

pia morada, por ser la que con su marido é hijos había vuelto á ocupar, es de todo punto indudable que el hecho se ejecutó en el lleno de las condiciones que para la agravación de la delincuencia exige la circunstancia 20.<sup>a</sup> del art. 10, sin que, cual erróneamente expresa la sentencia recurrida, la víctima *provocara el suceso con su conducta liviana é inconsecuente*, antes bien, como trocando la liviandad por el deber, y la llamada inconsecuencia por un acto laudable de reparación de la ofensa inferida á su esposo é hijos, es como debe considerarse el regreso al lado de éstos, sin que la realización de semejante honrado propósito deba racional, moral ni legalmente considerarse como constituyendo la provocación á que alude la mencionada circunstancia para ser obstativa de la agravación, con fundamento alegada por el Ministerio Fiscal, etc.» (Sentencia de 13 de Noviembre de 1879, publicada en la *Gaceta* de 29 de Enero de 1880.)

**CUESTION XII.** *Si el delito se perpetró en una tienda ó establecimiento donde el perjudicado tenía su domicilio, ¿deberá apreciarse la circunstancia agravante de haberse cometido el delito en la morada del ofendido, aun cuando éste tuviera otro domicilio, además del de la tienda expresada?*—No lo entendió así la Audiencia de lo criminal de Cangas de Onís en su sentencia. Mas interpuesto contra la misma recurso de casación por el Ministerio Fiscal, citando como infringido, por no haberse aplicado, el art. 10, núm. 20 del Código, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* al expresado recurso: «Considerando que el ejecutar un hecho criminal en la morada del ofendido, cuando éste no ha provocado el suceso, constituye la circunstancia agravante 20.<sup>a</sup> del art. 10 del Código penal, y que es aplicable á los procesados que, según los hechos declarados probados, en la noche del 12 de Diciembre último entraron en el establecimiento de bebidas de Antonio Collía, en que éste tenía su domicilio, exigiéndole el dinero que tuviera, lo que consiguieron mediante la violencia empleada: Considerando que el tener Antonio Collía otro domicilio además del de la tienda expresada no impide que deba apreciarse la circunstancia agravante indicada, porque ambos constituyen moradas suyas habituales, y, por tanto, en cualquiera de ellos en que se reciba ofensa, resulta quebrantado el principio legal establecido en el art. 10, de que se ha hecho mérito: Considerando que en ese concepto, al no apreciar la Audiencia de lo criminal de Cangas de Onís aquella circunstancia, ha incurrido en error de derecho infringiendo el citado art. 10, circunstancia 20.<sup>a</sup>, y el 82, regla 3.<sup>a</sup>, etc.» (Sentencia de 18 de Junio 1883, publicada en la *Gaceta* de 26 de Septiembre.)

**CUESTION XIII.** *El portal de una casa, no siendo común á distintos vecinos, ¿deberá considerarse como parte integrante de la morada á los efectos del art. 10, circunstancia 20.<sup>a</sup> del Código?*—El Tribunal Supremo ha resuelto la afirmativa: «Considerando que la Audiencia sentenciado-

ra ha aplicado rectamente las disposiciones legales invocadas en el recurso al apreciar en el delito de robo, que ha castigado con la pena correspondiente á la calificación del hecho y de sus circunstancias, la agravante de ejecutarse en la morada del ofendido, porque á más de haberse realizado dentro de los muros de la casa habitada por éste, después de franquear por sí propio y con su llave la puerta de la entrada, el hecho afirmado en la sentencia reclamada de ocurrir el suceso en el portal no es suficientemente característico hasta el punto de que permita considerar tal lugar independiente y extraño á la habitación de Miguel Collazo, *que no consta fuera común á distintos vecinos*, caso en que pudiera dejar de tener el carácter jurídico de morada que, como parte integrante de ésta, le es propio generalmente, etc.» (Sentencia de 8 de Enero de 1884, publicada en la *Gaceta* de 9 de Agosto.)

**CUESTION XIV.** *¿Es compatible la apreciación en un delito de la circunstancia atenuante de haber obrado el procesado en vindicación de una ofensa grave, y de la agravante, á la vez, de haberlo ejecutado en la morada del ofendido?*—Así lo estimó la Audiencia de lo criminal de Badajoz en cierta sentencia que hubo de *casar* el Tribunal Supremo, precisamente por infracción del art. 10, núm. 20 del Código: «Considerando que aun cuando los hechos probados no revelan con indudable expresión si el homicidio se cometió en las habitaciones privadas del Cuéllar, y dentro por consiguiente de su morada, distinta del café público instalado en el mismo edificio, las afirmaciones de la sentencia recurrida ofrecen como hecho cierto no solamente que Cuéllar dió inmediata ocasión al hecho punible, estimulado por otro anterior menos considerable, sino que directa y personalmente, mediante graduada ofensa, provocó á Grazón á ejecutar un homicidio no resuelto anteriormente, y que, por lo tanto, la Audiencia sentenciadora, al estimar como causa agravante de la responsabilidad del procesado la realización del delito en la morada del ofendido, infringió la disposición legal sobre que fundó su juicio, no sólo por confundir con aquélla lugares públicos de entrada abierta, sino por desconocer en la inmediata y voluntaria ofensa de Cuéllar, reconocida para otro efecto, el acto provocativo del delito, de donde nace la excepción señalada en explícitos términos en la última parte del núm. 20 del art. 10 del Código penal, etc.» (Sentencia de 16 de Junio de 1884, publicada en la *Gaceta* de 23 de Octubre.)

**CUESTION XV.** *Á pesar de ser la casa conyugal domicilio ó morada común del marido y de la mujer, ¿deberá apreciarse en el adulterio de ésta, cometido en aquélla, la circunstancia agravante de haberse ejecutado el delito en la morada del ofendido?*—El Tribunal Supremo ha resuelto la afirmativa: «Considerando que por ser el marido la persona ofendida con el delito de adulterio no excusa la apreciación de la circunstancia

agravante, consistente en ejecutarle en la morada de éste, el que lo sea á la vez de la adúltera, porque sobre no alcanzar tal comunidad al extraño al matrimonio que en aquel lugar delinque; acentúa moral y legalmente su responsabilidad la falta de respeto al domicilio del ofendido, que implica su atrevida y ultrajante consumación en él, y por tanto, la Sala sentenciadora no ha incurrido en la infracción que se le atribuye.» (Sentencia de 6 de Julio de 1885, publicada en la *Gaceta* de 28 de Diciembre, página 356.)

**CUESTION XVI.** *Siendo circunstancia agravante del delito la de ejecutarlo en la morada del ofendido cuando éste no ha provocado el suceso, ¿bastará que no conste quién lo provocara, ó será menester que se justifique debidamente que la provocación partió de dicho ofendido?*—El Tribunal Supremo ha resuelto que sin justificación cumplida de este último extremo por parte del procesado, no cabe prescindir de apreciar la referida circunstancia de agravación: «Considerando que la circunstancia de ejecutar el delito en la morada del ofendido es agravante de la responsabilidad cuando éste no haya provocado el suceso, y que, atendida la índole especial de dicho último elemento, no se puede suponer la provocación, sino que hay que justificarla, ya por ser en realidad una excepción dentro de dicha agravante, ya porque constituyendo la provocación, aisladamente considerada, ó sea sin relación á la morada, una circunstancia atenuante, sería anómalo tener que apreciarla sin prueba ó prescindir de ella bajo un aspecto para estimarla bajo otro.» (Sentencia de 24 de Noviembre de 1885, publicada en la *Gaceta* de 8 de Marzo de 1886, págs. 104 y 105.)

**CUESTION XVII.** *La circunstancia de hallarse el ofendido separado accidentalmente de su mujer por desavenencias habidas entre los mismos, obstará á la estimación de la circunstancia agravante 20.<sup>a</sup> del art. 10 si el delito contra la persona de aquél se ejecutó dentro del domicilio conyugal?*—El Tribunal Supremo ha declarado que aquel accidente no empece á la apreciación de la referida circunstancia agravante: «Considerando que la circunstancia de hallarse D. Angel Castillo separado accidental y particularmente de su mujer desde algunos días anteriores al de la ocurrencia no priva de su verdadero carácter al domicilio conyugal, donde seguían viviendo su mujer é hija, como morada propia de aquél, en la que podía entrar, salir y permanecer discrecionalmente, en concepto de jefe de la familia, y que la Audiencia de lo criminal de Santander no ha incurrido consiguientemente en error de derecho al agravar la responsabilidad del penado, teniendo al efecto en cuenta la concurrencia en el delito de la circunstancia 20.<sup>a</sup> del art. 10 del Código.» (Sentencia de 24 de Noviembre de 1885, publicada en la *Gaceta* de 8 de Marzo de 1886, páginas 104 y 105.)

**CUESTION XVIII.** *¿Deberá apreciarse la circunstancia de haberse*

*ejecutado el delito en la morada del ofendido, tratándose del de hurto, si ha sido realizado por persona extraña á la casa?*—No lo estimó así la Audiencia de lo criminal de Ciudad Rodrigo. Mas interpuesto contra su sentencia recurso de casación por el Ministerio Fiscal por infracción del artículo 10, núm. 20 del Código, dejado de aplicar indebidamente al caso de autos, pues la circunstancia de cometer el hurto en la morada del perjudicado quien en ella subrepticamente penetra no es inherente al propio delito, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* al expresado recurso: «Considerando que la circunstancia de perpetrarse el hurto en la morada del perjudicado ú ofendido no es inherente á este delito, puesto que puede existir sin su concurrencia y debe ser apreciada como agravante genérica, porque revela especial audacia del criminal al penetrar en casa extraña con objeto de realizar la sustracción con la consiguiente mayor alarma para sus moradores, y porque los términos generales empleados para su determinación en el Código permiten dicha aplicación: Considerando que la Audiencia de Ciudad Rodrigo ha incurrido en el error de derecho que alega el Ministerio Fiscal en su recurso al no estimar dicha circunstancia agravante para imponer la pena correspondiente á los autores del hurto, y procede consiguientemente la casación de la sentencia, etc.» (Sentencia de 17 de Febrero de 1886, publicada en la *Gaceta* de 9 de Junio, página 279.)

**CUESTION XIX.** *Aun cuando la agresión violenta por parte del procesado se iniciara en la casa del ofendido, si los golpes ó heridas productoras de la muerte de éste se infirieron en la calle, ¿cabrá apreciar la circunstancia agravante de haberse ejecutado el delito en la morada del ofendido?*—Así lo estimó la Audiencia de lo criminal de Soria, cuya sentencia, á excitación del Ministerio Fiscal, casó el Tribunal Supremo, por indebida apreciación, en este caso, de la referida circunstancia de agravación: «Considerando que también ha sido infringido el art. 10 respecto á la vigésima circunstancia agravante, porque habiéndose consumado en la calle el delito, aunque principiara la agresión en la morada de Engracia Pérez, hecho no averiguado, faltarían las condiciones taxativas de la Ley y sus motivos, informados en el respeto debido al domicilio y á la persona amparada por la inviolabilidad del hogar doméstico.» (Sentencia de 22 de Mayo de 1886, publicada en la *Gaceta* de 17 de Agosto, páginas 97 y 98.)

**CUESTION XX.** *¿Deberá apreciarse la circunstancia agravante de haberse ejecutado el delito en la morada del ofendido, tratándose de un asesinato realizado en la persona de un sujeto que se hallaba acostado, durmiendo con su querida, en la casa de ésta?*—El Tribunal Supremo ha resuelto la afirmativa: «Considerando que es también causa igual de agravación ejecutar el delito en la morada del ofendido cuando éste no pro-

voca el suceso, y que apareciendo del concepto general de la sentencia que Martín González vivía amancebado con Rosa Gómez, en cuya casa se perpetró el delito, es necesaria su estimación porque, aparte de no ser exacto, cual por el recurrente se afirma, que el domicilio que tenga la mujer sea el de su marido, sino á la inversa, con cuyo aserto se pretende demostrar que González tenía otro distinto, la Ley agrava la responsabilidad de quienes ofenden á otro en su morada, no sólo por el respeto que el domicilio ajeno merece, como especie de complemento de la personalidad, y por el que es debido al hogar de la familia, sino por el no menor de que es digna la residencia privada de cualquier ciudadano, y por el mayor grado de malicia que revela quien busca á su víctima allí en donde se encuentra con la confianza y abandono propios del lugar elegido para el descanso y las intimidades de la vida; razón por la cual habla el Código penal en el art. 10, no de domicilio en sentido legal, sino de morada en su acepción real, que no es otra que la del paraje en donde una persona hace estancia de asiento, como se hallaba González en la casa de la Gómez, á título de huésped, ó por otro cualquiera.» (Sentencia de 25 de Junio de 1886, publicada en la *Gaceta* de 26 de Agosto, págs. 155 y 156.)

Art. 10...21.<sup>a</sup> Ejecutarlo con *escalamiento*.

Hay escalamiento cuando se entra por una vía que no sea la destinada al efecto. (Art. 10, 21.<sup>a</sup>, Cód. de 1850.—Art. 19, 15.<sup>a</sup>, Cód. Port.)

*Escalamiento*.—El que así obra, no respetando las vallas que ha puesto el hombre para garantir su propiedad y su seguridad personal, manifiesta mayor perversidad, mayor atrevimiento, y de ahí que la Ley le castigue con mayor severidad. En los delitos de *robo con fuerza en las cosas* claro está que no deberá apreciarse esta circunstancia, porque la expresa ya la Ley al describirlo y penarlo (art. 79); pero sí en cualesquiera otros delitos, como la violación, el rapto, el allanamiento de morada, etc.

Véase el art. 521.

Art. 10...22.<sup>a</sup> Ejecutarlo con rompimiento de pared, techo ó pavimento, ó con fractura de puertas ó ventanas. (Artículo 10, 21.<sup>a</sup>, Cód. de 1850.—Art. 16, 13.<sup>a</sup>, Cód. Brasil.)

Esta circunstancia agravante se funda en idéntica razón que la anterior, y á ella es aplicable cuanto respecto de la misma hemos dicho.

Art. 10...23.<sup>a</sup> Ser vago el culpable.

Se entiende por vago el que no posee bienes ó rentas, ni ejerce habitualmente profesión, arte ú oficio, ni tiene empleo, destino, industria, ocupación lícita ó algún otro medio legítimo y conocido de subsistencia, por más que sea casado y con domicilio fijo.

En el Código de 1850 constituía la vagancia un delito especial; el legislador de 1870 la considera sólo como circunstancia de agravación. Aplaudimos la reforma: la vagancia no es en sí un delito; es, como dice Tissot, una ocasión más ó menos próxima á delinquir. Sin embargo, hubiéramos deseado que el legislador hubiese añadido á este número el segundo párrafo de los núms. 15 y 17; pues sin él, el ser vago puede costar más caro á un hombre, como circunstancia agravante, que si fuera delito especial, principalmente en los delitos cuyo grado máximo es la *muerte*, la cual deberá aplicarse según el rigor de la Ley, por la sola circunstancia agravante de vagancia (regla 3.<sup>a</sup> del art. 82).

En este caso, empero, es de suponer que no habría ningún Tribunal español que no hiciera uso de la facultad y derecho que le concede el párrafo segundo del art. 2.<sup>o</sup> del Código, ya que, en este caso más que en ninguno, es evidente que de la rigurosa aplicación de la Ley resultaría, más que excesiva, injusta la pena, atendidos el grado de malicia y el daño causado por el delito.

**CUESTION.** ¿Deberá apreciarse la circunstancia agravante de *vagancia* si el procesado cometió el delito hallándose preso por razón de otra causa, aun cuando tuviera la calidad de vago antes de ingresar en la cárcel?—Así lo entendió la Sala de lo criminal de la Audiencia de Madrid, cuya sentencia *casó* el Tribunal Supremo por aplicación indebida del art. 10, num. 23 del Código: «Considerando que no ha sido acertadamente apreciada por la Sala la *vagancia* en que considera incurso al procesado, pues debiendo apreciarse esta circunstancia como agravante en cuanto semejante situación predisponga al delito perpetrado, es aquí manifiesto que preso, al parecer, durante más de cuatro años, en esta situación no podía llenar ninguna de las condiciones obstativas de la vagancia, tal cual las determina la circunstancia 23 del art. 10 del Código penal, etc.» (Sentencia de 18 de Febrero de 1880, publicada en las *Gacetas* de 7 y 28 de Mayo.)