

LA JUSTICIA MILITAR Y SU APLICACIÓN A LOS CUERPOS MILICIANOS DE BUENOS AIRES (1811-1823)

Por EMILIO FABIÁN HARARI *

Resumen:

Luego de 1810, la obligación de los habitantes de Buenos Aires de servir en las milicias continuó extendida al conjunto de la población libre. Una situación excepcional que se volvió permanente debido a los conflictos armados. En ese contexto, la justicia militar tuvo que actuar sobre un conjunto de individuos más amplio que los destinados a los regimientos veteranos. Sin ser considerados parte de la corporación castrense, estos voluntarios eran, de todos modos, sustraídos a la justicia ordinaria. Este trabajo examina la aplicación de la justicia militar sobre los principales cuerpos milicianos de la ciudad, los tercios cívicos, desde su creación hasta su disolución en 1820. Se analiza, para ello, el conjunto de sumarios levantados a los integrantes de estas fuerzas, prestando particular atención a las formas de aplicación de la justicia, al grado de apego a la legislación vigente (las Ordenanzas de 1768) y a la utilización del arbitrio judicial. Por último, se realiza un recorrido por las ideas de los juristas de la época sobre la aplicación del Derecho Militar para estos imprevistos pero extendidos casos.

PALABRAS CLAVES: Justicia Militar-Tercios Cívicos-Ordenanzas Militares-Fuero especial-Sumaríos Militares

Abstract:

After 1810, the obligation of the inhabitants of Buenos Aires to serve in the militia continued for to the whole free population. It was an exceptional situation that became permanent due to the armed conflict. In this context, the military courts had to act on a broader set of individuals than those destined to the veteran regiments. While not considered part of the military corporation, these volunteers were, however, excluded from the regular courts. This paper examines the application of military justice on the main bodies of the militia from the city, civic regiments, from its creation to its dissolution in 1820. For this purpose, it is analyzed the set of summaries raised to members of these forces, with particular attention to the forms of administration of justice, the degree of adherence to current legislation (Ordinances of 1768) and the use of judicial discretion. Finally, we examine the ideas of the jurists of the time on the application of military law to these unforeseen, but extended, cases.

KEY WORDS: Military Justice - Civic Regiments - Military Ordinances - Special jurisdiction - Military Summaries

* Doctor en Historia por la Universidad de Buenos Aires. Becario posdoctoral de CONICET. El presente trabajo forma parte de una investigación llevada a cabo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, bajo la dirección del Dr. Abelardo Levaggi.

Sumario:

I. Introducción. II. Metodología. III Dificultades para llevar adelante las causas. IV. Ubicación en el tiempo. V. Naturaleza de las acusaciones. VI. Carácter del fuero. VII. Características de los acusados. VIII. Autoridades judiciales. IX. Valoración de las pruebas. X. Derecho a la defensa. XI. Las sentencias. 1. Las penas. 2. El apego a las *Ordenanzas* y el arbitrio judicial. XII. Las ideas sobre la aplicación del fuero militar para el caso de los milicianos. XIII. Conclusión.

I. Introducción.

El trabajo que presentamos a continuación intenta examinar la administración de justicia que el Ejército proporcionaba a los milicianos de la ciudad de Buenos Aires, desde la asunción del primer gobierno patrio hasta la abolición del fuero militar, en 1823. Para ello, tomamos como observable los sumarios militares levantados contra miembros de los Tercios Cívicos y la Legión Patricia. Los primeros constituyeron la milicia más importante de la ciudad, creada en 1811 y reorganizada luego de 1820.¹ Esta formación incluía al conjunto de los habitantes de la ciudad, que formalmente debían prestar servicio en ellas. El 31 de agosto de 1813, el Poder Ejecutivo emitió una circular a los alcaldes de barrio en la que rezaba: “De orden del Supremo Poder Ejecutivo deberán presentar indispensablemente a esta intendencia en el día de mañana una razón de todos los vecinos patriotas que existen en su cuartel capaces de tomar las armas y clase de las con que puedan presentarse en caso de urgencia”.²

El 11 febrero de 1814, las disposiciones se hicieron más duras y más específicas. Se indicó que “todo ciudadano habitante de esta ciudad debe alistarse precisa e indispensablemente en alguno de los cuerpos de ella.”³

El Estatuto Provisional, también contenía disposiciones al respecto. Su capítulo III fue dedicado enteramente a las milicias cívicas. En

¹Las milicias cívicas fueron creadas el 6 de agosto de 1811, véase *Registro Oficial de la República Argentina* (en adelante RORA), Buenos Aires, Imprenta Especial de Obras, 1879, t. I, p. 414. Fueron suprimidas y reemplazadas por la Legión Patricia el 6 de noviembre de 1820, véase Archivo General de la Nación (AGN), Legión Patricia, X, 11-7-6. Hasta 1815, fue la única milicia de la ciudad y agrupaba al conjunto de la población libre. En 1815, se formó la milicia Auxiliares Argentinos, compuesta por esclavos (véase RORA, t. I, p. 359).

²AGN, Policía X, 32-10-1, f. 60.

³RORA, op. cit., t. I, p. 261.

su primer artículo explicitaba claramente: “Todo habitante del Estado, nacido en América; todo extranjero con domicilio de más de cuatro años; todo español europeo con carta de ciudadano y todo africano pardo libre, son soldados cívicos, excepto los que se hallan incorporados en las tropas de línea y armada.”⁴

El Reglamento Provisorio de 1817, volvió a reiterar la reglamentación, en cuanto a las milicias cívicas, que había establecido el Estatuto de 1815.⁵

La milicia constaba de tres tercios. El primero estaba compuesto por aquellos individuos que residían en los barrios céntricos. El segundo, por los de los barrios periféricos y las zonas de quintas. El tercero, por pardos, negros y mulatos libres.⁶

La Legión Patricia fue el nombre que tomaron las milicias que reemplazaron a los tercios cívicos, a partir de 1820. También puede encontrársela bajo la denominación de Legión Cívica.⁷ El 1 de noviembre, por un bando, se ordenó una reforma en las milicias:

“El 1º, 2º y 3º tercios cívicos formarán un regimiento de infantería de tres batallones con la planta que está detallada a los de línea. Se denominará Legión Patricia. Las plazas de sueldo y plana mayor serán las siguientes: un coronel veterano, un teniente coronel ídem, comandante del 1º batallón, dos tenientes coroneles sin sueldo, comandantes del 2º y 3 batallón, un ayudante 1º y otro 2º por batallón, con sueldo, un portabandera por batallón sin sueldo. Un sargento 1º, un cabo 1º, dos 2dos un tambos por compañía con sueldo y un tambos mayor y otro de órdenes sin sueldo”⁸

La nueva milicia proyectaba, en principio, un número menor de miembros que el que habían requerido las formaciones cívicas. Más allá de

⁴RORA, op. cit., t. I, p. 318.

⁵RORA, op. cit., t I, p. 451.

⁶AGN, Guardia Cívica, X 3-3-7. Para un análisis sobre los diferentes tercios, puede consultarse GABRIEL DI MEGLIO, *¡Viva el bajo pueblo! La plebe urbana de Buenos Aires y la política entre la Revolución de Mayo y el rosismo*, Buenos Aires, Prometeo, 2006, cap. II.

⁷Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires (AHPBA), *Acuerdos de la Honorable Junta de la Provincia de Buenos Aires* (AHJPBA), vol. I, p. 63.

⁸AGN, Legión Patricia, X, II-7-6.

eso, y para lo que nos interesa, este cuerpo continuó en funciones hasta 1823, año en que se cierra nuestro estudio.⁹

El objetivo entonces es responder a una serie de interrogantes ligados a la amplitud de lo que podría denominarse una *milicianización*¹⁰ en dicha ciudad y a las formas que adquirió la crisis del Derecho Indiano en relación a la nueva coyuntura instalada en 1810. Para ello, observaremos una serie de variables que hacen a las formas de impartir justicia ante diferentes delitos y, sobre ello, rastrear los cambios y continuidades con el antiguo régimen.

Los estudios sobre la Justicia Militar han logrado resolver una cantidad importante de interrogantes.¹¹ Con lo cual, poseemos una mejor comprensión sobre la materia que en el pasado. Sin embargo, las investigaciones se han concentrado en los casos de los regimientos de línea, por su mayor visibilidad, y han dejado vacante el análisis sobre los cuerpos más numerosos en la ciudad de Buenos Aires: los milicianos. Intentaremos, entonces, llenar ese vacío. Para ello, hemos relevado una serie de causas, las hemos analizado y comparado. Sobre el caso, hemos de aclarar algunas cuestiones. En primer lugar, nuestra investigación se concentra exclusivamente en la Justicia Militar. El interés está puesto en comprender el funcionamiento del fuero castrense. Por lo tanto, no hacemos alusión a los casos en que los milicianos pudiesen haber sido acusados por la justicia ordinaria. En segundo, como anticipamos, se trata de un estudio de las milicias de infantería, encuadradas en la Brigada Cívica de Infantería (también llamada Guardia Cívica o Tercios Cívicos). No nos hemos

⁹Puede apreciarse la participación de integrantes de esta milicia en el llamado Motín de Tagle. V. expediente agregado a la causa del Motín de Tagle bajo el nombre de “Año de 1822. Antecedentes sobre la revolución de agosto y para la causa del Dr. Medrano”, en AGN, Revolución de Tagle, X, 13-3-6.

¹⁰Tulio Halperín Donghi se refiere a la militarización en su trabajo “Militarización revolucionaria en Buenos Aires, 1806-1815”, en TULIO HALPERÍN DONGHI (comp.), *El ocaso del orden colonial en Hispanoamérica*, Buenos Aires, Sudamericana, 1978. No obstante, esa extensión del servicio militar se dio en el marco de formación de cuerpos milicianos, no regulares. Por lo tanto, corresponde, más bien, designar ese fenómeno como *milicianización*. Agradezco este comentario a mi tesis doctoral realizado por el Dr. Ezequiel Abásolo.

¹¹V. HÉCTOR TANZI, “La justicia militar en el derecho indiano (con especial referencia al Río de la Plata)”, en *Anuario de Estudios Americanos*, Sevilla, t. XXVI, 1969, pp. 175-277; ABELARDO LEVAGGI, “La aplicación del fuero militar en el Virreinato del Río de la Plata”, en AA.VV. *Poder y presión fiscal en la América española: siglos XVI, XVII y XVIII*, Madrid, Universidad de Valladolid, 1986, pp. 281-338, del mismo autor “Díptico de Historia del Fuero Militar”, en *Revista de Historia del Derecho “Ricardo Levene”* (RIHDRL), Buenos Aires, n° 28, 1991, pp. 81-129 y EZEQUIEL ABÁSULO, *El derecho penal militar en la historia argentina*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2002.

ocupado de los casos concernientes a los regimientos de caballería, ya que ello nos llevaría a otro escenario geográfico, como es la campaña bonaerense.

Hasta 1895, año de redacción de un Código de Justicia Militar Nacional, el principal cuerpo legal vigente en el Río de la Plata fueron las *Ordenanzas*, redactadas por Carlos III en 1768.¹² Como complemento, se adoptó la compilación y comentarios de Félix Colón de Larriategui¹³ y el Reglamento de Milicias de 1801, dictado en Buenos Aires.¹⁴ En virtud de rastrear las rupturas y continuidades, procuraremos observar la vigencia de la antigua legislación y de las prácticas judiciales. Asimismo, observaremos las autoridades que intervienen en las causas, las penas, los atenuantes y agravantes, la fundamentación de las sentencias y quiénes son los pasibles de ser juzgados por este tipo de justicia, lo que nos lleva directamente al problema del fuero militar. Todo ello, sin descuidar otros aspectos como quiénes son los acusados y en qué años encontramos una mayor acumulación de causas.

II. Metodología.

Para abordar el objeto de estudio hemos seleccionado un observable que consiste en 57 sumarios militares, que fueron formados entre 1812 y 1821. En todos ellos, los acusados son miembros de los tercios cívicos de infantería o de la Legión Patricia, también de infantería, luego de octubre de 1820. El recorte temporal comienza en 1812, con la aparición de cívicos imputados y se cierra en 1823, con la abolición del fuero militar.¹⁵ Las 57 causas elegidas constituyen prácticamente la totalidad de expedientes referidos a cívicos de infantería, en esos años, que se encuentran en el Archivo General de la Nación (Argentina).¹⁶ Hemos prescindido de expedientes incompletos y de aquellos que acusaban a algún miembro del

¹²V. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI - RICARDO JUAN CAVALLERO, *Derecho penal militar: lineamientos de la parte general*, Buenos Aires, Ariel, 1980. Para una consulta del cuerpo legal indiano, v. MARIANO SOCÍAS, *Ordenanzas de Su Majestad para el régimen, disciplina subordinación y servicio de sus Ejércitos*, Madrid, Escuela Tipográfica de Madrid, 1865.

¹³FÉLIX COLÓN DE LARRIATEGUI, *Compendio de los Juzgados Militares para el uso de los corregidores y alcaldes de los pueblos de España*, Madrid, Imprenta de la viuda de Joaquín Ibarra, 1793.

¹⁴*Reglamento para las milicias disciplinadas de infantería y caballería del Virreynato de Buenos Aires*, Buenos Aires, Real Imprenta de Niños Expósitos, 1802.

¹⁵BENITO DÍAZ, "La igualdad ante la ley: abolición de los fueros personales (1822-1823)", en *Trabajos y Comunicaciones*, La Plata, Universidad Nacional de La Plata, n° 3, 1952, pp. 18-33.

¹⁶Consultamos también el Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires y el Museo Mitre, sin resultados al respecto.

ejército regular y en el cual pudo haber intervenido algún cívico. No descartamos que nuevas investigaciones traigan a la luz expedientes adicionales encontrados en algún otro repositorio, pero entendemos que aquellos que examinaremos a continuación tienen la capacidad para señalar una tendencia. Entonces, con las salvedades especificadas, creemos que el conjunto de la muestra constituye un observable suficientemente representativo. En el apéndice documental, se exponen las fuentes de donde se extrajo la información.

Las variables que guiaron el examen de los expedientes fueron: el año de inicio, la graduación y condición del acusado, el delito por el que se sigue el proceso, la sentencia dictada, la autoridad que finalmente emite el fallo, el derecho a la defensa, la valoración de la prueba y, por último, si la sentencia se conforma con arreglo a Ordenanza o leyes militares. Con respecto a las sentencias, hemos discriminado aquellas que parecen resultar benignas para el reo de las que no. El criterio se basó exclusivamente en el texto. Allí donde la autoridad judicial reconociera el delito, pero por diversas razones, no siempre legales -aunque tal vez sí jurídicas-, ordenara penas menores, catalogamos la sentencia como benigna.

Cabe aclarar que no todas las causas proveen información sobre todas las variables. Por ejemplo, no en todas las causas se especifica el carácter ciudadano o veterano del acusado. Generalmente, el mismo procesado suele aclararlo en la indagatoria. Ante la pregunta sobre su profesión, suele responder con su grado más el término *veterano* (“soldado veterano”, “sargento veterano”) o con algún oficio que ejerza fuera de la milicia, si es *ciudadano*. Sin embargo, muchas veces responde simplemente con su grado, sin especificar si es veterano, sin que podamos averiguar en la causa si lo es. En esos casos, omitimos la clasificación. Algo similar sucede con la averiguación sobre si una pena es benigna o no. Salvo que la autoridad judicial lo deslice, o que sea evidente, optamos por dejar el casillero en blanco. Por último, recordemos que hay varias causas que quedaron inconclusas o que fueron interrumpidas por un indulto del Poder Ejecutivo, por lo cual no hubo ninguna sentencia firme.

Durante la vigencia del Derecho Indiano, la justicia militar tuvo un carácter lego, con asesoría letrada.¹⁷ Poco se modificó en este sentido luego de 1810. Formalmente, el sumario era sustanciado por un Juez Fiscal,

¹⁷V. ABELARDO LEVAGGI, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, Depalma, 2004, t. I, p. 165.

ayudado por un secretario. El primero, un oficial veterano. El segundo, un miembro veterano de la tropa, que debía saber leer y escribir.¹⁸ Según las *Ordenanzas*, debía realizarse un Consejo Militar, con diferentes formalidades, ya se tratase de un oficial o de un subalterno.¹⁹ Sin embargo, como veremos a continuación, esto no siempre se cumplió. Muchas veces el Poder Ejecutivo suspendió la causa o decretó un indulto. Otras, la causa no pasó por Consejos Militares.

III. Dificultades para llevar adelante las causas.

Antes de comenzar con el análisis de las variables, creemos necesario especificar que las causas se llevaban en una coyuntura de guerra y escasez de recursos, lo que podía derivar en que el alistamiento del acusado redunde en una suspensión del proceso. Asimismo, cada victoria de las armas nacionales derivaba en un indulto general, que también podía ser aprovechado por los familiares de los reos para pedir por ellos.

Encontramos un caso de extravío del acusado en 1815. Carlos Martínez, acusado de haber participado de un robo, no fue encontrado en su tercio, el de Pardos y Morenos. Su comandante, Nicolás Cabrera, explicaba que “cuando me recibí de dicho batallón ya no existía dicho individuo ni aún se encuentra en las listas generales”.²⁰ Puede sospecharse de la sinceridad de Cabrera, toda vez que todos los testimonios señalaron a Martínez como alistado en el tercer tercio. El encubrimiento y el permiso informal para su fuga no hubiera sido una conducta extraordinaria del comandante. El 9 de noviembre se informó que el comandante anterior, José Pereyra Lucena, había permitido a Luis Rodríguez salir del calabozo para alistarse en la expedición a Santa Fe.²¹ Lo cierto es que el Auditor de Guerra tuvo que expedirse: “Sobreséase en la prosecución de la presente causa y devuélvase a la Comisión Militar donde deberá archivarse sin perjuicio de derecho que resulte a tercero por cuya reclamación podrá abrirse nuevamente el juicio”.²²

El 12 de diciembre de 1816 el Poder Ejecutivo especificaba, a su vez:

¹⁸Ordenanzas, trat. VIII, tít. V, arts. 5°, 6°, 9° y 10°, en SOCÍAS, *Ordenanzas de Su Majestad para el régimen, disciplina subordinación y servicio de sus Ejércitos* ...cit. n. 10, t. III, p. 158.

¹⁹Ídem, art. 1°, en SOCÍAS, *Ordenanzas de Su Majestad para el régimen, disciplina subordinación y servicio de sus Ejércitos*...cit. n. 10, t. III, p. 157.

²⁰AGN, Sumarios Militares, X, 30-2-3, exp. 766, f. 14.

²¹Ibidem, f. 16.

²²Ídem, f. 20.

Ocupados en alistar la tropa que debe marchar a Montevideo y a Córdoba, no ha sido posible dar órdenes sobre el contenido de su oficio. Esta razón y la de que he visto al Supremo Director para que se sobresea en todas las que no sean criminales para destinarlos a los puntos dichos en que ha convenido, ofreciéndome pedir a la Comisión todas las causas en el estado que se hallen para resolver con la prontitud que exigen las circunstancias me excusan de pasar a VM la filiación...²³

Es decir, muchas veces las necesidades militares se superponían con el fluido funcionamiento de la Justicia Militar.

Podía suceder también que el Juez Fiscal se excusara por llevar adelante muchas causas. Algunas de ellas podían quedar suspendidas, supeditadas a un determinado orden de prioridad, como sucedió en la causa contra Carlos Martínez, del primer tercio, por haber muerto de un balazo al paisano Tiburcio Gómez. El Juez Fiscal, Juan del Río, debió pedir una postergación y el proceso quedó detenido.²⁴ Del Río tomó la causa por renuncia de otros dos jueces.

Ante todo debemos recordar que los jueces fiscales no eran sino oficiales regulares que formalmente debían conocer las *Ordenanzas*. En el caso de los secretarios, eran capitanes, sargentos, cabos y hasta soldados cuyo único mérito era saber leer y escribir, aunque podemos suponer que se trataba de elegirlos entre los veteranos porque se suponía que conocían las *Ordenanzas*. Por ello, se prescribía el asesoramiento del Auditor, quien sí ostentaba el título de letrado.

IV. Ubicación en el tiempo.

Aquí procuraremos analizar la ubicación de las causas en el tiempo. Para ello, elaboramos el cuadro 1, donde agrupamos los expedientes según su año de inicio y los dividimos en dos grupos. El primero, con aquellos procesos iniciados entre 1812 y 1818. El segundo, entre 1819 y 1821. Esta

²³AGN, Sumarios Militares, X, 29-11-6, exp. 401, f. 21.

²⁴AGN, Sumarios Militares, X, 30-1-2, exp. 552, f. 2.

periodización responde a separar un período relativamente estable (nunca más pertinente el término) y un período de crisis política importante.

Los resultados arrojan una primera conclusión: tres cuartas partes de las causas se inician en el segundo período, que abarca sólo tres años. El cuarto restante se reparte en los siete años anteriores. Mientras que en el primer período encontramos un promedio de dos causas por año, en el segundo podríamos calcular una causa por mes. Sólo en 1819 encontramos 18 causas. Por lo tanto, podemos sostener que en el corto período que media entre 1819 y 1821 habría habido cierta proliferación del delito y una mayor tendencia al relajamiento de la disciplina militar.

Una primera explicación podría basarse en que las milicias cívicas sólo cobraron una importancia política y administrativa luego de 1815. No obstante, no encontramos una cantidad importante de causas en los años que van desde esa fecha hasta 1818. Es desde este año que las causas comienzan a ser más numerosas.

Deberíamos, pues, prestar atención a una serie de variables que exceden el universo judicial. En primer lugar, la crisis política y el enfrentamiento con el Litoral, que promueve los enfrentamientos en Buenos Aires y cierno, sobre los tercios, la amenaza del alistamiento o del uso para el combate.²⁵ Entre las causas de 1819 dos son por levantamientos o conspiraciones contra la autoridad. En segundo lugar, pero no menos importante, la crisis financiera, que alcanza su máxima expresión en 1819. Desde 1818 el Estado tiene una gran dificultad para pagar a sus tropas. En 1819 esos problemas se agravan, derivando en una quiebra en 1820.²⁶ Este año el Cabildo debe reconocer que no tiene cómo hacer frente a sus obligaciones pecuniarias con los milicianos.²⁷

²⁵V. VICENTE FIDEL LÓPEZ, *Historia de la República Argentina*, Buenos Aires, Lectum, 1938, t. IV; RICARDO LEVENE, *La anarquía de 1820*, en *Obras Completas*, Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 1972, t. IV; CARLOS SEGRETI, *El país disuelto 1820/1821*, Buenos Aires, Editorial Belgrano, 1982 y TULIO HALPERÍN DONGHI, *Revolución y Guerra*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1972.

²⁶TULIO HALPERÍN DONGHI, *Guerra y finanzas en los orígenes del Estado argentino (1791-1850)*, Buenos Aires, Editorial Belgrano, 1982, p. 116.

²⁷Acuerdos del Extinguido Cabildo de Buenos Aires (AECBA), 6 de noviembre de 1820, Serie IV, t. IX, p. 288.

V. Naturaleza de las acusaciones.

Procuraremos, ahora, averiguar cuáles son los principales cargos por los cuales se instruyen los procesos. Esto permitirá un acercamiento a las preocupaciones de las autoridades militares y a los principales delitos. Con respecto a esta última variable, vale la pena una aclaración. Una gran cantidad de sumarios acumulados no permite concluir, inmediatamente, la existencia de una proporción similar de delitos o faltas. Podría darse el caso de ciertas conductas sobre las cuales los jueces militares y los oficiales no juzgasen imprescindible levantar un sumario. Con ello, tampoco se quiere afirmar lo opuesto, es decir, que ambas variables sean completamente independientes. Evidentemente, hay una relación entre el levantamiento de un sumario y la magnitud del delito, pero justamente, para encontrarla, debe comenzarse por reconocer que estamos ante elementos diferentes. En cambio, las cifras de las acusaciones nos dicen mucho sobre cuáles eran las faltas que la justicia militar deseaba enmendar, toda vez que se estaba invirtiendo un esfuerzo en detener al reo y seguir el proceso.

En el cuadro 2, podemos observar que la mayor cantidad de sumarios relevados fueron levantados bajo la carátula de “permitir fuga”, es decir, el incumplimiento de deberes de centinela. Se trata de procesos que se siguen contra aquellos milicianos asignados a funciones de centinelas que han permitido a los reos abandonar su lugar de detención, o bien los han extraviado en el traslado.

Hay varias cuestiones que deben señalarse con respecto a estos casos. En primer lugar, se trata de un delito que está asociado a otro: por cada centinela que no cumplió su tarea hay un reo que evitó (o intentó evitar) su condena o su proceso. Por lo tanto, estas faltas constituyen un obstáculo a la capacidad estatal de ejercer su potestad. En segundo, estas causas revelan que se utilizaba a los cívicos, veteranos o no, para tareas de vigilancia en las cárceles u hospitales. Muchos de ellos, con poca o ninguna experiencia en el asunto. En tercero, estos delitos parecen multiplicarse a partir de 1819. Antes de esa fecha, sólo encontramos una sola causa. El resto se concentra en los tres años siguientes, lo que podría ser un síntoma de una deficiente capacidad estatal para asegurar a los inculpados. Aunque los acusados no lo hayan declarado así, por motivos obvios, no debería descartarse el sentido de solidaridad que puede provocar esta acción.

El segundo lugar entre los delitos es ocupado por el rótulo “heridas”. El motivo es, casi siempre, algún enfrentamiento provocado por

cuestiones frecuentemente particulares. Si a ese delito sumamos las riñas, los golpes y los insultos obtendremos un porcentaje muy similar al delito anterior. Evidentemente, no puede equipararse una disputa que culmina en un insulto con aquella que provoca una herida. No obstante, se trata de delitos que podrían tener un primer móvil similar, que difiere de aquellos que provocan el robo, el secuestro, la desertión, el tumulto o la conspiración.

La desertión, según las investigaciones más recientes, fue el delito más importante en las tropas de línea.²⁸ No vemos una representatividad de peso en las causas analizadas. Una de las razones puede relacionarse con la diferente naturaleza del servicio. En las tropas de línea, el soldado se encuentra lejos de su lugar de residencia, arriesgando su vida y bajo un régimen que puede sentir opresivo. En la milicia la tropa presta servicio en la misma ciudad donde vive, llegando incluso a dormir en su casa. Por lo tanto, la desertión no constituye una tentación mayor si no ha cometido ningún delito.

Por último, es necesario aclarar una operación metodológica: se han reunido los casos de tumulto con las conspiraciones. En el primer caso, se trata de preparativos para tomar el poder. En el segundo, levantamientos más o menos masivos contra el gobierno. Ambos tienen causas o consecuencias directamente políticas, por ello hemos decidido unificarlos. A semejanza del delito más numeroso, las tres acciones se concentran luego de 1819 (dos ese año y uno el año siguiente).

Por lo tanto, a diferencia de lo que sucede en el ejército de línea los delitos parecen tener otra naturaleza. La desertión no parece ocupar un lugar tan importante y sí, en cambio, aquellos que derivan de la vida en la ciudad, como son el cuidado de los edificios públicos y los conflictos entre particulares.

VI. Carácter del fuero.

Corresponde aquí trazar una distinción entre los delitos llevados al fuero militar en su carácter personal o privilegiado y los que se llevan por motivos del fuero real o de causa. En el primer caso, se trata de delitos que bien podrían caer bajo la jurisdicción de la justicia ordinaria, pero, bajo el privilegio jurídico, son sustraídas de esta. El segundo abarca aquellos que se

²⁸ABÁSULO, *El derecho penal militar en la historia argentina...*, cit. n. 12, p. 200.

relacionan con el incumplimiento de los deberes del ámbito castrense y, por lo tanto, son propios de la jurisdicción estrictamente militar.²⁹ La distinción es importante, porque permite comprender aquellas causas que, luego de 1823, pasarán al fuero común de aquellas que continuarán bajo el dominio de la justicia militar. Si bien las *Ordenanzas* nada prescriben al respecto, el Reglamento de Milicias de 1801 hace una expresa diferenciación entre “los delitos puramente militares, como son las de falta de subordinación y de cumplimiento a su obligación”³⁰ y las que se originan “no estando de servicio en campaña o guarnición”³¹.

En los sumarios analizados no se realiza semejante distinción. Ni los magistrados, ni los auditores, ni las autoridades se toman el trabajo de tipificar de esa forma los delitos. Incluso, en una misma causa puede hacerse alusión a una diferente tipificación del delito, revelando un insuficiente cuidado en cuanto a precisiones jurídicas se refiere. Por lo tanto, la determinación del fuero correspondiente al delito (real o personal) es una labor que debe quedar a cargo del investigador.

Tomamos como delitos del fuero personal a aquellos que no se relacionan con la actividad militar y que bien podrían haber sido juzgados por la justicia ordinaria o eclesiástica. En esta clasificación agrupamos los delitos de homicidio, robo, lesiones graves (“heridas”), riña (siempre que haya sido fuera del servicio), conspiraciones políticas y delitos de lesa patria.

Para el caso del fuero real o de causa aglutinamos delitos que se refieren al incumplimiento de sus tareas militares. En las causas que encontramos, podemos señalar la desertión o el dar las voces de la misma, el incumplimiento de deberes, la desobediencia y la indisciplina.

Algunas figuras delictivas, planteadas en abstracto, no refieren al tipo de fuero. Por lo tanto, se requiere precisar el escenario y las circunstancias del hecho. Por ejemplo, las lesiones pueden ser consideradas un delito común o una vulneración de la necesaria disciplina militar. Por ello, realizamos una distinción entre aquellos sucesos ocurridos como

²⁹Para profundizar en este aspecto véase VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *La codificación en Argentina, 1810-1870. Mentalidad e ideas jurídicas*, Buenos Aires, Imprenta de la Universidad de Buenos Aires, 1977, caps. I y II y ABELARDO LEVAGGI, “Los fueros especiales. Contribución al estudio de la administración de justicia en el Río de la Plata”, en RIHDRL, Buenos Aires, n° 22, 1971, pp. 44-91.

³⁰*Reglamento de Milicias...*, cit., cap. X, art. 1º, pp. 42-43.

³¹*Idem*, art. 2º, p. 43.

consecuencia del servicio y aquellos vinculados a la vida civil. Una causa levantada a causa por homicidio de un soldado contra una mujer, tomada por la justicia militar, estaría siendo sustraída a la justicia ordinaria. Pero no así una riña de dos milicianos de servicio en el cuartel. Tomemos algunos casos para ejemplificar.

En 1819, se levantó un sumario contra el músico veterano del segundo tercio, Vicente Roulez, acusado de infligir heridas en la persona del cabo primero del mismo regimiento, José Sendera.³² Ambos son militares, pero las heridas se produjeron fuera del horario de servicio (a las 8 de la noche), en la puerta de la casa de Roulez, y ambos integrantes del tercio se hallaban de licencia. Se trata de una causa en la que podría entender la justicia ordinaria. De hecho, el sumario comienza a ser sustanciado por el alcalde del cuartel.³³ Es por ello que correspondería clasificar la causa dentro del fuero personal o privilegiado.

En ese mismo año, el cívico del primer tercio Lucas Aguirre fue llevado a tribunal militar por haber herido al sargento de la Guardia.³⁴ Aguirre estaba conduciendo dos prisioneros y, en el camino, les dio permiso para entrar a una pulpería. Por este hecho fue apercibido por un sargento, por orden del comandante. Aguirre discutió la orden y las palabras dieron lugar a las agresiones. En este contexto, el delito fue cometido mientras el acusado se hallaba en servicio. Las heridas se realizaron como resistencia a una orden superior, lo que infringe las normas de disciplina militar. Por lo tanto, este delito puede ser catalogado como propio del fuero de causa.

Hay delitos que, de acuerdo con la legislación militar indiana, ameritan el desafuero, como los levantamientos y los tumultos.³⁵ Sin embargo, la conspiración de marzo de 1819, el tumulto de febrero de 1819 y la insurrección de octubre de 1820, todos protagonizados por elementos milicianos, fueron entendidos por la justicia militar.

El levantamiento del tercer tercio, de febrero de 1819 puede considerarse un delito contra las autoridades, en el que los milicianos disparan contra las autoridades capitulares.³⁶ Ante esto, correspondería el

³²AGN, Sumarios Militares, X, 30-2-5, exp. 813.

³³Ídem, f.1.

³⁴AGN, Sumarios Militares, X, 29-9-6, exp. 19.

³⁵Si bien las *Ordenanzas* de 1768 no especifican el desafuero en caso de tumulto (véase el trat. VII, tít. II), sí lo hace Colón de Larriategui citando la Real Pragmática del 17 de abril de 1774. V. COLÓN DE LARRIATEGUI, *Compendio de los juzgados militares...*, cit., t. II, pp. 63-69.

³⁶AGN, Sumarios Militares, X, 30-3-2, exp. 957.

desafuero, ya que el cuerpo está investido de atribuciones judiciales y las *Ordenanzas* indicaban el desafuero en caso de desobediencia o levantamiento contra la justicia.³⁷ No obstante, también es Brigadier General de las milicias, por lo que estamos también ante una indisciplina contra un superior.

Para cuantificar esta distinción y evaluar el peso de cada tipo de fuero admitido, presentamos el cuadro 3. Allí podemos observar que la mayoría de los sumarios obedecen a lo que podríamos considerar como fuero de causa, frente a un bajo porcentaje de aquellos que calificamos como pertenecientes al fuero personal o privilegiado. Estos resultados pueden comprenderse mejor si los relacionamos con el cuadro 2 que clasifica los tipos de delito. En él, se observa el predominio del incumplimiento de deberes de centinela, que es claramente un delito que pertenece al fuero real o de causa. En este sentido, podemos decir que en el caso de los tercios cívicos de infantería, ha primado el peso de los sumarios militares abiertos por causas propias de la actividad militar. Sin embargo, la cuantificación omite el peso específico de cada una de las causas. En este sentido, si bien el número de causas sustraídas al fuero ordinario parece menor, aquellas que portan un peso específico mayor, las que tienen en sus manos delitos de gran envergadura política, como los tumultos y las conspiraciones, caen bajo el fuero militar.

VII. Características de los acusados.

La pregunta que guía este acápite es quiénes fueron los acusados y cuál era su condición. Para responder a este interrogante se elaboró el cuadro 3. Una primera mirada percibe una diferencia entre los acusados totales y el número de causas (del cuadro 1). Esta divergencia obedece a que en algunas causas encontramos más de un cívico procesado.

Podemos observar el predominio de los soldados como acusados, ocupando el 43,28%. En segundo lugar aparecen los cabos, con el 20%. En tercero, los tenientes y sargentos. En el cuadro 4 clasificamos las causas según el acusado pertenezca a la tropa o a la oficialidad. Allí observamos que la tropa ocupa casi el 75% de los delitos.

³⁷V. *Ordenanzas*, trat. VII, tít. II, art. 1º, en SOCÍAS, *Ordenanzas de Su Majestad para el régimen, disciplina subordinación y servicio de sus Ejércitos...*, cit. en n.10, t. III, pp. 136-137.

Ahora bien, si nos dejáramos guiar por este porcentaje podríamos concluir que es la tropa, en general, y los soldados, en particular, los principales responsables de las faltas y delitos en el caso de los cívicos. Esta apresurada conclusión no toma en cuenta que la tropa es el componente más numeroso de cualquier cuerpo militar y, por lo tanto, su mayor cantidad de faltas no nos dice demasiado. Para medir el peso de cada estamento en los delitos se debe comparar la distribución porcentual de las causas con la cantidad de efectivos en cada cargo, dato verificable por la sub o sobrerepresentación de cada uno en los procesos, de acuerdo a la cantidad de efectivos.

En este sentido, según las listas de 1817 los soldados son 2.400 efectivos sobre 3.013, lo que representa el 79,65%.³⁸ Si tenemos en cuenta que este porcentaje de efectivos representa el 45,21% de los procesados, podemos concluir que los soldados están subrepresentados en las listas de imputados. Por el contrario, los oficiales, cuya cantidad de efectivos no llega al 10%, son el 23% de los procesados. Es decir, la oficialidad se encuentra sobrerepresentada. En términos menos técnicos: los oficiales tienen un peso en los delitos mayor que el de su número, mientras que los soldados participan en menor proporción.

Una segunda variable que debemos examinar sobre los acusados es su carácter veterano o *ciudadano*, es decir, civil. Con las dificultades aclaradas más arriba, confeccionamos el cuadro número 5. Allí podemos observar cierta paridad, con leve mayoría de los voluntarios.

Si seguimos el procedimiento utilizado para la variable anterior, deberíamos concluir que los veteranos están muy sobrerepresentados en las listas. Es decir, su peso en los procesamientos es mayor a su número en los tercios (162 sobre 3.013).³⁹ Es evidente que los veteranos constituían una mayor preocupación para la justicia militar que los voluntarios, quienes podían llegar a ser reclamados por la justicia ordinaria. Sin embargo, si tomamos en cuenta que el fuero militar fue inicialmente pensado para circunscribirse a los elementos veteranos⁴⁰, estos porcentajes demuestran

³⁸AGN, Comandancia de Armas, X, 3-3-2.

³⁹Idem.

⁴⁰Las *Ordenanzas* en su trat. VIII, tít. II, art. 1º especifican: “Declaro que el referido fuero pertenece á todos los militares que actualmente sirven y en adelante sirvieren en mis tropas regladas, ó en empleos que subsistan con actual ejercicio en guerra, y que como tales militares gocen sueldo por mis tesorerías del ejército en campaña ó las provincias, comprendiéndose en esta clase los militares que se hubieren retirado del servicio y tuvieren despacho mío para gozar de fuero.”, en Socías, Mariano, *Ordenanzas de Su Majestad para el*

que la justicia militar tomaba en sus manos también a aquellos que no lo eran, privilegiando las disposiciones del *Reglamento de Milicias* por sobre las *Ordenanzas*. Esto debería replantear el problema del fuero y resignificarlo más allá de las disposiciones legales, abarcando también las prácticas cotidianas y la costumbre como fuentes del derecho.

VIII. Autoridades judiciales.

Las *Ordenanzas* obligaban a llevar las causas a Consejo de Guerra.⁴¹ Según este cuerpo legal, un sargento mayor debía sustanciar el sumario, lo que implicaba caratular la causa, mandar detener al reo, llamar e interrogar a los testigos, sacar confesión al acusado y dar comunicación a las autoridades correspondientes. Para su auxilio, debía designar un escribano, como vimos. Una vez que el sumario estaba completo, debía dar una conclusión, que no podía tener carácter de sentencia definitiva ya que el sumario debía pasar al Consejo.⁴²

En cambio, en el Reglamento de Milicias de 1801, se denomina *juez* a quien ejerce la función que las *Ordenanzas* daban al sargento mayor. A ese juez, que no era sino un oficial con grado de ayudante, se lo toma como autoridad judicial de primera instancia.⁴³ Como instancia superior no se designa a un Consejo, sino al capitán general (en Buenos Aires, el virrey). La sentencia de primera instancia, con todo, no es válida hasta no ser ratificada por la autoridad correspondiente. Según el artículo 5º del capítulo X, debía

régimen, disciplina subordinación y servicio de sus Ejércitos..., cit. n. 10, t. III, p. 115. No obstante, el *Reglamento de Milicias* de 1801 altera sensiblemente esta disposición al prescribir, en su cap. IX, art. 1º: “Todos los coroneles, oficiales, sargentos, cabos y soldados de estos cuerpos gozarán del fuero militar civil y criminal y no podrán conocer de sus causas civiles y criminales la justicia ordinaria, ni otro juez o tribunal, sino sólo el virrey capitán general y los gobernadores militares, cada uno por lo que mira a las milicias de su jurisdicción, con apelación al capitán general”. Esa tendencia se halla explícitamente señalada en el cap. IV, art. 7º, en el que se especifica que “los oficiales voluntarios de los cuerpos de blancos serán en todo tratados con la misma estimación que los de la tropa veterana de su clase, alternarán con ellos y gozarán plenamente de las mismas prerrogativas, excepciones y honores”.

⁴¹V. n. 20.

⁴²V. n. 19.

⁴³El artículo 12º del Capítulo X del Reglamento de Milicias dispone “Así en las causas de oficio, como en las de partes, se ha de ejecutar la sentencia del Capitán General, ya sea revocando o confirmando la del juez inferior.”, en *Reglamento de Milicias...*, cit., p. 45.

nombrarse un promotor fiscal, que realizase la acusación pertinente, a excepción de las causas que no eran puramente militares.⁴⁴

En los sumarios examinados, quien lleva la causa es una figura que no aparece en ninguna de las reglamentaciones: el *juez fiscal*. Suponemos que este cargo ocupa el lugar del sargento mayor de las *Ordenanzas* y la del juez en el Reglamento, quedando sin efecto el nombramiento del promotor fiscal, tal vez por falta de hombres. Sin embargo, su potestad de dictar sentencia (aun en primera instancia), no estuvo siempre clara. En algunos pasajes, utilizan “concluyo por la Patria”⁴⁵ y en otros “soy de parecer”⁴⁶. El primero, con fuerza de sentencia. El segundo, con carácter de dictamen. Si bien no podemos ser terminantes al respecto, podemos aventurar que tal vez la poca coherencia de los cuerpos legales, la deficiente cultura jurídica y la particularidad de cada caso y de cada juez hayan influido en esta falta de criterio uniforme sobre qué función cumplía el llamado *juez fiscal*.

En el cuadro 9 clasificamos las causas según la autoridad judicial que dictó la sentencia definitiva. Podemos ver en dicho cuadro la preeminencia del Poder Ejecutivo en el dictado de sentencias. Muchas veces la sentencia era dictada por las máximas autoridades ejecutivas o sus secretarios o ministros. En otras lo hacía a través de la delegación de facultades al Jefe del Ejército (Saavedra, en 1818-1819) y al Inspector General. Si sumamos todas las sentencias dictadas por el Poder Ejecutivo, bajo diferentes formas, obtenemos un porcentaje del 90% de las sentencias. Recordemos que el PE era la autoridad superior al fuero.

Las autoridades podían, en ocasiones, tener en cuenta consideraciones políticas y las propias necesidades de la guerra sobre las cuestiones estrictamente jurídicas. Tal es el caso de la intervención de José Rondeau como Director Supremo, en diciembre de 1819, en la causa seguida contra Inocencio Rodríguez y Leocadio Antonio Ávila, acusados de haberse pasado a las montoneras:

Visto con lo que de ellos resulta por justas razones que me reservo y en consideración a los servicios, ancianidad y honrados sentimientos del padre de Inocencio Rodríguez, cuya crimiadísima conducta le hace acreedor a la pena de muerte,

⁴⁴Idem, p. 43.

⁴⁵Véase AGN, Sumarios Militares, X, 29-11-6, exp. 430, f. 41.

⁴⁶Véase AGN, Sumarios Militares, X, 29-9-8, exp. 83, f. 9.

vengo en relevarlo y relevo de ella al citado reo Inocencio Rodríguez, condenándosele a la pena de ocho años de presidio en la capital de Buenos Aires, a donde deberá ser remitido al efecto en primera oportunidad con el sumario de su referencia y copia certificada de esta mi resolución. Igualmente, que la persona de Leocadio Antonio Ávila con el respectivo para su arresto y entretenimiento en uno de los cuarteles de aquella guarnición por el tiempo que duren las circunstancias actuales.⁴⁷

El otro 10% corresponde a sentencias dictadas por un Consejo de Guerra, la Junta de Observación, el Cabildo –que era el Brigadier de las milicias– y una Comisión Militar Permanente, con facultades extraordinarias, que no atendía solamente a causas militares.⁴⁸

IX. Valoración de las pruebas.

Para examinar este punto hemos acudido a los dictámenes de los jueces fiscales y auditores y a la instrucción del sumario. Podemos decir que en los procesos analizados, la carga de la prueba correspondía al actor y no al reo. El juez fiscal, un oficial de menor graduación, era el encargado de conducir el proceso y contaba con la colaboración de un secretario. El juez, junto con el auditor, tenía un papel activo en la valoración de las pruebas, ya que las *Ordenanzas* militares no prescriben indicaciones precisas sobre el tema, tampoco Colón de Larriategui.

En las causas, predomina la valoración de pruebas subjetivas sobre las objetivas. Nos referimos a los testimonios, confesiones judiciales o

⁴⁷ AGN, Sumarios Militares, X, 30-2-5, f. 17.

⁴⁸ El 2 de marzo de 1814, el Director Supremo, Gervasio Posadas, decidió la creación de una Comisión Militar Permanente, un cuerpo destinado a impartir justicia en los ejércitos. El 7 de mayo, se confeccionó un reglamento para sistematizar su actuación. La comisión debía juzgar a todos los delitos y casos que por ordenanza podían y debían conocer los consejos de guerra de oficiales generales, ordinarios y extraordinarios. Debía concurrir un Auditor con voto consultivo y sus vocales debían votar del modo que prescribía la Ordenanza General del Ejército. Su composición no podía tener menos de cinco miembros. En caso de exceder esta cantidad, debían llegar a un número impar. Debían ser nombrados por el Jefe de las tropas y ostentar un cargo desde Teniente Coronel graduado para arriba. Se debía nombrar cuatro capitanes para jueces fiscales, dos para procuradores generales y cuatro subtenientes para secretarios. Todos estos debían ser reemplazados cada cuatro meses por el Jefe, quien podía decidir sobre su continuidad. V. AGN, Sala VII, Colección de Sánchez de Bustamante, 1-8-1, doc. n° 20, f. 174.

solemnes y las presunciones. Los jueces han apelado, ciertamente, a los peritos o instrumentos oficiales allí donde fuese necesario y posible. No obstante, en la mayoría de los casos, los dictámenes se han basado en pruebas subjetivas.

El principal elemento de prueba, y al que se abocaban casi enteramente los jueces, fue el testimonio de testigos. Los tribunales procuraban convocar a la mayor cantidad de posibles espectadores del hecho.⁴⁹ La última pregunta a cada deponente versaba en torno a si el mismo sabía de alguien más que pudiese haber visto u oído algún dato sobre el caso. La mayoría de dictámenes hacen alusión a los testimonios como justificación de su juicio.

Todos los testigos debían deponer bajo juramento. Si se trataba de un oficial, debía realizarlo colocando su mano derecha en su espada, como se indica en las *Ordenanzas*. Se debía tener en cuenta la condición de cada uno. En caso de contradicción, se solía reconvenir al declarante y, en algunos casos, se acudía al careo. Solo en muy pocas veces se verificaba la ratificación de los declarantes, aunque las *Ordenanzas* lo prescribían.⁵⁰ Sólo encontramos semejante procedimiento en una causa de 1813, por riña.⁵¹

Se creía aún en la veracidad de la declaración de los testigos, siempre que fuera bajo juramento. Como sabemos, la crítica a estas concepciones será muy tardía en la Argentina, en 1877 y 1878 a partir de los escritos de Agustín Urdinarrain y Valentín Mernes.⁵² Sin embargo, los jueces utilizaban su sentido común para no tomar las declaraciones al pie de la letra y ponerlas en contexto. Presentamos, a continuación, un dictamen del Juez Fiscal Luis Vega, Ayudante del 2º tercio cívico, donde puede observarse el buen criterio para analizar los testimonios:

⁴⁹“Por punto general, en los delitos que se expresan [...] se han de examinar todos los sujetos que por indicios, declaración de los que hicieron la prisión, noticia del acusante, ó conocimiento del que forma el proceso, pareciere que puedan y deban contribuir con su declaración á fin de verificar el delito sobre que debe recaer el juicio de la causa”, *Ordenanzas*, trat. VIII, tít. V, art. 16º, en SOCÍAS, *Ordenanzas de Su Majestad para el régimen, disciplina subordinación y servicio de sus Ejércitos...*, cit. en n.10, t. III, p. 159.

⁵⁰*Ordenanzas*, trat. VIII, tít. V, art. 22º, en Socías, *Ordenanzas de Su Majestad para el régimen, disciplina subordinación y servicio de sus Ejércitos*, cit., t. III, p. 160.

⁵¹AGN, Sumarios Militares, X, 30-2-5, exp. 828.

⁵²V. ABELARDO LEVAGGI, *Historia de la prueba en el proceso civil indiano y argentino (siglos XVI a XIX)*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1974, p. 50.

Por las declaraciones de doña Juana María, doña Bernarda Cantilo y el mulato Timoteo, esclavo de doña María Luisa de Ornetá, testigos que en la primera declaración de Ramón Gutiérrez que se halla a f.7ma pone por testigos presenciales dicen que don Juan Bautista Buitrago fue desafiado por el citado Gutiérrez. El cuarto testigo que está a f.12 citado por el mismo Gutiérrez dice que nada ha visto sobre la cuestión de Gutiérrez y Buitrago. El quinto testigo sólo vio cuando Buitrago se hallaba con las pistolas en la mano, pero nada sabe el origen de este hecho. El sexto testigo que está a f.14 dice que Buitrago en su presencia dijo haber atropellado a Gutiérrez con las pistolas, pero nada de esto a oído dice en su declaración el Teniente Alcalde que le condució (sic) preso a presencia del quinto testigo como Alcalde del cuartel nº 14 y después le llevó a la cuna, de orden de este, y solamente dice que por la calle escuchó algunas palabras propias de un acaloramiento por lo que queda en duda si Buitrago dijo o no ante el Alcalde haber sacado pistola a Gutiérrez. El 7º testigo que se halla a f.24. y es el Alcalde del cuartel nº 17 donde habita la doña María Luisa Ornetá dice que lo que sabe en el asunto es lo que le han referido el Alcalde del cuartel nº 14 por haberle dejado encargado el de su cargo con motivo de haber salido para fuera de esta ciudad por unos días. Buitrago en su confesión a f.26 niega el uso de las pistolas contra Gutiérrez y se ratifica en que nada dijo ante el Alcalde del cuartel nº 14 y prueba con los mismos testigos de Gutiérrez que están desde f.8 a f.12 fue provocado a desafío.

Nada ha probado don Juan Bautista Buitrago de la acusación que hace en su confesión contra Ramón Gutiérrez de haberse este proferido en un tono de desconfianza sobre si sería cierto o no la victoria de las armas de la Patria en el reino de Chile, pues aún que cita tres testigos que oyeron las expresiones de Gutiérrez, dos de ellos sabían por don Rafael Bosch, y no porque le hubiesen oído nada a Gutiérrez. De modo que el testigo presencial está desvanecido con la declaración que está a f. 38 del Sargento Mayor de Caballería de milicias de esta Frontera don Juan José Martínez Jonte, en la que dice haberlo tenido ocupado a Gutiérrez de escribano, en la causa que de orden Suprema seguía hasta mucho más de la hora que se dice por Bosch que estuvo en su casa.

Doña María Luisa de Ornetá en su confesión a f.32 niega haberle vilipendiado a Gutiérrez, dado palabra de esponsales y añade que todas cuantas expresiones indecorosas haiga (sic) dicho Gutiérrez contra su honor y de cuantos pretextos se valga todos son efectos de haberle despedido de su casa por el atrevimiento y descaro con que este se jactaba de su honor.

En conclusión, está demostrado que don Juan Bautista Buitrago acometió a Gutiérrez con las pistolas y que Gutiérrez se hallaba en aquel acto con un sable según su misma confesión de f.34 a 37vta. y no absolutamente indefenso que como dice en su representación de f.2 a f.4; como también está probado por los testigos de Gutiérrez que este desafió a aquel y que por un espíritu de venganza de Gutiérrez fue y sorprendió al Alcalde del cuartel nº 14, diciéndole que le había querido matar un oficial prisionero. Don Juan Bautista Buitrago es declarado por el Supremo Gobierno uno de los que componen la familia de hombres libres, por el decreto que se halla en la Gaceta Ministerial del sábado 6 de enero de 1816 y me hizo de de manifiesto.⁵³

Es decir, el juez fiscal sólo admite testimonios de presencia directa y presumiblemente verídica. Tampoco toma como prueba plena ni semiplena las confesiones y testimonios de los acusados o terceros afectados.

Los peritos eran, fundamentalmente, facultativos médicos que intervenían en causas que implicaban delitos de sangre (heridas y homicidios). En el caso de las heridas, intervenían para certificar la gravedad de las mismas y con qué objeto pudieron ser provocadas.⁵⁴ En los casos de homicidios, se ocupaban de realizar las autopsias.⁵⁵

Allí donde los testimonios no fuesen suficientes, el juez fiscal o el auditor apelaban a las presunciones humanas, las que se denominan “indicios”, que podían favorecer o perjudicar al acusado. Veremos a continuación tres dictámenes que permiten abordar el problema.

⁵³AGN, Sumarios Militares, X, 29-11-6, exp. 430, fs. 40-41vta.

⁵⁴AGN, Sumarios Militares, X, 29-9-8, exp. 83, f. 4.

⁵⁵AGN, Sumarios Militares, X, 29-10-3, exp. 171, f. fs. 4-4vta.

La primera es de una causa instruida en 1818, a raíz de una herida provocada por Juan Pablo Azogaray sobre Miguel Sánchez. Luego de sustanciar el sumario, el juez fiscal Francisco Barbachano opina:

Aún cuando el hecho no haya podido esclarecerse completamente por falta de testigos que no ha sido posible encontrar, es permitido en un lance dudoso acercarse a piedad o favor del acusado y máxime cuando este estaba también herido en un dedo, según la declaración de don Mariano Ibáñez [...] Pero como igualmente consta que Azogaray estaba ebrio, excusa que en su clase debía evitar, soy de parecer que se le imponga un mes de arresto en su cuartel, a más del tiempo que ha estado preso en el calabozo, cuyo castigo me parece es suficiente al delito.⁵⁶

En este caso, el juez considera que, ante la falta de pruebas plenas, la duda debe favorecer al reo. Es decir, no utiliza las presunciones contra el acusado. En cambio, en 1818, el auditor Manuel Antonio Tagle admite que no se han encontrado pruebas de que el acusado haya infligido heridas a la víctima, pero sí su estado de ebriedad. De allí, Tagle infiere su culpabilidad:

Así el herido como el acusado han discordado en su declaración y se han atribuido mutuamente la causa de este exceso. Sin embargo, la declaración de f.7 da a entender que Romero se hallaba ebrio, en cuyo estado no es extraño ni que hubiese provocado a Videla ni que o hubiese herido, como lo ejecutó.⁵⁷

El tercer caso que presentamos se da en averiguación de un homicidio, en 1819. El juez fiscal Miguel José Cossio tampoco encuentra plena prueba de la culpabilidad, a causa de lo deficiente de los testimonios. Sin embargo apela a las presunciones contra el reo en su dictamen:

Vistas las declaraciones, cargos y confrontaciones que constan del proceso seguido contra el cívico veterano José María Romero,

⁵⁶AGN, Sumarios Militares, X, 29-9-8, exp. 83, fs. 8vta-9.

⁵⁷AGN, Sumarios Militares, X, 30-2-3, exp.759, f. 14.

acusado de haber dado muerte al soldado de Aguerridos Luis Herrera, en la noche del 6 de diciembre de 818, aparece en esa causa con indicios vehementes de ser el verdadero reo y el que perpetró el delito, entre once y doce de la noche del mencionado día a media cuadra distante de la plaza del templo.

La ocurrencia explicada del mejor modo posible por los testigos del sumario, en tales horas de la noche aunque con la luna clara, no ha podido ser más exacta para el averiguamiento de este hecho. Porque partiendo del principio de haber insultado dentre (sic) un grupo de hombres a Luis Herrera, sin saberse quién y retirándose este a la insinuación del ayudante Don Alejandro Reyes y siguiéndole por la sombra dos, provocándole de nuevo, hasta hacerlo parar y apearse del caballo de que resultó gravemente herido y a pocos momentos muerto con arma punzante y cortante, según afirma el facultativo que reconoció el cadáver, no es fácil una prueba como la que se quiere exigir de los fiscales para la clasificación del delito y en estos casos es que tienen lugar los indicios y sospechas vehementes contra los agresores.

Confundido José María Romero entre los muchos concurrentes a oír la música y ha bebido, como él mismo confiesa lo estaba, siendo en estos casos cuando de conformidad todos los testigos deponen que el provocativo, atrevido y cuchillero parece que se le presentó al caso de usar de los desórdenes a que era inclinado; y que encontrando con quien contender siguió a Herrera hasta obligarle a echar pie en tierra y lograr herirlo mortalmente como lo consiguió, corriendo después a ganar el cuartel. Pero que el que le acompañaba le reconviene con las expresiones 'Romero, ¿qué has hecho?' y respondió 'A bien que somos cívicos'. Esas deposiciones de los vecinos que oyeron el acto de las heridas a los que fugaban y que ocurrieron con el ayudante Reyes a prestar todos los auxilios que les sugería su caridad hacia el moribundo, obran contra José María Romero; porque él había salido del cuartel, había estado en San Nicolás a oír la música, llevaba capote y cuchillo en el escondido y además la voz general que se corrió ser el agresor.

Por otra parte, corrobora esta vehemente sospecha la implicancia en sus declaraciones ya en sus propios asertos y ya en los careos como Mundo y demás testigos, todo al fin persuade que José María Romero es el delincuente. Pero no hallándose en tal grado

cualificado el delito como la Ordenanza requiere, concluye el fiscal por la Patria y pide que se le conde (sic) a cuatro años de presidio a Manuel Mundo que sea destinado a uno de los Regimientos de la Guarnición por cinco años.⁵⁸

El juez apela, en su juicio, al contexto, a la personalidad del reo (inclinado a los desórdenes, “provocativo”, “atrevido” y “cuchillero”) y a la “voz general”.⁵⁹ Se trata de consideraciones de una justicia en la cual el juez utiliza su propio criterio y arbitrio para juzgar una situación particular. Sin embargo, vemos que se admite que se trata de una prueba semiplena, que por sí misma no alcanza para dictar la correspondiente sentencia de muerte. Por lo tanto, si bien se utilizan presunciones, ellas no reemplazan pruebas consideradas plenas.

Por último, presentamos la sentencia dictada por el Director Supremo Rondeau, en 1819:

Visto con lo que de ellos resulta por justas razones que me reservo y en consideración a los servicios, ancianidad y honrados sentimientos del padre de Inocencio Rodríguez, cuya crimiadísima conducta le hace acreedor a la pena de muerte, vengo en relevarlo y relevo de ella al citado reo Inocencio Rodríguez, condenándosele a la pena de ocho años de presidio en la capital de Buenos Aires, a donde deberá ser remitido al efecto en primera oportunidad con el sumerio de su referencia y copia certificada de esta mi resolución. Igualmente, que la persona de Leocadio Antonio Ávila con el respectivo para su arresto y entretenimiento en uno de los cuarteles de aquella guarnición por el tiempo que duren las circunstancias actuales.⁶⁰

⁵⁸AGN, Sumarios Militares, X, 30-2-3, exp. 747, f. 18vta.-19.

⁵⁹Estas consideraciones pueden relacionarse con lo que solía conocerse como “pública fama”. V. Marcela ASPELL, “Las razones del silencio. La influencia de la condena social de la ‘pública fama’ en los procesos penales de Córdoba del Tucumán (siglo XVIII)”, en *Cuadernos de Historia*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho e Historia de Córdoba, n° 14, 2004, pp. 67-106.

⁶⁰AGN, Sumarios Militares, X, 30-2-5, exp. 807, f. 17.

Aquí, se apela al conocimiento personal del reo y, en virtud de ese entendimiento, se dicta su absolución.

En general, los procesos no siempre respetaban todas las normativas e incluso carecían de la prolijidad adecuada. Los reos podían pasar meses en prisión hasta que se decidiera su destino. Predominaba aun el poco interés de los juristas por la reforma de los aspectos procesales del Derecho.⁶¹

X. Derecho a la defensa.

Si bien las *Ordenanzas* prescribían que las causas debían ser puestas a disposición de un Consejo de Guerra y que los reos debían ser asistidos, estas normas no siempre se cumplieron para el caso de los milicianos de Buenos Aires. Sólo encontramos asistencia jurídica a los reos en los casos de causas que recayeron en Consejo Militar o en la creada Comisión Militar Permanente. En el resto de los casos, los acusados no contaron con asesoramiento letrado. Sin embargo, podían presentar oficios al tribunal, los cuales eran examinados. Claro que, para poder realizar tal efecto, debían saber leer y escribir o apelar a quien pudiera redactarlo por ellos. Sólo en un caso la causa fue a Consejo sin que el reo recibiese asistencia. Se trata de una situación, sin embargo, en que el acusado estaba fugado, por lo que fue juzgado en rebeldía.⁶²

A diferencia de las *Ordenanzas*, el Reglamento de Milicias nada dice sobre el derecho a la asistencia jurídica de los acusados ni sobre la necesidad de llevar las causas a Consejo. Podemos sospechar que para estos casos, tratándose de milicianos, tenía más fuerza el Reglamento. También puede darse el caso de que, en realidad, antes que una elección jurídica primase un criterio expeditivo.

Las causas elevadas a Consejo (y que, por lo tanto, permitieron la intervención del defensor) fueron aquellas en que se juzgaba un homicidio, un levantamiento o una conspiración. Es decir, delitos de envergadura. Podemos inferir que, ante casos de menor peso, los tribunales han apelado a una justicia más expeditiva y rápida, elevando el sumario con dictamen de juez fiscal y auditor para que la autoridad correspondiente dictara sentencia. No obstante, en todas las causas los reos tuvieron la posibilidad

⁶¹V. LEVAGGI, *Historia de la prueba...*, cit. en n., p. 4.

⁶²AGN, Sumarios Militares, X, 29-10-3, exp. 171.

de explicar su situación, ya que obligatoriamente había que tomarles declaración.

Los defensores solían nombrarse una vez terminada la instrucción. Recibían el sumario, lo examinaban y emitían su oficio. A continuación, la causa pasaba al Consejo, que evaluaba los diferentes dictámenes, incluido el del defensor. Sin embargo, encontramos una causa donde el letrado fue nombrado al comienzo⁶³ del sumario y otra donde fue citado para la ratificación de los testigos.⁶⁴

En definitiva, el derecho a la defensa se cumplió muy irregularmente. Si la causa no era elevada a Consejo (tal y como prescribían las *Ordenanzas*), el acusado quedaba sin asistencia. Como la mayoría de los delitos no alcanzaron tal instancia, la mayor parte de los reos quedaron sin defensa.

XI. Las sentencias.

1. *Las penas.*

Examinaremos, a continuación, cómo concluyeron los procesos, el tipo de penas impuestas y sus características. En principio, es menester realizar un relevamiento de aquellas más frecuentes, de modo de acercarnos al carácter de la justicia militar con respecto a los cívicos. En el cuadro 6 observamos las penas dictadas por las autoridades judiciales correspondientes y su frecuencia.

Se observa un predominio del sobreseimiento, que se dicta en el 39% de las sentencias. Luego, el destino a presidio o al ejército de línea con un 18,9%. En tercer lugar, la prolongación de la prisión, que muchas veces es acompañada por tareas de limpieza en el cuartel. Las penas corporales, como los grilletes y los palos, no pasan de dos casos. Si sumamos la pena de muerte, obtenemos cuatro casos de penas aflictivas e infamantes. Los casos en que se dictó la ejecución del reo fueron dos. Uno, contra Genaro Salomón, por el levantamiento contra las autoridades el 1 de octubre de 1820. Si bien el levantamiento fue masivo, se requería un castigo ejemplificador para el resto. El otro caso es el del asesinato de una mujer, por el cual se impuso la pena de muerte en un fallo dividido. Es el único homicidio de la muestra castigado tan severamente sobre los tres

⁶³AGN, Sumarios Militares, X, 30-2-3, exp. 766.

⁶⁴AGN, Sumarios Militares, X, 30-2-5, exp. 828.

registrados. Uno de ellos es penado con destino al presidio y, en el otro, el reo se beneficia con la suspensión de la sentencia por hallarse alistado en el ejército expedicionario.⁶⁵ En cambio, si sumamos los sobreseimientos, los indultos y las suspensiones de causas, los reos salen en libertad, por diferentes motivos, en el 57% de los casos.

Ahora bien, ¿era esta justicia más benigna con los cívicos? En ese 57% de las causas que implica la libertad efectiva del acusado hay un componente indudablemente retributivo, que es el caso de los indultos y las suspensiones. Pero el mayor número lo componen las sentencias firmes. Si esos fallos se corresponden con la Ordenanza y se basan en la rigurosidad de las pruebas entonces no se trata de un fuero más contemplativo sino del estricto cumplimiento de las normas. Más allá de la apreciación que podamos tener de cada caso, lo cierto es que de los 23 fallos a favor del sobreseimiento sólo en 6 se admite que no hay pruebas para inculpar al imputado. En el resto de las causas se admite la culpa, pero se recurre a diferentes eximentes para exculparlo en función del arbitrio judicial.

2. El apego a las Ordenanzas y el arbitrio judicial.

El arbitrio judicial constituyó una facultad que ostentaron los magistrados particularmente durante el Derecho Indiano.⁶⁶ Los jueces, antes del derecho moderno, no eran un mero instrumento de las leyes y, por lo tanto, juzgaban cada caso según su contexto, tomando en cuenta la costumbre y las ideas morales del lugar.⁶⁷ A cada delito no le correspondió siempre una idéntica pena. Vimos cómo los tres homicidios recibieron, cada uno, un castigo diferente. Podríamos seguir enumerando: una conspiración descubierta motivó el envío de sus responsables al ejército de línea, mientras que otra era castigada con la muerte de uno de los implicados. Por su parte, un tumulto con armas de fuego se resolvió con un indulto generalizado. Para establecer un criterio claro que nos permitiera comprender el peso de las

⁶⁵El primer caso se encuentran en AGN, Sumarios Militares, X, 30-2-3, exp. 747. El segundo es el expediente 552, AGN, X, 30-1-2.

⁶⁶V. ALBERTO LEIVA, "La institución del arbitrio judicial en el Río de la Plata durante el período 1785-1810", en *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, nº 24, 1978, pp. 93-106.

⁶⁷Para un estudio del Derecho Indiano y su diferencia con el derecho moderno, v. especialmente VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones sobre la Historia del Derecho, 1992.

leyes y el del arbitrio judicial decidimos clasificar a las sentencias de acuerdo a si se fundamentaban mediante las *Ordenanzas* u otras disposiciones legales o, en cambio, se apelaba a otros argumentos no prescriptos expresamente, pero que podían ser utilizados.

El resultado puede observarse en el cuadro 7. Vemos allí que alrededor del 83% de las sentencias no apela, ni en particular ni en general, a la autoridad de las *Ordenanzas* ni a ley alguna. Esto no quiere decir que los jueces no tuvieran criterio alguno. Sencillamente, podían no seguir lo prescripto por las leyes militares por motivos que luego serán examinados. En esos momentos, se guiaban por una serie de variables que constituían atenuantes, eximientes o agravantes de las penas. Entre los primeros estaba la ignorancia de las leyes, los servicios prestados, la edad, el daño infligido y su duración, el contexto, los medios que disponía el acusado y el tiempo que ya llevaba detenido. Entre los agravantes se encontraba, además de las mismas variables que podían constituir un atenuante, el estado de ebriedad, su mayor responsabilidad y la impresión que podía causar una pena leve.

En el caso del Sargento Alzogaray, juzgado por causar heridas, se invocó su estado de ebriedad como agravante. A pesar de haber sido un episodio menor y sin mayores consecuencias el Juez Fiscal opinó que “como igualmente consta que Alzogaray estaba ebrio, excusa que en su clase debía evitar, soy de parecer que se le imponga un mes de arresto en su cuartel, a más del tiempo que ha estado preso en el calabozo, cuyo castigo me parece es suficiente al delito”.⁶⁸

Como dijimos, la ignorancia de las leyes podía constituir un atenuante, por ello, el juez fiscal se encargaba de preguntar “si tiene Iglesia, si le han leído las leyes penales y si ha pasado revista de comisario y hecho el servicio de sargento”.⁶⁹

Otro ejemplo, más elocuente aún, es el del proceso al cabo Magallanes, en 1821. El mismo había cometido un acto de insubordinación. Uno de los vocales del tribunal colegiado explicó que, por Ordenanza, debía corresponderle la pena de muerte.⁷⁰ Sin embargo, se dictó una sentencia conforme al dictamen del Juez Fiscal, que consideraba lo siguiente:

⁶⁸AGN, Sumarios Militares, AGN, X, 29-9-8, exp. 83, f. 9.

⁶⁹Ídem, f. 5 vta.

⁷⁰AGN, Sumarios Militares, X, 30-1-4, exp. 621, f. 62.

Que aunque según lo últimamente obrado aparece que a Magallanes no se le leyeron a tiempo de filiarlo las leyes penales y juntamente no se encuentra constancia de que hubiese asistido en los pocos que se leyeron en su cuerpo, como el delito sea del modo que fuere se cometió y este por ningún título ni ordenanza debe quedar impune, concluyendo por la patria es de parecer el ministerio que a Magallanes se le debe aplicar por su ignorancia cualesquiera *pena arbitraria*, análoga a las circunstancias y esta puede ser el que se le destine a cualesquiera de los Regimientos de línea por el tiempo que tenga a bien este sabio consejo.⁷¹

Finalmente, se lo destinó a la Marina. Lo importante del caso es que se reconocía la necesidad de hacer prevalecer el arbitrio por sobre las leyes.

Otro de los atenuantes era, en caso de agresión, la magnitud de la misma y el restablecimiento del agredido. Volviendo al caso de Alzogaray, se especifica:

En esta virtud y respecto de que el herido Miguel Sánchez se halla perfectamente restablecido de la herida según lo expresa el facultativo don Francisco Argerich a f.7vta podrá ordenar se sobresea en esta causa y que se declare por compurgada la criminalidad del Sargento Alzogaray con dos meses más de prisión, que deberá tener en su cuartel.⁷²

Asimismo, en una causa de 1819, por heridas, el juez fiscal dictaminó lo siguiente:

Vistas las declaraciones y acusaciones contra el cabo de cívicos Basilio Oromi de haber herido en formación con la bayoneta al soldado Manuel Chavarría y hallándose confeso le reo, resulta que el soldado dio mérito con los insultos inferidos al cabo, que estando sano el paciente concluyó que respecto a la poca subordinación e

⁷¹Ibidem, f. 61.

⁷²AGN, Sumarios Militares, X, 29-9-8, exp. 83, f. 10.

inatención de sus deberes que manifiestan los cívicos sirva de castigo al soldado por sus excesos la herida recibida y al cabo la prisión en que ha estado como pena por la falta que cometió, poniéndosele en libertad y apercibiéndole de la mejor conducta que debe observar en lo sucesivo.⁷³

Vemos aquí una serie de atenuantes. En primer lugar, que el cabo, si bien culpable, fue provocado. No se entiende aquí el principio de justa proporción (insulto contra herida de bayoneta), sino el contexto en el cual se provocó la agresión. El soldado también fue encontrado culpable, se admitió que la pena ya había sido impuesta por el mismo cabo. En segundo, que el agredido estaba restablecido. Es decir, se tuvo en cuenta el resultado del daño. En tercero, que el cabo estuvo preso durante el sumario y que dicha prisión debía contarse como parte de la pena. Por último, una consideración sumamente curiosa, pero no menos lúcida: los tercios cívicos adolecían de falta de disciplina y eso era una realidad contra la cual un juez militar no podía hacer demasiado para corregirla.

Un caso, algo extremo, puede observarse en una causa contra el soldado Lucas Aguirre, quien hirió a un sargento, resistiendo sus órdenes. El juez fiscal consideró que “aunque se vea y halla (sic) probado que Aguirre hizo resistencia, este dimanó de los principios siguientes. Primero, el modo con que pretendieron prenderlo. Segundo, la ignorancia, falta de conocimientos de que se hallan todos los individuos cívicos poseídos”.⁷⁴ De igual criterio fue el Tribunal Militar y el auditor.

En la acusación contra Elías Lastra por haber dejado fugar un preso se tuvo en cuenta su “ancianidad” y “los servicios prestados en los cuerpos de línea”, como un atenuante.⁷⁵

El arresto durante el proceso era considerado parte de la pena o pena suficiente y, por lo tanto, ponderado a la hora de dictar sentencia. Veamos algunos casos.

En 1819, el subteniente Bruno Agüero fue imputado por excederse en el castigo a sus subordinados. Sin embargo, el juez fiscal dictaminó “que el oficial sea puesto en libertad teniendo en consideración por suficiente el

⁷³AGN, Sumarios Militares, X, 30-1-5, exp. 644, f. 11 vta.

⁷⁴AGN, Sumarios Militares, X, 29-2-9, exp. 19, f. 36.

⁷⁵AGN, Sumarios Militares, X, 30-1-1, exp. 530, f. 5.

tiempo de prisión que ha sufrido; apercibiéndole antes”.⁷⁶ El Poder Ejecutivo se conformó con el dictamen.⁷⁷

El mismo criterio se aplica en la causa contra el teniente Mariano Cabrera, una vez probado que protegió de la justicia indebidamente a un subordinado suyo en 1819. El auditor dictaminó “declarándose por compurgado el exceso del oficial de estos Cabrera con el arresto que ha padecido, poniéndole en libertad”.⁷⁸ El Ejecutivo dictó sentencia sobre la base de este dictamen.⁷⁹

Podemos concluir que en el caso de los cívicos predominaba en la justicia militar el arbitrio por sobre el apego a las penas de las *Ordenanzas*. Este arbitrio no resultaba de la ocurrencia de un juez particular sino de ciertos criterios sobre circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes que solieran reiterarse en las distintas sentencias y, por lo tanto, tenían fuerza en Derecho. La máxima que parecía predominar era la necesidad del juez de examinar el contexto del caso y velar por el buen funcionamiento de los cuerpos.

Ahora bien, este arbitrio ¿redundaba en penas más benignas o más duras que las legales? Para responder a esta pregunta seleccionamos aquellas sentencias que admitían la gravedad del crimen, pero adoptaban un criterio más moderado. El resultado podemos observarlo en el cuadro 8. Allí vemos que casi la mitad de las sentencias, tomando en cuenta la totalidad de ellas, aplica un criterio favorable al acusado. Si tomamos en cuenta sólo aquellas que no se basan en las *Ordenanzas*, obtenemos que el 68,42% de ellas benefician al acusado.

Si consideramos los delitos probados y el castigo que imponían las *Ordenanzas* de 1768 podemos ponderar la diferencia. En el caso del delito de sedición o incitación al tumulto, el art. 27º del tít. X del trat. VIII prescribía la pena de muerte.⁸⁰ En cambio, como vimos, sólo se aplicó al capitán Genaro González Salomón. Para el resto hubo indultos o servicios de línea. Para los incumplimientos de deberes de centinela, el art. 56º del tít. X, trat. VIII prescribía que todo centinela que abandonase su puesto sería pasado

⁷⁶AGN, Sumarios Militares, X, 29-2-9, exp. 20, f. 19.

⁷⁷Ibidem.

⁷⁸AGN, Sumarios Militares, X, 29-10-3, exp.172, f. 14.

⁷⁹Ibidem.

⁸⁰SOCÍAS, *Ordenanzas de Su Majestad para el régimen, disciplina subordinación y servicio de sus Ejércitos...*, cit. en n.10, t. III, p. 282.

por las armas.⁸¹ Por el art. 58º, se disponía que si se distraía podía sufrir carrera de baquetas de doscientos hombres y presidio si se quedaba dormido, y palos y dos meses de prisión si sólo se distraía en sus labores.⁸² En los expedientes analizados, de todos los casos en que se encontró al reo culpable de incumplimiento de deberes de centinela, sólo en uno se engrilló a un individuo por seis meses en su cuartel. Según el art. 52º, cualquier agresor con arma de fuego o blanca, debía ser castigado con la muerte.⁸³ Este castigo tampoco se cumplió en los casos en que los acusados fueron condenados por semejante delito. Como vemos, la legislación castellano-indiana parecía demasiado rigurosa para la situación de las milicias de Buenos Aires.

XII. Las ideas sobre la aplicación del fuero militar para el caso de los milicianos.

El problema que refería a quién estaba sujeto al fuero y a las *Ordenanzas* y a quién se debían aplicar no recibió una respuesta unánime. En la actualidad, el jurista moderno suele asociar el fuero propiamente dicho, entendido como foro con la sujeción a las leyes, a las que los jueces deben atenerse, ya que no estos no serían más que meros instrumentos de aquellas. Pero, bajo el antiguo régimen, estos dos fenómenos (jurisdicción y leyes) no son necesariamente idénticos.⁸⁴ Esa identidad –más pretendida y teórica que real– sólo es el producto de un sistema jurídico moderno que concibe a los jueces como meros mediadores entre la ley y los individuos.

No obstante, los tribunales antiguos tenían muy en cuenta esta distinción. Veamos un dictamen del juez fiscal, en un caso de incumplimiento de deberes de centinela, en 1818:

Vistas las declaraciones y cargos contra el cívico Miguel Maciel lo hallo plenamente convencido de haber permitido la fuga del preso Juan Birrinchín, según resulta de todas las declaraciones, sin embargo de la obstinación con que se mantiene Miguel Maciel en la negativa, que es otro indicio de su culpa. Pero no sabiendo Miguel

⁸¹Ibidem, t. III, p. 285.

⁸²Ibidem.

⁸³Ídem, p. 584.

⁸⁴V. TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, *¿Qué fue el derecho indiano?*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980.

Maciel las penas de Ordenanza, y ni estando sujeto a ellas, pues es ciudadano y no veterano, dejo a la disposición de ustedes la aplicación de la pena que juzgue por conveniente.⁸⁵

El dictamen parece contener una aparente contradicción: por un lado, se afirma que el acusado no está sujeto a las leyes militares; por el otro, se lo juzga en un Tribunal Militar. Esta paradoja sólo puede resultar tal bajo la concepción liberal del derecho. En cambio, si se considera que, en la cultura del antiguo régimen, la ley no era la única fuente de justicia, puede comprenderse cabalmente el significado de aquel dictamen: el acusado gozaba del fuero militar, en el sentido de que debía ser juzgado por autoridades militares, no obstante, por no ser veterano, el juez no podía someterlo a leyes que no había jurado. El juez era competente para el caso, pero las leyes no.

En 1821, se produce un ligero intercambio sobre quiénes están sometidos a *Ordenanzas*. El soldado José María Velázquez había sido acusado de haber dejado fugar un preso. El Juez determinó que al acusado, a pesar de no ser veterano, se le había advertido sobre las penas prescriptas por las *Ordenanzas*. No obstante, por su avanzada edad y por ser inútil para el servicio de línea, lo condenó a cuatro meses de prisión.⁸⁶

El auditor, en cambio, si bien coincidió con la pena, remarcó que el soldado no estaba sujeto a las leyes militares:

En vista del sumario formado contra el soldado de la Legión Patricia, Manuel Moreno, acusado de haber dejado fugar al oficial prisionero don José María Velázquez hallándose al centinela dice: que no pudiendo en el caso aplicarse al soldado Manuel Moreno las penas detalladas en la ordenanza a su delito, por cuanto el oficial prisionero, a quien custodiaba, no se hallaba sujeto a alguna, y no pudiendo por otra parte sentenciar al servicio de las armas como está determinado por lo avanzado de su edad, podrá VE siendo servido determinar conforme a lo expuesto por el Juez Fiscal.⁸⁷

⁸⁵AGN, Sumarios Militares, X, 30-1-2, exp. 574, f. 10.

⁸⁶AGN, Sumarios Militares, X, 30-1-3, exp. 604, f. 7 vta.

⁸⁷Idem, fs. 9vta y 10.

Lo que el auditor parecía sugerir era que no bastaba leerle las *Ordenanzas* a un ciudadano para sujetarlo a ellas. Es decir, que las leyes sólo se aplicaban al caso de los veteranos, más allá de la voluntad de los oficiales de poner en sobreaviso a sus subalternos.

Otro caso interesante para calibrar el problema que tratamos en este acápite es el proceso seguido contra el teniente cívico del tercer tercio, Mariano Ibáñez, por haber permitido la fuga de algunos oficiales realistas. Analicemos la vista efectuada por el juez fiscal Juan Vázquez Feijoo:

Debiendo por este delito comprenderles la pena de los juzgados con arreglo al art. 40 título 10 tratado 8 de la Ordenanza. Mas el caso presente no es tan sencillo para su deliberación. Se presenta la dificultad de demostrar cuál fuese la pena de aquellos detenidos sin condena señalada, no en la clase de presos delincuentes, y cuando se hubiese llegado a este cálculo con la indudabilidad (sic), la administración de justicia para proporcionar exactamente la pena al delito, será preciso entrar también en el de la legitimidad del caso que se juzga. Ibáñez no debía estar allí y no estaba como debía porque estuvo cuarenta y ocho horas y por el corto número de soldados con que estaba. Es verdad que esto no lo autorizaba para permitir a los prisioneros aquella salida, pero también lo es que la Ordenanza, que prescribe pena a los delitos de los militares, detalla reglas para el servicio de ellos con precisa proporción de unos con otras y *aquellos no pueden ser exactos si estas son fallidas*; aumentese esta reflexión el haberse aprehendidos a tres de los fugados y cerca de tres meses y medio que ha sufrido de prisión, es de parecer el Fiscal se le considere bastante penado con este arreglo, haciéndole saber las razones que el Consejo determinó en consideración para debilitar la severidad a que se hizo acreedor; a no ser que las luces de VSS arbitren providencia más estimable.⁸⁸

El juez fiscal discurre sobre dos cuestiones. En primer término, explica que los reclusos no tenían sentencia y, por lo tanto, no podría considerarse su liberación estrictamente como una fuga. En segundo

⁸⁸AGN, Sumarios Militares, X, 29-11-6, exp. 473, fs. 21 y 21 vta. Las cursivas son nuestras.

término, y he aquí lo que importa, que el teniente no preservó apropiadamente las órdenes impartidas, pero también es cierto que no se le proporcionaron los medios para hacerlo. Los reglamentos, parece afirmar, prescriben obligaciones, pero también los medios para llevarlas a cabo. Los magistrados, asimismo, no debían circunscribirse al resultado final (el incumplimiento de deberes de centinela). Su deber era tener en cuenta todo el contexto, de modo de poder dictar un fallo justo. El Consejo de Guerra consideró el tiempo que estuvo en prisión y la captura de los prófugos como atenuante y declaró la libertad del teniente. Eso sí, no se privó de citar el art. 22º, tít. 6 del trat. 8 de las *Ordenanzas*, que prescribía formas meramente procedimentales.⁸⁹

En 1821, se suscitó, en medio de un proceso, un debate entre dos auditores y el inspector general sobre la aplicación de las *Ordenanzas* frente a la implementación de penas arbitrarias. El sumario fue levantado al teniente Pedro Pablo Mora, acusado de haberse embriagado en la guardia del Hospital Militar y haber provocado un bullicio. El teniente en cuestión era un capitán ciudadano, no veterano, y, como muchos, era analfabeto. El Auditor Pedro Somellera dictamina lo siguiente:

Don Pedro Pablo Mora, acusado de haberse embriagado hallándose de comandante de la guardia del Hospital Militar, dice: que un exceso semejante debe conceptuarse tan remarcable en la clase a que corresponde el Teniente Mora que cree el exponente no hacer de él mención la Ordenanza ni las órdenes de 26 de octubre de 1776, 3 de junio de 1777 y otras posteriores porque jamás ha podido presumirse un defecto semejante en los señores oficiales. La circunstancia de hallarse el teniente Mora de Comandante de una Guardia, a la sazón que se embriagó, debería hacer reputarlo entre aquellos que abandonan la Guardia y sujeto por lo mismo a las penas que le impone la Orden de 1º de septiembre de 1776, y aunque

⁸⁹“Si de pluralidad de votos resultare absolución se le pondrá luego al reo en libertad, y tanto de las causas cuyas sentencias haga por sí ejecutar el Consejo de Guerra de los oficiales generales, como de las que por exceptuadas deban consultárseme, remitirá a mis manos (por la de mi secretario del despacho de la Guerra) los procesos originales, con la diferencia de que las causas exceptuadas han de pasárseme los procesos sin que llegue a efectos la sentencia, y en las primeras órdenes de ejecutada, quedándose el presidente con copia del proceso”, en SOCÍAS, *Ordenanzas de Su Majestad para el régimen, disciplina subordinación y servicio de sus Ejércitos...*, cit. en n. 10, t. III, pp. 219-220.

cree el Auditor no sea aplicable a Mora todo el rigor de esta ley ya por consideración a no corresponder a un cuerpo veterano, ya por deberse presumir ignorar las obligaciones de su clase, como bastante lo indica la circunstancia de no saber firmar. Cree, sin embargo, que no debe dejársele en la clase de oficial y que debe recogerse los despachos y que se haga saber así en la orden como podrá VS consultarlo al Excelentísimo Señor Gobernador y capitán General.⁹⁰

Somellera sostenía que sobre el oficial ciudadano no debía caer el peso de las *Ordenanzas*, ya que no era un veterano y no se le había instruido en el conocimiento de las leyes penales. En su defecto, proponía la aplicación de penas arbitrarias. En cambio, el auditor Villegas, si bien reconoció que no debían aplicarse las penas prescriptas en las *Ordenanzas*, alegó que la pena propuesta por Somellera era, más bien, una especie de recompensa.⁹¹

Para terciar en el debate, el Inspector General, José Rondeau, interviene en procura de establecer un criterio más adherido a la legislación:

Tratándose de prever a aplicar el remedio bastante para cortar los abusos que en lo sucesivo pueda introducir la impunidad en esta clase de milicia y a fin que los castigos que se les impongan no lleven el carácter de arbitrarios, es de parecer esta Inspección General se les sujete y juzgue por la Ordenanza del Ejército cuanto incurran en faltas del servicio, sin lo cual la seguridad de los puestos estará constantemente comprometida, pudiendo también hacerse a los jefes que componen dicha Brigada la prevención superior de reservar en las horas de Academia que han establecido para enseñar evoluciones, el tiempo necesario para instruirles en las obligaciones respectivas al servicio de la guarnición. Sobre todo VE resolverá lo que su superior discernimiento conceptúo más adaptable y ventajoso para cortar tan perjudiciales abusos.⁹²

⁹⁰AGN, Sumarios Militares, X, 30-1-2, exp. 562, fs. 13vta y 14

⁹¹Ídem, f. 15.

⁹²Ídem, fs. 16 y 16 vta.

Rondeau solicitaba que se sometiera a todos los cívicos a las *Ordenanzas*, fueran veteranos o ciudadanos, de modo de poder emplear una misma reglamentación para todos los tercios, sin lugar para el arbitrio judicial. Por ello, las autoridades militares debían ocuparse de que sus oficiales estén en conocimiento de la legislación militar.

Villegas no concordaba y replicó lo siguiente:

Propone el Señor Inspector General para atajar las faltas del servicio en que pueden incurrir los individuos de la fuerza que no es veterana le parece al Auditor General Interino el que en toda previsión sería capaz de contenerlas y le aconsejaría si no saltase luego un inconveniente de mucha gravedad, tal es que esa milicia no ha contratado la observancia de la Ordenanza, no disfruta de sus privilegios, ni goza prest o su equivalente en vestuario y entretenimiento o socorro, que con la comida declaró suplirla el Congreso Nacional de 818 para la imposición de las leyes penales.

Al exponente le parece podría adaptarse uno de dos temperamentos. El primero, que hiciera a los Jefes de la Brigada la prevención que propone el Señor Inspector General, pero con la declaración que serían juzgados en el Tribunal del Señor Gobernador los oficiales infractores en el servicio de la plaza, según la cualidad, tiempo y circunstancia de sus excesos, es decir, a penas arbitrarias, *pero severas y seguras*. El otro, que los destacamentos de las guardias que requieren un oficial de comandante o por el honor del lugar o importancia se den a oficiales veteranos y los otros a sargentos, buscándose siempre los de mejor conducta, pero en la misma línea de veteranos de uno u otro modo, el mejor servicio, no se hacen novedades en la Ordenanza y VE puede obrar por sí cuando en el otro caso sería necesaria la sanción de la Honorable Junta Provincial. Buenos Aires.⁹³

Villegas coincidía con algunos puntos del dictamen de Vázquez Feijoo. Para este auditor, la legislación no consideraba a los tercios cívicos como tropas de línea. No eran tratados como tales por el Estado, a pesar de

⁹³Ibidem, fs. 17 y 17vta.

tener derecho al prest y al socorro. En consecuencia, no podía pedirseles obediencia si no se les concedía los derechos correspondientes.

En su argumentación parecía admitir que las penas arbitrarias podían ser benignas, ya que especifica que, de mantenerse, el arbitrio debería implicar penas más duras. Como solución, ofrecía dos alternativas: disponer de penas arbitrarias más severas y avisar del cambio a los oficiales o no destinar ciudadanos a tareas que exigieran cierto comportamiento y disciplina castrense.

Más allá de lo esclarecedor de este debate, vale la pena cierta aclaración: las *Ordenanzas* preveían la facultad de los jueces de dictar penas arbitrarias para algunos casos. Por ejemplo, en el caso de desobediencia de soldados, cabos y sargentos en circunstancias de guerra o marcha la pena prescripta era la de muerte. No obstante, las *Ordenanzas* especificaban: “en cualquiera otra función del servicio, con la cadena perpetua y, fuera de estos casos, con pena arbitraria”.⁹⁴ Recuérdese que el servicio en las milicias cívicas, en muchas ocasiones, no implicaba una circunstancia de combate.

Presentaremos un último caso. A nuestro juicio, el más elocuente de los analizados hasta aquí. El 16 de julio de 1809 se produjo un levantamiento criollo, en La Paz, contra las autoridades constituidas, que instauró una Junta Tuitiva.⁹⁵ Desde Buenos Aires, se envió una serie de regimientos para reprimir el movimiento. Entre ellos, miembros del Cuerpo de Patricios. El Mariscal Vicente Nieto, Presidente de la Audiencia de Chuquisaca y oficial al mando de las tropas, mostró sus quejas por el comportamiento de dos oficiales del Cuerpo de Patricios en ocasión de la expedición. Reclamaba un Consejo de Guerra para ambos oficiales por probada insubordinación en el trayecto. Se acusaba al capitán De la Fuente de consentir el robo de ganados por parte de su tropa y haber proferido que “todos los que venían de España eran unos pícaros, sarracenos, ladrones que venían a robar y vender esta América”.⁹⁶ Además, y siempre según Nieto,

⁹⁴SOCÍAS, *Ordenanzas de Su Majestad para el régimen, disciplina subordinación y servicio de sus Ejércitos...*, cit. en n. 10, t. III, p. 278.

⁹⁵Para un examen de este fenómeno, puede consultarse TULLIO HALPERÍN DONGHI, *Reforma y disolución de los imperios ibéricos, 1750-1850*, Madrid, Alianza, 1985; José Luis Roca, *Ni con Lima ni con Buenos Aires. La formación de un estado nacional en Charcas*, La Paz, Instituto Francés de Estudios Andinos, Plural Ediciones, 2007 y SCARLETT O'PHELAN GODOY, “Por el rey, la religión y la patria. Las juntas de gobierno de 1809, en La Paz y Quito”, en *Boletín del Instituto Francés de Estudios Andinos*, Instituto Francés de Estudios Andinos, Lima, vol. XVIII, n° 2, 1988, pp. 61-80.

⁹⁶*Biblioteca de Mayo*, Buenos Aires, Senado de la Nación, 1961, t. XIV, p. 12451.

había advertido que “en caso que esto estuviese a favor de los indios, echaría culatas arriba y se pasaría a ellos”.⁹⁷

Luego de instruido el sumario, el fiscal José Gascón, el 21 de septiembre de 1810 dictaminó:

Los acusados no pueden ni deben ser juzgados en Consejo de Guerra de oficiales generales, donde no hay grado de súplica, recurso ni apelación, de cuyos legales arbitrios no alcanza el fiscal razón alguna para privarles de ellos a los oficiales urbanos comprendidos en este proceso, sujetándolos ahora a la severidad de las leyes militares, cuando no lo han estado estos cuerpos urbanos de nueva creación desde ella, sino con meras apariencias y accidentes efímeros de milicias regladas, ni son otra cosa propiamente que unos alistamientos de paisanos armados con uniformes arbitrarios y no el señalado por Real Orden a las urbanas de América.⁹⁸

El fiscal no hacía referencia a voluntarios, sino a oficiales a sueldo. Vemos en este párrafo que, a pesar de la apariencia, esas milicias no cumplían con las condiciones para ser consideradas regladas ni urbanas. El fiscal encuentra, a esa especie de irregularidad, una explicación: la particular coyuntura de las Invasiones Inglesas:

Las apuradas circunstancias en que se halló la capital de este reino después de su Reconquista para oponer al enemigo una fuerza respetable capaz de resistir su determinación de apoderarse de todo él con los refuerzos que había pedido [...] obligarían al señor Santiago Liniers a publicar su proclama en agosto de 1806 para que se alistase el pueblo, por naciones, eligiendo éstas sus comandantes y oficiales. Este arbitrio verdaderamente nuevo y singular, produjo un noble entusiasmo y loable competencia de uniformarse a su costa, armarse e instruirse en los precisos rudimentos de fuegos y

⁹⁷Ibidem.

⁹⁸Ídem, p. 12444. Las cursivas son nuestras.

algunas evoluciones con el abandono de sus familias, agricultura, industria, artes y comercio.⁹⁹

Efectivamente, las Invasiones Inglesas provocaron una conformación militar particular que tendía a exceder lo que se conocía hasta entonces.¹⁰⁰ La novedad se extendió más allá de la necesidad de defensa de la capital ante el invasor, según explicaba el fiscal:

En todo este tiempo y posteriores vicisitudes todas de gravedad, no se innovó, y sigue hasta ahora el método primitivo. Y aunque la Real Audiencia gobernadora mandó extraer de las reales ordenanzas del ejército y reimprimir en pequeños cuadernitos el tratado de leyes generales para que se leyese en los cuerpos, no era suficiente sin el respectivo a las obligaciones de su clase, ni el tiempo era ya apropiado para podar el árbol y que diese nuevos retoños, ni el oficial y soldado patriótico había contraído un empeño libre y espontáneo bajo las formalidades de ordenanza, sino temporalmente, para libertar la patria amenazada y nada más.¹⁰¹

En este párrafo encontramos ciertos elementos que merecen examinarse. En primer lugar, que las autoridades reconocían la irregularidad de la situación. En segundo, que el conflicto no se reducía al conocimiento o no de la normativa castrense, sino que existía una dificultad para imponer una disciplina propia de un ejército de línea a cuerpos cuya dinámica se alejaba de esa configuración. Gascón se refería a esto último al alegar que “no era suficiente sin el respectivo a las obligaciones de su clase”. En tercero, el servicio miliciano no había sido reglamentado ni ajustado a las leyes, argumentaba el fiscal, porque había sido creado y concebido como

⁹⁹Idem, p. 12445. Las cursivas son nuestras.

¹⁰⁰V. entre otros, Tulio HALPERÍN DONGHI, “Militarización revolucionaria en Buenos Aires, 1806-1815”..., cit. en n.8; CARLOS ROBERTS, , *Las invasiones inglesas*, Buenos Aires, 3° edición, Emecé, 2000; JOSÉ TEÓFILO GOYRET, “Huestes, milicias y ejército regular”, en *Nueva historia de la Nación Argentina*, Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, Planeta, Buenos Aires, 1999 y Emilio Fabián HARARI, *Hacendados en armas. El Cuerpo de Patricios, de las Invasiones Inglesas a la Revolución (1806-1810)*, Buenos Aires, Ediciones ryr, 2009.

¹⁰¹Idem, p. 12446.

circunstancial. No obstante, esa excepcionalidad duró al menos hasta el advenimiento del rosismo.¹⁰²

Gascón expone también su parecer sobre la aplicación de las leyes penales militares:

Mi opinión es (salvo meliori) que no debe sujetárseles al riguroso juicio militar por el grave defecto de enseñanza y disciplina que no han tenido ni tienen. Es verdad que el actual excelentísimo señor virrey conducido del mejor celo por las mejoras de estos cuerpos, expidió al ingreso de su mando el plan de reforma, suprimiendo algunos y dando a los demás la numeración que hoy tienen en lugar de los nombres nacionales con que antes se diferenciaban, y previniendo que los que quedaban en servicio activo debían estar bajo el pie de ordenanza, pero la falta de ejemplares de éstas, ha sucumbido tan acertada disposición, como consta de las declaraciones de los oficiales en este proceso, quienes no sólo las ignoran sino que no tienen idea del Reglamento de Milicias regladas de este Virreinato de 14 de enero de 1801.¹⁰³

Ante esto, se pregunta: “¿Cómo pues podría castigarse severamente a un oficial de los tercios patrióticos, si jamás ha estado impuesto en las *Ordenanzas* para cumplirlas, y mucho menos en la multitud de reales órdenes posteriores que forman un código voluminoso, así en las milicias como en el ejército?”¹⁰⁴

Por lo tanto, el dictamen es el siguiente: “Sería muy difusa esta primera parte si hubiese de aumentar aquí la multitud de razones que convencen hasta la evidencia que los oficiales de los tercios patrióticos, sin

¹⁰²V. GABRIEL DI MEGLIO, “Un nuevo actor para un nuevo escenario. La participación política de la plebe urbana de Buenos Aires en la década de la revolución (1810-1820)”, en *Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana “Dr. Emilio Ravignani”*, Buenos Aires, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires, Tercera serie, n° 24, 2° semestre de 2001, pp. 121-158 y ORESTE CANSANELLO, *De súbditos a ciudadanos. Ensayo sobre las libertades en los orígenes republicanos. Buenos Aires 1810-1852*, Buenos Aires, Ediciones Imago Mundi, 2003.

¹⁰³Ibidem.

¹⁰⁴Idem, p. 12447.

embargo de que gocen del fuero militar, no deben ser juzgados en consejo de guerra de oficiales generales".¹⁰⁵

Este criterio se reproduce en la mayoría de los sumarios militares levantados contra milicianos. Los acusados son llevados ante jueces militares. Sin embargo, a la hora de dictar sentencia sólo en muy pocas ocasiones se tienen en cuenta las *Ordenanzas* o el *Reglamento de Milicias*. Eso no quiere decir que no sigan vigentes para aquellos cuerpos para los que fueron pensados, sino que la revolución trajo situaciones novedosas que ameritaban nuevas normas. Por el momento, no se innovó en la materia. De hecho, cuando se decidió crear un código penal militar propio, las milicias fueron suprimidas.¹⁰⁶

XIII. Conclusión.

Los estudios sobre justicia militar suelen hacer énfasis en la marcialidad y dureza adquirida por la misma, luego de 1810, a partir de una dinámica bélica que obligaba a movilizar amplios contingentes. Nuestro estudio tiene un objeto diverso, ya que las milicias no cumplieron servicios expedicionarios ni estaban conformadas por elementos destinados.

De las causas analizadas contra cívicos de infantería se desprende una serie de consideraciones. En primer lugar, que la justicia acentúa su accionar a partir de 1819. No es extraño que a partir de ese año los delitos hayan proliferado si se tiene en cuenta el dictamen del auditor Villegas acerca de la carencia material del cuerpo. Sin embargo, no son los integrantes de la tropa proporcionalmente los más problemáticos. Pese al poco peso cuantitativo de los oficiales en las milicias, sus delitos son relevantes.

En segundo lugar, el delito más frecuente es el de incumplimiento de deberes de centinela de prisioneros o condenados, lo que muestra la poca predisposición de los milicianos a cumplir largos turnos de vigilancia así como la preocupación oficial por asegurar el funcionamiento de cárceles y hospitales.

En tercer lugar, el problema de fuero no puede circunscribirse a la sujeción a las *Ordenanzas*. Un miliciano, sin ser veterano, podía ser juzgado

¹⁰⁵Idem, p. 12449.

¹⁰⁶V. OSVALDO MAGNASCO, *Introducción a los códigos militares de la república*, Buenos Aires, Félix Lajouane, 1895.

por la justicia militar, pero no por ello sometido al régimen legal de las disposiciones de 1768. Los veteranos tampoco eran estrictamente juzgados por las *Ordenanzas*. Predominó, como en el Derecho Indiano, el arbitrio judicial, aunque pudo haber sido resistido por algunas autoridades castrenses. Un código como el de 1768, redactado para un ejército de línea en permanente campaña y para una coyuntura lejana en el tiempo y en el espacio, no siempre se adecuaba a las necesidades de unos cuerpos mayoritariamente ciudadanos, cuyos miembros vivían en la ciudad. Detrás de cada falta, no solía acechar el peligro de perder una batalla determinante para la suerte de la nación. Aunque así fueran las cosas, las terribles penas prescriptas por las leyes carolinas podían acarrear más problemas que soluciones.

Por lo tanto, el Poder Ejecutivo debía utilizar, antes que la fría ley, su sentido común de “hombres buenos”, de tal forma que el fallo tuviera un valor pedagógico, sin obstaculizar el normal funcionamiento de la milicia en la ciudad. En este sentido, la justicia, en este caso, siguió siendo una “justicia de jueces”, de acuerdo a una continuidad en la cultura jurisprudencial, proveniente del régimen heredado.¹⁰⁷

La mayoría de los acusados no gozó del derecho a la asistencia jurídica prescripto por las *Ordenanzas* carolinas. Sin embargo, esta desventaja se asociaba al hecho de que la causa quedaba fuera del alcance del Consejo de Guerra, lo que no necesariamente constituía un perjuicio para el reo.

En general, podemos concluir que la justicia militar, para el caso de los milicianos de Buenos Aires, solía ser benigna con los acusados. Por lo tanto, no es de extrañar que estos, fueran veteranos o no, prefirieran su intervención a la de la justicia ordinaria. El fuero militar constituía una ventaja para ellos y no resulta sorprendente que se hayan opuesto a su abolición.¹⁰⁸

¹⁰⁷Para profundizar sobre este concepto, se recomienda 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*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, n° 35, 2007, pp. 33-81 y del mismo autor, *Ciudad y poder político en el Antiguo Régimen. La tradición castellana*, Córdoba, Cuadernos de Historia, 2005.

¹⁰⁸Para una reconstrucción de las acciones de los milicianos en defensa de su fuero puede verse EMILIO FABIAN HARARI, “Militarización, crisis y surgimiento de nuevos derechos políticos en Buenos Aires (1806-1823). El caso del Cuerpo de Patricios y los Tercios Cívicos”, Tesis Doctoral (inérita), Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires.

Cuadro I: Causas según período

| <i>Período</i> | <i>Cantidad de causas</i> | <i>Porcentaje</i> |
|----------------|---------------------------|-------------------|
| 1812-1818 | 15 | 26,32 |
| 1819-1821 | 42 | 73,68 |
| Total | 57 | 100,00 |

Fuente: Véase apéndice documental.

Cuadro 2: Clasificación de causas de la justicia militar contra cívicos de infantería (1812-1821)

| <i>Delitos</i> | <i>Casos</i> | <i>Porcentaje</i> |
|------------------------|--------------|-------------------|
| Permitir fuga | 18 | 31,58 |
| Heridas | 11 | 19,30 |
| Escándalo y destrozos | 4 | 7,02 |
| Golpes | 3 | 5,26 |
| Homicidio | 3 | 5,26 |
| Deserción | 3 | 5,26 |
| Conspiración y tumulto | 3 | 5,26 |
| Insubordinación | 3 | 5,26 |
| Robo | 2 | 3,51 |

Aires, 2011, cap. VII y BENITO DÍAZ, "La igualdad ante la ley: abolición de los fueros personales (1822-1823)"..., cit. n. 13.

| | | |
|-----------|----|--------|
| Riña | 2 | 3,51 |
| Insultos | 2 | 3,51 |
| Excesos | 1 | 1,75 |
| Secuestro | 1 | 1,75 |
| Montonero | 1 | 1,75 |
| Totales | 57 | 100,00 |

Fuente: Véase apéndice documental

Cuadro 3. Carácter del fuero

| <i>Fuero</i> | <i>Cantidad</i> | <i>Porcentaje</i> |
|----------------|-----------------|-------------------|
| Personal | 15 | 31,91 |
| Causa | 28 | 59,57 |
| Carácter doble | 4 | 8,51 |
| Total | 47 | 100 |

Fuente: véase apéndice documental.

Cuadro 4: Cantidad de acusaciones según el cargo del cívico de infantería sometido a la justicia militar (1812-1821)

| <i>Cargo acusado</i> | <i>Acusaciones</i> | <i>Porcentaje</i> |
|----------------------|--------------------|-------------------|
| Soldado | 27 | 42,19 |
| Cabo | 13 | 20,31 |
| Teniente | 7 | 10,94 |
| Sargento | 7 | 10,94 |
| Capitán | 5 | 7,81 |
| Subteniente | 3 | 4,69 |
| Ayudante | 1 | 1,56 |
| Español | 1 | 1,56 |
| Total | 64 | 100,00 |

Fuente: véase apéndice documental

Cuadro 5: Cantidad de casos según el elemento acusado (1812-1821)

| <i>Elemento</i> | <i>Acusados</i> | <i>Porcentaje</i> |
|-----------------|-----------------|-------------------|
| Tropa | 50 | 74,63 |
| Oficiales | 16 | 23,88 |
| Total | 66 | 98,51 |

Fuente: véase apéndice documental

Cuadro 6: condición de los cívicos acusados por la justicia militar
(1812-1821)

| <i>Calidad</i> | <i>Cantidad de acusados</i> | <i>Porcentaje</i> |
|----------------|-----------------------------|-------------------|
| Ciudadanos | 21 | 52,50 |
| Veteranos | 19 | 47,50 |
| Total | 40 | 100,00 |

Fuente: véase apéndice documental

Cuadro 7: Penas dictadas contra los cívicos de infantería por la justicia militar (1812-1821)

| <i>Penas</i> | <i>Cantidad</i> | <i>Porcentaje</i> |
|------------------------------|-----------------|-------------------|
| Sobreseimiento | 23 | 41,07 |
| Servicio de línea o presidio | 10 | 17,86 |
| Prisión | 8 | 14,29 |
| Causas suspendidas | 6 | 10,71 |
| Indulto | 4 | 7,14 |
| Pena de muerte | 2 | 3,57 |
| Separación del servicio | 1 | 1,79 |
| Grilletes | 1 | 1,79 |
| Palos | 1 | 1,79 |
| Total | 56 | 100,00 |

Fuente: véase apéndice documental

Cuadro 8: Influencia de las *Ordenanzas* de 1768 en las sentencias a los cívicos de infantería (1812-1821)

| <i>Sentencias</i> | <i>Cantidad</i> | <i>Porcentaje</i> |
|------------------------|-----------------|-------------------|
| Cita <i>Ordenanzas</i> | 8 | 17,02 |
| Sin citar | 39 | 82,98 |
| Total | 47 | 100 |

Fuente: véase apéndice documental

Cuadro 9: Carácter de las sentencias

| | <i>Causas</i> | <i>Porcentaje</i> |
|--------------------|---------------|-------------------|
| Sentencias totales | 57 | 100 |
| Benignas | 26 | 45,61 |

Fuente: véase apéndice documental

Cuadro 10: Autoridad que dicta la sentencia definitiva (1812-1821)

| <i>Autoridad</i> | <i>Cantidad de causas</i> | <i>Porcentaje</i> |
|-----------------------|---------------------------|-------------------|
| Poder Ejecutivo | 31 | 57,41 |
| Jefe del Estado Mayor | 9 | 16,67 |

| | | |
|--------------------------|----|--------|
| Inspector General | 7 | 12,96 |
| Consejo de Guerra | 2 | 3,70 |
| Gobernador Intendente | 2 | 3,70 |
| Junta de Observación | 1 | 1,85 |
| Cabildo | 1 | 1,85 |
| Comisión Militar | 1 | 1,85 |
| Total | 54 | 100,00 |

Fuente: véase apéndice documental.

Apéndice documental

Sumarios Militares sitos en el Archivo General de la Nación (Buenos Aires), Sala X: 29, 11,5, exp. 371; 30, 2,6, exp. 828; 29, 11,3, exp. 318; 30, 1,2, exp. 552; 30, 2, 3, exp. 766; 29, 11,6, exp. 401; 29, 9,9, exp. 87; 29, 11,6, exp. 430; 30, 1,3, exp. 594; 29, 9,8, exp. 83; 29, 11,4, exp. 338; 29, 11,6, exp. 407; 30, 1,2, exp. 574; 30, 2,1, exp. 668; 30, 2,3, exp. 759; 30, 2,6, exp. 864; 29, 2,9, exp. 19; 29, 9,6, exp. 20; 29, 10,3, exp. 172; 29, 10,3, exp. 175; 29, 11,5, exp. 367; 30, 1,1, exp. 500; 30, 1,1, exp. 530; 30, 1,2, exp. 570; 30, 1,4, exp. 637. 30, 2,3, exp. 747; 30, 2,5, exp. 807, 30, 2,5, exp. 813; 30, 3,4, exp. 957; 29, 9,9, exp. 84; 29, 10,1, exp. 134; 29, 10,3, 171; 29, 11,2, exp. 274; 29, 11,5, exp. 390; 29, 11,6, exp. 411; 29, 9,6, exp. 416; 29, 11,6, exp. 473; 30, 1,1, exp. 527; 30, 1,3, exp. 587; 30, 1,5, exp. 652; 30, 2,2, exp. 715; 30, 2,4, exp. 785; 29, 11,6, exp. 396; 30, 1,2, exp. 562; 30, 1,3, exp. 579; 30, 1,3, exp. 604; 30, 1,4, exp. 621; 30, 1,2, exp. 679; 30, 2,1, exp. 687; 30, 2,4, exp. 791; 30, 2,6, exp. 865; 30, 2,6, exp. 866; 30, 3,2, exp. 926.