

por la Ilustrísima Corte Superior del Departamento en primero del presente por la que se confirma la de primera instancia de fojas treinta y dos vuelta en que se declara responsable al Estado por una lancha de veinte toneladas en regular estado de servicio, cuyo precio se fijará por peritos que nombren las partes, y los devolvieron.

*Ribeyro.—G. Sánchez.—Cossio.—Alvarez.—Muñoz.—Arenas.—Oviedo.*

Se publicó conforme á la ley, de que certifico.

*Manuel L. Castellanos.*

---

### **Mandamiento de prisión en forma**

Excmo. señor:

En esta grave causa, cuya formación decretó el Supremo Gobierno en 5 y 7 de junio, el coronel don Juan Manuel Garrido se ha querellado criminalmente contra los tres jefes del batallón Pichincha, coronel graduado don Silvestre Gutiérrez, teniente coronel don Manuel Palomino y sargento mayor don Pedro Palacios, y contra los capitanes don José Cirilo Cárdenas y don Guillermo Cárdenas.

Se les imputa haber atentado, el coronel Gutiérrez, contra la libertad del coronel Garrido, hasta hacerle arrestar en el cuartel de dicho batallón por doce ó catorce horas, y haber los otros dos jefes y los dos capitanes maltratado-le con doscientos azotes durante la ausencia, en el pueblo de Surco, del primer jefe, pero de orden suya, en el día cuatro del citado mes de junio.

Los enjuiciados rechazan como impostura habitual y

vengativa del mismo coronel Garrido la flagelación y la orden que se atribuye al coronel Gutiérrez; y este último, negando haber dado dicha orden, opone, por excusa á la secuestación personal del coronel Garrido, el ejercicio de un derecho común, para hacer conducir ante la intendencia de policía al hombre que le injurió gravemente en las calles de esta capital.

Al concluirse el sumario, pidió el coronel Gutiérrez la soltura en fiado, y los demás su libertad absoluta.

El juzgado del crimen, en auto de 12 del presente mes á fojas 185 vta., y la Iltra. Corte Superior de este Departamento, por el confirmatorio de fecha 17 á fs. 206 vta., han declarado sin lugar la soltura, y ordenado se libre mandamiento de prisión.

Estas resoluciones tienen por fundamento que hay mérito para la prisión cuando resultan probadas aunque sea semiplenamente, la existencia del delito y la culpabilidad del enjuiciado, según el artículo 73 del Código Penal, y que no es permitida por el 77 la libertad en fiado, cuando el delido merezca pena de reclusión ú otra mayor.

Como la culpabilidad de la flagelación se imputa al coronel Gutiérrez, por que la ordenó y á los otros dos jefes y capitanes por que la ejecutaron, es evidente que, si aquel no les ordenó la flagelación, él no tiene absolutamente que responder de un hecho, en que no ha intervenido, sino que esa responsabilidad será unicamente de los ejecutores, á no ser que resulte que ellos no han cometido el delito, ó que éste es una mera impostura.

No debe, pues, confundirse la condición del primer jefe, si nó dió la orden que se le supone, ni concurrió á la perpetración del delito, ni estuvo siquiera en posibilidad de impedirlo. Faltando la acción, ú omisión voluntaria y maliciosa penada por la ley, no hay delito, según el art. 1º del Código Penal.

La prueba de que el coronel Gutiérrez, no dió orden de flagelación, ni de maltrato alguno contra la persona del coronel Garrido, es completa y concluyente; sin embargo de lo difícil que es probar una negación.

Se ha dicho que esa orden fué comunicada por conducto del capitán don Guillermo Cárdenas, á quien fué

entregado el coronel Garrido para que se le condujera al cuartel. Mas este capitán ha declarado terminantemente á f. 65, que la única orden que reibió del coronel Gutiérrez fué “para llevar al coronel Garrido ante el Intendente de policía,” y que para el caso de no encontrar al Intendente (por ser las nueve y media de la mañana) “lo entregase al capitán de guardia del batallón “«Pichincha», don José Gabriel Palomino, con orden de “que lo depositase en cuarto aseado hasta que él regresase.” Este capitán, que niega constantemente se le hubiese dado orden de flagelación, ha sostenido su dicho hasta con un juramento espontáneo, f. 134 vta., en el careo con Agustín Arellano, á quien rechazó porque éste aseguraba que había oído comunicársela, sin embargo de hallarse Arellano en la pileta fronteriza al Cabildo, y el jefe con el capitán casi á media cuadra, en la puerta de Palacio, f. 130.

Esta sola afirmación del capitán conductor de Cárdenas bastaría para que fuese incontestable la inculpabilidad del coronel; pero hay otras más. El capitán de guardia Palomino que del capitán Cárdenas recibió al coronel Garrido, lo recibió con la única orden de “arresto hasta que regresase el coronel” (f. 75); el comandante Palomino, segundo jefe del cuerpo, y á quien el capitán Cárdenas hizo la entrega del coronel Garrido, al mismo tiempo que al capitán de guardia, f. 127, responde á f. 52, que lo recibió como arrestado; el capitán Vélez que relevó en la guardia al capitán Palomino contesta igualmente á f. 78, que se le entregó como un mero arrestado, y para que nada falte á esta plena comprobación se vé, á f. 104, que el ayudante mayor don Antonio Sánchez, entregó al capitán de guardia Palomino la llave de un cuarto, donde debía ser conservado el coronel Garrido desde su ingreso al cuartel.

Después de estas declaraciones, todas conformes, y cuando están unánimes en que el coronel Gutiérrez se retiró de esta ciudad, desde el instante en que entregó en la puerta de Palacio al coronel Garrido, hasta las ocho de la noche en que regresó de Surco y lo puso el mismo en el acto en libertad, no se puede, sin manifiesta injusticia,

hacer cargo á dicho coronel Gutiérrez de los maltratos que el coronel Garrido hubiese sufrido en el cuartel donde estaban el segundo y tercer jefe y los capitanes acusados.

Si, pues, no hay culpabilidad alguna que imputar al coronel Gutiérrez por la flagelación; si, por no haber ni aun semiplena prueba por este delito, no se puede, relativamente á él, librar mandamiento de prisión según el artículo 73 del Código Penal; claro es que por estricta justicia se le debe dar la soltura que solicita. Diríase que la conclusión legal era su libertad absoluta; pero hay otra responsabilidad diferente, á que todavía queda sujeto hasta la sentencia definitiva, la de secuestración del coronel Garrido por doce ó catorce horas. Aunque acerca de este delito pretende excusarse el coronel Gutiérrez con que usó del derecho común de hacer conducir por medio de celadores ante la policía al que le injurió escandalosamente; hasta ahora lo cierto es que el capitán conductor Cárdenas cumpliendo la orden de su coronel, no presentó al coronel Garrido ante el intendente de policía, porque dice que no estuvo en la intendencia y lo llevó al cuartel del Pichincha, en clase de arrestado. Esa detención, por autoridad privada, durante doce ó catorce horas, es un delito que la ley castiga con pena de arresto mayor; y mientras no se resuelva en la sentencia, lo que corresponda en cuanto á esa responsabilidad, solo puede permitirse la soltura en fiado conforme á los artículos 73 y 77 del Código Penal.

No obsta á la soltura bajo fianza el expediente agregado que se inició en 1869 para descubrir si era verdad que el coronel Gutiérrez, había mandado azotar al soldado Ramón Flores, después de haber maltratado á su mujer; pues de ese expediente, exceptuando la indagatoria de los agraviados, nada hay absolutamente que compruebe de ningún modo su imputación.

Respecto á los demás enjuiciados á quienes se acusa de haber estado juntos en el cuartel dirigiendo y haciendo ejecutar la flagelación del coronel Garrido, aun cuando ellos niegan absolutamente el hecho, atribuyendo, como se ha dicho, á una impostura vengativa, y argumentan

con no haber más que seis ligeras contusiones en el muslo, lo cual no es huella de doscientos azotes, y con la negativa del coronel Garrido al reconocimiento que decretó el juzgado del crimen; todo esto y mucho más que quieran alegar en su defensa, será examinado en el plenario y decidido en la sentencia. Pocas ó muchas las huellas de la flagelación, este delito se castiga con reclusión, por el artículo 286 del Código Penal; de él resultan responsables, salvo el derecho de defenderse, los jefes y capitanes que estuvieron en el cuartel donde entró ileso el coronel Garrido, y, de consiguiente, no ha lugar á la soltura con arreglo á los citados artículos 73 y 77 del Código Penal.

Por lo mismo que esta causa ha llamado la atención pública, como todas las que se siguen para que las garantías del hombre sean una realidad en la República, es preciso que en favor ó en contra de los enjuiciados, la ley se cumpla con esmerada escrupulosidad, sin que las pasiones de ningún género influyan en la recta administración de justicia.

Por esto el Fiscal considera que hay nulidad en el auto confirmatorio de vista en la parte que niega la soltura en fiado al coronel Gutiérrez; pues se abusa de la autoridad, si nó se otorga la libertad del detenido ó preso, cuya soltura sea conforme á la ley (inc. 5º art. 168 del C. P.) y que no hay nulidad en cuanto libra mandamiento de prisión respecto de los demás enjuiciados.

Lima, Julio 27 de 1871.

PAZ SOLDÁN.

---

*Lima, Agosto ocho de mil  
ochocientos setenta y uno.*

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal: declararon no haber nulidad en el auto de vista de fojas doscientas

seis vuelta, su fecha diez y siete de Julio último, confirmatorio del de primera instancia de fojas ciento ochenta y cinco vuelta, por el que se declara sin lugar la soltura en fiado solicitada por el coronel don Silvestre Gutiérrez, comandante don Mariano Palomino, sargento mayor don Pedro Palacios y capitanes don José Cirilo Cárdenas y don Guillermo Cárdenas, y se libra mandamiento de prisión contra ellos; y los devolvieron.

*G. Sánchez.—Cossio.—Alvarez.—Muñoz.—Vidaurre.—Arenas — Oviedo.*

Se publicó conforme á la ley, de que certifico.

*Manuel L. Castellanos.*

---

### Recusación

Excmo. señor:

El Fiscal dice: que considera legal el auto de f. 272, pronunciado por la última Corte Superior de La Libertad, en discordia de votos, dirimida por el señor Chacaltana, vocal de la de Lima, declarando sin lugar la recusación de los señores vocales Rosell, Rebaza y Lizarraburu, interpuesta por don Antonio Goyburu, en su recurso de f. 219.

Si los jueces que deciden los artículos que se promueven en los juicios, quedan impedidos para seguir conociendo en ellos, ó en sus nuevas incidencias, porque han tocado en sus anteriores resoluciones algunos puntos relacionados con el asunto principal, se vendría á la consecuencia de buscar ú ocurrir á otros nuevos, lo que produciría un trastorno y una confusión en la administra-