

COLABORACIÓN ENTRE EL PODER LAICO Y RELIGIOSO: A PROPÓSITO DE LAS MEDIDAS DE COERCIÓN CARCELARIA

JOSÉ LUIS ZAMORA MANZANO (*)

ABSTRACT: In Roman law confinement in jail as a means of containment of the prisoner to his subsequent trial and conviction, which coincides with situations in which the Roman legal system to exploit the defendant in sentencing in forced labor or in *in metallum* or *in opus publicum*. However, the jail met in Rome a suitable means preventive custody and not punishment, and the Roman law was never released on imprisonment as punishment for free men through judicial, as a result of a crime; therefore the prison was conceived as a means of police coercion or administrative judges, that is a security measure before trial by way of remand or awaiting execution. In the present study aimed to discuss and analyze some of the problems that arise in the containment of prisoners.

I. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA INSTITUCIÓN CARCELARIA Y SU FINALIDAD

Es evidente, analizando los vestigios del Derecho romano, que la cárcel (*carcer* ⁽¹⁾) se configura como un lugar de custodia y tormento. Encontramos tendencias a privar de la libertad a ciertos individuos a fin de que éstos pagasen las deudas, impidiendo su fuga, lo que provocaba que el deudor quedase a merced del acreedor, si bien muchas veces la reclusión de deudores fue una medida coactiva para forzar el pago a los mismos.

Prima facie, la pena de privación de libertad, considerada como sanción penal, fue desconocida en el Derecho romano, si bien el encierro de los delin-

(*) Universidad de las Palmas de Gran Canaria.

(1) HEUMANN-SECKEL, v. *carcer* *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz 1958, p. 57 Gefängnis kerker *carceralis* también lo expresa como custodia aunque sin el término Gegängnis — Schutzhaft. DIRKSEN, v. *carcer* *Manuale latinitatis fontium iuris civilis romanorum*, Berlin, 1837, p. 117. locus ad continendus noxios — in vincula. (V. *carceralis* — *carcer custodia carceralis, claustra carceralia*.) NIERMEYER, v. *carcer-carceralis-carcerare* *Media Latinitatis Lexicon Minus*, I Nederlande 2002, p. 87. ERNOUT-MEILLET, v. *carcer-ris*, *Dictionnaire étymologique de la Langue latine*, Paris 1959, p. 99, *carcer* — *carcar* — *χάρχαρον*. *Vid. voz. carcer Thesaurus Linguae Latinae* III, Lipsiae, 1912. c. 433 ss.

cuentas se producía no con un fin punitivo o de castigo, sino con el fin de retener a los culpables de un delito y esclarecer el mismo empleando, en muchas ocasiones, la tortura y todo tipo de tormentos. Por tanto, la prisión surge con un fin de la contención y custodia de la persona física, convirtiéndose en una autentica antecámara de suplicios, donde los acusados esperaban generalmente en condiciones infrahumanas, a ser juzgados y en caso de condena esperar a la ejecución de la pena impuesta.

Así la cárcel como tal, se configura como un medio de mantener seguro a los acusados mientras se instrúa el proceso y una condición jurídica indispensable para la propia ejecución de la pena, si bien el propio encierro ya lo era.

Por tanto tenemos que tener en cuenta dos premisas que conforman los ejes sobre los cuales se desenvuelve el presente trabajo: en el Derecho romano el encierro en la cárcel ⁽²⁾ constituye un medio de contención del reo para su posterior enjuiciamiento y condena, que coincide con situaciones en las que el ordenamiento jurídico romano permite explotar al reo en trabajo forzados condena *in metallum* o *in opus publicum*.

La cárcel cumple en Roma un medio idóneo preventivo de *custodia* y no de castigo según se desprende de la base jurídica textual dada por Ulpiano y recogida en 9 de off. Proc. D. 48.19.8.9: *Solent praesides in carcere continendos damnare aut* ⁽³⁾ *ut in vinculis* ⁽⁴⁾ *contineantur: sed id eos facere non oportet.*

⁽²⁾ Aunque el apelativo *carcer* comprende toda la construcción es cierto que la parte más importante a la que normalmente vienen referidas las fuentes es el *Tullianum* porque realmente la mazmorra suele ser el lugar que más aparece descrito en las fuentes, al ser este el sitio donde se producen las torturas y ejecuciones. De hecho encontramos la expresión *carcerem Tullianum* en un fragmento de Amiano Marc. XXVIII. 1.57 en el fragmento se habla de cómo Doriforiano es condenado a muerte y es arrojado en el *Tullianum* donde además es torturado hasta la muerte: *Sed accelerarunt ultimae dirae caesorum. namque ut postea tempestive dicitur, et idem Maximinus sub Gratiano intoleranter se efferens damnatorio iugulatus est ferro, et Simplicius in Illyrico trucidatus, et Doryphorianum pronuntiatum capitis reum trusumque in carcerem Tullianum, matris consilio princeps exinde rapuit, reversumque ad lares per cruciatus oppressit inmensos. Ut unde huc fleximus revertamur, is urbanarum rerum status, ut ita dixerim, fuit.* COARELLI F., *Il foro romano, Roma 1985*, p. 77 el a. considera segura la utilización de la expresión *Lautumiae* así como la indicación de Varrón y Festo sobre el origen siracusano del nombre. Ahora bien en este sentido debemos de señalar como prosigue el a. que no quiere decir que la expresión se haya utilizado desde la conquista de Siracusa en el 210 a. C sino que se remonta a una tradición anterior ya que en el siglo VI a.C. existían ya canteras de piedra que fueron utilizadas como prisiones. En contra *vid.* LE GALL, *Notes sur les prisons de rome à l'époque républicaine* en MEFR 56, 1939, pp. 77-79.

⁽³⁾ A.LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano dai Severi a Giustiniano*, Bari. 1994, p. 133 y específicamente pp. 223 ss., plantea la supresión de *aut* quedando el pasaje *Solent praesides in carcere continendos damnare ut in vinculis perpetuis contineantur*. El adverbio *perpetuis* se deduce en su estudio de los escolios Sch. 11 y 12 de Bas. 60.51.8. En este sentido v. M.

Nam huiusmodi poenae interdictae sunt: carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet.

Así en una interpretación literal tradicional ⁽⁵⁾, el ordenamiento jurídico romano no llegó nunca a conocer el encarcelamiento como pena aplicable a los hombres libres a través de sentencia judicial, como consecuencia de un crimen; por tanto la cárcel se concibió cómo un medio de coerción policial o administrativa de los magistrados ⁽⁶⁾, es decir una medida de seguridad antes de juicio a modo de detención preventiva o espera de ejecución. Sin embargo, lo cierto es que la custodia preventiva, muchas veces *sine die*, se transformó de facto en una verdadera sanción criminal.

En otro orden de cosas, no podemos circunscribir las formas de custodia ⁽⁷⁾

A. MESSANA, *Riflessioni Storico-comparative in tema di carcerazione preventiva*, Ann. Palermo 41, (1991), pp. 125 ss.

⁽⁴⁾ San Isidoro, Etym. 5.2.27.5-13: *Octo genera poenarum in legibus contineri Tullius scribit: id est damnum, vincula, verbera, talionem, ignominiam, exilium, servitutem et mortem. His namque poenis vindicatur omne perpetratum peccatum. Damnum a diminutione rei vocatum. Vincula a vinciendo, id est artando dicta, eo quod constringant atque retineant; vel quia vi ligant. Conpedes dicti quia continent pedes. Peducaae sunt laquei quibus pedes inlaqueantur, dictae a pedibus capiendis. Catenae autem, quod capiendo teneant utraque vestigia, ne progrediantur. Item catenae, quod se capiendo teneant plurimis nodis. Manicae sunt vincula quibus manus capiuntur; licet et manicae tunicarum sunt. Nervi. Boia est torques damnatorum, quasi iugum in bove ex genere vinculorum est. Carcer. in quo custodiuntur noxii.*

⁽⁵⁾ El texto constituye la base textual de la *communis opinio* de muchos autores que iremos citando en notas a pie y en el que MOMMSEM (*Römisches Strafrecht*, Leipzig. 1899, p. 962) fundó la opinión de que en el Derecho romano jamás se conoció el encarcelamiento como pena legal: “*Die öffentliche Strafhaft kennt weder das Recht der Republik noch desjenige der Kaiserzeit; noch im justinianischen Recht wird ein gerichtliches Erkenntniss auf zeit weiliges oder lebenslängliches Gefängniss bezeichnet als nicht unerhört, aber unzulässig*”. Vid. M. BALZARINI, *La pena de encarcelamiento hasta Ulpiano*, en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, 1989 p. 222 Id. *Studi Economico — giuridici, Att. Philosophie Penale*. 54, 1991-2. Napoli, pp. 374-5 considera que no es un misterio que la reconstrucción de Mommsem se resiente en gran medida de una fuerte constricción ideológica tendente a privilegiar el principio de legalidad : *nullum crimen sine lege-nulla poena sine lege*, el cual resulta tan solo específico del sistema de las *quaestiones perpetuae* siguiendo en este punto a C. VENTURINI, *Quaestiones non permanenti: problema di definizione e di tipologia*, in *Idee vecchie sul diritto criminale romano*, Padova, 1985, pp. 85 ss.

⁽⁶⁾ El fenómeno de la *coercitio* de los magistrados es amplio y se basa en una función general de policía, si bien esta se limitó por la *provocatio ad populum* a los supuestos de condena capital y multas superiores a 3020 ases.

⁽⁷⁾ A. LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano...*, op. cit., p. 12 considera que: “*il magistrato può decidere, in alternativa, di comminare la custodia militare; oppure esigere garanzie personali, attraverso fideiussori che rispondano per la comparizione dell'imputato in giudizio; o può rendere costui personalmente responsabile della propria partecipazione al quale, peraltro, non abbiamo conoscente precise.*”

de los imputados o su régimen administrativo penitenciario ⁽⁸⁾ solo a las cárceles, en este sentido el fragmento de partida contiene dos expresiones que no son equivalentes aunque hay fuentes en las que aparecen como sinónimos ⁽⁹⁾: la *carcer* y la *vincula* ⁽¹⁰⁾, ya que la medida de contención podía ser la detención simple en una prisión o la misma agravada con el encadenamiento ⁽¹¹⁾. Está claro que muchas veces veremos que la medida constituye una custodia cautelar con un fin preventivo y en otras podía constituir, sobre todo a partir de los Severos, una pena alternativa a otras penas graduables en el tiempo como la condena *in metallum* o *in opus publicum*, debida muchas veces a la indisponibilidad de minas o canteras en las que poder ser utilizado el sujeto en los trabajos forzosos.

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

⁽⁸⁾ Sin lugar a dudas, esta actividad carcelaria implica una serie de disposiciones de orden administrativo, parafraseando al profesor A.FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho público romano* 13, Pamplona 2010 pp. 243 y ss. existe “un ambito de experiencia jurídica romana caracterizada por la existencia de un aparato administrativo de compleja estructura integrado por instituciones, hechos y actividad de orden administrativo.” y a ello también contribuye los institutos del derecho penitenciario romano. Vid. también *Perspectivas de estudio en temática de Derecho administrativo romano surgidas a tenor del pensamiento y obra de Giambattista Impallomeni*, Index 26, 1998, pp. 463 y ss. Id. *Hacia un tratado de Derecho administrativo romano*, SDHI 77(2011), pp. 441 ss.

⁽⁹⁾ Ulpiano, 7 de off. proc., D.48.3.3: *Divus Pius ad epistulam Antiochensium Graece rescripsit non esse in vincula coiciendum eum, qui fideiussores dare paratus est, nisi si tam grave scelus admisisse eum constet, ut neque fideiussoribus neque militibus committi debeat, verum hanc ipsam carceris poenam ante supplicium sustinere.*

⁽¹⁰⁾ DIRKSEN, v. *vinculum* — op. cit., p. 1003, *vincula in carcer in quo noxii detinentur*. NIERMEYER, v. *vinculum* Media Latinitatis Lexicon Minus, II Nederlande 2002, p. 1443. E. POTIER, v. *vinculum*, *Dictionnaire des antiquités Grecques et romaines*. t.V, Paris 1904, v. pp. 897 ss., v. *compes*, *Dictionnaire...* vol. I.2, p. 1429. v. *numellae, nervus, boiae*, vol IV.1, p. 116 y 117. Tambien en v. *carcer*, vol I.2, p. 917. Sobre el empleo en las prisiones griegas de las *boiae* vid. M. HALM-TISSERANT, EYAA: *Des bois de la prisión. Carcer prisión et privation de liberté dans L'antiquité classique*, At. Strasbourg, Paris, 1999, pp. 75 ss.

⁽¹¹⁾ V.NERI, *I marginali nell'occidente tardoantico. Poveri, infames e criminali nella nascente società cristiana*, Bari, 1998, pp. 420-421. Sobre el régimen de la vida y tratamiento del preso vid. P. PAVÓN, *Régimen de vida y tratamiento del preso durante los tres primeros siglos del imperio*, en *Carcer prisión et privation de liberté dans L'antiquité classique*, op. cit., p. 106 ss. Sobre la detención preventiva vid. Y.RIVIÈRE, *Detention préventive, mise à l'épreuve et démonstration de la preuve (Ier-IIIe siècles ap. J-C.) Carcer prisión et privation de liberté.*, op. cit., pp. 57 ss.

podría ser encadenado por ejemplo en los casos de condena a trabajos forzados ⁽¹²⁾.

Tampoco podemos olvidarnos del *ergastulum* ⁽¹³⁾ como medida de arresto de los esclavos que el dueño retenía en su casa, aunque más bien con un carácter doméstico y privada, fuera ésta temporal o perpetua.

En relación al encadenamiento variaba en función del rango de la persona y la gravedad del delito cometido por el reo. Por un lado tenemos las *catenae* o esposas que sujetaban las manos o muñecas del reo, si bien también encontramos el *compedes* o *pedicae* que constituían un grado más de inmovilización de los pies mediante cepos. El mayor grado de inmovilización del reo se alcanzó con instrumentos que reducían la movilidad del sujeto a la condición de animal, realmente eran instrumentos de tortura y suplicio; así 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 ⁽¹⁴⁾. A la tortura hay que añadir las condiciones de encarcelamiento ⁽¹⁵⁾ en las que rige la suciedad, las tinieblas y el hacinamiento ⁽¹⁶⁾, de hecho muchos morían en la prisión durante ese tiempo ⁽¹⁷⁾ de espera.

⁽¹²⁾ Ulpiano 6 off. Proc., D.48.19.8.6: *Inter eos autem, qui in metallum et eos, qui in opus metalli damnantur, differentia in vinculis tantum est, quod qui in metallum damnantur, gravioribus vinculis premuntur, qui in opus metalli, levioribus, quodque refugae ex opere metalli in metallum dantur, ex metallo gravius coercentur.*

⁽¹³⁾ Cf. *Thesaurus Linguae Latinae*, s. *vergastulum*, vol. VI, pp. 756-758. Es bien sabido que en la literatura de la época imperial se generaliza esta palabra para denominar las estancias especiales en que vivían los esclavos, casi siempre encadenados o, en cualquier caso, bajo estrecho control del dueño o del responsable de su vigilancia.

⁽¹⁴⁾ Estos instrumentos de encadenamiento constituían sin lugar a dudas un auténtico tormento son muchos los testimonios recogidos en los procesos contra los cristianos en los que se describen los tormentos del encarcelamiento y como muchos de ellos sobrevivieron Actas Mártires de Lion, *ML* 28: Οἱ μὲν γὰρ βασανισθέντες πικρῶς ὥστε δοκεῖν μηδὲ τῆς πάσης θεραπείας τυχόντας ἔτι ξῆσαι δύνασθαι παρέμενον ἐν τῇ εἰρκπῇ ἔρημοι πέν τῆς παρὰ ἀνθρώπων ἐπιμελείας. Pass.Sanc. Mar. Iac. 28: *victa denique feritate torquentium, rursus in carcerem de triumpho suo multatum laetus includitur* (ed. H. MUSURILLO, *The Acts of the Christian Martyrs*, Oxford 1972, pp. 70, 200).

⁽¹⁵⁾ Vid. Libanio *Or.* 45.

⁽¹⁶⁾ Sobre las condiciones carcelarias de hacinamiento y otros aspectos vid. J. U. KRAUSE, *Gefängnisse im Römischen Reich*, Stuttgart, 1996, p. 296.

⁽¹⁷⁾ Sobre la frecuencia de la muerte en la cárcel, Firmico, *math.* En 4.14.2: *alios in custodia constituit alios intrudit in carcerem, alios publicis iudiciis opponit; alios damanri, alios squalore carceris et publicarum custodiarum oppressos, sordibus coinquinatos ac defromes faciet*

Ulpiano nos habla de distintas formas de custodia en relación a la gravedad del delito que se imputa o la condición de la persona libr. 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.

El texto habla de los diferentes medios de custodia utilizados por el gobernador: la reclusión in *carcerem* ⁽¹⁸⁾, la custodia confiada a los militares y aquella encomendada a los fiadores o a la propia persona en su domicilio. Asimismo, este fragmento lo debemos poner en relación con otro de Ulpiano, 7 de off. proc., D.48.3.3:

Divus Pius ad epistulam Antiochensium Graece rescripsit non esse in vincula coiciendum eum, qui fideiussores dare paratus est, nisi si tam grave scelus admisisse eum constet, ut neque fideiussoribus neque militibus committi debeat, verum hanc ipsam carceris poenam ante supplicium sustinere.

Donde en una epístola en griego dirigida a los ciudadanos de Antioquía, Antonio Pio había establecido que no era necesario conducir a prisión a aquel

interire, praesertim si in mivolarum stellarum... Id. 4.24.9: alii in custodia et in vinculis perseverantes vitae terminum complent. Id. 8.14.2: faciet gravis criminis pulsates invidia, et publico carceri traditos, vinctos catenis cum miseris cruciatibus interire.

⁽¹⁸⁾ La tradición referida por Livio *ab. urbe cond.* 1. 33: “*Ingenti incremento rebus auctis, cum in tanta multitudine hominum, discrimine recte an perperam facti confuso, facinora clandestina fierent, carcer ad terrorem increscentis audaciae media urbe imminens foro aedificatur*” atribuye al rey Anco la construcción de la primera cárcel roma por el incremento de la población al igual que Juvenal, *Sat.* 3. 310: “*Felices proavorum atavos, Felicia dicas saecula quae quondam sub regibus atque tribunis viderunt uno contentam carcere Roman*”. La ubicación de la primera cárcel fue en el foro cerca del Capitolio en concreto se dice que debajo de la iglesia San Giuseppe de Falegnani se construyó el Tullianum donde existían unas condiciones infrahumanas según el testimonio de Salustio, *Cat.* 55.: “*est in carcere locus quod Tullianum appellatur, ubi paululum ascenderis ad laeum, circiter duodecim pedes humi incultu, tenebris, odore foeda atque terribilis eius facies est*.” Junto a el Tullianum existió otra cárcel destinada a los prisioneros de guerra llamada *Lautumiae* que eran cuevas ya que procedían de antiguas canteras, las más célebres latomías fueron las de Siracusa, Varrón *L.Lat.*, 5.151 : “*Quod Syracusis, ubi delicti causa custodiuntur, vocantur latomiae, inde lautumia translatus, quod hic quoque in eo loco lapidicinae fuerunt.*” Sobre la cárcel *vid.* E. DE RUGIERO, *Lo Stato e le opere pubbliche in Roma antica*. Torino, 1925 pp. 43 ss. WELIN, v. *Tullianum* PWRE, VII, Stuttgart. (1939), pp. 794 ss. L.RICHARDSON, v. *Carcer* en *A new Topographical dictionary of ancient Rome*. London. 1992, p. 71.

que de garantías, salvo que el delito sea tan grave que el reo no pueda ser encomendado ni a militares ni a fiadores sino que como señala el texto, es enviado a la cárcel *ante supplicium sustinere*, aludiendo a que ya la misma es un castigo ⁽¹⁹⁾.

Como señala Lovato ⁽²⁰⁾ en este fragmento el término *carcer* y *vincula* aparecen como sinónimos, y además considera que es una sinécdoque en tanto en cuanto se habla de *vincula publica* y las cadenas forman parte de la común dotación de la estructura edilicia; aunque esto no constituye, no es una regla fija ya que no todo sujeto encerrado debía de estar encadenado: *Verum est eum, qui in carcere clusus est, non videri neque "vinctum" neque "in vinculis" esse, nisi corpori eius vincula sint adhibita* ⁽²¹⁾. En definitiva, cuando hablamos de custodia y *vincula* ⁽²²⁾ nos referimos a una medida polivalente y versátil, con una pluralidad de instrumentos; si bien esta última expresa muchas veces una medida de prisión reforzada por las condiciones, dado que es un instrumento coercitivo.

Por otro lado, había supuestos en los que se podía proceder a una *vincula privata* ⁽²³⁾ aunque son excepcionales, por ejemplo ya en la ley de las XII tablas se permitía el uso de la prisión como *vincula privata* por deudas como se recogía en la tabla III.3: *Ni iudicatum facit aut quis endo eo in iure vindicit, secum ducito aut nervo aut compedibus. Quindecim pondo ne minore aut si volet maiore vincito*, si bien, fue prohibida con posterioridad por la *lex Poetelia* en el 326 a.C. También hay alusiones a la *vincula privata* de deudores

⁽¹⁹⁾ R. RILINGER, *Humiliores — Honestiores*, München, 1988, p. 89 señala el carácter punitivo de la sanción en caso en el que no se preste garante o el delito sea grave en base al rescripto imperial: "*Der Strafcharakter der Untersuchungshaft geht schliesslich... in dem vorscheibt, dass nicht derjenige ins Gefängnis geworfen werden dürfe, der Bürgen zu stellen bereit sein*"

⁽²⁰⁾ *Il carcere nel diritto penale romano dai Severi...*, p. 21.

⁽²¹⁾ Ulpiano 1 *ad leg. Sentiam*, D.50.16.216.

⁽²²⁾ *Vinculorum appellatione vel privata, vel publica, vincula significant custodiae vero tantum publicam custodiam*, Venuleyo 7 *Stipul.*, D.50.16.224. Venuleyo distingue en el fragmento entre el encadenamiento público y privado, señalando que el privado no puede nunca ser usado con fines de custodia preventiva, ya que es una función reservada al Estado.

⁽²³⁾ En el ámbito privado con fines de custodia preventiva estaba prohibida y era ilícita la *vincula privata* porque estaba castigada por la *lex Fabia*, de ahí que Calistrato en D.4.6.9 2 *edicti monitorii* aluda al hecho de dicha prohibición también afecta a situaciones ilícitas en las que el sujeto pueda estar retenido por delincuentes, para lo cual se aplica una *restitutio in integrum*: *Succurritur etiam ei, qui in vinculis fuisse. Quod non solum ad eum pertinet, qui publica custodia coercetur, sed ad eum quoque, qui a latronibus aut praedonibus vel potentiore vi oppressus vinculis coarcebatur. Vinculorum autem appellatio latius accipitur: nam etiam inclusos veluti lautumiis victorum numero haberi placet, quia nihil intersit, parietibus an compedibus teneatur. Custodiam autem solam publicam accipi Labeo putat.*

privados y al sometimiento de éstos al acreedor tras el *iudicatum* o por haber confesado la deuda, así se nos informa en un texto de Tito Livio 23.14-2-4 ⁽²⁴⁾: “*et dictator M. Iunius Pera, rebus diuinis perfectis latoque, ut solet, ad populum ut equum escendere liceret, praeter duas urbanas legiones quae principio anni a consulibus conscriptae fuerant et seruorum dilectum cohortesque ex agro Piceno et Gallico collectas, ad ultimum prope desperatae rei publicae auxilium — cum honesta utilibus cedunt — descendit edixitque qui capitalem fraudem ausi quique pecuniae iudicati in uinculis essent, qui eorum apud se milites fierent, eos noxa pecuniaque sese exsolui iussurum. Ea sex milia hominum Gallicis spoliis, quae triumpho C. Flamini tralata erant, armavit, itaque cum uiginti quinque milibus armatorum ab urbe proficiscitur*”. En dicho pasaje se habla de *vincula* ⁽²⁵⁾ de los prisioneros con el fin de ser reclutados en el ejército para luchar contra Aníbal, por un Edicto dictatorial de M. Iunius Pera 216 a.C.

Asimismo, encontramos referencias en las cuales la *vincula* privada se debe al sometimiento de un sujeto *vinculo quodam retineri*, cuando uno queda sometido al enemigo hasta que se pague un rescate según nos cuenta Ulpiano en el fragmento *I ad Sab.*, D.28.1.20.1: *Potestatis autem verbum non solum ad liberos qui sunt in potestate referendum est, verum etiam ad eum quem redemit ab hostibus, quamvis placeat hunc servum non esse, sed vinculo quodam retineri, donec pretium solvat.*

II. LA FINALIDAD ASEGURATIVA Y COACTIVA DE LA CÁRCEL

Aunque los lugares donde se mantenía a los acusados hasta la celebración del juicio eran muy diversos, de ahí que dentro de esa topografía urbana, se desprende que la organización y administración de justicia necesitaba todo un conjunto de sedes judiciales y de custodia que debían de tener esa proximidad dentro del Foro. Así se podía enviar a un sujeto al *Tullianum*, ser condenado

⁽²⁴⁾ En igual sentido Coll.14.3.4: *Adversus eum, qui hominem liberum vinxerit suppre-
rit incluserit operamve ut id fieret dederit, tam interdictum quam legis Fabiae super ea re action
redditur; et interdicto quidem id agitur ut exhibeatur is qui detinetur...*

⁽²⁵⁾ G.CRIFÓ, *L'esclusione dalla città, Altri studi sull'exilium romano*, Perugia 1985, pp. 109ss donde el autor señala la licitud de la referencia ambos tipos de sujetos ya sea *vincula publica* o *privada*: “*E' lecito dunque argomentare dalla mancata specificazione che i vincula di cui si parla siano d'un sol tipo, non essendo per nulla una sottigliezza negare che l'espressione «qui in vinculis... essent» possa riferirsi in modo pregnante ad entrambe le situazioni, del carcere pubblico e di quello privato*”.

en *saxum Tarpeium* ⁽²⁶⁾ y finalmente expuesto en las *Scalae Gemoniae* ⁽²⁷⁾, se observa una interrelación en las dependencias y edificios, cuya proximidad permite dar celeridad a los juicios, ejecuciones etc..., de ahí la importancia de la ubicación y la relación funcional entre todas las dependencias y el conjunto de edificios y sedes judiciales y administrativas adyacentes.

Por otro lado es sabido que la persona libre antes de la *Lex Poetelia* del 326 a.C. en virtud de haber quedado obligada con respecto a otra por el *nexum* ⁽²⁸⁾: *...nexum dedisset, quae aetas formaque misericordiam elicere poterant, ad libidinem et contumeliam animum accenderunt. [ut] florem aetatis eius fructum aduentitium crediti ratus, primo perlicere adulescentem sermone incesto est conatus; dein, postquam aspernabantur flagitium aures, minis territare atque identidem admonere fortunae; postremo, cum ingenuitatis magis quam praesentis condicionis memorem uideret, nudari iubet uerberaque adferri. quibus laceratus iuuenis cum se in publicum proripuisset, libidinem crudelitatemque conquerens feneratoris, ingens uis hominum cum aetatis miseratione atque indignitate iniuriae accensa, tum suae condicionis liberumque suorum respectu, in forum atque inde agmine facto ad curiam concurrit; et cum consules tumultu repentino coacti senatum uocarent, introeuntibus in curiam patribus laceratum iuuenis tergum procumbentes ad singulorum pedes ostentabant. uictum eo die ob impotentem iniuriam unius ingens uinculum fidei iussique consules ferre ad populum ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret in compedibus aut in neruo teneretur; pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset. ita nexi soluti, cautumque in posterum ne necterentur*"; y habiendo llegado el día del vencimiento de la obligación sin haber satisfecho su deuda, quedaba sometida a la *actio per manus iniectio* para la ejecución personal ⁽²⁹⁾ o *addictio* del deudor insolvente que implicaba una situación de cuasi esclavitud

⁽²⁶⁾ E. CANTARELLA, *I supplizi capitali in Grecia e a Roma*. Milano, 1991, p. 240 sobre la localización de la roca y topografía vid. E PAIS., *Saxum Tarpeium. Osservazioni topografiche e giuridiche*. RSA 5, 1900-1, pp. 1 ss.

⁽²⁷⁾ La exposición de los ejecutados en este lugar tenía un fin intimidatorio y disuasorio ya que había también aumentado la criminalidad en la ciudad. Valerio. Max. VI 3.3: *factum eius rescidit, libertatem ademit, spiritum extinxit, corpus contumelia carceris et detestanda Gemoniarum scalarum nota foedauit*. VI.9.13: *corpusque eius funestis carnificis manibus laceratum in scalis Gemoniis iacens magno cum horrore totius fori Romani conspectum est*. Vid. otras fuentes literarias de referencia en ZIEGLER, v. *Gemoniae scalae*, PWRE 7.1, Stuttgart, 1910, col. 1115-1116.

⁽²⁸⁾ Tito Livio, *ad urbe cond.* 8.28.; también sobre la dureza de la ejecución personal vid. Gell, *Nott. att* 20.1.41-52

⁽²⁹⁾ Sobre la ejecución personal véase amplio estudio L.PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale*, Milano, 1981.

mediante su ejecución personal que llegado el caso permitía a los sesenta días la venta *trastiberin* del sujeto.

A pesar de ello, encontramos testimonios en los que los deudores continúan en situación de privación de la libertad en régimen de cuasi esclavitud como nos informan Varro ⁽³⁰⁾ y el propio Cicerón ⁽³¹⁾ en épocas de finales de la República y comienzos del Principado.

La situación se mantiene en el Bajo imperio donde los deudores tanto privados como los del fisco, podían ser enviados a la cárcel, en esta ocasión con una finalidad coercitiva, pagar lo que éstos debían o buscar las formas alternativas de pago ⁽³²⁾.

Es evidente que una de las causas de detención más frecuente fue el impago por parte de los deudores y como forma coercitiva se aplicó la cárcel pública y privada, a pesar de la prohibición que luego comentaremos. Donde el condenado, en el caso que planteamos, por insolvencia debe recibir también la asistencia necesaria ⁽³³⁾, ya que de lo contrario la falta de prestación hace que se pueda dirigir contra aquel que actúa con la falta de diligencia en proporcionar, como menciona el pasaje comida o cama, la acción de injurias, según nos informa Licino Rufino en *13 Reg.*, D.42.1.34:

Si victum vel stratum inferri quis iudicato non patiat, utilis in eum poenalis actio danda est vel, ut quidam putant, iniuriarum cum eo agi poterit.

⁽³⁰⁾ Varro *rust.1.17.2*: *Omnes agri coluntur hominibus servis aut liberis aut utrisque: liberis, aut cum ipsi colunt, ut plerique pauperculi cum sua progenie, aut mercennariis, cum conducticiis liberorum operis res maiores, ut vindemias ac faenisia, administrant, iique quos obaerarios nostri vocitarunt et etiam nunc sunt in Asia atque Aegypto et in Illyrico complures.*

⁽³¹⁾ Cicerón, *Flacc 48*: *Nolite existimare, iudices, non unam et eandem omnibus in locis esse fraudatorum et infitiatorum impudentiam. Fecit eadem omnia quae nostri debitores solent; negavit sese omnino versuram ullam fecisse Romae; Fufiorum se adfirmavit numquam omnino nomen audisse.* En igual sentido *vid.*, de orat. 2.53.255: *misericors ille, qui iudicatum duci videt: percontatur ita: "quanti addictus?" "Mille nummum." Si addidisset tantummodo "ducas licet"; esset illud genus ridiculi praeter expectationem; sed quia addidit "nihil addo, ducas licet"; addito ambiguo [altero genere ridiculi], fuit, ut mihi quidem videtur, salsissimus...*

⁽³²⁾ En los textos bíblicos en concreto en Nuevo Testamento se recoge la posibilidad de que la familia y los hijos sean vendidos (Mateo 18.25) a fin de satisfacer la deuda si bien cabe la detención mediante la intervención de la autoridad pública (Mateo 5.25) la posibilidad de ser encarcelado hasta que pague (Mateo 18.30). También recoge algunos de estos aspectos Ambrosio, *De Nabuthae*, 5.21: *vidi ego pauperem duci, dum cogeretur solvere quod non habebat trahi ad carcerem* y prosigue con la posibilidad de venta de los hijos *deducere in actionem filios suos... qui illa necessitate subveniret.*

⁽³³⁾ Los derechos alimentarios *ex lege* en sentido lato, se tuvieron en consideración en sede de ejecución personal como señala el fragmento donde se establece una acción útil y penal de injurias contra el acreedor que no suministra *stratum* y *victum* al deudor que cumple una condena, Cfr. G. M. Zoz, *In tema di obbligazioni alimentari*, BIDR, 73. (1970), p. 325, n. 15.

Esta norma iba dirigida a quienes tenían que vigilar y custodiar a los reos, sin embargo, en la praxis dejaba mucho que desear. En relación a los deudores y la prisión privada, éstos cuentan con la ventaja de evitar la misma haciendo la cesión de sus bienes siempre y cuando los acreedores hayan quedado satisfechos con la cesión de bienes que impliquen el pago total del débito, según se recoge en una Constitución del Emperador Alejandro Severo (223 d.C.) dada a Ireneo, C.7.71.1: *Qui bonis cesserint, nisi solidum creditor receperit, non sint liberati. In eo enim tantum hoc beneficium eis prodest, ne iudicati detrahantur in carcerem.*

El fragmento pone de manifiesto cómo se produce una continuidad ⁽³⁴⁾ en el uso de la ejecución personal del deudor ⁽³⁵⁾, donde se incluye como excepción a la ejecución personal y por tanto, la cárcel, si estos hacen la cesión de bienes y con ello se salda la deuda ⁽³⁶⁾. Situación que se mantiene en el tiempo ⁽³⁷⁾ a pesar de la prohibición legal explícita en una constitución del año 388 de los Emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio dada al prefecto Eritrio recogida en CTh. 9.11.1: *Si quis posthac reum privato carceri destinavit, reus maiestatis habeatur*

El Emperador en esta disposición ⁽³⁸⁾ trata de castigar a aquellos que detienen ⁽³⁹⁾ o cualquiera que sea el sujeto, ya sea deudor o criminal, en cárceles

⁽³⁴⁾ Al margen de las referencias a Cicerón citadas en notas anteriores, se recoge la continuidad en la praxis de la ejecución por Quintiliano Inst.5.10.60: *Quod autem proprium non erit, differens erit, ut aliud est servum esse, aliud servire, qualis esse in addictis quaestio solet: 'qui servus est si manu mittatur, fit libertinus, non item addictus', et plura, de quibus alio loco. Vid. Gai.3.199.*

⁽³⁵⁾ En igual sentido Gelio, *Not Att.*20.1.51: *Addici namque nunc et vinciri multos videmus, quia vinculorum poenam deterrimi homines contemnunt.*

⁽³⁶⁾ Vid. W. PAKTER, *The mistery of «cessio bonorum»*, Index,22,(1994). p. 327. En igual sentido O. ROBINSON, *Private prisons*, RIDA, 15, (1968), p. 391.

⁽³⁷⁾ En el siglo VI continua la existencia de deudores encerrados por el propio acreedor como medida coercitiva para el pago, referencias en la Patrología Latina, San Gregorio de Tours, *De Mirac. S. Mart.* 3.47 (Edición que manejamos PL ed. Migne 1849 Paris reimp. Belgium 1982, t. 71, p. 985): *Denique cum videret creditor quod ei nihil extorquere posset, quia nihil habebat, nec esset qui ei manum misericordiae porrigeret, arctius eum in vincula constringit, negatoque cibo ac potu dicebat: Ego te faciam ad omnium documentum fame tabescere, donec omnia reddas. Haec autem cum agerentur, sancti Antistitis reliquiae, quae in suessionicum pagum ferebantur per plateam praeteribant...*

⁽³⁸⁾ O. ROBINSON, *Private prisons*..p. 389.

⁽³⁹⁾ Tampoco se podía intimidar a aquellos que negaban ser deudores como se desprende de una constitución de los Emperadores Diocleciano y Maximiano (294-305) a Glicón, C.4.10.9: *Negantes debitores non oportet armata vi terreri: sed petitore quidem non implente suam intentionem vel exceptione submoto absolvi, convictos autem condemnari ac iuris remediis ad solutionem urgueri convenit*

privadas acusándolos de alta traición ⁽⁴⁰⁾ a los que la infrinjan. Texto que debemos poner en relación con una constitución extensa ⁽⁴¹⁾ dada casi un siglo más tarde por el Emperador Zenón al Prefecto pretorio Basilio (486 d.C.), C.9.5.1:

Iubemus nemini penitus licere per Alexandrinam splendidissimam civitatem vel Aegyptiacam dioecesisin 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. 1. 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. 2. Nam illud perspicuum est eos qui hoc criminum genus commiserint pro veterum etiam legum et constitutionum tenore tamquam ipsius maiestatis violatores ultimo subiugandos esse supplicio.

La justificación imperial sobre la prohibición es obvia, tratar de mantener el orden legislativo frente aquellos que lo vulneran *legum et constitutionum tenore tamquam ipsius maiestatis violatores* buscando siempre un mínimo de peligrosidad política, estableciendo la prohibición de retener a un sujeto en cualquier lugar: *agris suis aut ubicumque domi privati carceris exercere custodiam* constituye un crimen de lesa majestad, ya que ello supone una alta traición y también un *crimen vis* por el secuestro que implica ⁽⁴²⁾.

Los mismo sucede en la Epítome de las Basílicas C.9.5.2 (B.60.55.2 ⁽⁴³⁾):

Constitutio iubet privatas custodias non fieri et eos, qui fecerint, poena subicii, et tos dies manere in publico carcere, quot fuerit quis in privato ab

⁽⁴⁰⁾ El crimen de *maiestas* se caracteriza por su marcado carácter político ya que se pretende salvaguardar la grandeza del Estado, definición que ya en su día dio Cicerón *vid. Cic. part. orat. 30, 105 y de orat. 2.39. 164*. Para una aproximación a esta figura *vid. R. A. BAUMAN, The "crimen maiestatis" in the Roman Republic and the Augustean Principate*, Johannesburg, 1967, pp. 13 ss.

⁽⁴¹⁾ Esta constitución no se limita a la calificación del delincuente como *reus maiestatis* sino que sanciona al infractor con la pena de muerte que se le aplica. *Vid. R. BONINI, Recherche di Diritto Giustiniano*, Milano, 1968, p. 207, n. 105.

⁽⁴²⁾ Sobre el desarrollo político del delito *vid. L. SOLIDORO MARUOTTI, Profili Storici del Delitto politico*, Napoli, 2002, p. 72.

⁽⁴³⁾ Ed. HEIMBACH, *Basilcorum*, libr.LX, Lipsiae, t. V, 1850, p. 896.

eis inclusus, cuiuscunque sint conditionis vel dignitatis: amittere etiam eos causam, quam habent adversus inclusos, providentia episcopi et Praesides. Quod si neglexerit, et bonorum, et salutis periculum sustinebit.

Prima facie, se mantiene la prohibición, si bien se aplica el encierro de aquel que mantuvo en cárcel privada al sujeto aplicándosele igual tiempo de reclusión en cárcel pública sometido por tanto al talión. En la Epítome de *Theodoro Hermopol* ⁽⁴⁴⁾ se recoge la misma pena aunque habla de la potestad de los Obispos de poner en libertad a los que están privados de libertad en las cárceles privadas. Además en el último inciso de C.9.5.2 se castiga la negligencia de éstos y de los magistrados *si neglexerit, et bonorum, et salutis periculum sustinebit*. Posteriormente bajo el título de *episcopalis audientia* encontramos una disposición geminada que reproduce parcialmente la constitución anterior en C.1.4.23 (529 d.C) del Emperador Justiniano al prefecto Mena:

Privatos carceres modis omnibus in urbibus atque in vicis constituit vetamus, ipsis, qui custodiuntur, videlicet custodia liberandis diligentia episcoporum eius regionis.

A fin de evitar desequilibrios en el orden procesal, se prevé que las autoridades eclesiásticas velen por aquellos sujetos arbitrariamente encarcelados, así vemos una colaboración entre el poder laico y religioso ⁽⁴⁵⁾. En este sentido, la Administración del Estado trabaja de forma conjunta con la jerarquía eclesiástica; y la *humanitas* es el motivo por el cual se dicta una disposición de los Emperadores Honorio y Teodosio al Prefecto Ceciliano en el que se obliga a los jueces a interrogar a los reos el domingo y a suministrar las comidas necesarias y el baño, bajo la vigilancia de la autoridad eclesiástica y siendo los

⁽⁴⁴⁾ *Epit. ex Theodoro Hermopol. ad C.9.5.2: Lex neminem privatum privatam habere vult custodiam, sed eum, qui talem in aliquem paratam habet, cogit adire magistratus; qui si intellexerint iuste custodiam fieri, hoc permittunt. Si vero privatae id non curans adversarium suum in privata custodia detineat, impunitus non erit, sed et talioni subiacebit et tot dies in publico carcere peraget, quod sustinuit ab eo inclusus in privata custodia cuiuscunque sit fortunae, privatae etiam actionem quam in illum habet. Concedit et potestatem episcopis dimittendi quoque inclusos privatae carceribus, et provinciarum praesidibus; quos, si negligentes fuerint, etiam sacrilegii crimini subiicit, et primatui officii eorum.* Y en Suplemento a la misma en Paratitla, 3 Coll. Const. Eccl.: *Si quis in privatam custodiam coniectus sit, providential religiosissimum episcoporum statim custodiae auferatur. Notandum, quod si ea res segniter procedit, episcopus debet referre ad eum qui pro tempore praesit sacris rebus privatis. Hoc enim, ait, qui non fecerint, non circa solum patrimonium, sed circa ipsam salutem periclitaturos.* (Ed. VOELLUS-IUSTELLUS, *Bibliotheca Iuris Canonici Veteris*, v. 2, Paris, 1661, p. 1267.)

⁽⁴⁵⁾ *Vid. A. LOVATO, Il carcere nel diritto penale romano...., pp. 207 ss.*

jueces y sus oficiales conminados con una pena de veinte libras de oro, todo ello justificado por la *corruptos carcerum* (409) CTh.9.3.7= C.1.4.9:

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 sump-tibus proficiant alimoniae pauperum: quos ad lavacrum sub fida custodia duci oportet. Multa iudicibus viginti librarum auri et officiis 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.

Compartimos el parecer de Pugliese ⁽⁴⁶⁾, en relación a en C.1.4.23, que ve en esta norma una especie de *habeas corpus*, dado que nadie podía ser encarcelado sino era por orden de un magistrado o *defensores civitatum*.

En las Basílicas, encontramos la Epítome a esta constitución donde se recoge la obligación de los Obispos de indagar las causa por la cual están encarcelados los reos y en uno de sus Escolios encontramos la referencia a los supuestos de insolvencia, C.9.4.6.1 ⁽⁴⁷⁾:

Oportet autem episcopum quarta quanque aut sexta die inquirere, quam ob causam coniecti sunt. Scho.3 Coniectus in carcerem ex pecuniaria causa, liberatur datis fideiussoribus: et si fideiussoribus careat, lis finatur intra triginta diez et liberetur. Quodsi ampliori tempore res egeat, iuratoriae cautioni committatur usque ad finem litis. Sed si post iuratoriam cautionem absit ante quaestionem finitam, excidat suis rebus.

Al margen de la obligación de investigar por parte de los Obispos los motivos del encierro una vez por semana, en el esolio se establece la obligación

⁽⁴⁶⁾ *Le garanzie dell'imputato nella storia del processo penale romano*, Scritti giuridici scelti II, Milano, 1985, p. 618 donde el a. señala que: "possono considerarsi una specie di habeas corpus avanti lettera. Viene innanzi tutto stabilito che nessuno possa essere incarcerato se non per ordine di un funzionario della capitale appartenente alla categoria degli illustres, degli spectabiles o dei clarissimi oppure di un magistrato provinciale o ancora de un defensor civitates".

⁽⁴⁷⁾ B.60.35.22 Ed. HEIMBACH, *Basilcorum*, libr. LX, t. V, Lipsiae 1850, p. 704: *Neminem oportet conici in custodiam sine iussu magnorum iudicum urbis regiae et in provinciis sine iussu Rectorum earum, vel defensorum locorum. Episcopum autem oportet diebus Veneris et Mercurii inspicere, cur coniecti sint in carcerem: et si servi sint, intra viginti dies carcere excludere castigatos, vel dominis redditos, vel si no appareant domini, eos dimittere: quodsi liberi sint, seditionis rei statim iudicari, vel si ex alia quacunque casua fideissores non habeant, crimis reos praeterquam homicidio celeriter, iudicari capitalis criminis, intra triginta dies.*

de puesta en libertad de aquel deudor que ha dado fiadores y un plazo de treinta días para resolver la causa, salvo que se necesite más tiempo, en cuyo caso es necesario prestar caución *iuratoriae cautioni*. A pesar de esta caución no debe ausentarse ya que el contumaz se arriesga a perder los bienes en favor del acreedor adversario ⁽⁴⁸⁾.

III. EL CONTRIBUYENTE Y LAS MEDIDAS DE INTIMIDACIÓN PARA EL PAGO: LA VIGILANCIA Y GARANTÍAS EN EL ORDEN ECLESIASTICO

Si cuando hablamos de los fines de la pena podemos referirnos a la corrección, intimidación y eliminación, es evidente que la finalidad de la medida fue coactiva e intimidatoria, si bien con posterioridad se va a prohibir la cárcel e incluso la tortura ⁽⁴⁹⁾ al deudor fiscal, tal y como se recoge en una Constitución del Emperador dada por el Emperador Constantino:

Nemo carcerem plumbatarumque verbera aut pondera aliaque ab insolentia iudicum repperta supplicia in debitorum solutionibus vel a perversis vel ab iratis iudicibus expavescat. Carcer poenaliū, carcer hominum noxiorum est officialium et cum denotatione eorum iudicum, quorum de officio cohercitores esse debebunt, qui contra hanc legem admiserint. Securi iuxta eam transeant solutores: vel certe, si quis tam alienus ab humano sensu est, ut hac indulgentia ad contumaciam abutatur, contineatur aperta et libera et in usus hominum constituta custodia militari. Si in obdurata nequitia permanebit, ad res eius omnemque substantiam cives eius accedant, solutionis obsequio cum substantiae proprietate suscepto. Qua facultate praebita omnes fore credimus proniores ad solvenda ea, quae ad nostri usus exercitus pro communi salute poscuntur ⁽⁵⁰⁾.

En torno a esta cuestión, debemos de tener en cuenta que la disposición muestra la preocupación del Emperador Constantino ⁽⁵¹⁾ ante el mal uso ⁽⁵²⁾ de

⁽⁴⁸⁾ Podría producirse como un patrón normal de la conducta del deudor pecuniario vid. A. J. STEINWENTER, *Studien zum römischen Versäumnisverfahren*, München, 1914, pp. 173 ss.

⁽⁴⁹⁾ Sobre la tortura y el ámbito procesal, vid. O. ROBINSON, *Penal practice and penal policy Acient Rome*, New York, 2007, pp. 107 ss.

⁽⁵⁰⁾ (326 d.C.) CTh.11.7.3=C.10.19.2

⁽⁵¹⁾ *Ibid.* sobre la política religiosa del Emperador y la cronología de sus leyes vid. J. PÉRICLES-PIERRE, *La législation imperiale et la Christianisation de l'Empire Romain (311-476)*, Roma, 1972, pp. 17 ss.

⁽⁵²⁾ A. LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano*, ...p. 186.

la cárcel en relación a los contribuyentes con la prohibición del uso de la tortura ⁽⁵³⁾. Es cierto que se realizaban muchas veces exacciones ilícitas e incluso vejatorias por la falta de control y regulación de los impuestos ⁽⁵⁴⁾, esa carencia en la coordinación de la administración fiscal y la inseguridad jurídica que implicaba la falta de regulación precisa en materia tributaria era aprovechada a la hora de practicar las exacciones ⁽⁵⁵⁾. Pero si observamos el texto también hay una cuestión a tener en cuenta y es que se emplea el término custodia militar abierta y libre ⁽⁵⁶⁾ como modalidad de custodia del sujeto deudor.

En otra disposición del año 346 recogida en el CTh. 11.7.7 ⁽⁵⁷⁾ de los Emperadores Constancio y Constante dirigida a Restituto *praeside* de Cerdeña haciendo eco de la disposición paterna y de la no necesidad de aplicar la tortura ni de la cárcel, señala:

Provinciales pro debitis plumbi verbera vel custodiam carceris minime sustinere oportet, cum hos cruciatus non insontibus, sed noxiis constitutos esse noscatur, satis vero sit debitorem ad solvendi necessitatem capione pignorum conveniri.

⁽⁵³⁾ En muchos casos los deudores fiscales eran torturados en las cárceles hasta la muerte, por lo tanto se utilizaron medios desproporcionados así Amminiano, nos comenta en *res. gest.* 30.5.6: *uncle graves obedientium casus, exitialia provisorum nomina titulorum, iuxta opulentas et tenues enervatas succidere fortunas, argumentis aliis post validioribus aliis, usu laedendi reperiente longaevo. denique tributorum onera vectigaliumque augmenta multiplicata, optimatum quosdam ultimorum metu exagitatos mutare compulerunt sedes, et flagitantium ministrorum amaritudine quidam expressi, cum non suppeteret quod daretur, erant perpetui carcerum inquilini: e quibus aliquos, cum vitae iam taederet et lucis, suspendiorum exoptata remedia consumpserunt.*

⁽⁵⁴⁾ J. ZAMORA MANZANO, *Algunos aspectos sobre el régimen fiscal aduanero en el Derecho romano*, Madrid, 2009, pp. 124 ss., dónde recojo el cobro ilícito de tributos por parte de los concesionarios, debido a que no existía una regulación fiscal diáfana.

⁽⁵⁵⁾ Con referencias a la tortura empleada contra los deudores por impago de las tasas fiscales nos encontramos en las cartas de Sinesio escritas entre el 399-413 Ad Anastasio Ep. 79.5-10: Νῆ τὴν Ιερὰν σου καὶ τριπόθητον κεφαλὴν σχῆμα Πενταπόλει πένθιμον περιτέθεικε δακτυλῆθρας καὶ ποδοστράβας ἐξευρών καὶ ξένα ἄττα κολαστήρια κατ' οὐδεὸς τῶν ἀδικούντων (πάνυ γὰρ τὸ νῦν ἔξεστιν τῷ βουλομένῳ ἀδικεῖν) κατὰ δὲ τῶν συντελούντων ὑπὲρ τῶν οὐσιῶν καὶ τῶν ἄλλων ὁτιοῦν ὀφειλόντων. Ed. A. GARZYA, *Opere di Cirene Sinesio*, Torino, 1989, pp. 221 ss. Sobre las cartas y la crítica al gobernador Andrónico, vid. D. ROQUES, *Études sur la Correspondance de Synésios de Cyrène*, Bruxelles, 1989, pp. 155-9, sobre la comparación de ésta epístola junto a la 39 y 80.

⁽⁵⁶⁾ Se da la posibilidad de estar retenido en la cárcel o estar bajo custodia militar como ya se establecía en un fragmento de Ulpiano (74 *ad. Ed.*), D.2.11.4.1 : *Plane si vinculis vel custodia militari impeditus ideo non stetit, in ea erit causa, ut exceptione utatur* y en (12 *ad. Ed.*), D.4.6.10: *In eadem causa sunt et qui a militibus statoribusque vel a municipalibus ministeriis adservantur, si probentur rei suae superesse non potuisse. In vinculis autem etiam eos accipimus, qui ita alligati sunt, ut sine dedecore in publico parere non possint.*

⁽⁵⁷⁾ C.10.21.2.

De este modo, frente a la cárcel y la tortura, se insiste en la toma de prenda ⁽⁵⁸⁾ como mecanismo disuasorio frente al impago de los deudores ⁽⁵⁹⁾.

Encontramos supuestos en los que se podía producir un uso abusivo de la cárcel cuando el deudor lo era de un particular y también del fisco, tal y como se desprende de una constitución de Constancio II dirigida al *Comes largitionum* (345) recogida en CTh 11.7.5:

Quotiens quis et privati debitor invenitur et fisci, et abreptus ab uno officio teneatur, ad universo debiti solutionem qui eum abstulit coartetur ac totius summae exactionem in se suscipiat qui eundem avellendum abstrahendumque ⁽⁶⁰⁾.

El pasaje ⁽⁶¹⁾ recoge el supuesto de un deudor de doble condición privado y fiscal, que es encarcelado por el acreedor, si bien en este punto el texto habla de *abreptus ab uno officio teneatur*, al cual se le impone por dicha retención ilícita la obligación de pagar la suma.

En ocasiones el deudor podía quedar sometido al tormento sin necesidad de encarcelación, incluso podían ser miembros de la curia municipal, si bien los emperadores Valentiniano, Valente y Graciano lo prohibieron en una disposición del año 376 recogida en CTh 9.35.2 dada al Prefecto pretorio de las Galias ⁽⁶²⁾:

Decuriones sive ob alienum sive ob suum debitum exortes omnino earum volumus esse poenarum, quas fidiculae et tormenta constituunt. Quod qui-

⁽⁵⁸⁾ Existe una convergencia entre la ejecución judicial de la prenda derivada de una sentencia y este aspecto derivado del derecho fiscal como sostiene W.LITEWSKY, *Pignus in causa iudicati captum*, SDHI 40 (1974), p. 210, n.20. En igual sentido G.KLINGENBERG, *Venditio ob tributorum cessationem facta*, ZSS 109 (1992), pp. 372-373.

⁽⁵⁹⁾ El propio Amiano nos habla de la frecuencia con la que los recaudadores encarcelaban a los deudores por las deudas con el Fisco, así en sus *Res gestarum* 30.5.6 : “*uncle graves obedientium casus, exitialia provisorum nomina titulorum, iuxta opulentas et tenues enervatas succidere fortunas, argumentis aliis post validioribus aliis, usu laedendi reperiente longaevio. denique tributorum onera vectigaliumque augmenta multiplicata, optimatum quosdam ultimorum metu exagitatos mutare compulerunt sedes, et flagitantium ministrorum amaritudine quidam expressi, cum non suppeteret quod daretur, erant perpetui carcerum inquilini: e quibus aliquos, cum vitae iam taederet et lucis, suspendiorum exoptata remedia consumpserunt*”. El texto comenta las duras condiciones y la presión fiscal bajo el prefecto Pretorio Probo que no sólo obligo a algunos *optimates* a huir de la tortura y el encarcelamiento frente a las exacciones, muchas veces arbitrarias, practicadas por los recaudadores del Fisco.

⁽⁶⁰⁾ C.10.19.3.

⁽⁶¹⁾ La Constitución del Código Teodosiano es recogida por los compiladores sin apenas modificaciones sustanciales, sobre las relaciones entre ambas fuentes y modificaciones formales vid. P. CUNEO, *Codice Teodosiano, Codice Giustiniano e Diritto del Tardo Impero*, LABEO 42 (1996), pp. 208 ss.

⁽⁶²⁾ C.9.41.16. Sobre la extensión de la tortura a personas libres vid. P. A. BRUNT, *Evidence given under Torture*, ZSS 97(1980), pp. 256 ss.

dem capitale iudici erit, si in contumeliam ordinis exitiumque temptetur. Maiestatis tantummodo reos et quae nefanda dictu sunt conscios aut molientes ex ordine municipali maneat tam cruenta condicio. Debitores vero et quos allectos aut susceptores memorant a summo usque ad infimum ordinem curiales exortes talium volumus esse poenarum. Habet severitas multa, quae sumat ad sanciendam publici officii disciplinam, ut abstineat tam cruentis.

Así, del tenor literal de la norma, se exige que los decuriones estén exentos del suplicio que implica el tormento por deuda, suya o ajena no se especifica pero es de aplicación a las del fisco. Si bien se permite su uso en los autores y cómplices en los supuesto de lesa majestad o traición.

Por otro lado, nos encontramos con otra disposición del año 379 de los emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio dirigida a Basilio encargado del *comes sacrarum largitationum*, CTh 4.20.1.:

Ne quis omnino vel fisci debitor vel alienae rei in auro atque in argento diversisque mobilibus retentator ac debitor bonorum faciens cessionem, liberum a repetitione plenissima nomen effugiat; sed ad redhibitionem debitae quantitatis congrua atque dignissima suppliciorum acerbitate cogatur: nisi forte propriorum dilapidationem bonorum aut latrociniiis abrogatam aut fortasse naufragiis incendioque conflata vel quolibet maioris impetus infortunio atque dispendio docuerit afflictam.

Del texto se infiere, como el deudor fiscal puede hacer el pago mediante la *bonorum cessio* de sus bienes con oro, plata o cualquier otro objeto, pero parece que la medida está limitada a aquellos que sufrieron algún menoscabo patrimonial con ocasión de fuerza mayor enumerando la disposición imperial el robo, el incendio y el naufragio; si bien en el resto de deudores, como sostiene Krause ⁽⁶³⁾, son conminados al pago de las deudas mediante el arresto y la tortura, es decir el habitual suplicio al que quedaban sometidos los deudores ⁽⁶⁴⁾ fiscales y particulares ⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶³⁾ J. U. KRAUSE, *Gefängnisse im Römischen Reich.*, p. 163 “Die cessio bonorum, wird nur denen eingeräumt, die ihr Vermögen durch höhere Gewalt verloren haben (durch Räuber, Brand, Schiffbruch). Die übrigen Schuldner (gedacht ist auch hier wieder vor allem an Staatschuldner) sollen demgegenüber auch durch Anwendung der üblichen “supplicia” (gemeint sicher die Inhaftierung und Auspeitschung) zur Begleichung ihrer Schulden gezwungen. Es gibt guten Grund zur Annahme, dass die cessio bonorum auch vorher lediglich einer vergleichsweise kleinen Gruppe unter den Schuldnern vorbehalten war; die grosse Masse der Schuldner wurde mit sehr viel brutaleren Methoden zur Begleichung ihrer Schulden.”

⁽⁶⁴⁾ Justiniano presenta la insolvencia como causa común de detención según C.9.4.6.1 donde además existe una coordinación con las autoridades eclesiásticas que deben visitar a los encarcelados cada cuatro o seis días para averiguar los motivos. Dentro de estos se recoge la

El problema que se presenta para los contribuyentes deriva del hecho de que las exacciones se practicaban sin control ni coordinación por parte de todo el elenco de funcionarios y recaudadores de impuestos, que actuando de forma arbitraria y empleando el chantaje y los medios de coerción, provocaban en numerosas ocasiones el pago de tributos ya habían sido satisfechos por los deudores. Esto implicó la intervención legislativa de los emperadores así Valentiniano III, contempla los abusos cometidos por los recaudadores enviados a las provincias los *discussores* que emplean los medios de coerción que venimos comentando, principalmente la detención y la tortura, como se infiere de la Novela 1.3.2 (450 d.C.):

Ubi trepidam provinciam talis discussor adierit stipatus calumniarum ministries, superbit elatus inter obsequia sumptuosa, expetit adminicula provincialis officii, scholars etiam saepe, coniungit, ut multiplicato et hominum numero et officiorum, quantum avaritiae libuerit, terror extorqueat... Innumerae deinde clades, saeva custodia, suspendiorum crudelitas et universa tormenta, quae interea, laetus et crudelitatis pertinax, egregius quaesitur expectat...

Es obvio, que las clases más humildes iban a quedar sometidas a las penas de reclusión carcelaria por impago de tributos con mayor frecuencia que los ricos ⁽⁶⁶⁾.

Esta situación se mantiene como nos informa el emperador Mayoriano ocho años más tarde sobre la detención de los deudores fiscales y los medios de coerción aplicados, pero sobre todo los problemas que presenta las exacciones arbitrarias, acompañadas de coacción y de tratos vejatorios, a los que sigue la aplicación de la tortura y el encarcelamiento de los contribuyentes Nov. *Maior.* 2.2.2 (458 d.C.):

Praefactiani si quidem atque palatini vel aliarum potestatum adparitores competentium titulorum exactione suscepta contra veterum morem per provincias discurrentes enormibus exactionibus possessorem curialemque concutiant et ita omnia pro arbitro sua depraedationis extorquent, ut, cum, aliqua pars certa vel minima publicis compendiis inferatur, duplum aut

detención a no ser que preste fiadores como también nos comenta el *Scholio* recogido en el texto de la constitución.

⁽⁶⁵⁾ También el Libanio en su oratoria judicial y demostrativa 45.24 alude a la encarcelación del deudor y a la tortura cuando señala : πάντων δὲ ἀλογώτατον εἰσπραξεων εἰς ἀπολογίαν μεμνήσθαι τὸν ἄρχοντα τὸν οὐκ αὐτὸν περιόνα καὶ τῶν ὀφειλόντων λαμβανόμενον. ἴσμεν γὰρ δι' ὧν σοι τὰ τοιαῦτα πράττεται, τοῦ δὲ ἄρχοντός ἐστιν εἰπεῖν τε ὃ δεῖ ποιῆσαι καὶ τὸν οἰήσαντα ἐπαινέσαι καὶ τὸν μὴ ποισαντα πλῆξαι

⁽⁶⁶⁾ Amiano, *Res. Gest.* 16.5.15: *denique id eum ad usque imperii finem et vitae scimus utiliter observasse, ne per indulgentias quas appellant tributariae rei concederet reliqua. norat enim hoc facto se aliquid locupletibus additurum. cum constet ubique pauperes inter ipsa indicatorum exordia solvere universa sine laxamento compelli.*

amplus in sportulis avidus et praepotnes executor accipiat. Hinc est, quod vetus providentia dispositioque maiorum, quam in omnibus sequimur atque reparamus, provincincialibus iudiciis exequenda commisit, quibus adniten-tibus per singularum municipes civitatum moderation tractabili fiscalium tributorum celebraretur inlatio: quam si acerbius humilis notusque com-pulsor po sui compedii utilitate tractasset, confestim depraedationibus vexatorum aditu audituque facilis provincia cognitor subveniret.

Donde también hace referencia al daño corporal en la extorsión recaudatoria:

Hinc est, quod per iniuriam compulsorum destitutae ordinibus civitates idoneum nequeunt habere curialem, quod exigentium atrocitate perterriti posessores propria rura destituunt, cum non iam amissio fortunarum, sed saeva custodia et supendiorum crudelitas formidatur, quae inmitis adparitor et executio militaris...

También en la misma novela Nov. Maior.2.2.4 al final se hace referencia a la persecución de las exacciones injustas y arbitrarias: *Sicut enim vexari incon-gruae exactionis incommodis devotos nolumus, ita rebelles iustae severitatis vigore persequimur.*

Como ya hemos dicho anteriormente, en las Basílicas encontramos una constitución donde se recoge la obligación de los Obispos de indagar ⁽⁶⁷⁾ las causa por la cual están encarcelados los reos y en uno de sus Escolios encon-tramos la referencia a los supuestos de insolvencia ⁽⁶⁸⁾, en una constitución de Justiniano (529 d.C) C.9.4.6.1 ⁽⁶⁹⁾:

Oportet autem episcopum quarta quanque aut sexta die inquirere, quam ob causam coniecti sunt. Scho.3 Coniectus in carcerem ex pecuniaria causa,

⁽⁶⁷⁾ J. U. KRAUSE, *Gefängnisse im Römischen Reich...*, p. 164.

⁽⁶⁸⁾ A veces se trataba de eludir el pago y en su caso las medidas de coerción antes men-cionadas, mediante la adhesión a la religión cristiana como nos informa una disposición de Arcadio y Honorio del año 397, C.1.12.1: *Iudaei, qui reatu aliquo vel debitis fatigati simulant se christianae legi velle coniungi, ut ad ecclesias confugientes evitare possint crimina vel pondera debitorum, arceantur nec ante suscipiantur, quam debita universa reddiderint vel fuerint innocen-tia demonstrata purgati.* En el caso de la adhesión de judíos, como se señala en el fragmento, es necesario el pago previo de las deudas pendiente, aquí incluimos las fiscales.

⁽⁶⁹⁾ B.60.35.22 Ed. HEIMABACH, *Basilcorum*, libr. LX, V, Lipsiae, 1850, p. 704: *Neminem oportet conici in custodiam sine iussu magnorum iudicum urbis regiae et in provinciis sine iussu Rectorum earum, vel defensorum locorum. Episcopum autem oportet diebus Veneris et Mercurii inspicere, cur coniecti sint in carcerem: et si servi sint, intra viginti dies carcere excludere castigatos, vel dominis redditos, vel si no appareant domini, eos dimittere: quodsi liberi sint, seditionis rei statim iudicari, vel si ex alia quacunque casua fideissores non habeant, crimis reos praeterquam homicidio celeriter, iudicari capitalis criminis, intra triginta dies.*

liberatur datis fideiussoribus: et si fideiussoribus careat, lis finatur intra triginta dies et liberetur. Quodsi ampliori tempore res egeat, iuratoriae cautioni committatur usque ad finem litis. Sed si post iuratoriam cautionem absit ante quaestionem finitam, excidat suis rebus.

En igual sentido aparece la misma previsión en la épitome de las constituciones eclesiásticas C.1.4.22.1=C.9.4.6.1 ⁽⁷⁰⁾: “*De his autem, quicunque coniecti sunt aut coniiciuntur, 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 illustrissimus et spectabiles et carissimos magistratus admonere, tam eos qui sunt in provinciis, ut ea exequantur circa ipsos, quae divalis nostra constitutio ad illustres praefectos ea de rea emissa praecipit...*”

Sin embargo, si observamos la previsión del párrafo pr. (C1.4.22) se establece una cautela importante en orden a otorgar legitimidad a la hora de aplicar la custodia y es que es necesaria la orden de los magistrados o de los defensores de las ciudades ⁽⁷¹⁾: *Neminem volumus in custodiam coniici absque iussu gloriosissimorum vel illustrium vel clarissimorum magistratuum huius felicissimae urbis vel provinciarum aut defensorum in civitatibus.*

En las disposiciones se aprecia una colaboración entre el poder laico y el religioso ⁽⁷²⁾, donde las autoridades eclesiásticas deben velar por aquellos sujetos arbitrariamente encarcelados. En relación a esto, los obispos van a ser auxiliados en su indagación por los *defensores civitatum*. La garantía que se introduce permite afirmar que el sistema procesal carcelario del Bajo imperio va a ir evolucionando hacia una garantía en el ámbito de la libertad personal y dignidad

⁽⁷⁰⁾ A. LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano...*, op. cit., pp. 222 ss.

⁽⁷¹⁾ Vid. V. MANNINO, *Ricerche sul Defensor civitatis*, Milano, 1984, p. 167, considera que la previsión imperial implica un mayor indicio de la voluntad imperial de otorgar mayor garantía a los súbditos de cara a saber quién es el órgano estatal competente para poder conducir a un sujeto a la cárcel. Asimismo vid. J. RAMÓN ROBLES, *Magistrados, Jueces y Árbitros en Roma, competencia civil y evolución*, Madrid, 2009, pp. 133 ss.

⁽⁷²⁾ En relación a la impronta religiosa y la coacción física a la que aludíamos anteriormente en cuanto a la extorsión de los contribuyentes *iniuriam compulsorum* en la Novela de Mayoriano, encontramos la prohibición de trato vejatorio y de cualquier coacción física alguno en general a los clérigos y al resto de miembros de la iglesia, en una constitución del año 472 C.1.3.32.6 de León y Antemio a Eritrio: *Praeterea nullus exsecutor vexare contumeliis clericos ullos, nullis impulsionibus molestare, nullis exprobrare conviciis aut corporalibus iniuriis fatigare conetur: his, qui huiusmodi aliquid adgressi fuerint, post amissionem cinguli et patrimonii ultima protinus animadversione plectendis.*

del sujeto ⁽⁷³⁾ que no puede ser conducido a la cárcel ⁽⁷⁴⁾ sino es, como hemos visto, mediante la intervención de la autoridad legítima a lo que se une el control eclesiástico, en esa sinergia entre ambos poderes.

Del análisis de los textos, hemos podido observar que la pena de privación de libertad, considerada como sanción penal, fue desconocida en el Derecho romano, si bien el encierro de los delincuentes se producía no con un fin punitivo o de castigo, sino con el fin de retener a los culpables de un delito y esclarecer el mismo empleando, en muchas ocasiones, la tortura y todo tipo de tormentos. Asimismo existieron numerosos instrumentos que permitían reducir la movilidad del reo, tales como las *catenae*, *numellae* y *nervus*. Ello sin perjuicio de una reclusión de las que nos informa Ulpiano en D. 48.3.1 que llega a la custodia incluso por parte de los militares o la que se establece por parte de los acreedores o fiadores.

Desde la perspectiva de la custodia, se observa una pluralidad de instrumentos de contención y la posibilidad de proceder a una *vincula* privada tal y como vimos en D. 28.1.20.1, medida muchas veces aplicada por el impago, sin que ello como vimos en D. 42.1.34 implique desidia en la custodia del insolvente ya que hay que proporcionarle sustento y asistencia.

Por otro lado, a fin de evitar desequilibrios en el orden procesal, se prevé que las autoridades eclesiásticas velen por aquellos sujetos arbitrariamente encarcelados, así hemos observado una colaboración entre el poder laico y religioso.

Con el tiempo se aplican medidas restrictivas hasta el punto, según tuvimos ocasión de analizar, de encontrar un precedente del habeas corpus en C.1.4.23 que impide la encarcelación salvo por orden del magistrado o de los *defensores civitatum*. Ello no impidió el que se cometieran abusos y el que se dictaran disposiciones en contra de esto ya sea en los casos en los que el deudor lo era de un particular o del *fiscus*. Sin embargo, es de destacar como apunte final como se va produciendo en la evolución, en base a las fuentes analizadas, un mayor control de las medidas de contención por la intervención de la autoridad civil legítima a lo que se une el control eclesiástico, a fin de dar garantías evitando el deudor quedar a merced de las autoridades sin un control expreso de la medida coactiva.

⁽⁷³⁾ B. BIONDI, *Il Diritto romano cristiano*, Milano, 1952, p. 349.

⁽⁷⁴⁾ Ya vimos la prohibición expresa conforme a la disposición contenida en CTh 9.11.1 del año 388 en la que se prohíben las cárceles privadas *Si quis posthac reum privato carceri destinarit, reus aiestatis habeatur*, C.9.5.1.