hecho de entrar Rafael Moreno Campillo en concepto de novio de Matilde García en la morada de ésta con autorización de su madre María Ortiz y la promesa de casamiento que hizo á aquella, son circunstancias de tal manera inherentes al delito de estupro por constituir el engaño atendida su índole y naturaleza, que no constituyen por sí solas la circunstancia de abuso de confianza, ni producen agravación de la pena, sino en los casos y respecto de las personas comprendidas en el párrafo primero del art. 458 del Código penal, atendida la mayor facilidad de perpetrar el delito, por vivir bajo el mismo techo ó estar encargadas de la instrucción y educación de la menor y la falta de los deberes llamados á cumplir al lado de ella, entre las que no se halla comprendido el procesado, y que al no estimarlo así la Sala sentenciadora ha incurrido en error, etc.» (Sentencia de 18 de Diciembre de 1885, publicada en la *Gaceta* de 3 de Mayo de 1886, pág. 179.)

Art. 10... 11.^a *Prevalerse* del carácter público que tenga el culpable. (Art. 10, 10.^a, Cód. de 1850.—Art. 198, Cód. Fran.—Art. 275, Cód. Brasil.—Art. 19, 9.^a, Cód. Port.—Artículo 467, Cód. belga.)

Prevalerse.—Esto es, emplear la influencia, el prestigio ó ascendiente que da el cargo público, como *medio* de lograr la realización del delito.

Esta circunstancia de agravación no es aplicable, como se comprende, en los delitos definidos desde el art. 361 al 416, pues que la Ley ya la ha tenido en cuenta para penarlos especialmente.

Fuera de estos casos, importa mucho averiguar, porque esto es lo esencial, si el empleado *abusó ó no* de su cargo en la ejecución del hecho, como se verá en las cuestiones siguientes:

CUESTION I. *Un guardia municipal de un pueblo, al pasar un vecino por la calle en que estaba, le dispara un tiro sin herirle, sin que entre agresor y agredido mediara enemistad ni resentimiento, apareciendo sólo que al preguntarle éste á aquél por qué le había tirado, contestó el agresor que porque le diera la gana: ¿existe en este delito de disparo de arma de fuego la circunstancia agravante de este número?*—La Audiencia de Burgos lo estimó así, é impuso al procesado tres años de prisión correccional. Mas el Tribunal Supremo, en Sentencia de 4 de Marzo de 1872, publicada en la *Gaceta* de 21 de Mayo, declaró que no concurría en el delito tal circunstancia de agravación, pues para ello *no basta* que el procesado fuera guardia municipal, sino que había de demostrarse que *se prevaleció del carácter público* que le daba su destino, lo cual no se comprobaba por ningún indicio, ya que no resultaba que se hallase en el sitio de la ocurrencia ejerciendo las funciones de su cargo, ni que diese aviso ni intimase orden alguna al ofendido.

CUESTION II. *Un sereno da un golpe de chuzo con el que mata á un sujeto, por el solo hecho de haberse resistido á ser conducido á la cárcel: ¿concorre en este homicidio la circunstancia agravante de este número?*—Indudablemente, pues que *se prevaleció* de su carácter público, ejecutando el delito *con tal carácter* de sereno, sin el cual, ó no hubiese ocurrido el hecho, ó hubiera ocurrido en otra forma distinta de como sucedió. (Sentencia de 4 de Enero de 1873, publicada en la *Gaceta* de 24 de Febrero.)

CUESTION III. *El Oficial de una Secretaría municipal que se constituye en gestor voluntario de la cobranza de una cantidad de un tercero á quien estafa, apropiándose dicha suma, ¿incurrirá en la circunstancia de agravación que comentamos?*—No, porque el ser Oficial ó escribiente de una Secretaría municipal, amovible á voluntad del jefe de la oficina, no concede ningún carácter público *para objetos extraños á la*

misma. (Sentencia de 18 de Diciembre de 1871, publicada en la *Gaceta* de 27 de Enero de 1872.)

CUESTION IV. *El Alcalde de un pueblo que, sin que faltase en lo más mínimo á su autoridad cierto sujeto, la emprende á bofetadas y violentos empujones contra éste, haciéndole caer al suelo y produciéndole lesiones leves, ¿será responsable de haberse prevalido de su carácter público para cometer dicha falta?*—El Tribunal Supremo ha resuelto la afirmativa: «Considerando que siendo *Alcalde* el recurrente, y hallándose ejerciendo las funciones de tal cuando abofeteó y causó las lesiones al ofendido, no puede menos de estimarse la circunstancia agravante 11.^a del artículo 10 del Código, etc.» (Sentencia de 22 de Enero de 1875, publicada en la *Gaceta* de 30 de Marzo.)

CUESTION V. *En un delito cometido por unos individuos de una ronda movilizada, ¿deberá apreciarse la circunstancia agravante de haberse prevalido los culpables del carácter público que tenían?*—Así lo estimó el Ministerio Fiscal al interponer el correspondiente recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo criminal de Barcelona, que dejó de apreciar en el caso expuesto la referida circunstancia de agravación. Mas el Tribunal Supremo declaró *no haber lugar* por tal motivo al recurso, fundándose en que los procesados *no eran funcionarios públicos*, sino sólo individuos de una partida de voluntarios, bajo las órdenes de su jefe, y en tal concepto no delinquieron prevaleciéndose del carácter público que no tenían. (Sentencia de 9 de Diciembre de 1876, inserta en la *Gaceta* de 26 de Marzo de 1877.)

CUESTION VI. *El Secretario de un Juzgado municipal que extiende, sella y firma con el nombre de su Juez, sin conocimiento de éste, una propuesta en terna para el mismo cargo de Juez municipal del pueblo, con motivo de la renovación que había de verificarse, y la dirige por el correo al Juez de primera instancia, será responsable en este delito de falsedad en documento oficial de la circunstancia agravante de haberse prevalido del carácter público que tenía?*—El Tribunal Supremo ha resuelto la afirmativa: «Considerando, dice, que la Sala sentenciadora no ha cometido error de derecho al estimar que en el hecho de autos ha concurrido la circunstancia agravante 11.^a del art. 10 del Código, de prevalerse el culpable del carácter público que tenía al cometer el delito, porque si juzgó la Sala que no estaba comprendido el procesado en la mayor penalidad impuesta en el art. 314 del Código, por abuso de su oficio como Secretario del Juzgado municipal (1), no siendo propio de su cargo hacer

(1) Adviértase que si estimó el Tribunal Supremo en este caso que concurrió la circunstancia agravante de este número fué porque el Tribunal sentenciador dejó de calificar y penar el delito más grave de falsedad cometido por funcionario público,