

ESTRATEGIAS RETÓRICAS Y CULTURA JURÍDICA EN EL BUENOS AIRES VIRREINAL: LOS DEFENSORES DE POBRES EN PROCESOS CRIMINALES (1776-1809) *

Por LUCAS REBAGLIATI **

RESUMEN:

El presente trabajo se propone indagar en las prácticas que desplegaron los Defensores de pobres del Cabildo de Buenos Aires en el ejercicio de una de sus múltiples funciones: el patrocinio de reos procesados penalmente. Primero delinearemos un perfil social de los sujetos asistidos por los defensores y luego nuestro objetivo primordial será dar cuenta de las modalidades que asumió el contacto entre estos regidores y sus defendidos. Por último analizaremos las estrategias retóricas utilizadas y sus resultados en los litigios bajo estudio. Creemos que dicha indagación puede iluminar aspectos poco conocidos de la cultura jurídica de la época, y al mismo tiempo darnos una imagen más acabada de la justicia penal del Antiguo Régimen practicada en la capital del Virreinato del Río de la Plata.

PALABRAS CLAVES: *Defensores de pobres - Procesos Criminales - Cultura Jurídica - Buenos Aires - Virreinato.*

Original recibido: 20/01/2016.

Original aceptado: 15/06/2016.

ABSTRACT:

This paper aims to look into the performance of the Defensores de pobres of the Council of Buenos Aires in the exercise on one of its multiple functions: the patronage of prisoners criminally prosecuted. First we will carry out a social profile of persons assisted by defenders and then our main objective will be to account for the contact between these members of the council and their clients. Finally we analyze the rhetorical strategies used and their results in the litigations under study. We believe that such an inquiry can illuminate little-known aspects of the legal culture of the time, and give us a more complete picture of the criminal justice system practised in the ancient capital of the Viceroyalty of the Río de la Plata.

KEYWORDS: *Defensores de pobres - Criminal Trials - Legal Culture - Buenos Aires - Viceroyalty.*

* Este trabajo se enmarca en una investigación mayor sobre los Defensores de pobres de Buenos Aires entre 1776 y 1821. Agradezco los señalamientos hechos por Alejandro Agüero a algunas de las ideas expuestas aquí en el marco del seminario de doctorado “Del antiguo régimen al orden liberal. Del gobierno de jueces al gobierno de leyes” dictado también por Eugenia Molina e Inés Sanjurjo en el año 2014.

** Profesor y Licenciado en Historia (FFyL, UBA). Doctorando en la misma unidad académica. Becario interno postdoctoral (CONICET). Se desempeña como docente en “Historia Argentina I, 1776-1862” (FFyL, UBA) y en “Historia Constitucional Argentina y Latinoamericana I” (UNDAV). E-mail: lucasrebagliati@hotmail.com.

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN. II. PERFIL SOCIAL DE LOS ASISTIDOS. III. LOS DEFENSORES ENTRAN EN ESCENA. IV. DESEMPEÑO EN LOS JUICIOS: ESTRATEGIAS RETÓRICAS Y ASPECTOS DE LA CULTURA JURÍDICA. V. EL DISCURSO DE LAS PRUEBAS: LA CONFESIÓN, LOS TESTIGOS Y LA “ULTIMA Y MAIOR PENA”. VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Una mañana de febrero de 1779, Alejandro García -un joven carpintero que vivía en Buenos Aires- robó un candelero de plata de la iglesia de la merced. Como buen ladrón inexperto, fue apresado ese mismo día. Las pruebas contra Alejandro eran abrumadoras y el fiscal de la causa clamó contra la “depravada inclinación del reo” que había cometido sacrilegio y sostuvo: “se hace indispensable la pena de muerte”. La gravedad de la acusación, junto con la pobreza del reo, influyó para que el asesor letrado recomendase la intervención del Defensor de pobres. Allí la suerte empezó a cambiar para el pobre carpintero. Los dos defensores que tomaron cartas en el asunto hicieron gala de un aceitado uso y conocimiento de la doctrina y las leyes, y presentaron testigos a su favor. Negaron que el robo fuera un sacrilegio y resaltaron que el mismo había sido cometido de día, sin violencia ni forzar ninguna puerta. También mencionaron como atenuantes significativos el hecho que el candelero fuera de corto valor y que el reo hacía tiempo que permanecía recluido en la cárcel. Dos años y seis meses después de haber sido apresado, Alejandro fue condenado a cuatro años de presidio en las lejanas Islas Malvinas. El alcalde que dictó sentencia, explicitó que los fundamentos aducidos por los defensores, sumado a la “larga carcelería” sufrida por el reo, habían motivado su sentencia, contraria al pedido del fiscal¹.

¿Qué hubiera sucedido si el reo no hubiera contado con el patrocinio de los Defensores de pobres? Dada la pena pedida por el fiscal, el juez de la causa difícilmente hubiera condenado al reo sin que alguien lo defiende en los estrados. El imputado podía haber elegido defenderse a sí mismo o escogido a un familiar, conocido o amigo para que lo patrocinara. También podía haber costado un abogado para asegurarse una defensa eficiente. No sabemos si dichas opciones hubieran redundado en una buena defensa o no. Lo cierto es que la pretensión del fiscal era exagerada. La pena de muerte era aplicada en forma muy infrecuente y

¹ Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires (en adelante AHPBA), Juzgado del crimen, 34-1-10-16/1 (1779).

cuando ello ocurría era porque existía la convicción que el ajusticiado era un miembro incorregible de la sociedad. Alejandro García no se ajustaba a esos parámetros pero la contundencia de las pruebas en su contra, hacía necesario que su defensor desarrollase sólidos fundamentos para brindar al alcalde herramientas que le permitiesen aplicar una pena menor a la solicitada por el fiscal. Los Defensores de pobres cumplieron esta función satisfactoriamente.

Las imágenes sobre la justicia penal del Antiguo Régimen a ambos lados del atlántico durante los siglos XVI-XVIII han ido cambiando con el paso del tiempo. Muchos de los estudios clásicos, imbuidos fuertemente de la retórica ilustrada de los filósofos reformistas de fines del siglo XVIII², delinearon un cuadro sombrío al respecto. Un régimen inquisitivo, estamental, en el cual pesaba una presunción de culpabilidad sobre los procesados, y donde la pena capital y el uso de la tortura estaban previstos por la legislación, era considerado como el correlato necesario del afianzamiento de la monarquía absoluta en la península³. El abandono progresivo del rígido sistema de pruebas legales y tasadas previsto en las *Siete partidas de Alfonso el sabio* en varios países europeos y su reemplazo creciente por el arbitrio judicial era una expresión genuina de este proceso.

Este diagnóstico iba a sufrir numerosos embates y de diverso tipo. En lo que respecta a la historiografía americanista, si bien hace relativamente poco se cuestiona la idea de una monarquía absoluta entendida como un Estado moderno, desde hace varias décadas los autores enrolados en la *Historia del derecho* impugnaron la imagen de una justicia penal indiana atroz, cruel y al margen de cualquier formalidad procesal. Los grandes relatos delineados por los pioneros de esta disciplina se preocuparon por rastrear los derechos y garantías que la legislación establecía para todos los súbditos, resaltando la formalidad y legalidad del “derecho procesal” y el humanitarismo de la administración de justicia⁴.

² El más conocido de ellos fue el marqués de Beccaria. CESARE BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Buenos Aires, Losada, 2004. (ed. orig. 1764). Un buen análisis del contexto histórico y de la repercusión de su obra: FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, “Derecho y proceso penal a finales del siglo XVIII: la crítica de Beccaria”, en FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *La tortura judicial en España*, Barcelona, Crítica, 2000, pp. 143-204.

³ FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta (Siglos XVI, XVII y XVIII)*, Madrid, Tecnos, 1969. MARÍA PAZ ALONSO ROMERO, *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Salamanca, Ediciones de la Universidad de Salamanca, 1982.

⁴ RICARDO LEVENE, *Introducción a la historia del Derecho Indiano*, Buenos Aires, Abeledo, 1924. JAVIER MALAGÓN BARCELÓ, “Teoría General del Derecho procesal en las Leyes de Indias”, en JAVIER MALAGÓN BARCELÓ, *Estudios de Historia y Derecho*, Xalapa, Universidad Veracruzana, 1966, pp. 123-140. (ed. orig. 1936). RICARDO LEVENE, *Historia del Derecho Argentino*, tomo II, Buenos Aires, Kraft, 1945. ALAMIRO DE ÁVILA MARTEL, *Esquema del Derecho Penal Indiano*, Santiago, Universidad de Chile, 1941. ALAMIRO DE ÁVILA MARTEL, *Aspectos del Derecho Penal indiano*, Buenos Aires, Edición del Instituto de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1946.

Posteriormente, diversos autores resaltaron la flexibilidad de un sistema jurídico que reconocía derechos incluso a los esclavos, respetaba formalidades procesales, establecía instituciones que atenuaban el rigor penal de las leyes y gozaba de un consenso que excedía a las clases dirigentes⁵. Las razones de ser de estas características benignas del derecho indiano radicaban en el importante rol que cumplía la justicia en el esquema de gobierno del nuevo mundo⁶.

Aproximaciones más recientes, provenientes de renovadas escuelas historiográficas -como la *Historia Crítica del Derecho* o la *Historia Social de la Justicia*- han privilegiado el análisis del particular contexto cultural en el que se desarrollaron las justicias del Antiguo Régimen, y las múltiples relaciones entabladas entre los dispositivos judiciales y distintos grupos sociales en diversas regiones y épocas. Dichas obras han contribuido a delinear un cuadro todavía más complejo y rico en matices al respecto. De estas aproximaciones nos interesa rescatar dos puntos de consenso. En la cultura jurídica de la época, existían lógicas procesales diversas que eran tenidas por legítimas, entre las cuales una de ellas era

⁵ ABELARDO LEVAGGI, “La condición jurídica del esclavo en la época hispánica”, en *Revista de Historia del Derecho*, núm. 1 [1973], Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1974, pp. 83-175. ABELARDO LEVAGGI, “Las penas de muerte y aflicción en el derecho indiano rioplatense”, en *Revista de Historia del Derecho*, núm. 3 [1975], Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1976, pp. 81-164. EDUARDO MARTIRÉ, “Los derechos personales en Indias”, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, núm. 26 [1980-1981], Buenos Aires, Imprenta de la Universidad, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1982, pp. 79-92. JOSÉ MARÍA MARILUZ URQUIJO, “La Real Audiencia de Buenos Aires y la administración de justicia en lo criminal en el interior del Virreinato”, en *Primer Congreso de Historia de los Pueblos de la Provincia de Buenos Aires*, núm. II (1952), pp. 271-291. JOSÉ MARÍA MARILUZ URQUIJO, “La instrucción circular para el mejor y más breve despacho de la formación de las causas criminales (1788), proyectada por el Regente Benito de la Mata Linares”, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, núm. 12, [1961], Buenos Aires, Imprenta de la Universidad, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1961, pp. 173-198. VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, “Una iniciativa del regente Mata Linares a favor de la benignidad penal (1797)”, en *Revista de Historia del Derecho*, núm. 7 [1979], Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1980, pp. 327-343. ABELARDO LEVAGGI, “Las instituciones de clemencia en el Derecho penal rioplatense”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. XXVI, (1976), pp. 246-298. DAVID ALBERTO LEIVA, “La institución del arbitrio judicial en el Río de la Plata durante el período 1785-1819”, *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, núm. 24 [1978], Buenos Aires, Imprenta de la Universidad, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1979, pp. 93-106.

⁶ RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, “El sistema político indiano, segunda parte”, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, núm. 7 [1955-1956], Buenos Aires, Imprenta de la Universidad, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1957, pp. 40-41. ALFONSO GARCÍA GALLO, “Problemas metodológicos de la Historia del Derecho Indiano”, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, núm. 18 [1967], Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1967, p. 49.

el proceso ordinario que conllevaba ciertas formalidades. Y en segundo término, el derecho se nutría de múltiples órdenes normativos, lo que ocasionaba que con frecuencia no se aplicasen las penas más graves previstas en la legislación, puesto que se arbitraban soluciones de distinto tipo que comprendían desde la imposición de penas arbitrarias más leves hasta arreglos entre las partes⁷.

Paradójicamente, el estudio de los agentes de justicia que oficiaban de defensores oficiales en primera instancia de los sospechosos pobres y sin recursos -los Defensores de pobres de los ayuntamientos- han recibido muy poca atención por parte de los estudiosos de la justicia penal del Antiguo Régimen⁸, incluso de

⁷ Algunos estudios de síntesis o análisis de caso destacados son: ANTONIO HESPANHA, *La Gracia del Derecho, Economía de la cultura en la edad moderna*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. CARLOS GARRIGA, “Orden jurídico y poder político en el antiguo régimen”, *Istor*, núm. 16 [2004], México, División de Historia del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), pp. 13-44. Disponible en (www.istor.cide.edu/archivos/num_16/dossier1.pdf) [Fecha de consulta: 15/10/2015]. ALEJANDRO AGÜERO, “Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional”, en MARTA LORENTE SARIÑENA, *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, Consejo General del poder judicial - Centro de documentación judicial, 2006, pp. 19-58. VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *El poder de la costumbre. Estudios sobre del derecho consuetudinario en América hispana hasta la emancipación*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2001. JESÚS VALLEJO, “El cáliz de plata. Articulación de órdenes jurídicos en la jurisprudencia del IUS COMMUNE”, *Revista de Historia del Derecho [online]*, julio-diciembre 2009, núm. 38, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, pp. 1-13. ISSN 1853-1784. Disponible en (<http://www.scielo.org.ar/pdf/rhd/n38/n38a02.pdf>). TAMAR HERZOG, *La administración como un fenómeno social: la justicia penal de la ciudad de Quito (1650-1750)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995. CHARLES CUTTER, *The Legal Culture of Northern New Spain, 1700-1810*, Albuquerque, University of New Mexico Press, 1995. ALEJANDRO AGÜERO, *Castigar y perdonar cuando conviene a la república. La justicia penal de Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

⁸ Este aserto conoce excepciones. Respecto al lugar y época que nos ocupan, Osvaldo Barreneche en sus trabajos sobre la criminalidad en el Buenos Aires virreinal realizó apreciaciones sobre el desempeño y las estrategias de los defensores de oficio. OSVALDO BARRENECHE, “Esos torpes dezesos: Delitos y desviaciones sexuales en Buenos Aires 1760-1810”, *Estudios de Historia Colonial*, núm. 13 [1993], La Plata, pp. 29-46. OSVALDO BARRENECHE, “A solo quitarte la vida vengo`. Homicidio y Administración de Justicia en Buenos Aires. 1784-1810”, en CARLOS MAYO (Coord.), *Estudios de Historia colonial rioplatense*, La Plata, Universidad Nacional de La Plata, 1995, pp. 7-39. OSVALDO BARRENECHE, *Dentro de la ley, TODO. La justicia criminal de Buenos Aires en la etapa formativa del sistema penal moderno de la Argentina*, La Plata, Ediciones al Margen, 2001. Otro aporte significativo provino posteriormente de MARÍA ALEJANDRA FERNÁNDEZ, “Las razones de la violencia y la fundamentación del castigo: una aproximación a las formas de acusación y de defensa en la justicia criminal (Buenos Aires, 1776-1810)”, en SANDRA GAYOL y MARTA MADERO (Eds.), *Formas de Historia Cultural*, Buenos Aires, Prometeo, 2007, pp. 275-304. Otras dos autoras analizaron en forma global las funciones de este oficio capitular. MARÍA ROSA PUGLIESE LAVALLE, “Los defensores de pobres y menores en el período indiano”, en *Congreso Internacional. 500 años de Hispanidad, 1492-1992*, T. II, Mendoza, Universidad Nacional de Cuyo,

aquéllos que buscaron desterrar la imagen de una justicia arbitraria y al margen de la ley⁹. En el presente trabajo analizaremos el desempeño de los Defensores de pobres del ayuntamiento de Buenos Aires en el ejercicio de una de sus funciones -la representación en juicio de reos procesados criminalmente- durante el período 1776-1809. El corpus documental con el que trabajaremos se compone de 216 procesos criminales que se conservan en el fondo documental *Juzgado del Crimen* -correspondientes el período y lugar delimitados-¹⁰. Creemos que este estudio de caso puede proporcionar algunas claves explicativas acerca de la cultura jurídica de la época, dar una imagen más completa de cómo funcionaba la justicia penal del Antiguo Régimen en Buenos Aires, y posibilitar futuros estudios comparativos con otras regiones del ámbito hispanoamericano. El ejemplo puntual con el que hemos elegido empezar este acápite evidencia cuán importante para un procesado podía llegar a ser la intervención de un defensor.

Algunas de las preguntas que intentaremos responder a lo largo del trabajo son las siguientes: ¿Quiénes eran los presos representados por el Defensor de pobres en los procesos criminales? ¿Con qué frecuencia intervenía el Defensor de pobres en los en los litigios criminales y en qué tipos de causas? ¿Qué sucedía en las causas en las que no intervenía el Defensor de pobres? ¿Cómo y cuando se daba intervención al Defensor de pobres en un proceso criminal? ¿Estaban en igualdad de condiciones el fiscal y el Defensor de pobres? ¿Cuál era su desempeño concreto en defensa de los reos? ¿Recibía el Defensor de pobres asistencia de algún letrado en su tarea? ¿Qué estrategias retóricas utilizaban y a qué recursos de la cultura jurídica apelaban en el ejercicio de su labor? ¿Qué resultados tenía su intervención?

Facultad de Filosofía y Letras, 1996, pp. 477-499. ANA MARÍA ZAPATA DE BARRY, “El protector de Naturales y el Defensor General de Pobres en la estructura jurídica colonial de la América Hispana”, en *Revista del Ministerio Público de la Defensa*, núm. 3 [2007], Buenos Aires, pp. 119-123.

⁹ En un trabajo cuya hipótesis principal era que la corona había tenido una preocupación por garantizar la igualdad de las partes en los procesos judiciales, dotando gratuitamente de abogados a los pobres, la presencia de los Defensores de pobres en el ámbito capitular de muchas ciudades indianas era pasada por alto. En el artículo se postulaba que estas buenas intenciones de la corona en América -en ciudades que no eran sede de audiencias- no habían podido materializarse en virtud de la escasez de abogados. AGUSTÍN BERMÚDEZ AZNAR, “La abogacía de pobres en Indias”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 50 (1980), Madrid, pp. 1039-1054.

¹⁰ AHPBA, Juzgado del Crimen, Archivo Real Audiencia, legajos 34-1-9, 34-1-10, 34-1-11, 34-1-12, 34-1-13, 34-1-14, 34-1-15, 34-1-16, 34-1-17, 34-1-18, 34-1-19, 34-1-20, 34-2-21, 34-2-22, 34-2-23, 34-2-24, 34-2-25, 34-2-26, 34-2-27, 34-2-28, 34-2-29, 34-2-30, 34-2-31 y 34-2-32.

II. PERFIL SOCIAL DE LOS ASISTIDOS

La mayoría de los asistidos por la defensoría de pobres del ayuntamiento porteño habían nacido en el interior del Virreinato -41 %- . Los más numerosos eran los cordobeses, los santafesinos y los santiagueños. Le seguían los nacidos en la jurisdicción de Buenos Aires -36,5 %- . Una ínfima minoría había nacido en la península y en Brasil -5,5 y 3,5¹¹-. ¿Cómo se ganaban la vida los asistidos de los Defensores de pobres? La ocupación más mencionada por los reos era la de peón de campaña -33 %- . Le seguían los que declaraban ser peones a secas, no tener oficio o vivir conchabados -16,5 %- . Si a estas dos categorías le adicionamos quienes trabajaban de marineros, panaderos o albañiles en los rangos más bajos de estas ocupaciones -es decir como peones-, y los que acompañaban a las carretas, encontramos que la mayoría de los asistidos desempeñaban tareas no calificadas. Pero quienes tenían trabajos calificados -principalmente como artesanos- eran una minoría significativa -15 %- . A casi ninguno de los asistidos le antecedía el *Don/Doña*, la gran mayoría no sabía firmar, los solteros eran mayoría frente a los casados y viudos, y los “españoles” eran más numerosos que los mestizos y la gente de color libre, en consonancia con las características socio-étnicas de la sociedad en general. El promedio de edad de los detenidos era de 29 años.

Tampoco hay grandes sorpresas cuando analizamos el género de los asistidos. De los 258 asistidos de nuestra muestra, solo cinco eran mujeres. Según los libros de visita de cárcel las mujeres representaban el 2 % de la población carcelaria en los primeros ocho años de vigencia del Virreinato del Río de la Plata¹². ¿En qué lugares en teoría habían delinquido los asistidos por los defensores?. La gran mayoría de ellos habían sido aprehendidos por hechos cometidos en la ciudad -38,5 %- o en alguno de los partidos de la campaña bonaerense -38,5 % también-. Le seguían los delitos cometidos en la Banda Oriental -8 %- , Entre Ríos -3 %- y Santa Fe -3 %- . Unos pocos reos fueron remitidos de otras ciudades del Virreinato como Corrientes, Tucumán y La Rioja.

¹¹ Los procesos judiciales, al contener la “confesión del reo” donde se explicitaban varios datos personales de los sospechosos, nos permiten una aproximación detallada a su perfil social, a diferencia de otras fuentes como los libros de visitas de cárcel o los memoriales de presos.

¹² LUCAS REBAGLIATI, “¿Castigo, custodia o corrección? Consideraciones sobre la cárcel capitular de Buenos Aires a fines de la época colonial (1776-1800)”, en *Historia y Justicia*, núm. 5 (2015), Santiago de Chile, pp. 37-66.

Tabla N° 1. Ocupaciones de los asistidos por los defensores en procesos criminales

Ocupación	Cantidad	Porcentaje
Peón de campaña	85	32,94 %
Peón/sin oficio/conchabado	42	16,27 %
Zapatero	14	5,42 %
Carpintero	9	3,48 %
Labrador	9	3,48 %
Marinero	7	2,71 %
Mata reses/vende carne	6	2,32 %
Panadero	5	1,93 %
Sastre	5	1,93 %
Platero	4	1,55 %
Albañil	4	1,55 %
Trabaja en carretas	4	1,55 %
Herrero	4	1,55 %
Barbero	3	1,16 %
Silletero	3	1,16 %
Otros	25	9,68 %
Sin datos	29	11,24 %
Total	258	100 %

Fuente: Elaboración propia a partir de expedientes de AHPBA, Juzgado del Crimen, Archivo Real Audiencia.

El perfil social de los atendidos por los defensores nos muestra muchas de las aristas que caracterizaban a la sociedad porteña a fines de la época colonial. Varios estudios disponibles han señalado que tanto la campaña como la ciudad eran receptoras de migrantes provenientes del interior del Virreinato. Mientras en la ciudad los migrantes provenían en gran parte de Paraguay, Córdoba y Cuyo¹³, entre los que arribaban a los partidos de la campaña eran abrumadora mayoría los cordobeses y santiagueños¹⁴. ¿Qué era lo que atraía a estos migrantes a la campaña porteña y a la capital del Virreinato? Los salarios eran más altos y monetizados en mayor medida que en otras comarcas¹⁵ pero además la posibilidad de formar familia, tener acceso a la tierra, transformarse en un pequeño labrador o pastor y blanquearse eran metas para nada inalcanzables¹⁶.

La renovación historiográfica rural rioplatense ha notado que el peonaje no era una condición cristalizada ni eterna sino una etapa del ciclo de vida de los sectores subalternos¹⁷. Nuestros defendidos, al momento que fueron asistidos por los Defensores de pobres, parecieran estar mayoritariamente en una etapa inicial de su trayectoria personal en tierras pampeanas. Como migrantes recientes, eran jóvenes, solteros y trabajaban casi exclusivamente como peones. A ello se le sumaban la carencia de lazos sociales y familiares que pudiesen movilizar ante una situación desgraciada como lo era habitar los calabozos capitulares. No era extraño que ante las notificaciones del escribano reclamaran la asistencia del Defensor de pobres. Estos peones parecen haber contado con pocas cosas más, aparte de su fuerza de trabajo para vender en las múltiples ocupaciones que demandaban los campos y la gran ciudad. Se entiende así que entre nuestros asistidos haya tan pocos labradores y productores autónomos, aún cuando ahora sabemos que eran muy numerosos en la campaña, incluso entre los migrantes. Una mayor residencia en el pago, una red de relaciones familiares y sociales afianzada y una posición

¹³ MARISA DÍAZ, “Las migraciones internas a la ciudad de Buenos Aires, 1744-1810”, en *Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana “Dr. Emilio Ravignani”*, Tercera serie, núm. 16 y 17 (1997-1998), Buenos Aires, pp. 7-31.

¹⁴ JUDITH FARBERMAN, “De las provincias de arriba. Labradores y jornaleros del interior en la campaña porteña. 1726-1815”, en *Población & Sociedad*, núm. 8/9 [2000-2001], San Miguel de Tucumán, Instituto Superior de Estudios Sociales, pp. 3-39. JUDITH FARBERMAN, “Los que se van y los que se quedan: familia y migraciones en Santiago del Estero a fines del período colonial”, en *Quinto Sol*, núm. 1 [1997], Instituto de Estudios Socio-Históricos - Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional de La Pampa, pp. 7-40.

¹⁵ RAÚL FRADKIN, “El mundo rural colonial”, en ENRIQUE TÁNDETER (Dir.), *Nueva Historia Argentina, Tomo II. La sociedad colonial*, Buenos Aires, Sudamericana, 2000, pp. 241-284.

¹⁶ FARBERMAN, “De las ‘provincias...’”, cit.

¹⁷ JORGE GELMAN, *Campesinos y estancieros, una región del Río de la Plata a fines de la época colonial*, Buenos Aires, Editorial Libros del Riel, 1998. JUAN CARLOS GARAVAGLIA, *Pastores y labradores de Buenos Aires. Una historia agraria de la campaña bonaerense 1700-1830*, Buenos Aires, Ediciones de la Flor, 1999. CARLOS MAYO, *Estancia y Sociedad en la pampa (1740-1820)*, Buenos Aires, Biblos, 2004.

económica más aliviada, reducían la tentación de recurrir al robo, eran una salvaguarda contra los prejuicios de las autoridades y además reducían las posibilidades que una vez apresados por la justicia la única alternativa de los reos fuera recurrir al Defensor de pobres.

III. LOS DEFENSORES ENTRAN EN ESCENA

Los Defensores de pobres estaban lejos de actuar en todos los procesos criminales que se iniciaban en la época tardocolonial; tuvieron participación en el 17 % de las causas iniciadas de nuestra muestra¹⁸. ¿Qué sucedía en las causas en las que no intervenían? Las situaciones eran muy diversas. En primer lugar, están aquellos procesos que se conservan inconclusos, con lo cual no sabemos si luego hubo intervención de algún Defensor de pobres o no. Pero de los procesos que se conservan íntegros surgen cuestiones interesantes. La ausencia del Defensor de pobres no implicaba necesariamente que los reos no tuvieran quien los asistiera. Los indígenas en su abrumadora mayoría eran representados por el Protector de Naturales. Los Procuradores de pobres de la Real Audiencia y los Defensores de menores también tuvieron intervención en algunas causas. Los más pudientes acudían a algún letrado para que ejerciera su defensa. Otros eran defendidos por parientes o incluso se representaban a sí mismos. No faltaban los reos que tenían quien hiciera su defensa “a ruego”. Durante algunos años ciertos *miserables* que se agolpaban en los calabozos capitulares fueron asistidos por Pedro Vicente Cañete, un abogado que se había ofrecido a defender gratis a los pobres.

En algunos procesos no parece haber actuado nadie en defensa de los reos. Ni siquiera ellos mismos ejercieron su derecho a defensa. Al respecto pueden distinguirse dos situaciones. A veces el proceso llegaba rápidamente a su fin producto de la falta de pruebas, el perdón de la parte ofendida o la conclusión de la causa decidida en visita de cárcel. La excarcelación del reo era la determinación en estos casos pero en otros eran sentenciados y se les imponía una pena sin que hubieran podido alegar algo al respecto ni defenderse. Era el famoso “proceso sumario”, aplicado tanto a delitos atroces que ameritaban una respuesta punitiva rápida y ejemplar, como a delitos leves que no merecían el respeto de un proceso ordinario¹⁹. Lo que tenían en común estos procesos breves, donde no se respetaban

¹⁸ En dicho fondo documental en total hemos identificado 1281 expedientes criminales correspondientes a la jurisdicción de Buenos Aires durante el período 1776-1809. Los Defensores de pobres solo actuaron en 216 de estas causas.

¹⁹ Ver las observaciones al respecto en ALONSO ROMERO, *El proceso penal...*, cit., pp. 287-315; y ABELARDO LEVAGGI, “Aspectos del procedimiento judicial indiano según la doctrina de los

formalidades procesales, era que las imputaciones eran leves y las penas de poco tiempo, tales como servir de aguatero en la cárcel o ser destinado a las obras públicas²⁰.

¿Eran más propensos los Defensores de pobres a actuar en cierto tipo de causas más que en otras? De la comparación entre el conjunto de causas criminales del fondo *Juzgado del crimen* y el conjunto de procesos en los que aparecen los Defensores de pobres surgen tendencias que permiten aventurar algunas hipótesis. Hay dos imputaciones que en la muestra de los defensores experimentan una suba significativa con respecto a la muestra general, los robos y los excesos/vicios. El primero pega un salto del 19,5 % al 29 % y la segunda acusación experimenta un ascenso más leve, del 7 % al 10 %. ¿Por qué razones eran más propensos a actuar en este tipo de causas? Una hipótesis un tanto obvia, es que se trataba de dos conductas protagonizadas claramente por las clases populares de la ciudad y la campaña. En consecuencia era mucho más probable que los imputados de estos delitos fueran pobres -y más vulnerables al accionar de la justicia- en mayor proporción que otros reos, lo que aumentaba las posibilidades que no tuvieran medios para defenderse. El hecho de que en la imputación de excesos/vicios el incremento sea menor que entre los robos puede obedecer a que la menor gravedad de la imputación era inversamente proporcional al mayor respeto a las formalidades procesales²¹. El homicidio también exhibe un incremento

fiscales José Márquez de la Plata y Manuel Genaro de Villota (1784-1810)", en *Historia. Instituciones. Documentos*, núm. 21 [1994], Editorial Universidad de Sevilla, pp. 367-390.

²⁰ Este superficial recorrido por las causas en las cuales no intervenían los defensores tiene como objetivo situar adecuadamente a nuestro corpus documental en el conjunto más amplio del que forma parte. Somos conscientes que los expedientes en los que intervenían los Defensores de pobres contienen una fuerte impronta procesal y de respeto a algunas garantías personales de los acusados que sería exagerado generalizar sin más, lo que de alguna manera obliga a tomar con pinzas algunas de las hipótesis que desarrollaremos a lo largo del trabajo. De hecho, algunos de sujetos recluidos en los calabozos capitulares habían sido aprehendidos sin que mediara un proceso formal. REBAGLIATI, "¿Castigo, custodia o corrección?...", cit. Agradezco a Agustín Casagrande haberme hecho notar esta cuestión en el marco de las *Jornadas de Jóvenes Investigadores en Historia del Derecho*, desarrolladas durante el año 2013 en la ciudad de Córdoba.

²¹ Este aserto ha sido comprobado por Jaqueline Vassallo en su estudio sobre la delincuencia femenina en Córdoba a fines del siglo XVIII. JAQUELINE VASSALLO *Mujeres delincuentes. Una mirada de género en la Córdoba del siglo XVIII*, Córdoba, Centro de Estudios Avanzados, Universidad Nacional de Córdoba, 2005, p. 482. Alejandro Agüero ha descripto como en 1771 Atanasio de la Cruz Garay -un esclavo residente en Córdoba-, antes de ser ejecutado, tuvo un proceso que duró cinco años en total e incluyó numerosas instancias procesales. Según el autor: "Una justicia que no reconoce límites de legalidad positiva, apoya su legitimación en la virtud de los magistrados y en el rigor procesal". En ALEJANDRO AGÜERO, "Ley penal y cultura jurisdiccional. A propósito de una Real Cédula sobre armas cortas y su aplicación en Córdoba del Tucumán, segunda mitad del siglo XVIII", en *Revista de Historia del Derecho*, núm. 35 [2007], Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2007, p. 39.

proporcional en la muestra de los defensores -sólo del 1,5 %-, aunque menor del esperado, teniendo en cuenta que era un delito que podía culminar con una pena capital. Hay dos delitos que experimentan una baja si comparamos la muestra en la que actúan los defensores con la muestra general. Las heridas/peleas descienden un 5 % y los insultos/injurias un 6 % de una muestra a otra. Estos delitos tenían en común que solían ir por vía de querrela y muchas veces terminaban en acuerdos entre partes. Una explicación posible al primero de los casos podría ser que no se trataba de delitos graves, y que además podían culminar con la cura de la víctima y el perdón de la misma hacia su agresor. Las heridas, al no ser una figura delictiva separada de la injurias, eran un delito privado cuya persecución cesaba desde el momento que la víctima decidía poner fin al pleito por considerarse reparado el daño que le habían causado²². Las injurias/insultos además se caracterizaban por otro elemento que puede explicar un descenso aún más pronunciado en cuanto a la participación de los Defensores de pobres. Pese a que se ha demostrado que las afrentas al honor y la honra no eran patrimonio exclusivo de las elites²³, en comparación con otros litigios la participación de las personas adineradas -quienes estaban en mejores condiciones para pagar un abogado o ejercer su propia representación- en este tipo de conflictos era más frecuente que en otros tipos de delitos.

²² ABELARDO LEVAGGI, *Historia del Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1978, pp. 45-46.

²³ MARÍA ALEJANDRA FERNÁNDEZ, "Familias en conflicto: entre el honor y la deshonra", en *Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana Dr. Emilio Ravignani*, núm. 20, 3ª Serie, 2º Semestre de 1999, Buenos Aires, pp. 7-43. LYMAN JOHNSON Y SONYA LIPSETT-RIVERA (Eds.), *The faces of honor. Sex, shame and violence in colonial latin America*, Albuquerque, University of New Mexico Press, 1998.

Tabla Nº 2. Imputación en expedientes criminales en los que intervinieron los Defensores de pobres. Ciudad de Buenos Aires y campaña (1776-1809)

Motivo de aprehensión	Nº de causas	Porcentaje
Robo/salteador	63	29 %
Heridas/golpes/peleas	37	17 %
Homicidio	36	16,5 %
Excesos/vicios	21	10 %
Abigeato/cuatrerismo	12	5,5 %
Ilícita amistad	10	4,5 %
Abuso	9	4 %
Bigamia	7	3,5 %
Rapto	4	2 %
Maltrato	3	1,5 %
Insultos/injurias	2	1 %
Otros	12	5,5 %
Total	216	100 %

Fuente: Elaboración propia a partir de expedientes de AHPBA, Juzgado del Crimen, Archivo Real Audiencia.

¿Cómo se iniciaba la labor de los Defensores de pobres en el transcurso de un proceso criminal? En algunas visitas de cárcel, las autoridades que recorrían los calabozos le encargaban al defensor que “agite” ciertas causas. Esto implicaba que, si no se había iniciado ningún proceso aún, se pudiese formar la causa con todas las formalidades a instancias del defensor, quien quedaba encargado de representar al reo. Y si la causa ya se había iniciado, el defensor pasaba a patrocinarlo

automáticamente desde ese momento. Unos pocos reos solicitaban ellos mismos el patrocinio del defensor durante estas visitas también.

Casi todos los procesos criminales se iniciaban con la “información sumaria”, donde la autoridad que había aprehendido al reo describía brevemente el delito del cual se lo acusaba. A continuación, se encontraban las pruebas que lo incriminaban, las cuales en la mayoría de los casos consistían en testimonios de testigos. Quien había procedido a apresar al sospechoso, sobre todo si el hecho ocurría en la campaña, realizaba un primer interrogatorio, del cual dejaba testimonio. El imputado, junto con la sumaria, era enviado a la cárcel capitular. Una vez preso el reo, el alcalde de primer o segundo voto tomaba las riendas de la causa y podía producir nueva prueba, dando intervención a ciertos especialistas como médicos o cerrajeros. El imputado era obligado a prestar declaración nuevamente, en un acto que se denominaba “confesión del reo”. Con estos elementos, se daba intervención a un fiscal para que hiciera la acusación correspondiente. Una vez que la acusación estaba formulada, se le brindaba al reo la posibilidad de defensa. Lo que casi siempre ocurría era que el escribano del juzgado se dirigía hasta la cárcel, le notificaba al preso la acusación del fiscal, y le preguntaba quién iba a defenderlo. Si el reo decía no tener a nadie que lo defendiese, se le pedía su consentimiento para que el regidor Defensor de pobres se encargara de su defensa. Se admitía la posibilidad que se defendiese por su cuenta o designara a una persona a tal efecto. Y si estaba imposibilitado de ambas cosas se daba intervención al Defensor de pobres. Agustín Molina, quien estaba preso por resistirse a la justicia, según el escribano de la causa, “expuso que por su notoria pobreza y prisión en que se halla, no puede hacer su defensa, y que en esta virtud suplicaba a su merced mandase al Defensor general de pobres le proteja en esta causa”²⁴.

En otros casos, no era necesario que el reo explícitamente pidiese por el defensor ya que el alcalde ordenaba que “en caso de no querer o no tener proporción para defenderse, entiéndase el traslado (de la acusación fiscal) con el Defensor general de pobres”²⁵. Encontramos un solo caso en el cual se dio lugar a la intervención del Defensor de pobres en contra de la voluntad del reo. Cuando a Santiago Díaz le preguntaron quien iba a realizar su defensa, dijo que disponía de la ayuda de su cuñado y sus hermanos pero el juez igualmente ordenó que se le notificara al Defensor de pobres que tenía que asistir al reo “sin perjuicio de oír a los hermanos del reo, caso que quieran hacerse cargo de la defensa”²⁶. La naturaleza inquisitiva del proceso penal de aquel entonces se dejaba ver en su máxima expresión en los primeros tramos de la investigación. El reo era en muchísimos

²⁴ AHPBA, Juzgado del crimen, 34-1-9-4 (1776).

²⁵ AHPBA, Juzgado del crimen, 34-1-12-7 (1783).

²⁶ AHPBA, Juzgado del crimen, 34-2-22-41 (1797).

casos encarcelado mientras se acumulaban pruebas en su contra. La etapa sumaria por definición era así, no tenía carácter contradictorio y mucho menos en causas de oficio.

¿Estaban en igualdad de condiciones el fiscal y el Defensor de pobres? ¿O existía un desbalance a favor de alguna de las partes? La defensoría de pobres no exhibió cambios institucionales importantes durante todo el período virreinal. No sucedió lo mismo en torno a la fiscalía. De 1776 a 1784 la función acusadora fue desempeñada por un promotor fiscal -externo al cuerpo capitular- nombrado por el juez que entendía en la causa. Durante estos años el cargo rotaba entre distintas personas -llegamos a contabilizar once- que tenían en común su carácter de letrado. Por las continuas excusaciones presumimos que el desempeño de la función era gratuito. La única diferencia parece haber sido el carácter letrado de los promotores fiscales y el hecho de que no fueran regidores del Cabildo. Esta situación iba a cambiar a partir de 1785. De allí en más la acusación estuvo a cargo del agente fiscal del crimen. Quien desempeñó esta función desde 1785 hasta 1810 -salvo contadas excepciones en que fue reemplazado por Elizalde- fue el licenciado Mantilla. Esta figura institucional dependía de uno de los fiscales de la Real Audiencia²⁷.

Al igual que el promotor fiscal, el agente fiscal del crimen era un letrado, y se logró la estabilidad en el cargo de una persona durante alrededor de 25 años. Este agente fiscal pasó a cobrar por cada vista que realizaba del expediente, aunque en causas que involucraban a pobres muchas veces no aparecía la tasación de las costas al final del expediente, lo que nos hace sospechar que en estas causas en particular no cobraba honorarios. Evidentemente, el ingreso producto de los cobros por cada vista que realizaba el agente fiscal del crimen en expedientes que no involucraban a pobres, le alcanzaba para vivir de esta profesión. Pero estaba lejos del sueldo que percibían los fiscales de la Real Audiencia y ello no satisfacía enteramente sus expectativas²⁸. Los datos parecen señalar a priori cierto desbalance a favor de la fiscalía y en detrimento de la defensoría. Mientras los Defensores de pobres eran legos, rotaban cada año y no percibían ninguna remuneración por su labor (teniendo que realizar a veces algunas erogaciones de su bolsillo), el cargo de agente fiscal del crimen fue ocupado siempre por la misma persona, quien vivía de esta labor -pese a no cobrar en causas de pobres-, y tenía

²⁷ ABELARDO LEVAGGI, *Francisco Manuel de Herrera, fiscal de la Audiencia de Buenos Aires (1789-1799). Derecho, asuntos indígenas, religión, administración, economía*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2008, p. 128.

²⁸ Archivo General de la Nación (en adelante AGN), Sala IX, Archivo del Cabildo, 19-4-6, (1793), fs. 731-733.

conocimiento en leyes²⁹. El Defensor de pobres intervenía entonces en una etapa avanzada del proceso y con posterioridad a la acusación fiscal.

A los reos no se les exigía muchos trámites para ser representados por los defensores. Sólo debían decir que eran pobres y que no tenían como defenderse. A diferencia de los pobres que estaban inmersos en litigios civiles -denominados *pobres solemnes*- no debían presentar testigos, no se le daba a la otra parte lugar para que pudiera impugnar la pobreza del pretendiente, ni debían obtener aprobación de la Real Audiencia. Ya de por sí los procesos criminales eran demasiado largos y lentos, no había razón para complicar aún más el asunto con nuevas averiguaciones sobre la condición social de los reos. Además, el perfil plebeyo de muchos de los presos era ostensiblemente más evidente que en el caso de los *pobres solemnes*. Por último, el solo hecho de estar encarcelados era sinónimo de desamparo y pobreza.

Si los alcaldes se olvidaban de dar intervención al Defensor de pobres luego de la acusación fiscal podían ser los mismos reos quienes lo solicitaran. Antonio Cisneros, aprehendido “por dañino, perjudicial y de mala conducta” se quejó amargamente que hacía tres meses que estaba encarcelado. Pedía entonces que el juez “haga dar curso a su entorpecida causa, nombrándosele al efecto el Defensor que haga y pida a favor de su justicia”³⁰. La intervención del Defensor de pobres tuvo como resultado la liberación del detenido. A veces los reos luego de la acusación realizada por el fiscal se defendían por su cuenta, o lo hacía otra persona, y recién solicitaban el patrocinio del Defensor en una etapa aún más avanzada del proceso. Manuel José de Acosta se representó a si mismo varias veces durante un juicio en el cual se lo acusaba de golpear a una “china” pero en uno de sus últimos escritos aseveró “ser un pobre sin más patrimonio que mi trabajo personal del que carezco”, por lo que solicitaba al juez “se sirva mandar que el defensor general de

²⁹ María Paz Alonso Romero postuló que en la época moderna en Castilla poco a poco el Estado se habría ido apropiando de la facultad de perseguir y punir los delitos, entendiendo a éstos como ofensa a la comunidad. Por ello los fiscales progresivamente ampliaron su campo de acción al punto de incluir en su acción todo tipo de transgresiones. ALONSO ROMERO, *El proceso penal...*, cit., pp. 146-159. Este aserto se comprueba al ver la centralidad del promotor fiscal y la poca relevancia de los acusadores particulares en los procesos de nuestra muestra. Sin embargo, conviene no exagerar este crecimiento del *Ius Puniendi real* dada la constatación de que en muchos procesos la mediación y los arreglos de parte entre los implicados jugaban un rol importante, por lo menos en Córdoba. ALEJANDRO AGÜERO, “Clemencia, perdón y disimulo en la justicia criminal de antiguo régimen. Su praxis en Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII”, en *Revista de Historia del Derecho*, núm. 32 [2004], Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2004, pp. 33-81. Similares conclusiones para otros espacios como Castilla se desprenden de un estudio de caso. TOMÁS MANTECÓN MOVELLÁN, “La justicia y el castigo del cuerpo en la Castilla Moderna (España)”, en MARTA BONAUDO, ANDREA REGUERA Y BLANCA ZEBERIO (Coords.), *Las escalas de la historia comparada. Tomo I: Dinámicas sociales, poderes políticos y sistemas jurídicos*, Buenos Aires, Miño y Dávila, 2008, pp. 207-228.

³⁰ AHPBA, Juzgado del crimen, 34-1-18-32 (1793).

pobres que para tales tiene nombrado esta mui noble y muy ilustre ciudad se haga cargo de mi defensa”³¹.

Existía otro motivo que ameritaba que el Defensor de pobres se hiciese cargo de la defensa de un reo que estaba siendo procesado. A veces el reo no recibía el patrocinio de este regidor producto de una resolución tomada en la visita de cárcel. Tampoco lo pedía luego de la acusación fiscal ni durante el proceso. Si era sentenciado y nadie había procurado su defensa, la Real Audiencia podía reprender al alcalde que había entendido en la causa por no resguardar este derecho del recluso, ordenando que los autos vuelvan al juzgado para que el Defensor de pobres interviniese. Juan Escobar era un peón soltero nacido en Luján. No sabía firmar y tampoco sabía su edad, aunque aparentaba unos treinta años. Remitido a Buenos Aires “por ladrón quatrero, bagamundo y sin domicilio fixo”, rápidamente fue condenado a seis meses de trabajos forzados en el empedrado de las calles. Elevada la sentencia a la Real Audiencia para su confirmación, el fiscal Manuel Genaro de Villota emitió un duro dictamen:

Enseguida se halla condenado este reo sin nuevas diligencias, sin audiencias, y sin prueba a una pena de presidio, que aunque es de corta duración no pierde por eso la calidad de ser aflictiva. El fiscal conoce la buena intención y deseos del juzgado en contar de este modo las causas leves con utilidad del público y tal vez de los mismo reos pero como esto no puede hacerse sin faltar a la justicia y se falta considerablemente a ella denegándose a los reos por este medio su defensa, pide que V. A. se digne devolver esta causa al expresado alcalde de 2º voto para que la substancie y determine quando no con las formalidades y derechos de un riguroso juicio, a menos con las que sean bastantes a oír este reo quanto quiera alegar en su defensa...³².

Cabe destacar que la instalación de la Real Audiencia en Buenos Aires en 1785, representó en algunos casos un beneficio para los reos que vieron respetado su derecho a defensa. Juan Escobar, producto del dictamen de Villota, recibió el asesoramiento del Defensor de pobres Manuel de la Piedra. El reo finalmente consensuó con su defensor aceptar la pena propuesta, teniendo en cuenta que era de corta duración. No fue ésta la única vez que el fiscal de la Real Audiencia -Manuel Genaro de Villota- reprendió a un alcalde ordinario por no escuchar a los reos y darles la posibilidad de ser asistidos por el Defensor de pobres. Pero a veces estas intervenciones del fiscal distaban de ser beneficiosas para los reos porque el

³¹ AHPBA, Juzgado del crimen, 34-1-9-18 (1777).

³² AHPBA, Juzgado del crimen, 34-2-25-41 (1800).

cumplimiento de las “debidas solemnidades” podía implicar la aparición de nuevas pruebas y la imposición de una pena mayor³³.

La descripción de estos casos no debe hacernos creer que con posterioridad a la instalación de la Real Audiencia siempre se respetó el derecho a defensa de los reos o que antes de la existencia de este máximo tribunal las “garantías” de los reos fueron inexistentes. A lo largo del período delimitado en esta investigación siempre convivieron en tensión una forma más expedita y discrecional de hacer justicia y otro proceder más atento a las formalidades procesales³⁴. Existía todo un cúmulo de normativa real tendiente a resaltar la necesidad de resguardar el derecho de defensa y probar efectivamente los delitos antes de proceder a una condena³⁵. ¿Qué predicamento tenía esta tradición en la capital virreinal antes de la instalación de la Real Audiencia?. Si bien es difícil hacer afirmaciones tajantes, en principio hay que reconocer que estas disposiciones podían ser invocadas en los juicios en beneficio de los reos. Y que incluso podían provenir por parte de los agentes de justicia más inesperados. Cuando en 1777 un grupo de peones iletrados fueron remitidos presos provenientes de Pergamino sin la información sumaria correspondiente, el doctor Pacheco, nombrado promotor fiscal en la causa, se pronunció enérgicamente en contra de esta aprehensión:

...encarga la soberana piedad que no se proceda a la captura del mas infeliz antes que preceda sumaria información del delito ni se le imponga pena antes de tomarle su confesión y oírle las defensas que hiciese por sí o a su nombre el Defensor de pobres por los tramites que previenen los sacrosantos derechos con concepto a la calidad de los delitos...³⁶.

La instalación de la Real Audiencia tendió a reducir el margen que tenían los agentes con funciones policiales para aprehender reos sin los debidos fundamentos. En primer lugar porque la acusación en Buenos Aires pasó a ser desempeñada por un agente fiscal del crimen que dependía del fiscal en lo criminal

³³ Un caso de este tipo en AHPBA, Juzgado del crimen, 34-2-27-17 (1802). Allí el fiscal Villota estaba más preocupado por la posibilidad de que los reos no recibieran el castigo que merecían que por su derecho a defensa.

³⁴ María Paz Alonso Romero en cambio delinea tres tipos procedimentales. Por un lado el proceso ordinario, el cual tendría dos variantes, el orden complejo y del otro el orden simplificado. En el primero habría un mayor respeto por las garantías defensivas del reo, las cuales se verían seriamente disminuidas en el segundo. Y en tercer lugar, el más perjudicial para el justiciable, el proceso sumario. ALONSO ROMERO, *El proceso penal...*, cit., pp. 162-179 y 287-317.

³⁵ MARTIRÉ, “Los derechos personales...”, cit., p. 89.

³⁶ AHPBA, Juzgado del crimen, 34-1-9-27 (1777). El subrayado es nuestro.

de la Real Audiencia pero además porque todas las sentencias que acarreaban penas afflictivas debían ser confirmadas por la Real Audiencia, más allá que fueran apeladas o no³⁷. El intento más ambicioso por regular los procedimientos penales en el territorio del reciente Virreinato fue elaborado por el regente Benito de la Mata Linares, quien redactó en 1788 una “instrucción circular para el mejor y más breve despacho de la formación de las causas criminales”. Dicho proyecto buscaba combinar una agilización de los procesos junto con cierto respeto a normas procesales pero no fue finalmente sancionado³⁸. Igualmente puede afirmarse que en muchos aspectos reflejaba aspectos de la práctica judicial vigente. En el caso porteño, los casos en los que no se respetaba la “audiencia del reo” provenían fundamentalmente de la campaña. Las reprimendas de los fiscales de la Real Audiencia a los alcaldes de hermandad fueron frecuentes³⁹.

Sin bien la Audiencia exhibió en no pocos casos su preocupación por el derecho de defensa de los reos, tampoco dejó de preocuparle la rápida punición de las faltas leves protagonizadas por la plebe. En ciertos casos, la intervención del Defensor de pobres no fue vista como un requisito esencial para condenar a un reo -de clara extracción plebeya- a unos pocos meses de presidio o servicio en la cárcel⁴⁰. El alcalde de primer voto de Buenos Aires podía condenar a un esclavo que había herido a dos personas a seis meses de presidio luego de escuchar su confesión, argumentando que su disposición se ajustaba: “...a lo determinado y resuelto por los señores de esta Real Audiencia en repetidas visitas de cárcel...”⁴¹. En definitiva, la demora de los procesos judiciales y sus consecuencias -tales como el hacinamiento de los reos durante meses y años en los calabozos capitulares- podía a ojos de los oidores ser más grave que el cumplimiento a rajatabla de todas las formalidades procesales. En esta disyuntiva, la difícil tarea de dar a cada uno lo

³⁷ Acerca de los mecanismos que la real Audiencia estableció para controlar el accionar de los juzgados inferiores ver MARILUZ URQUIJO, “La real Audiencia...”, cit.

³⁸ MARILUZ URQUIJO, “La instrucción circular...”, cit.

³⁹ AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-2-21-43 (1796). AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-2-26-20 (1801). AGN, Tribunales comerciales y criminales civiles, Sala IX, 39.8.3 (1795), exp. 17.

⁴⁰ AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-2-28-38 (1803). AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-13-33 (1786). AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-13-48 (1786). El Fiscal de la Real Audiencia Manuel Genaro de Villota en 1803, ante una consulta del gobernador de Montevideo para castigar con azotes a todo hombre de color que sea encontrado con armas blancas, aconsejó que previo a la imposición de dicha pena se respete el derecho a declarar a los reos y el deber de consulta al tribunal superior. Sin embargo aclaró que dicha recomendación se realizaba “sin perjuicio de que en otra clase de delitos leves que no merezcan formación de causa se autorizara a la justicia de Montevideo en los términos que se hizo con los alcaldes de La Rioja, Catamarca y Villa Rica para castigar sin aquel requisito los excesos de la plebe y gente vil con azotes dentro de la cárcel, servicio a obras públicas y otras correcciones que no merezcan el concepto de penas afflictivas”. En ABELARDO LEVAGGI, *Los escritos del fiscal de la Audiencia de Buenos Aires Manuel Genaro de Villota*, Buenos Aires, Fundación para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 1981, p. 222.

⁴¹ AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-2-21-31 (1796).

suyo podía volver a inclinarse hacia la noción de *policía*, -incluso ya habiendo sido establecida la Real Audiencia- en detrimento de los principios de *iustitia*⁴².

IV. DESEMPEÑO EN LOS JUICIOS: ESTRATEGIAS RETÓRICAS Y ASPECTOS DE LA CULTURA JURÍDICA

La diversidad de casos encontrados en los archivos nos alertan contra explicaciones simplistas. Por lo tanto, el camino escogido será mostrar los extremos de lo posible y en la medida en que alguna tendencia o patrón emerja en el horizonte explicitarlo con las debidas precauciones. El desempeño de los Defensores de pobres era extremadamente variable no solo entre los sujetos que desempeñaron el cargo sino incluso en distintos juicios en los que intervenía el mismo defensor. A su vez, influían otras variables que ampliaban o reducían notablemente el margen de acción de los defensores. Éstas eran: el juez que entendía en la causa, los procedimientos realizados durante la información sumaria, las pruebas acumuladas, y la solidez de la acusación fiscal. El defensor Gabriel Real de Azúa, al momento de patrocinar a José León Sosa -quien estaba acusado de robar un caballo ensillado-, tuvo un raptó de sinceridad y afirmó que debido a “la confesión tan clara y sencilla no hai modo de defenderlo”⁴³.

En promedio los Defensores elaboraban casi siempre dos escritos a favor del reo que representaban. Por supuesto, todo promedio es engañoso o por lo menos esconde matices interesantes. La mínima intervención se producía cuando los Defensores de pobres eran notificados del desarrollo de la causa, tomaban conocimiento de los autos pero no redactaban ningún escrito a favor del reo. Esto ocurría a menudo en procesos que ya habían llegado a la sentencia -que generalmente incluía penas leves-, y cuando la notificación al Defensor de pobres

⁴² Algunos estudios han explorado como la noción de *policía* se asimilaba al poder doméstico ejercido por un padre. En manos de las autoridades implicaba actuar rápido, sin muchas formalidades y en forma preventiva. AGÜERO, “Las categorías básicas...”, cit. ROMINA ZAMORA, “...que por su juicio y dictamen no puede perjudicar a la quietud publica...” Acerca de la administración de justicia en San Miguel de Tucumán a fines del siglo XVIII”, en MARÍA PAULA POLIMENE (Coord.), *Autoridades y prácticas judiciales en el Antiguo Régimen. Problemas jurisdiccionales en el Río de la Plata, Córdoba, Tucumán, Cuyo y Chile*, Rosario, Prohistoria, 2011, pp. 115-138. AGUSTÍN CASAGRANDE, “Entre la oeconomica y la justicia real. Un estudio criminal-procesal sobre el control de la vagancia en Buenos Aires durante el período 1785-1795”, *Revista de Historia del Derecho [online]*, julio-diciembre 2012, núm. 44, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, pp. 1-43, ISSN 1853-1784, pp. 29-62. Disponible en (<http://www.scielo.org.ar/pdf/rhd/n44/n44a02.pdf>).

⁴³ AHPBA, Juzgado del crimen, 34-2-29-23 (1804).

había sido exigida por el fiscal de la Real Audiencia⁴⁴. En otros casos los defensores intervenían al menos un par de veces pero su desempeño dejaba mucho que desear. Francisco Ludueña era un migrante cordobés que estaba acusado de “ladron quatrero” y Tomás Antonio Romero asumió su defensa, quien solo se limitó a plantear que las pruebas contra su defendido eran terminantes, implorando que no sea castigado “con todo el rigor de la pena”. El reo fue destinado a los trabajos públicos provisoriamente y la causa se retrasó considerablemente con perjuicio para el sospechoso. Sin embargo quien se quejó de dicha demora no fue el Defensor de pobres sino el Procurador de pobres de la Real Audiencia. La causa del cambio de defensor se debía a que el detenido había recurrido directamente al procurador, explicándole su situación y éste “llevado de su compasión y ardiente caridad” había hecho suyo el patrocinio de Ludueña. Evidentemente la representación del Defensor de pobres no había sido del agrado del reo, quien finalmente fue condenado a dos años de presidio⁴⁵. Una mujer y su hija -acusadas de haber mandado a matar al marido y padre de ésta última-, pidieron ser asistidas por el Defensor de pobres pero luego que en dos años solo presentara un escrito en su favor, decidieron desistir de sus servicios y ejercer su defensa ellas mismas bajo la supervisión de un abogado⁴⁶. El otro extremo estaba dado por aquellos procesos judiciales que contenían siete u ocho intervenciones del Defensor de pobres, los cuales desplegaban variados y refinados argumentos para rebatir los pedidos de pena formulados por el fiscal.

En la etapa plenaria del proceso -que a diferencia de la fase sumaria era contradictoria-, el impulso parecía estar dado por los debates entre el fiscal y el defensor, siendo el juez un coordinador de las acciones de ambas partes. La naturaleza inquisitiva del proceso en su primera etapa ahora cedía lugar a algunos elementos de tipo acusatorio. Tanto el fiscal como el defensor en ocasiones estaban preocupados por desplegar todas las herramientas posibles para cumplir adecuadamente su rol pero en otros casos estaban decididos a acortar los tiempos procesales en pos de llegar a una sentencia. Es así que los defensores podían pedir una extensión de ciertos plazos pero en otras ocasiones solicitaban que la causa se recibiera a prueba, o que el juez concluyese el pleito. Una vez dictada la sentencia, tanto el fiscal como el defensor podían apelar si no estaban de acuerdo y la causa pasaba a manos de los fiscales y procuradores de pobres de la Real Audiencia. La apelación en teoría era la última intervención que podían realizar los Defensores de pobres, ya que si la misma era aceptada, quien debía entender en la causa de allí en adelante era el procurador de pobres.

⁴⁴ Algunos ejemplos en AHPBA, Juzgado del crimen, 34-2-21-2 (1796). AHPBA, Juzgado del crimen, 34-2-21-3 (1796). AHPBA, Juzgado del crimen, 34-2-21-27 (1796). AHPBA, Juzgado del crimen, 34-2-26-20 (1801). AHPBA, Juzgado del crimen, 34-2-21-1 (1796).

⁴⁵ AHPBA, Juzgado del crimen, 34-2-24-45 (1799).

⁴⁶ AHPBA, Juzgado del crimen, 34-2-30-33 (1805).

¿Recibían los Defensores de pobres asistencia de algún letrado en su labor? Si nos atenemos estrictamente a las firmas que aparecen debajo de sus escritos, podemos decir que del total de Defensores de pobres del período virreinal solo diez recibieron asesoramiento letrado, una minoría. No es azaroso que este asesoramiento o asistencia se iniciara en 1785. La firma letrada en escritos judiciales había sido instituida en 1755 por el gobernador José de Andonaegui pero los defensores capitulares habían sido eximidos de esta exigencia. El virrey de Loreto en 1784 volvió a insistir con esta exigencia, incluyendo esta vez en la disposición a los Defensores de pobres⁴⁷. Más adelante retomaremos este tema, intentado esbozar una hipótesis del porqué luego de diez años esta asesoría letrada desapareció sin dejar rastros.

¿En base a qué argumentos los Defensores de pobres pedían la absolución o una reducción de pena para sus asistidos en los juicios criminales? ¿Qué estrategias retóricas y elementos de la cultura jurídica eran parte del bagaje que desplegaban en el ejercicio de su labor? Utilizaban una serie de argumentos que eran considerados como atenuantes tanto por las leyes como por la doctrina⁴⁸. Muchos de estos argumentos utilizados variaban considerablemente de acuerdo a la acusación que pesara sobre el acusado. Sin embargo ciertas estrategias retóricas eran comunes a todos los casos con independencia de la sospecha que pesara sobre los reos. Dada la lentitud de los juicios, el carácter universal de la “prisión preventiva” y las pésimas condiciones de vida en los calabozos, los defensores solían señalar el tiempo que los reos ya habían pasado encarcelados en pos de lograr su liberación o una atenuación de pena. Este argumento era uno de los más frecuentes y los jueces se hacían eco del mismo al momento de la sentencia⁴⁹.

La embriaguez era el segundo argumento más utilizado por los Defensores de pobres⁵⁰. Era un factor que podía ser utilizado casi en toda clase de delitos. Las pendeencias en pulperías no eran raras. Donde corría más de la cuenta el alcohol, las

⁴⁷ MARÍA ROSA PUGLIESE, *De la justicia lega a la justicia letrada*, Junta de Estudios Históricos de San José de Flores, Buenos Aires, 2000, pp. 45-47.

⁴⁸ Para ver un panorama general al respecto consultar: TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho Penal...*, pp. 295-353. LEVAGGI, *Historia del Derecho penal...*, cit., pp. 33-37. HERZOG, *La administración...*, cit. ÁVILA MARTEL, *Esquema del Derecho Penal...*, cit. En varios estudios que tratan regiones puntuales también hay alusiones al lugar que ocupaban los elementos atenuantes de pena en la praxis judicial. Para el caso de Córdoba consultar: AGÜERO, “Clemencia, perdón y disimulo...”, cit. VASALLO, *Mujeres delincuentes. Una mirada...*, cit. El caso de Castilla en MANTECÓN MOVELLÁN, “La justicia...”, cit., p. 221.

⁴⁹ Algunos casos en los que los Defensores esgrimieron este factor: AHPBA, Juzgado del crimen, 34-1-11-50 (1782). AHPBA, Juzgado del crimen, 34-1-11-18 (1781). AHPBA, Juzgado del crimen, 34-1-12-7 (1783). AHPBA, Juzgado del crimen, 34-1-13-21 (1785).

⁵⁰ Al respecto Hevia de Bolaños había sostenido que “el que estando borracho comete algun delito, no ha de ser castigado con la pena ordinaria de el, sino con otra menor arbitraria...”, en JUAN HEVIA DE BOLAÑOS, *Curia Filípica*, Madrid, Imprenta de la Real Compañía, 1825, p. 211 (ed. orig. 1603).

deudas de dinero originadas por el juego y otros factores que hacían aflorar la violencia entre los concurrentes a estos lugares. Los defensores en pos de buscar la conmiseración de los alcaldes afirmaban que sus asistidos estaban borrachos al momento del hecho. Bartolomé Porzel había apuñalado a otro sujeto por una discusión sobre un pescado mal cocinado. Martín de Álzaga en su defensa arguyó que tenía “turbados los sentidos de la bebida que había tomado”⁵¹. Un mulato libre una noche había tomado tanto que confundió el camino a su casa y fue a parar al corral de unas mujeres, donde plácidamente se echó a dormir. Cuando fue atrapado y juzgado por andar de noche y con cuchillo, su defensor dijo que estaba borracho y no merecía pena alguna, aunque aclaró que el reo no acostumbraba a embriagarse⁵². Esta última aclaración no estaba demás, ya que la afición a la bebida podía convertirse en una acusación en sí misma⁵³. Juan Antonio de Zelaya en cambio apeló al estereotipo que tenían las elites sobre los sectores subalternos al defender a un mulato acusado de “camorrero, provocativo y ebrio”:

...la ebriedad no es delito que castiga por las leyes y si por ella hubiera de procederse contra los hombres, no habría carceleo ni presidios suficientes para su custodia. Todos los días tropezamos con muchos que se handan cayendo por las calles y en las pulperías no se ve continuamente sino gentes embriagadas...⁵⁴.

Para los defensores, no solo la bebida podía alterar los sentidos de las personas al punto que no comprendieran la criminalidad de sus actos sino también cierta condición del reo como la edad, la demencia o la rustiquez. Los menores de edad asistidos fueron numerosos. José Pastor Lezica también argumentó que Joaquín Vera -de 17 años- había herido en una reyerta a un individuo, producto de que al momento del hecho gozaba de “poca reflexión y capacidad”⁵⁵. Las *Partidas* amparaban esta argumentación. En este corpus normativo se establecía que los jueces debían examinar si el delincuente era “...mozo, mancebo o viejo...” y en función de ello atenuar o aumentar la pena⁵⁶. La demencia también podía ser esgrimida como un atenuante significativo. Santiago Díaz estaba acusado de asesinar a dos niños. Rápidamente confesó el crimen. También explicó que tenía

⁵¹ AHPBA, Juzgado del crimen, 34-1-13-7 (1785).

⁵² AHPBA, Juzgado del crimen, 34-1-12-35 (1784).

⁵³ AHPBA, Juzgado del crimen, 34-1-18-38 (1794).

⁵⁴ AHPBA, Juzgado del crimen, 34-2-28-9 (1803).

⁵⁵ AHPBA, Juzgado del crimen, 34-1-14-22 (1787).

⁵⁶ *Las siete partidas del rey Don Alfonso el Sabio, cotejadas con varios códigos antiguos, por la Real Academia de la Historia*, tomo III, Partida VII, Título XXXI, Ley 8, Madrid, Imprenta Real, 1807.

varias entradas en la cárcel y que había sido torturado. Cuando el fiscal solicitó que se le aplicara la pena capital, el defensor replicó que el crimen ejecutado “no se halla revestido de malicia y dolo” porque el reo estaba demente y no en “su sana razón y juicio”. Finalmente Díaz esquivó la pena de muerte y fue condenado a presidio por el tiempo que durase su estado de locura⁵⁷.

La rustiquez también podía ser considerada en algunos casos por los jueces como un atenuante a la hora de impartir justicia⁵⁸. Los Defensores de pobres estaban al tanto de esta situación y cuando podían argumentaban que la poca o nula instrucción de sus asistidos les había impedido comprender la criminalidad de los actos que habían protagonizado. Los rústicos solían ser más numerosos que los dementes en nuestra muestra. A Diego Agüero le había sido encomendada la defensa de José Florentino Ramallo, un joven peón cordobés iletrado acusado de cometer un robo. En su defensa dijo que su asistido había robado por un “efecto de rusticidad”⁵⁹. Como ha apuntado Osvaldo Barreneche, los prejuicios de las elites hacia los sectores subalternos -ebriedad, rustiquez-, en boca de los Defensores de pobres podían ser usados como arma para lograr la absolución o una disminución de pena⁶⁰.

A veces la no comprensión de la criminalidad de un acto estaba dada por el desconocimiento de un hecho puntual. Al tener que patrocinar a bigamos, los Defensores de pobres justificaron el accionar de sus asistidos diciendo que al momento de casarse por segunda vez creían de buena fe que su primera esposa había fallecido. En torno a este punto giró la defensa que Diego Agüero hizo de Ventura Ramírez, un pardo libre que se había casado con una esclava en Buenos Aires y luego contrajo matrimonio con otra esclava en Montevideo⁶¹. La miserabilidad era un concepto próximo al de rustiquez, pero no idéntico. No hacía alusión a la falta de conocimiento de la cultura letrada, sino más bien a una situación de desamparo⁶². En boca de los Defensores, catalogar a sus asistidos como *miserables* buscaba concitar la piedad de los alcaldes. Uno de los privilegios de

⁵⁷ AHPBA, Juzgado del crimen, 34-2-22-41 (1797).

⁵⁸ HESPANHA, *La gracia del derecho...*, cit., p. 235. AGÜERO, *Castigar y perdonar cuando...*, cit., p. 202.

⁵⁹ AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-15-9 (1789).

⁶⁰ BARRENECHE, *Dentro de la ley...*, cit., pp. 67-68. Sobre el mismo punto se ha insistido en AGUSTÍN CASAGRANDE, *Los vagabundos y la justicia de Buenos Aires durante el período tardocolonial (1785-1810), Construcciones jurídicas y criminalidad*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2012, pp. 210-211.

⁶¹ AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-13-22 (1785). Otros casos similares en AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-14-50 (1788). AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-2-21-42 (1796).

⁶² Ambas condiciones no eran excluyentes, por ejemplo los indígenas gozaban de los estatus de *menor*, *rústico* y *miserable*. Ver BARTOLOMÉ CLAVERO, “Espacio colonial y vacío constitucional de los derechos indígenas”, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, núm. VI (1994), pp. 61-86.

ser un *miserable* era la atenuación de pena⁶³. Podían ser calificados de *miserables* desde un peón mestizo que estaba encarcelado hacía dos años⁶⁴ hasta un sujeto que con su trabajo mantenía a sus padres ancianos⁶⁵.

En otras ocasiones los defensores argumentaban que las imputaciones escondían conflictos preexistentes entre las partes. Estas tensiones y disputas podían ser interpersonales o de naturaleza social. En 1786 un grupo de peones pardos y mestizos había sido acusado de beberse un barril de vino y comerse un saco de higos mientras acompañaba una carreta con carga ajena. A lo largo de la causa surgió que el patrón mantenía una deuda con los acusados y el defensor de pobres pidió la liberación de todos ellos y que les pagasen los salarios adeudados⁶⁶. Cuando una mulata denunció que el panadero José Trigo había robado candeleros de la iglesia de Santo Domingo, el defensor arguyó que la denunciante estaba resentida porque el imputado había decidido terminar la “amistad ilícita” que mantenía con ella⁶⁷. Como afirmamos antes, muchos de los atenuantes que estamos mencionando estaban ampliamente desarrollados por la legislación y la doctrina⁶⁸. Sin embargo, al mencionar estos factores los defensores no imploraban por un estricto cumplimiento de la ley sino que apelaban a la misericordia del juez a la hora de impartir justicia. En una sociedad donde la justicia y la piedad estaban tan entrelazadas, la clemencia y el perdón a los vasallos descarriados eran parte intrínseca del sistema y no una deformación del mismo, sobre todo teniendo en cuenta que se trataba de una justicia de jueces y no de leyes⁶⁹. La prédica de los

⁶³ FRANCISCO J. ANDRÉS SANTOS y LUIS C. AMEZUA AMEZUA, “La moderación de la pena en el caso de las personae miserabiles en el pensamiento jurídico hispano-americano de los siglos XVI y XVII”, en *Revista de Historia del Derecho [online]*, enero-junio 2013, núm. 45, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, pp. 1-43, ISSN 1853-1784, pp. 245-264. Disponible en (<http://www.scielo.org.ar/pdf/rhd/n45/n45a08.pdf>).

⁶⁴ AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-11-18 (1781).

⁶⁵ AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-19-20 (1794). AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-20-35 (1795).

⁶⁶ AHPBA, Juzgado del crimen, 34-1-13-31 (1786).

⁶⁷ AHPBA, Juzgado del crimen, 34-1-10-58 (1780).

⁶⁸ El tratadista Lorenzo de Santayana Bustillo decía al respecto: “justa causa será por razón de la persona, de la edad, del tiempo, del lugar, de la condición de la cosa y del delito, como es, y debe practicarse, con el viejo, con el menor, con el embriagado, con el que sirvió al Príncipe o descubrió alguna conjuración; con el maestro que injurió al discípulo, o el pariente al pariente; si el noble ofendiese al plebeyo; si los delincuentes fuesen muchos, pues no con todos se ha de ejecutar el rigor de la Ley; o si uno delinquiese en haber receptado al pariente y amigo, en haber castigado al criado; o si el agresor, por excelencia de su arte, sea digno de que se le remita la pena, o por algún gran servicio hecho a la república; o si el exceso se haya ejecutado por simpleza, rusticidad o una vez sola, o si no esté plenamente probado, o se ha pasado mucho tiempo”. Extraído de AGÜERO, “Clemencia, perdón y disimulo...”, cit., pp. 54-55.

⁶⁹ La expresión la hemos tomado de LORENTE SARIÑENA, *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, Consejo General del poder judicial - Centro de documentación judicial, 2006.

defensores no era infundada. Por el contrario era compartida y en términos generales encontraba eco en los fiscales de la Real Audiencia, quienes en sus dictámenes aceptaban como válidos varios de los elementos atenuantes de pena explicitados por los Defensores de pobres⁷⁰.

La causa más frecuentemente esgrimida por los defensores a la hora de defender a ladrones de poca monta, era que los efectos robados eran de poco valor⁷¹. Sin embargo un delito como el robo podía tener otros atenuantes además del mencionado, a la luz de una ley de las *Partidas*⁷². Los Defensores de pobres parecían tener bien presentes los atenuantes que estaban establecidos en la legislación y ampliamente desarrollados por los juristas⁷³. En un caso el defensor también intentó justificar un robo por la indigencia de sus autores⁷⁴.

⁷⁰ LEVAGGI, *Francisco Manuel de Herrera...*, cit., pp. 172-173.

⁷¹ AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-11-50 (1782). AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-13-9 (1785). AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-14-70 (1788).

⁷² En una extensa ley de las *Partidas* se establecían los factores que podían actuar como agravantes o atenuantes de una pena. La misma establecía que: “catar deben los judgadores quando quieren dar juicio de escarmiento contra alguno, qué persona es aquel contra quien lo dan, si es siervo o libre, o fidalgo, o home de villa o de aldea, o si es mozo, o mancebo o viejo; ca mas cruamente deben escarmentar al siervo que al libre, et al home vil que al fidalgo, et al mancebo que al mozo et al viejo que al mancebo... Et si por ventura el que hobiese asi errado fuese menor de diez años et medio, non le deben dar pena ninguna: et si fuere mayor desta edad et menor de diez et siete años, devenle menguar la pena que darien a los otros mayores por tal yerro. Otrosi deben catar los judgadores las personas de aquellos contra quien fuere fecho el yerro; ca mayor pena merece aquel que erró contra su señor, ó contra su padre, ó contra su mayoral ó contra su amigo, que si lo ficiese contra otro con quien non hobiese ninguno destes debdos. Et aun deben catar el tiempo et el lugar; En que fueron fechos los yerros; ca si el yerro que han de escarmentar, es mucho usado a facer en la tierra a aquella sazón, deben estonce facer mas cruo escarmiento, porque los homes se refrenen de lo facer. Et aun decimos que deben catar el tiempo en otra manera; ca mayor pena debe haber aquel que face el yerro de noche que non el que lo face de dia, porque de noche pueden nacer muchos peligros et muchos males. Otrosi deben catar el lugar en que facen el yerro; ca mayor pena meresce aquel que yerra en la iglesia, o en casa del rey, o en lugar do judgan los alcalles, o en casa de algunt su amigo que se fia en el, que si lo ficiese en otro lugar. Et aun debe ser catada la manera en que fue fecho el yerro; ca mayor pena meresce aquel que mata a otri a aleve a traycion, que si lo matase en pelea o de otra manera; et mas cruamente deben ser escarmentados los robadores que los que furtran ascondidamente. Otrosi deben catar qual es el yerro, si es grande o pequeño; ca mayor pena deben dr por el grande que por el pequeño. Et aun deben catar quando dan pena de pecho si aquel a quien la dan o la mandan pechar, es pobre o rico; ca menor pena deben dar al pobre que al rico: et esto es porque manden cosa que pueda ser cumplida. Et pues que los judgadores hobieren catado muy acuciosamente todas estas cosas sobredichas, pueden crecer, o toller o menguar la pena segunt entendieren que es guisado de lo facer”. *Las siete partidas del rey...*, cit., tomo III, Partida VII, Título XXXI, Ley 8. El subrayado es nuestro.

⁷³ LEVAGGI, *Historia del derecho penal...*, cit., pp. 33-36.

⁷⁴ AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-2-27-47 (1802).

En litigios por heridas u homicidio uno de los argumentos más comunes era que el reo había actuado en defensa propia⁷⁵, la que estaba prevista como un factor que eximía de responsabilidad al homicida en las *Partidas*, dado que todo hombre tenía derecho a “amparar su persona de muerte”⁷⁶. Otras veces, en las cuales no era posible argumentar que el reo se había defendido de una agresión, los defensores negaban que existiera un vínculo causal entre las heridas infligidas y la posterior muerte de la víctima. Si una muerte -o ciertas lesiones- era accidental o casual, también estaba previsto que se absolviese de culpa a quien la había provocado sin intención⁷⁷. Juan Jayme era un negro libre que había herido sin querer a un sujeto en la pierna cuando se le disparó un trabuco cargado que estaba limpiando. El defensor Jaime Alsina pidió que lo pusieran en libertad porque el suceso había sido casual⁷⁸. La ausencia de dolo, es decir de intención de cometer el delito, era un atenuante significativo. En las imputaciones por heridas existían otras razones que eran desarrolladas por los defensores en sus escritos para lograr la absolución de sus asistidos. Si las lesiones de la víctima eran leves y habían sanado, y sobre todo si el imputado había ayudado económicamente en la curación, tales razones eran esgrimidas para dejar el asunto en el pasado, perdonando al infractor⁷⁹.

Los Defensores de pobres asistieron a muchos hombres acusados de ejercer algún tipo de violencia hacia las mujeres. La situación que más frecuentemente llegaba a los tribunales era la del “rpto”, que a veces incluía alguna acusación de “mujer forzada”⁸⁰. Éste ocurría cuando un hombre sacaba por la fuerza a una mujer -generalmente menor de edad- de casa de sus padres. Las intervenciones de los Defensores de pobres en estos casos giraban en torno a dos cuestiones. La voluntad de casamiento del reo y la relación previa que éste tenía con la víctima. Se

⁷⁵ AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-2-25-30 (1800).

⁷⁶ *Las siete partidas del rey...*, cit., Tomo III, Partida VII, Título VIII, Ley 2.

⁷⁷ *Las siete partidas del rey...*, cit., Tomo III, Partida VII, Título VIII, Ley 4.

⁷⁸ AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-12-4 (1783). Osvaldo Barreneche ha concluido que en causas por homicidio era común que los defensores alegaran ebriedad o rusticidad del reo, defensa propia y provocación por parte de la víctima, o que la muerte no había sido producida por el reo sino que obedecía a otras causas. BARRENECHE, “A solo quitarte...”, cit., pp. 26-27.

⁷⁹ AHPBA, Juzgado del crimen, 34-1-12-7 (1783). AHPBA, Juzgado del crimen, 34-1-13-7 (1785). AHPBA, Juzgado del crimen, 34-1-14-19 (1787). AHPBA, Juzgado del crimen, 34-1-15-52 (1789).

⁸⁰ Este delito ha sido objeto de atención en BARRENECHE, “Esos torpes deseos: Delitos...”, cit. Según el autor los argumentos desplegados por los defensores eran: el hecho de que la víctima no fuese virgen, la existencia de una amistad ilícita entre víctima y victimario, la no comprensión de la criminalidad del acto, o el consentimiento prestado para las relaciones sexuales. En su parecer, dichas estrategias defensivas “nos señalan algunos rastros de una cultura machista ampliamente difundida en los estrados judiciales de la colonia”. Sobre algunos de las prácticas que atravesaban las relaciones amorosas entre hombres y mujeres ver CARLOS MAYO, *Porque la quiero tanto. Historia del amor en la sociedad rioplatense (1750-1860)*, Buenos Aires, Biblos, 2004.

argumentaba en muchos casos que la sustracción de la menor era consentida por ella misma. Antonio Nuñez había entrado por la fuerza a una vivienda y era acusado de haber herido a un anciano al intentar raptar a una niña. Sin embargo la versión dada por el defensor fue otra. Dijo que la joven había dado palabra de casamiento a su asistido y que la intención de éste era contraer matrimonio sorteando la oposición de sus familiares. Acerca de los excesos cometidos cuando trató de llevar a cabo este propósito, Martín de Álzaga dijo que su protegido merecía disculpa porque “el amor ciega a los que lo poseen”⁸¹.

Si el rapto se conjugaba con una situación de abuso sexual, era necesario desplegar argumentos de mayor peso para contrarrestar la acusación fiscal. Los defensores como estrategia echaban un manto de dudas sobre la reputación de la víctima. Josef de la Oyuela aseveró que la niña de doce años raptada por Mariano Cortés, había consentido la fuga de su hogar porque ambos buscaban casarse y que era “una mujer acostumbrada con anticipación a los placeres del amor”⁸². Estas observaciones de los defensores no eran intrascendentes. Una ley de la séptima partida aclaraba que la violación de una mujer era penada con la muerte del reo, pero solo cuando se trataba de “mujer virgen, o casada, o religiosa, o viuda que viva honestamente en su casa”. En caso de que la mujer no cumpliera ninguna de estas condiciones, la pena a aplicar quedaba al arbitrio del juez⁸³.

La labor de los defensores en favor de maridos que maltrataban a sus mujeres también estaba a la orden del día. Los golpes de un marido a su esposa estaban justificados en el imaginario de la época, al igual que los golpes que un amo podía dar a su esclavo, un maestro a su alumno o un padre a sus hijos pero éstos debían ser moderados y no causar contusión grave, a modo de corrección. Cuando este límite difuso era sobrepasado, intervenía la justicia. En estos casos la estrategia era doble. Demostrar el amor que el esposo profesaba hacia su mujer, y probar que los golpes estaban motivados por la desobediencia de la víctima⁸⁴.

La relación previa que existía entre víctima y victimario no solo era un argumento esgrimido por los defensores cuando tenían que defender a un hombre que golpeaba a su esposa o que raptaba a una joven. También era utilizado en

⁸¹ AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-12-56 (1784).

⁸² AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-2-26-54 (1801). Otros casos de rapto de mujeres en AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-13-25 (1785). AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-2-22-52 (1797). AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-2-24-33 (1799).

⁸³ “Mas si alguno forzase a otra muger que non fuese de las sobredichas, debe haber pena por ende segunt alvedrio del judgador, catando quien es aquel que fizo la fuerza, et la muger que forzó, et el tiempo et el lugar en que lo fizo”. *Las siete partidas del rey...*, cit., Tomo III, Partida VII, Título XX, Ley 1-3.

⁸⁴ Casos de maridos golpeadores en AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-16-51 (1791). AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-20-48 (1795). AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-2-22-36 (1797).

aquellos litigios por heridas que involucraban a sujetos que no tenían una enemistad previa⁸⁵. Existían también otros factores mencionados por los defensores para lograr la absolución de sus asistidos o la imposición de una pena arbitraria más leve que la ordinaria. Éstos eran: la inclusión en un indulto real⁸⁶, la mención a las necesidades que estaba pasando la familia del reo⁸⁷, la ancianidad⁸⁸, el perdón de la parte ofendida⁸⁹, y la influencia que sobre el reo habían ejercido otras personas al momento del hecho⁹⁰.

En el próximo apartado veremos como cuando la fama del reo era factor que inclinaba peligrosamente la balanza en favor de la parte acusadora, los Defensores de pobres desplegaban ciertas estrategias particulares. Sin embargo, la fama no solo era un agravante que perjudicaba en todos los casos al reo sino que bien utilizada podía ser un atenuante significativo. Una estrategia podía ser enfatizar la mala fama de la víctima. Las mujeres raptadas o abusadas podían ser calificadas de prostitutas o “licenciosas”, y las esposas golpeadas de “desobedientes”. A veces también las víctimas hombres que habían sido heridos o asesinados por los asistidos de los defensores eran tachados de “provocativos” o “camorroneros de profesión”⁹¹. Cuando les convenía a sus asistidos los Defensores de pobres produjeron prueba a favor de ellos pero estos interrogatorios a testigos rara vez versaban sobre los hechos que se les imputaba a los reos. La mayoría de las veces las preguntas estaban dirigidas a probar que la conducta diaria del imputado era ejemplar. Los defensores intentaban demostrar que sus asistidos eran trabajadores, mantenían a sus familias, asistían a misa y eran “sumisos a la justicia”⁹². Los elementos atenuantes o absolutorios de pena referentes a una situación particular del reo o a las condiciones en que había sido cometido el ilícito que hemos reseñado hasta aquí estaban lejos de agotar los argumentos que los Defensores de pobres desarrollaban en sus escritos. Estos agentes en el teatro de la justicia exhibieron un manejo perspicaz del sistema de pruebas legales y tasadas que había sido delineado en las *Partidas* casi cinco siglos antes.

⁸⁵ AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-9-9 (1776).

⁸⁶ AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-12-6 (1783). AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-15-41 (1789). AHPBA y Juzgado del Crimen, 34-1-20-49 (1795).

⁸⁷ AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-18-32 (1793).

⁸⁸ AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-2-23-19 (1798).

⁸⁹ AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-2-23-16 (1798).

⁹⁰ AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-2-23-4 (1798).

⁹¹ AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-2-32-23 (1809). AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-2-28-2 (1803).

⁹² Algunos casos de este tipo en AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-13-17 (1785). AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-13-21 (1785). AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-16-39 (1791).

V. EL DISCURSO DE LAS PRUEBAS: LA CONFESIÓN, LOS TESTIGOS Y LA “ULTIMA Y MAIOR PENA”

Algunos estudiosos de la justicia del Antiguo Régimen en el Río de la Plata notaron que el sistema de pruebas legales y tasadas ya había caído en desuso en las postrimerías del período colonial, postulando que imperaba la libre convicción del juez. El arbitrio judicial así habría llegado a su apogeo⁹³. En términos generales esto ocurrió así. Sin embargo no creemos conveniente aseverar que ambos sistemas eran del todo incompatibles⁹⁴. El examen de la labor de los Defensores de pobres demuestra que si bien no se opusieron frontalmente al arbitrio judicial, en el ejercicio de su labor no se cansaron de recordar aquellas disposiciones que buscaban impedir que un reo sólo fuera condenado en base a indicios o conjeturas. Y rescataron el sistema de pruebas legales y tasadas para que el arbitrio judicial se inclinara a favor de sus asistidos. Así fue que los defensores frecuentemente hicieron observaciones sobre los métodos de prueba, principalmente la confesión y los dichos de testigos⁹⁵.

La reina de las pruebas era la confesión. Si el reo confesaba su delito, el proceso ya estaba resuelto pero si se mantenía en su negativa, el fiscal se veía en dificultades para justificar su pedido de pena ordinaria, ya que los otros medios de alcanzar una prueba plena eran más difíciles de lograr. Por eso, los defensores varias veces se encargaron de recordar que sus asistidos estaban “inconfesos”⁹⁶. Josef de la Oyuela argumentó que si el reo no estaba confeso “no corresponde la

⁹³ TOMÁS JOFRÉ, *Causas instruidas en Buenos Aires durante los siglos XVII y XVIII*, Buenos Aires, Facultad de Derecho de Buenos Aires, 1913. LEIVA, “La institución del arbitrio...”, cit.

⁹⁴ Este proceso histórico de larga duración acontecido en Europa ha sido conceptualizado de diferentes modos. Por un lado John Langbein entendió que esta transformación del sistema probatorio comportaba un cambio abrupto con el viejo sistema de pruebas legales y tasadas. Giorgia Alessi Palazzolo por el contrario consideró que el hecho de que el libre arbitrio del juez ganara terreno solo introdujo una contradicción interna al mismo sistema de pruebas legales y tasadas, no su sustitución. En base a nuestra investigación sobre la labor de los Defensores de pobres, para el caso de Buenos Aires en la época virreinal nos inclinamos por esta segunda postura. JOHN LANGBEIN, *Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Régime*, Chicago, University Of Chicago Press, 1977. GIORGIA ALESSI PALAZZOLO, *Prova legale e pena - La crisi del sistema tra evo medio e moderno*, Jovene Editore, Napoli, 1979.

⁹⁵ Una prueba plena podía alcanzarse por la confesión del reo, los dichos de dos testigos hábiles o mediante documento público. ALONSO ROMERO, *El proceso penal...*, cit., pp. 46-54. ALEJANDRO AGÜERO, “Sobre el uso del tormento en la justicia criminal indiana de los siglos XVII y XVIII (con especial referencia a la jurisdicción de Córdoba del Tucumán)”, en *Cuadernos de Historia*, núm. 10, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas Roberto I. Peña, 2000 pp. 195-254.

⁹⁶ AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-10-2 (1779). AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-13-23 (1785). AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-2-24-46 (1799).

pena ordinaria del delito⁹⁷ pero incluso una vez producida la confesión, los defensores encontraban formas de impugnarla o sacar algún provecho de ella⁹⁸. Los dichos de los testigos también eran atacados de distintos ángulos. Se podía impugnar a los testigos en base a su condición personal o debido a las características de sus testimonios. Los defensores pidieron la nulidad de los testigos argumentando que eran singulares⁹⁹, menores de edad¹⁰⁰, “de oydas”¹⁰¹, indios¹⁰² o enemigos del reo¹⁰³. Francisco Antonio Belaustegui mostró desprecio por los testigos que acusaban a su asistido porque no eran de probidad. Eran peones de campaña “lo que es lo mismo que decir vagos o araganes”. Luego agregó que los peones solían ser “borrachos, ladrones y camorrones”¹⁰⁴. Otros defensores trataron de relativizar los testimonios de los testigos aseverando que eran contradictorios¹⁰⁵, vagos, generales o informales¹⁰⁶, o directamente falsos.

El hecho que “la publica voz y fama” que se tuviera del reo tuviese tanto peso en el desarrollo del proceso, llevaba a situaciones un tanto confusas. En determinados momentos no se sabía si al justiciable le estaban imputando delitos concretos o directamente su modo de vivir. Cuando las acusaciones eran vagas y generales, y consistían en tachar al reo de “dañino”, “perjudicial”, “bagamundo” o “malentretenido”, los defensores hábilmente señalaban la falta de precisiones concretas en torno al lugar y fecha de comisión del delito¹⁰⁷. Juan Antonio de Zelaya en defensa de un mulato acusado de excesos argumentó que:

...el ser camorrero y provocativo tampoco significa cosa alguna porque no habiendo cometido exceso alguno, no habiendo muerto, ni herido o causado algún otro daño a nadie nada mas imputar esas palabras sino que tiene un genio poco sufrido o como dicen algunos de los testigos que es o se

⁹⁷ AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-2-26-32 (1801).

⁹⁸ AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-2-24-41 (1799). AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-2-24-57 (1799).

⁹⁹ AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-2-26-31 (1801). AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-2-26-40 (1801). AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-2-28-12 (1803).

¹⁰⁰ AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-10-49 (1779).

¹⁰¹ AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-13-4 (1785). A.H.P.B.A., Juzgado del Crimen, 34-1-13-31 (1786). AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-20-20 (1795).

¹⁰² AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-2-26-23 (1801).

¹⁰³ AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-2-26-32 (1801).

¹⁰⁴ AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-20-10 (1795).

¹⁰⁵ AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-14-3 (1787).

¹⁰⁶ AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-14-32 (1787). AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-14-63 (1788). AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-2-24-46 (1799).

¹⁰⁷ AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-13-25/1 (1785).

tiene por alentado o guapo. Mas esto no es causa suficiente para proceder criminalmente¹⁰⁸.

La fama según los defensores no podía por sí sola bastar para condenar a alguien. Por eso solían resaltar la ausencia del cuerpo del delito, “el fundamento de todo proceso criminal” según el defensor Anselmo Sáenz Valiente¹⁰⁹.

En innumerables ocasiones los defensores destacaron la falta de pruebas para pedir la absolución de sus asistidos o una considerable atenuación de pena, no solo en causas por “excesos” o “vicios”¹¹⁰. “Las presunciones nunca son pruebas suficientes para imponer la pena ordinaria del delito” afirmó Josef Santos de Inchaurregui en 1797¹¹¹. Condenar a alguien solo en base a presunciones no solo contradecía los principios elementales de todo proceso criminal que habían sido establecido en las *Partidas* sino que podía conllevar el peligro de condenar a un inocente. Francisco Ignacio Ugarte aseveró “mas vale absolver al reo que condenar al inocente”¹¹². A los ojos de los defensores tampoco podía ser condenado un reo dos veces por el mismo delito. El principio de *non bis in idem* fue enunciado por algunos defensores cuando los fiscales destacaban los antecedentes penales del reo¹¹³.

El discurso desplegado por la mayoría de los Defensores de pobres en torno a la necesidad de pruebas para proceder a una condena no fue de carácter general o indeterminado. Por el contrario se hizo alusión frecuentemente al sistema de pruebas legales y tasadas establecido en las *Partidas*, invocando la ausencia de pruebas semiplenas y plenas en muchos procesos¹¹⁴. Tomás Antonio Romero, al pedir la absolución de Pedro Pablo Farías aseveró: “no hay prueba plena como se requiere”, dada la ausencia de “testigo hábil e idóneo”¹¹⁵. Pero si una plena prueba era necesaria para imponer la pena ordinaria, como se encargaron de recordar los defensores, otros fueron más lejos y argumentaron que para proceder a la aprehensión y reclusión de un reo era necesaria previamente una semiplena prueba.

¹⁰⁸ AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-2-28-9 (1803).

¹⁰⁹ AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-20-49 (1795). Casos similares: AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-10-58 (1780). AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-12-53 (1784).

¹¹⁰ Algunos ejemplos en AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-13-4 (1785). AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-13-25/1 (1785). AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-15-14 (1789).

¹¹¹ AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-2-22-34 (1797).

¹¹² AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-10-17 (1779).

¹¹³ AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-13-50 (1786).

¹¹⁴ Algunos casos en AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-13-14 (1785). AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-14-70 (1788). AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-15-48 (1788).

¹¹⁵ AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-2-24-16 (1799).

Juan Bargas había sido apresado “por vago y otros excesos”. Su defensor explicó muy claramente porque la detención no se ajustaba a derecho:

Las leyes constantemente requieren una precedente semiplena prueba del delito para proceder a la prisión de cualquier reo, como que es un acto suio infamante, a que no debe por consiguiente hacerse lugar sin justa causa...¹¹⁶.

Los escritos más elaborados que redactaban los defensores generalmente se encuentran en causas en las cuales existía un peligro cierto que el reo fuera ejecutado a pedido del promotor fiscal. En estos procesos era cuando los defensores recordaban con más insistencia el precepto de las *Partidas*, que para condenar a un reo a la pena ordinaria eran necesarias pruebas claras como la luz. Anselmo Sáenz Valiente adujo: “como la vida del hombre es lo más apreciable y distinguido que hay en el mundo, las pruebas para quitársela deben ser tan claras como la luz del mediodía”¹¹⁷. Las citas de leyes concretas y obras doctrinarias también tenían un lugar importante en estas defensas. En varios casos los Defensores cumplieron una destacada labor y sus asistidos fueron liberados o recibieron una pena menor a la pedida por el fiscal. En un caso el fiscal había recomendado “imponerle las penas mas exemplares” a Agustín Rojas, acusado de homicidio pero José Antonio de Escalada argumentó que solo existían “indicios y conjeturas” y que las pruebas del delito debían “ser tan claras como la luz del mediodía”. Finalmente Rojas fue enviado a servir de por vida en las obras publicas en la costa patagónica¹¹⁸. Mejor suerte tuvo Francisco Gil, un joven peninsular acusado de participar en el asesinato de un pulpero. El fiscal había solicitado la imposición de “las mayores y más graves penas” pero la defensa realizada por Francisco Ignacio de Ugarte y Antonio García López fue muy sólida. Impugnaron la sumaria, resaltaron la buena fama del reo, y citaron leyes específicas al destacar la necesidad que “las pruebas sean leales y verdaderas y sin ninguna sospecha”. El litigio concluyó con la liberación del reo¹¹⁹.

Los ejemplos antedichos no eran situaciones excepcionales. La pena capital era generosamente solicitada por el promotor fiscal pero luego de largos escritos de los defensores, raramente se aplicaba. De las 216 causas en las que intervinieron los Defensores de pobres que comprenden nuestra muestra, solo encontramos dos

¹¹⁶ AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-2-30-16 (1805).

¹¹⁷ AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-20-54 (1795).

¹¹⁸ AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-10-2 (1779).

¹¹⁹ AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-10-17 (1779).

ejecutados¹²⁰. Al ejercer la defensa de uno de ellos, el defensor se quejó que “se le mira como un hombre feroz, sanguinario y de quien no puede esperarse enmienda siendo por lo tanto un miembro podrido de la sociedad que es preciso cortar para que no infeccione a otros y cause mas perjuicios”¹²¹. Tampoco hemos encontrado sesiones de tormento en los procesos de nuestra muestra. Las pocas veces que dicha medida fue solicitada por el fiscal -a instancias del defensor- el juez desechó el pedido. Ello no significa que nunca su aplicó tortura a los reos en Buenos Aires durante el período delimitado en nuestra investigación¹²² pero parecen haber sido casos aislados a la luz de la historiografía que ha tratado el tema en otras regiones del continente americano¹²³.

VI. CONCLUSIONES

¿Qué nos deja este extenso recorrido en el que hemos analizado las intervenciones que los Defensores de pobres desplegaron en los litigios criminales? Los testimonios vertidos en este capítulo nos hablan a veces de Defensores de pobres indolentes, cuyos asistidos denunciaron que no se sentían representados por ellos o fueron condenados sin que el defensor notificado haga un solo escrito en su favor. En general, estos desempeños negligentes son observables en causas de poca monta¹²⁴ pero también hemos visto defensores con un desempeño destacable, sobre todo en causas en las que el fiscal había solicitado la pena capital.

La historiografía frecuentemente ha soslayado o minusvalorado la acción de los defensores “oficiales” debido a la naturaleza predominantemente inquisitiva

¹²⁰ AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-20-47 (1795). AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-2-27-3 (1802). La infrecuencia de la pena capital en la justicia penal del Antiguo Régimen es algo en lo que coinciden autores que han estudiado diversas regiones. HESPANHA, *La Gracia del derecho...*, cit., pp. 203-274. MANTECÓN MOVELLÁN, “La justicia...”, cit., pp. 207-228. HERZOG, *La administración...*, cit., pp. 231-233. LEVAGGI, “Las penas de muerte...”, cit., pp. 81-164. AGÜERO, *Castigar y perdonar cuando...*, cit., p. 173.

¹²¹ AHPBA, Juzgado del Crimen, 34-1-20-47, (1795).

¹²² A la luz de la historiografía disponible en dos ocasiones se procedió a dar “cuestión de tormento” a reos en Buenos Aires durante el período tardocolonial. Ricardo Levene cita el caso de Ambrosio Riquelme y Mariano Solís, quienes fueron torturados en 1781. LEVENE, *Historia del Derecho Argentino...*, cit., p. 146. El otro caso es mucho más conocido. Se trata del proceso que se inició a raíz de la “Conspiración de los franceses” de 1795. Durante esta investigación el alcalde ordinario del Cabildo, Martín de Álzaga, quien anteriormente había sido Defensor de pobres, aplicó tormento en varias ocasiones a dos de los detenidos. LYMAN JOHNSON, *Workshop of Revolution. Plebeian Buenos Aires and the Atlantic World, 1776-1810*, Durham and London, Duke University Press, 2011, pp. 149-179.

¹²³ Ver un buen estado de la cuestión en AGÜERO, “Sobre el uso...”, cit.

¹²⁴ BARRENECHE, “A solo quitarte...”, cit., p. 26.

de la justicia del Antiguo Régimen. Sin embargo, el debilitamiento del sistema de pruebas legales, junto con la consolidación del arbitrio judicial y la imposición de penas extraordinarias, fue precisamente lo que permitió que se abriera un campo de acción considerable a los defensores. Frente a los pedidos monocordes de la acusación fiscal de aplicación de las penas ordinarias muy severas a los delincuentes, los defensores brindaron variadas razones para que los jueces, apelando a múltiples órdenes normativos, optasen muchas veces por una pena arbitraria menor, atenuando el rigor de las leyes. De esta forma, el rol de los notables que ejercían la función de Defensor de pobres no era menor en el funcionamiento global de una economía de la gracia y la misericordia¹²⁵. El movimiento pendular entre el amor y el terror¹²⁶ que caracterizaba el accionar de las justicias se nutría en parte del desempeño de los defensores que con variados argumentos buscaban concitar la piedad de los magistrados. Los defensores no sólo conseguían su salvación personal al ser caritativos con los *miserables* y desamparados dedicando una parte considerable de su tiempo y peculio personal para asistirlos sino que sus acciones legitimaban a las autoridades en distintos niveles¹²⁷. El proceso judicial penal ordinario se caracterizaba por la desigualdad entre las partes. Era de carácter mixto, y estaba dividido en una etapa sumaria de tinte inquisitivo y una segunda fase plenaria donde los elementos acusatorios se hacían presentes. Esta desigualdad entre la acusación y la defensa también estaba dada por el carácter letrado, rentado y estable del cargo de fiscal en comparación con la naturaleza lega, gratuita y rotativa de la defensoría de pobres.

Sin negar lo dicho, hemos visto que esta disparidad inicial disminuía considerablemente cuando los Defensores de pobres efectivamente tomaban a su cargo la defensa de un justiciable. La multiplicidad de recursos argumentativos que los Defensores de pobres ponían en juego se condice muy mal con la imagen de un agente de justicia lego, inexperto o poco preparado. En sus escritos esgrimían múltiples factores atenuantes desarrollados por las leyes y la doctrina y también manejaban el lenguaje técnico de las pruebas legales y tasadas que había sido plasmado en las *Partidas*. El mayor arbitrio judicial, y la imposición de penas extraordinarias, no eliminó por completo la apelación al rígido sistema de pruebas legales y tasadas explicitado en las *Partidas*. Los Defensores de pobres fueron los voceros más firmes de este sistema frente a las acusaciones fiscales que buscaban prescindir del mismo. Quizá conviene rescatar la idea de contradicción interna de un sistema en el cual los jueces tenían un amplio margen de acción a la hora de

¹²⁵ HESPANHA, *La Gracia del derecho...*, cit. Respecto al desempeño de los Defensores de pobres coincidimos en lo esencial con lo planteado en FERNÁNDEZ, “Las razones...”, cit.

¹²⁶ AGÜERO, *Castigar y perdonar cuando...*, cit.

¹²⁷ AGÜERO, “Las categorías básicas...”, cit.

impartir justicia pero tampoco podían desconocer lineamientos procesales que seguían invocándose en defensa de los reos¹²⁸.

La actuación de los defensores la mayoría de las veces estaba al mismo nivel que la del promotor fiscal. ¿Puede deberse esta disminución de la distancia que separaba a la defensa de la acusación a la asesoría letrada que tuvieron los Defensores de pobres?. Lo creemos poco probable. Los asesores letrados estamparon su firma al lado de la de los Defensores de pobres solo durante diez años. Los escritos de los Defensores durante este período no exhibieron diferencias sustanciales con los de sus antecesores ni con los de quienes les sucedieron en el cargo. Aún así, debemos reconocer ciertas limitaciones de la fuente. Pese a que los escritos del defensor siguieran siendo redactados por el mismo, podría ocurrir que los razonamientos vertidos en ellos fueron inspirados por algún asesor sin habernos dejado pistas. Esto ha sugerido María Rosa Pugliese, quien ha postulado que en Buenos Aires hacia fines de la época colonial existía un asesoramiento letrado -formal o informal- cada vez más permanente¹²⁹.

Sin embargo, estudios de otras regiones más periféricas del imperio español hacia fines del siglo XVIII -como Córdoba-, donde el carácter lego de los agentes que administraban justicia era aún más marcado dada la escasez de abogados, han señalado la existencia de una cultura jurídica que excedía con mucho a los letrados y que incluía a los notables de la comunidad¹³⁰. Éstos, como cabezas de su república, debían manejar ciertas herramientas jurídicas para desempeñar diversos oficios a lo largo de sus vidas. Y cuando ocupaban los cargos de promotor fiscal, defensor y alcalde ordinario citaban legislación y doctrina tal como lo podría haber hecho un doctor en leyes¹³¹. Provieniendo los Defensores de pobres de Buenos Aires

¹²⁸ Esta idea es defendida en AGÜERO “Sobre el uso...”, cit., al referirse a las dos posturas expresadas en los planteos de John Langbein y Giorgi Alessi Palazzolo acerca de si la flexibilización de los cánones procesales dispuestos en las *Partidas* en la época moderna significaron una revolución del sistema o una adecuación del mismo a nuevos tiempos.

¹²⁹ PUGLIESE, *De la justicia lega...*, cit., p. 50.

¹³⁰ ALEJANDRO AGÜERO, “Saber jurídico y técnica procesal en la justicia lega de la periferia. Reflexiones a partir de documentos judiciales de Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII”, en MANUEL TORRES AGUILAR (Coord.), *Actas del XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Córdoba (España), 2005, t. I, pp. 311-332. El autor ha señalado que era común la circulación de manuales de técnicas procesales y libros jurídicos. Acerca del contexto de emergencia y producción de estos textos consultar AGUSTÍN CASAGRANDE, “Literatura Práctica en el siglo XVIII. El orden procesal en la historia de la justicia rioplatense”, en *Revista de Historia del Derecho [online]*, enero-junio 2015, núm. 49, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, pp. 1-43, ISSN 1853-1784, pp. 1-32. Disponible en (http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1853-17842015000100001&lng-es&nrm-iso&tlneg-es)

¹³¹ VASALLO, *Mujeres delincuentes. Una mirada...*, cit. RAMÓN PEDRO YANZI FERREIRA, “La jurisprudencia penal cordobesa en el período tardocolonial”, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2001. Disponible en

del círculo más prestigioso de la elite local, lo más factible es que hayan estado empapados de una amplia cultura jurídica. Sobre todo porque muchos de ellos posteriormente desempeñaron otros cargos importantes en el ayuntamiento como los de Síndico Procurador General o Alcalde Ordinario. La antinomia lego-letrado¹³² aparece así desdibujada incluso en la ciudad que era sede de la Real Audiencia, dada la multiplicidad de órdenes normativas de los que se nutría el Derecho de aquel entonces. La firma del letrado parece haber obedecido más a una exigencia institucional -presente en las leyes de Indias y reafirmada posteriormente- que pronto cayó en desuso.

En resumen, se trataba de una sociedad en la que diversos grupos sociales compartían y retroalimentaban -en mayor o menor medida- una cultura jurídica común. Los sectores plebeyos podían ejercer su propia defensa o peticionar por sus derechos acudiendo a familiares, vecinos y amigos. Los cientos de solicitudes y peticiones que esclavos, encarcelados y pobres escribían al virrey sorteando obstáculos de todo tipo son una muestra de ello. Si estos *miserables* manejaban ciertas herramientas jurídicas, los vecinos más prestigiosos y acaudalados con mayor razón exhibían una cultura autodidacta que les permitía desempeñar los oficios de la república inherentes a su condición social, como el de Defensor de pobres. Los notables que ejercieron esta función demostraron muchas veces estar a la misma altura que fiscales y jueces. Ello no significa que la administración de justicia durante el antiguo régimen fuera “humanitaria”, o que existiera un respeto irrestricto por lo que hoy llamaríamos garantías procesales. El accionar de las justicias tenía una naturaleza predominantemente inquisitiva, estamental y ofensiva hacia el reo. Pero por lo menos el desempeño del Defensor de pobres era un contrapeso a los pedidos de penas ejemplares -en nombre de la “vindicta publica”- que recaían sobre las espaldas de jóvenes pobres e iletrados, presa fácil de la criminalización ejercida por las autoridades a fines del período colonial.

(<http://secretarias.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/artjurisprudenciaenalcordobesa>).

[Fecha de consulta: 12/10/2015]. Acerca del importante papel de la doctrina de los autores en la estructura jurídica de la época consultar VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, “La doctrina de los autores como fuente del derecho castellano-indiano”, en *Revista de Historia del Derecho*, núm. 17 [1989], Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1990, pp. 351-408.

¹³² Es posible que un nítido contraste entre el mundo lego y el letrado sea más verificable al analizar otros aspectos de la administración de justicia, como las disputas entre las justicias menores y los funcionarios de la Real Audiencia. Ver CASAGRANDE, *Los vagabundos y la...*, cit.