

Detenciones cautelares, coactivas o punitivas. La privación de libertad en el derecho castellano como instrumento jurídico

SUMARIO: 1. Introducción.–2. El ocaso de una institución jurídica: últimas manifestaciones de la prisión por deudas.–3. La cárcel como medida cautelar o coactiva en el proceso penal.–4. El nacimiento de una nueva forma de sancionar: antecedentes de la pena privativa de libertad.

I. INTRODUCCIÓN

Al utilizar la expresión jurídica «privación de libertad», tanto en el título de este trabajo como en el desarrollo del mismo, lo hago en el sentido estricto (o moderno) que hace referencia exclusivamente a la que se producía en las cárceles o prisiones (términos que, aunque se utilicen aquí como sinónimos, tampoco tenían el mismo significado en el derecho histórico, conllevando el de prisión connotaciones de aprensión real del reo con grillos, cadenas u otros elementos que suponían la sujeción del cuerpo). Existieron en el pasado otras formas de privación de libertad, hoy en día ampliamente superadas, como la servidumbre o el destierro, que, además de incidir sobre la libertad del sujeto, perseguían otros objetivos más acordes con los intereses de las comunidades del pasado. Éstas quedan al margen del objeto de este estudio porque de lo que se trata no es de rastrear, a través de instituciones arcaicas, los rasgos propios de sociedades u ordenamientos jurídicos pretéritos, sino de buscar los antecedentes de una institución que se considera definitiva de nuestra actual mentalidad jurídica y social, entendiendo a través de su evolución la de las propias comunidades que le dieron forma hasta configurarla tal y como la utilizamos en el presente.

Tradicionalmente, la privación de libertad de cualquier ciudadano en establecimientos públicos, ya sea de manera cautelar/preventiva o punitiva/penal/aflictiva, se ha considerado por la historiografía jurídica un instrumento moderno; propio de una época, la Edad Contemporánea, en la que a consecuencia del desarrollo de las ideas ilustradas se conquistó entre otros valores el de la libertad, y se impusieron entre otros principios los de un derecho penal garantista para el detenido, utilitarista y humanitario. Sin embargo, antes de que la libertad se apreciara como un bien jurídico propio e igualitario para el hombre, y de que la prisión se convirtiera en un instrumento jurídico clave para las sociedades modernas, ya existieron algunas formas de privación de libertad que marcaron el camino de lo que actualmente nos parece un singular hallazgo de nuestra ciencia jurídico-penal.

Como dijera Foucault, cuyas palabras me han servido de inspiración para la elaboración de este trabajo, «la prisión es menos reciente de lo que se dice cuando se la hace nacer con los nuevos Códigos. La forma-prisión preexiste a su utilización sistemática en las leyes penales. Se ha constituido en el exterior del aparato judicial»¹. Y precisamente a esa constitución originaria a través del derecho castellano, el precedente más inmediato de nuestro derecho nacional, es a lo que atienden las siguientes reflexiones, a través de las cuales se pretende esbozar la trayectoria seguida por la cárcel, como medida jurídica, a partir de la época llamada de Recepción del *Ius Commune* y hasta el nuevo régimen del que somos herederos.

No es que antes no se utilizara la privación de libertad o el encarcelamiento por los distintos ordenamientos jurídicos medievales. Existían entonces algunas prisiones públicas y sobre todo prisiones privadas o particulares², y aunque empezaban a despuntar algunas especialidades en lo que se podría considerar un primigenio proceso penal, se utilizaba fundamentalmente la llamada prisión por deudas («pro debito») o prisión civil en un único proceso ordinario. De ella nos dio buena cuenta Tomás y Valiente en la primera parte de su magnífico, aunque ya un tanto postergado artículo sobre *La prisión por deudas en los derechos castellanos y aragoneses*, que por lo demás resulta ser la más importante de las escasísimas aportaciones bibliográficas que he podido encontrar sobre esta cuestión³.

Tomás y Valiente se dedicó entonces a estudiar con gran acierto esta primigenia prisión por deudas, la originaria forma en que se utilizara la prisión, pero dejó de lado la aparición de otras formas de encarcelamiento propias del proceso penal que con el paso del tiempo relegaron a aquella, de manera que la privación de libertad como instrumento jurídico fue pasando paulatinamente

¹ M. FOUCAULT: *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, Madrid, 1992, p. 233.

² Sobre la prohibición de las cárceles privadas en el derecho castellano puede consultarse I. RAMOS VÁZQUEZ: «Cárceles públicas y privadas en el derecho medieval y castellano de la Recepción. El delito de cárceles particulares», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 28 (2006).

³ F. TOMÁS Y VALIENTE: «La prisión por deudas en los derechos castellano y aragoneses», en *AHDE*, 30 (1960).

del campo civil a un nuevo ámbito penal que en la actualidad le es más propio. Esta evolución en la mentalidad social y jurídica es el telón de fondo sobre el que se proyecta el presente trabajo de investigación. Si la privación de libertad era practicada en un origen, por los ordenamientos jurídicos menos evolucionados, para la detención y custodia de los deudores hasta resarcirse del pago de la deuda, prefiriéndose para los criminales otras formas de sancionar de mayor valor expiatorio o retributivo (penas corporales y económicas principalmente), los nuevos valores y necesidades de una monarquía centralizada y utilitarista advirtieron en ella un magnífico instrumento para la contención de la delincuencia en su doble vertiente de medida cautelar o coactivo y de medida sancionadora.

Efectivamente, durante toda la Baja Edad Media y la Edad Moderna, de forma paralela y consecuente con la apropiación de las teorías del Derecho Común que estaba realizando el derecho castellano, se distinguieron nítidamente un proceso civil y otro penal, y en ambos se fueron perfilando las especialidades del encarcelamiento en pro de su uso criminal y en detrimento de una prisión por deudas que cada vez quedaba más obsoleta y tendía a desaparecer. En la definición de las nuevas formas jurídicas, no sólo se impusieron algunas de las teorías romanistas aprendidas por los juristas en las Universidades, sino que también se consolidaron las tendencias que venían dejándose sentir en la sociedad desde la época medieval, y se fraguaron otras de corte más utilitarista, especialmente a partir de la llegada de los Borbones al poder en el siglo XVIII, que reinterpretaban en lo posible de las directrices de aquel Derecho Romano para adaptarlo a una nueva idea de estado y poder público.

En cuanto a la consolidación de antiguas tendencias, hay que tener en cuenta que ya en las últimas normas forales comenzaron a distinguirse claramente dos situaciones en la práctica de la prisión, que se fueron imponiendo a través del sistema de las familias de fueros a un derecho cada vez más unificado, propio de finales de la llamada época de Reconquista. En este ordenamiento jurídico comenzó a diferenciarse por primera vez los apresamientos que se producían de forma ordinaria para conseguir el pago de una deuda civil (incluidos los tributos debidos al monarca y las multas económicas derivadas como responsabilidad civil de algún ilícito penal), y las nuevas formas de encarcelamiento que se derivaban de una causa criminal de cierta relevancia, al objeto de evitar la huida del reo y asegurar en todo caso la satisfacción a la víctima.

Esta distinción que apuntaban los fueros extensos, quedó consolidada en Castilla con la recepción del *Ius Commune* a partir del período bajomedieval. Entonces, debido especialmente a la influencia del derecho canónico, se produjo «il vero nascimento nella procedura»⁴, distinguiéndose del proceso ordi-

⁴ Tomo estas palabras de la obra magistral de G. SALVIOLI: *Storia del diritto Italiano. Storia della procedura civile e criminale*, vol. III, Parte Seconda, Milano, 1927, pp. 151 ss., según el cual, en pp.154-155: «A questo rito giudiziario spetta veramente il nome di processo romano-canónico: romano per una parziale terminología, pei richiami alle fonti giustiniane da cui dal sec. XII in avanti furono desunti i concetti fondamentali: canónico per le notevoli innovazioni pro-

nario o «civile» (el de todos los ciudadanos), un nuevo proceso criminal indiciario de la nueva rama jurídica que se estaba comenzando a gestar de forma autónoma o separada⁵.

En el proceso civil u ordinario, el principal cambio que se introdujo con respecto al tema que nos ocupa fue la preferencia en todo caso de la cesión de bienes, asegurados previamente mediante prenda o fianza, antes que recurrir al siempre incómodo y escasamente garantista apresamiento del deudor. El régimen que quedó consolidado en el reino, a imagen y semejanza del previsto para el mundo romano, excluía, en consecuencia, la más típica prisión cautelar «pro debito» que antiguamente se aplicara por los vecinos de las distintas comunidades, y permitía sólo dos tipos de prisión por deudas: la prisión coactiva para asegurar el cumplimiento del fallo, y la llamada prisión-servidumbre, un arcaico mecanismo jurídico que, no obstante, tardaría muy poco tiempo en quedar obsoleto y dejar de aplicarse en los tribunales, coincidiendo con un proceso común en toda Europa.

Pero si la prohibición de la prisión preventiva privada, y la falta de aplicación de la prisión-servidumbre, ya fueron elementos más que suficientes para la limitación de la prisión por deudas en el derecho castellano, como veremos más abajo el verdadero ocaso de esta institución medieval vino de la mano del creciente número de personas privilegiadas que quedaron exentas, por expresa voluntad real, de este uso judicial. Si en principio sólo gozaban de tan peculiar privilegio los nobles y las mujeres, a ellos se sumó durante la Edad Moderna un grupo tan nutrido de sectores sociales que prácticamente toda la comunidad podía librarse, por uno u otro motivo, de un apresamiento civil por impago de deuda.

Ahora bien, al tiempo que las cárceles se iban vaciando de deudores, se llenaban de delincuentes. Las cárceles públicas de la Edad Moderna, aquellas que dependían directamente del aparato judicial y que pretendían desterrar la práctica de cualquier forma de apresamiento privado, se construyeron fundamentalmente para luchar contra la criminalidad. Aunque seguían custodiando a algunos deudores señalados excepcionalmente por el derecho, sus principales inquilinos fueron los criminales, delincuentes, vagos o maleantes, que eran cada vez más cuantiosos con el desarrollo de las nuevas formas de vida urbanas.

Para algunos de ellos ya se previeron usos específicos en la práctica de la prisión durante la época medieval. Como antes se ha dicho, en los fueros muni-

venienti da disposizioni pontificie, tanto que non vi è punto ove non si abbia a ricordare qualche canone che fece testo anche nei tribunali laici. Così in materia di litispendenza, competenza, delegazione, prove, indizi, notorio, sentenza, nullità, appelli, revocazione, ecc. Il diritto canonico lo permeò col suo spirito di buona fede e di equità, poniéndolo così oltre e sopra le nazionalità e il particolarismo delle leggi».

⁵ Sobre esta cuestión, veáanse J. MALDONADO: «Líneas de influencia canónica en la Historia del proceso español», en *AHDE*, 23 (1953); A. PÉREZ MARTÍN: *El derecho procesal del «Ius Commune» en España*, Murcia, 1999, y M. P. ALONSO ROMERO: *El proceso penal en Castilla (siglos XI-XV)*, Madrid, 1995.

cipales pueden encontrarse las primeras divergencias en el proceso por razón del delito que, sin suponer todavía una nítida distinción entre el proceso civil y el penal, señalaron ciertas especialidades atinentes, entre otras cuestiones, a la aplicación de las detenciones o arrestos. Consistían éstas principalmente en el uso siempre público de la prisión para delincuentes, prohibiéndose la práctica privada de la misma; en la posibilidad de acometer el arresto preventivo de forma inmediata y sin fianza, para evitar la más que probable huida del reo; y en la facultad judicial de decretar una prisión coactiva también sin prenda ni fianza al objeto de asegurar el cumplimiento del fallo. Todas estas especialidades, meramente intuitas por un derecho que se basaba más en el sentido común que en la técnica jurídica, se consolidaron más adelante con la recepción del *Ius Commune* y el desarrollo del derecho regio en Castilla. Entonces sería la época de esplendor de un nuevo proceso, el penal, y una nueva forma de prisión por razón del delito que eclipsaría a la obsoleta prisión por deudas.

Finalmente, por lo que respecta a la cárcel o prisión como pena, la doctrina jurídica castellana más tardía tuvo que buscar la manera de reinterpretar el principio romano «*carcer ad continendos homines non ad puniendos haberi debet*»⁶, para atender a través de ella a otros fines de marcado carácter utilitarista, sobre todo a partir de la llegada al poder de los Borbones. En el mundo medieval no se utilizaba de forma habitual la prisión como pena, aunque no por la antigua teoría romana que consideraba ilegítima la cárcel perpetua⁷, perdida hacía tiempo en el olvido, sino por otros motivos mucho más pragmáticos. La cárcel como sanción no satisfacía ninguno de los fines que entonces se consideraban esenciales en la pena, pues ni era el mejor medio para expiar las culpas ante los ojos de Dios y de la comunidad (siendo en este sentido mucho más efectistas las penas corporales), ni tampoco tenía un gran valor retributivo para compensar los daños inflingidos a la comunidad o a los particulares (prefiriéndose en este caso las penas económicas).

A pesar de ello, buceando en la legislación de la época pueden encontrarse algunas excepciones en las que al encerramiento de una persona se le daba en sí mismo el valor de pena. Es el caso del Fuero de Escalona, en el que la pena de prisión se practicaba en la propia casa del delincuente, y además podía ser conmutada en cualquier momento por la pena de destierro⁸; o los muchos más

⁶ Sobre la aplicación del principio romano «*carcer ad continendos homines non ad puniendos haberi debet*», contenido en D. 48, 19, 8, véase T. MOMMSEN: *El derecho penal romano*, Pamplona, 1999 (facsimilar de la publicada en Madrid, en *La España Moderna*, 1905, en 2 volúmenes), vol. II, pp. 404-405.

⁷ Este principio del derecho justinianeo se había perdido en el olvido hacía ya mucho tiempo. De él no quedaba reminiscencia alguna en el derecho visigodo del *Liber*; y ni siquiera había sido un principio de aplicación fehaciente en el mundo romano, en el que su parquedad y escasa concreción teórica había provocado que en la práctica fuera constantemente incumplido, como nos informa el propio Ulpiano, también en T. MOMMSEN: *El derecho penal romano*, Pamplona, 1999 (facsimilar de la publicada en Madrid, en *La España Moderna*, 1905, en 2 volúmenes), vol. II, pp. 404-405.

⁸ T. MUÑOZ Y ROMERO: *Colección de Fueros municipales y cartas pueblas*, Madrid, 1972, pp. 490-491: «Qui firiere de puño, ó messare, peche (...), é iaga encerrado un año de su puerta

frecuentes supuestos en los que la pena de prisión se derivaba de su previo uso cautelar, especialmente en los procesos especiales por causa penal. En el proceso civil ordinario, el encarcelamiento que se producía después de la sentencia, generalmente en casa del propio acreedor o por medio de símbolos como la anilla, era meramente coactivo hasta que se cumpliera el pago del débito, y la tenencia del cuerpo sólo se entendía como una fianza que aseguraba la satisfacción de la pena económica, pero nunca como una forma de sancionar⁹. Por el contrario, en los primigenios procesos penales extraordinarios, la pena de prisión ya aparecía con entidad propia, aunque con un carácter subsidiario a la principal sanción económica, de manera que podía utilizarse sólo en caso de que el delincuente no pagase la caloña y los daños impuestos en el fallo¹⁰. Aún cabe señalar una peculiar pena de prisión que se podía llevar a cabo en el procedimiento especial de la fianza de salvo, en el que el fiador de un homicida quedaba obligado a pagar el delito con su propio cuerpo en la prisión pública del concejo¹¹.

Ninguna de estas excepcionales formas de castigar perseguía, sin embargo, el objetivo de pérdida de la libertad del detenido, sino el cumplimiento de otros propósitos de mayor carácter retributivo (servirse del trabajo personal del reo) o expiatorio (procurar su muerte por falta de bebida y alimento). Por eso, al tratar de la pena de prisión en la época de la Reconquista, resulta más apropiado detenerse en algunas antiguas instituciones heredadas del mundo romano por el visigodo, y de éste a través de la remembranza o la costumbre en el derecho medieval, especialmente desde la recuperación definitiva del *Liber Iudiciorum* en su versión romanceada del Fuero Juzgo o Fuero de Toledo.

En dicho texto se contemplaba la particular pena de prisión en los monasterios que era propia del derecho romano y del visigodo, y que provenía fundamentalmente de la influencia del derecho canónico. En el fuero eclesiástico,

adentro; é si quisiere fuera de el termino exiir dé fiadores, que non faga mal en Escalona, ni en so termino, ni á so contendor, ni á home de Escalona, ni en so termino; é si lo fiziere el sea alevososo, é los fiadores pechen la caloña y el daño; y si non se encerrare aquel que se deve encerrar, ó fuera del termino exiere... á el plazo assi cuemo dicho es, quantos días, ó cuantas noches le pudieren probar que exió fuera, ó entró en el termino antes que el plazo compliese»; «Qui firiere con cuchillo, ó con espada, ó con bulon, ó con espedo, ó con fierro, ó con porra, ó con palo, ó con piedra, ó con otra arma qual fuere, peche sesenta maravedís, y yaga encerrado un año, ó ixeá fuera del termino, assi cuemo dicho es (...); «Et el señor si firiere á su vasallo por esto non peche, nin se encierre»; «Et todo aquel que firiere o messare á aportellado de ome de Escalona, ó de su termino, peche el coto al señor del ferido, mas por esso no sea encerrado».

⁹ Una excepción a esta norma general aparece en el Fuero de Soria, 363, en el que si el deudor no tenía bienes con los que satisfacer la deuda, la detención del cuerpo se convertía en pena en sí misma y no en mera fianza.

¹⁰ Véanse, por ejemplo, el Fuero de Medinaceli en T. MUÑOZ Y ROMERO: *Colección de Fueros municipales y cartas pueblas*, Madrid, 1972, p. 435, el Fuero de Madrid, 60 (Adiciones); el Fuero de Molina, 11; el Fuero de Guadalajara, 83, o el Fuero de Teruel, 23. Comentando los Fueros de Córdoba y Molina, a esta misma conclusión llega J. HURTADO DE MOLINA DELGADO: *Delitos y penas en los Fueros de Córdoba y Molina*, Córdoba, 2003, p. 250.

¹¹ Recuérdese el Fuero de Plasencia, 375; el Fuero de Teruel, 51; el Fuero de Cuenca, 408, el Fuero de Béjar, 476; el Fuero de Zorita, 858; el Fuero de Alcaraz, 5.49, y el Fuero de Alarcón, 353.

a diferencia del civil, la prisión sí venía siendo largamente utilizada para el castigo de ciertos delitos, tratando de asegurarse a través de ella la práctica de una penitencia perpetua por parte de los clérigos pecadores¹². Con esa misma finalidad se trasladó a algunos casos del derecho seglar, cuyos sujetos activos cometían un pecado muy cualificado a los ojos de Dios. Uno de ellos era el caso de la sodomía, en el que la reclusión se decretaba con carácter accesorio a la pena de castración, y no sólo podía practicarse en un monasterio, sino que el reo era puesto en manos del obispo de su diócesis para que éste la ejecutase en el lugar que creyese oportuno¹³. Otros supuestos fueron los crímenes de matrimonio o adulterio entre parientes, en los que junto a otras penas, los perpetradores eran condenados a ser encerrados en monasterios para hacer por siempre penitencia¹⁴.

Estas particulares penas privativas de libertad se trasladaron al derecho de la Recepción, avaladas y fortalecidas por el redescubrimiento del *Ius Commune*. Junto a ellas comenzaron a aparecer durante la Baja Edad Media otras que, primero en la práctica y después en la teoría de los autores, permitieron utilizar las nacientes cárceles públicas de los concejos para el castigo de delitos pocos cualificados en los que no cabía otra sanción, o bien de forma subsidiaria ante el impago de pequeñas multas, a pesar del antiguo principio romano. Sin embargo, habrá que esperar al siglo xvii, y sobre todo a la llegada de la dinastía Borbón en el siglo xviii, para que a las antiguas teorías romanas se opusieran nuevos criterios utilitaristas que permitieron paulatinamente la implantación en la mentalidad social y en el derecho de la pena privativa de libertad.

Los precedentes de nuestra actual pena de prisión han querido verse por la mayoría de los autores en estas experiencias utilitaristas de la Edad Moderna, en su doble vertiente de destinos asistenciales o precaucionales (cárceles de mujeres, hospicios u hospitales, casas de pobres y casas de corrección), y lugares de redención al servicio del poder público (galeras, minas, presidios y arsenales). Sin duda ellos conformaron los antecedentes más directos de la pena de prisión, y sirvieron para ensayar y legitimar las nuevas teorías correccionalistas que la implantaron finalmente en la Edad Contemporánea como la pena moderna por antonomasia. Pero no podemos obviar que el desarrollo de dichas experiencias surge de un contexto mucho más amplio, en el que la teoría y la práctica jurídica tuvieron que enfrentarse a la, de una u otra manera, omnipresente pena de prisión.

¹² Así, por ejemplo, la penitencia a través de la prisión era perpetua en el caso de los clérigos homicidas, según nos informa entre otros B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ: *Examen histórico del Derecho penal*, Madrid, 1866, edic. facsímil en Pamplona, 2003, pp. 91-92, tras haber realizado un estudio más pormenorizado del derecho canónico. En este sentido, puede consultarse también la obra de F. PRADILLA: *Suma de las leyes penales*, Madrid, 1639, edic. facsímil en Valladolid, 1996, fol. 9v.

¹³ FJ 3, 5, 5.

¹⁴ FJ 3, 5, 1.

II. EL OCASO DE UNA INSTITUCIÓN JURÍDICA: ÚLTIMAS MANIFESTACIONES DE LA PRISIÓN POR DEUDAS

Como ya existe una magnífica monografía sobre la cuestión, la elaborada por Tomás y Valiente hace más de cuarenta años¹⁵, trataré de hacer un esfuerzo de síntesis, planteando fundamentalmente las tesis que ya existen a la luz de los datos manejados, y aportando solamente aquellos aspectos que pudieran resultar novedosos sobre lo que tradicionalmente se tiene por asentado.

Los principios más extendidos en la legislación foral castellana que venían aplicándose en los últimos tiempos sobre la prisión por deudas, quedaron recogidos en textos de carácter territorial como el Libro de los Fueros de Castilla o el Fuero Viejo. Sus principales características fueron la reducción de los supuestos en que podía aplicarse la prisión por deudas (muy frecuente en el mundo altomedieval), y la defensa de un sistema público de apresamiento frente a las antiguas prácticas de autotutela o venganza privada. El juez o alcalde ordinario de cada población, ante quien debía imponerse siempre cualquier demanda civil, se convertía así en un elemento clave en la gestión de las prisiones «pro debito», distinguiéndose fundamentalmente si el deudor era un vecino arraigado en la comunidad o no.

Cuando el deudor era un vecino arraigado no se le exigía ningún fiador o sobrelevador de la deuda, sino que directamente se tomaban en prenda sus bienes muebles si no comparecía a juicio en el plazo previsto. Los bienes tomados en prenda se ponían en manos de un corredor para venderlos, y sólo para conseguir su consentimiento en la venta, o el otorgamiento de un fiador de saneamiento, el deudor arraigado podía ser apresado en una prisión de carácter coactivo¹⁶. La diferencia substancial de estos textos con respecto a los fueros municipales más antiguos, era que esta primera forma de apresamiento nunca podía llevarse a cabo en casa del propio acreedor (que comenzaba a considerarse una cárcel privada y, por tanto, ilegítima), sino en una prisión pública o en la casa del juez, donde el deudor permanecería en el cepo con hierros en los pies o en la garganta, siendo el carcelero responsable de la deuda en caso de que huyera¹⁷.

En este caso no estaba prevista la ejecución patrimonial forzosa porque la falta de comparecencia del deudor arraigado impedía considerarlo vencido en juicio. Pero si éste comparecía en el plazo previsto para evitar la prenda judicial, y finalmente resultaba vencido, se le otorgaba un plazo de nueve días para satisfacer la deuda y, en caso contrario, sus bienes muebles eran tomados judicialmente para realizar dicha ejecución patrimonial. Con ello se evitaba nuevamente que el deudor fuera apresado, a diferencia de lo que se había venido practicando durante los primeros tiempos de la Reconquista, aunque existía

¹⁵ La ya citada obra de F. TOMÁS Y VALIENTE: «La prisión por deudas en los derechos castellano y aragonés», en *AHDE*, 30 (1960).

¹⁶ FV 3, 4, 13, y LFC, 245.

¹⁷ FV, 3, 4, 10, y LFC, 94, 95 y 230.

una obvia salvedad: si el deudor carecía de bienes muebles sobre los que practicar la ejecución patrimonial forzosa (los bienes inmuebles sólo podían ser tomados en prenda a la espera de que su consentimiento permitiera la venta) sí podía ser apresado hasta conseguir el pago. Este particular apresamiento tampoco podía producirse, sin embargo, en manos de su acreedor o acreedores, como ocurriera antaño, sino en una cárcel pública o la propia casa del juez que la decretase¹⁸.

Por su parte, cuando el deudor no estaba arraigado en la comunidad (carecía de bienes en ella), se le exigía un fiador y, en su defecto, podía ser apresado cautelarmente por el juez hasta la conclusión de la causa. Una vez más, la novedad era que esta prisión preventiva no se producía de forma particular en casa del acreedor, sino en un lugar público, si bien el acreedor mantenía la obligación de alimentar a su deudor cuando careciera de bienes propios, y dicho gasto se sumaba al de la deuda inicial en el fallo cuando el deudor resultaba vencido.

Habiendo presentado fiador, éste era el obligado a pagar la deuda si el deudor no arraigado resultaba condenado, aunque después podía volverse sobre su afianzado para resarcirse del gasto ocupando los bienes muebles que tuviera. Esta ocupación ya no se trataría probablemente de una simple garantía prendaria, sino que el fiador estaría legitimado a ejecutar la venta de los bienes para transformarlos en dinero incluso sin el consentimiento del deudor vencido¹⁹. Por tanto, sólo en el supuesto de que el deudor se declarara insolvente, el fiador quedaba legitimado para «prenderle el cuerpo» hasta que la deuda quedase satisfecha, esta vez sí de forma privada o particular a través de una reminiscente manifestación de la prisión-servidumbre, que era una institución muy extendida y heredada del derecho altomedieval²⁰.

En el Fuero Juzgo, que en esta cuestión siguió a pies juntillas los postulados del *Liber Iudiciorum*, y que ejerció una poderosa y dilatada influencia en el naciente ordenamiento jurídico territorial castellano, también se partía de una férrea defensa de la justicia pública frente a los arrestos privados, los cuales quedaron tajantemente prohibidos, y se permitía la prisión preventiva «pro debito» a manos del juez sólo en los supuestos de posible huida o asilo del deudor cuando éste no hubiese dado bienes para garantizar la deuda. Una vez condenado judicialmente el deudor y determinada por sentencia la cuantía de la deuda, el impago de la misma en el plazo previsto podía resolverse asimismo con la puesta en servidumbre del deudor a manos de su acreedor, no habiéndose previsto en ningún caso la ejecución patrimonial forzosa²¹.

La citada ejecución patrimonial forzosa, reconocida excepcionalmente en el Fuero de Soria y también en algún supuesto particular del Fuero Viejo y el

¹⁸ FV 3, 4, 6 y 3, 4, 1, y LFC 19 y 136.

¹⁹ En esta hipótesis de trabajo sigo a F. Tomás y Valiente: «La prisión por deudas en los derechos castellano y aragonés», en *AHDE*, 30 (1960), pp. 347-349.

²⁰ LFC 88, 133 y 134, y FV 3, 6, 5.

²¹ Recuérdese lo dicho bajo el epígrafe «Antecedentes en el Derecho visigodo: *El Liber Iudiciorum*».

Libro de los Fueros de Castilla, sería en consecuencia una de las grandes aportaciones del Fuero Real a la nueva regulación que en adelante se acometería de la prisión por deudas en el derecho castellano. El Fuero Real fue sin duda el primer texto castellano en recibir la influencia del *Ius Commune* en esta cuestión, introduciendo como cambios más significativos, además de su adscripción conceptual al nuevo proceso civil u ordinario, la cesión de bienes y la ejecución patrimonial forzosa, que limitaron enormemente su utilización a favor de otros sistemas de garantía o ejecución menos lesivos para la libertad personal del deudor.

La primera medida fijada por este texto para asegurar la comparecencia del deudor era el asentamiento de bienes²², siguiéndose la máxima «*carceratur nemo pro debito de iure communi, quando habet bona sufficientia*»²³. Sólo si el demandado no era un hombre arraigado se le pedía fiador o sobrelevador, a falta del cual podía utilizarse como medida secundaria de garantía su encarcelamiento por el juez hasta la resolución del litigio, haciéndose responsable de la deuda el oficial público en caso de no querer apresarle²⁴.

Esta norma era muy similar a la adoptada en el derecho tradicional del Fuero Viejo y el Libro de los Fueros de Castilla, y se aproximaba también con bastante fidelidad a la contenida en el Fuero de Soria, con el que también coincidía el Fuero Real en la amplitud con la que admitían la ejecución forzosa patrimonial en los bienes del deudor vencido en juicio. Sin entrar ahora aquí en la extendida polémica doctrinal sobre qué texto fue el que influyó en el otro, lo que es radicalmente cierto es que en este punto ambas normas se separaban del derecho municipal tradicional e introducían una novedad de trascendental importancia en el ordenamiento jurídico castellano²⁵. A diferencia de lo que prescribían las normas forales anteriores, si el deudor vencido en juicio no pagaba voluntariamente la deuda en los plazos establecidos, se podían tomar y vender tanto sus bienes muebles como subsidiariamente los inmuebles, sin necesidad de su consentimiento²⁶. Esta ejecución patrimonial forzosa evitaba el recurso a la prisión coactiva que antes estaba indicada para procurar el pago, y que en los últimos tiempos se había ordenado realizar en la cárcel pública en contra de los antiguos normas municipales que permitían practicarla en casa del acreedor.

²² La regulación del mismo aparece en el título 4 del libro 2 del Fuero Real, así como en la Leyes Nuevas, 9, comprendiendo tanto bienes muebles como inmuebles.

²³ Comentando la ley del D. 26, 10, 3, n. 3, así se pronuncia BARTOLUS A SASOFERRATO *in Priman Infortiatum Partem*, Venetiis, 1632, tomo 3, p. 63.

²⁴ FR 2, 3, 2. Véase también FR 2, 5, ley única, que contiene una regulación muy similar en cuanto al mercader alzado en las ferias, y las Leyes del Estilo, 58, que en esta cuestión específica, con respecto a la duración de la prisión, que ésta debía prolongarse en el tiempo hasta que se celebrara el juicio, incluso si el demandante se ausentaba de la ciudad prolongando su celebración.

²⁵ La originalidad del Fuero de Soria en medio del muy diferente panorama legislativo que planteaban los fueros municipales, ya fue puesta de relieve por F. TOMÁS Y VALIENTE: «La prisión por deudas en los derechos castellano y aragonés», en *AHDE*, 30 (1960), p. 339.

²⁶ Repárese en las coincidencias entre el Fuero de Soria, 423, y el Fuero Real, 3, 20, 1. En este sentido, véase también las Leyes Nuevas, 5.

La práctica de la ejecución patrimonial forzosa redujo nuevamente el uso de la prisión en el ordenamiento jurídico castellano. Pero este cambio no puede interpretarse como una garantía jurídica para el deudor pues, como advirtiera Tomás y Valiente, es lógico pensar que el hombre de la Baja Edad Media preferiese ser encarcelado a que se le aplicase la ejecución patrimonial forzosa, ya que «en aquellos tiempos de economía tan inestable quizá la calamidad máxima para un hombre sería no que lo encarcelasen un cuanto tiempo, sino que le vendiesen sus bienes, sobre todo las tierras, entonces (como siempre) el único bien económico que de segura valía»²⁷. El uso menos frecuente de la prisión por deudas que se inaugura en esta época no debe entenderse, en consecuencia, como exponente de un trato personal más humanitario con respecto al deudor (concepto excesivamente moderno y alejado de la realidad de la época), sino como manifestación de un aumento de protección para el acreedor insatisfecho.

Otra novedad de importancia frente al sistema previsto en los ordenamientos forales, fue la prohibición del uso de la prisión coactiva para el sobrelevador o fiador que hubiera garantizado la deuda del algún vecino no arraigado y vencido en juicio. Las Leyes del Estilo fijaron definitivamente la interpretación jurídica según la cual el fiador o sobrelevador no estaba obligado a responder de la deuda con su cuerpo, aunque sus bienes fueran insuficientes, salvo que expresamente se hubiese comprometido a ello²⁸. En esta cuestión también podemos observar una mejora en el trato personal del fiador. Pero probablemente dicha mejora no persiguiera otro objetivo que el de procurar la más fácil concurrencia de fiadores en los procesos por deudas, una vez más en favor de los acreedores.

A resultas del nuevo sistema establecido, tomado en su mayor parte del derecho romano-clásico o el derecho canónico, aunque tributario en algunas cuestiones de la tradición jurídica medieval, la principal forma de prisión que pudo aplicarse en adelante en los procedimientos civiles ordinarios fue, en consecuencia, la prisión-servidumbre, ampliamente difundida por los ordenamientos municipales²⁹.

²⁷ F. TOMÁS Y VALIENTE: «La prisión por deudas en los derechos castellano y aragonés», en *AHDE*, 30 (1960), pp. 346-347.

²⁸ Comentando la ley del FR 3, 8, 2, así se expresaban las Leyes del Estilo, 84: «Que el fiador no debe ser preso, salvo si obligo a si con los bienes.—Es a saber que el fiador no sera dado por preso, por la deuda que fizo, maguer los sus bienes no cumplan a pagar el deudo, salvo si no se obligo diciendo, que obligaba a si, e a todos sus bienes».

²⁹ El FR 3, 8, 2 establecía «que si alguno fuere preso en carcel, debe ser mantenido nueve días por el que lo prendió. Si algún home fuere metido en prisión por deuda que deba, aquel que le faze meter en la prisión, dele cumplimiento de pan y de agua nueve días, y el non sea tenido de darle mas si no quisiere: mas si el mas pudiere haber de otra parte, hayalo: e si en este plazo pagar no pudiere, ni pudiere haber algun fiador, si hobiere algun menester, recaudelo aquel a quien debe la deuda, de guisa que pueda usar su menester, y de lo que él ganare, dele que coma, e que vista guisadamente; e lo demás recíbalo en cuenta de su deuda: e si menester no hobiere, e aquel a quien debe la deuda le quisiere tener, manténgale así como sobre dicho es, e sírvase del».

Este particular medio de ejecución de la deuda no era una práctica exclusiva de las leyes medievales peninsulares³⁰, sino que al parecer estaba extendido por buena parte de los ordenamientos jurídicos europeos y así fue asumido por el Derecho Común en ciernes³¹. Hay que tener en cuenta que en la época de formación del derecho procesal, junto a los principios jurídicos fundamentales contenidos en el derecho culto, se daba una amplitud extraordinaria a la práctica judicial como co-creadora del nuevo sistema jurídico; y ésta acusó una particular repercusión en el momento ejecutivo del proceso, que a la dificultad de su escasa concreción en las leyes romanas y canónicas, añadía un poder público todavía demasiado débil para asumirlo en toda su extensión. Por esos motivos, el procedimiento de ejecución debió de construirse en buena medida a partir de la experiencia de los ordenamientos municipales, si bien el nuevo derecho que se estaba gestando con pretensión de universalidad para todo el Imperio Cristiano, tuvo al menos el mérito de concordar la legislación de los distintos lugares, creando un único modelo que fue adoptado al menos parcialmente en Italia, Francia, Alemania y España³².

De tal manera, las leyes de los *Iura Propria* de cada reino coincidieron con la ciencia jurídica del *Ius Commune*³³ en la posibilidad de que los acreedores

³⁰ Otras leyes que la desarrollaron en el derecho castellano fueron las que establecían la prelación de acreedores para servirse del deudor en caso de que fueran varios, en FR 3, 20, 12 (coincidente con el Fuero de Soria, 433), y FR 3, 20, 17 y FR 3, 20, 5 (coincidentes ambos con el Fuero de Soria, 427), que permitan reducir las deudas impagadas en la cuantía necesaria para que el patrimonio bastase a saldarlas cuando no había habido ningún acreedor que pagase créditos anteriores al suyo.

³¹ Según G. SALVIOLI: *Storia del diritto Italiano. Storia della procedura civile e criminale*, vol. III, Parte Seconda, Milano, 1927, p. 629, en la época de la formación del Derecho Común «l'esecuzione privata sulla persona e sui beni del debitore non era scomparsa. Quella sulla persona, emersa nella barbarie medievale, in seguito al dissolversi dei pubblici poteri, poi ammessa e tollerata dalle leggi». En apoyo a sus palabras, Salvioli exponía a continuación algunos ejemplos de estatutos italianos que permitían la prisión-servidumbre, legitimando al acreedor a tener preso al deudor vencido en juicio para cobrarse la deuda con su trabajo, o bien para mantenerlo meramente en la cárcel privada hasta que consignase el pago.

³² G. SALVIOLI: *Storia del diritto Italiano. Storia della procedura civile e criminale*, vol. III, Parte Seconda, Milano, 1927, p. 626: «L'esecuzione presuppone uno stadio di perfezione nell'organismo politico e una vigoria nel potere centrale» (...), y p. 628: «In virtù della grande cura che le legislazioni italiane posero per superare le difficoltà inerenti al procedimento di esecuzione, l'Italia potè anche in questa materia avere la soddisfazione e il merito di vedere il suo, dopo il secolo XVI, preso a modello e adottato almeno parcialmente, in Francia, Spagna e Germania. Era un'esecuzione in gran parte nuova, perchè nulla aveva preso dalla legge canonica e poco anche dalla romana, non ne ha che l'apparenza, è dovuto a quei pregiudizi di scuola che volevano tutto accreditare coll'autorità della sapienza romana. E più che della dottrina il procedimento ejecutivo italiano è prodotto della legge, cioè della esperienza».

³³ Sobre la doctrina «carcer est species servitutis», se pronuncia en sus comentarios a las leyes del D. 12, 6, 38, n. 56, y D. 24, 3, 14, nn. 5-8; BARTOLUS A SASOFERRATO in *Secundam Veteris Partem*, Venetiis, 1635, tomo 2, p. 56; y BARTOLUS A SASOFERRATO in *Priman Infortiatum Partem*, Venteis, 1632, tomo 3, p. 11, respectivamente. Según Baldo, sólo la cárcel perpetua (impuesta como pena en causa criminal como veremos más adelante) puede ser considerada una especie de servidumbre, en su comentario a D. 4, 2, 3, en BALDI UBALDI PERUSINI in *Priman Digesti Veteris Partis Commentaria*, Venetiis, MDLXXXVI, tomo 1, p. 212. Véase también su comentario a C. 4,

apresasen a sus deudores vencidos en juicio hasta que saldaran la deuda. En Castilla, sólo una ley de las Partidas parecía poner en entredicho la institución cuando, al tratar sobre la extracción de algún lugar sagrado al deudor vencido en juicio que hubiese pedido asilo, manifestaba expresamente que éste «non deue servir, nin ser preso de ninguno»³⁴. Pero sobre esta misma cuestión se pronunciaba el Fuero Real, afirmando por el contrario que, una vez extraído de la Iglesia, el deudor fuese entregado al deudor para que le sirviera como estaba previsto en la ley³⁵.

La aparente contradicción entre estas dos leyes fue señalada posteriormente por la doctrina jurídica castellana, aunque los autores coincidían en que el debate era sólo teórico porque, en la práctica judicial de la primera Edad Moderna, el uso de la prisión-servidumbre era conocido y muy frecuente³⁶. Esta realidad se mantuvo al menos hasta bien entrado el siglo XVII, si bien es cierto que la vigorización del poder monárquico, y la burocratización o perfección del aparato judicial, trataron de limitarla en pro de la justicia pública por considerarla una manifestación más de arbitrio privado. Adviértase, no obstante, que la prisión-servidumbre permitida por el derecho no suponía un arresto privado en sentido estricto, ya que requería la acción del poder público y la existencia de una previa sentencia judicial, pudiendo considerarse más bien una manifestación extraordinaria de la administración pública de justicia.

Las leyes de Partidas no sólo obviaron la figura de la prisión-servidumbre, sino que fueron mucho más limitativas que el Fuero Real con respecto a otras formas de prisión por deudas, ya que ni siquiera admitieron el uso de la detención cautelar en una cárcel pública. La comparecencia a juicio del deudor demandado se aseguraba con el asentamiento de bienes o la presentación de un fiador cuando no era arraigado, y cuando no se podían otorgar ninguna de estas garantías se le exigía simplemente que prestase juramento ante el juez de estar a derecho hasta que el pleito fuese acabado³⁷. Además, aunque el régimen de ejecución patrimonial forzosa se reiteró en los mismos términos que en el Fuero Real, no se estableció nada sobre la prisión del deudor vencido en juicio que fuese insolvente, o cuyos bienes muebles o inmuebles no fueran suficientes para saldar la deuda³⁸. A este respecto se prohibía el uso de todo tipo de

10, 12, n. 5; en BALDI UBALDI PERUSINI in *Quartum et Quintum Codicis libros Commentaria*, Venetiis, MDLXXXVI, tomo 5, p. 22, en el que plantea que aunque el acreedor podía obligar al deudor a pagar la deuda con sus servicios, dicha labor no debía considerarse infame, y en todo caso el acreedor estaba obligado a devolver la libertad a su deudor una vez satisfecha la deuda.

³⁴ P. 1, 11, 2.

³⁵ FR 3, 20, 15, que recoge el contenido de algunas disposiciones del Fuero Juzgo, concretamente FJ 9, 3, 1 y FJ 9, 3, 4, y coincide también con el Fuero de Soria, 427.

³⁶ Citando a Alonso de Montalvo, Rodrigo Suarez, Diego de Covarrubias y el Doctor Navarro, Martín de Azpilcueta, así como su propia experiencia judicial, así se expresaba J. CASTILLO DE BOVADILLA: *Política para corregidores y señores de vasallos*, Amberes, 1704, tomo 1, p. 414, concretamente en el libro 2, capítulo 14, n. 65.

³⁷ P. 3, 2, 41.

³⁸ Véanse P. 3, 27, 3, y P. 5, 15, 1.

prisión-servidumbre, aunque al tratarse del deudor vencido que no quisiera desamparar sus bienes para afrontar el pago, las Partidas establecía una única forma de prisión coactiva al afirmar que «el Judgador del lugar devalo meter en prisión a la demanda de los que han de recibir la paga, e tenerlo en ella fasta que pague lo que deve o desampare sus bienes»³⁹.

Al parecer, en este caso excepcional no se ejecutaba directamente el patrimonio del deudor vencido, como permitían las leyes del Fuero Real. El sentido de las Partidas era permitir al deudor optar entre la cesión voluntaria de los mismos o la prisión indefinida a manos del juez, porque de lo que se trataba era de la necesaria enajenación de todo el patrimonio del deudor para pagar la deuda contraída, pudiendo dejarle en la más absoluta miseria⁴⁰. Esta institución se mantendría en el derecho castellano con posterioridad, aunque no como única manifestación de la prisión por deudas, sino en consuno con la institución de la prisión-servidumbre, desapareciendo sólo del derecho castellano moderno la prisión cautelar que también estaba prevista en el Fuero Real para el deudor desarraigado que no presentara fiador.

La cesión de bienes se consolidó así, junto con la ejecución patrimonial forzosa, como una de las novedades más importantes en el sistema de responsabilidad patrimonial tomadas del *Ius Commune*. Los autores castellanos se esforzaron por armonizar con aquellas leyes del derecho castellano, partiendo de unas mismas fuentes jurídicas (fundamentalmente las leyes del C. 7, 71, 1, 4 y 7, y la jurisprudencia del D. 42, 3, 4 y 6, así como los comentarios sobre ellas), y preocupándose en distinguir de qué manera habían sido contraídas las deudas para definir las conductas que podían acogerse a la cesión de bienes y evitar la cárcel, de aquellas otras que eran constitutivas del delito de alzamiento de bienes:

«Porque los que se conducen en sus negocios y los ejecutan engañosa y astutamente, ciertamente no debieran ser permitidos. Hay quienes no teniendo bien alguno, buscando prestado en una parte y en otra, llegan a conseguir cierta confianza, que ellos llaman crédito. Y no contentos con este engaño, continúan viviendo espléndidamente y con mayor suntuosidad cada día. De esta manera llegan a contraer una deuda abrumadora, y agobiados por ella se acogen a algo sagrado. Esto ciertamente constituye una manera perniciosísima de robo, y no deben ser tolerados por la sociedad, según hemos de decir en el libro VI, sino que deben ser castigados como ladrones. Mas los que negocian de buena fe, pero desgraciadamente cayeron en la ruina, con la mejor conciencia pueden acogerse al beneficio de la ley, para librarse de la cárcel; para esto ha sido establecida la práctica de la cesión de bienes»⁴¹.

³⁹ P. 5, 15, 4.

⁴⁰ Coincido en este punto con la interpretación de F. TOMÁS Y VALIENTE: «La prisión por deudas en los derechos castellano y aragonés», en *AHDE*, 30 (1960), p. 373.

⁴¹ Traducción de González Ordóñez a D. DE SOTO: *De iustitia et iure libri decem, 1556, libro IV, quaestio VII, art. IV*, en edic. facsímil de Madrid, 1968, tomo 2, p. 381.

En consecuencia, el régimen que quedó consolidado en el ordenamiento jurídico castellano fue el que priorizaba en todo caso la cesión de bienes del deudor, y permitía exclusivamente dos tipos de prisión por deudas: la prisión coactiva y la prisión-servidumbre. Ambas se aplicaron además sucesivamente, como veremos más adelante, perdiéndose para siempre en el olvido la prisión de carácter cautelar o privado «pro debito».

Cualquier apresamiento de carácter cautelar estaba prohibido, especialmente si en vez de en la cárcel pública pretendía llevarse a cabo de forma particular por el acreedor. La prohibición era antigua, estando ya prevista en la mayoría de los fueros municipales extensos, y en obras territoriales como el Libro de los Fueros de Castilla, el Fuero Viejo o los más trascendentes textos del Fuero Real o las Partidas. En todos ellos se había consolidado la necesaria intervención de la justicia pública para llevar a cabo cualquier forma de prendación de bienes o personas en contra de las antiguas prácticas de autotutela. Sin embargo, contra dichas prácticas todavía debió pronunciarse expresamente el rey Enrique IV en 1473 y 1476, en sendas pragmáticas que no en vano quedaron recogidas para remembranza del pueblo en la Nueva Recopilación, consolidándose el delito de «carcel privada»⁴².

La ejecución patrimonial forzosa introducida por el Fuero Real y las Partidas arraigó en una Pragmática de Felipe II del año 1566, que posteriormente sería reconocida tanto por la Nueva Recopilación como por la Novísima, en detrimento de dicha prisión cautelar. En la ley se determinaba el orden en que debía llevarse a cabo la ejecución de bienes del deudor vencido en juicio, estableciéndose que primero se ejecutarán los muebles y después los inmuebles, para los cuales era necesario presentar fiador de saneamiento. Si el deudor no lograba presentar a nadie que respondiese con sus bienes de lo que tras la venta de los inmuebles aún quedase por pagar, era apesado también de forma coactiva. Pero ésta prisión sólo se mantenía por un tiempo determinada al objeto de que el deudor pudiese buscar durante el mismo fiador de saneamiento, y después era obligado en todo caso a «renunciar a la cadena» (expresión que se consolidaría en el ordenamiento jurídico castellano para marcar el tránsito entre la prisión coactiva y la prisión servidumbre) y hacer cesión de bienes⁴³.

Un régimen similar se previó para el caso de que el deudor pidiera hacer voluntariamente «pleito de acreedores». A través de él algunos deudores pretendían hacer cesión de bienes sin necesidad de proceso declarativo previo, y podía suceder que sus bienes fueran insuficientes dejando a la larga algunas de las deudas sin pagar. Para acabar con esta práctica fraudulenta o perjudicial para los acreedores, Felipe II dictó una nueva forma de prisión por deudas en el año 1590, pero como la anterior ésta sólo era una prisión temporal hasta

⁴² NR 4, 13, 5 y 6. Sobre la prohibición de prisiones privadas y la consolidación del delito de cárceles particulares puede consultarse más extensamente I. RAMOS VÁZQUEZ: «Cárceles públicas y privadas en el derecho medieval y castellano de la Recepción. El delito de cárceles particulares», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 28 (2006).

⁴³ NR 4, 21, 19, y NoR 11, 18, 12.

comprobar que los bienes del deudor eran bastantes para afrontar los pagos, o hasta que éste presentara fianzas suficientes⁴⁴.

Tanto estas dos nuevas formas de prisión por deudas (de carácter coactivo y temporal), como las dos más habituales derivadas de la tradición jurídica, se utilizaban en todo caso de manera subsidiaria a la responsabilidad patrimonial. Su uso sólo sería preceptivo si una vez realizada la ejecución patrimonial forzosa resultaba que los bienes no eran suficientes para pagar las deudas. Entonces el deudor era apresado en un primer momento de forma coactiva, siempre en la cárcel pública o a manos del juez, hasta que hiciera la cesión de todos sus bienes, y después era dado en servidumbre a sus distintos acreedores.

La prisión coactiva para la cesión de bienes regulada en Partidas, y la prisión servidumbre del Fuero Real⁴⁵, comenzaron a utilizarse así de manera sucesiva al menos desde la ley promulgada por Enrique IV en Madrid en 1458: «Ordeno i mando, que aquel que hiciesse cesión de sus bienes, según forma de la dicha lei, que después que por el deudor fuere hecha la dicha cesión, el deudor este en la carcel por nueve días i aquellos durante dese publico pregón como el dicho deudor esta en la carcel a petición de fulano acreedor, i antes que sea entregado el deudor, el dicho acreedor jure en deuda forma, que lo recibe por su deudor sin simulación, i sin cautela, ni fraude, i el juez limite el tiempo al deudor, que ha de servir al acreedor, i que, feneciendo el tiempo del primero acreedor, el dicho deudor sea entregado a otro acreedor por el deudo, que pareciere que le fuere devido»⁴⁶.

Hasta ese momento, el que hacía cesión de bienes quedaba en libertad, y lo mismo ocurría si eran varios los acreedores y el deudor decidía menguar los créditos proporcionalmente hasta agotar su patrimonio cuando éste era insuficiente para afrontarlos en su integridad⁴⁷. Pero a partir de 1458, la cesión de todos los bienes a favor de los acreedores no era suficiente para alcanzar la libertad si con ello no se habían satisfecho íntegramente las deudas. El deudor aún permanecía durante nueve días en la cárcel para que los acreedores acudieran a cobrar la parte proporcional que les correspondiera de la deuda con sus bienes. Después era puesto en servidumbre a manos del primer acreedor para servirle durante el tiempo que determinara el juez. Del primer acreedor pasaba a manos del segundo hasta concluir el pago de su deuda mediante el trabajo personal, y así sucesivamente hasta que todos los débitos quedasen completamente satisfechos.

Este sistema inaugurado por Enrique IV, fue posteriormente reiterado y completado por los Reyes Católicos a través de cuatro significativas pragmáticas que acabaron de fijarlo definitivamente en el ordenamiento jurídico castellano⁴⁸. La primera de ellas, del año 1490, ordenaba que deudor que hubiera

⁴⁴ NR 5, 19, 7, y NoR 11, 32, 7.

⁴⁵ La ley del FR 3, 8, 2, se reiteró posteriormente en OORR 5, 13, 4, y NR 5, 16, 6.

⁴⁶ NR 4, 16, 5.

⁴⁷ Véase FR 3, 20, 5.

⁴⁸ Estas Pragmáticas, dictadas en los años 1490, 1498, 1501 y 1502, pueden consultarse respectivamente en la NR 5, 16, 6; NR 1, 2, 13; NR 5, 16, 7, y NR 5, 16, 8.

hecho cesión de bienes a favor de sus acreedores debía llevar «al cuello una argolla de hierro tan gorda como el dedo, y continua, y abiertamente sobre el collar del jubón», de manera que fuera plenamente visible, para que la situación del prisión-servidumbre no pudiera pasarle desapercibida a terceras personas, que al parecer seguían siendo defraudadas en muchas ocasiones por deudores insolventes por no conocer la situación en la que se encontraban. Para reforzar el objetivo de esta normativa, cuyo cumplimiento no debió ser muy eficaz, en la última pragmática dictada sobre esta cuestión por los Reyes Católicos en 1502 insistirían en el uso de la argolla, castigando al acreedor que no se la pusiera a su deudor pasando la prisión-servidumbre de éste al siguiente acreedor, como si aquél ya estuviera cumplido.

Por su parte, la pragmática de 1498 venía a resolver el problema de los numerosos deudores insolventes acogidos a sagrado, estableciendo que éstos no podían gozar de la inmunidad eclesiástica, y por tanto debían ser entregados inmediatamente por la autoridad eclesiástica a la seglar. En caso contrario, los oficiales públicos quedaban legitimados para sacar a los deudores vencidos de los lugares sagrados y llevarlos a la prisión pública para que hiciesen cesión de bienes.

Según se deduce de la cuarta pragmática citada, que se dictó concretamente en el año 1501, esta cesión de bienes o «renuncia a la cadena» que marcaba el paso de la prisión coactiva a la prisión-servidumbre, y que en teoría acercaba cada vez más a los deudores a su libertad, no debió ser en la práctica tan fácil de conseguir como podría creerse, porque muchos deudores preferían dejarse estar en la cárcel mucho tiempo «porque allí les dan de comer» a ser entregados a sus acreedores para servirlos. La nueva normativa otorgada por los monarcas venía a resolver esta situación, ordenando que la cesión de bienes se considerara automáticamente hecha por el deudor vencido en juicio a los seis meses de la liquidación de deuda, aunque aquél no la hubiese solicitado ni quisiera hacerla.

Los únicos deudores a los que no se les permitía realizar la cesión de bienes, eran aquellos cuya deuda derivara de un ilícito penal, y los arrendadores, fiadores o abonadores de rentas reales. La prohibición de que los apresados por deudas descendientes de delito hiciesen cesión de bienes era antigua, estando unánimemente reconocida por la doctrina, aunque a partir de la pragmática dictada por don Carlos y doña Juana en 1538 permitió una excepción⁴⁹: En los delitos de hurto la pena pecuniaria no podía conmutarse en ningún caso por una pena corporal, pero una vez satisfecha ésta, el deudor podía hacer cesión de bienes en la forma establecida por las leyes generales del reino para sufragar el valor de los daños o de la cosa hurtada⁵⁰.

⁴⁹ Entre otros, G. MONTERROSO Y ALVARADO: *Práctica criminal y civil e instrucción de escribanos*, Valladolid, 1563, fol. 33, y A. DE VILLADIEGO: *Instrucción política y práctica judicial conforme al estilo de los consejos, audiencias, y tribunales de corte, y otros ordinarios del Reyno*, Madrid, 1766, cap. 2, n. 175, fol. 54.

⁵⁰ NR. 5, 16, 9.

Por su parte, los arrendadores de rentas reales, y sus fiadores y abonadores, debían permanecer presos hasta que saldaran la deuda. Al resto de los deudores del fisco si se les permitió realizar la cesión de bienes como a cualquier otro deudor para librarse de la prisión⁵¹, salvo en el caso de los que debiesen las costas procesales a la hacienda regia⁵². Pero a los arrendadores de las rentas del rey se les prohibió expresamente «por quanto muchos arrendadores, y recaudadores mayores, que arriendan las rentas Reales, las cobran, y no pagan lo que deven dellas, antes gastan y distribuyen lo que cobran de las dichas rentas en otras cosas, y si los prenden por ello hazen cession de bienes, diciendo, que no tienen de que pagar lo que deven»⁵³.

Siendo esta la ley aplicable, la doctrina jurídica nos informa de los usos judiciales que verdaderamente se fueron imponiendo en la práctica, planteándonos las dudas concretas a las que se enfrentaron los hombres del foro, sobre todo a partir de los siglos XVI y XVII. Los autores seguían utilizando las mismas fuentes jurídicas, resumidas y repetidas hasta la saciedad, partiendo de la distinción entre el delito de alzamiento de bienes, en el que se presumía la mala fe del deudor, y la simple desgracia de la bancarrota, «que se hace por contra-tiempo ó revés de fortuna», para establecer que sólo en esta última los deudores podían librarse de la cárcel a través del beneficio de la cesión de bienes, con el que además quedaba a salvo su honor y fama⁵⁴.

También estaban de acuerdo en la manera de llevarse a cabo esta cesión, «remedio de infelices», pudiendo el deudor retener lícitamente los bienes e instrumentos que le fueran necesarios para vivir decentemente, como los instrumentos de su trabajo o los alimentos que requiriese su alimentación. No se trataba de privarles de todo bien material para que pasasen necesidad, ya que su desgracia era más digna de compasión que de castigo, según afirmaban los autores. Por eso, aunque después de haber hecho la cesión de bienes sin completar la deuda obtuvieran nuevos productos necesarios para su cotidiano vivir, podían retenerlos sin que les fueran ejecutados judicialmente⁵⁵.

⁵¹ Véanse las Cortes de Burgos de 1391, pet. 2, las Cortes de Zamora de 1301, pet. 20, las Cortes de Palencia de 1313, pet. 101, en *CLC*, tomo 1, Madrid, 1861, pp. 146, 157 y 220.

⁵² En las Leyes del Estilo, 49 y 168, se establece que por razón de las costas procesales a los tribunales del rey, quien sea condenado a ellas ha de pagarlas y si no lo hace ni tiene bienes «préndale por ello el su cuerpo».

⁵³ NR. 9, 9, 5.

⁵⁴ Además de los autores más arriba citados, véanse entre otros HEVIA BOLAÑOS: *Curia Philipica*, Madrid, 1797, Segunda Parte, cap. 17, en edic. facsímil de Valladolid, 1989, p. 142, según el cual para los sospechosos de alzamiento de bienes la práctica común era la prisión del deudor y el secuestro de sus bienes, aunque la ley preveía la devolución de la deuda o, en su caso, la fianza; o R. L. de DOU Y DE BASSOLS: *Instituciones del derecho público general de España con noticia del particular de Cataluña*, tomo VII, Madrid, 1802, libro 3, tít. 5, cap. 5, secc. 2, art. 3, párrafo 13, en edic. facsímil en Barcelona, 1975, p. 390.

⁵⁵ Citando las leyes del C. 7, 71, 1; D. 42, 3, 4 y 6, y D. 50, 17 y 173, así se pronunciaban entre otros D. DE SOTO: *De iustitia et iure libri decem, 1556, libro IV, quaestio VII, art. IV*, y R. L. DE DOU Y DE BASSOLS: *Instituciones del derecho público general de España con noticia del*

Por lo demás, el «pleyto de cesión de bienes» se llevaba a cabo de la siguiente manera: «Para hacer cesión de bienes, el Deudor que se halla sin otro remedio, dá Petición, y presenta Memorial de sus Acreedores, y de los bienes que tiene, diciendo, que está preso a su pedimento, y no tiene otros bienes mas de los contenidos en aquel Memorial, y que usando el remedio de la Ley, quiera hacer cesión de bienes, y renunciar a la cadena, que se notifique á los Acreedores, como les cede sus bienes que tiene, y los que tuviere, y notificado assí a los Acreedores, como les dé sus bienes que tiene, y los que tuviere, se dan tres Pregones, y se ponen tres Edictos de nueve en nueve días, y si parecen los Acreedores, con lo que responden, ò no, se concluye, y se recibe á prueba, y se procede hasta la sentencia difinitiva, y el Juez manda poner en deposito todos los bienes del Deudor; y habiéndose determinado la causa, se venden en almoneda, y se pagan los Acreedores, conforme a sus derechos, sin que le quede al Deudor mas que el vestido ordinario, y las herramientas de su oficio»⁵⁶.

Pero si había existido unanimidad absoluta en cuanto a la forma de realizar la cesión de bienes antes de la pragmática de 1566, a partir de esa fecha se puso de relieve, por ejemplo, el problema de cómo utilizar en ella la nueva figura del fiador de saneamiento. Interpretando estrictamente el tenor de la ley, algunos autores defendían que era necesario dar fiador de saneamiento incluso cuando el deudor hubiese ofrecido bienes raíces y hubiese presentado testigos que confirmasen la propiedad de los mismos, ya que dichos testigos, al no hacerse patrimonialmente responsables de la veracidad de su testimonio, no servían en ningún caso para garantizar la deuda al acreedor⁵⁷. Sin embargo, otros autores defendían que «también a falta de fiador de saneamiento el deudor, para salir de la prisión, podrá pedir, que habida información de cómo los bienes en que se travó, y hizo la ejecución, son suyos, y quantiosos, y podrá ser suelto, si los testigos dixeren, que son los bienes del deudor quantiosos, y lo será al tiempo del remate, para el principal, decima, y costas de la ejecución, que en tal caso son como fiadores, y abonadores del deudor, y con tal información podrá ser suelto el deudor»⁵⁸.

Otra duda que el vacío legal planteaba a los autores con respecto a la cesión de bienes, era si el deudor debía o no pagar a sus antiguos acreedores la

particular de Cataluña, tomo VII, Madrid, 1802, libro 3, tít. 5, cap. 5, secc. 2, art. 3, párrafo 13, en edic. facsímil en Barcelona, 1975, p. 391.

⁵⁶ A. DE VILLADIEGO: *Instrucción política y práctica judicial conforme al estilo de los consejos, audiencias, y tribunales de corte, y otros ordinarios del Reyno*, Madrid, 1766, cap. 2, n. 173, fol. 54. De manera más extensa, reproducidos la notificación, los pregones y la sentencia del procedimiento de cesión, se contiene en G, MONTERROSO Y ALVARADO: *Práctica criminal y civil e instrucción de escribanos*, Valladolid, 1563, fols. 32-34.

⁵⁷ HEVIA BOLAÑOS: *Curia Philipica*, Madrid, 1797, Segunda Parte, capit. 17, n. 2, en edic. facsímil de Valladolid, 1989, p. 142, y A. AZEVEDO: *Commentarii in Iuris Civilis in Hispaniae Regias Constitutiones*, Lugduni, 1773, comentario a la NR 4, 21, 19, nn. 79-81.

⁵⁸ A. DE VILLADIEGO: *Instrucción política y práctica judicial conforme al estilo de los consejos, audiencias, y tribunales de corte, y otros ordinarios del Reyno*, Madrid, 1766, cap. 2, n. 84, fol. 44, y A. RODRÍGUEZ: *Tractatus de executione sententiae*, Madrid, 1613, fols. 101 ss.

parte que les dejó al descubierto cuando él volviera a recuperarse económicamente después de haber realizado la cesión de bienes. Según Covarrubias y Villadiego esta circunstancia dependía de su acreedor hubiera gozado o no de la prisión-servidumbre del deudor después de la cesión⁵⁹. Si había completado la deuda con el trabajo del deudor, no habría lugar a un nuevo pago cuando el deudor viniese a mejor fortuna. Según Domingo de Soto, la cuestión podía resolverse fácilmente «en conciencia», remitiéndose a las leyes justas del *Ius Commune*, porque aunque «parece que con semejante ignominia cumplen satisfactoriamente con la ley y con el acreedor» (refiriéndose a las leyes castellanas), «las mismas leyes (esta vez de Derecho Romano) se encargan de borrar esta duda, al determinar que en este caso estén obligados; porque tal beneficio sólo les sirve, como se ha dicho, para librarse de ser encarcelados»⁶⁰.

Sobre si se podía renunciar o no al beneficio de la cesión de bienes también hubo importantes problemas de aplicación, hasta el punto de que los Reyes Católicos se vieron obligados a publicar la pragmática de 1501 que establecía su obligatoriedad. A pesar de ello, parece que muchos deudores seguían prefiriendo permanecer en la cárcel sin hacer la cesión por tiempo indefinido, desobedeciendo el tenor de la ley, según nos informan los autores de la época. Ninguno de ellos utiliza como argumento de derecho la citada pragmática, que zanjaba la cuestión, sino que prefirieron plantearse las justificaciones del *Ius Commune*, concluyendo en su mayoría que la cesión de bienes no podía renunciarse de ordinario porque el recurso a la cárcel siempre era temporal o transitorio. No obstante, cabía una excepción, ya que si la renuncia a la cesión de bienes se hacía con juramento solemne, algunos autores estaban de acuerdo en admitirla, a pesar de que fuera en contra de la pragmática de 1501, y también en detrimento de la prisión-servidumbre⁶¹.

La práctica de la prisión-servidumbre con «argolla al cuello», de rancio sabor medieval, se vio muy mermada en la Edad Moderna no sólo por este tipo de consideraciones, que permitían al deudor renunciar solemnemente a la ella, esperando en la cárcel a conseguir el dinero suficiente para pagar la deuda. Al menos desde la segunda mitad del siglo XVI, también se manejó otro argumento doctrinal que, utilizado poco a poco por los jueces en sus tribunales, fue acabando con esta antigua reminiscencia de la autotutela, y que consistía en considerar a la mujer del deudor como la primera de sus acreedoras. Bajo el

⁵⁹ D. DE COVARRUBIAS: *Variarum resolutionum, liber 2*, cap. 1, pp. 119 ss., n. 6, y A. DE VILLADIEGO: *Instrucción política y práctica judicial conforme al estilo de los consejos, audiencias, y tribunales de corte, y otros ordinarios del Reyno*, Madrid, 1766, cap. 2, n. 178, fol. 55.

⁶⁰ D. DE SOTO: *De iustitia et iure libri decem, 1556, libro IV, quaestio VII, art. IV*, en edic. facsímil con traducción de GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, Madrid, 1968, tomo 2, p. 381, citando las leyes del C. 7, 71, 1 y 7.

⁶¹ Entre otros, D. DE COVARRUBIAS: *Variarum resolutionum, liber 2*, cap. 1, pp. 119 ss., n. 7; J. GUTIÉRREZ: *Tractatus de iuramento confirmatorio*, Madrid, 1597, cap. 18, nn. 1, 2 y 4; y A. DE VILLADIEGO: *Instrucción política y práctica judicial conforme al estilo de los consejos, audiencias, y tribunales de corte, y otros ordinarios del Reyno*, Madrid, 1766, cap. 2, n. 177, fol. 54.

argumento de que aquél había consumido su dote, se entendía así que la mujer del deudor era su principal acreedora, y éste debía ser entregado en primer lugar a ella sin argolla al cuello⁶².

El perjuicio que sin duda esta práctica ocasionaba a los acreedores fue puesto de relieve en las Cortes de Castilla de los años 1558 y 1559. En estas fechas, en la que la corruptela aún no debía estar demasiado extendida, los procuradores pidieron al monarca que cambiase la prisión-servidumbre por una pena corporal, de vergüenza o de servicios en las galeras del rey, para prevenir que los deudores quedaren impunes al amparo de sus mujeres. Sin embargo, en ambos casos la respuesta fue negativa, y con este refrendo más o menos tácito del derecho público, la práctica jurisprudencial quedó finalmente consolidada en el ordenamiento jurídico castellano:

«Sobre los que hazen cesión de bienes. Otrósí dezimos, que los tratantes y arrendadores e deudores han hallado una nueva manera de alçarse con lo que deven, e gastar y comer las haciendas ajenas y holgarse con ellas, que es manera de hurtarlas e robarlas e de esconder e conservar las suyas, dexandose prender por las tales deudas. Y han venido en tan gran desvergüenza y poco temor de Dios que luego piden que quieren hazer cesión de bienes e renunciar la cadena, e hazen para ello citar a sus acreedores, e oponerse sus mugeres contra ellos, diciendo que por sus dotes e arras con que estan prevenidos, que son falsos y simulados, procurando que ellas se prefieran e que ellos sean entregados a sus mugeres, porque en su poder no traen argollas: y desta manera se quedan con las haciendas ajenas, burlando de sus acreedores: Y si temiesen que les habían de dar una pena corporal y de vergüenza o echarles a las galeras ninguno haría la dicha cesión de bienes. Y aunque se ha pedido y suplicado otras veces por el remedio desto, no se ha proveydo hasta agora; y conviene mucho que se provea. Suplicamos a vuestra Majestad mande que los tales tratantes, arrendadores o deudores que dixeren que no tienen bienes para pagar lo que deven y se metieren en la cárcel, y dixeren que quieren hacer la dicha cesión de bienes e renunciar a la cadena se le dé una pena corporal o de vergüença o de galeras, o se les ponga la argolla que manda la pragmática: e que aquella tenga un palo de hierro que salga fuera de todos los vestidos (que por encubrirla los usan altos) y que si se entregaren a sus muge-

⁶² G. MONTERROSO Y ALVARADO: *Práctica criminal y civil e instrucción de escribanos*, Valladolid, 1563, fol. 34, donde, tras transcribir la fórmula con la que los jueces suelen dar la sentencia en este punto, concluye el autor: «Vista la orden y forma, que tiene el processo de cesion de bienes, y como en la sentencia entra su muger del que hizo la cesión. Ansi suele acaecer a los que destos que son casados hazen cessión, y no hezimos mencion della, por que es processo aparte, que estas mugeres traen con los acreedores en via ordinaria, donde presentan sus dotes, o prueban con testigos lo que llevaron a poder de los maridos. Y como avemos declarado ha de yr hecho en via ordinaria, no hay necesidad de poner aquí el processo, por evitar comploxidad, mas de advertir dello». Además de a Monterroso y Alvarado, sobre esta cuestión F. TOMÁS Y VALIENTE: «La prisión por deudas en los derechos castellano y aragonés», en *AHDE*, 30 (1960), pp. 406-408, cita a Avilés, Yáñez Parladorio, Nicolás Antonio, Matienzo, Amador Rodríguez y Suárez de la Paz.

res sea con esta misma argolla. Porque desta manera no se alçaran con lo ageno, ni comeran ni beberán ni encubriran»⁶³.

A pesar de estar previsto en las leyes, el arcaico recurso a la prisión-servidumbre en Castilla se fue apartando así de la práctica jurídica, coincidiendo con el desarrollo de un aparato judicial cada vez más fuerte en el reino, en un proceso que no era ajeno al resto de los reinos peninsulares y europeos⁶⁴. Ningún jurista de los siglos XVII y XVIII se referían ya a ella, y si lo hacían de manera incidental era simplemente para recordarla como un uso histórico, completamente desterrado de la práctica judicial del momento⁶⁵.

Prohibida por la ley la prisión cautelar desde fechas tempranas, y superada por la doctrina y la práctica jurídica la prisión-servidumbre en época más tardía, la única forma de prisión por deudas que se realizaba en Castilla a partir del siglo XVII era, por consiguiente, la prisión coactiva con la que trataba de procurarse la cesión de bienes. En estas circunstancias tan beneficiosas para el deudor, no era infrecuente que se produjeran importantes abusos. Bastaba con hacerse un eterno deudor de la propia mujer, o de ocultar los bienes a la justicia y aguantar el tipo en la cárcel hasta demostrar la insolvencia. Después, como denunciara Berní, el deudor «sale de la cárcel, saca los bienes escondidos, come bien y se regala, y llore quien llore»⁶⁶.

Ahora bien, si la prisión por deudas sufrió de por sí tan importantes limitaciones en la regulación o práctica del proceso ordinario, lo que realmente produjo el ocaso de esta institución en la Edad Moderna fue el continuo aumento de personas privilegiadas que recibieron el beneficio de quedar exentas de ella. Tomás y Valiente realizó un pormenorizado estudio al que me remito para el conocimiento de esta cuestión⁶⁷. Siendo coincidentes la mayoría de opiniones doctrinales sobre la misma, yo prefiero ser breve y señalar sólo a continuación aquellos aspectos que han podido pasar desapercibidos en el trabajo de aquél.

⁶³ Cortes de Valladolid de 1558, pet. 46, en *CLC*, tomo V, Madrid, 1909, p. 757. Véase también las Cortes de Toledo de 1559, pet. 43, en *CLC*, tomo V, Madrid, 1909, p. 829.

⁶⁴ G. SALVIOLI: *Storia del diritto Italiano. Storia della procedura civile e criminale*, vol. III, Parte Seconda, Milano, 1927, pp. 626 ss.

⁶⁵ R. L. DE DOU Y DE BASSOLS: *Instituciones del derecho público general de España con noticia del particular de Cataluña*, tomo VII, Madrid, 1802, libro 3, tít. 5, cap. 5, secc. 2, art. 3, párrafo 13, en edic. facsímil en Barcelona, 1975, p. 391: «Antiguamente por la ley NR 5, 16, 6 y 7 debía ser condenado el que hacía cesión de bienes a servir al deudor trayendo siempre una argolla del hierro al cuello». En este sentido, y de forma más temprana, también se pronunció A. DE VILLADIEGO: *Instrucción política y práctica judicial conforme al estilo de los consejos, audiencias, y tribunales de corte, y otros ordinarios del Reyno*, Madrid, 1766, cap. 2, n. 174, fol. 54: «Hecho esto, antiguamente por Derecho, y Leyes de estos Reynos, aunque hoy día no se practica, se entregaba el Deudor al Acreedor mas antiguo, al qual iba pagando primero del trabajo de su oficio que sabía, y el Acreedor le iba alimentando; y no teniendo oficio, le iba sirviendo hasta compensar la deuda con el servicio, y assi por su antigüedad se iba entregando à los demás acreedores, limitando el Juez lo que havia de servir a cada uno».

⁶⁶ J. BERNÍ: *El abogado instruido*, Valencia, 1763, pp. 148-149.

⁶⁷ Según F. TOMÁS Y VALIENTE: *La prisión por deudas en los derechos castellano y aragoneses*, en *AHDE*, 30 (1960), p. 375, «precisamente lo que determina en la segunda mitad de este

El primero de los grupos exentos desde fechas muy tempranas (ya obtuvieron el privilegio los caballeros de los últimos grandes concejos reconquistados en la mitad sur peninsular), fue el de los nobles. El privilegio de no poder ser encarcelados por deudas se fijó definitivamente en el Ordenamiento de Alcalá de 1348, y fue reiterado en el derecho posterior, añadiéndose como únicas excepciones las que eran generales en el ordenamiento jurídico: la de poder ser apresado por deudas en el caso de ser arrendador o cogedor de rentas reales, y desde la promulgación de las leyes de Toro en 1505 el que pudieran ser apresados aquellos nobles cuya deuda tuviera origen en un delito⁶⁸. La ciencia jurídica especificaba, por lo demás, que el hidalgo respondería en la prisión sólo si hubiera cometido el delito, pero no si era fiador de saneamiento, y también estaba de acuerdo mayoritariamente en que el privilegio era renunciable, siendo practicada la renuncia de forma muy frecuente de hecho⁶⁹.

Este privilegio fue irradiando, poco a poco, sobre otras personas, y desde los siglos XVI y XVII la doctrina fue considerando exentos de la cárcel por deudas a los doctores, licenciados, abogados e, incluso, simples bachilleres, por pertenecer como pertenecían a la nueva «nobleza de toga»; a los vizcaínos porque «son tenidos por nobles, y gozan del privilegio de la nobleza»; y a los soldados o militares mientras estuvieran en activo al servicio del reino⁷⁰. Esta misma extensión del privilegio de la nobleza la hacían los autores con respecto a los clérigos, de los que según Tomás y Valiente nada decía el derecho, probablemente porque la única norma que hacía referencia al caso en las Partidas sólo excluía del régimen de la prisión al clérigo deudor de otro clérigo, dando a entender que quizá el clérigo deudor de un seglar sí podía ser apresado⁷¹. Las Leyes del Estilo, por su parte, especificaban que el clérigo deudor del rey por

período la paulatina disminución en el uso de la prisión por deudas no son razones técnicas, o modificaciones operadas en el ordenamiento jurídico que vinieran a sustituir a la prisión corporal, sino que aquello que acaba poco a poco con la prisión es el crecimiento progresivo del número de personas que gozaban del privilegio de estar exentas».

⁶⁸ Véanse las OORR 4, 2, 4 y 5, las Leyes de Toro, 79, la NR 6, 2, 4 y la NoR 6, 2, 2.

⁶⁹ Además de los autores manejados en su obra por Tomás y Valiente (Covarrubias, Azavedo, Juan Gutiérrez, Antonio Gómez, Rodríguez, Yáñez Parladorio, Hevia Bolaños o Villadiego), puede consultarse a J. ÁLVAREZ POSADILLA: *Comentarios a las leyes de Toro*, Madrid, 1826, comentario a la ley 79, p. 407; D. DE SOTO: *De iustitia et iure libri decem, 1556, libro IV, quaestio VII, art. IV*, en edic. facsímil con traducción de González Ordóñez, Madrid, 1968, tomo 2, p. 381, o J. CASTILLO DE BOVADILLA: *Política para corregidores y señores de vasallos*, Amberes, 1704, libro 3, cap. 15, n. 20, en tomo 2, fol. 271: «A los hidalgos por causas civiles, que no decendan de delito, no los debe tener presos, ni por no dar fianças de saneamiento, constando por información sumaria, hecha con citación de parte, que lo son (...). Pero este privilegio pueden los hidalgos renunciarle, según la mas común opinión, y mas practicada en las Chancillerías, y Consejo, en especial si lo jurasen».

⁷⁰ Entre otros, A. DE VILLADIEGO: *Instrucción política y práctica judicial conforme al estilo de los consejos, audiencias, y tribunales de corte, y otros ordinarios del Reyno*, Madrid, 1766, cap. 2, nn. 88-97, fol. 45.

⁷¹ P. 1, 6, 23.

deuda fiscal sí debía ser apresado en la cárcel pública, lo que vendría a confirmar que no cabía en todos los casos la exención de los religiosos⁷².

También estaban exentas de la prisión por deudas las mujeres. En principio la única excepción que se contempló con respecto a ellas fue que «si mugieres ovieren de estar presas por debda o por fiadura que ayan, denles carcel apartada en que esten, e si el debdor se quisiere fiar o asegurar en la mugier que algol deviere por esta razón, quel eche su señal y ande por la villa por su presa»⁷³. Pero al menos desde 1387 se prohibió que fueran presas, aunque tan sólo fuera por deuda o por fianza contraída por su marido, para evitar aquella antigua práctica medieval por la que los deudores entregaban en su nombre a sus propias mujeres o hijos a la prisión o servidumbre⁷⁴. Más adelante, las Leyes de Toro de 1505 ampliaron el privilegio de las mujeres, estableciendo que «ninguna muger por ninguna deuda, que no descienda de delicto puede ser presa, ni detenida si no fuere conocidamente mala de su persona»⁷⁵; y fue en esta última frase donde hizo mayor hincapié la doctrina, tratando de dilucidar si por mujer «conocidamente mala de su persona» sólo debían considerarse a las meretrices o bastaba que fuera mujer de vida escandalosa⁷⁶.

Las leyes del Estilo especificaban, por su parte, que ningún cliente pobre o insolvente podía ser dado a su abogado acreedor en prisión-servidumbre para el pago del salario. Posteriormente la doctrina no sería recogida ni reiterada por los autores de la Edad Moderna, en la que como sabemos la prisión-servidumbre fue perdiendo todo sentido, pero al menos durante un período de tiempo dicha limitación debió aplicarse también por los tribunales: «El Abogado por su salario si aquel ha de dar salario no ha bienes de que lo pague, no gelo dará preso: vaya el ayuda que le fizo por el amor de Dios»⁷⁷.

Los procuradores de las ciudades del reino obtuvieron en 1351 de Pedro I el privilegio de no ser apresados por deudas mientras estuvieran en la Corte. Este privilegio, que abarcaba sólo a sus deudas personales, se amplió poco después a las deudas públicas del concejo al que representasen, y así se consolidó en la legislación castellana durante toda la Edad Moderna⁷⁸. Frente a ellos, otros colectivos que durante la Baja Edad Media consiguieron puntualmente de los reyes un privilegio similar, como los monederos u obreros de las Casas de la Moneda⁷⁹, y los mercaderes o tratantes de la feria de Medina y otras ferias

⁷² Leyes del Estilo, 68.

⁷³ Explicando el significado del FR 3, 8, 2, así se expresaron las Leyes Nuevas, 19.

⁷⁴ OORR 5, 13, 3 y 5, 11, 2.

⁷⁵ Leyes de Toro, ley 62, NR 5, 3, 7, 8 y 10, y NoR 10, 2, 2 y 4.

⁷⁶ J. CASTILLO DE BOVADILLA: *Política para corregidores y señores de vasallos*, Amberes, 1704, libro 3, cap. 15, n. 34, en tomo 2, fol. 274, también se planteaba si «la mujer tratante, y que se alça si puede ser presa», concluyendo que en este caso sí podía serlo porque cometía un delito exento del privilegio.

⁷⁷ Leyes del Estilo, 20.

⁷⁸ NR 6, 7, 10 y 11.

⁷⁹ Juan II en las Cortes de Madrid de 1435, pet. 25, en las *CLC*, tomo III, Madrid, 1866, pp. 213-218.

antiguas⁸⁰, debieron ver cómo sus respectivos privilegios de exención caían en el olvido con el paso del tiempo, no siendo recogidos en las posteriores recopilaciones generales del derecho castellano, ni vueltos a mencionar en forma alguna por la doctrina moderna.

A sensu contrario, de los que sí se ocupó extensamente la doctrina fue de otra serie de colectivos que, no estando expresamente contemplados por las leyes castellanas como grupo privilegiado, recibieron este beneficio en la práctica jurisprudencial gracias a la labor de comentario, interpretación e integración del *Ius Commune* que a lo largo estos siglos desarrollaron los autores. Entre ellos se encontraban los menores de 25 años, «porque así como no pueden contratar, no pueden causar contumacia que justifique la prisión, ni hacer cesión de bienes»⁸¹; los enfermos hasta que se recuperasen de su enfermedad; los ascendientes, descendientes o cónyuges por deuda civil contraída entre ellos; los herederos por deudas de la herencia aceptada a beneficio de inventario⁸²; los tutores, curadores o administradores por deuda no fraudulenta nacida de su tutela, curatela o administración; los jueces residenciados; y los que contrajeron la deuda por caso fortuito o error⁸³.

Finalmente, en 1476 los labradores recibieron de los Reyes Católicos el privilegio de no ser apresados «mientras labraren», para no perjudicar el negocio agrícola⁸⁴. En 1549, Felipe II ampliaba este privilegio, prohibiendo que los labradores fuesen encarcelados por deudas que no procedieran de delito desde el mes de julio al de diciembre, de manera que el acreedor que lo demandase en ese tiempo perdería su derecho a cobrar la deuda, y el juez que ordenara la prisión tendría pena de suspensión de oficio durante un año⁸⁵. No contento con ello, el privilegio fue ampliado por el mismo monarca en 1619, con base a una respuesta a su consulta otorgada por el Consejo de Castilla, la cual aconsejaba que los labradores no pudieran ser presos «en ningún tiempo del año, sino es que las deudas provengan de delito o sean contraídas antes de ser labrador». A partir de entonces el privilegio se mantuvo en los mismos términos, con la única adición de que se considerada también afectados por el mismo, junto a los labradores, a los artesanos⁸⁶.

⁸⁰ Enrique IV en las Cortes de Santa María de Nieva de 1473, pet. 19, en las *CLC*, tomo III, Madrid, 1866, pp. 869-870.

⁸¹ J. CASTILLO DE BOVADILLA: *Política para corregidores y señores de vasallos*, Amberes, 1704, libro 3, cap. 15, n. 29, en tomo 2, fol. 272, citando las leyes del C. 2, 26 (27), 1 y 4.

⁸² A. AZEVEDO: *Commentarii in Iuris Civilis in Hispaniae Regias Constitutiones*, Lugduni, 1773, comentario a la NR 4, 21, 19, nn. 91-92

⁸³ Los que más ampliamente se pronuncian sobre todos ellos, recogiendo citas anteriores de autores patrios y extranjeros, son HEVIA BOLAÑOS: *Curia Philipica*, Madrid, 1797, Segunda Parte, cap. 17, nn. 3-32, en edic. facsímil de Valladolid, 1989, pp. 141-147; y A. DE VILLADIEGO: *Instrucción política y práctica judicial conforme al estilo de los consejos, audiencias, y tribunales de corte, y otros ordinarios del Reyno*, Madrid, 1766, cap. 2, nn. 86-101, fols. 44-46.

⁸⁴ NR 8, 14, 25.

⁸⁵ NR 4, 21, 25 y NoR 11, 31, 15.

⁸⁶ Pragmática de 18 de mayo de 1619 en NR 4, 21, 28 y NoR 11, 21, 17. El Consejo de Castilla la reitera en el Auto de 30 de julio de 1708, en NR 2, 25, aut. 8, y Carlos III en pragmá-

En conclusión, al final del Antiguo Régimen la práctica de la prisión por deudas estaba muy mermada. No sólo fueron las limitaciones que la propia ley castellana impuso a la aplicación de determinadas formas de prisión, como la cautelar, ni las crecientes trabas o impedimentos jurídicos que la doctrina planteó para que la prisión-servidumbre pudiese llevarse a cabo, además de los usos fraudulentos o corruptelas que muchos deudores aprendieron a hacer, sino también el gran número de personas privilegiadas que eximía de este tipo de medida a un porcentaje amplísimo de la población. Piénsese sólo en la gran cantidad de personas que quedaban fuera del mismo con la exención de nobles, clérigos, bachilleres o superior, mujeres, menores de 25 años, labradores o artesanos, prácticamente representantes de todos los sectores de la sociedad.

III. LA CÁRCEL COMO MEDIDA CAUTELAR O COACTIVA EN EL PROCESO PENAL

Si nos acercamos a la siempre ilustrativa literatura del Siglo de Oro español, o con criterios más científicos a la literatura jurídica, la documentación judicial o las abundantes fuentes legislativas de la época sobre el funcionamiento de las cárceles y sus oficiales, tenemos necesariamente que concluir que tales establecimientos ocuparon un lugar destacado en la gestión pública de la justicia durante toda la Edad Moderna. Las cárceles castellanas no sólo sustentaron la ocupación y el bolsillo de muchos oficiales públicos, y despertaron una creciente atención por parte de la monarquía legisladora, que se preocupó de regular el régimen carcelario y ampliar las funciones de las mismas, sino que se erigieron en uno de los lugares más temidos para los ciudadanos, y dignos de compasión para aquellos que predicaban la misericordia con el prójimo o que acuciaron los primeros principios humanitarios en la administración de justicia.

Las obras de denuncia que ya en la Edad Moderna comenzaron a clamar por un régimen penitenciario más humano, mostrándonos unas cárceles hacinadas, insalubres, cruentas y corruptas, nacieron en su mayoría del ideario erasmista llegado a España principalmente de la mano de Juan Luis Vives⁸⁷. Los primeros escritos sobre la cuestión datan de los siglos XVI y XVII, cuando algunos juristas, concernidos en su trabajo con la vida carcelaria o especialmente sensibilizados con el problema social, plantearon a los monarcas pro-

tica de 27 de mayo de 1786, en NoR 11, 31, 19, renovándola dos años después en la Instrucción de Corregidores y en la Cédula de 15 de mayo de 1788.

⁸⁷ La obra de J. L. VIVES: *De subventione pauperarum sive de humanis nec essitatibus*, Brujas, 1526, preocupada fundamentalmente por la asistencia a los pobres y su distinción de los vagos o maleantes que infectaban las ciudades de la Edad Moderna, influyó profundamente en los pensadores españoles.

yectos reformativos. Es el caso de Bernardino Sandoval, maestro-escuela de la catedral primada de Toledo⁸⁸; Tomás Cerdán de Tallada, abogado de presos valenciano⁸⁹; Cristóbal de Chaves, procurador de la Audiencia de Sevilla⁹⁰; el jesuita Pedro de León, que también atendió a los presos de la cárcel sevillana⁹¹, o el médico de la cárcel real Cristóbal Pérez de Herrera⁹².

Más adelante, fueron los autores ilustrados los que se ocuparon de la cuestión, haciendo de ella uno de los temas más debatidos y paradigmáticos en la reforma del derecho penal siguiendo el ideario de Beccaria⁹³. Estos autores compartían una tendencia que era común a toda Europa, y que en España defendieron señalados criminalistas como Lardizábal o Joseph Marcos Gutiérrez⁹⁴, quienes gozaron del privilegio de haber abierto el camino a una serie de autores decimonónicos que con posterioridad plantearon toda la reforma penitenciaria en la dirección humanitaria, garantista, punitiva (además de preventiva), y eminentemente correccionalista que ahora conocemos⁹⁵.

Basándose principalmente en estas fuentes, de incuestionable valor para la investigación, la historiografía contemporánea más actual se ha acercado en numerosas ocasiones al tema de la cárcel en la Edad Moderna o el Antiguo

⁸⁸ B. DE SANDOVAL: *Tractado del cuidado que se deve tener de los presos pobres*, Toledo, 1564.

⁸⁹ T. CERDÁN DE TALLADA: *Visita de la cárcel, y de los presos*, Valencia, 1567.

⁹⁰ C. DE CHAVES: «Relación de las cosas de la cárcel de Sevilla y su trato» (s. f., aunque no anterior a 1585), en B. GALLARDO: *Ensayo de una biblioteca española de libros raros y curiosos formado con los apuntamientos de don Bartolomé Gallardo, coordinados y aumentados por don M. R. Zarco del Valle y don J. Sancho Rayón*, 4 tomos, Madrid, 1968-1969 (edic. facsímil de la de 1866), edit. Gredos, tomo I.

⁹¹ La obra del padre P. DE LEÓN: «Compendio de algunas experiencias en los ministerios de que usa la Compañía de Jesús» (s. f., aunque hacia 1616), ha sido publicada por P. HERRERA DE PUGA: *Sociedad y delincuencia en el siglo de Oro*, en Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1974, además de en otros estudios parciales.

⁹² C. PÉREZ DE HERRERA: *Amparo de los verdaderos pobres y reducción de los fingidos*, 1598 (edición facsímil por M. CAVILLAC: Clásicos Castellanos, Madrid, 1975).

⁹³ Véase BECCARIA: *De los delitos y de las penas*, Livorno, 1764.

⁹⁴ M. de LARDIZÁBAL: *Discurso sobre las penas*, Madrid, 1782, edic. facsímil en México, 1982, pp. 213 ss., y J. M. GUTIÉRREZ: *Práctica criminal de España*, Madrid, 1804, tomo I, cap. 6.

⁹⁵ Aunque esta problemática escapa del objeto de estudio aquí planteado, de modo meramente indicativo señalaremos entre ellos a C. ARENAL: *El visitador del preso*, Madrid, 1860; *El reo, el pueblo y el verdugo*, Madrid, 1868, o *Estudios penitenciarios*, Madrid, 1895; V. BOIX: *Sistema penitenciario del presidio correccional de Valencia*, Valencia, 1850; F. CADALSO: *Estudios penitenciarios*, Madrid, 1893; J. M. CANALEJAS: *Cuestiones penitenciarias*, Madrid, 1855; F. LASTRES: *Estudios sobre derecho penal y sistemas penitenciarios*, Madrid, 1875; M. A. LÓPEZ: *Descripción de los más celebres establecimientos penales de Europa y Estados Unidos, seguida de la aplicación práctica de sus principios y régimen interior a las Casas de Corrección, Fuerza y Reconciliación que pudieran plantearse en España...*, Valencia, 1832; F. MURUBE: *Tratado de las prisiones y sistemas penales de Inglaterra y Francia, con observaciones generales sobre lo que conviene saber para la reforma de los de España*, Santiago de Compostela, 1860; o B. SACANELLA: *Memoria sobre el sistema penitenciario en España*, Madrid, 1869; sin contar con el nutrido grupo de autores que publicó sus artículos en la *Revista de Estudios Penitenciarios*, fundada también en el siglo XIX.

Régimen, si bien es cierto que en general se ha afrontado con mayor profundidad desde el punto de vista social que desde el punto de vista jurídico. Desde la historia del Derecho existen no obstante magníficas aportaciones, como las realizadas por Petit Caro, Fernández Vargas, Fiestas Loza, Gacto Fernández, Tomás y Valiente, Bermejo Cabrero, o Pérez Marcos⁹⁶, de las que se obtiene una visión amplia, completa y autorizada del régimen penitenciario en el reino de Castilla. De todas ellas se desprende una descripción difícilmente superable de la cárcel moderna como institución jurídica, pero se echa en falta un acercamiento a la misma como momento procesal, objeto de estudio que hasta ahora ha permanecido apartado de la investigación⁹⁷, y que es la laguna que se pretende llenar, con mayor o menor acierto, a través de este trabajo.

Por eso, las principales fuentes de estudio que se manejan no son las obras humanitarias o reformistas de los autores de la época, como ha ocurrido en los trabajos de investigación susodichos, sino más bien las «Prácticas judiciales» que nos informan sobre los usos que se aplicaban en los tribunales, además de la propia legislación y la doctrina jurídica que la interpretaba y desarrollaba. Aquellas nos sirven para atestiguar el abundante y severísimo uso de la cárcel que se hacía en la Edad Moderna o el Antiguo Régimen. Pero serán éstas las que nos expliquen el porqué, habida cuenta de que, como hemos visto bajo el epígrafe precedente, la prisión ordinaria por deudas, que era el foco originario en el que se basó el uso de la prisión, fue siendo paulatinamente superada en esa época.

Efectivamente, si la prisión por deudas fue sufriendo crecientes limitaciones que supusieron su lento pero definitivo ocaso durante la época en estudio, ¿de quienes estaban llenas las cárceles castellananas al margen de los pocos deudores que excepcionalmente iban a parar a ellas? Fundamentalmente de delincuentes, malhechores, pobres, mendigos, vagos o maleantes, que eran detenidos cautelarmente a la espera de la resolución de sus causas o la ejecución de las sentencias, o bien expiaban en ellas sus culpas, en principio de forma residual pero cada vez de manera más frecuente como veremos más adelante al tratar sobre la pena de prisión.

La cárcel en la Edad Moderna sirvió, en consecuencia, para dar respuesta principalmente a un momento procesal derivado del proceso penal, que se

⁹⁶ C. PETIT CARO: «La cárcel de Sevilla», en *Archivo Hispalense*, Segunda época, núm. 12, vol. 4, Sevilla, 1945; V. FERNÁNDEZ VARGAS: «Noticia sobre la situación penal de León en 1572 y 1573. Un documento para la historia de la penalidad en España», en *AHDE*, 38 (Madrid, 1968); A. FIESTAS LOZA: «Las cárceles de mujeres», en *Historia 16*, octubre de 1978, extra VII; E. GACTO FERNÁNDEZ: «La vida en las cárceles españolas en la época de los Austrias», en *Historia 16*, octubre de 1978, extra VII; F. TOMÁS Y VALIENTE: «Las cárceles y el sistema penitenciario bajo los Borbones», en *Historia 16*, octubre de 1978, extra VII; J. L. BERMEJO CABRERO: «Tormentos, apremios, cárceles y patíbulos a finales del Antiguo Régimen», en *AHDE*, 56 (Madrid, 1986); o R. PÉREZ MARCOS: «Tomás Cerdán de Tallada, el primer tratadista del derecho penitenciario», en *AHDE*, 75 (Madrid, 2005).

⁹⁷ Con excepciones como la ya conocida de F. TOMÁS Y VALIENTE: «La prisión por deudas en los derechos castellano y aragonés», en *AHDE*, 30 (1960), para el caso del proceso civil, o la más reciente de M. P. ALONSO ROMERO: *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Salamanca, 1982, pp. 196-203, sobre la cárcel como momento propio del proceso penal.

consolidó en el derecho castellano desde que la monarquía comenzara a preocuparse por la recuperación del *ius puniendi* a partir de la Baja Edad Media, en detrimento de las antiguas prácticas de autotutela o venganza privada. En este proceso de recuperación del *ius puniendi* y consolidación de un procedimiento penal, independiente del civil, fue esencial la influencia del *Ius Commune*, aunque, como se dijo en la introducción, ya en los fueros municipales más extensos pueden encontrarse las primeras divergencias en el proceso por razón del delito que afectaron, entre otras cuestiones, al uso de las prisiones (principalmente a través de su aplicación siempre pública frente a antiguas prácticas privadas, la detención sin fianza en delitos graves, etc.).

A pesar de ello, el decurso en el que confluirían los principios tomados del Derecho Común con las propias necesidades acuciadas por el derecho tradicional sería lento. Bajo la rúbrica «De las acusaciones, y pesquisas», el Fuero Real ya dotó a la justicia regia de mayores competencias en la persecución y enjuiciamiento de los delitos, pergeñando los principios fundamentales del nuevo proceso, pero lo hizo aún de forma muy rudimentaria. De la prisión en el proceso criminal en concreto, sólo se pronunció a partir de la ley que establecía que «si algún home yoguiere en cárcel, ó en otra prisión por furto ó por otra cosa que le apongan, é después fuere suelto porque no es culpado en aquello que le pusieron, no dé carcelaje ninguno: mas aquel que lo fizo prender á tuerto, pechelo»⁹⁸. Ninguna disposición más nos permitiría establecer las diferencias que de hecho ya se venían produciendo entre la prisión por deudas y la que se derivaba de un ilícito penal.

Por lo demás, aunque ninguna norma del Fuero Real lo estableciese expresamente, en las Leyes del Estilo también se nos informaba de una práctica que a partir del mismo se consolidaría en el derecho castellano a la hora de aplicar la prisión en el momento penal: «Otro sí, sobre aquella palabra que dice: Si no fuere arraygado recáudenlo. Esto usan asi desta guisa, que si el fecho es tal, porque estonce es fecho de nuevo: y el que dicen, è acusan que lo fizo, que merezca pena de muerte, è de perdimiento de miembro, prenderlo han, maguer sea raygado, ò de fiadores»⁹⁹.

Esta misma doctrina, que permitía encarcelar directamente, sin admitir garantía prendaria ni fianza alguna, a quienes hubiesen cometido un delito susceptible de ser castigado con la pena de muerte o corporal, quedó finalmente asentada en las Partidas¹⁰⁰. En este texto se desarrollarían de forma más

⁹⁸ FR 4, 13, 12.

⁹⁹ Leyes del Estilo, 66. Véanse también las Leyes del Estilo, 73: «otrosí, es à saber, que vienen muchos hombres querellosos, diciendo, è querellando contra algun hombre que tienen preso los Oficiales, que aquel hombre los robó, cada uno dellos yendose por el camino...»; y Leyes del Estilo, 120: «otrosí, en qualquier villa, de todos los sus Reynos, también en los de los Señoríos do es el Rey, è si alguno desa Villa fizo algun tuerto, ò firió à alguno de los del rastro del Rey porque debe ser preso, el Alguacil del Rey lo debe tener preso, y no el de la Villa, y los Alcaldes del Rey lo deben juzgar, maguer la Villa sea de señorío».

¹⁰⁰ La bibliografía sobre esta cuestión es escasa. G. LASALA NAVARRO: «La cárcel en Castilla durante la Edad Media», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, 80 (1951), pp. 61-67, apenas hace una enumeración de las leyes de Partidas que se ocupan de la prisión,

extensa y casuística las peculiaridades del proceso penal frente al civil¹⁰¹, incluyendo en el título «De cómo deven ser recabdados los presos» las que se referían a la práctica de la prisión cautelar, preventiva o garantista¹⁰².

Ahora bien, antes de la prisión cautelar se practicaba en el proceso penal otro tipo de encarcelamiento que era previo: el arresto. Las Partidas sólo exigían la interposición de una acusación «de yerro que oviese fecho en alguna de las maneras que diximos en las leyes delos titulos desta setena partida», o bien el mero hecho de ser alguien «enfamado» si el procedimiento se abría de oficio en vez de a instancia de parte¹⁰³, para que el juez decretase el mandamiento de prisión. Sin embargo, como ha señalado antes que yo Alonso Romero¹⁰⁴, el Derecho Común exigía la concurrencia de algún tipo de indicios o presunciones de culpabilidad contra la persona para que se pudiera proceder a su captura¹⁰⁵, y sobre esta doctrina extranjera la ciencia jurídica castellana elaboró una extensa teoría sobre la fase de información, instrucción o sumario, previa a la detención de cualquier reo¹⁰⁶.

En esta fase, para evitar prender a un inocente por rumores y noticias falsas, o la denuncia engañosa que algún enemigo interpusiera contra él, el juez debía realizar información de lo ocurrido, sin citarle previamente, atendiendo

aunque se pueden encontrar referencias más precisas en M. P. ALONSO ROMERO: *El proceso penal en Castilla (siglos XI-XV)*, Madrid, 1995, pp. 196-205.

¹⁰¹ Sobre la influencia del Derecho común, y especialmente el derecho canónico, en el desarrollo del proceso penal castellano, véase E. S. PROCTER: *El uso judicial de la pesquisa en León y Castilla (1157-1369)*, traducción de F. RAMOS BOSSINI, Granada, 1978, y J. VALLEJO: «La regulación del proceso en el Fuero Real: desarrollo, precedentes y problemas», en *AHDE*, 55 (1985).

¹⁰² P. 7, 29, proemio: «Recabdados deven ser los presos que fueren acusados de tales yerros, que si gelos probasen deven morir porende, é ser dañados de algunos de sus miembros; ca non deben ser dados estos tales por fiadores, porque si después ellos entendiesen que el yerro les era provado, con miedo de reçeibir daño o muerte por ello, fuyrían de la tierra ó se esconderían de manera que los non podrían fallar. Para cumplir en ellos la justicia que devían aver. Onde, pues que en los títulos ante desde fablamos de todos los malos fechos que los omes fazen, queremos aquí decir, como deven recabdar aquellos que fueren acusados, ó fallados en algunos destos maleficios sobredichos: é demostraremos quando estos deven ser recabdados, é por cuyo mandado, é en qué manera: é cuales deven ser mandados meter en cárcel, é cuales tenidos en otras prisiones».

¹⁰³ P. 7, 29, 1.

¹⁰⁴ M. P. ALONSO ROMERO: *El proceso penal en Castilla (siglos XI-XV)*, Madrid, 1995, p. 198.

¹⁰⁵ Fundamentalmente, las leyes del C.9, 4, 1 y 2, y el C.9, 3, 2, así como el comentario de Baldo de Ubaldis al D. 48, 13, 11 (9).

¹⁰⁶ Véanse, entre otros, G. LÓPEZ: *Las Siete Partidas*, Salamanca, 1555, glosa «luego» a P. 7, 29, 1; A. GÓMEZ: *Variarum resolutionum*, tomo 3, cap. 9, pp. 209-210; D. DE CANTERA: *Quaestiones criminales*, Salamanca, 1589, *De quaestionibus tangentibus Iudicem. Quaestio tertia. De captura delinquentis*, etc, n. 1, fol. 13; G. DE MONTERROSO Y ALVARADO: *Práctica civil y criminal e instrucción de escrivanos*, Valladolid, 1563, Cuarto Tratado, fol. 47; HEVIA BOLAÑOS: *Curia Philipica*, Madrid, 1797, Tercera Parte, cap. 11, en edic. facsímil de Valladolid, 1989, pp. 207-210, o A. DE VILLADIEGO: *Instrucción política y práctica judicial conforme al estilo de los consejos, audiencias, y tribunales de corte, y otros ordinarios del Reyno*, Madrid, 1766, cap. 3, n. 190, fol. 80.

tanto a las declaraciones de los testigos, que debían tomarse por escrito para que posteriormente no se arrepintieran¹⁰⁷, como a los indicios o presunciones que en cada caso considerara convenientes. Según una antigua doctrina de Derecho Común recogida en las Partidas, era necesario el testimonio coincidente de al menos dos personas de buena fama para crear prueba suficiente de cualquier delito¹⁰⁸. Pero esta disposición aplicable a la fase probatoria del proceso criminal, no era trasladable a la fase inicial del sumario o información previa, en la que, a falta de una legislación aplicable, los autores coincidían unánimemente en que bastaba «qualquiera presumpcion, ó prueba, aunque sea por un testigo menos idóneo» para que el juez decretase el mandamiento de prisión¹⁰⁹, lo que en definitiva dejaba su uso al arbitrio judicial.

La arbitrariedad del juez a la hora de valorar las presunciones o indicios para detener a un presunto delincuente, venía siendo defendida desde antiguo por los autores del *Ius Commune*, y no sólo se recibiría en el reino de Castilla y otros territorios peninsulares, sino que también fue utilizada en otros estados europeos, y especialmente en los italianos¹¹⁰. Los autores consideraban que el arbitrio judicial era el mejor modo de actuar contra las denuncias falsas, y que en cada caso concreto los alcaldes debían actuar con libertad para basarse en unos u otros indicios según la calidad del delito.

En la práctica, sin embargo, la arbitrariedad se traducían en arrestos muy abundantes que apenas se sostenían por levísimos indicios o meras sospechas, porque acuciados cada vez más por un absolutismo monárquico que les alentaba a imponerse a sus súbditos mediante el uso de la fuerza, los jueces solían presumir la culpabilidad de los acusados sin tomarse la molestia de contrastar las informaciones, e incluso «sin preceder información suele mandarse hazer prisión cuando el delito es grave, y el deudor, ó el delincuente es de poca suerte forastero, ò sospechoso de fuga obligándose el que lo pide, à pagar un tanto de pena para la otra parte cada día que le detuviese sin dar la información, ò metiendose preso para ser castigado sino la diere»¹¹¹.

Durante toda la Edad Moderna, sólo la voz del abogado de presos Cerdán de Tallada se alzó contra esta práctica¹¹². El resto de los autores consideraba

¹⁰⁷ J. CASTILLO DE BOVADILLA: *Política para corregidores y señores de vasallos*, Amberes, 1704, libro 3, cap. 15, n. 85, en tomo 2, fols. 284-285.

¹⁰⁸ P. 3, 16, 32, recoge esta teoría, aunque admite excepciones para los delitos atroces que fueron señaladas en I. RAMOS VÁZQUEZ: «La represión de los delitos atroces en el Derecho castellano de la Edad Moderna», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos de la Universidad Católica de Valparaíso*, 26 (2004), pp. 278 ss.

¹⁰⁹ Son palabras literales de HEVIA BOLAÑOS: *Curia Philipica*, Madrid, 1797, Tercera Parte, cap. 11, n. 1, en edic. facsímil de Valladolid, 1989, p. 207.

¹¹⁰ G. SALVIOLI: *Storia del diritto Italiano. Storia della procedura civile e criminale*, vol. III, Parte Seconda, Milano, 1927, cap. VIII, pp. 359-360, y cap. VIII, p. 385, en el que se afirma expresamente que «il mandato di cattura, che doveva sempre essere preceduto dalla informazione, era lasciato all'arbitrio del giudice».

¹¹¹ J. CASTILLO DE BOVADILLA: *Política para corregidores y señores de vasallos*, Amberes, 1704, libro 3, cap. 15, n. 86, en tomo 2, fol. 285, basándose en la ley del C. 9, 3, 2.

¹¹² T. CERDÁN DE TALLADA: *Visita de la cárcel, y de los presos*, Valencia, 1574, en el Prólogo al lector, fol. 2: «Es tan ordinario, discreto Lector, en los casos de Cárcel, para la detención,

que la detención inmediata de la mayoría de los delincuentes, sin garantías previas para el detenido, era el mejor uso de la justicia, siendo ésta una de las principales quejas que los autores liberales, herederos del humanismo jurídico en los siglos XVIII y XIX, harían al sistema judicial del Antiguo Régimen: «Así como la ley debe señalar á cada delito su pena para impedir quanto sea posible toda injusticia y arbitrariedad en el castigo de los delinquentes, así también debería prescribir con toda especificación qué indicios, presunciones, ó pruebas de criminalidad ha de tener contra sí un ciudadano para procederse á su prisión, quando se trate de castigar un atentado digno de ella (...). Mas por desgracia no se halla determinado claramente en nuestra legislación un punto de tanta importancia para la conservación de la libertad civil (...) De aquí es que los intérpretes con su acostumbrada osadía, y cada uno a su antojo ó arbitrio, pasaron a resolver la duda, llegando hasta a decir que qualquiera presunción y el dicho de un menor, de un siervo, de un pariente, de un infame y de qualquiera otro testigo inhíbil bastaba para decretar un auto de prisión»¹¹³.

Siendo así las cosas, casi todos los procesos criminales solían comenzar en Castilla con el citado auto de prisión¹¹⁴. Tan usual era ésta, que algún autor tardío como Dou y de Bassols no dudó en asegurar que la captura era al proceso criminal lo que la citación al proceso civil: «El reo citado con el mandamiento regular de las causas civiles se huiría: por esto se ha hecho precisa en las criminales la captura, que es la citación, que llaman real, porque el modo de citar al reo, contra el qual se pone la demanda por el acusador, denunciador, ó por la fama pública, y otros indicios, es prendiéndole, para que en el acto de la confesión conteste»¹¹⁵.

La única garantía jurídica del detenido en la que el derecho castellano hizo especial hincapié fue en que nadie podía prender a un delincuente si no se

o librança de la persona del delincente, por respecto de la prueba, o de la pena, los Iuezes usar de su arbitrio: y por otra parte la experiencia madre de las cosas nos enseña, que uno de los mayores inconvenientes es en los Iuezes y cosas de Iusticia, el dicho arbitrio: por haver tantos caminos para poder errar llegando el negocio a arbitrio del Iuez».

¹¹³ Las ideas de Beccaria animaron a los penalistas de finales del siglo XVIII o principios del siglo XIX a exigir que la leyes regulasen pormenorizadamente los requisitos para poder proceder a la detención preventiva de un reo. En España, véase en particular a J. M. GUTIÉRREZ: *Práctica criminal de España*, Madrid, 1804, tomo I, cap. 6, p. 207.

¹¹⁴ En este sentido los autores son tajantes. Repárese, por ejemplo, en G. DE MONTERROSO Y ALVARADO: *Práctica civil y criminal e instrucción de escrivanos*, Valladolid, 1563, Cuarto Tratado, fol. 47: «Y presentados y tomados los testigos, si pareciere culpado el acusado, por prouança, de que cometió el delito, o por indicios, o presunciones el juez ha de dar mandamiento para prender, y este se ha de assentar en el processo, y sacar de allí mandamiento, y se entregue al alguacil»; J. BERNÍ: *Práctica criminal*, Valencia, 1749, libro 2, cap. 9: «En vista de la sumaria, si el acusado resulta reo, se manda la prisión y embargo de bienes, mediante el auto siguiente»; o A. DE VILLADIEGO: *Instrucción política y práctica judicial conforme al estilo de los consejos, audiencias, y tribunales de corte, y otros ordinarios del Reyno*, Madrid, 1766, cap. 3, n. 190, fol. 80: «el juez manda dar información, sin citar à la Parte, y dada, se provee Mandamiento de prisión».

¹¹⁵ R. L. DOU Y DE BASSOLS: *Instituciones del Derecho Público general de España, con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno en qualquier estado*, Madrid, 1803, libro 3, cap. 9, secc. 1, n. 8, en edición facsimilar de Barcelona, 1975, tomo 8, p. 162.

trataba de un oficial público y contaba para ello con un mandamiento judicial. No obstante, la norma tuvo importantes excepciones que permitieron lo contrario desde su misma redacción. La primera de ellas era la que permitía que cualquier persona detuviese a los perpetradores de los delitos considerados más graves o «atrocés» (falseadores de moneda, desertores de la milicia, ladrones conocidos, robadores, incendiarios o disipadores de heredades, y raptos de vírgenes o religiosas), con la única condición de ponerlos a disposición de la justicia «según fuero, e costumbre de España», cláusula un que fue concretada por la doctrina en un plazo preciso de veinte horas¹¹⁶.

A ésta, se añadió una segunda excepción en las Cortes de Madrid de 1433, en las que en respuesta a los procuradores del reino Juan II permitió que los oficiales públicos pudiesen detener a los malhechores sin mandamiento judicial sólo en flagrante delito, porque al parecer con anterioridad era práctica habitual que siempre actuasen a su arbitrio¹¹⁷: «Alo que me pedistes por merced deziendo que por quanto muchas vezes acaee en las çibdades e villas delos mis rengos, quelos merinos o alguaciles prenden a algunas personas sin mandamiento de los alcaldes, de que vien en algunos escándalos; que me suplicáuades que mandase guardar las leyes e ordenanças, que son ordenadas en esta razón, mandando que ningund merino nin alguacil non pueda prender persona alguna sin mandamiento de alcalle o juez, saluo si lo fallare faziendo maleficio, e el que asi fuere preso, que sea puesto luego en la cárcel pública, para que libren los alcaldes o juezes lo que deuen judgar»¹¹⁸.

Aunque por lo que se deduce del texto citado, la norma pretendía ser limitativa de la actividad irregular de los alguaciles, en la práctica esta nueva excepción que contenía, y que fue repetida largamente por el derecho posterior¹¹⁹, permitió aún un mayor número de irregularidades. Amparados por la detención «in fraganti», los alguaciles del reino arrestaban por su cuenta a cualquier malhechor o delincuente, sin esperar ningún mandamiento judicial, y en muchas ocasiones con la única finalidad de sacar un beneficio económico a cambio de su libertad cuando la práctica era fraudulenta, o bien recompensados por el poder público a través de las tasas judiciales. No debieron ser motivo disuasorio suficiente frente a ello las severas penas de un año de prisión y reintegro del doble de lo cobrado, o cincuenta azotes en su defecto, reiteradas desde el siglo XIV hasta el siglo XIX para los alguaciles que apresaran a alguien sin expreso mandato judicial¹²⁰.

¹¹⁶ P. 7, 29, 2, y la glosa «En cosas señaladas» realizada a dicha ley por G. LÓPEZ, *Las Siete Partidas*, Salamanca, 1555.

¹¹⁷ Repárese, por ejemplo, en el contenido de las Cortes de Valladolid de 1312, pet. 51, en *CLC*, tomo 1, Madrid, 1861, pp. 209-210: «Orossi mando al mio alguacil e al que por el anduviere que sse guarde de prender nin pendrar a ninguno por sso demanda nin por aiena sin rrazon e sin derecho (...)».

¹¹⁸ Cortes de Madrid de 1433, pet. 26, en las *CLC*, tomo III, Madrid, 1866, p. 176.

¹¹⁹ La reiteraron los Reyes Católicos en las Cortes de Madrigal de 1476, en las *CLC*, tomo IV, Madrid, 1882, pp. 49-50, fue recogida en la NR 4, 23, 7, y se reiteró en la Instrucción de Alguaciles de 30 de agosto de 1743, caps. 4 y 5, en la NoR 4, 30, 12.

¹²⁰ NR 4, 23, 9, y NoR 12, 38, 10.

Utilizando argumentos del *Ius Commune*, la doctrina se encargó de extender la excepción de la detención «in fraganti» que podían realizar los oficiales públicos a los simples particulares, de manera que cualquier persona podía detener a un delincuente en el momento de la comisión del delito siempre que lo presentase en el plazo de veinte horas a la justicia sin incurrir en el delito de cárcel privada¹²¹. Basándose también en el *Ius Commune*, y en la norma patria que permitía al acreedor detener al deudor huido, Diego de la Cantera afirmaba igualmente que los particulares podían detener por su propia autoridad a cualquier delincuente que se hubiese dado a la fuga, siendo en este caso el plazo de entrega al juez más cercano de veinticuatro horas¹²².

Además, siguiendo el precedente de las Partidas que permitía a los particulares detener en cualquier momento a los delincuentes de los delitos «atrocés», los Reyes Católicos ordenaron en las Cortes de Madrigal de 1476 «que qualquiera que oyere el que blasfemare, lo pueda tomar, y prender por su propia autoridad, y lo pueda traer y traiga a la cárcel pública, y poner en cadenas: y mandamos al carcelero que lo reciba en la cárcel, y le ponga prisiones, porque de allí los jueces puedan executar las dichas penas»¹²³. Y esta política fue llevada hasta sus últimas consecuencias por el absolutista Felipe IV, en una ley única en todo el ordenamiento jurídico castellano que no sólo permitía a cualquier persona prender a los numerosos asaltantes y bandidos que asolaban los caminos del reino, sino que incluso podían ofenderlos y matarlos sin incurrir en pena alguna¹²⁴.

Cuando tras realizar la información y dictar el auto de prisión, resultase que el reo se encontrara en una jurisdicción distinta a la del juez que compete la causa, éste debía enviar una carta requisitoria al titular de aquella jurisdicción ajena, sin la cual la detención sería ilegal. Una vez recibida la carta requisitoria por el juez y los oficiales del territorio donde estuviese el delincuente, se había de cumplir inmediatamente siempre que fuera inserta la justificación de la culpa¹²⁵. Las armas ofensivas o defensivas con las que en ese

¹²¹ Autores posteriores citan fundamentalmente a G. LÓPEZ: *Las Siete Partidas*, Salamanca, 1555, segunda glosa a P. 5, 9, 2; A. GÓMEZ: *Variarum resolutionum*, tomo 3, cap. 9, n. 3, p. 209. Véase, por ejemplo, J. CASTILLO DE BOVADILLA: *Política para corregidores y señores de vasallos*, Amberes, 1704, libro 3, cap. 15, n. 14, en tomo 2, fol. 270, o HEVIA BOLAÑOS: *Curia Philipica*, Madrid, 1797, Tercera Parte, cap. 11, n. 6, en edic. facsímil de Valladolid, 1989, p. 208.

¹²² D. DE CANTERA: *Quaestiones criminales*, Salamanca, 1589, *Praeludia operis ad Lectorum, Praeludium tertium. De captura reorum*, n. 4, fols. 3 y 4, y *De quaestionibus tangentibus Iudicem. Quaestio tertia. De captura delinquentis*, etc., n. 8, fol. 14.

¹²³ NR 8, 4, 4.

¹²⁴ NR 8, 11, aut. 3: «... que qualquiera persona de qualquier estado, i condición que sea, pueda libremente ofenderlos, matarlos, i prenderlos, sin incurrir en pena alguna, trayéndolos vivos, o muertos ante los Jueces de los distritos».

¹²⁵ P. 7, 29, 1, y comentarios de *Ius Commune* a esta ley realizados por autores posteriores. Por ejemplo, HEVIA BOLAÑOS: *Curia Philipica*, Madrid, 1797, Tercera Parte, cap. 11, n. 7 y 8, en edic. facsímil de Valladolid, 1989, p. 208.

momento se detuviese al reo, a cuyo perdimiento estaba condenado desde antiguo, se aplicarían en ese caso «a las justicias, o alguaciles que prendieren los tales delinquentes, aunque la prisión no sea hecha infraganti delito»¹²⁶.

Junto al arresto o prisión del reo que se decretaba «en vista de la sumaria», solía ordenarse también el secuestro y embargo de bienes¹²⁷. Algunos autores opinaban que dicho embargo sólo debía procurarse en los delitos castigados con pena pecuniaria o de confiscación de bienes¹²⁸, al objeto de que el reo o sus familiares no pudiesen ocultarlos o venderlos para eludir el pago de la sanción. Pero en la práctica el embargo solía decretarse también desde antiguo en otro tipo de delitos, sin distinguir entre ellos en razón de la pena¹²⁹, con la finalidad de asegurar que, concluido el juicio, el reo pudiese hacer frente a las costas procesales y, en su caso, a los daños o responsabilidad patrimonial que se derivara del ilícito¹³⁰.

Por lo demás, el arresto no siempre se practicaba en la cárcel pública. Trátándose de hombre «de buen lugar, o honrrado por riqueza, o por ciencia», es decir, nobles y letrados, el juez debía decidir su arresto, y en su caso posterior prisión, en algún «lugar seguro» apartado del resto de los presos¹³¹. La doctrina interpretaba que éste lugar seguro podía ser la propia casa del reo, la casa del cabildo o ayuntamiento, una fortaleza e, incluso, toda la ciudad «si el delito y la confianza del preso lo permiten»¹³².

Igualmente, las mujeres honestas detenidas por algún delito que no mereciera pena de muerte o corporal, también debían gozar de una cárcel apartada o distinta a la de los hombres, que preferentemente debía ordenarse en un monasterio para que estuvieran en compañía de personas buenas y religiosas¹³³. Para el resto de las mujeres viles, deshonestas o de mala fama, desde un

¹²⁶ NR 4, 23, 28.

¹²⁷ Hasta tanto debió ser así, que J. BERNÍ: *Práctica criminal*, Valencia, 1749, libro 2, cap. 9, p. 108, trata conjuntamente bajo el mismo epígrafe de la «Prisión, y embargos»: «En vista de la sumaria, si el acusado resulta reo, se manda la prisión, y embargo de bienes, mediante el Auto siguiente...».

¹²⁸ Es el caso de HEVIA BOLAÑOS: *Curia Philipica*, Madrid, 1797, Tercera Parte, cap. 11, n. 1, en edic. facsímil de Valladolid, 1989, p. 207, o A. DE VILLADIEGO: *Instrucción política y práctica judicial conforme al estilo de los consejos, audiencias, y tribunales de corte, y otros ordinarios del Reyno*, Madrid, 1766, cap. 3, n. 29, fol. 65.

¹²⁹ Así vemos, por ejemplo, como no se distingue el tipo de delito al tratar del embargo de bienes en las Cortes de Valladolid de 1299, pet. 1, en *CLC*, tomo I, Madrid, 1861, p. 140: «... e los que ffueren presos, que fata que sean librados como dicho es, quelos sus bienes non les sean tomados nin enagenados, mas que sean puestos en rrecabado; e que los ffigamos luego librar, en manera que non duren mucho en las prisiones, e quelos den delo suyo lo que ouieren mester para su proveemiento mientre que estuvieren enla prisión».

¹³⁰ Las diligencias sobre el embargo y depósito de bienes aparecen por lo general muy detalladas en las actas procesales. Así lo ha comprobado también M. P. ALONSO ROMERO: *El proceso penal en Castilla (siglos XI-XV)*, Madrid, 1995, pp. 204-205.

¹³¹ P. 7, 29, 4, y NR 6, 2, 11.

¹³² Entre otros, J. CASTILLO DE BOVADILLA: *Política para corregidores y señores de vasallos*, Amberes, 1704, libro 3, cap. 15, n. 9, en tomo 2, fol. 269.

¹³³ P. 7, 29, 5, y NR 4, 24, 2.

principio se señalaron habitaciones diferentes de la cárcel pública para separarlas de los hombres, hasta que a comienzos del siglo XVII se les creó una cárcel específica, llamada la Galera de Mujeres, como veremos más adelante.

Queda finalmente decir en cuanto al arresto, que las Partidas habían previsto de forma un tanto imprecisa que se debía tomar declaración a cualquier detenido por ilícito penal para decidir sobre la siguiente medida a adoptar: su continuidad en la cárcel en un nuevo tipo de apresamiento de carácter cautelar, o bien su puesta en libertad bajo fianza¹³⁴. Los Reyes Católicos fueron aún más tuitivos a la hora de normalizar esta fase del procedimiento en sus tribunales de Corte o Chancillerías en el año 1480, añadiendo a la parca regulación de Partidas un plazo temporal de tres días para tomar la declaración, además del preceptivo traslado de la querella, denuncia o pesquisa al reo para que pudiera preparar su defensa¹³⁵.

Sin embargo, los autores nos informan de que en los tribunales inferiores el arrestado pasaba días en la cárcel sin que nadie le informara del motivo de su apresamiento, y «privándole la comunicación, porque de lo contrario, aprende el reo más astucias en un quarto de hora, tratando con los demás encarcelados, que pueda tener el más astuto picapleitos»¹³⁶. Sólo en fecha muy tardía, probablemente influenciada por las nuevas corrientes humanitarias que empezaban a introducirse en el derecho penal desde Europa, la Instrucción de Corregidores de 1788 vino a solucionar esta situación, ordenando que los jueces tomasen declaración al detenido dentro de las veinticuatro horas siguientes a su encarcelamiento.

Como acabamos de decir, el arresto o prisión del reo que se decretaba «en vista de la sumaria» podía resolverse de dos maneras, o bien decretando su continuidad en prisión como medida cautelar, o bien ordenando su puesta en libertad bajo fianza. El principio apuntado así en el proemio de las Partidas, y que no en vano recogía un antiguo privilegio personal consolidado en el derecho tradicional castellano¹³⁷, se desarrollaba más adelante en una ley del

¹³⁴ P. 7, 29, 4.

¹³⁵ NR 2, 6, 6: «... y puesto el reo en la cárcel, reciban del juramento como manda la ley de Partida, y le pregunten si quiere decir algo en guarda de su derecho: y si dexiere que si, mandamos, que luego le sea dado el traslado de la querella, ò denunciaçión, y pesquisa porque està preso; y que dentro de tercero día diga, y alegue de su derecho».

¹³⁶ J. BERNÍ: *Práctica criminal*, Valencia, 1749, libro 2, cap. 9, p. 110. Véase también, resumiendo la opinión unánime de sus predecesores, a V. VIZCAÍNO PÉREZ: *Código y práctica criminal arreglado a las leyes de España*, Madrid, 1833, tomo 3, libro 4, n. 152, p. 140; o R. L. DOU Y DE BASSOLS: *Instituciones del Derecho Público general de España, con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno en qualquier estado*, Madrid, 1803, libro 3, tít. 5, cap. 9, secc. 2, n. 1, en edición facsimilar de Barcelona, 1975, tomo 8, p. 165.

¹³⁷ Así lo reconoce, por ejemplo, Sancho IV en las Cortes de Haro de 1288, pet. 22, en *CLC*, tomo I, Madrid, 1861, p. 105: «Et otrossi por les fazer bien e merced tenemos por bien que ningun ome abonado de nuestros rengos non sea preso nin se le tomen lo suyo por mezcla que del nos digan, fasta que sea oydo ante nos con el que lo acusare e se salve dello assi como fuero e derecho; et sisse salvar non pudiere, que esté sobre fiadores silos oviere, dasta que nos lo libremos commo touieremos por bien, o como manda el fuero del logar do fuere el vecino». Véanse también las Cortes de Zamora de 1301, pet. 19, en *CLC*, tomo I, Madrid, 1861, p. 157.

mismo capítulo que insistía en la idea de que el reo sólo quedaría en prisión tras ser recaudado por los alguaciles «si el yerro fuere tal que merezca pena de muerte, o otra pena en el cuerpo»¹³⁸. En sentido contrario a esta norma, debía entenderse que aquellos que hubiesen cometido un delito castigado meramente con pena pecuniaria, podían prestar fianzas al igual que en proceso civil para librarse del encarcelamiento, y si el juez no lo permitía, según Hevia Bolaños, «hace injuria, de que es tenido en la residencia»¹³⁹.

El resto de la doctrina y la práctica jurídica no parecían tener las cosas tan claras. Al plantearse los argumentos morales que permitían encarcelar al delincuente, que como hombre es «libre por naturaleza», sin dejársele hacer ni siquiera la cesión de bienes que se les permitía al deudor, Domingo de Soto concluía que cuando aquél comete una falta por abuso de su misma voluntad «pierde el derecho que tiene al uso de sus miembros, y por tanto puede justamente ser encarcelado, a ejemplo del mismo Dios, que si bien hizo al hombre libre, alguna vez sin embargo le frena, según aquellas palabras de Job, 5: El cual destruye los proyectos de los malos a fin de que no puedan llenar las mansos de aquellas cosas a que habían dado comienzo, aunque alguna vez les permita satisfacer las ansias de su alma. De la misma manera tampoco la sociedad encarcela a un reo por una culpa cualquiera, sino por las que son más graves»¹⁴⁰.

La idea de la gravedad del delito, correlativa generalmente con la aplicación de una pena corporal, como justificación del encarcelamiento cautelar sin fianza, fue recogida unánimemente por todos los autores prácticos posteriores, que siguiendo la letra de la ley defendían la prisión como única medida garantista del reo detenido por delito de pena corporal, y la posibilidad de dar fianzas al delincuente de delito «liviano» o castigado meramente con pena pecuniaria¹⁴¹. El problema surgía en las situaciones intermedias, como la de aquellos delitos que llevasen aparejada una pena arbitraria, castigados con pena pecuniaria susceptible de ser conmutada por pena corporal, o en los que sólo se debiera aplicar una pena corporal «leve».

Partiendo de esta última distinción entre las penas corporales «aflictivas» o «leves», que había tomado principalmente del maestro Bártolo de Sassoferrato, Diego de la Cantera aseguraba que «*est regula quod quando non est danda poena corporali afflictiva, debet quis relaxari sub fideiussoribus*». Sin

¹³⁸ P. 7, 29, 4.

¹³⁹ HEVIA BOLAÑOS: *Curia Philipica*, Madrid, 1797, Tercera Parte, cap. 11, n. 14, en edic. facsímil de Valladolid, 1989, p. 209.

¹⁴⁰ D. DE SOTO: *De iustitia et iure libri decem, 1556, libro V, quaestio II, art. III*, en edic. facsímil con traducción de González Ordóñez, Madrid, 1968, tomo 3, pp. 451-452.

¹⁴¹ Véanse D. DE CANTERA: *Quaestiones criminales*, Salamanca, 1589, *De quaestionibus tangentibus Iudicem. Quaestio tertia. De captura delinquentis*, etc, n. 19, fols. 18-19; G. DE MONTERROSO Y ALVARADO: *Práctica civil y criminal e instrucción de escrivanos*, Valladolid, 1563, Cuarto Tratado, fol. 69; J. BERNÍ: *Práctica criminal*, Valencia, 1749, libro II, cap. IX, p. 110; o A. DE VILLADIEGO: *Instrucción política y práctica judicial conforme al estilo de los consejos, audiencias, y tribunales de corte, y otros ordinarios del Reyno*, Madrid, 1766, cap. 3, n. 191, fol. 80.

embargo, «*quod quis capiatur pro crimine, pro quo debet condemnari in poena pecuniaria, et deponat pecuniam, ut liberatur à carcere, et etiam in poena corporali levi, debet relaxari á carcere sub fideiussore*»¹⁴². Desde este punto de vista, el encarcelado por un delito cuya pena pecuniaria se pudiese conmutar por una pena corporal tampoco podía ser liberado bajo fianzas sino que, siguiendo a Bártolo, debía consignar al menos el depósito de lo debido¹⁴³.

Ahora bien, este tipo de distinciones doctrinales no eran en la práctica tan fáciles de aplicar. Por eso, si dejamos a un lado las disquisiciones teóricas y atendemos a los autores más prácticos, hombres del foro familiarizados con el trabajo judicial diario como Castillo de Bovadilla, tendremos necesariamente que concluir que lo que de verdad se aplicaba en los tribunales era el albedrío del juez según el caso concreto, aunque siempre que éste estuviera «bien informado en las leyes y dotrinas»¹⁴⁴.

Teniendo en cuenta las numerosas quejas presentadas por los procuradores a las Cortes de Castilla, esta ambigüedad en la letra de la ley permitía en realidad que los reos de delitos castigados con penas meramente pecuniarias también fuesen puestos en prisión sin fianza en numerosas ocasiones, aun cuando la propia prisión fuese más grave para sus personas y sus honras que la cuantía de la sanción económica¹⁴⁵. Con ello los jueces no sólo ganaban una parte del dinero del encarcelaje, del que se beneficiaban también los alguaciles o carceleros a su servicio, sino que además conseguían que los detenidos admitiesen su culpa con prontitud, renunciasen a cualquier apelación, y pagasen inmediatamente la sanción (de la que generalmente las justicias también se llevaban un porcentaje), apremiados por las molestias y las vejaciones que sufrían en su apresamiento cautelar:

«Otro si los dichos justicias por delitos muy ligeros prenden los culpados y los tienen presos hasta que dan sentencia, y otras veces los sueltan y al tiempo de la sentencia los vuelven a la cárcel porque por redimir la vejación de la cárcel consienten las suyas y pagan y después en las residencias no se lo osan a pedir por haber consentido las sentencias y por ser poca cuantía y porque cesen estas extorsiones y fatigas, suplicamos a vuestra merced mande que los

¹⁴² D. DE CANTERA: *Quaestiones criminales*, Salamanca, 1589, *De quaestionibus tangentibus Iudicem. Quaestio tertia. De captura delinquentis*, etc, n. 19, fol. 19, citando fundamentalmente los comentarios de Bártolo al D. 47, 4, 1.

¹⁴³ BARTOLUS A SAXOFERRATO *In Secundam ff. Noui Partem*, Venetiis, MDLXXXV, tomo 6, fol. 151, comentario al D. 47, 4, 1, n. 3: «Accusatus pro delicto, pro quo poena corporalis venit imponenda in defectum pecuniariae, non liberatur a carceribus dando fideiussores, vel faciendo depositum».

¹⁴⁴ J. Castillo de Bovadilla: *Política para corregidores y señores de vasallos*, Amberes, 1704, libro 3, cap. 15, n. 104, en tomo 2, fols. 290-291, donde sigue: «Lo que yo suelo hazer es dar en fiado à los denunciados hasta la difinitiva, y después della si apelan, lo mismo, depositando la condenación quando y como la ley lo dispone, y si está el reo convicto y confieso, distribuyrlo».

¹⁴⁵ Véanse, entre otras, las Cortes de Madrid, 1534, pet. 83, en *CLC*, tomo IV, Madrid, 1882, pp. 604-605; las de Toledo de 1538, pet. 54; las Cortes de Valladolid de 1542, pet. 51 y 53; las Cortes de Madrid de 1551, pet. 42; las Cortes de Valladolid de 1555, pet. 58, y las Cortes de Valladolid de 1558, pet. 53, en *CLC*, tomo V, Madrid, 1909, pp. 130, 242-243, 518, 655-656 y 761.

que fueren presos por delitos ligeros que no hubieran de ser condenados en pena corporal que la justicia los suelten después de tomar su confesión sobre fianzas y no los tornen a prender á tiempo de la sentencia ni por apelar de ellos, y si de hecho lo hicieren que aunque el preso consienta la sentencia por salir de la cárcel y pague la condenación que se lo pueda pedir en la residencia»¹⁴⁶.

A las reiteradas denuncias de esta corruptela en las Cortes, los monarcas castellanos solían responder con la evasiva expresión «*que se guarden las leyes*». Ciertamente leyes había que prohibían el abuso, pero su pertinaz incumplimiento, permitido por la doctrina jurídica y una extendida práctica judicial, se mantuvo así bajo un tácito consentimiento de la monarquía hasta finales del Antiguo Régimen, como se comprueba en la única y poco avezada disposición que finalmente se atrevió a dictar Carlos III sobre esta cuestión en la Instrucción de Corregidores de 15 de mayo de 1788, en la que recomendaba a los jueces que a la hora de decretar los apresamientos procedieran «con toda prudencia, no debiendo ser demasíadamente fáciles en decretar autos de prisión en causas o delitos que no sean graves, ni se tema la fuga ú ocultación del reo»¹⁴⁷.

A pesar del generalizado abuso, cuando el juez decretaba puntualmente la fianza prevista por la ley para delitos «livianos» o castigados meramente con pena pecuniaria, se ponía fin al arresto de la fase sumaria y el acusado podía afrontar el resto del proceso en libertad. Los jueces legitimados para imponer la fianza sólo podían serlo los competentes para sentenciar la causa¹⁴⁸. Los jueces inferiores comisionados por un superior, o aquellos de otra jurisdicción que hubiesen recibido una carta requisitoria para prender a los demandados, no podían tomar declaración ni decretar la libertad bajo fianza del detenido, salvo que en la comisión se les hubiera dado facultad expresa para ello¹⁴⁹. Si el juez que hubiese detenido al delincuente era superior, la regla también se aplicaba en teoría, aunque en la práctica constan desde antiguo las quejas de los procuradores a Cortes en este sentido¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Cortes de Valladolid de 1542, pet. 53, en *CLC*, tomo V, Madrid, 1909, p. 243.

¹⁴⁷ NoR 12, 38, 25.

¹⁴⁸ P. 3, 18, 24, y P. 7, 1, 16 y 18.

¹⁴⁹ En este sentido se expresan, entre otros, J. CASTILLO DE BOVADILLA: *Política para corregidores y señores de vasallos*, Amberes, 1704, libro 3, cap. 15, n. 105, en tomo 2, fols. 291; y HEVIA BOLAÑOS: *Curia Philipica*, Madrid, 1797, Tercera Parte, cap. 11, n. 15, en edic. facsímil de Valladolid, 1989, p. 210.

¹⁵⁰ Cortes de Valladolid de 1293, en *CLC*, tomo 1, Madrid, 1861, pp. 111-112: «Alo al que dizían que los merinos que prenden los omes, que los non quieren dar sobre fiadores nin soltar dela prisión por mandado dellos alcaldes del logar poro sse deven iudgar, et que nos pidien merced que mandassemos que en esto que los merinos cumpliesen mandamiento delos alcaldes. Tenemos por bien e mandamos que se assi guardado, salvo si fueren presos por nuestras cartas o por nuestro mandado, que tenemos por bien que se libre commo fallaremos por derecho». Una normativa similar para que los merinos o jueces territoriales no actuasen sin el mandato del juez competente, fue reiterada en el OA 20, 7; las OORR 2, 13, 12; la NR 3, 4, 6, y la NoR 12, 18, 11.

Por su parte, en los tribunales de la Corte, aunque sólo uno de los alcaldes competentes para la causa hubiese ordenado el arresto, actuando individualmente en la fase sumaria, debía procurar una actuación colegiada de todos los alcaldes del tribunal para decidir sobre la puesta en libertad bajo fianza del reo, según acordaron como medida garantista los Reyes Católicos en 1480¹⁵¹.

En el texto de las Partidas había quedado establecido que los fiadores de delinquentes se obligaban principalmente a devolverlos a la cárcel para hacerles «cumplir derecho sobre los yerros». Si al margen de esta obligación se establecía alguna pena accesoria para el fiador, o era costumbre imponerla en el lugar donde se juzgasen los hechos, quedaba consolidada otro tipo de fianza o medida de seguridad reforzada¹⁵². Además, tratando de arrojar un poco de luz sobre esta cuestión, aún un tanto equívoca a principios del siglo XVI, los reyes castellanos de la Edad Moderna venían reiterando a las consultas de sus súbditos que las fianzas de los presos no habían de ser sólo «para mas de volverlos a la carcel», sino que los fiadores también debían comprometerse a «pagar lo juzgado»¹⁵³. A partir de esta escueta legislación, los juristas se encargaron de elaborar una doctrina más extensa, según la cual podían distinguirse tres tipos de fianzas en los procesos penales del Antiguo Régimen, aunque sus efectos en la práctica eran muy similares.

La primera de ellas, y por ende la más sencilla, era la llamada *fianza de la haz*, que implicaba la obligación del fiador de devolver al reo a la prisión en el momento en el que el juez lo solicitase, comprometiéndose en caso contrario a pagar con sus propios bienes la condena. La segunda se denominaba *fianza de cárcel segura*, y sólo se distinguía de aquella en que, además de al pago de la sanción, el fiador quedaba obligado a satisfacer una multa en caso de no poder presentar al reo ante el juez, tal y como estaba previsto en las Partidas. Finalmente, existía la denominada *fianza de estar a derecho*, por la que el fiador se obligaba directamente a pagar la cuantía fijada en la sentencia sin necesidad de devolver al reo a su prisión¹⁵⁴. Si en las dos primeras, el fiador debía ejercer una especie de vigilancia o labor de custodia del demandado, en la última se planteaba su subrogación en el lugar de aquél para hacer frente al resultado del proceso. Pero al fin y al cabo lo que se aseguraba en toda fianza era el pago de la sanción, con independencia de que el patrimonio del fiador quedase afectado subsidiariamente o de forma principal.

El juez podía elegir a su arbitrio la imposición de uno u otro tipo de fianza, y no era infrecuente que en el mismo acto se decretasen conjuntamente las tres¹⁵⁵. En cualquier caso, una vez decretada la fianza que fuese, la legislación

¹⁵¹ NR 2, 6, 6.

¹⁵² P. 7, 29, 10.

¹⁵³ NR 2, 20, 7.

¹⁵⁴ Sobre estos tres tipos de fianza, véanse, entre otros, G. DE MONTEROSO Y ALVARADO: *Práctica civil y criminal e instrucción de escribanos*, Valladolid, 1563, Cuarto Tratado, fols. 69-70; FERNÁNDEZ DE AYALA: *Práctica y formularios jurídicos*, libro II, cap. 4, fols. 55v y 56r; o J. JUAN Y COLÓN: *Instrucción de escribanos en orden a lo judicial*, Madrid, 1787, libro III, p. 216.

¹⁵⁵ Siguiendo a Fernández de Herrera Villarroel, así se pronunció antes que yo M. P. ALONSO ROMERO: *El proceso penal en Castilla (siglos XI-XV)*, Madrid, 1995, p. 204, aunque

de la Edad Moderna no tardó en fijar un plazo temporal de 60 días para sentenciar la causa, de manera que si en ese tiempo no se resolvía el litigio no podría volverse a prender al reo por el mismo ilícito¹⁵⁶.

De haberse cumplido fielmente en este sentido la utilización de las fianzas carceleras en el proceso penal, probablemente se hubiesen acertado mucho más los plazos, ayudándose a resolver en la práctica judicial el gravísimo problema de la dilación de los pleitos. Sin embargo, como ya se ha dicho, las fianzas tuvieron una trascendencia muy escasa en el proceso penal. Lo habitual era que los jueces se resistiesen a dejar en libertad a los reos de delitos, aun cuando éstos fueran pecuniarios o livianos, y que éstos permaneciesen mucho tiempo en la cárcel sin ser informados ni interrogados por los hechos que les imputaban, a pesar de una antigua y olvidada norma de las Partidas que compelia a sentenciar los pleitos criminales en un máximo de dos años¹⁵⁷.

Ajenos a la norma, los jueces castellanos solían decantarse en su mayoría por encarcelar a todo tipo de delincuente por un período de tiempo indeterminado. De esta manera, al tiempo que utilizaban la más férrea medida garantista con la que contaban en el derecho, conseguían dar respuestas a otros objetivos económicos antes anunciados, y a una forma sin duda ilegal pero muy utilizada de procurarse la confesión y el pago de la condena sin recurrir a las apelaciones: los llamados apremios.

Los apremios consistían en la práctica de una prisión especialmente dura en las condiciones de permanencia, y perdurable en el tiempo, como medio de coacción para que el reo confesase su culpa lo antes posible poniendo fin al procedimiento. Ciertamente la calidad de la prisión preventiva no era la misma para todos los reos. Ya vimos cómo en las Partidas y leyes posteriores se recomendaba tener en cuenta la condición social y el sexo del detenido para aplicar sobre el mismo una u otra forma de arresto o prisión (indudablemente mucho más benigna cuando se trataba de un noble o una mujer, que debían ser custodiados en cárceles separadas, sus propias casas o un monasterio)¹⁵⁸. Y también dependía de la gravedad del delito la circunstancia de que se pudieran utilizar cepos, grillos o cadenas para retener al delincuente, además del propio encierro o reclusión en la cárcel¹⁵⁹. Pero en términos generales los apremios se caracte-

también en este sentido puede traerse a colación la concisión con la que se pronuncian sobre las fianzas de «volverse à la Carcel, o pagar lo juzgado, y sentenciado» autores como A. de Villadiego: Instrucción política y práctica judicial conforme al estilo de los consejos, audiencias, y tribunales de corte, y otros ordinarios del Reyno, Madrid, 1766, cap. 3, n. 191, fol. 80.

¹⁵⁶ NR 3, 9, 18, y NoR 12, 38, 24.

¹⁵⁷ P. 7, 29, 7.

¹⁵⁸ Recuérdense, respectivamente, el contenido de P. 7, 29, 4; NR 6, 2, 11; P. 7, 29, 5, y NR 4, 24, 2.

¹⁵⁹ J. CASTILLO DE BOVADILLA: *Política para corregidores y señores de vasallos*, Amberes, 1704, libro 5, cap. 3, n. 10, en tomo 2, fol. 539: «Si la querrela es por aver tenido à alguno en prisiones injustamente, dezimos que si el delito es grave, aunque el reo no le aya confesado, puede ser puesto solamente con los grillos, pero en el cepo, y con cadena: mas si la causa es leve, deve estar en la cárcel sin prisiones: y grave, ò atroz delito se llama, mas, ò menos, respeto de la pena, que por Derecho esta impuesta al que le comete».

rizaban por la utilización de una serie de elementos vejatorios o degradantes para cualquier persona, como la suciedad, la mala comida, las inclemencias del tiempo, la humedad, la escasa ventilación, el mal olor o la falta de los instrumentos básicos para las tareas más cotidianas, que, sin ser una forma de tormento o de tortura, también constreñían al reo a confesar su culpabilidad para poner fin al suplicio.

El uso de los apremios estuvo generalizado prácticamente desde el origen de la prisión, a pesar de que se dictaron algunas normas que trataron de velar por la seguridad y el bienestar del reo. Por eso no es extraño que, desde nuestra actual mentalidad jurídico-penal, pueda suscitarse la duda de si la cárcel preventiva que se practicó con anterioridad a la imposición de criterios más humanitarios era meramente una medida de custodia, o si por el contrario suponía una forma de coacción sobre el reo. Pero deslindar ambas cuestiones antes del siglo XIX, en el que los juristas ilustrados consiguieron acabar con los apremios a partir de principios jurídicos absolutamente novedosos, es, además de superfluo, completamente extraño a la realidad jurídica del momento.

La que sí debe considerarse una medida de carácter claramente coactivo, era la tercera y última clase de prisión practicada en la procedimiento penal después de dictarse la sentencia: aquella que aseguraba mediante la detención del condenado la ejecución o cumplimiento del fallo. En teoría, este tipo de detención sólo debía producirse cuando la pena era corporal o infamante, hasta que los ejecutores la hicieran cumplir sobre el cuerpo del condenado. Pero en este sentido algunos autores de la época nos advierten de un nuevo uso fraudulento de la prisión, que se producía cuando de un delito leve resultaba una pena meramente pecuniaria. Entonces, haciendo caso omiso de las recomendaciones jurídicas, los jueces preferían encarcelar al condenado hasta que pagara la pena, sin aceptar prendas, depósitos ni fianzas, para asegurarse coactivamente la satisfacción de la deuda económica contraída por el sentenciado. Según Álvarez Posadilla, esto se practicaba incluso si el condenado apelaba la sentencia, con la finalidad de que desistiera de la apelación y pagase la pena para recuperar la libertad perdida, y los perjudicados no se atrevían a quejarse ante los Tribunales Superiores de la vejación sufrida por miedo a sufrir peores consecuencias¹⁶⁰.

En suma, podemos concluir que a pesar del escaso desarrollo legislativo y doctrinal sobre la cuestión, a lo largo de la Baja Edad Media y la Edad Moderna se fue desarrollando en Castilla un esquema de aplicación de las prisiones en el procedimiento penal distinto al civil, en el que no fue del todo ajena la influencia del Derecho Común ante el silencio del derecho propio, y en el que tuvo también mucho que decir el uso o estilo de los oficiales de justicia, que terminaron imponiendo a lo aprendido en las Universidades su particular experiencia en los tribunales. En este esquema de aplicación, se tomaron principalmente del *Ius Commune* los tres tipos de prisión practicados en el proceso

¹⁶⁰ J. ÁLVAREZ POSADILLA: *Práctica criminal por principios, ó modo y forma de instruir los procesos criminales*, Valladolid, 1794, parte I, fol. 6.

penal, el arresto, la prisión cautelar o «por custodia», y la prisión coactiva hasta la satisfacción del fallo¹⁶¹, aunque sobre ellos se instalarían los usos y abusos derivados de la práctica cotidiana, que de hecho convirtieron a las prisiones en depósitos de todo tipo de delincuentes, cambalache de favores personales y económicos, y suplicios encubiertos de delitos aún no juzgados, bajo el argumento de la medida garantista o cautelar.

IV. EL NACIMIENTO DE UNA NUEVA FORMA DE SANCIONAR: ANTECEDENTES DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

Aunque, según hemos visto en la introducción, existieron algunas manifestaciones de la pena de cárcel en los ordenamientos jurídicos medievales, su uso estaba muy limitado por el derecho, tratándose en todo caso de una sanción pública de carácter excepcional. La concepción patrimonialista de la que gozó el sistema punitivo en sus orígenes altomedievales, así como la amplia utilización de un primigenio sistema de venganza privada para la solución de conflictos entre las familias afectadas, impidieron que esta forma de sancionar pudiese consolidarse en la mentalidad jurídico-social del momento¹⁶².

A esta realidad se añadió, en la Baja Edad Media, la Recepción en el derecho castellano del principio romano «*carcer ad continendos homines non ad puniendos haberi debet*». Sin embargo, frente al mismo se mantuvieron las excepciones heredadas del mundo visigodo y altomedieval, y se añadieron otras que, impuestas por las necesidades de la práctica, quedaron legitimadas por la doctrina en su interpretación del derecho. Dichas excepciones permitidas por la teoría jurídica, fueron en puridad las primeras manifestaciones de la pena de cárcel en Castilla, si bien la historiografía tradicional se ha empeñado en situar sus antecedentes en las experiencias utilitaristas más tardías de la Edad Moderna (cárceles de mujeres, hospicios, casas de pobres, galeras, minas, presidios o arsenales), desarrolladas especialmente con la llegada de la dinastía Borbón al territorio.

De estas últimas nos ocuparemos muy brevemente. No sólo porque se trata de experiencias más tardías y tangenciales al uso de la cárcel en cuanto perseguían otros objetivos de utilidad pública, sino porque en su conjunto ya han sido ampliamente investigadas por otros autores a los que me remitiré para un mayor conocimiento de las mismas. Este trabajo se centrará de forma más específica en aquellos otros usos punitivos de la cárcel, desprendidos de la interpretación del *Ius Commune* para un mejor funcionamiento de la administración de justicia, que resultan a todas luces más novedosos para la comprensión del nacimiento y evolución de la pena de prisión.

¹⁶¹ Sobre esta cuestión, véase en particular a T. CERDÁN DE TALLADA: *Visita de la cárcel, y de los presos*, Valencia, 1574, cap. 4, fols. 42-43.

¹⁶² Véase J. ORLANDIS: «Sobre el concepto del delito en el derecho de la Alta Edad Media», en AHDE, 16 (1945).

El principio romano «*carcer ad continendos homines non ad puniendos haberi debet*», fue recogido fielmente en Castilla en un precepto de Partidas que, al enumerar «quantas maneras son de pena», expresaba con respecto a la de cárcel que dicha sanción «non la deuen dar a ome libre: si non, a sieruo. Ca la cárcel non es dada para escarmentar los yerros: mas para guardar los presos tan solamente en ella, fasta que sean juzgados»¹⁶³. La norma quedó aprehendida en la conciencia jurídica bajomedieval y moderna, siendo reiterado puntualmente tanto por los autores que forjaron la doctrina jurídica de la época¹⁶⁴, como por la propia práctica judicial y legislativa, como se comprueba por ejemplo en las Cortes de Toledo de 1525, en las que al tratar sobre la cárcel de caballeros se especificaba que debía estar separada de la del común puesto que, en definitiva, «la cárcel no se da por pena, syno para guarda»¹⁶⁵.

La cárcel perpetua estaba prohibida como sanción para los hombres libres porque, según el Derecho romano clásico de la Recepción, se consideraba una «*species servitutis*» o forma de esclavitud¹⁶⁶. No obstante, en este punto existía una nítida divergencia entre el derecho civil y el derecho canónico, pues de manera excepcional éste permitía que la pena de prisión fuera utilizada por la jurisdicción eclesiástica, al no poder procederse en ella a la ejecución de la pena de muerte ni ninguna otra pena corporal¹⁶⁷. Por ese motivo, el derecho canónico consentía que los obispos pudieran utilizar excepcionalmente la pena de cárcel perpetua en los monasterios desde la época romana, y esta práctica se mantuvo en el derecho visigodo y altomedieval para la penitencia de los clérigos o el castigo muy cualificado de aquellos seglares que habían cometido algún delito gravísimo ante los ojos de Dios.

¹⁶³ P. 7, 31, 4.

¹⁶⁴ Véase, entre otros, A. GÓMEZ: *Variarum resolutionum iuris civilis, communis et regii commentaria*, Lugduni, 1674, tomo 3, cap. 9, n. 6, fols. 438-439; D. DE SOTO: *De Iustitia et iure libri decem*, Madrid, 1968, tomo III, libro V, cuestión II, artículo III, p. 415; A. DE AZEVEDO: *Commentarium Iuris Civilis*, Amberes, 1618, libro 3, tít. 6, l. 15, n. 9; J. CLARI: *Practica criminalis. Sententiarum Receptarum, Liber Quintus*, Venetiis, MDCL, *quaestio* LXX, n. 4, fol. 196; P. FARINACII: *Praxis et theoriae criminalis*, Venetiis, MDCIX, lib. 1, tomo 2, tít. 4, *quaestio* 27, nn. 1-2, fol. 2b; G. LÓPEZ: *Las Siete Partidas*, Salamanca, 1555, glosa «a ome libre» a P. 7, 31, 4; T. Cerdán de Tallada: *Visita de la cárcel, y de los presos*, Valencia, 1567, fols. 35; B. Sandoval: *Tratado del cuidado que se debe tener con los presos pobres*, Toledo, 1564; o J. Castillo de Bovadilla: *Política para corregidores y señores de vasallos*, Amberes, 1704, libro 3, cap. 15, nn. 5-7, en tomo 2, fols. 267-268.

¹⁶⁵ Cortes de Toledo de 1525, pet. 49, en *CLC*, tomo IV, Madrid, 1882, p. 426.

¹⁶⁶ G. LÓPEZ: *Las Siete Partidas*, Salamanca, 1555, glosa «a ome libre» a P. 7, 31, 4, siguiendo en este punto la doctrina de los maestros del *Ius Commune*: BARTOLUS A SAXOFERRATO: *In Secundam ff. Veteris Partem*, Venetiis, MDLXXXV, fol. 56 en comentario a D. 12, 6, 38, *In Primam Infortiati Partem*, Venetiis, MDLXXXV, fol. 10 en comentario a D. 24, 3, 14, y en *Tractatus de carceribus*, en *Concilia, quaestiones, et tractatus Bartoli à Saxoferrato*, Venetiis, MDLXXXV, n. 2, fol. 155: «Carcer est locus securus, & horribilis, repertus non ad poenam, sed ad delinquentium, vel debitorum custodiam»; y BALDI UBALDI PERUSINI: *In Primam Digesti Veteris Partem*, Venetiis, MDXXXVI, fol. 212, en comentario a D. 4, 2, 3, e *In VII. VIII. IX. X & XI Codicis libros Commentaria*, Venetiis, MDXXXVI, fol. 228, en comentario a C. 9, 47, 6.

¹⁶⁷ Véase BALDI UBALDI PERUSINI: *In VII. VIII. IX. X & XI Codicis libros Commentaria*, Venetiis, MDXXXVI, fol. 228, en comentario a C. 9, 47, 6.

La recuperación a partir del siglo XIII de la teoría canonista que permitía la cárcel perpetua en delitos religiosos muy cualificados, unida al uso judicial que se había mantenido en la práctica durante la época visigoda y los primeros siglos medievales, permitió que en el derecho castellano bajomedieval y moderno se consolidara esta primera excepción al uso de la cárcel como mero lugar de custodia:

«El hombre libre no puede ser condenado a cárcel perpetua; porque este aún con dificultad puede hauer lugar en los esclaus. De modo que la cárcel no se da para mas de custodia, según Bonifacio octauo: bien es verdad que de derecho Canónico ha lugar la condenación a perpetua cárcel. La razón de la diversidad que hay entre los dichos derechos Canónico y Ciuil puede ser según opinión común de los Doctores: porque Dios no quiere la muerte del peccador, sino que se conuierta: y se conozca, y que biua. La qual pena de perpetua cárcel no la conoció el derecho ciuil, y en lugar della da la pena de muerte natural, o ciuil, y otras penas de sangre, y de mutilación de miembros: las quales no se permiten de derecho Canónico, y por tanto, en lugar de las dichas penas de muerte, y efusión de sangre fue supuesta la pena de cárcel perpetua»¹⁶⁸.

Según se colige del texto, además del impedimento que moralmente tenía la Iglesia para imponer «penas de muerte, y efusión de sangre», la finalidad correctiva que el derecho canónico daba a la sanción («*porque Dios no quiere la muerte del peccador, sino que se conuierta*»), frente a los objetivos simplemente expiatorios, preventivos o retributivos que tenía el derecho criminal civil, determinarían en última instancia esta primera excepción al uso de la cárcel¹⁶⁹. Así, en el derecho canónico bajomedieval y moderno siguieron siendo frecuentes las penas de prisión o reclusión perpetua en un monasterio para los clérigos (por ejemplo en los delitos de homicidio, violación, adulterio, estupro...) ¹⁷⁰, y en algunos de los delitos religiosos más cualificados este tipo de sanciones pasó a informar también el contenido del derecho civil para la sanción de seglares.

¹⁶⁸ Véanse J. CLARI: *Practica criminalis. Sententiarum Receptarum, Liber Quintus*, Venetiis, MDCL, *quaestio LXX*, n. 4, fols. 196; D. DE SOTO: *De Iustitia et iure libri decem*, edición traducida del Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, tomo III, libro V, cuestión II, artículo III, p. 415; o T. CERDÁN DE TALLADA: *Visita de la cárcel, y de los presos*, Valencia, 1567, fol. 35, a quien pertenece el fragmento reproducido.

¹⁶⁹ Coincido en esta opinión con B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ: *Exámen histórico del Derecho penal*, Madrid, 1866 (edición facsímil en Pamplona, 2003), pp. 91-92; R. MERLE: *La penitence et la peine; théologie, droit canonique, droit pénal*, París, 1985, p. 64; y F. TOMÁS Y VALIENTE: *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Madrid, 1969, p. 388.

¹⁷⁰ No es extraño que se señale como pena en obras como la de J. BONETA: *Crisol del crisol de desengaños, compendio adecuado al milagroso libro de la diferencia entre lo temporal, y eterno*, Barcelona, 1719, fols. 295 y 303: «Este destierro de los condenados no es con la libertad de los desterrados en el Mundo, que dentro de la Región de su destierro pueden hacer, lo que quieren; pero los condenados no, por ser destierro à cárcel donde están presos, para no poder ir donde quieran, como un preso con grillos, ò metido en un cepo»..

Concretamente, éste fue el caso del delito de matrimonio entre parientes o incesto, en el que el derecho visigodo del *Liber Iudiciorum* pasó al Fuero Juzgo y se reprodujo más adelante en el Fuero Real¹⁷¹, quedando definitivamente recogido en las recopilaciones castellanas hasta el siglo XIX con una vaga remisión a leyes anteriores (aunque presumiblemente se aludía a las Partidas, donde ya no se utilizaba la pena de reclusión en monasterio sino para el caso de la mujer honrada que hubiese cometido el delito)¹⁷². Por su parte, la reclusión de los sodomitas por los obispos de cada diócesis, prevista también por el *Liber Iudiciorum* como pena accesoria a la de castración, se tradujo al romance en el Fuero Juzgo¹⁷³, pero tampoco tendría continuidad en el derecho castellano posterior, en el que para reprimir este crimen atrozísimo se prefirió la más grave sanción de muerte en la hoguera (también de nítido significado religioso, pero susceptible de ser ejecutada por la justicia ordinaria) junto a la originaria pena de castración¹⁷⁴.

En consecuencia, aunque la pena de reclusión perpetua en los monasterios quedó en la reminiscencia del pueblo y la doctrina de los autores como forma canónica de sancionar algunos delitos contra la religión cometidos por seglares, como el incesto, la sodomía o incluso la hechicería¹⁷⁵, el desarrollo del derecho criminal civil y la práctica jurisprudencial se decantaron en la Baja Edad Media y la Edad Moderna por la aplicación de otra clase de sanciones al hombre libre. La última manifestación de este tipo de pena canónica aplicada al derecho civil, se mantuvo únicamente para la sanción de los delitos más graves cometidos por mujeres honestas, ya que las de mala fama o infames podían sufrir otro tipo de punición por sus acciones, como la vergüenza pública, azotes e incluso la reclusión en una cárcel propia de mujeres.

Frente a estas mujeres infames, las llamadas mujeres honradas, honestas o de buena fama, gozaron ante el derecho de una especial protección jurídica que, entre otras cosas, les reservaba como pena acorde a su categoría ésta de reclusión en los monasterios. Dicha sanción les quedaba reservada, además, solamente para la expiación de su culpa ante Dios en los pecados más graves en los que una mujer podía verse incurso, como el incesto¹⁷⁶, el adulterio¹⁷⁷ o el amancebamiento. En este último supuesto, las divergencias que se observan

¹⁷¹ FJ 3, 5, 1, y FR 4, 8, 1.

¹⁷² NR 8, 20, 7, y NoR 12, 29, 1.

¹⁷³ FJ 3, 5, 5.

¹⁷⁴ FR 4, 9, 2, P. 7, 21, 2; NR 8, 21, 1; y NoR 12, 30, 1.

¹⁷⁵ Entre otros, véase F. de la PRADILLA: *Suma de las leyes penales*, Madrid, 1639 (facsimil en Valladolid, 1996), cap. XIII, fol. 9: «La pena de los hechiceros, y adiuinos, es por derecho Canónico, en el sieruo de açotes, y en el hombre libre de cárcel perpetua (...). Mas ya por costumbre, la pena que se da a los tales, es de açotes, y emplumados con corçoas, y que estén públicamente por algún espacio en la plaça».

¹⁷⁶ Repárese en la doctrina de G. LÓPEZ: *Las Siete Partidas*, Salamanca, 1555, glosa g «la mujer» a P. 7, 18, 3, glosa g «la mujer».

¹⁷⁷ P. 7, 17, 15. Según J. BERNÍ: *Práctica criminal*, Valencia, 1749, p. 8: «Lo regular es que si la adúltera es de mediana esfera, entra en clausura, y al hombre se le destierra; y si acontece en genta baxa, se encarcela la muger, y el hombre va a un presidio».

entre las penas de las mancebas que por lo común se consideraban infames (penas económicas, de destierro o de azotes), y las que querían apartarse de su mala vida para comenzar a vivir honradamente, son más que evidentes; y entre las sanciones de las honradas se preveía específicamente la posibilidad de que el hombre amancebado con ellas les diese una parte de sus bienes para dotarlas, permitirles vivir solteras como honestas o, «si quisiere entrar en Orden, sea dada la dicha pena para con que se mantenga en el dicho Monasterio»¹⁷⁸.

La segunda excepción de relevancia que se impondría en el derecho castellano frente al principio general «*carcer ad continendos homines non ad puniendos haberi debet*», fue la que permitía utilizar la cárcel como sanción por períodos breves para delitos leves, evitando por su carácter temporal que pudiera ser asimilada a una «*species servitutis*»¹⁷⁹. Según Julio Claro, autor italiano de singular trascendencia para la ciencia jurídico-penal castellana, en los delitos considerados leves o livianos podía utilizarse la cárcel no sólo «*ad custodiam*» sino «*ad punitiorem*»¹⁸⁰. De la misma opinión serían otros autores castellanos como Azevedo o Castillo de Bovadilla¹⁸¹, quienes justificaron también en los argumentos del maestro Baldo de Ubaldis su orientación doctrinal¹⁸², afirmando que existían diversos tipos de cárceles, y entre ellas la que se padecía como sanción de forma temporal o no perpetua en delitos de carácter menor.

Con esta segunda excepción al principio general fijado en las Partidas, los autores no trataban sino de explicar una aparente disensión del derecho castellano, pues ciertamente «por leyes Reales tenemos casos donde la cárcel se puede y debe dar por pena (...), en los cuales por leyes nuevas quedan corregidas las dichas leyes de Partida»¹⁸³. De entre estas nuevas leyes regias, Castillo de Bovadilla citaba la de la blasfemia, en la que se imponía pena de un mes de prisión al reo que no fuera reincidente¹⁸⁴; las que prohibían determinados

¹⁷⁸ Véase NR 8, 19, leyes 1 a 5.

¹⁷⁹ Sobre esta excepción también se pronuncia F. TOMÁS Y VALIENTE: *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Madrid, 1969, p. 388, y «Las cárceles y el sistema penitenciario bajo los Borbones, en Cinco siglos de cárceles», en *Historia 16*, extra VII (1978), pp. 71-72: «el viejo derecho romano enseñaba que “la cárcel debe servir para retener a los hombres, no para castigarlos”, y aunque este principio jurídico fue mitigado en la legislación y en la práctica durante los siglos XVI y XVII, lo cierto es que en las cárceles sólo permanecerían o bien los reos detenidos preventivamente o los condenados por delitos leves a penas también consideradas livianas».

¹⁸⁰ J. CLARI: *Practica criminalis. Sententiarum Receptorum, Liber Quintus*, Venetiis, MDCL, *quaestio LX, add. 6*, fol. 149.

¹⁸¹ A. DE AZEVEDO: *Commentarium Iuris Civilis*, Amberes, 1618, libro 3, tít. 6, l. 15, n. 9; y J. CASTILLO DE BOVADILLA: *Política para corregidores y señores de vasallos*, Amberes, 1704, libro 3, cap. 15, n. 8, en tomo 2, fol. 268.

¹⁸² Véase BALDI UBALDI PERUSINI: *In Primum, Secundum, & Tertium Codicis Libros Commentaria*, Venetiis, MDXCIX, fol. 57, en comentario a C.1, 3, *auth.* 49 (48), e *In VII. VIII. IX. X & XI Codicis libros Commentaria*, Venetiis, MDXXXVI, fol. 228, en comentario a C. 9, 47, 6, y fol. 252, en comentario a C. 10, 19, 2, n. 2.

¹⁸³ J. CASTILLO DE BOVADILLA: *Política para corregidores y señores de vasallos*, Amberes, 1704, libro 3, cap. 15, n. 8, en tomo 2, fol. 268.

¹⁸⁴ NR 8, 4, 5, y NR 3, 4, 58.

juegos, en las que la pena de cárcel (de 10 a 100 días) era subsidiaria al pago de la pena económica¹⁸⁵; las leyes que sancionaban las lesiones u homicidios contra oficiales públicos, en las que la prisión (de 6 meses a 1 año) dependía de la condición social del delincuente y del cumplimiento de otra serie de penas preferentes o accesorias¹⁸⁶; la que castigaba al carcelero negligente con pena de 3 meses a 1 año de cárcel por dejar escapar a su detenido¹⁸⁷; y «otros casos» a los que simplemente hacía una genérica referencia legislativa en el margen.

Dichos «otros casos» que citaba Castillo no eran otros que las penas de cárcel impuestas a los corregidores, asistentes, alguaciles o carceleros que hubieran cometido alguna negligencia de carácter menor; la que se imponía a los convertidos del reino de Granada por llevar armas (de tan sólo dos meses); la que prescribía para los moriscos huidos de la casa en que estaban asentados 30 días de prisión; y las que establecían pena de 20 días de cárcel para los hijos que denostaren a los padres, o un año para quienes injuriasen a algún extraño siempre que no tuvieran bienes con los que pagar la multa¹⁸⁸.

Pero no fueron éstos los únicos supuestos previstos por el ordenamiento jurídico castellano en los que se podía utilizar la prisión como medida sancionadora. Sin ánimo de ser exhaustiva, una lectura detenida del ordenamiento nos da nuevas claves de la aplicación de esta pena, como cuando se imponía simplemente por jurar en vano¹⁸⁹, con carácter subsidiario a quien no hubiera utilizado correctamente los tratamientos de cortesía que debían tenerse a determinadas personas¹⁹⁰, o quienes utilizasen pesas o medidas no autorizadas de forma reincidente¹⁹¹.

Teniendo en cuenta que en esta segunda excepción la presunción que permitía utilizar la cárcel como pena era la levedad o liviandad de los delitos, también es muy frecuente encontrarse con ejemplos de su aplicación en las ordenanzas municipales de los distintos municipios castellanos. La pena de cárcel prescrita por las ordenanzas solía oscilar entre tan sólo varias horas, una noche o un día, hasta varios meses, dependiendo de la gravedad de la infracción. Nunca llegaba al año, lo cual ya es bastante significativo de la escasa trascendencia del ilícito sancionado, y de la aún menor importancia que se le concedía a esta pena privativa de libertad (permitida precisamente a los mismos poderes municipales a los que el derecho castellano tenía prohibido la utilización de penas corporales, por ser las más graves del ordenamiento).

Por ejemplo, en los ordenamientos jurídicos locales se castigaba con la pena de cárcel a los que cogieran sin permiso frutos del campo ajenos, o los

¹⁸⁵ Véase NR 8, 7, 2 y 3. También, aunque no aparezca citada por Castillo, NR 8, 7, 13.

¹⁸⁶ Véase NR 8, 22, 4 y 5.

¹⁸⁷ NR 4, 23, 12.

¹⁸⁸ Respectivamente en NR 3, 6, 9; NR 4, 23, 9; NR 8, 2, 8; NR 8, 2, 19, y NR 8, 10, 1 y 2.

¹⁸⁹ NR 1, 1, 10.

¹⁹⁰ NR 4, 1, 16.

¹⁹¹ NR 5, 13, 2.

talaran, arrancaran o quemaran, pudiendo aplicarse como pena principal, accesoria o subsidiaria con respecto al pago de la multa¹⁹². También se utilizaba para castigar los daños cometidos por los ganados en campos ajenos¹⁹³, o en otros lugares privados o públicos¹⁹⁴, o los que se producían sobre los propios ganados al utilizarlos sin la autorización de su dueño¹⁹⁵; y los daños cometidos por las personas en las heredades, huertas, panes o viñas de otros o de la comunidad: «Yten que por quanto habidamente se ben los grandes daños que se açen los çerrados y guertas viñas y panes de los términos desta çidad y porque conviene remediarlo, acordaron y mandaron que en el berano en el tiempo de fruta, pan y bino ninguna personas sea osado destar en el campo de las nueve oras de la media noche arriva sino fueren personas de quien se tenga satisfaçion pena de quinze días de cárcel y perdimiento que las harmas que lleuare y del daño que aquella noche huuiere echo en las tales heredades, y si no tuuiere con que pagar le sean dados duçientos digo çient azotes»¹⁹⁶.

El incumplimiento de las ordenanzas relativas a sus oficios por determinados artesanos, profesionales o trabajadores del campo, era asimismo susceptible de castigarse con la cárcel, siendo muy numerosos los ejemplos que se pueden encontrar en este sentido. Desde la pena de tres días de cárcel impuesta a los peones que se zafaban de sus labores en el campo¹⁹⁷, hasta las muy habi-

¹⁹² Véanse, entre otras, las ordenanzas publicadas por M. ABAD MERINO: *Ordenanzas de la ciudad de Cartagena*, Murcia, 2002, p. 92; A. GONZÁLEZ GÓMEZ: *Transcripciones del libro de Ordenanzas antiguas de Lepe*, Huelva, 2001, pp. 26 y 37; I. MARTÍNEZ NAVAS: *Gobierno y administración de la ciudad de Logroño en el Antiguo Régimen*, Madrid, 2001, pp. 310-313; J. ESPEJO y E. MORALES: *Ordenanzas de Archidona*, Málaga, 1998, p. 106; D. BOHÓRQUEZ JIMÉNEZ: *Ordenanzas del concejo de Valencia de Alcántara*, Cáceres, 1982, pp. 113 y 121-122; F. RAMOS BOSSINI: *Ordenanzas de Loja*, Granada, 1981.

¹⁹³ M. GONZÁLEZ JIMÉNEZ: *Ordenanzas del concejo de Carmona*, Sevilla, 1972, p. 44: «Yten, quando el señor de las sementeras o heredades, sus hijos o moços fallaren en ellas daño, mire alrededor por el ganado más cercano está del dicho daño, (...); y que en estos días el pastor o su procurador parezcan a resçebir la demanda ante el juez; y si no paresçiere, jurando el señor del dicho daño que fizo el emplazamiento, el juez enbía por el tal ganadero dentro de otros tres días, y lo faga arraigar; y si no, esté en la cárcel diez días, y que el señor del ganado sea obligado a pagar el daño».

¹⁹⁴ F. RAMOS BOSSINI: ob. cit., pp. 68 y 87.

¹⁹⁵ D. BOHÓRQUEZ JIMÉNEZ: ob. cit., p. 105.

¹⁹⁶ I. MARTÍNEZ NAVAS: ob. cit., p. 353. Véase también A. GONZÁLEZ GÓMEZ: ob. cit., p. 26, o AMBE (Archivo Municipal de Baños de la Encina): *Actas Capitulares de 1591*, fol. 18v: «Acordaron que, atento que muchas personas en olivares arman perchas y se hazen muchos daños en los olivos quebrando ramas, que mandavan se pregone que ninguna persona sea osada a armar perchas ningunas en los olivares de este lugar, so pena de quatrocientos maravedís por cada vez que los hallaren y tres días de prisión y se condenen en ello conforme a las ordenanças».

¹⁹⁷ M. GONZÁLEZ JIMÉNEZ: ob. cit., p. 144: «Yten, ordenamos y mandamos que los peones que se cogieren para segar o cavar o para otras cosas que se fazen a jornal que el que se cogere o fuere a beuer a casa del amo, sea obligado a yr a trabajar otro día o por el tiempo que se cojó, si no tuviere impedimento de enfermedad de su persona, so pena que si con otro fuere, pierda el jornal del día, el qual sea para el amo que dio a beber; e demás esté tres días en la cárcel, porque no se atreva a fazer burla de otro».

tuales retenciones en prisión por varios días previstas para los artesanos o vendedores que engañasen en los pesos o en calidad de los productos¹⁹⁸, o las penas de cárcel que se prescribían para evitar que los aprendices comenzaran a ejercer como oficiales sin la debida preparación¹⁹⁹.

También encontramos la pena de cárcel en ordenanzas relacionadas con el mantenimiento de la seguridad ciudadana, como la que ordenaba castigar con ella a los que incumplieran el toque de queda²⁰⁰, la que se imponía a los forasteros de poca calidad que permanecieran en la villa sin motivo²⁰¹, o la que sancionaba, con carácter subsidiario a una preferente pena de multa, a quienes pidiesen limosna por las eras²⁰². Asimismo, la sanción de cárcel temporal aparece en ordenanzas atinentes a la caza o su venta²⁰³. Y, por poner los últimos ejemplos sobre esta forma de sancionar, se puedan traer a colación algunas ordenanzas que la prescribían para castigar los abusos sobre el agua pública²⁰⁴, la puesta en riesgo de su salubridad²⁰⁵, o el uso de los lavaderos o caños públi-

¹⁹⁸ F. RAMOS BOSSINI: ob. cit., p. 131; M. ABAD MERINO: ob. cit., pp. 90-91, 102 y 110; o D. BOHÓRQUEZ JIMÉNEZ: ob. cit., pp. 204-205 y 209: «...e sy los pescadores tovieren falsa balança, paguen de pena a los fieles sesenta maravedís, y al arca del conçejo çien maravedís y otros çiento para la mesa del maestral y, demás, sean presos y estén en la cárcel diez días y la justicia le de otra pena segund su aldrío, segund viere que es falsedad y la persona e el tiempo».

¹⁹⁹ I. MARTÍNEZ NAVAS: ob. cit., p. 364; o M. ABAD MERINO: ob. cit., p. 80: «Ítem que ningún barquero pueda conducir a bordo de ningún género de embarcación, a persona alguna hasta que haya ttenido prattica, y haya sido admitida por esta ziudad; ezepto a el capitán del puerto, o su teniente; pena de quinze días de cárcel, y mill marauedía aplicados conforme a la ordenanza». La pena de cárcel se hacía de hasta de seis meses para los barqueros que llevasen extranjeros o esclavos en la embarcación.

²⁰⁰ M. GONZÁLEZ JIMÉNEZ: ob. cit., p. 25: «Primeramente ordenamos e mandamos que por quanto las labores desta villa se fazen con mucho trabaxo a cabsa de los términos ser muy grandes, y es necesario que de ante noche y las madrugadas los labradores y sus moços y criados anden por esta villa a todas oras de la noche, negociando algunas cosas de sus labores o yendo o viniendo al campo, y por esta razón no pueden ni deven ser presos; pero si alguna persona, después de la campana postrera, paresçiere al alguacil que no es de los que negocian sus faziendas, puédelo prender fasta otro día por la mañana, y esta tal se le debe llevar quatro maravedís de carçelaje y no más, conforme a una probisión de sus altezas que la villa tiene para ello».

²⁰¹ D. BOHÓRQUEZ JIMÉNEZ: ob. cit., p. 154: «Que los forasteros que no tienen hazienda, ni mugeres, ni casa poblada se vayan de la villa (...). E sy no se salieren en el dicho término, el que fuere escudero o hidalgo, incurre en pena de seiscientos maravedís. E, sy fuere persona de menos calidad, sea preso y esté en la cárcel pública por diez días y, de allí, pague la pena de los dichos seiscientos maravedís».

²⁰² GUY LEMEUNIER: *Ordenanzas de Lorca*, Murcia, 1983: «Ordenamos y mandamos que de aquí adelante, ninguna persona sea osada de pedir limosna por las Eras, por los daños, è hurtos que se hazen; è que si quisiere pedir, que pidan por la Ciudad: so pena de trecientos maravedías, para el Tomador, y Executor: e si no tuviere con que pagar, esté treinta días en la cárcel: excepto los frailes de San Francisco, e Santa Olalla».

²⁰³ Véase D. BOHÓRQUEZ JIMÉNEZ: ob. cit., pp. 208-209; o M. GONZÁLEZ JIMÉNEZ: ob. cit., p. 119: «Yten, que ninguna persona sea osada de çaçar conejos ni liebres con candiles, so pena de seys çientos maravedís, dos partes para Carmona y una para el acusador; y si fuere forasteros y no tobiere de qué pagar, que esté preso dies días y pierda los aparejos».

²⁰⁴ Véase GUY LEMEUNIER: ob. cit., p. 129; o D. BOHÓRQUEZ JIMÉNEZ: ob. cit., pp. 182-183.

²⁰⁵ Véase D. BOHÓRQUEZ JIMÉNEZ: ob. cit., p. 182; o M. GONZÁLEZ JIMÉNEZ: ob. cit., p. 133: «Primeramente ordenamos y mandamos que ninguna persona sea osado de echar en la

cos a los que solían acudir las mujeres: «Otro sí, ordenamos y mandamos que los lavaderos donde las mugeres lavan no lleguen ni estén hombres ni de noche ni de día estando lavando las mugeres, salvo a alguna muger casada o moça fuere a lavar de noche y su marido o hermano la acompañe para su seguridad, so pena de trescientos maravedís y las armas perdidas para el alguacil que las quitare, aplicados como dicho es, y más esté tres días en prisión»²⁰⁶.

De lo hasta aquí dicho se puede inferir que, aunque el uso de la cárcel como pena no estuviese plenamente reconocido, las excepciones que en la práctica la permitían por la influencia del derecho canónico o para el castigo de delitos leves que merecieran una pena menos agravada, fueron afianzando, poco a poco, este tipo de sanción en la mentalidad social. No se puede obviar que cuando las sanciones comenzaron a perder sus connotaciones privadas para administrarse en nombre exclusivo de la Corona, el carácter «antilibre» de la sociedad sobre la que se imponía determinó que se prefiriesen otra clase de sanciones, como las penas corporales, infamantes o económicas, antes de recurrirse a una limitación de libertad que en general no era sentida como daño por la población. Sin embargo, a estas primeras manifestaciones de privación de libertad de carácter punitivo, no tardarían en unírseles otras durante la Edad Moderna, relacionadas con un nuevo paradigma penal utilitarista, que no pueden entenderse ajenas al contexto jurídico general del que partieron y que les sirvió de precedente.

Las que se han considerado tradicionalmente por la historiografía las primeras penas «privativas de libertad», como la de galeras, minas, presidios o casas de corrección, se generalizaron precisamente en la Edad Moderna como sanciones propias de una sociedad jerarquizada, dependiente y esclavista, que a través de ellas pretendía dar respuesta a una finalidad de servicio público que nada tenía que ver con la privación de libertad en sí misma preconizada por otros usos de la cárcel. Pero aquellos no fueron del todo ajenos a la aparición y desarrollo de éstas, pues para servirse de los delincuentes, o corregir a las malas mujeres, pobres o mendigos obteniendo de ellos alguna utilidad, era necesario previamente aprehender y custodiar sus cuerpos en establecimientos públicos como las cárceles o presidios, con independencia de que a partir de ellos se desarrollase otra finalidad.

La pena de galeras fue sin duda la pena «privativa de libertad» más importante hasta el siglo XVIII²⁰⁷. Desde la época de los Reyes Católicos, en

dicha fuente ni piedra ni tierra ni paja ni otra cosa alguna, so pena (...); e si fuere cosa hedionda o muerta o biva la que echaren, incurra en la pena de seiscientos maravedís (...); e demás de la dicha pena, el que así lo echare sea traído a la vergüenza por esta villa y está puesto en la picota cinco oras; y si fuere persona principal, que pague tres mill maravedís y esté en la cárcel sesenta días».

²⁰⁶ J. ESPEJO y E. MORALES: ob. cit., p. 74. En este mismo sentido, véase GUY LEMEUNIER: ob. cit., p. 19.

²⁰⁷ Véanse J. A.: ALEJANDRE: «La función penitenciaria de las galeras», en *Historia 16*, 1978, octubre, número extra, pp. 48-49; L. RODRÍGUEZ RAMOS: «La pena de galeras en la España moderna», en *Estudios Penales*, Salamanca, 1982; o A. ZYSBERG y R. BURLET: *Gloria y miseria de las galeras*, Madrid, 1989.

la que empezó a imponerse de forma habitual, hasta el final del período Austria, las galeras fueron la pena más utilizada junto con las penas corporales, debido a la necesidad de remeros que tenía la monarquía para mover su flota. En principio el servicio de galeras trató de cumplimentarse con condenas expresas por delitos como el de bigamia, rufianismo o robo, así como con vagos o egipcianos incumplidores de las leyes. Pero en los períodos de mayor necesidad de forzados o galeotes se permitió abrir el abanico, recomendándose a los jueces que impusieran esta condena al mayor número de reos posible, reduciéndose la edad de los mismos para el servicio o aumentándose el tiempo de éste, y prohibiéndose que se indultase o conmutarse esta pena por cualquier otra. De la misma manera, cuando las técnicas de la navegación fueron perfeccionándose frente al uso del remo, y las necesidades de la flota se redujeron notablemente al disminuir el afán bélico de la monarquía, esta pena fue siendo superada por otras, decretándose finalmente su abolición en 1771²⁰⁸.

Por su parte, la pena de trabajos forzados en las minas, propia del derecho romano, había seguido manteniendo su reconocimiento teórico en el derecho castellano de las Partidas²⁰⁹, aunque sólo pudo aplicarse de manera muy accidental cuando se recuperó la explotación de las minas de Almadén en el siglo XVI, debido a la falta de otras industrias mineras de importancia en el sector económico público de la Edad Moderna. El primer requerimiento de mano de obra forzada partió del administrador real Ambrosio Rótulo al rey Felipe II en el año 1559, y a desde entonces hasta mediados del siglo XVIII se siguieron enviando a ellas penados por delitos graves, generalmente de sangre o contra la propiedad, por un tiempo que pasó de ser a perpetuidad hasta quedar comprendido entre los dos y diez años²¹⁰.

La abolición de la pena de galeras a partir de 1771, determinó que la mayoría de las condenas hasta entonces impuestas en este servicio se conmutasen por la pena de trabajos forzados en los arsenales de marina o los presidios de África. Pero al igual que algunos delincuentes (particularmente los holgazanes) fueron excepcionalmente destinados al servicio de armas, sabemos también que algunos forzados siguieron siendo enviados a las minas de Almadén. Un desolador incendio provocado por los propios penados en el año 1755, fue uno de los argumentos prioritarios aducido entonces para la supresión de esta singular pena, que según Lardizábal ya apenas se utilizaba

²⁰⁸ Véanse las normas contenidas en NR 8, 24, 4-12.

²⁰⁹ Según P. 7, 31, 4, las clases de penas son siete, cuatro mayores y tres menores, y entre las mayores: «Primera, la de muerte o perdimiento de miembro; segunda, la de trabajo perpetuo en los metales o labores del rey...»

²¹⁰ Véanse R. CABANILLAS: «Memoria sobre las minas de Almadén», en *Anales de minas*, Madrid, 1838, t. I; R. SALILLAS: *La cárcel real de esclavos y forzados de las minas de azogue de Almadén y las características legales de la penalidad utilitaria*, Madrid, 1919; A. MATILLA TASCÓN: *Historia de las minas de Almadén (desde la época romana hasta el año 1645)*, Madrid, 1958; y G. BLEIBERG: «El informe secreto de Mateo Alemán sobre el trabajo forzoso en las minas de Almadén», en *Estudios de Historia Social*, julio-diciembre de 1977.

a finales del siglo XVIII²¹¹, aunque legalmente no fue derogada hasta el año 1800, mediante una Real Orden que declaraba extinguido el presidio minero por la inseguridad de los penados, el escándalo que éstos causaban en el vecindario y la rehabilitación del buen nombre del establecimiento²¹².

Por lo que respecta a los presidios en África, se desconoce con exactitud el momento en que comenzaron a ser utilizados como pena, aunque probablemente en este punto se siguiera la experiencia punitiva iniciada por Alfonso V en Portugal a finales del siglo XV. La idea de repoblar los nuevos territorios en frontera con los musulmanes con soldados y especialmente con delincuentes, era por lo demás propia de la Reconquista española, que todavía bajo el reinado de los Reyes Católicos se consideraba una empresa activa más allá del Mediterráneo. Los allí enviados debían cumplir asimismo un especial servicio a la monarquía: o bien la defensa de los enclaves en el servicio de armas, cuando se trataba de penados de extracción nobiliaria, o bien la fortificación de los lugares y construcción de recintos amurallados, cuando a aquéllos comenzaron a unírseles los primeros delincuentes de origen plebeyo²¹³. Por eso, no sería extraño que desde la conquista del primer bastión castellano, en África, de Melilla, en 1497, se formara allí un presidio militar, al que se enviarían en principio aquellos soldados que tuvieran que expiar alguna culpa, para fortificar el lugar y custodiarlo, y a Melilla le seguirían otros enclaves conquistados con posterioridad, como Mazarquivir, el Peñón de Vélez de la Gomera, Orán, Bugía, el Peñón de Argel, Trípoli, la Goleta, Túnez, Ceuta, Tánger, el Peñón de Alhucemas, Larache y la Marmota, en los que se habilitarían también presidios militares²¹⁴.

Además de la pena de galeras, minas o presidios de África, y las cárceles públicas de los concejos, en las que como hemos visto se castigaban determinados delitos menores, otros particulares antecedentes con los que contó la pena de prisión en el ordenamiento jurídico castellano fueron las llamadas cárceles o casas de mujeres y de pobres u holgazanes, con las que se pretendía solucionar un problema social y conseguir al mismo tiempo una utilidad pública.

²¹¹ M DE LARDIZÁBAL: *Discurso sobre las penas* (Madrid, 1782), según la edición de J. ANTÓN ONECA, en Madrid, 1967, p. 120.

²¹² R. CABANILLAS: «Memoria sobre las minas de Almadén», en *Anales de minas*, Madrid, 1838, t. I, pp. 411 ss.

²¹³ Aunque ya se tiene noticia del envío a los presidios del norte de África de algunos penados comunes junto a los soldados en el siglo XVI, la medida aún debió tener un carácter muy residual, y sólo a partir del siglo XVII la encontramos tipificada en el ordenamiento jurídico como sanción sobre la población civil, consolidándose especialmente en el siglo XVIII. Entonces se consideró una pena de escasa gravedad, y se utilizaba con un carácter absolutamente secundario con respecto a otras penas principales, fundamentalmente la de galeras, para aquellos que eran inaptos en aquel servicio, o incluso como medida privilegiada con la que sancionar a los nobles, al objeto de relevarlos con el servicio de armas en el norte de África del mucho más pesado servicio de bajeles o galeras (véase NR 2, 4, auto 106; NR 8, 15, auto 2; NoR 3, 19, 18; NoR 3, 19, 23; NoR 4, 3, 14; NoR 12, 15, 3; NoR 12, 16, 7, o NoR 12, 16, 17).

²¹⁴ Sobre estas cuestiones, véase más pormenorizadamente H. ROLDÁN BARBERO: *Historia de la prisión en España*, Barcelona, 1988, pp. 16 ss.

Las cárceles creadas específicamente para las «malas mujeres» recibieron el nombre de la «Galera» de mujeres o la «Casa-galera» para señalar su paralelismo con la pena de galeras que por delitos similares se aplicaba a los hombres. Aunque desde la época medieval existieron determinados lugares para custodiar a las mujeres, prescribiéndose que estuvieran «separadas de las de los hombres» (en los monasterios o habitaciones separadas de las propias cárceles públicas), las *Galeras* tuvieron su origen propiamente en las *Casas de Arrepentidas* que comenzaron a fundarse en la segunda mitad del siglo XVI a imagen y semejanza de la abierta en Roma por San Ignacio de Loyola. Siguiendo una nueva doctrina mucho más intolerante con respecto a las conductas desordenadas de las mujeres, que tendría su punto de partida en la Contrarreforma católica, aquélla se creó para recoger a las mujeres de mala vida que voluntariamente quisieran aprender un oficio y llevar una vida honesta; y con la misma finalidad se fueron erigiendo otras *Casas de Arrepentidas*, *Casas de Recogidas* o *Casas de la Probación* en los reinos de España²¹⁵, y particularmente en Castilla, donde la Madre Magdalena de San Jerónimo llevó a cabo una ímproba labor en esta cuestión.

Precisamente fueron los constantes requerimientos de esta religiosa, que apoyaba su solicitud en la experiencia de las Casas de Arrepentidas²¹⁶, unidos a las ideas de Cristóbal Pérez de Herrera²¹⁷, los que finalmente decantaron al rey Felipe III a ordenar en 1608 la inmediata construcción de dos *Casas-galeras* en Madrid y Valladolid, a las que más adelante seguirían las de Granada, Zaragoza, Salamanca, Valencia y otras ciudades importantes. A ellas iban a parar originariamente las mujeres «perdidas» o «de mala vida» (prostitutas, alcahuetas, barraganas, etc.), pues de lo que se trataba principalmente era de eliminar los pecados de concupiscencia y lujuria. Pero con el tiempo se añadieron todas las delincuentes que merecieran pena superior a la de azotes y vergüenza²¹⁸. Las mujeres honestas o de buena fama que merecieran pena

²¹⁵ Según G. LASALA NAVARRO: «Los cinco códigos fundamentales del ramo de Prisiones», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, 31 (1947), p. 26, el primer establecimiento de esta naturaleza se estableció en Valencia en torno a 1540, aunque sus datos no son muy fidedignos.

²¹⁶ Véase la obra de la madre M. DE SAN JERÓNIMO: *Razón y forma de la Galera Real que el rey nuestro señor manda hacer en estos reinos para castigo de las mujeres...*, Valladolid, 1608, en «Apuntes para una Biblioteca de Escritoras españolas», *BAE*, Madrid, 1903, tomo II, pp. 304 ss. .

²¹⁷ Frente a la madre Magdalena de San Jerónimo, que defendía estos lugares como «casas de labor y trabajo» más que de represión, el Protomédico de las Galeras de su Majestad, Cristóbal Pérez de Herrera, creía que debían ser lugares de castigo porque, en su opinión, la maldad de las mujeres delincuentes era tanta como la de los hombres, y a falta de capacidad para cumplir la pena de trabajos forzados en galeras, debían suplir el castigo en estos establecimientos. Sus escritos han sido publicados en C. PÉREZ DE HERRERA: *Amparo de los verdaderos pobres y reducción de los fingidos*, 1598 (edición facsímil por M. CAVILLAC: Clásicos Castellanos, Madrid, 1975).

²¹⁸ Véanse F. SEVILLA Y SOLANA: *Historia penitenciaria de España. La galera*, Segovia, 1917; A. DOMÍNGUEZ ORTIZ: «La galera o cárcel de mujeres de Madrid a comienzos del siglo XVIII», en *Anales del Instituto de Estudios Matritenses*, IX (1973); A. FIESTAS LOZA: «Las cárceles de mujeres», en *Historia 16*, 1978, octubre, número extra, pp. 91-99; M. D. PÉREZ BALTASAR: *Mujeres marginadas: las casas de recogidas en Madrid*, Madrid, 1984; I. BARBEITO: *Cárceles y*

superior seguirían siendo enviadas a expiar su culpa en los monasterios²¹⁹; y las mujeres del común detenidas por otros delitos con carácter meramente cautelar continuarían siendo recluidas, por su parte, en los antiguos edificios carcelarios que existían en los distintos concejos o tribunales del rey, donde debía mantenerse en todo caso la antigua separación entre las cárceles de hombres y de mujeres²²⁰, que en la práctica no siempre era cumplida de forma tajante.

El segundo colectivo que requirió desde fecha temprana este tipo de medida restrictiva de su libertad, fueron los llamados pobres, mendigos, vagabundos, vagos u holgazanes. Ya en las Cortes de Bribiesca de 1387, Juan I estableció como medida sancionadora contra estos vagabundos y holgazanes, que «tan sola mente biuen del sudor de otros ssyn lo trabaiair e merecer», la posibilidad de servirse de ellos «un mes sin soldada»²²¹, en cuyo defecto se debía recurrir a la pena de azotes y destierro. La medida tuvo que ser reiterada por monarcas posteriores en distintas y frecuentes ocasiones, poniendo de relieve el creciente problema que suponían estas clases marginales a la sociedad.

Con el tiempo, se prefirieron las penas subsidiarias de azotes y destierro (los Reyes Católicos ordenaron el destierro de todos los «vagabundos» de la Corte) al servicio personal de un mes, que fue cayendo en el olvido por las dificultades inherentes a su aplicación²²². Sin embargo, cuando el siglo XVI puso de relieve la necesidad de recursos personales que tenía la monarquía para mover la flota, los reyes Juana y Carlos I no dudaron en «acrecentar» la pena de los holgazanes o vagabundos, recuperando la antigua idea del trabajo o servicio personal para la monarquía, que se impuso junto a los azotes como una especie de destierro agravado a través de la pena de galeras²²³.

A partir de esta época, los teóricos de la Contrarreforma imprimieron una nueva visión de la pobreza, considerando que existía una pobreza «verdadera», de enfermos o minusválidos que merecían el cuidado de la sociedad a costa de la caridad o de los fondos públicos en los Hospicios, Casas de Recogimiento o Casas de Misericordia²²⁴; y otra pobreza «fingida», de holgazanes y maleantes contra los que se dictaban en puridad las medidas sancionadoras. No obstante,

mujeres en el siglo XVI, Madrid, 1991; o E. VILLALBA PÉREZ: *¿Pecadoras o delinquentes? Delito y género en la Corte (1580-1630)*, Madrid, 2004, pp. 111-112.

²¹⁹ Cortes de Toledo de 1538, pet. 53, en *CLC*, tomo V, pp. 129-130: «Otro si suplicamos a Vuestra Majestad mande proveer que las mujeres honrradas no sean presas en las cárceles públicas por delitos y causas livianas y porque no se les aya de imponer pena corporal, porque en los tales casos comúnmente acaece ser mas grave la pena de la prisión que la que impone por delito. A esto vos respondemos, que se guarden las leyes que sobresto disponen».

²²⁰ Véase NR 4, 24, 2.

²²¹ Cortes de Bribiesca de 1387, pet. 5, en *CLC*, tomo II, Madrid, 1863, pp. 370-371.

²²² Véanse NR 8, 11, 1-3.

²²³ Véase la pragmática de 25 de noviembre de 1522 en la NR 8, 11, 6. La medida fue reiterada por Felipe II en 1566, suprimiendo la necesidad del pregón ante de las detenciones y aumentando notablemente el concepto de holgazanes o vagabundos, en NR 8, 11, 11.

²²⁴ Para hacerse una idea del funcionamiento de tales establecimientos, puede consultarse la obra de L. GALDIANO Y CROY: *Breve tratado de los hospitales y casas de recogimiento desta Corte*, Madrid, 1677.

los pobres «verdaderos» también representaban un problema para la sociedad debido a la creciente crisis económica, y no dejaron de ser perseguidos de alguna manera. Para ellos se previeron otro tipo de medidas privativas de libertad, que iban desde su internamiento en los Hospicios o Casas de Misericordia, o su confinamiento en los lugares donde estuvieran avecindados o de los que fueran naturales bajo el control de las licencias parroquiales, hasta la aplicación de penas propiamente dichas, como la pena de cárcel de cuatro a ocho días (cuando se trataba de una mera falta de los pobres verdaderos), la de destierro temporal por dos meses (para los pobres verdaderos reincidentes), o la pena de servicio a la monarquía a través de las galeras, aplicada a los pobres que aun siendo verdaderos se mostraban contumaces en el incumplimiento de las leyes, además de a los pobres fingidos, llamados «vagabundos»²²⁵.

Ciertamente, la reclusión en los Hospicios o Casas de Pobres no era una medida sancionadora, sino asistencial o de socorro. Pero si tenemos en cuenta el carácter coercitivo con el que se aplicaba, y la obsesiva vigilancia a la que se sometía a los reclusos en estos espacios cerrados, sería preciso comenzar a hablar de una cierta labor de tutelaje o corrección emprendida por los poderes públicos sobre los grupos marginales de delinquentes potenciales o peligrosos²²⁶. Además, ya desde la segunda mitad del siglo XVI comenzaron a oírse las primeras voces que apostaban por convertir los lugares de mero recogimiento en casas de trabajo, siguiendo el ejemplo de algunas experiencias que se estaban llevando a cabo en países reformistas como Francia, Inglaterra, Holanda o Alemania²²⁷, alentadas por erasmistas de la talla de Juan Luis Vives, que se convirtió en un referente sobre esta cuestión para el resto de los tratadistas europeos y españoles²²⁸.

²²⁵ Véanse NR 1, 12, 6 y 7.

²²⁶ Sobre esta cuestión véanse, entre otras, las obras de M. FOUCAULT: *Historia de la locura*, México, 1979, vol. 1, cap. II; H. SOLY: *Pobreza y capitalismo en la Europa preindustrial (1350-1850)*, Madrid, 1986; o H. ROLDÁN BARBERO: *Historia de la prisión en España*, Barcelona, 1988, pp. 36 ss., especialmente en pp. 42 y 44; en las que se pone el ejemplo del Hospicio para muchachos pobres conocido como *Los Toribios de Sevilla*, según las noticias de él tomadas de G. BACA: *Los Thoribios de Sevilla*, Madrid, 1766.

²²⁷ Si en Francia se crean los Hospitales, en Inglaterra aparecen las *Houses of correction* o *Work-houses*, en Holanda las *Ras-puis*, y en Alemania las *Zuchtäusern* a mediados del siglo XVI, en las que el trabajo forzoso «estaba dirigido a doblegar la resistencia de la fuerza de trabajo, al hacer aceptar las condiciones que permitían el máximo grado de extracción de plusvalor», según MELOSSI Y PAVARINI: *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*, traducción española en México, 1980, p. 33. Véase también, P. TRINIDAD FERNÁNDEZ: *La defensa de la sociedad. Cárcel y delincuencia en España (siglos XVIII-XX)*, Madrid, 1991, p. 29.

²²⁸ Véase J. L. VIVES: «Del socorro de los pobres o de las necesidades humanas», en BAE, vol. 261, pp. 262-283. Concretamente en España, ya a finales del siglo XVI el canónigo Miguel Giginta apuntaba la necesidad de crear algunas manufacturas reales de seda, lana y esparto para ocupar a los pobres detenidos en los hospicios, en M. GIGINTA: *Tractado de remedio de pobres*, Coimbra, 1579, y su contemporáneo Pérez de Herrera planteaba disuadirlos de su vida ociosa con la amenaza de la pérdida de su libertad en la casa de pobres, de la que sólo podrían salir los pobres verdaderos para mendigar durante el día, con licencia y una insignia al cuello, en C. PÉREZ DE HERRERA: *Discurso del Amparo de los legítimos pobres y reducción de los fingidos*, Madrid, 1598, en Clásicos Castellanos, Madrid, 1975.

De momento, ante la inexistencia de industrias o manufacturas en las que ocupar a los pobres, los hospicios como meros lugares de recogida, la pena de destierro, pero fundamentalmente la cárcel y las galeras, se perfilaron como los únicos medios susceptibles de remediar la situación de miseria. Y cuando los remeros o galeotes comenzaron a ser innecesarios para el movimiento de la flota, este servicio a la monarquía fue sustituido por el de milicias. Concretamente fue el primero de los Borbones, Felipe V, quien adoptó esta medida para el fortalecimiento de sus ejércitos, prescribiendo primero la detención en las cárceles públicas de todos los vagos y holgazanes, y ordenando después que sólo «los que fueren hábiles, i de edad competente para el manejo de las armas, se pongan en custodia, para que, dándome cuenta, los mande destinar a los Regimientos, que sea conveniente»²²⁹.

Abundando en esta dirección, sería Carlos III quien sometiera a los vagos a una persecución más implacable. En una extensa ordenanza dada en 1775, afirmaba que «he venido en declarar y mandar, se proceda de aquí adelante á hacer levadas anuales y de tiempo en tiempo en las capitales y pueblos numerosos, y demas parages donde se encontraren vagos y personas ociosas, para darles empleo útil». Evidentemente el empleo útil al que se refería la ordenanza no era otro que el servicio de armas, para el que se requería una edad de entre 17 y 36 años, ciertas condiciones físicas fijadas en la ley, y pertenecer al estado civil de soltero²³⁰. Para evitar precisamente los muchos matrimonios de conveniencia que comenzaron a producirse entonces entre los vagos al objeto de evitar su reclutamiento, tan sólo un año después Carlos III derogaba dicho privilegio matrimonial, enviando a los ejércitos tanto a solteros como a casados²³¹; y en 1779 fijaba definitivamente el tiempo del servicio en ocho años²³².

Por su parte, para los «vagos o mal entretenidos» que hubiesen sido desechados por el ejército o la marina, se señalaron medidas correctivas en «casas de recolección y enseñanza caritativa»²³³. Tales casas no debían confundirse con los establecimientos previstos desde antiguo para los pobres verdaderos, sino que eran una especie de presidios o lugares de depósito donde se dejaba a los delincuentes que no pudiesen servir al rey. Sin embargo, debido a las dificultades económicas de mantener un doble sistema de casas para la pobreza, en 1784 se permitió que los vagos delincuentes fueran enviados a las casas de misericordia o caridad con la única condición de que se les encerrase allí con carácter correctivo, y no asistencial, distinguiéndose claramente esta diferencia de cara al público. La medida provocó la inmediata reacción de los hospicios,

²²⁹ Véanse NR 8, 11, auto 12 y auto 18; también en NoR 12, 31, 6.

²³⁰ NoR 12, 31, 7.

²³¹ NoR 12, 31, 8.

²³² NoR 12, 31, 9. Otras medidas adoptadas para el buen funcionamiento de todo este sistema creado contra la vagancia pueden consultarse en NoR 12, 31, 11-18.

²³³ En defecto de ellas, y sólo en el caso concreto de los menores de edad, se dejaba en manos de los padres, o los poderes públicos municipales si eran huérfanos, su cuidado y educación para «apartar de la mendiguez y de la ociosidad á toda la juventud, atajando el progreso y fuente perenne de la vagancia», según consta en NoR 12, 31, 10.

que se quejaron ante el rey de recibir ese tipo de «personas viciosas de uno y otro sexo por vía de corrección ó castigo», confundiendo en la práctica con los pobres verdaderos, y Carlos III no tuvo más remedio que reiterar la separación entre las consecuencias que se derivaban de la pobreza verdadera y fingida en 1788, resolviendo que en adelante «no condenen de modo alguno á semejantes personas á las referidas casas ni aun por vía de depósito, no habiendo en ellas departamento de corrección»²³⁴.

Es evidente que nuevos criterios punitivos se estaban imponiendo con rigor en la legislación, y que los presidios se erigían como una necesidad imperiosa para la política sancionadora de los nuevos tiempos. Con la llegada de los Borbones el cambio se hizo más que evidente. No sólo en la política sancionadora de los pobres y holgazanes que acabamos de describir, sino también, como vimos más arriba, en la cada vez más abundante utilización por el derecho de la pena de presidio en el norte de África. La llamada «penalidad utilitarista» fue llevada hasta sus últimas consecuencias por los reyes de la dinastía francesa, partiendo de los antecedentes con los que contaban en la legislación española, y asumiendo también las experiencias y teorías que en este sentido se estaban desarrollando en Europa.

Frente a la espectacularidad de la pena y los castigos corporales de valor simbólico y propagandístico, propios de épocas anteriores en las que una administración de justicia demasiado débil buscaba sobre todo intimidar para ser respetada, desde comienzos del siglo XVI, pero sobre todo durante los siglos XVII y XVIII, se va a ir imponiendo una nueva penalidad dominada por las necesidades de un estado cada vez más poderoso. El poder público ya no necesitaba tanto infundir temor sobre los ciudadanos, como hacer funcionar la cada vez más portentosa maquinaria pública, enviando penados a los destinos más ingratos que no se podían cubrir con hombres libres. Por eso los Borbones, guiándose un criterio eminentemente funcional, prefirieron el uso de las penas de trabajos forzados en las galeras, las minas, los arsenales o los presidios, a las obsoletas penas de azotes, mutilaciones o destierro practicadas preferentemente por los Austrias²³⁵.

²³⁴ NoR 12, 40, 19: «Por el artículo sexto de la Real cédula expedida en 11 de Enero de 1784 se mandó que los Tribunales y Justicias del Reyno no destinasen á delinquente alguno, hombre ó muger, á hospicio, ó casa de misericordia o caridad con este nombre, para evitar la mala opinión, voz y ociosidad del castigo a la misma casa y á sus individuos; pues deberían destinar a los reos al presidio ú encierro de corrección, de que cuidase el hospicio, con expresión bastante que los distinguiese, y desengañase al Público. Habiendo recurrido ahora a mi Real Persona algunas Juntas de hospicios, quejándose de que las Justicias destinan á estas casas de caridad muchas personas viciosas de uno y otro sexo por vía de corrección o castigo; de lo que se sigue que, mezclándose con los pobres que hay en ellas, pervierten sus costumbres: he resuelto, se expidan las órdenes correspondientes, para que las Justicias no condenen de modo alguno a semejantes personas á las referidas casas ni aún por vía de depósito, no habiendo en ellas departamento de corrección».

²³⁵ R. SALILLAS: *La cárcel real de esclavos y forzados de las minas de azogue de Almadén y las características legales de la penalidad utilitaria*, Madrid, 1919, p. 4.

Esta idea no sólo se impone en la legislación, a través de normas como las que hemos citado, sino que se asume por la propia práctica jurisprudencial y aparece reconocida por los autores. Los juristas de la época nos informan así de la preferencia de este tipo de sanciones en la práctica judicial de algunos delitos para los que la legislación tenía prescritas otra clase de penas ya en desuso. Es el caso del delito de juegos prohibidos, en el que al parecer la pena de presidio se utilizaba con carácter subsidiario a la de galeras²³⁶. También se impuso en alguna ocasión para el escribano falsificador de documentos, al que la ley castellana señalaba como pena la mutilación de la mano derecha y la privación de oficio a perpetuidad, aunque a principios del siglo XVIII dicha sanción ya había quedado reducida según los autores a «privación de oficio, multa y, en ocasiones, presidio»²³⁷, ya que «la (pena) de cortar la mano debe conmutarse solo por humanidad en la de presidio según práctica»²³⁸.

Asimismo el delito de estupro, a pesar de aparecer sancionado en ley con pena económica, de azotes o de destierro²³⁹, era castigado habitualmente en los tribunales con la pena canónica (casarse con la estuprada o dotarla), a la que se añadía por costumbre de los jueces castellanos otra pena de presidio como tercera opción²⁴⁰. La pena de la violación en despoblado, que en la letra de la ley era la muerte, en la práctica del siglo XVIII también se terminó sustituyendo por «presidio, galeras o minas», según las personas implicadas²⁴¹. Y algo similar ocurrió con respecto al adulterio en época avanzada, pues ya en esta época «lo regular es que si la adúltera es de mediana esfera, entra en clausura, y al hombre se le destierra; y si acontece en genta baxa, se encarcela la muger, y el hombre va a un presidio»²⁴².

Tampoco deja de ser significativo que, cuando la pena de galeras comenzó a declinar a finales del siglo XVIII, Carlos III decidió sustituirla definitivamente por los otros dos tipos de pena privativa de libertad de los que creía que en ese momento podía servirse mejor la monarquía: la pena de presidio en África, o una nueva pena llamada de arsenales²⁴³. Al igual que hiciera al regular la pobreza, tratando de poner un poco de orden en el caótico sistema punitivo de

²³⁶ F. DE LA PRADILLA BARNUEVO: *Suma de las leyes penales*, Madrid, 1639, p. 26.

²³⁷ J. BERNÍ: *Práctica criminal*, Valencia, 1749, p. 55.

²³⁸ J. ÁLVAREZ POSADILLA: *Comentarios a las leyes de Toro*, Madrid, 1826, p. 44.

²³⁹ P. 7, 19, 2.

²⁴⁰ Entre otros A. GÓMEZ: *Ad leges Tauri commentarium absolutissimum*, Salamanca, 1555, leyes 80 y 83, pp. 694 ss.; F. PRADILLA: *Suma de las leyes penales*, Madrid, 1639, fol. 3; o ÁLVAREZ POSADILLA: *Práctica criminal por principios*, 1797, III, pp. 197-198. Sobre esta misma cuestión, véase también F. TOMÁS Y VALIENTE: *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Madrid, 1969, pp. 362-363.

²⁴¹ J. BERNÍ: *Práctica criminal*, Valencia, 1749, pp. 37 y 38.

²⁴² J. BERNÍ: *Práctica criminal*, Valencia, 1749, p. 8.

²⁴³ Véase la NoR. 12, 40, 10-11, y atiéndase al trabajo de investigación de F. SEVILLA: *Historia penitenciaria española: La Galera*, Segovia, 1917, en el que se expone que aunque la pena de galeras fue abolida por esta pragmática del año 1771, se restablecería temporalmente en 1784 con la finalidad de armar los barcos destinados a perseguir la piratería argelina en el Mediterráneo, y no sería suprimida definitivamente hasta 1803.

la época, confuso e inseguro a causa del arbitrio judicial que se imponía a las leyes, el reformista Carlos III no dudó en ordenar que a partir de entonces «en las condenas de todos los reos de delitos y casos á que corresponda pena aflic-tiva, que no pueda ni deba extenderse á la capital», se impusieran uno de estos dos tipos de penas, distinguiéndose para ello entre los delitos cualificados («feos y denigrativos») y los no cualificados.

Para los primeros, o delitos «no qualificados», se establecía la pena de presidio en alguno de los de África por el tiempo que determinasen los tribu-nales, con un máximo de diez años. Para los segundos, o delitos «qualifica-dos», se creó específicamente la pena de arsenales, siendo destinados estos delincuentes a cualquiera de los tres arsenales de Ferrol, Cádiz y Cartagena para «los trabajos penosos de bombas y demás maniobras ínfimas, atados siempre á la cadena de dos en dos». Sólo cuando los delincuentes cualificados resultaban inútiles para el servicio de arsenales, la pena podía conmutarse por la de presidio en los propios lugares de la monarquía, que podían ser los crea-dos para los vagos delincuentes ineptos al servicio de armas u otros que con el tiempo se fueron fundando²⁴⁴.

La pena de arsenales era en realidad la que sustituía a la de galeras y, «á causa de la mayor fatiga de un servicio a otro», durante el tiempo en que ambas penas convivieron se previno una rebaja a la mitad del tiempo del reo castigado a baxeles o galeras que, por su ineptitud, incapacidad o falta de necesidad en las embarcaciones, cumpliera finalmente su condena en los arsenales²⁴⁵. De éstos, como se ha visto, había tres en la monarquía (Ferrol, Cádiz y Cartagena), aunque su capacidad estaba cada vez más limitada por la crisis de la industria naval, y finalmente dejaron de aplicarse como pena junto con la de galeras poco después del desastre de la marina española de Trafalgar de 1805, decre-tándose su supresión definitiva en el año 1818²⁴⁶. Hasta entonces, supusieron sólo una pena de carácter secundario, como la de servicio en el ejército, pues a falta de plazas en uno u otro destino se venía previendo que ambas fueran

²⁴⁴ Recuérdese el contenido de NoR 12, 40, 21, y véase NoR 12, 40, 21, nota 11, en la que explícita que en la Real Orden de 3 de noviembre de 1789, con motivo de haber sentenciado la Chancillería de Granada al servicio del arsenal de Cádiz a dos ciegos inútiles en aquel destino, mandó Su Majestad que no se destinasen reos de esta calidad á los arsenales.

²⁴⁵ Véanse la Real Orden de 15 de agosto de 1786, en la NoR 12, 40, 16, y la Real Orden de 20 de abril de 1789, en NoR 12, 40, 22: «Con motivo de haber sentenciado la Audiencia de Sevilla un reo de delito de robo á servir quatro años en los batallones de marina, y no siendo apto para ellos, á dos en los baxeles del Rey, y hecho presente el Comandante General del Departamento de Marina de Cádiz lo perjudicial que era esta clase de gentes en ambos servicios; he resuelto que en adelante los que sentenciaren las Audiencias y Justicias del Reyno por semejantes causas, ú otras de díscolos, sean para los presidios de arsenales; y que en consecuencia de esta resolución, hallándose dicho reo sentenciado á dos años de baxeles, no debe sufrir más de uno de arsenal según lo mandado por la Real orden de 7 de diciembre de 1786, que previene la rebaja a la mitad del tiempo á los sentenciados a baxeles, siempre que cumplan sus condenas en los arse-nales á causa de la mayor fatiga de un servicio a otro».

²⁴⁶ Tan sólo subsistió el arsenal de San Fernando, en Cádiz, pero afectado exclusivamente a la jurisdicción de marina, según nos informa G. LASALA NAVARRO: «Condena a obras y presidios de arsenales», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, 119 (1955), pp. 28-29.

sustituídas por la cada vez más importante pena de presidio, en la que se aportaban otras clases de trabajos públicos.

Ciertamente, la pena de presidio venía imponiéndose de manera creciente desde comienzos del setecientos. Entonces ya comenzaron a distinguirse de entre los presidios del norte de África los llamados «presidios mayores» de Ceuta, Melilla y Orán, y los «presidios menores» de los dos Peñones, el de Vélez de la Gomera y el de Alhucemas. Otros presidios existían en las fortificaciones principales de las Indias o de Filipinas, aunque a ellos, excepcionalmente, se enviaron presidiarios desde Cádiz para trabajos de fortificación (por ejemplo en los puertos de La Habana, San Juan de Puerto Rico o Veracruz)²⁴⁷, no solían condenarse los delincuentes peninsulares sino los de las colonias más cercanas. El presidio de Orán se perdió en 1791, abandonado a causa de un terremoto, pero a cambio se ganó sin oposición la plaza de Chafarinas²⁴⁸.

Las labores que estaban obligados a realizar los presidiarios de estas *colonias penales* se dividían fundamentalmente en dos: labores constructivas o de amurallamiento, o servicio de armas. El reparto de presos que se hacía para estos fines, las formas de prestación de los servicios, y en general la vida presidial en África, quedó por lo demás completamente regulada a lo largo del siglo XVIII, gracias a los distintos reglamentos presidiales que se fueron dictando para ello desde que se aprobara el de Ceuta en 1715²⁴⁹.

Sin embargo, no todas las autoridades estaban de acuerdo con esta forma de castigar, peculiar de la historia española. Al tiempo que se redactaban los reglamentos y se aumentaban las condenas a África, surgían memoriales e informes que denunciaban los altos costes económicos del mantenimiento de estas penas, su escasa utilidad (frente a quienes los defendían como lugares de contención de invasiones o para luchar contra la piratería), y sobre todo el hecho de que estos lugares se estuvieran convirtiendo en reductos de delincuentes armados. Este último argumento no era necesariamente negativo, en opinión de quienes defendían los presidios africanos, pues apartaba de la sociedad a los malhechores y ponía al servicio de la misma a personas aguerridas para la defensa de sus fronteras. Finalmente la disputa no venció la firme política iniciada por los Borbones, y los presidios africanos se mantuvieron, si bien con una capacidad cada vez más limitada y militarizada, hasta comienzos del siglo XX²⁵⁰.

²⁴⁷ Sobre esta cuestión, R. PIKE: *Penal servitude in Early Modern Spain*, Wisconsin, 1983, pp. 130; y P. TRINIDAD FERNÁNDEZ: *La defensa de la sociedad. Cárcel y delincuencia en España (siglos XVIII-XX)*, Madrid, 1991, p. 25.

²⁴⁸ R. SALILLAS: *La vida penal en España*, Madrid, 1888; R. PEZZI: *Los presidios menores de África y la influencia española en el Rif*, Madrid, 1893; o CADALSO Y MANZANO: *Instituciones penitenciarias y similares en España*, Madrid, 1922, pp. 301-331.

²⁴⁹ Además del Reglamento para la plaza de Ceuta de 1715, se dictaron otros para Melilla y los dos Peñones en 1717; para Ceuta nuevamente en 1745, para Orán en ese mismo año de 1745, y para Ceuta en 1791. Todos ellos en J. A. PORTUGUÉS: *Colección general de las Ordenanzas militares*, Madrid, 1765, tomo 8.

²⁵⁰ Véase H. ROLDÁN BARBERO: *Historia de la prisión en Espanya*, Barcelona, 1988, pp. 22 ss.

Junto los coloniales, otros presidios comenzaron a crearse en la metrópoli desde mediados del siglo XVIII. Los primeros surgieron en las ciudades de San Sebastián, Pamplona, Zaragoza y Badajoz, para prestar en las fortificaciones de estas ciudades un servicio de armas que no siempre era fácil de colmar. Por eso, durante mucho tiempo la pena en los presidios peninsulares, de África, o en los regimientos de indias o europeos, eran prácticamente intercambiables, dependiendo de las necesidades coyunturales del momento el que un detenido fuera enviado a uno y otro lugar.

Pero además de servicios militares, los trabajos de fortificación a los que eran obligados los presidiarios de aquellos primeros establecimientos, alentaron a la imposición de otra clase de trabajos forzados de obras públicas en algunas de las cárceles o presidios peninsulares. Con ello se recuperaba además la ansiada idea de obtener un servicio, utilidad o rendimiento de los delincuentes menores, ociosos u holgazanes que atestaban las cárceles de la monarquía, siguiendo experiencias europeas que se llevaban a cabo al menos desde mediados del siglo XVI, y que en Castilla la ausencia de una industria manufacturera había relegado al olvido. El proyecto se recuperaba ahora, en la segunda mitad del siglo XVIII, de la mano de los penalistas más utilitaristas al servicio de la monarquía reformadora de Carlos III, pero ya no en torno a la creación o desarrollo de manufacturas por parte de los presos, que tan alto coste económico redundaría a la monarquía, sino en torno a la imposición de trabajos forzados en obras públicas, que requerían una inversión muy inferior y podían suponerle en contrapartida una gran beneficio económico.

La idea se llevó a la práctica por primera vez en relación al plan urbanístico aprobado por Carlos III para el ensanche y embellecimiento de la ciudad de Madrid. Al objeto de servir mano de obra barata al mismo, en torno al año 1770 debió crearse el presidio del Prado, al que irían a parar aquellos delincuentes condenados a algunos días o meses de cárcel por distintas infracciones de carácter menor. El acierto de la nueva política penitenciaria tuvo su continuidad en el año 1784, en el que se creó el presidio del Puente de Toledo o del Camino Imperial, al que eran destinados los condenados con pena de cárcel para que sirviesen al rey en la construcción de un nuevo camino que llevaría desde Madrid a la frontera con Francia. Poco después, se crearía el presidio de obras públicas de la ciudad de Málaga, para aprovecharse en el desarrollo urbanístico de la ciudad del trabajo de los numerosos malhechores que esperaban a ser enviados a su destino en la *Caja* principal de rematados a África²⁵¹. Y por los mismos motivos, surgieron los presidios de obras públicas de las ciudades de Cádiz y Cartagena²⁵².

En definitiva, mucho antes de que los nuevos principios humanitarios de la Ilustración impusieran una nueva forma de castigar en el siglo XIX, decantán-

²⁵¹ Véase la NoR 12, 40, 21.

²⁵² La misma Ordenanza de arsenales de 1804 ya preveía este negocio, aunque en Cádiz una Real Orden de 1758 ya había facilitado con anterioridad el empleo de presidiarios en obras públicas. Véase en J. A. PORTUGUÉS: *Colección general de las Ordenanzas militares*, t. 8, pp. 474-475.

dose por la pena privativa de libertad frente a las severas penas corporales, ya existían importantes antecedentes de esta nueva penalidad. Lo fueron en principio las cárceles públicas de las ciudades donde se expiaban delitos menores o livianos, y también los monasterios y cárceles de mujeres. Pero sobre todo lo serían las más recientes experiencias de los presidios para forzados y de las cárceles u hospicios para pobres, que proliferaron en el siglo XVIII siguiendo los postulados de la penalidad utilitarista (también manifestada en otras sanciones como la de galeras, servicio de armas, minas, o arsenales). A la vista de las mismas se puede concluir que el primer paso en la evolución del sistema punitivo no devino de las corrientes ideológicas humanitarias, sino de una mera política de signo utilitarista. Es decir, «no fue la acción de los tratadistas del derecho, ni tampoco la progresiva civilización de las costumbres y la consiguiente humanización, lo que motivó la desaparición de los castigos corporales, sino el impulso utilitario que transformó la relación con los hombres»²⁵³.

Con todo, el siguiente paso aún estaba por darse. En el año 1788, el mismo Carlos III, que había habilitado presidios y hospicios por todo el país, reconocía anacrónicamente la antigua teoría jurídica según la cual el objeto de las cárceles «es solamente la custodia y no la aflicción de los reos» («*carcer ad continendos homines non ad puniendos haberi debet*»)²⁵⁴. Además del respeto a la ciencia jurídica heredada, quizá haya que tener en cuenta también que esta ley pertenecía a una *Instrucción de escribanos*, y en ella se distinguían las cárceles o prisiones practicadas como medida cautelar, que aún seguían siendo mayoritarias y respetaban la tradición jurídica del derecho justiniano, de las nuevas experiencias penitenciarias de carácter utilitarista. Por eso, los juristas del Antiguo Régimen, obligados a conciliar los principios de la ciencia jurídica con las novedades reformistas, se esforzaron en interpretar que los nuevos establecimientos habilitados por la monarquía para la detención y servicio de los reos todavía no debían ser considerados una pena «sino destinos precaucionales»²⁵⁵.

El nuevo camino a recorrer por los pensadores del liberalismo sería, en consecuencia, el que potenciaba la labor de corrección del estado en los citados establecimientos, dejando de lado sus funciones de precaución y utilidad. Los hospicios comenzarían a ser considerados *casas de corrección* a lo largo del siglo XIX, y junto a ellos se crearon *talleres presidiales*. La nueva finalidad que

²⁵³ Son palabras textuales de P. TRINIDAD FERNÁNDEZ: *La defensa de la sociedad. Cárcel y delincuencia en España (siglos XVIII-XX)*, Madrid, 1991, p. 26.

²⁵⁴ NoR. 12, 38, 25.

²⁵⁵ Repárese en lo que escribía a principios del siglo XIX, R. L. DE DOU Y DE BASSOLS: *Instituciones del derecho público general de España, con noticia del particular de Cataluña*, Madrid, 1802 (facsimil Barcelona, 1975), tomo VII, libro III, título V, cap. 4, secc. I, fols. 77-78: «Pena, dexándose aparte varias definiciones, con que cada autor pretende explicarse con más exactitud que los otros, es un castigo proporcionado al delincente, impuesto por potestad legítima para escarmiento y enmienda de los hombres con reparación del daño particular ó público, que se causó con algún delito. Por esta definición es manifiesto lo que se declaró por el Consejo con real provisión de 6 de febrero de 1781, que la aplicación de vagos, ociosos y mal entretenidos á las armas, hospicios y casas de misericordia no son penas, sino destinos precaucionales».

las corrientes humanitarias desarrolladas desde la Ilustración trataban de imponer en el derecho penal decimonónico era la de corregir a los delincuentes, y para ello la pena de cárcel, que además les privaba como castigo de un bien jurídico de reciente adquisición para la sociedad, la libertad, se alzaba como la sanción básica del ordenamiento. Éste, sin embargo, es ya un objeto de estudio que queda fuera de los márgenes trazados para esta aportación, y que además ha sido trabajado hasta la saciedad en un abundante bibliografía que, no sin cierto sentido, plantea los orígenes de la pena de prisión en la Edad Contemporánea, como sanción propia de la Codificación racionalista acometida en toda Europa a partir del siglo XIX²⁵⁶.

ISABEL RAMOS VÁZQUEZ

²⁵⁶ Como he dicho, la bibliografía sobre esta cuestión es abundantísima. Véanse, entre otros, H. ROLDÁN BARBERO: *Historia de la prisión en Espanya*, Barcelona, 1988; P. TRINIDAD FERNÁNDEZ: *La defensa de la sociedad. Cárcel y delincuencia en España (siglos XVIII-XX)*, Madrid, 1991; F. J. BURILLO ALBACETE: *El nacimiento de la pena privativa de libertad*, Madrid, 1999; o G. GÓMEZ BRAVO: *Crimen y castigo. Cárceles, justicia y violencia en la España del siglo XIX*, Madrid, 2005.