

112

**Los delitos comunes cometidos durante la guerra civil, son punibles conforme a las leyes.**

---

*Recurso de nulidad interpuesto por doña Carolina Puga viuda de Puga, en la causa que sigue contra Manuel Callirgos Quiroga, por varios delitos.—Procede de Cajamarca.*

---

DICTAMEN FISCAL

Excmo. Señor:

De los crímenes denunciados por doña Carolina Puga viuda de Puga, de los cuales se querelló contra el reo Manuel Callirgos Quiroga, sólo está comprobado el de incendio de las casas graneros y molinos de las haciendas de «Guabal» y «La Panca» y de las habitaciones y caseríos que se mencionan en las numerosas declaraciones del sumario; delito que el reo no ha negado en su declaración instructiva ni en su confesión; y cuyas huellas materiales han sido reconocidas en las diligencias respectivas y detalladas en los informes periciales de fojas 82, 84 y 111.

Los delitos de homicidio en las personas de don Víctor Zedillo, Alejandro Berchi y Manuel Montoya y de robo de ganado en las haciendas

destruidas no están plenamente demostrados; pues en cuanto al primero, aunque los testigos que han declarado a fojas 70, fojas 72 vuelta, 76, 89 vuelta, 92 vuelta y 97 vuelta, afirman, por haberlo presenciado, que el Coronel Callirgos hizo fusilar a los mencionados individuos, después de terminado el combate, esas declaraciones han sido destruidas por los testigos de descargo presentados por el reo y que han sido examinados de fojas 84 vuelta a fojas 210. Aunque todos estos testigos al dar razón de sus dichos, manifiestan haber sido subordinados del coronel Callirgos Quiroga, en la época de los excesos que originan este juicio, hay que dar crédito a sus testimonios: 1º porque al declarar, hacía mucho tiempo que habían dejado de ser subalternos del acusado; 2º porque no consta en manera alguna que ellos hubieran tenido participación en los fusilamientos atribuidos a Callirgos Quiroga, *post fervit opus*.

En cuanto al delito de robo de ganado, las circunstancias en que se realizó y los actos posteriores del coronel Callirgos, hacen por lo menos dudoso el carácter del hecho, para que se le pueda atribuir trascendencia legal como delito de robo.

Consta de los documentos y declaraciones con que se ha instruido el proceso, que Callirgos Quiroga condujo a Cajamarca una parte del ganado y que allí se vendió ingresando su producto a la Caja Pública de la facción política que por entonces se levantaba en esa Comarca; y asimismo consta que vendió o dispuso de otra parte en el trayecto, para socorro de su tropa; en lo cual puede decirse procedía con arbitrariedad y cometía exacción, siendo este el

delito que el adjunto encuentra calificado sobre este punto.

Lo que pudiera serle imputable en este orden como delito común de robo o sustracción de caudales públicos, según la especial designación contenida en el artículo 203 del Código Penal, sería el aprovechamiento que hubiese hecho para sí de los animales extraídos de las haciendas del doctor Puga, pero, como las declaraciones de los testigos, acerca del número de los animales sustraídos, están en la mayor discordancia sobre este punto, y está demostrado que Callirgos Quiroga entregó en arcas públicas el importe de una parte de ellos y que otra parte la aplicó directamente a las necesidades de su tropa, no consta cargo determinado contra él, por el delito indicado.

La principal responsabilidad calificada y probada contra el acusado, es la de incendio de los edificios y propiedades mencionadas al principio, en lo cual están de acuerdo en cuanto al hecho, las propias confesiones de Callirgos Quiroga y las declaraciones todas del sumario.

Antes de pasar al examen de los motivos de derecho en que la Corte de Cajamarca se ha fundado para absolver de responsabilidad al acusado, conviene dejar definido el punto relativo a la realidad del hecho, como imputable a Callirgos Quiroga.

El sistema de defensa adoptado por éste desde el principio y el de su defensor en el plenario, son sustancialmente distintos; pues mientras el primero confesando el hecho se escuda con las instrucciones de su superior, el segundo trató de demostrar con algunos testigos de descargo que no había sido Callirgos quien ordenó los bárba-

ron incendios que destruyeron tantas propiedades, sino el mayor Bustamante, subalterno de Callirgos en la expedición.

Esta tentativa de prueba no ha desvirtuado en nada el convencimiento producido por la instrucción sumaria, 1º porque es inmensamente superior el número de los testigos presenciales que, con designación de detalles en cada caso particular y con notable conformidad atribuyen a Callirgos la orden de los incendios; 2º. porque estas declaraciones están conformes con las mismas confesiones del reo; 3º. porque las deposiciones de los testigos del plenario son vagas y sin especificación; 4º. porque están discordes entre sí; 5º. porque es inverosímil que un subalterno de grado tan inferior, pudiera hacer ejecutar esos horrores en presencia del jefe superior de la expedición, sin la orden o consentimiento de éste.

Sentado esto, ha llegado el caso de examinar la naturaleza de los motivos de derecho en que se apoya el fallo absolutorio pronunciado por la Corte de Cajamarca.

Por honor de la magistratura nacional sería apetecible que el espíritu de bondad y de indulgencia que se advierte en ese fallo, se hubiera traducido en consideraciones diferentes; así como la moralidad y la seguridad social exigen perentoriamente que V. E. al reformarlo, en el sentido que estime más justo, condene con la elevada autoridad de su decisión, tan peligrosas y disociadoras doctrinas.

La primera consideración en que se apoya la sentencia contiene, en realidad, dos motivos que no solamente son distintos sino contradictorios entre sí.

Consiste el primero en sostener que los incendios y demás delitos atribuidos a Callirgos Qui-

roga, no son imputables a éste por haberse cometido durante la guerra civil que en aquella época dividía la República, y que deben por lo tanto juzgarse como actos de hostilidad entre los dos bandos beligerantes.

Aunque la Corte no lleva más allá este argumento, parece concluirse de él, que el hecho relativo no queda sujeto a la sanción de la ley común interna, sino a las reglas internacionales de la guerra.

La segunda parte de ese considerando encuentra excusa para el reo en las órdenes formales y escritas recibidas de su superior, cuyo texto original se encuentra a fojas 279, cuaderno segundo.

Error y de grave trascendencia es el de considerar inmunes y fuera de la acción de la ley penal, los actos de vandalaje y los crímenes todos del orden común, que perpetran las parcialidades políticas que se disputan el triunfo en una guerra civil. Por mucho que se sutilice, jamás podrá equiparse la situación de dos naciones, que contienden sus derechos por las armas, a la de los partidos políticos que en el interior de un país se disputan el poder.

Los actos de hostilidad, aun ilícitos, cometidos por los beligerantes, no están sujetos a la ley interior de ninguno de ellos y sólo tiene la sanción moral de la opinión; y para el vencido, la de las reparaciones y sacrificios que se le imponen por el vencedor.

Y aun en este orden y no pudiendo admitirse en la autoridad suprema de cada uno de los beligerantes, derecho de decretar hostilidades reprobadas, devastaciones y crímenes, la ley de las naciones les impone el deber de reprimir, cada uno según su ley particular, los excesos, violen-

cias particulares y destrucciones cometidas por sus respectivos subalternos, fuera de las necesidades de la guerra y de todo objetivo militar. No han faltado ejemplos de esta satisfacción debida a la humanidad y a la moral internacional, castigándose por los gobiernos beligerantes a esos subordinados culpables de inútiles y repugnantes violencias.

En las guerras civiles el caso es diferente; porque en ninguna situación dejan ambos bandos de estar sugetos a la ley interna, ya para los que la sostienen, ya para los que intentan cambiarla. Si así no fuera, sería preciso convenir en que los actos de los ciudadanos no están sometidos a regla ni sanción alguna, aun en lo relativo a la violación de los derechos privados. Algo más, sería preciso concluir de un modo riguroso, en que no hay sanción penal para la rebelión vencida, ni en caso contrario para los actos de la autoridad y de sus subalternos, culpables de crímenes comunes anteriores o coetáneos a la guerra civil.

Lo único que está a cubierto de una imputación, no por la ley internacional, que tampoco reconoce como legítima toda hostilidad, sino por la ley penal, son los actos constitutivos de la lucha en sí misma y las trascendencias naturales de las hostilidades como son las muertes y heridas ocasionadas en los combates y los daños y sacrificios impuestos a la propiedad por la autoridad legítima o por la que llegara a serlo por efecto de la lucha. Pero jamás se ha oído decir que los culpables de crímenes comunes durante una guerra civil, sean indemnes, solamente porque tomaron parte en ella,

En conclusión, el adjunto no concibe que se haya podido, en una sentencia, sustraer al imperio de la ley común interna, los actos de una gue-

rra civil, olvidándose los principios rudimentarios que las guerras intestinas no caen bajo el dominio de la ley internacional; que sólo llegará a estar parcialmente bajo sus reglas, cuando se hacen trascendentales a intereses de naciones extrañas, para el solo efecto del reconocimiento de la beligerancia y por motivos de humanidad, todo lo que hace la contraprueba del extraño principio sentado en la sentencia de la Corte de Cajamarca.

El segundo punto que abraza el motivo ya recordado de ese fallo, tan erróneo como el anterior en principio, es mucho más grave en sus consecuencias para la moral y la seguridad pública.

La orden superior es para la Corte de Cajamarca la justificación de los actos de vandalaje perpetrados por el Coronel Callirgos Quiroga. Lo que importa establecer que no hay límite en la obediencia debida por el subalterno a los mandatos de su jefe o superior. La verdad es que este principio monstruoso dejó ya de ser hasta tema de discusión puramente teórica, en lo que tiene de absoluto.

No cree necesario el adjunto entrar en muy extensa exposición sobre una materia harto discutida y sencilla por la doctrina y por la legislación positiva de todo país que no viva en estado natural o primitivo; pero a lo menos debe constar la protesta más formal y absoluta contra tan singular regla jurídica, que es la antinomia de la dignidad, de los deberes y hasta de la existencia de la magistratura.

Cualquiera que no esté abandonado por la luz natural, puede distinguir entre lo permitido y lo que es intrínsecamente malo, y que siendo instituido el gobierno para el bien de los gobernados y no para su propia conveniencia o satisfacciones

personales, sus mandatos no obligan a la obediencia cuando son injustos o inmorales.

La doctrina de la obediencia pasiva, en el orden civil o militar, no se concibe ni se admite hoy por nadie, sino en tanto que el superior procede dentro de la órbita de sus poderes. Para ningún subordinado pues, y mucho menos para uno que se hallaba a la altura del Coronel Callirgos Quiroga, podía ocultarse que los actos de devastación y de ruina que le estaban ordenados por el Gobierno de Iglesias, lejos de hallarse en la órbita de los poderes de gobernante ninguno, constituían delitos comunes, reprobados por las leyes de todo país organizado, por las de la moral y de la humanidad.

Bajo el punto de vista de los deberes profesionales y de las facultades correspondientes, es indisculpable el militar que arrasa una zona de territorio y propiedades en sí mismas inofensivas, antes de toda acción de guerra, y después de debelada una insignificante resistencia en campo abierto, como sucedió en el caso en cuestión.

No escuda al reo la orden recibida del jefe o caudillo de quien dependía, ni aun suponiendo a éste a su vez autorizado por una ley llamada de represión, mejor calificada, quizá, de ley de odio, y de terror, cuya vigencia y autoridad no es preciso discutir atendido su origen y circunstancias. Pro venga o nó de tal fuente el mandato de un crimen, la obediencia pasiva, incomprensible en el orden moral, no es menos absurda en política, mucho más cuando lejos de existir la ley que tales excesos ordenara con el carácter de expresión de la voluntad general, se trataba de un instrumento de parcialidad política que usaban sus afiliados a sus riesgos y peligros.



Las leyes romanas, que colocaban al esclavo fuera de la órbita del derecho, no llegaban hasta el punto de establecer que la subordinación de él suprimiera su inteligencia, ni entraba del todo su libre albedrío, y así lo hacían responsable de los delitos que cometiera, aun bajo la autoridad de su señor. *Servus non in omnibus rebus sine pena domine dicto audiens esse solet sicut si dominus hominem occidere..... servum jussisset.*

La doctrina sentada, después de todo, es la de la ley positiva que no ha dejado de tener imperio, ni aun en las épocas de mayor depresión de las libertades públicas y trastorno en el organismo político en los últimos diez años. Esa ley es el inciso 10º artículo 8º del Código Penal, que considera causa de excusa en el delincuente la obediencia debida al superior, pero subordinándola al ejercicio legítimo que éste haga de sus atribuciones y a las calidades legales de la orden para que sea obedecida. Si el Gobierno del general Iglesias, procedía en ejercicio legítimo de sus atribuciones, y si la orden, comunicada por un simple oficio de su secretario general, era bastante para derogar la ley común y suprimir sus garantías y su sanción, no creo que sean cuestiones que puedan discutirse ante el Tribunal de V. E., que procede con autoridad derivada de las instituciones fundamentales y cuyo criterio es la ley general y permanente que nunca dejó de existir, en orden a la sanción penal de los actos por ella prohibidos.

Sería también de evidente inutilidad ese debate, desde que el Coronel Callirgos Quiroga es responsable de la manera como apreció y ejecutó una orden de carácter condicional y contingente,

echando sobre sí la responsabilidad de su aplicación en caso determinado.

El inferior a quien su conciencia y su razón no pueden serle inútiles, obra moral y racionalmente, bajo su propia responsabilidad, al discernir el caso de su aplicación. Si debe obedecer a su jefe y presumir la legitimidad de la orden recibida, no podrá suceder esto cuando lo contrario aparezca de una manera evidente. Los tribunales, deben pues, castigarlo, cuando simplemente se ha hecho el instrumento de un crimen, cuya oportunidad y objeto ha quedado por lo demás, a su propia deliberación.

Para dejar mejor establecido esto, no será demás recordar que numerosas declaraciones del sumario han demostrado que el Coronel Callirgos Quiroga dispuso los incendios de caseríos y propiedades, no ya por simple obediencia u orden que no consta habérsele dado contra personas u objetos determinados, sino con la mira de aniquilar lo que pertenecía al doctor Puga y a todos los que le fuesen adictos. Véanse las declaraciones de fojas 86, 92 vuelta, 98, 104 vuelta, 107 vuelta y 115 vuelta.

La imputación por el hecho concreto recae, pues, única y exclusivamente sobre él, no siendo el caso de juzgar a quién y hasta qué punto impone responsabilidad la orden que Callirgos Quiroga presume haber obedecido, en cuanto ella tiene de general.

Por las consideraciones que preceden, el adjunto concluye:

1°.—Que no está demostrado que el Coronel Callirgos Quiroga sea el autor de los homicidios de don Víctor Zedillo, don Alejandro Berchi y don Manuel Montoya.

2°.—Que está demostrado plenamente que es el autor responsable de los incendios de las Haciendas «Guabal» y «La Panca», los caseríos de «Azufre», «Totora» y «Matara», habitaciones de jornaleros y molinos que se designan en el curso del juicio.

3°.—Que el arreo de todos los ganados de las mencionadas haciendas, es una exacción que, como delito especial, debe considerarse como circunstancia agravante del de incendio.

4°.—Que el caso por lo tanto se encuentra comprendido en el artículo 355 del Código Penal.

5°.—Que la orden de destrucción comunicada a Callirgos Quiroga, por el Secretario del General Iglesias, es solamente una circunstancia atenuante, aplicando equitativamente los incisos 1º y 6º del artículo 9º del Código Penal.

6°.—Que la irresponsabilidad declarada por la Corte de Cajamarca, estableciendo que el delito se encuentra fuera del derecho común e invocando el principio de la obediencia pasiva, no solamente es infractoria de la ley positiva, de las de la justicia y la moral, sino que constituye una teoría corruptora y disolvente, incompatible con las bases de justicia y de orden en que descansa la sociedad; y es de opinión que V. E. puede declarar la nulidad de la sentencia de vista, y reformando ésta y revocando la de primera instancia, condena al reo Manuel Callirgos Quiroga, a la pena de penitenciaría en segundo grado término máximo, con las accesorias correspondientes, y a la indemnización civil; salvo más ilustrado parecer.

Lima, 31 de julio de 1888.

RIBEYRO.

## RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, 8 de febrero de 1889.

Vistos; en discordia y de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, cuyos fundamentos se reproducen: declararon haber nulidad en la sentencia de vista de fojas 350, su fecha 3 de mayo último, y reformándola y revocando la de primera instancia de fojas 315 vuelta, su fecha 15 de marzo del próximo pasado año; impusieron al reo Manuel Callirgos Quiroga, la pena de penitenciaría en segundo grado, término máximo, con las accesorias correspondientes y la indemnización civil respectiva; y los devolvieron.

*Sánchez — Muñoz — Arenas — Chacaltana — Alvarez — Mariátegui — Loayza — Guzmán — Galindo.*

Se publicó conforme a ley, siendo el voto de los señores Arenas, Loayza, Guzmán y Galindo, el siguiente:

Vistos; de conformidad en parte con lo dictaminado por el Ministerio Fiscal; y teniendo en consideración: Que la señora Carolina P. viuda de Puga ha interpuesto la querella de fojas 2, cuaderno primero, contra el Coronel Manuel Callirgos Quiroga, por los delitos de homicidio, robo de ganado e incendio de la casa de la Hacienda y granos de la propiedad de la primera. Que en dicha querella se establece que Callirgos practicó estos actos como jefe encargado por el Presidente don Miguel Iglesias, para perseguir y

combatir las fuerzas que en el Departamento de Cajamarca sostenía el doctor don José Mercedes Puga, en la época en que esos hechos se realizaron. Que la irresponsabilidad del acusado por los delitos de homicidio y robo está acreditada según lo manifiestan diversas piezas de estos autos. Que en cuanto al de incendio, debe tenerse en consideración, que consta del pliego de instrucciones corriente a fojas 279, cuaderno segundo, que Callirgos las recibió en efecto para arrasar los cuarteles, casas y todo lo que hubiese podido servir al doctor Puga en las haciendas de «Panca» y «Guayab», y sus alrededores, en el caso a que dichas instrucciones se refieren; que es notorio y consta además de los impresos de fojas 107 y 113 cuaderno primero, que el señor don Miguel Iglesias dominaba esa porción del territorio, en aquella fecha; y que Callirgos Quiroga era jefe de fuerzas, que servía a ordenes del primero. Que si pudiera reputarse legítima la autoridad que entonces ejerció el Presidente Iglesias y legítimo su mandato a Callirgos, quedaría éste exento de responsabilidad conforme al artículo 8°, inciso 10, del Código Penal. Que tanto por las dudas acerca del carácter público del Presidente Iglesias, a mérito de las leyes dictadas sobre el particular, cuanto por el uso indiscreto que hubiese hecho Callirgos de las instrucciones que de aquél recibió, debe considerarse sólo atenuada su responsabilidad, por comprenderle el inciso primero del artículo noveno del citado Código. Que en este caso, lo mismo que en el de imprudencia temeraria, que también pudiera imputarse a Callirgos, según se expresa en el anterior considerando, debe procederse prudencialmente, en el orden establecido en el artículo 60 del preindicado Código, rebajándose por lo menos dos grados de la pena de penitenciaría en segun-

do grado, aplicable a esta clase de delitos en los casos comunes. Que formando escala descendente, la pena anteriormente indicada y la de cárcel, puede aplicarse esta última en cualquiera de sus grados y dejar así satisfechas las exigencias de la ley y de la vindicta pública, sin perjuicio de la indemnización civil a los damnificados. Por estos fundamentos que se declara haber nulidad en la sentencia de vista de fojas 350, su fecha 3 de mayo último que revocando la de primera instancia, de fojas 315 vuelta, su fecha 15 de marzo del año pasado, absuelve a don Manuel Callirgos Quiroga; reformando la primera y revocando la segunda, le impusieron la pena de cárcel en cuarto grado, término máximo; sin perjuicio de la responsabilidad civil indicada en el último considerando; y los devolvieron; de que certifico.

JUAN E. LAMA.

Cuaderno N° 181—Año de 1888.

---