

tas, no ha infringido el repetido art. 434 ni incurrido en error de derecho, etc.» (Sentencia de 1.º de Abril de 1874, inserta en la *Gaceta* de 15 de Julio.)

Art. 435. Cuando en la riña tumultuaria, definida en el artículo 420, resultaren lesiones graves y no constare quiénes las hubieren causado, se impondrá la pena inmediatamente inferior á la correspondiente á las lesiones causadas á los que aparezcan haber ejercido cualquiera violencia en la persona del ofendido. (Art. 347 del Cód. pen. de 1850.—Artículos 163 y 164, segunda parte, Cód. Austr.)

Lo que se dispuso en el art. 420 con respecto al *homicidio* causado en riña confusa y tumultuaria, se dispone aquí con respecto á las *lesiones graves*, resultado de igual clase de riña (en cuanto á lo que debe entenderse por ésta, véase el comentario del expresado art. 420), con la diferencia, consiguiente á la distinta clase de hecho, que así como con respecto al homicidio se castiga al que aparece haber causado lesiones graves al muerto, ó en defecto de aquél al que hubiere ejercido violencias en la persona de éste; aquí no se impone pena sino al que aparece ser autor de estas últimas violencias en la persona del lesionado; lo cual se comprende que así sea, toda vez que si el autor de la lesión grave fuese conocido, ya no se estaría en el caso de este artículo. Finalmente, así como en el art. 420 se establece una penalidad fija, en el presente se determina que sea la pena la inmediatamente inferior en grado á la correspondiente á las lesiones causadas: cual diferencia se explica también por sí sola, pues que en el caso del homicidio es uno solo el hecho, siempre el mismo: la muerte de un hombre; mientras que en el caso presente trátase de lesiones de distinta naturaleza y gravedad, que requieren, justamente también, penas distintas.

Dichas penas *inmediatamente inferiores en grado* serán: la *prisión correccional*, en el caso del núm. 1.º del art. 431; el *arresto mayor en su grado máximo á prisión correccional en su grado mínimo*, en el caso del número 2.º del propio artículo; el *arresto mayor en sus grados medio y máximo*, en el caso del núm. 3.º, y el *arresto mayor en sus grados mínimo y medio*, en el caso del núm. 4.º Para su respectiva aplicación véanse los *Cuadros sinópticos* núms. 54, 9, 6 y 3.

Adviértase que si se trata de lesiones *menos graves* cuyo autor no es conocido, por haberse causado también en riña confusa y tumultuaria, definida en el art. 420, los que aparezcan haber ejercido cualquiera violencia en la persona del ofendido deberán ser castigados con la pena de

cinco á quince días de arresto y reprensión, con arreglo al núm. 12 del artículo 603 de este Código, que declara *falta* el expresado hecho.

CUESTION. *¿Cuál será la pena del delito de riña tumultuaria de la que resulten lesiones graves de las comprendidas respectivamente en los núms. 3.º y 4.º del art. 431?*—Al publicar en 1874 la primera edición de esta obra, decíamos ya, como hemos dicho ahora, que la pena del expresado delito, cuando resulten lesiones graves del núm. 3.º del 431, es el *arresto mayor en sus grados medio y máximo* (de cuatro meses y un día á seis meses), y cuando resultan lesiones graves del núm. 4.º de dicho artículo, el *arresto mayor en sus grados mínimo y medio* (de un mes y un día á cuatro meses). No lo entendió así la Audiencia de lo criminal de San Clemente, que impuso á los procesados por dichos delitos la pena de *multa*. Mas interpuesto contra su sentencia recurso de casación por el Ministerio Fiscal, confirmó el Tribunal Supremo nuestra opinión *in totum*: «Considerando que comprendidos los hechos objeto del recurso, según declara la Audiencia sentenciadora, en el art. 431, núms. 3.º y 4.º, en relación con el 435, y teniendo, por consiguiente, conforme á este último, que bajarse la pena en un grado, es evidente que ésta no puede ser la de multa, sino la de arresto mayor, toda vez que el núm. 3.º del indicado artículo 431 impone la de prisión correccional en sus grados mínimo y medio, y el núm. 4.º del mismo la de arresto mayor en su grado máximo á prisión correccional en el mínimo, debiendo, por tanto, la indicada degradación reducir la del núm. 3.º á la de *dos meses y un día á seis meses*, y la del núm. 4.º á la de *un mes y un día á cuatro meses* de dicho arresto: Considerando que en este concepto la indicada Audiencia de lo criminal ha incurrido en error de derecho, etc.» (Sentencia de 5 de Enero de 1885, publicada en la *Gaceta* de 24 de Agosto.)

Art. 436. El que se mutilare ó el que prestare su consentimiento para ser mutilado con el fin de eximirse del servicio militar, y fuere declarado exento de este servicio por efecto de la mutilación, incurrirá en la pena de presidio correccional en sus grados medio y máximo.

Art. 437. El que inutilizare á otro con su consentimiento para el objeto mencionado en el artículo anterior, incurrirá en la pena de presidio correccional en sus grados mínimo y medio.

Si lo hubiere hecho mediante precio, la pena será la inmediatamente superior á la señalada en el párrafo anterior.

Si el reo de este delito fuere padre, madre, cónyuge, hermano ó cuñado del mutilado, la pena será la de arresto ma-

yor en su grado medio á prisión correccional en su grado mínimo.

Las disposiciones de estos dos artículos, que hemos reunido en un solo grupo por formar parte de la misma materia, no existían en el Código de 1850. Pero la ley para el reemplazo del Ejército de 30 de Enero de 1856 (1) vino á suplir ese silencio del Código, estableciendo en su artículo 160 que el mozo que se hubiese mutilado ó inutilizado para eludir el servicio había de ser condenado á servir en uno de los cuerpos de guarnición fija en las posesiones de África por el tiempo ordinario de los ocho

(1) Transcribimos á continuación el cap. XVIII de la ley de reclutamiento y reemplazo del Ejército, de 11 de Julio de 1885, hoy vigente, que á las *disposiciones penales* se refiere, para que puedan consultarlo nuestros compañeros de la Magistratura y del Foro en las causas por delitos de la especie de que en estos dos artículos se trata. Téngase, empero, presente que, según el artículo adicional primero de dicha ley, las responsabilidades del servicio militar, así como las multas y penas que la misma establece, únicamente son aplicables á los actos ú omisiones *posteriores á su publicación*, debiendo quedar sujetos los de fecha anterior á la legislación en ella vigente, á menos que dicha responsabilidad y penas fuesen de mayor gravedad.

Dice así:

CAPÍTULO XVIII

DISPOSICIONES PENALES

Art. 167. El conocimiento de todos los delitos que se cometan con ocasión de la presente ley, ó para eludir su cumplimiento hasta el acto de su ingreso en caja, corresponde á la jurisdicción ordinaria, con exclusión de todo fuero.—Art. 168. El que de propósito se mutilase para eximirse del servicio militar, y el que consintiera su mutilación, será castigado con arreglo al art. 436 del Código penal.—Art. 169. El que mutilare á otro con su consentimiento para el objeto mencionado en el artículo anterior, y el que lo consintiera ó se inutilizase á sí mismo, si no se halla comprendido en dicho artículo, será castigado con arreglo al art. 437 del Código penal.—Art. 170. En el caso previsto en el art. 168, si no resultase el culpable incapacitado para el servicio, será considerado como autor del mismo delito frustrado. Tendrá aplicación á él, cualquiera que sea la pena que se le haya impuesto, el párrafo segundo del número 8.º del art. 63; pero si en el sorteo á que deberá someterse le tocara un número superior al último del cupo, se entenderá sustituido su número por éste. En todo caso el culpable quedará privado de los beneficios que pudieran comprenderle por abono de tiempo de servicio, de obtener licencia temporal durante el mismo y de las retribuciones á que se refiere el art. 157.—Art. 171. Todos los delitos ó faltas que se cometan en la ejecución de las operaciones del reemplazo serán castigados con arreglo al Código penal y á las disposiciones de la presente ley. Si el delito ó falta hubiere dado lugar á la indebida exclusión ó excepción de un mozo, se impondrá por la sentencia condenatoria, además de las penas que marca el Código, una multa de 1.500 pesetas, y si el mozo indebidamente excluido y exceptuado hubiese tenido alguna participación en el delito, cumplirá además en el Ejército de Ultramar todo el tiempo de su servicio, sin que pueda eximirse de él por ningún concepto. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las facultades que las leyes conceden á las Autoridades administrativas para imponer multas por toda clase de infracciones que puedan cometerse en cualquiera de las operaciones del reemplazo, y que no lleguen á constituir delito ó falta que deba ser castigado con arreglo al Código.—

años y dos más, destinándole á ocupaciones compatibles con su situación física, siendo tan sólo castigado con la pena marcada en el art. 342 del Código penal, relativo á las mutilaciones causadas de propósito, cuando la inutilidad fuese tan absoluta que el mozo no pudiese prestar ninguna clase de servicio en dichos cuerpos. Los reformadores del Código creyeron, con razón á nuestro modo de ver, que esa legislación penal establecida en la ley de reemplazos podía y debía refundirse en el Código penal común, poniéndola más en armonía con los principios filosóficos de la ciencia, sin dejar por eso de tener presente la materia especial sobre que versa aquella.

Art. 172. El mozo que hubiere tenido alguna participación en el delito que produjo su indebida exclusión ó excepción del servicio, cumplirá en el Ejército de Ultramar todo el tiempo de éste, sin perjuicio de las penas en que, conforme al Código penal, haya podido incurrir.—Art. 173. Los culpables de la omisión fraudulenta de un mozo en el alistamiento y sorteo incurrirán en la pena de prisión correccional y en una multa que podrá llegar hasta 1.500 pesetas por cada soldado que haya dado de menos, á consecuencia de la omisión, el pueblo donde ésta se hubiese cometido.—Art. 174. El facultativo que con el fin de eximir á un mozo del servicio militar librase certificado falso de enfermedad, ó de algún modo faltase á la verdad en sus declaraciones ó certificaciones facultativas, será castigado con arreglo al art. 323 del Código penal. En todo caso quedará obligado al resarcimiento de los daños y perjuicios que indebidamente haya causado á tercera persona ó al Estado por la baja indebida.—Art. 175. El facultativo que recibiese por sí ó por persona intermedia dádiva ó presente, ó aceptase ofrecimientos ó promesas por ejecutar un acto relativo al ejercicio de su profesión, que constituya delito, será castigado con arreglo al artículo 396 del Código penal. Si el ofrecimiento ó promesa tuviese por objeto ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo, que no constituya delito, se aplicará la pena marcada en el art. 397 del mismo Código. En uno y otro caso se impondrá además al facultativo la pena de inhabilitación especial temporal.—Art. 176. Los que con dádivas, presentes ó promesas corrompiesen á los facultativos ó funcionarios públicos serán castigados con arreglo al art. 402 del Código.—Art. 177. La fraudulenta presentación de un mozo en vez de otro será castigada con arreglo al artículo 483 del Código, y la supuesta intervención de personas que no la hayan tenido en alguna de las operaciones del reemplazo, así como los demás actos que de algún modo tiendan á alterar la verdad y exactitud de dichas operaciones, con las penas señaladas en los arts. 314 y 315 del mismo, según sea ó no funcionario público el delincuente.—Art. 178. Cuando en virtud del delito cometido por las personas que intervienen en las operaciones del reemplazo como funcionarios públicos ó en calidad de peritos resultase indebidamente exceptuado ó excluido algún mozo, la responsabilidad civil correspondiente será extensiva á la indemnización de 2.250 pesetas. Dos terceras partes de ésta se adjudicarán al último de los mozos á quien haya correspondido servir en Ultramar en el sorteo en que debió entrar el exceptuado ó excluido, y la otra tercera parte al último número de los que en el mismo sorteo hubiesen pasado á servir en cuerpo ó sección armada de la Península.—Art. 179. Los que por cualquier motivo ó pretexto omitan, retrasen ó impidan el curso ó efecto de las órdenes emanadas de Autoridad competente para el llamamiento ó concentración de los mozos en caja, reclutas y soldados en los puntos á que fueren citados por sus jefes, los que de algún modo dificulten el cumplimiento de dichas órdenes en perjuicio de tercero ó del servicio público, y los que no las notifiquen individualmente á los interesados, teniendo el deber y la posibilidad de hacerlo, incurrirán en las penas de prisión correccional en sus grados mínimo y medio é inhabilitación especial temporal. (*Gaceta* de 13 de Julio de 1885.)

La mutilación ó inutilización para eludir el servicio militar puede practicarla ó el mismo mozo ó una tercera persona. El primero es responsable del delito penado en el art. 436, no sólo cuando se mutila á sí propio, sino también cuando presta su consentimiento para ser mutilado; pero téngase presente que para que exista ese delito es preciso que á la *intención* de eximirse del servicio militar, con que debe haberse practicado la mutilación, subsiga el *resultado*, esto es, el ser declarado el mozo exento del servicio por efecto de la mutilación; por consiguiente, si la declaración de exención se fundase en otra causa ajena á la mutilación, no incurriría el mozo en pena alguna por este hecho.

En cuanto á la inutilización practicada por un tercero, con consentimiento del mismo mozo, basta para que sea penable, con arreglo al artículo 437, que se haya verificado para el objeto mencionado; importando poco que al acto material é intencional haya subseguido ó no el resultado apetecido. La Ley no podía ser tan laxa con el tercero como con el mismo mozo, cuya debilidad y flaqueza tiene en cuenta para eximirle de pena, cuando no se ha realizado el *mal material* del delito.

Finalmente, ha estimado el legislador que en este delito pueden concurrir circunstancias de agravación y de atenuación de tal modo extraordinarias y atendibles, que no habrían de bastar para su debida apreciación las reglas del art. 82, imponiendo la pena del delito en su grado máximo ó en su grado mínimo respectivamente, en conformidad á las expresadas reglas. Como tal circunstancia de agravación *especial* hállase la de haber ejecutado el extraño la mutilación *mediante precio*;—cuando ella concurra, deberá elevarse la pena del delito al grado inmediatamente superior: éste será el *presidio correccional en su grado máximo al presidio mayor en su grado mínimo*, para cuya aplicación véase el *Cuadro sinóptico* núm. 58.

Entiéndase que, limitando la Ley esa circunstancia, excepcional en sus efectos, simplemente al *precio*, no puede ni debe extenderse á la *recompensa ó promesa*, las que deberán apreciarse como circunstancia agravante común (3.^a del párrafo 10), para imponer tan sólo la pena señalada en el primer párrafo del artículo en su grado máximo, conforme á la regla 3.^a del 82.—La circunstancia *atenuante* especial de este delito consiste en ser el autor de la mutilación padre, madre, cónyuge, hermano ó cuñado del mutilado; la que produce el efecto de rebajar la pena del primer párrafo, al *arresto mayor en su grado medio á la prisión correccional en su grado mínimo*, para cuya aplicación puede verse el núm. 8 de los *Cuadros sinópticos*.

Esta atenuación excepcional justificase también por sí sola, atendido el móvil irresistible que impulsa al agente, que no puede ser otro que el sustraer á un ser querido de los peligros y azares de tan penoso y arriesgado servicio.

No terminaremos este comentario sin advertir que las más de las veces la comisión del delito de mutilación, previsto en estos dos artículos, dará lugar á que se llame al servicio á un mozo á quien no correspondiera ingresar por su número.

Este tercero no puede menos de considerarse damnificado por razón del delito, y con derecho, por lo tanto, á la indemnización de perjuicios que establece el art. 124 del Código. Debiendo el importe de ésta regularse por el mismo Juez ó Tribunal, no vemos inconveniente en que se fije en la proporción establecida en el art. 162, con relación al 161 de la ley de reemplazos, ó sea en razón del tiempo que hubiese servido el mozo perjudicado, al concepto de 1.000 reales por cada año.

CAPÍTULO VIII

Disposición general.

Art. 438. El marido que, sorprendiendo en adulterio á su mujer, matare en el acto á ésta ó al adúltero, ó les causare alguna de las lesiones graves, será castigado con la pena de destierro.

Si les causare lesiones de otra clase, quedará exento de pena.

Estas reglas son aplicables en iguales circunstancias á los padres respecto de sus hijas menores de veintitrés años y sus corruptores, mientras aquéllas vivieren en la casa paterna.

El beneficio de este artículo no aprovecha á los que hubieren promovido ó facilitado la prostitución de sus mujeres ó hijas. (Art. 348 del Cód. pen. de 1850.—Art. 324, Cód. Fran.—Art. 388, Cód. Napolit.)

Algunas legislaciones, entre ellas la nuestra antigua (ley 13, tít. XVII, Part. VII), han eximido de toda pena al marido que mata á su mujer ó al amante de ésta, cuando los sorprende en flagrante adulterio. Nuestro Código, si bien no ha decretado la exención completa de responsabilidad en este caso, ha establecido para el marido vengador de su honra una pena levísima, cual es la de *destierro*, con relación á la correspondiente al parricidio. Mas para que proceda esa atenuación *privilegiada* de pena, es preciso que el marido que ha dado muerte ó inferido lesiones graves á su mujer ó al amante de ésta, lo haya verificado en el momento mismo