

Fiscal y por los fundamentos que aduce y se reproducen; declararon haber nulidad en el auto do vista de fojas veintiseis, su fecha primero de Setiembre último, confirmatorio del de primera instancia de fojas veinte que declara sin lugar la excepción de pleito pendiente propuesta por don José Corvella y manda que éste conteste el traslado pendiente; y, reformando el primero y revocando el segundo, mandaron que el representante de la casa de Solignac use de su derecho en el juicio de concurso como mejor le convenga; y los devolvieron.

Cossio. — G. Sánchez. — Alvarez. — Ribeyro. — Muñoz. — Vidaurre. — Cisneros.

Se publicó conforme á la ley, de que certifico.

Manuel L. Castellanos.

El homicidio alevoso debe sufrir la pena de muerte

Excmo. señor:

Por sentencia del juez de primera instancia de Ayacucho, confirmada por la Ilta. Corte Superior del Departamento, ha sido sentenciado Juan Gutiérrez á sufrir la pena de muerte como homicida alevoso de Martín Dávila; el Fiscal no considera justa esta sentencia, por la mala calificación que se hace del delito y la aplicación de la pena, aunque conste probado el homicidio por la sola confesión de los reos, no están probados ni la premeditación, ni la alevosía.

La lectura del proceso probará á V. E. la exactitud de este juicio.

El primero de Enero de este año, Juan Gutiérrez y su sobrino Anselmo Flores, vecinos del pago de *Chilinga*

en el distrito de San Miguel, provincia del Cercado de Ayacucho, se dirigieron al sitio denominado las salinas de *Cacho*, y se detuvieron en la chichería de Manuela Mendoza, en la que se hallaban Martín Dávila y su hijo Elías. Estos invitaron á aquellos á almorzar y beber chicha; y, para pagar el convite, sacó Dávila de su costal un atado con dinero, y después se retiraron juntos, los cuatro, para las salinas de *Cacho*, por invitación de los Dávila. (Declaración de la chichera Mendoza f. 21).

Gutiérrez y su sobrino llegaron á las salinas, habiéndose quedado á dormir á poca distancia Dávila y su hijo.—Aquel recordó á la madrugada, por los ladridos del perro que llevaban los Dávila; y preguntando Gutiérrez quién andaba por esos lugares, contestó Martín Dávila, en mal tono, con un palo en la mano, que él era; por lo que Gutiérrez le tiró una piedra, que lo echó al suelo, y, en tal estado, volvió darle con otra, á cuyo golpe quedó muerto Martín Dávila (f. 6). Su hijo Elías (que aparece no haber presenciado la reyerta desde el principio) salió á vengar la muerte de su padre y Gutiérrez cargó sobre él arrojándole las pedradas de que murió; Flores había fugado según su instructiva y la de Gutiérrez. f. 6, 8 y siguientes, después que sepultaron los cadáveres, cubriéndolos con piedras en el sitio de *Yanacocha*.

Francisco Quispe, á f. 18, dice que, buscando un buey, oyó los aullidos de un perro y movido de curiosidad, se acercó al sitio en el que encontró los cadáveres, corriendo luego á dar aviso al Teniente gobernador de *Cachi*. A consecuencia de este aviso, salieron á recoger los cadáveres Francisco Pasión, Matías Castillo y otros, los que, en las inmediaciones, vieron dos hombres y al distinguirlos apuraron sus bestias, los tomaron y los condujeron amarrados á la cárcel. Eran Gutiérrez y Flores.

De ninguno de estos hechos, ni de las declaraciones que los comprueban, resulta sospecha de intención alejosa de Gutiérrez ó de su sobrino Flores. Por el contrario, los hechos de haber sido invitados por los Dávila, primero á comer y beber, luego á marchar juntos á las salinas y últimamente de haber dormido á poca distancia unos de otros, son más positivas que las presun-

ciones contrarias.—Si Gutiérrez hubiese traído premeditación de Matar á Dávila y á su hijo, los hubiera buscado llevando consigo alguna arma homicida; pero todo lo contrario sucedió. El difunto le salió al encuentro de un modo airado y armado con un palo, y el empleo de la piedra con que lo derribó Gutiérrez, acredita que se defendía para no ser alcanzado por el palo con que se le amenazaba.

Las circunstancias para calificar un homicidio de aleroso están designadas en el art. 232 del Código Penal; y ninguna de ellas ha concurrido en la muerte de Dávila, sobre todo, no se ha probado ni puede probarse la intención por conjeturas, como se ha deducido en las sentencias de primera y segunda instancia.

En este suceso lamentable, solamente concurrieron cuatro personas; Gutiérrez, Flores y las dos víctimas.— Los hechos posteriores no sirven para comprobar sino la existencia del cuerpo del delito y para presumir la de sus autores, pero no las demás circunstancias precedentes. Quedan, pues, como testigos Flores, sobrino de Gutiérrez, cuyo dicho no es admisible conforme al art. 60 del Código de Enjuiciamientos Penal, y como cómplice y acusado en el mismo delito.

Queda, pues, como única prueba digna de atención, lo contestado por Gutiérrez.

Al reconocer el art. 105, Código de Enjuiciamientos Penal, la confesión, como prueba plena, la acepta tal cual la presta el acusado, sin restricciones, ni distinciones; de modo que, no apareciendo otra para comprobar la criminalidad personal del acusado, preciso es convenir en este caso en que, si Gutiérrez dió muerte á los Dávila, fué después de amenazado con un palo por Martín. La ley exige varios requisitos y entre ellos que sea la confesión libre y espontánea; y leyendo las instructivas de los enjuiciados aparece, que no fueron interrogados sobre si sabían quién cometió el delito y á sus autores, sinó reconocidos como en confesión dando por supuesto el delito (ff 6, 8, 22 y siguientes).

Del examen que acaba de hacer el Fiscal podrá deducir V. E. que, si está probado el homicidio cometido en

la persona de Martín Dávila y de su hijo Elías, no lo está de igual modo que procedió intencionalmente al acto, ni premeditación, ni alevosía en su ejecución, y que se han infringido las leyes citadas aplicándole las que no son conducentes; por lo que, declarando V. E. la nulidad de las sentencias de primera y segunda instancia, y considerando también las circunstancias atenuantes, podrá aplicar á Gutiérrez la pena de penitenciaría en cuarto grado con sus accesorias; salvo siempre el más recto juicio de V. E.

Lima, Mayo 19 de 1871.

Paz Soldán.

*Lima, Junio veinte y siete de mil
ocho-cientos setenta y uno.*

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal: declararon no haber nulidad en la sentencia de vista de fojas sesenta y nueve pronunciada en veintidos de Abril último, por la Ilma. Corte Superior del Departamento Ayacucho que, confirmando la de primera instancia de fojas cuarenta y cuatro vuelta, condena al reo Juan Gutiérrez á la pena ordinaria de muerte, y absuelve de la instancia á Anselmo Flores: y los devolvieron.

Ribeyro. — G. Sánchez. — Cossio. — Muñoz. — Vidaurre. — Oviedo. — Cisneros.

Se publicó conforme á la ley, habiendo sido el voto del señor Presidente por la nulidad, de que certifico.

Manuel L. Castellanos.
