

ALGUNAS PARTICULARIDADES EN TORNO A LA INFLUENCIA DE LA MISERICORDIA Y LA HUMANIDAD EN LAS FUENTES ROMANAS

Fecha de recepción: 27 abril 2017 / Fecha de aceptación: 14 junio 2017

José Luis Zamora Manzano
Universidad de las Palmas de Gran Canaria
jose Luis.zamora@ulpgc.es

Resumen: la misericordia, junto a la piedad y la humanidad, son tenidas en cuenta por el Derecho romano debido a la influencia del cristianismo y que derivaron en normas que tienen su génesis en el Derecho romano como el canon 20 del Concilio Orleans del 549 en materia del tratamiento de los reclusos. Este precepto tradicional de la Iglesia, obliga a los archidiaconos o arcedianos a visitar los domingos a los reclusos con el fin de volcarse en ellos por misericordia y garantizar ciertas necesidades en este caso no sólo espirituales sino también materiales. Este canon está basado en una serie de principios basados en la humanidad, la piedad, la benevolencia y la *aequitas*, introducidos a partir del siglo IV en el Derecho romano, y en nuestro trabajo analizamos la huella que éstos dejaron no solo en el canon sino también en el Derecho penitenciario moderno. También podremos observar, como el principio de humanidad, que se percibe de providencias del emperador Constantino recogidas en CTh. 9.3.1.pr= C.9.4.1 pr., o las de Honorio y Teodosio contenidas en C.1.4.9, deja su fiel reflejo en artículos como el art.6 de la L.O. 1/79, de 26 de septiembre Ley general penitenciaria y en otros preceptos supranacionales.

Palabras claves: misericordia, humanidad, tratamiento de reclusos

Abstract: Mercy, together with piety and humanity, are taken into the Roman law because of the influence of Christianity and which led to rules that have their genesis in Roman law as canon 20 of the Orleans Council of 549 in the relation of treatment of prisoners. This traditional precept of the Church obliges the Archdeacon to visit the prisoners on Sundays in order to turn to them for mercy and guarantee certain needs in this case not only spiritual but also material. Moreover, this canon is based on a series of principles based on humanity, piety, benevolence and *aequitas*, introduced from the fourth century in Roman law; and in our paper, we analyze the traces that these left not only in the canon but also in modern penitentiary law. We could also observe, as the principle of humanity, which is perceived by Emperor Constantine's provisions in CTh. 9.3.1.pr = C.9.4.1 pr., or those of Honorio and Theodosius contained in C.1.4.9, leaves his faithful

reflection in articles as art.6 of the L.O. 1/79, of 26 of September General Penitentiary Law and other supranational rules.

Keywords: mercy, humanity, treatment of prisoners

1. INTRODUCCIÓN

La misericordia es una virtud que inclina el ánimo a compadecerse de los sufrimientos y miserias ajenos. Siguiendo a Santo Tomás, se tiene misericordia cuando el sujeto considera la miseria ajena como propia; de ahí que el acto propio de esta virtud sea la de remover la miseria ajena¹.

STh II-II q. 30, a. 4: *“Secundum se misericordia quidem maxima est. Pertinet enim ad misericordiam quod alii effundat; et, quod plus est, quod defectus aliorum sublevet; et hoc est maxime superioris. Unde et misereri ponitur proprium Deo: et in hoc maxime dicitur eius omnipotentia manifestari”*

Por ello, la misericordia, es considerada en sí misma, como la mayor de las virtudes como se infiere del texto *“ya que le compete volcarse en otros, y más aún, socorrer sus deficiencias. Esto es peculiar del superior, y por eso se tiene como propio de Dios² tener misericordia, en la cual resplandece su omnipotencia de modo máximo”*.

¹ *Beati misericordes, quoniam ipsi misericordiam consequentur. Misericordem esse est habere miserum cor de miseria aliorum: tunc autem habemus misericordiam de miseria aliorum, quando illam reputamus quasi nostram. De nostra autem dolemus, et studemus repellere. Ergo tunc vere misericors es, quando miseriam aliorum studes repellere. Est autem duplex miseria proximi. Prima in istis rebus temporalibus; et ad istam debemus habere miserum cor; I Io. III, 17: qui habuerit substantiam huius mundi, et viderit fratrem suum necesse habere, et clauserit viscera sua ab eo, quomodo caritas Dei manet in eo? Secunda qua homo per peccatum miser efficitur: quia, sicut beatitudo est in operibus virtutum, ita miseria propria in vitiis; Prov. XIV, 34: miseros facit populos peccatum. Et ideo quando admonemus corruentes ut redeant, misericordes sumus; infra IX, v. 36: videns autem Iesus turbas, misericordia motus est. Isti ergo misericordes beati. Santo Tomás, *Super Evangelium Matthaei*, cap. 5, lc. 2.*

² En su tratamiento de la misericordia divina, Santo Tomás en la I Pars de la *Summa theologiae*, santo Tomás afirma que dicha virtud es máximamente atribuible a Dios como “efecto” de la bondad de Dios

STh I quaest.21. a3. Respondeo dicendum quod misericordia est Deo maxime attribuenda: tamen secundum effectum, non secundum passionis affectum. Ad cuius evidentiam, considerandum est quod misericors dicitur aliquis quasi habens miserum cor: quia scilicet afficitur ex miseria alterius

Desde un punto de vista jurídico, la justicia implica conforme a la definición que nos da Ulpiano en D.1.1.10.pr.: “*iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*” Si bien la justicia implica dar a cada uno su derecho. La justicia sin misericordia es crueldad, y la misericordia sin justicia es la madre de la disolución. Precisamente, la misericordia, junto a la piedad y la humanidad, son tenidas en cuenta por el derecho romano debido a la influencia del cristianismo³ y que derivaron en normas que tienen su génesis en el Derecho romano como el canon 20⁴ del Concilio Orleans del 549 en materia del tratamiento de los reclusos:

Id etiam miserationis intuitu aequum duximus custodiri, ut qui pro quibuscumque culpis in carceribus depuntantur, ab archidiacono seu a prapósito ecclesiae singulis diebus dominicis requirantur, ut necessitas vincitorum secundum praeceptum divinum misericorditer sublevetur; atque a pontífice, instituta fidei & diligenti persona, quae necessaria provideat, competens seis victus de domo ecclesiae tribuatur.

Este precepto tradicional de la Iglesia obliga a los archidiaconos o arcedianos a visitar los domingos a los reclusos con el fin de volcarse en ellos por misericordia y garantizar ciertas necesidades en este caso no sólo espirituales sino también materiales.

*per tristitiam, ac si esset eius propria miseria. Et ex hoc sequitur quod operetur ad depellendam miseriam alterius, sicut miseriam propriam: et hic est misericordiae effectus. Tristari ergo de miseria alterius non competit Deo: sed repellere miseriam alterius, hoc maxime ei competit, ut per miseriam quemcumque defectum intelligamus. Defectus autem non tolluntur, nisi per alicuius bonitatis perfectionem; prima autem origo bonitatis Deus est, ut supra ostensum est. Para una reflexión teológica vid. KASPER, W., *La misericordia. Clave del Evangelio y de la vida cristiana*, Santander 2012, p. 90 ss.*

³ El propio Inocencio III hablando de la vileza de la condición humana comenta con tristeza (*De Miseria I.1.7*) en *Quis ergo det oculis meis fontem lacrimarum, ut fleam miserabilem conditionis humane ingressum, culpabilem humane conversationis progressum, dampnabilem humane dissolutionis egressum? Consideraverim ergo cum lacrimis de quo factus sit homo, quid faciat homo, quid futurus sit homo, humiliando la naturaleza soberbia del hombre; de esta forma en su discurso se observa la dicotomía entre dignidad del hombre y la miseria penitencial.*

⁴ MANSI J. D., *Sacrorum Conciliorum nova et amplissima collectio*, IX, Graz 1960, p.134.

Este canon está basado en una serie de disposiciones que basadas en la humanidad, la piedad⁵, la benevolencia y la *aequitas*⁶, introducen mejoras, como veremos a continuación, en el derecho procesal penal y penitenciario romano⁷.

2. HUMANIDAD Y CONDICIONES DE LOS RECINTOS CARCELARIOS

Con respeto a las primeras mejoras en las prisiones, éstas se producen, sobre todo, a partir el emperador Constantino⁸ que introduce una providencia en el año 320 en la que trata de mejorar y humanizar el tratamiento de los encarcelados, CTh. 9.3.1.pr.⁹

⁵ BIONDI, B., *Il Diritto romano cristiano III*, Milano 1954, p. 512 ss, donde el a. considera que las nuevas medidas legislativas introducidas por los emperadores a consecuencia de la piedad y las nuevas exigencias humanas por influencia del cristianismo.

⁶ SOLIDORO MARUOTTI, L., *La tradizione romanistica nel Diritto Europeo*, Torino 2001, p. 51 nos describe la importancia del influjo de la Iglesia el señalar que: “nei testi accolti nella Compillazione giustiniana, l’aequitas rappresentava un principio ideale di giustizia umana, verso cui il diritto doveva tendere; e lo ius naturale, ossia ciò che è sempre buono o giusto...”. Vid. KELLEY, D. R., *The human measure social thought in the western legal tradition*, London 1990, p. 54 ss.

⁷ V. amplio estudio y elenco bibliográfico en ZAMORA MANZANO, J. L., *La Administración penitenciaria en el Derecho romano: gestión, tratamiento de los reclusos y mejora de la custodia carcelaria*, Madrid 2015.

⁸ Considerado un pionero en la adopción de disposiciones de este tipo en el que se deja ver la misericordia al evitar el sufrimiento inútil de los reclusos, v. BIANCHINI, M., «Cadenze liturgiche e calendario civile fra IV e V secolo. Alcune considerazioni», *Acc. Romanistica Constantiniana Att. VI Convegno* Perugia 1986, pp. 241-263), ahora recopilación en *Temi e tecniche della legislazione tardoimperiale*, Torino 2008, p. 250.

⁹ C.9.4.1.pr.: *In quacumque causa reo exhibitio, sive accusator existat sive eum publicae sollicitudinis cura produxerit, statim debet quaestio fieri, ut noxius puniatur, innocens absolvatur. Quod si accusator aberit ad tempus aut sociorum praesentia necessaria videatur, id quidem debet quam celerrime procurari. Interea vero exhibitio non ferreas manicas et inhaerentes ossibus mitti oportet, sed prolixiores catenas, si criminis qualitas etiam catenarum acerbitatem postulaverit, ut et cruciatio desit et permaneat fida custodia. Nec vero sedis intimae tenebras pati debet inclusus, sed usurpata luce vegetari et, ubi nox gemnaverit custodiam, vestibulis carcerum et salubribus locis recipi ac revertente iterum die ad primum solis ortum ilico ad publicum lumen educi, ne poenis carceris perimatur, quod innocentibus miserum, noxiis non satis severum esse dignoscitur. Illud etiam observabitur, ut neque his qui stratorum funguntur officio neque ministris eorum liceat crudelitatem suam accusatoribus vendere et innocentes intra carcerum saepta leto dare aut subtractos audientiae longa tabe consumere. Non enim existimationis tantum, sed etiam periculi metus iudici imminet, si aliquem ultra debitum tempus inedia aut quocumque modo aliquis stratorum exhausterit, et non statim eum penes quem officium custodiae est atque eius ministros capitali poena subiecerit.*

In quacumque causa reo exhibito, sive accusator¹⁰ existat sive eum publicae sollicitudinis cura perduxerit, statim debet quaestio fieri, ut noxius puniatur, innocens absolvatur. quod si accusator aberit ad tempus aut sociorum praesentia necessaria videatur, id quidem debet quam celerrime procurari. Interea vero exhibito non ferreas manicas et inhaerentes ossibus mitti oportet, sed prolixiores catenas, ut et cruciatio desit et permaneat fida custodia. Nec vero sedis intimae tenebras pati debebit inclusus, sed usurpata luce vegetari et, ubi nox geminaverit custodiam, vestibulis carcerum et salubribus locis recipi ac revertente iterum die ad primum solis ortum ilico ad publicum lumen educi, ne poenis carceris perimatur, quod innocentibus miserum, noxiis non satis severum esse cognoscitur.

Del texto se infiere que la finalidad es, a priori, evitar el sufrimiento y mejorar las condiciones de los reclusos; se aprecia, por tanto, la piedad y humanidad en la disposición imperial. Además, si observamos la *inscriptio* del destinatario *ad florentium rationalem*, podemos ver que se trata de una providencia dirigida a delitos de naturaleza tributaria, pero creemos que se pudo producir una extensión a otros supuestos de hecho. Por otro lado, en la Constitución, una de las exigencias importantes a la hora de determinar la custodia y el encadenamiento, en este caso con cadenas holgadas y no con esposas ajustadas, *non ferreas manicas et inhaerentes ossibus mitti oportet, sed prolixiores catenas¹¹*, hace referencia a la

¹⁰ Era plausible que se escondiera en ocasiones algún pacto o acuerdo con prevaricación de ahí que se haya impulsado a partir de esta época un control más escrupuloso a fin de intentar acabar con la corrupción, vid. PROVERA G., «Riflessi privatistici dei pacta de crimine», *Studi in onore Biondi*, II, 1965, pp. 563-564.

¹¹ El término *vincula*, indica los instrumentos de contención física del reo, en este caso el sujeto es privado de libertad mediante el encadenamiento a fin de poder prevenir los intentos de fuga en la contención cautelar, o en los casos de condena antes de su ejecución. También en ejecución el sujeto normalmente podía ser encadenado, por ejemplo en los casos de condena a trabajos forzados. Desde el punto de vista de los medios de contención, es cierto que nos encontramos con numerosos instrumentos de inmovilización que realmente suponen una auténtica tortura y que reducían la movilidad del sujeto a la condición de animal; Así, por un lado, tenemos las *catenae* o esposas que sujetaban las manos o muñecas del reo, y por otro, encontramos el *compedes* o *pedicae* que constituían un grado más de inmovilización de los pies mediante cepos, pero también, nos encontramos por un lado con los *nervus*, barras de hierro fijadas al suelo donde se sujetaban por los tobillos a los esclavos; y por otro las *numellae*; éstas se utilizaron inicialmente para inmovilizar los animales, constituían un arnés de cuero que sujetaba la cabeza; y también las *boiae* una especie de yugos de madera o también de hierro que podían sujetar solo las manos y también los pies o ambas a la vez, en el derecho griego se utiliza como término genérico ξύλον vid. sobre *vincula* para etimología y sobre estos instrumentos de contención. POTTIER E., “vinculum”, *Dictionnaire des antiquités Grecques et romaines*, t. V, Paris 1904, v. pp. 897ss. “compes”, *Dictionnaire...* vol I. 2, p. 1429. “numellae, nervus, boiae”, vol IV.1, p. 116 y 117. También en “carcer”, vol I.2, p. 917. Sobre el empleo en las prisiones griegas de las *boiae* vid. HALM-TISSERANT, M., ΞΥΛΑ: «Des bois

diligencia y celeridad que se debe dar para ver si el recluso es culpable o, en su caso, inocente y, por tanto, proceder a su liberación.

Por otra parte, se percibe en la norma un claro sesgo Cristiano con una tendencia clara a mejorar las condiciones carcelarias, a pesar de que la administración carcelaria consideraba que el mejor modo de asegurar su funcionamiento era a través de la construcción de un aparato represivo riguroso¹².

Se debe agregar que el fragmento de la compilación de Justiniano añade una innovación¹³ a la hora de aplicarse con severidad las cadenas cuando señala: *si criminis qualitas etiam catenarum acerbitem postulverint*, expresión no contenida en el Código teodosiano, que va referida a que los instrumentos de contención, en este caso las cadenas, se van a aplicar en función del tipo de crimen que se haya cometido, a fin de mantener una custodia segura. Lo cual implica, a nuestro juicio, que el encadenamiento¹⁴ se mantiene para los crímenes graves, según la valoración discrecional que haga la autoridad judicial.

Además, la constitución establece que debe darse una conclusión rápida del procedimiento con la exhibición del reo sin que implique, salvo los supuestos de comisión de delitos graves, la *cruciato*; pero se intenta garantizar una custodia segura *fida custodia*.

de la prisión», in *Carcer prisión et privation de liberté dans L'antiquité classique*, Paris 1999, pp.75 ss.

¹² LOVATO A., *Il carcere nel diritto romano dai Severi a Giustiniano*, Bari 1994, pp. 182-182. Vid. DUPONT, C. L., *Le Droit criminel dans les Constitutions de Constantin. Les infractions*, Lille 1953, p. 121.

¹³ BONINI, R., *Ricerche di Diritto Giustiniano*, Milano 1968, p. 143, lo que según el a. ...*si sottraggono evidentemente gli accusati dei crimini meno gravi ad una restrizione pur sempre notevole*.... A lo que MOMMSEN, T., *Römischen Strafrecht*, Leipzig 1899, p. 304, nt. 4 y 5 donde señala que existe restricción pero no la sujeción a un tormento innecesario a la vez que trae a colación la necesidad de garantizar la alimentación y salubridad a propósito de CTh.9.3.7: "*Fesselung ohne unnöthige peinigung; zulassung bis zu einem gewissen Grade der freien Bewegung in dem äusseren Gefängniss, Verpflegungsgeld für die gänzliche Armen*".

¹⁴ El encadenamiento como medida de seguridad en la custodia tuvo que ser frecuente en los casos del *confesus*, tal y como se infiere de los fragmentos de Ulpiano, 9 of. Proc. D. 48.3.5 y Scevola 4 reg., D. 48.4.4 al reconocer el sujeto su culpa y como garantía de la sucesiva ejecución de la pena. Con posterioridad sobre el *confesus*, vid. CTh.7.18.11.

En lo que concierne al trato de los presos, hay una preocupación por garantizar que los mismos puedan recibir la claridad del día a fin de mantener unas condiciones de salubridad de los calabozos *vestibulis carcerum et salubribus locis*.

En CTh. 9.3.1.1=C.9.4.1.1 el emperador continúa con la preocupación del buen funcionamiento de las instituciones y trata, con la disposición, de frenar la arbitrariedad y el mal funcionamiento del aparato represivo, al existir inocentes que han sido encerrados, veamos la providencia:

Illud etiam observabitur, ut neque his qui stratorum funguntur officio neque ministris eorum liceat crudelitatem suam accusatoribus vendere et innocentes intra carcerum saepta leto dare aut subtractos audientiae longa tabe consumere. Non enim existimationis tantum, sed etiam periculi metus iudici imminebit, si aliquem ultra debitum tempus inedia aut quocumque modo aliquis stratorum exhausserit et non statim eum penes quem officium custodiae est adque eius ministros capitali poena subiecerit.

En la constitución que ya analizamos, CTh. 9.3.1.pr, se señalaba, en su párrafo final, lo penoso que era la cárcel para los inocentes y no para los culpables *innocentibus miserum, noxiis non satis severum esse cognoscitur*. En esta otra, de nuevo el eje principal de la disposición imperial gira en torno a la encarcelación injusta y vejatoria por varios motivos: porque los carceleros o *stratores*¹⁵ se hayan podido corromper por los acusadores, por dejar morir a los inocentes en las cárceles, o dejarlos morir por inanición o por no darles audiencia en la actividad de instrucción, aplicándose una custodia carcelaria *sine die*, lo cual deja de ser una custodia para convertirse en una pena y, por ende, en un tormento.

Podemos recalcar que tuvieron que ser frecuentes los ensañamientos y la falta de moderación de los carceleros y jueces, ya que encontramos providencias en las que el emperador Constantino trata de poner remedio a los abusos cometidos por parte de éstos en una norma dirigida al prefecto Evagrio contenida en CTh. 9.3.2=C.9.4.2, del año 326 d.C:

¹⁵ NERI, V., *I marginali nell'occidente tardoantico, Poveri, infames e criminali nella nascente società cristiana*, Bari 1998, p. 446. el a. habla de la dependencia de los *stratores* en relación al juez; si bien, sus competencias serán transferidas con posterioridad a los *commentarienses*.

Si quis in ea culpa vel crimine fuerit deprehensus, quod dignum claustris carceris et custodiae squalore videtur, auditus aput acta, cum de admissio constiterit, poenam carceris sustineat atque ita postmodum eductus aput acta audiatur. ita enim quasi sub publico testimonio commemoratio admissi criminis fiet, ut iudicibus inmodice saevientibus freni quidam ac temperies adhibita videatur.

El final del fragmento habla de la falta de moderación de los jueces *iudicibus inmodice saevientibus freni quidam ac temperies adhibita videatur*; éstos también podían llegar a realizar un uso distorsionado de la cárcel, por ejemplo para atemorizar a los deudores a que pagaran so pretexto de cualquier suplicio: *nemo carcerem plumbatarumque verbera aut pondera aliaque ab insolentia iudicum repperta supplicia in debitorum solutionibus vel a perversis vel ab iratis iudicibus expavescat*¹⁶.

Las providencias que hemos analizado, iban dirigidas a asegurar un tratamiento más humano¹⁷ del custodiado, garantizando el aire y la luz en los encierros de éstos, la comida y también intentado evitar la crueldad, para ello establece, como tendremos ocasión de analizar, una mayor intervención y control de los sujetos encerrados gracias a la intervención de la autoridad eclesiástica.

Por otro lado, en relación a los reclusos y para asegurar un mayor control y garantías, se procedió a la separación, de hombres y mujeres mediante providencia de Constancio en el año 340 dada a Acindino, CTh.9.3.3 precedente de lo que sucede en el Derecho penitenciario moderno:

*Quoniam unum carceris conclave permixtos secum criminosos includit, hac lege sancimus, ut, etiamsi poenae qualitas permixtione iungenda est, sexum tamen disparem diversa claustrorum habere tutamina iubeatur*¹⁸.

¹⁶ CTh.11.7.3=C10.19.2, vid. al respecto LOVATO, A., *Il carcere nel diritto penale romano...*, cit. p. 86.

¹⁷ A partir de Constantino encontramos toda una legislación en materia de política carcelaria inspirada en la piedad y en la mejora de las condiciones de encarcelamiento, BIONDI, B., *Il Diritto romano cristiano...*, cit. p. 512 ss.

¹⁸ La constitución reproducida en C.9.4.3 establece de forma errónea la autoría a Constantino, sin embargo el prefecto Acindino corresponde a la prefectura de época de Constancio, durante el

Asimismo, Constancio también trata de poner freno al uso arbitrario de la cárcel de manos de los *stationarii*. Desde nuestro punto de vista, es obvio la constante preocupación, y común a muchos de los emperadores, a partir del Bajo imperio de atajar el problema del encierro sin control y sin garantías de los sujetos que intervenían en la infraestructura carcelaria.; así, podemos apreciar el problema de los abusos en la constitución dada al prefecto Loliano, CTh.6.29.1¹⁹ bajo la rúbrica *de curiosis*²⁰:

Quos curagendarios sive curiosos provincialium consuetudo appellat, proprio arbitrio quos esse reos putaverint, feralibus carcerum tenebris mancipare non dubitant. Memorati igitur curiosi et stationarii vel quicumque funguntur hoc munere crimina iudicibus nuntianda meminerint et sibi necessitatem probationis incumbere, non citra periculum sui, si insontibus eos calumnias nexuisse constiterit. Cesset ergo prava consuetudo, per quam carceri aliquos inmittebant.

Si analizamos el final del fragmento, se observa el problema del abuso de la cárcel cuando se habla de: *cesset ergo prava consuetudo, per quam carceri aliquos inmittebant*. En este caso, se trataba de atajar los problemas derivados de los abusos que cometían el personal en los recintos carcelarios, entre ellos, como ya tuvimos ocasión de analizar, de los agentes *in rebus*, que, si bien, en un primer momento gozaron de privilegios y prerrogativas²¹, ahora las providencias imperiales se dirigían a evitar que éstos urdieran calumnias con el fin de arrestar a inocentes.

Asimismo, existe una preocupación por controlar la situación de las cárceles, a tal efecto obedeció la providencia ya comentada con anterioridad de los emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio en el año 380 recogida en CTh 9.3.6²²:

periodo del 338 al 340 vid. BARNES, T. D., «Praetorian prefects», 337-361 en *ZPE* 94 (1992), p. 254 y BAGNAL, S., *Consuls of the Later Roman Empire*, Atlanta 1987, p. 215.

¹⁹ C.12.22.1

²⁰ Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «Contribución al estudio de la vigilancia, seguridad ciudadana y orden interno en el marco de la Administración pública romana. Especial referencia a los agentes *in rebus*», en *Hacia un Derecho administrativo fiscal y medioambiental romano III*, Madrid 2016, p. 17 ss.

²¹ Vid. CTh.8.5.7; 6.27.1.

²² En igual sentido reproducida en C.9.4.5.

De his quos tenet carcer id aperta definitione sancimus, ut aut convictum velox poena subducat aut liberandum custodia diuturna non maceret. Temperari autem ab innoxiiis austera praeceptione sancimus et praedandi omnem segetem de negligentia iudicum provinciarum ministris feralibus amputamus. nam nisi intra tricensimum diem semper commentariensis ingesserit numerum personarum, varietatem delictorum, clausorum ordinem aetatemque vincitorum, officium viginti auri libras aerario nostro iubemus inferre, iudicem desidem ac resupina cervice tantum titulum gerentem extorrem impetrata fortuna decem auri libris multandum esse censemus

El texto alude de nuevo a los problemas que se suscitan en torno a los encierros carcelarios disponiendo, por un lado, que los convictos retenidos sean enjuiciados de manera rápida, de ahí la expresión de *velox poena*, para que se dicte la misma con celeridad; y también, que aquellos que deban ser puestos en libertad no se les aplique una custodia temporal excesiva. Para ello, además, se establece una fórmula de control mensual, ya que cada treinta días el alcaide o *commentariensis*²³ debe dar cuenta del número de personas, la variedad de delitos, la categoría de los delincuentes y edad de los encadenados.

Es evidente, que existe una preocupación por la masificación de los centros de reclusión, los peligros de evasión de los condenados y las posibles enfermedades que conlleva la falta de higiene de los centros. Para ello, ante la infracción que pueda derivarse de la desidia en el control de presos, la constitución establecía una pena de veinte libras de oro a favor del fisco y otra de diez libras al juez que haya intervenido junto a la destitución de su cargo²⁴.

Todo ello implicó, desde mi punto de vista, que la política legislativa del Emperador Teodosio lograra: por un lado, la punición rápida para los criminales evitando esperas innecesarias que supusieran una mayor agonía en los recintos carcelarios; y por otro, la puesta en libertad de aquellos que habían sido encerrados injustamente para evitar que su custodia sea un tormento de larga duración y sin fundamento jurídico alguno. E incluso, creemos que, en muchos casos, pudieron

²³ Vid. PREMIERSTEIN A., «v.commentariis», REPW, IV, 1, 1900, p. 766 ss. DE MARTINO, F., *Storia della costituzione romana*, VI, Napoli 1975, p. 306, n. 60.

²⁴ LOVATO, A., *Il carcere nel diritto penale romano...*, cit. p.197 ss.

darse excarcelaciones y amnistías por parte del emperador, por necesidades prácticas, ante las carencias que sufría la administración carcelaria.

También, de los mismos emperadores, encontramos otra disposición del mismo año que trató de aportar garantías a la hora de poder preparar la defensa y evitar el encadenamiento arbitrario en la cárcel²⁵, ya que según CTh 9.2.3= C.9.3.2 concedía al acusado un espacio temporal no inferior a treinta días:

Nullus in carcerem, priusquam vincatur, omnino vincatur. Ex longinquo si quis est acciendus, non prius insimulanti adcommoetur adsensus quam sollemni lege se vinxerit et in poenam reciproci stilo trepidante recaverit. Eique qui deducendus erit ad disponendas res suas componendosque maestos penates spatium coram loci iudice aut etiam magistratibus dierum xxx tribuatur, nulla remanente aput eum qui ad exhibendum missus est copia nundinandi. Qui posteaquam ad iudicem venerit, adhibita advocazione ius debet explorare quaesitum ac tandiu pari cum accusatore fortuna retineri, donec reppererit cognitio celebrata discrimen.

Estas medidas suponen realmente un cambio de paradigma desde el punto de vista de garantizar la libertad personal ya que todo el sistema procesal penal y carcelario del bajo imperio tiene en cuenta la dignidad y libertad humana²⁶ o, al menos, suponen un primer conato de tratamiento penitenciario o de clasificación de los encerrados desde el punto de vista de saber ante qué tipo de población reclusa nos encontramos, la categoría de los delitos, la edad y el género; a lo que se le suma la necesidad de garantizar unas condiciones dignas en el seno de las prisiones. Además, también están relacionadas con los cambios que se introducen por la impronta religiosa que se empieza a percibir, sobre todo, a partir del siglo IV, desde la implatación de los días feriados²⁷ o el establecimiento del *Edicto de Cunctos populos* por parte de Teodosio I que impone el periodo de cuaresma²⁸,

²⁵ Con anterioridad, en el año 365, ya se habían adoptado solemnidades como la necesidad de formalizar inscripción en el *Codex publicus* en la *tabula picta*: *nullus ante carceris custodiae mancipetur, quam ab eo, qui in accusationem eius erupit, in codice publico sollemnia inscriptionis impleta sint.*

²⁶ BIONDI B., *Il Diritto romano cristiano*, Op. cit. p. 349, donde el a. considera que se establecieron medidas tendentes a garantizar la libertad personal.

²⁷ C.3.12.2

²⁸ Vid. ANDRESEN C., *Die Kirchen der alten Christenheit*, Stuttgart 1971, p. 360 ss.

llegándose incluso a suspender cualquier procedimiento penal²⁹: *Quadraginta diebus, qui auspicio cerimoniarum paschale tempus anticipant, omnis cognitio inhibeat criminalium quaestionum*³⁰.

A mayor abundamiento, en circunstancias excepcionales, el emperador Teodosio (390 d.C) adoptó una disposición contenida en CTh. 9.40.13=C. 9.47.20 en la que llamó a la suspensión de la pena durante treinta días evitando la inmediatez de una justicia poco reflexiva; y de esta forma, proceder a una punición más atenuada en su caso, para lo cual debían permanecer los reos bajo vigilancia:

Si vindicari in aliquos severius, contra nostram consuetudinem, pro causae intuitu iusserimus, nolumus statim eos aut subire poenam, aut excipere sententiam, sed per dies xxx super statu eorum sors et fortuna suspensa sit. reos sane accipiat vinciatque custodia, et excubiis solertibus vigilanter observet.

Esta providencia, supuso un límite real y una llamada de atención probablemente por influencia del obispo de Milán Ambrosio que logró imponer el poder de la Iglesia por encima del Estado, a raíz de la masacre de tesalónica³¹. De esta forma, el emperador podía revisar la condena e incluso anular la sentencia.

La humanidad³² parece ser un argumento recurrente en esta legislación tardo imperial que se puede vislumbrar de algunos aspectos ya comentados; y que comienzan sobre todo desde Constantino para evitar las condiciones duras de la

²⁹ Sobre la legislación introducida en relación a la influencia del periodo de cuaresma y la consagración al *dies dominicus* como festividad religiosa vid. BIANCHINI M., *Cadenze...*, cit. p. 241 ss.

³⁰ CTh. 9.35.4

³¹ El emperador tuvo que demostrar arrepentimiento después de que fuera excomulgado temporalmente. Vid. VISMARA G., «Ambrosio e Teodosio: I limiti del potere», en *SDHI* 56 (1990), p. 265 ss.

³² HONIG, R. M., *Humanitas und Rethorik in spätrömischen Kaiser-gesetzten*, Göttingen 1960, p. 77. Libanio también alude a la misma en Or. 45.32: “hágase pues, visible también en este asunto, rey tu humanidad. Pues que promulgaste una ley para ayuda de los presos con relación al tiempo, y que ello es una medida encaminada a su salvación, todo eso lo sé. Sé, sin embargo, también esto otro: que justamente lo que se ha realizado cuando una ley no está en vigor, eso también se ha realizado cuando está redactada por escrito. Pues si no existen los jueces dispuestos a confirmarlas, las leyes son únicamente letras y no acompañan a los agraviados haciéndoles ser, en virtud de las funciones que de ellos dimanan, superiores a los autores del perjuicio.”

cárcel³³. Si bien, existe una correspondencia entre los fragmentos contenidos en CTh.9.3 *De custodia reorum* y C.9.4, excepto en el cuarto y séptimo del Codex Theodosianus³⁴. Es en éste último, el séptimo, en donde encontramos una correspondencia entre CTh.9.3.7, que en el Codex aparece en el título *De episcopali audientia, et de diversis capitulis quae ad ius curamque et reverentiam pontificalem pertinent*, C.1.4.9. Se trata de una constitución de Honorio y Teodosio dirigida a Ceciliano Prefecto Pretorio del año 409, dada en Rávena, que contempla la “humanidad” como elemento importante en el tratamiento de los reos, veamos el texto, y que casa perfectamente con el canon que comentábamos del Concilio de Orleans *ab initio*:

Iudices dominicis diebus productos reos e custodia carcerali videant interrogent, ne his humanitas clausis per corruptos carcerum custodes negetur: victualem substantiam non habentibus faciant ministrare libellis duobus aut tribus diurnis vel quot existimaverint commentarienses decretis, quorum sumptibus proficiant alimoniae pauperum: quos ad lavacrum sub fida custodia duci oportet. Multa iudicibus viginti librarum auri et officii eorum eiusdem ponderis constituta, ordinibus quoque trium librarum auri multa proposita, si saluberrima statuta contempserint. nec deerit antistitum Christianae religionis cura laudabilis, quae ad observationem constituti iudicis hanc ingerat monitionem.

En primer lugar, debemos destacar del pasaje una referencia específica al domingo, es Teodosio I el que consagra oficialmente *dies dominicus*, después de que Constantino considerara al domingo como día festivo con la suspensión de la actividad procesal y negocial³⁵.

Además, el texto es significativo a la hora de utilizar la expresión *ne his humanitas clausis per corruptos carcerum custodes negetur*, ya que va referido a la

³³ La impronta religiosa produjo una notable influencia vid. al respecto FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «En el mil setecientos aniversarios del Edicto de Milán sobre la tolerancia religiosa, del año 313 después de Cristo», en *Religión y Cultura*, 268-269 (2014), p. 255-262.

³⁴ Sobre la colocación y organización de las *leges* en la tradición justiniana vid. FALCHI, G. L., «La tradizione giustiniana del materiale teodosiano», en *SDHI* 57 (1991), p. 75.

³⁵ BIANCHINI, M., *Cadenze liturgiche...*, cit. p. 256 donde la autora considera que es en la Constitución señalada donde se recoge la normativa tendente a solemnizar y a hacer solemnizar el día del señor también en las cárceles, incluso en la detención preventiva en el derecho penal romano.

humanidad que se debe llevar a cabo con los reos. Gracias a la impronta religiosa, se observa que la intervención va dirigida a reconfortar no sólo espiritualmente sino materialmente. Por ello, la providencia obliga a sacar de los calabozos a los presos para que sean interrogados, al mismo tiempo que conmina a que se les proporcione el alimento necesario *libellis duobus aut tribus diurnis* y se proceda, por razones de higiene, evidentemente dada las condiciones de las cárceles, al baño de los reos.

Si observamos el texto, los emperadores en su providencia son conscientes de la existencia de problemas en las prisiones derivados del comportamiento de los *commentarienses* por los malos tratos y abusos; y es en ese contexto, cuando aparece la necesidad, en base a la impronta religiosa, de regular escrupulosamente la situación produciendo cambios positivos³⁶ en el régimen carcelario, que demuestran una profunda religiosidad y clemencia cristiana³⁷.

A fin de poder dar cumplimiento a la disposición, se establecieron sanciones de veinte libras de oro a los jueces y sus auxiliares y de tres para sus ordenanzas, teniendo el episcopado un poder de control y de garantía del cumplimiento de la disposición imperial.

Igualmente, es evidente, como los emperadores Honorio y Teodosio, son conscientes de la necesidad de humanizar el trato en las prisiones ante la corrupción de los carceleros que muchas veces encarcelaban a los reos y les sometían a un trato denigrante y vejatorio en los calabozos. Por ello, se observa en la norma una mejora en las condiciones de la población reclusa al quedar garantizado también el baño y su alimentación.

³⁶ GAUDEMET, J., *L'Église dans L'empire romain (IV-V siècles)*, Paris 1958, p. 351; 568-569 en relación a la importancia de la visita de los preladados sostiene que: “*La charité épiscopale s'adresse aux prisonniers pour exercer une surveillance sur la tenue des prisons et la vie qu'y mènent leurs occupants, pour contribuer par des collectes à l'amélioration de leur situation matérielle, enfin pour les racheters*”.

³⁷ BIONDI, B., *Il Diritto romano cristiano...*, cit. p. 512 considera que estas disposiciones están inspiradas en la piedad.

Hay que señalar, además, que la intervención y visita de los obispos³⁸ en las cárceles³⁹ se introduce como una colaboración entre el poder religioso y la Administración romana⁴⁰, y como una garantía promovida por las nuevas exigencias de tratamiento penitenciario inspiradas en la humanidad. Ese nuevo paradigma en relación al trato de favor hacia los detenidos, es motivo de agradecimiento como nos informa Ambrosio en sus epístolas al emperador Teodosio por haber liberado muchos presos *Ep. Var. 74.25*:

Haec ego, Imperator, amore et studio tui in hunc sermonem contuli. Debeo enim beneficiis tuis, quibus me petente, liberasti plurimos de exsiliis, de carceribus, de ultimae necis poenis.

Del texto cabe señalar, que ello supuso que el emperador quedara bajo la observancia de la autoridad espiritual de los obispos, lo cual, también implicó que la iglesia condicionara la voluntad del emperador con la liberación de exiliados, encarcelados y condenados a muerte⁴¹; e incluso, la remisión de condenas por delitos menores.

Encontramos una constitución del año 419 de Honorio y Teodosio en las Sirmondianas en concreto la 13 que mantiene la línea de la anterior, si bien parece

³⁸ La crisis de las curias y de las magistraturas municipales a partir del siglo III y el consiguiente vacío de poder, propició que el clero cristiano, en particular los obispos, asumieran el liderazgo de las comunidades locales y lograra cohesionarlas mediante su intensa labor de caridad y patrocinio. De esta manera, la ciudad clásica, que siempre fue el armazón del imperio, perdió poco a poco su vitalidad política para ir convirtiéndose a lo largo del siglo IV en una ciudad episcopal. Vid. FERNÁNDEZ UBIÑA, J. «privilegios episcopales y genealogía de la intolerancia cristiana en época de Constantino», en *Pyrenae* 40, vol. 1 (2009), p. 83.

³⁹ STEINWENTER, A., *Die Stellung der Bischöfe in der Byzantinischen Verwaltung Ägyptes*, Studi Francisci I, Milano 1956, p. 91 destaca la importancia de su labor: “*visitation der Gefängnisse durchgefürth und sich pflichtgemäss um die Verpflegung der Gefangenen gekümmert, wären solche Briefe nicht denkbar gewesen*”.

⁴⁰ BIANCHINI, M., «Per la storia dei rapporti fra cristianesimo e imperio da Costantino a Teodosio I», Serta Historia Antica II, Roma 1989, pp. 239-257 ahora en *Temi e tecniche della legislazione tardoimperiale*, Torino 2000, p. 232, la a. considera que las relaciones iglesia-imperio se van afinzando y en relación a ese poder considera que se produce con la colaboración entre las dos instituciones la subordinación del imperio a la iglesia. v. al respecto GAUDEMET, J., *La formation du droit séculier et du droit de l'église aux IV^e et V^e siècles*, Paris 1979, p. 221 ss.

⁴¹ LOVATO, A., *Il carcere...*, cit. p. 206.

establecer la facultad de visitar las cárceles no sólo a los obispos sino también a los sacerdotes:

Convenit, nostris praescita temporibus ut iustitiam inflectat humanitas. Nam cum plerique vim fortunae saevientis aufugerint adque ecclesiasticae defensionis munimen elegerint, patiuntur inclusi non minorem quam vitavere custodiam: nullis enim temporibus in luce vestibuli eis aperitur egressus. Adque ideo quinquaginta passibus ultra basilicae fores ecclesiasticae venerationis sanctitas inhaerebit. Ex quo loco quisque tenuerit exeuntem, sacrilegii crimen incurrat. Nihil enim confugientibus miserationis impenditur, si aura Liberior negatur adflictis. Eam quoque sacerdoti concedimus facultatem, ut carceris ope miserationis aulas introeat, medicetur aegros, alat pauperes, consoletur insontes et cum singulorum causas scrutatus agnoverit, interventiones suas apud iudicem competentem pro iure moderetur. Scimus enim idque crebris aditionibus supplicatum frequenter ideo plerosque in custodiam detrudi, ut adeundi iudicis libertate priverentur et, cum semel coeperit humilior persona pati custodiam, antequam causa sciatur, iniuriae poneam sustinere compellitur. Confestim duas auri libras fisco nostro contumax solvet officium, si sacerdotem negotia tam sancta curantem ianitor feralis excluserit.

En línea con la constitución emanada en el año 409, estableció la misma justificación desde el punto de vista de la humanidad y la justicia, permitiendo al clero la entrada en los recintos carcelarios a fin de ayudar y proporcionar, no sólo alimentos, sino también medicinas y consolar a los inocentes; y comprobar la situación de los presos y examinar sus causas, conminando la obstaculización, por parte de los carceleros, de la labor de los sacerdotes en base a esa humanidad, con dos libras de oro⁴². En definitiva, la disposición nos permite observar y constatar un gradual crecimiento del poder e influencia de la Iglesia y de sus representantes, ante la insuficiencia del aparato estatal. Al mismo tiempo que deja claro que la intervención del clero constituye expresión de la caridad cristiana por la ayuda los presos, lo que implica una función de control del episcopado.

⁴² Esta regulación es coincidente con los preceptos enunciados en el Concilio de Orleans c.20: *Id etiam miserationes intuitu aequum duximus custodiri, ut, qui pro quibuscumque culpis in carceribus deputantur ab arcidiacono seu praeposito ecclesiae singulis diebus Dominicis requirantur, tu necessitas vincitorum secundum praeceptum divinum misericorditer sublevetur adque a pontífice instituta fideli et diligenti persona, quae necessaria provideat, competens victus de domo ecclesiae tribuatur.*

Por otro lado, desde el punto de vista de la óptica procesal aparece la necesidad de recurrir a la humanidad a la hora de establecer la posibilidad de apelar, según se desprende de una constitución de los emperadores Arcadio y Honorio, del año 398 CTh. 9.40.16 bajo la rúbrica *de poenis*, reproducida en C.7.62.29 de

appellationibus et consultationibus: Addictos supplicio et pro criminum immanitate damnatos nulli clericorum vel monachorum, eorum etiam, quos synoditas vocant, per vim adque usurpationem vindicare liceat ac tenere. Quibus in causa criminali humanitatis consideratione, si tempora suffragantur, interponendae provocationis copiam non negamus, ut ibi diligentius examinetur, ubi contra hominis salutem vel errore vel gratia cognitoris obpressa putatur esse iustitia: ea condicione, ut, sive pro consule, comes orientis, praefectus augustalis, vicarii fuerint cognitores, non tam ad clementiam nostram quam ad amplissimas potestates sciant esse referendum. Eorum enim de his plenum volumus esse iudicium, qui, si ita res est et crimen exegerit, rectius possint punire damnatos.

La disposición imperial permite la apelación a aquellos que han sido condenados, a pesar de la crueldad de los crímenes, esgrimiendo como argumento la “humanidad”, *humanitatis consideratione*, como elemento fundamental, para que la causa sea examinada en otra instancia en los supuestos que se permitan y en los que se aprecie agravio comparativo, ya sea por error o falta de imparcialidad del juzgador; enumerando la competencia de los juzgadores ya sean procónsul, conde de Oriente, augustal o los vicarios. A los cuales, en última instancia, se les hace un llamamiento para que en su sentencia pueda dictaminarse el castigo de forma más conveniente. Por ello, creemos que todo el sistema procesal penal y carcelario del bajo imperio, y también justiniano, tiene en cuenta el respeto a la libertad y la dignidad del ser humano⁴³.

3. LA INFLUENCIA DE LA IGLESIA EN LAS GARANTÍAS SEGÚN C.1.4.22

El emperador Justiniano disciplina el proceso penal y la custodia carcelaria tratando de corregir los males que adolece con una serie de providencias que

⁴³ BIONDI, B., *Il Diritto romano cristiano II*, Op. cit. p.49

mantiene la intervención de la Iglesia en un régimen que mantiene la línea de sus antecesores. Así, en el título I.4 *de episcopalis audientia*, se recoge una Constitución del emperador Justiniano dirigida al prefecto Pretorio Mena (529) C.1.4.22.pr:

Neminen volumus in custodiam conici absque iussu gloriosissimorum vel illustrium vel clarissimorum magistratum huius felicissimae urbis vel provinciarum, aut defensorum in civitatibus = C.9.4.6 (Epitome de la Constitución griega trad. Lat): Nemo debet conici in custodiam sine iussu magnorum magistratum regiae urbis, aut in provinciis sine iussu eorum qui eas regunt, vel defensorum locorum.

Se observa, *a priori*, del tenor literal del texto, una consolidación de los derechos de la persona desde el punto de vista de las garantías procesales de la prisión preventiva ya que establece la competencia a los magistratos y *defensores civitatum*. Por ello, sin la orden de éstos, no se podía proceder a la encarcelación, lo que constituyó una garantía frente a posibles abusos de otros funcionarios como los *curiosii* o *stationarii*, como ya hemos apuntado con anterioridad⁴⁴.

Desde el punto de vista jurídico, el sistema carcelario del bajo imperio se caracterizó por la importancia del respeto a la libertad y la dignidad del hombre, de ahí la abolición de las cárceles privadas *si quis posthac reum privato carceri destinavit, reus maiestatis habeatur*⁴⁵.

⁴⁴ *Li, quos curagendarios sive curiosos provincialium consuetudo appellat, proprio arbitrio quos esse reos putaverint, feralibus carcerum tenebris mancipare non dubitant. Memorati igitur curiosi et stationarii vel quicumque funguntur hoc munere crimina iudicibus nuntianda meminere et sibi necessitatem probationis incumbere, non citra periculum sui, si insontibus eos calumnias nexuisse constiterit. Cesset ergo prava consuetudo, per quam carceri aliquos inmittebant, CTh 6.29.1 y C.12.22 (23).1*

⁴⁵ *CTh.9.11.1 (Valentiniano, Teodosio y Arcadio 383). Vid. prohibición expresa de Zenon C.9.5.1. (486) Iubemus nemini penitus licere per alexandrinam splendidissimam civitatem vel aegyptiacam dioecsin aut quibuslibet imperii nostri provinciis vel in agris suis aut ubicumque domi privati carceris exercere custodiam, viro spectabili pro tempore praefecto augustali, et viris clarissimis omnium provinciarum rectoribus daturis operam semperque futuris in speculis, ut saepe dicta nefandissimorum hominum adrogantia modis omnibus opprimatur. Nam post hanc saluberrimam constitutionem et vir spectabilis pro tempore augustalis et quicumque provinciae moderator maiestatis crimen procul dubio incursum est, qui cognito huiusmodi scelere laesam non vindicaverit maiestatem: primatibus insuper officiorum eiusdem criminis laqueis constringendis, qui, simulatque noverint memoratum interdictum facinus in quocumque loco committi, proprios iudices de opprimendo nefandissimo scelere non protinus curaverint, instruendos. Nam illud*

La competencia para determinar y velar por la situación de los encarcelados correspondía a los obispos de las localidades, que debían visitar de forma periódica las cárceles, así Justiniano en su providencia dirigida a Mena en el 529 recogió esta nueva competencia y otros aspectos que pasamos a analizar C.1.4.22.1⁴⁶:

De his autem, quicunque coniecti sunt aut coniiuntur, dei amantissimos locorum episcopos iubemus una cuiusque hebdomadis die, quarta aut sexta, eos qui in custodia habentur, visitare et diligenter inquirere causam ob quam detinentur et sive servi sint, sive liberi, sive ob pecunias, sive ob alias criminationes, sive ob homicidia coniecti, illustrissimos et spectabiles et clarissimos magistratus admonere, tam eos, qui sunt in hac felicissima urbe, quam qui sunt in provinciis, ut ea exequantur circa ipsos, quae diuinae nostrae constitutio ad illustres praefectos ea de re emissa praecipit; licentia data Deo carissimis pro tempore episcopis si quam negligentiam admissam cognoverit ab illustrissimis et magnificentissimis atque clarissimis pro tempore magistratibus, vel iis, quae illis parent officii, eam indicandi, ut conveniens adversus negligentes animi nostri motus insurgat.

La constitución, siguiendo la impronta religiosa acometida por otras disposiciones ya señaladas, fortalece, por voluntad imperial, las funciones civiles de los obispos en el ámbito de la administración carcelaria. De ahí que hable de la visita a prisiones de los obispos una vez en semana, el cuarto o el sexto día, a fin de inquirir la causa o motivos de detención, el *status* del recluso y velar por la disciplina de los magistrados a la hora de cumplir el ejercicio de las funciones encomendadas, sobre todo en aras al control del tiempo de prisión preventiva y garantizar la libertad personal del sujeto⁴⁷, de ahí que tuviesen que controlar las posibles negligencias y abusos por parte de los magistrados y de su personal subalterno.

perspicuum est eos qui hoc criminum genus commiserint pro veterum etiam legum et constitutionum tenore tamquam ipsius maiestatis violatores ultimo subiugandos esse supplicio. En igual sentido vid. Justiniano (529) C. 9.5.2.

⁴⁶ El texto original, que está redactado en griego, ha provocado la dificultad de la transmisión con la consecuente necesidad de *restitutiones* a través de las fuentes bizantinas, en relación a estos aspectos vid. BONINI, R., *Ricerche di Diritto Giustiniano*..., Op. cit. p. 192, n. 61.

⁴⁷ BIONDI, B., *Il Diritto romano cristiano II*..., p. 349. La libertad y dignidad del hombre están presentes en las nuevas providencias imperiales dirigidas a establecer una limitación temporal del tiempo de encarcelación vid. C.9.1.18.; al mismo tiempo que se garantiza la intervención de la autoridad legítima, en base a C.9.4.6 pr, a la hora de dictar la orden de reclusión por parte de los magistrados competentes.

Además, había obligación de vigilancia por parte de la autoridad eclesiástica de los supuestos de infracción por parte de los magistrados en relación a los supuestos de incumplimiento de los plazos de prisión preventiva, para dar mayor garantías a aquellos que estaban encarcelados; por eso, fue importante fijar límites temporales⁴⁸ precisos a fin de salvaguardar la dignidad del hombre y la libertad personal⁴⁹. Pero en lo que al control, por parte de los obispos se refiere, veamos los fragmentos 8-9 C.9.4.6 de la epítome de la Constitución griega de Justiniano dirigida al Prefecto Menna, tomada de las basílicas:

Episcopis admonentibus magistratus haud ignaros se ipsos et officia sua decem libras illaturos. 9. Licentia data religiosissimis pro tempore episcopis, si quid praetermitti viderint ab illustribus clarissimis spectabilibus pro tempore magistratibus vel ab officiis quae eis parent, hoc denuntiandi, ut congruens motus in neglegentes dirigatur.

Del texto se infiere, la admonición por la que los obispos podían imponer multa de diez libras, tanto a los magistrados como a sus oficiales, en caso de incumplir la previsión imperial, denunciando tales hechos cometidos por negligencia al emperador. De esta forma, los obispos podían, bajo su supervisión, vigilar si había existido desidia y negligencia por parte de los magistrados. Por todo ello, se aprecia un control eclesiástico habida cuenta de la inacción, en ocasiones, de la administración laica en la gestión y garantías de los sujetos encarcelados.

⁴⁸ el tiempo que el esclavo podía estar en custodia preventiva, en este caso el plazo es de veinte días, si bien, podía el esclavo resultar castigado o restituido a su dueño, o en caso de no presentarse este último ser liberado, también se hace referencia al tiempo de custodia del hombre libre distinguiéndose el tipo de ilícito cometido: capital, *propter pecuniariam causa* y no capital; en esto caso, debe ser puesto en libertad si prestaba fiadores; de lo contrario, debía de fallar la causa en el plazo de treinta días; pudiendo exigirse *cautio iuratoria* en caso de necesitar más tiempo. Si la acusación era por crimen capital, podían permanecer encarcelados durante seis meses; sin embargo, este plazo, en los supuestos de acusación privada, podía llegar hasta un año si se deduce de la amplia disposición contenida en C.9.4.6.2-6.

⁴⁹ Incluso se establece la importancia de respetar la libertad religiosa, Tertulliano *ad Scap* 2.2: *Tamen humani iuris et naturalis potestatis est unicuique quod putauerit colere; nec alii obest aut prodest alterius religio. Sed nec religionis est cogere religionem, quae sponte suscipi debeat, non ui, cum et hostiae ab animo libenti expostulentur.*

4. DESARROLLO ULTERIOR Y EL LEGADO ROMANO EN ALGUNOS PRINCIPIOS PENITENCIARIOS VIGENTES

Al hilo de lo expuesto hasta ahora, en la evolución posterior se manifiestan muchos problemas de índole semejante en relación al régimen penitenciario. Así, en este apartado abordaremos algunas fuentes paradigmáticas. En relación al problema del uso arbitrario de la cárcel, nos encontramos con alguna disposición en el Concilio XIII de Toledo del año 683, en concreto en su canon 2⁵⁰ que recoge el *habeas corpus* visigodo para los altos dignatarios de la nobleza y el clero⁵¹; de hecho, en el canon los obispos condenan el uso abusivo y arbitrario de la cárcel y en él se infiere que se han de respetar las garantías judiciales, estableciéndose un privilegio que les exima de todo arresto o encarcelamiento, e incluso, aplicación de pena corporal; si bien, como señala el canon:

“a todos convendría colocarlos con vigilancia libre sin encadenarlos ni sufrir otro daño injurioso y de tal modo sin que haya nada que temer se les mantendrá bajo una discreta y diligente vigilancia, que no se aplace en modo alguno fraudulentamente el término en que conviene juzgarlos, porque si está separado por mucho tiempo de sus mujeres, parientes, y también de sus bienes, perecerá que la confesión que prestan ha sido arrancada contra su voluntad”.

⁵⁰ *“Secundae con lationis obiectu res nostro coetui lacrymando occurrit, quae tanto est synodalis iudicii pondere abigenda, quanto immensam stragem populis afferet pariter et ruinam: etenim decursis retro temporibus vidimus multos et flevimus ex palatini ordinis officio cecidisse quos et violenta professio ab honore degerit et citravale regum factione iudicium aut morti aut ignominiae perpetue subiugavit. Quo inportabile malum et impietatis facimus exhorrendum religiosi principis nostri animus abolere intendens generali ómnium pontificium arbitrio retractandum invexit et ultricisi synodalis potentiae auctoritate cohibendum instituit. Unde congruam devotioni eius sententiam decernentes hoc in commune decrevius ut nullus deiceps ex palatini ordinis gradu vel religionis sactae conventum, regiae subtilitatis astu vel profanae potestatis instinctu sivie quorumlibet hominum malitiose volumptatis obnisu citra manifestum et evidens culpaе suae indicium ab honore sui ordinis vel servitio, domus regiae arceatur, non ante vinculorum nexibus inligetur, non quaestioni subdatur, non quibus libet tormentorum vel flagellorum generibus maceretur, non rebus privetur, non etiam carceralibus custodiis mancipetur, neque adhibitis hinc inde iniustis oaccasionibus abdicetur, per quod illi violenta, occulta vel fraudulenta professio extrahatur: sed is qui accusatur gradum sui ordinis tenens et nihil ante de supradictorum capitulorum nocibilitate persentiens, in publica sacerdotum, seniorum atque etiam gradingorum discussione deductus (et iustissime perquisitus) aut obnoxius reatui dtectae culpaе legum poenas excipita, aut innoxius iudicio ómnium conprobatu appareat”* edi. VIVES J., MARÍN, T., MÁRTINEZ, G., *Concilios visigóticos e hispano- romanos*, Barcelona-Madrid, 1963, p. 416-417.

⁵¹ ORLANDIS ROVIRA, J., «El canon 2 del XIII Concilio de Toledo en su contexto histórico», en *AHDE* 67 (1997), p. 1601 ss.

Es evidente, que se trata de un privilegio para evitar los abusos de los miembros del estamento social superior, tanto palatinos como eclesiásticos. Por ello, éstos no perdían sus prerrogativas garantizándose un juicio público para averiguar su culpabilidad o inocencia en presencia de la asamblea de obispos, magnates y gardingos. En relación a los simples libres, que no ocupaban cargos, también se arbitraron garantías para evitar abusos como: el hecho de que las penas de azotes impuestas no acarrearían la nota de infamia para no perder los bienes ni el derecho a prestar testimonio⁵².

Ahora bien, a mayor abundamiento, en el Derecho castellano, encontramos una preocupación por el trato del preso, que coincide con la regulación romana basada en la humanidad, por citar algunas de las fuentes, nos encontramos referencias en la ley 6 de la Partida 7 título 29 que lleva por rúbrica *en que maner deben guardar los presos los que han de facer*, señala que:

“Monteros o ballesteros ó otros homes qualesquier que son puestos para guardar los presos del rey ó de algunt concejo, non los deben sacar de aquel lugar do gelos mandaron tener, nin de la cárcel nin de otra prisión, para llevarlos a otra parte en ninguna manera sin mandato del rey o del judgador que gelos dio en guarda, fueras ende por facer aquellas cosas que ellos non pueden excusar. Et maguer diximos en la tercera ley ante desta que el que fuese home honrado por linage, o por riqueza ó por esciencia que hobiese, que lo non deben meter en cárcel nin en otra prisión, con todo eso decimos que si el preso otorgase delante el judgador que habie fecho el yerro por que fuera recabdado ó gelo hobiesen probado, si aquellos que lo hobiesen en guarda se temiesen que se irie, entonce bien lo pueden meter fierros, et tenerlo guardado en ellos en aquel lugar en que gelo encomendaron, de guisa que puedan seer seguros del que non vaya. Otrosi deben seer acuciosos estos que han de guardar los presos para guardarlos todavía con grant recabdo et con grant femencia, et mayormente de noche que de dia: et de noche los deben guardar en esta manera, echándolos en cadenas ó en cepos, cerrando las puertas de la cárcel muy bien. Et el carcelero mayor debe cada noche cerrar las cadenas, et los cepos et las puertas de la cárcel con su mano misma, et condesar muy bien las llaves, dexando homes de dentro con los presos que los velen con candelas toda la noche, de manera que non puedan limar las prisiones en que yoguieren, nin se puedan soltar en ninguna manera. Et luego que sea de dia et el sol salido, débenles abrir las puertas de la cárcel porque vean la lumbre: et si algunos quisieran fablar con ellos,

⁵² Ibidem, Op. cit. p. 1603.

entonce débenlos sacar fuera uno á uno, todavía estando delante aquellos que los han de guardar”.

A *priori*, lo significativo de la Partida son las medidas de seguridad que deben adoptarse durante la noche a fin de evitar la fuga de los presos de ahí que se hable de la necesidad del uso de cadenas y cepos, si bien, se aprecia una similitud con la Constitución de Constantino contenida en C.9.4.1.pr⁵³.

Por otro lado, también se prevé el control de la población reclusa cada 30 días en términos parecidos a los que vimos en C.9.4.5, así la Partida 7.29.8⁵⁴ obliga al carcelero mayor a ir cada mes al juez para dar cuenta de los presos que tenía, llevando a tal efecto un registro de cada preso con el nombre, lugar donde fue, los motivos del encierro, el día y el mes. A tal efecto, se establece la pena de 20 maravedís para en caso de incumplimiento por parte del carcelero, que debía de ponerlo a disposición del juez para que éste procediera a liberarlo o condenarlo, y

⁵³ *In quacumque causa reo exhibitio, sive accusator existat sive eum publicae sollicitudinis cura produxerit, statim debet quaestio fieri, ut noxius puniatur, innocens absolvatur. Quod si accusator aberit ad tempus aut sociorum praesentia necessaria videatur, id quidem debet quam celerrime procurari. Interea vero exhibitio non ferreas manicas et inhaerentes ossibus mitti oportet, sed prolixiores catenas, si criminis qualitas etiam catenarum acerbiter postulaverit, ut et cruciatio desit et permaneat fida custodia. Nec vero sedis intimae tenebras pati debet inclusus, sed usurpata luce vegetari et, ubi nox geminaverit custodiam, vestibulis carcerum et salubribus locis recipi ac revertente iterum die ad primum solis ortum ilico ad publicum lumen educi, ne poenis carceris perimatur, quod innocentibus miserum, noxiis non satis severum esse dignoscitur. Illud etiam observabitur, ut neque his qui stratorum funguntur officio neque ministris eorum liceat crudelitatem suam accusatoribus vendere et innocentes intra carcerum saepa leto dare aut subtractos audientiae longa tabe consumere. Non enim existimationis tantum, sed etiam periculi metus iudici imminet, si aliquem ultra debitum tempus inedia aut quocumque modo aliquis stratorum exhausserit, et non statim eum penes quem officium custodiae est atque eius ministros capitali poena subiecerit*

⁵⁴ P.7.29.8: *El carcelero mayor de cada un lugar debe venir una vez cada mes ante el judgador mayor que puede judgar los presos, et debel dar cuenta de cuántos presos tiene, et de cómo han nombre, et por qué razón fue cada uno preso, et de qué edat es cada uno dellos et quanto tiempo ha que yace cada uno dellos preso. Et para poder esto facer el carcelero ciertamente, cada que los presos le aduxieren, débelos recibir por escripto, escribiendo el nombre de cada uno dellos, et el lugar donde cada uno fue preso, et la razón por que fue preso et el dia et el mes et la era en que lo recibió et por cuyo mandato: et si alguno dellos contra esto ficieren, mandamos que peche á la cámara del rey veinte maravedís de oro. Et el judgador de cada lugar debe ser acucioso para facer esto cumplir, porque los pueda quitar o conepnar asi como es sobredicho en esta ley: et el juez que lo non ficieren asi debe seer tollido del focio, et seer dado por enfamo, et pechar por ende diez maravedís de oro al rey.*

al cual también, en caso de incumplimiento de sus obligaciones, se le aplicaba la pena de diez maravedíes y expulsión del cargo.

En nuestro derecho positivo, la vigente Ley General penitenciaria LO 1/1979, de 26 de septiembre, mantiene una vinculación religiosa a través de su breve referencia en el art. 54, referido a la asistencia religiosa y pastoral penitenciaria que, en muchos casos, cumple una importante labor en el seno de las prisiones a través de actividades de la pastoral penitenciaria, perdiendo el sentido de colaboración directa y garantista que vimos en el Derecho romano. Ahora bien, la ley en relación a la humanidad y a las garantías ya comentadas en relación al derecho histórico contiene una serie de principios que rigen hoy en día que no dejan de ser un trasunto fiel y un legado del ordenamiento jurídico romano.

De esta forma, encontramos, por un lado, el principio de humanidad, que se percibe de providencias del emperador Constantino recogidas en CTh. 9.3.1.pr=C.9.4.1 pr., o las de Honorio y Teodosio contenidas en C.1.4.9., y que hoy tienen su correlato en el artículo 6 LOGP en el que se establece que ningún interno sea sometido a malos tratos de palabra u obra; añadiendo el Reglamento penitenciario⁵⁵ en su art. 4.2 a) como derecho de los internos: *“que la Administración penitenciaria vele por sus vidas, su integridad y su salud, sin que puedan en ningún caso, ser sometidos a torturas, a malos tratos de palabra o de obra, ni ser objeto de un riesgo innecesario en la aplicación de las normas”*.

Además, se observa, por tanto, ciertas similitudes desde el punto de vista del sistema procesal penal y carcelario del bajo imperio y también justiniano en donde se aprecia un precedente en el trato a los presos en el que ya se tenía en cuenta el respeto a la libertad y la dignidad del ser humano, y donde ya se aprecia la necesidad de garantizar unas dependencias en las que haya ventilación, comida y se proporcione aseo a los reclusos, como se garantiza en la LOPG en su art. 19.2:

⁵⁵ Aprobado por RD 190/1996 de 9 de febrero, en adelante RP.

“tanto las dependencias destinadas al alojamiento nocturno de los reclusos como aquellas en las que se desarrolle la vida común, deberán satisfacer las necesidades de higiene y estar acondicionadas de manera que el volumen de espacio, ventilación, agua, alumbrado y calefacción se ajuste a las condiciones climáticas de la localidad” y en su apartado 3. “Por razones de higiene se exigirá un cuidadoso aseo personal”;

proporcionándole la alimentación necesaria conforme al art. 21.2 LOGP.

También apreciamos el principio de intervención y control judicial; si bien, hoy en día son los Jueces de vigilancia penitenciaria⁵⁶ los que velan por el cumplimiento de los derechos de los internos y corrigen los abusos, encontramos disposiciones en Roma en las que se aprecia el control de la actividad de la administración romana a la hora de poder sancionar cualquier trato denigrante o abusivo cometido por los carceleros, como vimos en la disposición del año 409 de los emperadores Honorio y Teodosio, CTh.9.3.7= C.1.4.9 (409) que ordena a los jueces interrogar los domingos a los presos para que no se les niegue la humanidad por carceleros corrompidos: *Iudices dominicis diebus productos reos e custodia carcerali videant interrogent, ne his humanitas clausis per corruptos carcerum custodes negetur*; y en donde vimos, una colaboración entre poder laico y religioso⁵⁷.

Cabe señalar que el régimen carcelario romano contemplaba ciertas formalidades que se mantienen hoy en día y que constituyen garantías procedimentales; así, para poder proceder al ingreso era necesaria la orden o mandamiento de los *defensores civitatum* como vimos en C.4.9.6.pr, o Nov. 15.6.1 evitando los abusos y encierros arbitrarios que se habían dado en la práctica. De esta forma, la orden de la autoridad competente se manifiesta como una garantía

⁵⁶ El art. 76 dispone que: “El Juez de vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las Leyes y Reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse”.

⁵⁷ Hoy ha quedado como derecho de asistencia religiosa en el art.54, que en muchos casos cumple una importante labor en el seno de las prisiones a través de actividades de la pastoral penitenciaria. Vid. SESMA LEÓN, J., *La Pastoral penitenciaria en España, Historia de un proceso 1970-2012*, Madrid 2013.

jurídica de la misma forma que hoy se recoge en el art. 15 LOPG y del RP. que exigen mandamiento u orden de la autoridad competente para proceder al ingreso de un detenido, preso o penado, en cualquiera de los establecimientos penitenciarios.

Por otro lado, están las condiciones de régimen interno y convivencia en las que se tiene en cuenta, desde el punto de vista del régimen penitenciario y fuera de los principios informadores, la clasificación y la separación de reclusos en el régimen interno, en este sentido, en el Derecho romano hemos visto cómo se procede a separar hombres y mujeres en base a disposiciones como las del emperador Constancio en el año 340, CTh.9.3.3; obviamente por razones morales, y que, hoy en día, se mantiene en el art.16 LOGP: *“Cualquiera que sea el centro en el que tenga lugar el ingreso, se procederá, de manera inmediata, a una completa separación, teniendo en cuenta el sexo, emotividad, edad, antecedentes, estado físico y mental y, respecto de los penados, las exigencias del tratamiento”* disponiendo en su apartado a. que *“los hombres y las mujeres deberán estar separados, salvo en los supuestos excepcionales que reglamentariamente se determinen”*⁵⁸.

En relación a la clasificación, parece que también en Roma encontramos un protocolo al menos de control y registro por parte de la Administración, así los *commentariensis* como alcaides de las prisiones tenían funciones relacionadas con la custodia y reclusión de los presos y los archivos penitenciarios donde constaba el nombre del recluso, categoría de los delitos⁵⁹ y su edad, como vimos de una disposición de Graciano, Valentiniano y Teodosio en el año 380 en CTh

⁵⁸ Vid. art. 99 RP.

⁵⁹ Incluso la gravedad del delito afectó a la custodia, vid. Ulpiano, 2 off. proc., D. 48.3.1: *De custodia reorum proconsul aestimare solet, utrum in carcerem recipienda sit persona an militi tradenda vel fideiussoribus committenda vel etiam sibi. hoc autem vel pro criminis quod obicitur qualitate vel propter honorem aut propter amplissimas facultates vel pro innocentia personae vel pro dignitate eius qui accusatur facere solet.*

9.3.6=C.9.4.5⁶⁰; en este sentido, hoy en día, el Reglamento penitenciario en su art. 99 parte de la separación en el interior en base a los criterios de edad y antecedentes delictivos, abriéndose un expediente a cada interno⁶¹, no obstante, la justificación está en el tratamiento y la necesidad también de separar a los internos por grados⁶².

El respeto a la dignidad y humanidad también se infiere de forma expresa de las Reglas penitenciarias europeas y de dos recomendaciones del Comité de Ministros de los Estados miembros una de 11 de enero de 2006⁶³. En ellas también se contemplan los principios que hemos comentado en relación a las Reglas mínimas antes citadas, así, dentro de los principios básicos, se establece en su parte primera regla.1: “*Se respetarán los derechos humanos en el trato con toda persona privada de libertad*”. Por otro lado, en las condiciones de internamiento, se reitera la necesidad de admisión del recluso mediante la orden de prisión válida (parte 2 r.14) registro del interno con sus datos (r.15-16) separación hombres y mujeres (r.8.b), mantenimiento de las condiciones de salubridad e higiene (r.18⁶⁴ y 19),

⁶⁰ Esta información se realizaba cada treinta días y se notificaba a los jueces de provincia, estableciéndose en caso de incumplimiento la posibilidad de destitución y la pena pecuniaria de 20 libras de oro

⁶¹ Art. 15.2 LOGP: “*A cada interno se le abrirá un expediente personal relativo a su situación procesal y penitenciaria del que tendrá derecho a ser informado, y para cada penado se formará un protocolo de personalidad*”

⁶² En este caso, la clasificación está ligada al tratamiento penitenciario y a las actividades dirigidas a la reeducación y reinserción social de los penados, cuestión que compete al ámbito propio de las ciencias de la conducta, vid. TAMARIT SUMALLA, J. et al, *Curso de Derecho penitenciario*, Valencia 2001, p. 251 cit. CAMACHO BRINDIS, M. C. «Psiquiatría y prisión», en *ADPCP* 1993-II, p. 731 ss.

⁶³ La última modificación se adaptó por la Recomendación CM/Rec 2012 del 5 Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el Código Deontológico Europeo para el Personal penitenciario de 12 de abril de 2012 en sus líneas maestras recoge en su r.11 señala que: “*durante el desempeño de sus funciones cotidianas, el personal penitenciario respetará y protegerá la dignidad humana y preservará y hará respetar los derechos humanos de todas las personas*” y el r.12 “*el personal penitenciario no infligirá, instigará o tolerará ningún acto de tortura u otro trato o castigo inhumano o degradante bajo ninguna circunstancia aun cuando sea ordenado por un superior*”.

⁶⁴ “*Los lugares de internamiento y, en particular, aquellos destinados a acoger internos durante la noche, deben satisfacer las exigencias de respecto a la dignidad humana y en la medida de lo posible, de la privacidad y responder a unas mínimas exigencias sanitarias e higiénicas, teniendo en cuenta las condiciones climáticas en lo que concierne al espacio, la ventilación, la luz, la calefacción y la refrigeración...*”

alimentación (r.22), entre otras muchas, que tratan de garantizar unas condiciones mínimas en las cárceles.

5. NOTA CONCLUSIVA

A modo de conclusión, de lo anteriormente expuesto, se aprecia, a la hora de la ejecución de las penas privativas de libertad y la custodia de los detenidos, unas exigencias de seguridad y disciplina de régimen interno carcelario que deben garantizar unas condiciones óptimas del internamiento y una buena organización penitenciaria; cuyas primeras manifestaciones comenzaron a surgir en Roma, en donde encontramos los cimientos jurídicos de muchos principios que rigen, hoy en día, en el ámbito de la Administración penitenciaria, y en donde en la génesis hemos visto una preocupación por parte de la autoridad eclesiástica, la cual desempeñó un papel importante a la hora de garantizar el tratamiento más humano y digno. Y que, hoy en día, se realiza a través de la importantísima labor de la pastoral penitenciaria que actúa en las áreas religiosas, social y jurídica, en materia de prevención, prisión y reinserción. De hecho, alguna de las funciones, casan con las que tenían en el Derecho romano, como la de colaborar en la adecuación de las estructuras carcelarias y en la revisión del sistema carcelario a fin de implantar penas no privativas de libertad, estimulando al mismo tiempo, la reflexión sobre la reinserción positiva, facilitando que los presos se involucren en proyectos de solidaridad y caridad. Junto a ello, algo que es importante recalcar, la colaboración en dar forma jurídica a procesos de redención y crecimiento, e incluso, a la adecuación del sistema penal a la dignidad de la persona.