

Para que el homicidio se considere cometido con la calidad de sobre seguro, se requiere que lo haya sido en condiciones tales que la víctima no pueda defenderse ni ser auxiliada; y tenga el agresor expeditos los medios de sustraerse, en ese acto, á la acción de la autoridad.

---

*Recurso de nulidad interpuesto por Santiago Ocares y Victoriano Solís en la causa que se les sigue por homicidio.*

Excmo. Señor:

El hecho criminal que se juzga en este proceso, según la declaración instructiva del reo Santiago Ocares, corriente á fojas 60, concordante con la del reo Victoriano Solís, ha tenido lugar del modo siguiente: Viajando Santiago Ocares en dirección al pueblo de «Huanta», el 6 de noviembre de 1879, encontró en el camino á Rudecindo Fabián que venía de «Chongos» conduciendo burros cargados de harina, y después de haberse adelantado aquél hasta «Huanta», regresó al encuentro de Fabián, acompañado de su hermano Victoriano Solís, con la intención de robarle los burros y la harina al mencionado Fabián. Para realizar su propósito, luego que le dió alcance, procuró inspirarle confianza; le propuso comprarle la harina á mejor precio que otro; se adelantó después á la chacra de Juan Flores á pedirle posada y pastos; regresó donde su víctima y avanzaron en seguida juntos hasta dicha chacra, donde

se alojaron en un potrero y mandaron que se les hiciera de cenar. Mientras Flores preparaba la cena, Ocares trató de que su víctima riñera con él, so pretexto de no querer pagar 40 soles, por la mitad de un queso que habían consumido, y efectivamente resistiéndose á este pago, Fabián acometió á Ocares con el palo del chicote con que arriaba sus burros y Ocares con su hermano Victoriano Solís mataron á aquél á palos. Estando estos al lado del cadáver, llegó Flores á avisarle que la cena estaba lista y apercebido del crimen que acababan de cometer sus huéspedes, echó á correr asustado. Consumado el homicidio, Ocares y Solís botaron el cadáver al río inmediato y como hubiese sido visto flotando en el agua por algunos vecinos lo quemaron después.

Los burros y la harina de la víctima los condujeron los reos á su casa y en ella beneficiaron la harina, haciendo pan, de cuya venta encargaron á Juana Napanga, mujer de Ocares. También confiesan los mismos reos haber cometido antes otro robo de reses y consta de autos el cuerpo de este delito.

La existencia del delito de homicidio está probada con la declaración del testigo Juan Flores, que primero, vió juntos en su chacra á los reos y á Fabián que habia hospedado, y poco después, cuando fué á anunciarle que estaba lista la cena, vió también á aquellos al lado del cadáver de la víctima, no habiendo ninguna otra persona en el lugar. A este testimonio se agrega el de los testigos que declaran á fojas 25 vuelta y fojas 26 vuelta, haber visto flotar el cadáver en el río y el certificado de los peri-

tos corriente á fojas 47 que reconocieron los fragmentos del cuerpo quemado á las orillas del río y las huellas de la fogata hecha en un cañaveral.

La delincuencia de Ocares, como autor principal, tiene, pues, por pruebas su propia declaración y la del testigo Flores, que conforme al artículo 105 del Código de Enjuiciamientos Penal, hacen prueba plena. En cuanto al reo Solís que confiesa los robos, pero niega haber sido el asesino, no cabe duda, por sus mismas declaraciones, la de Ocares y las de Flores, que ha sido coautor del delito principal. A estas pruebas se agregan las declaraciones de fojas 11, 15, 16 vuelta, 27 vuelta y fojas 33, que contribuyen mucho á excluir la posibilidad de que los expresados reos sean inocentes. En la apreciación del delito, bajo el punto de vista legal, cree este Ministerio que ha padecido un doble error de concepto la Ilustrísima Corte Superior de esta capital, considerando el homicidio como perpetrado sobre seguro, en despoblado y con el fin de robar, sin aceptar la excusa del reo Ocares en la parte que dice que la muerte fué el resultado de un pleito; por cuyas razones le impone el Tribunal la pena de muerte y á Victoriano Solís la de penitenciaria en 4º grado término máximo, en atención á su menor edad.

No se entiende en el lenguaje jurídico, por muerte *sobre seguro* la que se causa asestando con seguridad el golpe fatal, de suerte que sea inevitable la muerte; sino la que tiene lugar en condiciones tales, que el agresor no corra ningún peligro, ora porque la víctima no puede defenderse, ni ser au-

xiliada, ora por que el agresor tiene expeditos los medios fáciles de salvar en el acto, del poder de la autoridad. El asesinato que cometió Montoya, por ejemplo, no es ni puede ser jurídicamente considerado *sobre seguro*, como algunos lo han calificado, si bien es cierto que se cometió á traición. Es principio jurídico, que la confesión del reo es indivisa, por lo mismo que la ley la considera como elemento de prueba. Aceptada como está la declaración del reo, en cuanto al homicidio, menester es aceptarla también en cuanto al medio de consumarlo que en ella se refiere, de provocar á Fabián á una riña, al extremo que éste le acometiera con el palo de su chicote; y como la muerte tuvo lugar á palos, claro es que hubo, ó, cuando menos pudo haber defensa, con peligro del agresor; y por consiguiente, no ha habido golpe fatal sobre seguro.

Si se entendieran y aplicaran los términos *sobre seguro* en el sentido que les da el Superior, resultaría invertido el orden de la ley penal y cambiado su espíritu reconocido. Quiere la ley que la pena de muerte se aplique en muy raros casos al homicida, estableciendo, como regla general, la pena de penitenciaría y, como excepción, la capital. Sólo en los casos de los cinco incisos del artículo 232, ciertamente raros, es aplicable la pena de muerte por el homicidio consumado. Tomándose las palabras *sobre seguro* en el sentido de que el golpe sea tan certero que ocasione inevitablemente la muerte ó que por lo menos sea instantánea, la generalidad de los homicidios consumados tendrían entonces pena de muerte y serían excepcionales los casos en que se

impondría la pena de penitenciaría, contra el tenor y espíritu de la ley penal.

Tampoco se ha cometido en despoblado el crimen que se juzga. «Despoblado es el sitio desierto, yermo, que no está poblado, ó que lo está poco». Entre estos dos extremos, desierto y poco poblado, no cabe duda alguna de que en la ley penal se emplea en el primero, es decir, que la palabra *despoblado* debe entenderse en el sentido de carencia absoluta de moradores ó habitantes. La razón de esto es muy obvia. El hecho de cometerse el crimen en despoblado lo considera el legislador como una calidad necesaria para la aplicación de la excepcional pena de muerte; porque no habiendo habitantes en el lugar del crimen, la víctima no ha podido ser auxiliada y su inmolación es casi segura, desde que el agresor, antes de acometer, ha medido naturalmente sus fuerzas y el alcance de sus armas, reconociendo su superioridad, para salvar del peligro de una vigorosa defensa y el de ser capturado y castigado por la autoridad. Y de autos consta que el homicidio de Fabián tuvo lugar en la chacra de Juan Flores, donde éste habita, donde les dió hospedaje y les preparaba la cena. Por reducido que sea el número de personas que habitan en una chacra, una sola que sea, basta para que no se considere el sitio como despoblado en el sentido de la ley penal.

Tampoco es suficiente para la aplicación de la última pena, la circunstancia de que el homicidio se ejecute como medio para consumar un robo. Esta circunstancia es meramente agravante, según el

inciso 9.º del artículo 10 del Código Penal y por ella se aumenta la pena en un término, sin pasar nunca de la de penitenciaría á la de muerte. Preciso es para la aplicación de ésta, conforme al artículo 232 inciso 4.º, que coincidan las dos circunstancias, la de que el objeto del homicidio sea cometer el robo, con la de que se perpetre aquél en despoblado: faltando una de las dos, no hay pena de muerte, sino aumento de un término en la de penitenciaría; la circunstancia es entonces agravante y no *calidad* para la pena capital.

En el crimen de Ocares han concurrido, además de las circunstancias agravantes de haberse cometido con premeditación y como medio para consumar otro delito, la de haberlo llevado á cabo valiéndose de la cooperación de otra persona y la de haber tenido lugar de noche (artículo 10 incisos 2, 9, 10 y 11 del Código Penal). En virtud de lo dispuesto en el artículo 57 del mismo código la pena de penitenciaría en tercer grado señalada en el artículo 230, para el que mata á otro, debe aumentarse hasta el 4.º, término máximo respecto del reo Santiago Ocares. La misma pena corresponde al reo Victoriano Solís como coautor, pero disminuida en un término ó sean 14 años de penitenciaría, en atención á su menor edad (artículo 13 y 57 del mismo código).

De lo expuesto se deduce, que es ilegal la sentencia de vista, por la cual se condena á Ocares á la pena de muerte y á Solís á la de penitenciaría en 4.º grado término máximo, en lugar de aplicarles las penas próximamente indicadas. Puede pues V. E. siendo servido, declarar que hay nulidad en

la de vista y reformándola confirmar la de primera instancia, por la que se impone al primero de dichos reos la pena de penitenciaría en 4.º grado término máximo y al segundo 14 años de penitenciaría, con sus respectivas accesorias, salvo mejor acuerdo de V. E.

Lima, 6 de julio de 1880.

CÁRDENAS.

-----

*Lima, 20 de julio de 1880.*

Vistos: en segunda discordia de votos, de conformidad con lo expuesto por el señor Fiscal, y por los fundamentos de su dictamen que se reproducen; declararon haber nulidad en la sentencia de vista, de fojas 93 vuelta, pronunciada por la Ilustrísima Corte Superior de este distrito, en 25 de mayo último y reformándola confirmaron la de primera instancia de fojas 81 su fecha 16 de marzo anterior, por la que se condena á Santiago Ocares á la pena de 15 años de penitenciaría, y á Victoriano Solís á 14 años de la misma pena, sin descuento alguno; con sus respectivas accesorias; y los devolvieron.

*Ribeyro. — Alvarez. — Muñoz. — Vidaurre. — Oviedo. — Cisneros. — Sánchez. — Morales. — García.*

Se publicó conforme á ley, habiendo sido el voto de los señores Muñoz, Vidaurre, Oviedo y Sánchez por la nulidad, de que certifico.

*Juan E. Lama.*

Procede de Lima. — Cuaderno Núm. 253.

---

### Derecho de retención del conductor para el pago de mejoras

---

*Recurso de nulidad interpuesto por don Juan Sánchez de la Cruz en la causa que sigue con la Sociedad de Beneficencia sobre restitución de productos.*

Excmo. Señor:

A juicio del Fiscal no hay nulidad en la sentencia de vista de 30 de abril del presente año, á fojas 35 que, confirmando la apelada de fojas 15 vuelta, declaraba fundada la acción entablada por la Beneficencia y que don Juan Sánchez está obligado á restituirle los subarriendos de la finca desde el 5 de octubre de 1874 hasta el 1º de junio de 1878 en que se constituyó el depósito.

Lima, 1º de junio de 1880.

LA ROSA.

---