

que don Antonio Riveros ha aparejado su demanda de misión en posesión, resulta que la finca, materia del litigio, ha sido, desde tiempo muy atras y es actualmente, poseída por don Rufino Miranda; que, á mayor abundamiento, obra en autos, en fojas cuarenta y cuatro, el testimonio de un juicio de despojo que este siguió contra los causantes del mismo Riveros y que terminó por sentencia restitutoria, llevada á real y debido cumplimiento en ocho de abril de mil ochocientos sesenta y tres; que el que posee por mas de un año y un dia no puede ser privado de su posesión en la vía sumaria, según el inciso segundo artículo cuatrocientos setenta del Código Civil; que, con infracción de esta ley, se ha pronunciado, por consiguiente, el auto de vista confirmatorio del de primera instancia: por estos fundamentos declararon haber nulidad; y, reformando aquel auto y revocando este, mandaron que se conserve á don Rufino Miranda en la posesión que tiene en la finca conocida con el nombre de península de *Guata*, sin perjuicio del derecho de su colitigante para hacerlo valer como mejor le convenga en la vía ordinaria, y los devolvieron.

*G. Sánchez.—Alvarcz.—Muñoz.—Vidaurre.—Arenas.—Oviedo.—Cisneros.*

Se publicó conforme á ley, de que certifico.

*Manuel L. Castellanos.*

---

## Flagelacion

Excmo. señor:

Instruido el sumario para descubrir la verdad acerca de la flagelación del celador Luis Montejo, imputada al

coronel don Marceliano Gutiérrez, y para descubrir también el delito y el delincuente del homicidio frustrado, que, por la contra querella del coronel Gutiérrez, se atribuía al celador Montejo; y absueltas finalmente las citas y diligencias que prescribió el Tribunal Superior, tanto en su auto de f. 87, como en el de f. 114, respecto del cual fué improcedente el recurso de nulidad (f. 122); se ha pronunciado, por el juez del crimen, el auto de absoluto sobreseimiento, su fecha 19 de Setiembre último á f. 165; y por la Ilustrísima Corte Superior el auto de 3 de Octubre á f. 169 vta., en que revoca el sobreseimiento respecto del delito de flagelación, y lo aprueba respecto al de homicidio frustrado.

Cualquiera que sea la persona que se queje de haber sufrido cincuenta azotes, no importa que esa persona se halle en la condición de soldado de policía, siempre se excita de una manera especial el sentimiento público, que no consiente se ultraje en ningún caso la dignidad del hombre. Mas, para que no se relaje ese mismo sentimiento que honra la civilización del país, conviene guardar muy severa circunspección, mayormente cuando se ha rechazado la imputación en nombre de la lealtad de un jefe del ejército, que supone haberse inventado aquel delito por manos ocultas y con miras siniestras y cuando es de trascendental importancia pública extirpar las rivalidades entre las fuerzas de línea y las de policía.

El juez del crimen sobreseyó en el conocimiento de la causa en todas sus partes (fs. 165); porque 1º respecto de la flagelación, no estando comprobado el cuerpo del delito, ni la persona del delincuente, no tenía valor alguno el testimonio de los testigos, (parte 4 art. 101 del Código de Enjuiciamiento Penal); y menos podrían tenerlo, siendo de oídas los que declaran con referencia al mismo celador interesado, en quien ninguno de ellos vió tampoco señal de aquel hecho; y 2º respecto del homicidio frustrado, porque igualmente no estaba comprobado el cuerpo del delito, ni los testigos eran legalmente fidedignos, puesto que unos eran de oídas y otros pertenecientes al batallón del querellante ó al de su hermano jefe de otro batallón.

La Ilustrísima Corte Superior ha aprobado como justa la segunda parte del auto consultado que favorece al celador, y ha revocado la primera, considerando que hay pruebas del delito, y de la culpabilidad del coronel Gutiérrez, lo cual, según el art. 73, dá mérito para librarse mandamiento de prisión y pasar al plenario.

Conviene, de consiguiente, examinar esas pruebas cuya semejanza es tal, que si fueran admisibles para la flagelación, deberían serlo para el homicidio frustrado.

De conformidad con su Fiscal, el Tribunal Superior ha hallado mérito para continuar la causa contra el coronel Gutiérrez, en el certificado de los cirujanos corriente á fs. 8, y en las declaraciones de fs. 69 vta. 72 vta. 74, 75 y 136.

Pero con ese certificado de peritos, no puede hacerse legalmente cargo al coronel Gutiérrez, ha dicho el juez del crimen en su auto de sobreesamiento á fs. 165 vta., porque los peritos no fueron nombrados por las partes ni por el juez; procedieron sin previa citación; y no ha podido ni puede subsanarse ya ese reconocimiento desde que el mismo celador Montejo que es querellante, se ha negado á ser reconocido con las formalidades legales, como consta del certificado de los nuevos peritos á fs. 56.

Estando de manifiesto los defectos esenciales de ese reconocimiento y siendo insubsanables á causa de la negativa del querellante, no cambia de naturaleza el certificado por solo el hecho de hallarse á fs. 8. El fundamento del sobreesamiento es exacto; no lo es el de la revocación.

Afirmaba el celador querellante haberse presentado al señor Prefecto en el local de su despacho, al otro día de la flagelación, y haber entonces manifestado á éste las lastimaduras; pero todo es falso según declara bajo de juramento el señor Prefecto á fs. 154: éste solo oyó, en su casa, la relación que le hizo dicho querellante, quien no fué á la Prefectura, sin embargo de habersele emplazado para ese lugar.

Hacía entender el celador querellante que el intendente de policía tenía igual conocimiento que el señor prefecto, y que él mandó reconocerle; pero el intendente declara á

fs. 77 que no ha sabido mas que lo expuesto en su parte de fs. 2; esto es, que leyó y transmitió el parte del inspector, lo cual le refirió también el señor Prefecto y el querellante.

Decía el celador querellante, en su indagatoria de f. 13, que eran testigos de la flagelación los celadores de la quinta compañía y su inspector Rivera; y presentó como tales testigos á los veinte celadores de la lista de f. 51. De diez y seis de ellos, unos nada saben, y otros sólo tienen noticia de oídas y con referencia al mismo interesado. Los cuatro celadores restantes que, según el auto de vista, dan mérito para proseguir la causa, son Castillo, Olivo, Agüero y Martínez (f. 69 vta., 72 vta., 74 y 75.)

Los dos últimos, Agüero y Martínez, (f. 74 y 75) declaran: que el celador Montejo, llamado por el coronel Gutiérrez, entró al cuartel, y salió en seguida, y dijo que el coronel lo había castigado; pero que los declarantes no vieron el hecho, ni las señales. Estos testigos que significan únicamente la palabra del mismo querellante, nada prueban sobre la flagelación. En cuanto á la entrada al cuartel, que nunca se ha negado, ella tuvo un objeto diverso, que está plenamente acreditado.

De los otros dos testigos celadores, Castillo dice, á f. 69 vta., que el celador Montejo llamado por el coronel Gutiérrez entró al cuartel, que oyó mandar formar la 1ª; y, á poco rato, salió Montejo y el mayor Casaña, junto con el coronel Gutiérrez, y llegando Montejo antes del vivac dijo: por Dios, nunca me han castigado; pero el declarante no lo ha visto castigar, y quien puede dar razón más exacta es el mayor Casaña.

Esta declaración es todavía más inconducente que las otras á probar la flagelación; porque, quien exclama "*por Dios, nunca me han castigado,*" no se refiere á una flagelación sino á un castigo en general que puede ser también de cepo de campaña ú otro cualquiera; ni menos afirma que ha sufrido el castigo, sinó más bien expresa la satisfacción de no haber sido castigado jamás ó de haberse librado del que le amenazaba.—De todos modos, esas palabras no serían más que el mero dicho del interesado que las profería, sin que se viese señal ni hue-

lla alguna del delito, y esto suponiendo que se hubiesen proferido, lo cual ni el mismo interesado asegura.

El mencionado celador Castillo habla de que oyó mandar formar la primera; y tal orden que no ha oído ni el que hace de paciente, no es siquiera verosímil, porque, á más de innecesaria, no podría, sucediendo dentro del cuartel, ser oída por el que se encontraba afuera y lejos, en el vivac de policía.

Refiere, además, el celador Castillo, que el mayor Casaña, de celadores, estaba dentro del cuartel y salió con el coronel Gutiérrez después del celador Montejo. Aunque nadie mas que este testigo ha visto á ese jefe de celadores, de quien no dá noticia ni aun el propio querellante, ni ha podido ser habido para ser examinado, tal circunstancia, caso de que fuera cierta, acreditaría que no pudo ser flagelado el celador Montejo á presencia y con el consentimiento de su jefe por fuerza extraña, como la del batallón *Zepita*.

De esta declaración no se deduce nada que compruebe el cuerpo del delito, ni culpabilidad alguna en el coronel Gutiérrez.

El otro testigo celador Olivo en nada concuerda con el anterior, aunque parece que hubiesen estado juntos, á la puerta del vivac, donde todos se hallaban reunidos.— Según Castillo, el coronel Gutiérrez, llamó á Montejo y ambos entraron al cuartel; según Olivo, no obedeció Montejo y lo entraron dos ó tres soldados. Según Castillo salió y dijo Montejo, al acercárseles, "*por Dios, nunca me han castigado*": según Olivo, salió al poco rato llorando.

Se comprende que cada uno de estos celadores, testigos que no hacen fé, han contribuido á su modo con referir alguna circunstancia que estimaba conducente á dejar entender en favor de su compañero que hubo una flagelación, sin mentarla.

Queda todavía por examinarse la última declaración en que se funda la Ilustrísima Corte Superior y es del que fué inspector don José Rivera corriente á fs. 136.

Esa declaración, según se relaciona á fs. 145, fué tachada de ilegal, por haberla recibido el juez recusado doctor Patrón; y por eso se mandó por el juez doctor Galindo,

en auto de 18 de Abril á f. 145 vta., que se actuase nuevamente: para ello se citó á Montejo; y días después fué examinado aquel inspector á f. 147 vta.

Aunque esa declaración del inspector á f. 136, carece de valor legal, conviene notar que también es contradictoria, en varios puntos esenciales, con la que prestó antes á f. 97, y con la que prestó después á f. 147.

Con efecto: al declarar antes y después se ratificó sin tener que agregar en el parte que pasó á f. 1; mas á f. 136; afirma: 1º que el sitio en que recibió el parte del celador Montejo, de haber sido abofeteado, y desde donde lo vió llevar al cuartel y salir de él, fué cuando salía el inspector de la comisaría al vivac; siendo así que el sitio señalado en el parte de f. 1, es la puerta del vivac, donde estaba sentado el celador Montejo y reuniéndose allí los celadores diurnos que habían terminado su servicio:

2º Afirma que el coronel Gutiérrez que se hallaba presente, dijo entonces á Montejo—*sabes dar parte*; y pidió cuatro soldados, siendo así que, según el parte, no profirió, esas ni otras palabras:

3º Afirma también que el celador salió del cuartel “chorreando sangre, y con las fornituras perdidas,” siendo así que, según el parte, no se vió señal alguna, sino que salió llorando sin armamento y sin dinero:

4º Afirma, además, que el coronel Gutiérrez había dado de bofetadas á Montejo, porque ni hicieron callar á los presos del vivac, siendo así que en el parte no expresó el motivo de las bofetadas, y que el mismo celador Montejo ha referido en su indagatoria (á f. 12), que, á causa de la “bulla que hacían los presos del calabozo, el coronel Gutiérrez entró al vivac *precipitadamente* dando una bofetada al declarante *para abrirse paso entre todos los celadores.*”

Nada, pues, hacía digno de mención lo declarado á f. 136; y examinando el parte de f. 1, resulta: que el inspector Rivera hace entender que todo lo ha visto, á pesar de que sus propias palabras acreditan que, estando en la puerta del vivac, no pudo saber sinó por la relación de interesado, lo que había sucedido en el interior

*del cuartel:* que no es natural hubiese guardado profundo silencio un oficial de celadores, cuando de la puerta de su vivac tomaban á Montejo para llevarlo al cuartel del batallón «Zepita»: que, sin embargo de estar allí juntos este oficial inspector y muchos celadores, nadie más que el inspector vió salir é Montejo con los pantalones en la mano y perdido su armamento y su dinero: que, en resumen, respecto del delito de flagelación, no es el inspector más que testigo de oídas con referencia al interesado; y que la proligidad y el modo con que este oficial de policía relaciona los pormenores del interior del batallón «Zepita», donde no se encontraba, muestra su ánimo prevenido contra ese cuerpo ó su jefe.

Esa animadversión aun en la tropa de policía se nota más en la acriminación que el celador Montejo hace al coronel Gutiérrez en su indagatoria de f. 42 atribuyéndole que ofreció «hacer botar á palos con sus soldados á los presos, á los celadores é inspectores, porque eran unos pícaros comenzando por el Intendente y los jefes, que cuando tomaban un soldado sabían maltratarlo.»

Como efecto de esa animadversión especial en el celador Montejo, para faltar deliberadamente al respeto del coronel Gutiérrez, se presenta la circunstancia de haber permanecido *sentado* dicho celador cuando entró este jefe á hacer callar á los presos del vivac, cuya falta dió ocasión, según el teniente Villalva de Cañete (f. 157), á que el coronel recordase á Montejo que cuando pasaba un jefe delante de un individuo de tropa, tanto del ejército, como de policía, tenía éste que pararse.

Como quiera que sea, basta advertir que, estando á la declaración del mismo querellante (f. 12), no fué una deliberada injuria la bofetada que recibió del coronel Gutiérrez, sino ocasionada por la *precipitación* con que entró á acallar la bulla de los presos y *para abrirse paso entre los celadores reunidos*. Atendidas estas circunstancias, no puede ser materia de un juicio criminal esa bofetada que, al abrirse rápidamente paso, dió un coronel á un celador de policía, que estaba sentado entre muchos otros.

No puede ser tampoco objeto del plenario la flagela-

ción imputada; porque, si las declaraciones ya analizadas de los individuos de policía, no constituyen prueba, desaparecen aun las presunciones más ó menos fundadas que de ellas podrían deducirse si se atiende á la prueba plena de no haber sufrido últraje alguno, dentro del cuartel, el celador Montejo, que, llamado para una reconvencción, permaneció sólo por instantes. Esa prueba consiste en las unánimes declaraciones del oficial de guardia, teniente don José Villalva, natural de Lima, del oficial de semana don Tomás Torres y del teniente don José Arriaga (f. 33, 35 y 35 vta.) que presenciaron en el cuartel del batallón «Zepita», cuando allí fué llamado, reconvenido y despedido el celador Montejo.

Comprobada la inculpabilidad del enjuiciado coronel don Marcelino Gutiérrez, y no estando acreditada legalmente, ni pudiendo acreditarse la existencia del delito; está expedito el sobreseimiento conforme al art. 91 del Código de Enjuiciamientos Penal. Y lo está más, si se considera que se han practicado las diligencias y recibido todas las declaraciones de cuantas personas podían dar razón en esta causa; que el plenario no sería esencialmente más que un trámite de mera solemnidad, para llegar á pronunciar por sentencia la absolucón definitiva; que es legal y moral terminar el juicio al concluir el sumario siempre que se halle comprobada la inculpabilidad.

Ópina, por tanto, este Ministerio que hay nulidad en el auto de vista de f. 169 vta., su fecha 3 de Octubre último, en que la Ilustrísima Corte Superior de esta capital, revocando el apelado de sobreseimiento en la parte relativa al expresado coronel Gutiérrez, ha mandado continuar la causa contra éste.

Puede servirse V. E. declararla confirmando el citado auto de 19 de Setiembre corriente á f. 165.

Lima, á 16 de Enero de 1872.

URETA.

---

*Lima, Enero veinte y tres de mil  
ochocientos setenta y dos.*

Vistos; con lo dictaminado por el señor Fiscal: declararon improcedente el recurso de nulidad interpuesto por parte del señor coronel don Marcelino Gutiérrez; y los devolvieron.

*Cossio.— G. Sánchez.— Alvarez.— Vidaurre,— Arenas.  
—Oviedo.—Cisneros.*

Se publicó conforme á la ley, habiendo sido el voto del señor Arenas por la nulidad conforme al dictamen del señor Fiscal, de que certifico.

*Manuel L. Castellanos.*

---

### Misión en posesion

Excmo. señor:

Desde que á don Manuel y Juan Llaclahuamán, nominalmente indicados en el recurso de f. 21, no se les hizo saber oportunamente el proveído de f. 22, como se acredita por la diligencia de f. 24 vta., han tenido su derecho expedito para formalizar la oposición de f. 36.

No se trata, pues, de la que también hicieron á f. 29, don Eugenio León y don Santos Huamán, notificados á f. 23 y 23 vta., ni nada significa que éstos se unan á la oposición de f. 63; porque, poseyendo *todos* la misma casa y habiéndose pèdido por el demandante se instruyese de su solicitud á *todos* los indicados á f. 21 vta., la falta de citación á *cualquiera de ellos* aprovecha á los demás.

Si ha sido legal la oposición de f. 63, y si á ella se