



Universidad de
Oviedo

RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

Octubre-2026
Full text article

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>

Fecha de recepción: 08/08/2026	Fecha de aceptación: 04/10/2026
Palabras clave: <i>Confesión presunta, dispositivos de seguimiento, extracción de presos, infidelidad en la custodia, ius fugiendi, quebrantamiento de condena.</i>	Keywords: <i>Presumed confession, tracking devices, removal of prisoners, breach of custody, ius fugiendi, breach of sentence.</i>



LA EVASIÓN DE LA CÁRCEL EN EL DERECHO ROMANO Y SU EVOLUCIÓN HASTA EL DERECHO VIGENTE

THE PRISION ESCAPE IN ROMAN LAW AND ITS EVOLUTION UP TO CURRENT LAW

María José Azaustre Fernández

Profesora Titular de Derecho romano

Universidad de Oviedo

<https://orcid.org/0000-0001-8059-2015>

(AZAUSTRE FERNÁNDEZ, María José. *La evasión de la cárcel en el Derecho romano y su evolución hasta el Derecho vigente*. RIDROM [on line]. 37-2026.

ISSN 1989-1970. Pp. 28-170. <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

Resumen:

El trabajo analiza la evasión carcelaria desde el Derecho romano hasta la legislación española vigente, estructurándola en tres vertientes: la fuga del propio reo, la infidelidad en la custodia por dolo o negligencia del guardián y la facilitación del escape por terceros. Se examina el crimen de *effractio carceris*; el *ius commune* y la teoría de la *ficta confessio*, que presumía la culpabilidad del prófugo, junto con causas de justificación como el miedo o la necesidad extrema. Se aborda el Derecho histórico español, resaltando la influencia romana en los diversos cuerpos legales y la recepción del *ius commune* en la doctrina española; se examinan los diversos códigos penales de la etapa codificadora, hasta llegar al vigente CP de 1995, detallando el quebrantamiento de penas privativas de libertad, de derechos y medidas cautelares y del control mediante dispositivos técnicos.

Abstract:

This paper analyses the prison escape, from Roman Law to current Spanish legislation, structuring the discussion into three aspects: the prisoner's own escape; breach of custody due to the warden's wilful misconduct or negligence; and the facilitation of escape by third parties. It examines the crime of *effractio carceris*; the *ius commune* and the theory of *ficta confessio*, which presumed the fugitive's guilt, alongside grounds for justification such as fear or extreme necessity. The study addresses historical Spanish law, highlighting the Roman influence on the various legal codes and the reception of the *ius commune* in Spanish legal doctrine; it examines the various criminal codes of the codification period, up to the current Criminal Code of 1995, detailing breaches of custodial sentences, deprivation of rights, precautionary measures and monitoring by means of technical devices.

SUMARIO: Introducción. 2. Derecho romano. 2.1. Fuga del preso. Crimen de *effractio carceris*. 2.1.1. Conducta típica. 2.1.2. Sujeto activo. 2.1.3. Naturaleza jurídica. 2.1.4. Culpabilidad. 2.1.5. Penalidad. 2.2. Infidelidad en la custodia. 2.3. Extracción de presos. 3. Evasión de la cárcel en el *ius commune*. 3.1. *Effractio carceris*. 3.2. Infidelidad en la custodia. 3.3. Extracción de presos. 4. Represión de la evasión de la cárcel en el Derecho histórico español. 4.1. Derecho visigodo. 4.2. Obra legislativa de Alfonso X el Sabio. 4.3. Legislación penal recopilada. 4.4. Otros reinos hispánicos. 4.5. Recepción del *ius commune* en la doctrina patria. 5. La codificación. 5.1. Códigos penales históricos. 5.1.1. Código penal de 1822. 5.1.2. Códigos penales de 1848 y 1850. 5.1.3. Código penal de 1870. 5.1.4. Código penal de 1928. 5.1.5. Código Penal de 1932. 5.1.6. Código Penal de 1944 y Texto refundido de 1973. 5.2. Código Penal de 1995. 5.2.1. Quebrantamiento de condena o de medida de seguridad, etc. 5.2.2. Extracción de presos. 5.2.3. Infidelidad en la custodia. 6. Conclusiones. Bibliografía.

1. Introducción

Los episodios de fuga de presos continúan siendo una realidad en nuestros días. Un breve repaso a las noticias de los últimos años basta para apreciar el alcance de este fenómeno¹. Por ejemplo, en diciembre

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación “Derecho global y crisis sanitarias: hacia una convención mundial contra las pandemias” (PID2021-124298OB-I00) del Ministerio de Ciencia e Innovación.

¹ Vid. <https://www.infobae.com/espana/2025/03/02/aumentan-las-fugas-de-carceles-en-espana-cinco-presos-se-han-escapado-en-menos-de-tres-meses/> https://www.elconfidencial.com/espana/2025-02-27/se-fuga-presos-carcel-cuenca-1tna_4074511/.

de 2024, dos presos huyeron de la prisión valenciana de Picassent rompiendo una ventana con una palanca y descolgándose con una soga hecha con sábanas. En febrero de 2025, un interno escapó de la cárcel de Valladolid oculto en el petate de otro recluso, al tiempo que eran detenidos en Alicante los dos últimos presos fugados, cinco meses atrás, de la prisión lusa de Vale de Judeus². Un mes después, otro preso se fugó de la cárcel de Cuenca, aprovechando el momento de la cena para acceder a la zona de seguridad y saltar el muro exterior. Además, hay que tener en cuenta todos los episodios de fuga que se producen con ocasión de traslados por motivos médicos o de salidas programadas³.

No se trata, por lo demás, de una cuestión ajena a la reflexión jurídica tradicional. Ya en la doctrina española del siglo XIX se

² La fuga se llevó a cabo con ayuda externa, utilizando una escalera para escalar el muro de la prisión. *Vid.* <https://www.interior.gob.es/opencms/va/detalle/articulo/Detenidos-en-Alicante-los-dos-ultimos-presos-que-se-fugaron-de-la-prision-lusa-de-Vale-de-Judeus/#:~:text=las%20autoridades%20portuguesas.-,El%207%20de%20septiembre%20de%202024%2C%20cinco%20reclusos%20considerados%20altamente,y%20el%20brit%C3%A1nico%20Mark%20Cameron>.

³ Por ejemplo, en mayo de 2024, un recluso del centro de Villabona, en Asturias, aprovechó un traslado médico a una localidad cercana para darse a la fuga, ocultarse en el maletero de un vehículo y abandonar la zona poco después (https://www.elconfidencial.com/espana/2024-05-28/preso-fuga-asturias-maletero-coche-visita-medica_3891637/). En Tarragona, a finales del mismo año, un preso aprovechó una salida en compañía de un trabajador social y un psicólogo para desaparecer. Por último, en noviembre de 2025, un interno de Quatre Camins huyó en el transcurso de una visita programada con otros reclusos y dos educadoras, subiéndose a un coche que le esperaba en el exterior; no obstante, terminó regresando a prisión de forma voluntaria (https://www.elconfidencial.com/espana/cataluna/2025-11-17/preso-fuga-carcel-quatre-camins-visita-programada_4249073/; <https://elpais.com/espana/catalunya/2025-11-20/vuelve-de-manera-voluntaria-a-la-carcel-el-preso-que-se-fugo-de-quatre-camins-barcelona.html>)

advirtió la contraposición entre la inclinación natural del hombre a sustraerse al encierro y la necesidad de preservar la efectividad de las resoluciones judiciales. De este modo, mientras en sus célebres comentarios al Código Penal de 1848, Joaquín Francisco Pacheco⁴ afirmaba “*que las personas encausadas y presas deseen y procuren salir por cualquier medio de las cárceles donde se les custodia, es un sentimiento y una aspiración natural, que ni castiga ni podría castigar legítimamente nuestra ley*”, Benito Gutiérrez⁵ replicaba acertadamente que “*no debemos hacer del principio de la libertad natural un imprudente abuso, porque con él se justificarían muchos delitos, como por ejemplo la resistencia a la Justicia, sin cuyo castigo no puede conservarse la sociedad*”.

En esta segunda corriente de pensamiento puede situarse el pueblo romano, cuyo ordenamiento se encargó de reaccionar para tratar de evitar la huida de presos de la cárcel. El Derecho romano no conoció la pena carcelaria en sentido estricto, acudiéndose al encarcelamiento para asegurar la comparecencia en juicio del acusado y la ejecución de la pena de acuerdo con la opinión tradicional, que se hace remontar a Mommsen⁶, aunque el debate

⁴ PACHECO, J.F., *El Código Penal concordado y comentado*, 2ª ed., Imprenta de la viuda de Perinat y Cia., Madrid, 1856, p. 289.

⁵ GUTIÉRREZ, B., *Examen histórico del Derecho penal*, Madrid, 1866, p. 152.

⁶ MOMMSEN, T., *Derecho penal romano*, trad. P. Dorado, t. II, La España Moderna, Madrid, 1999, p. 402 ss. Partidarios de esta teoría son BERGER, s.v. «carcer», *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, The American Philosophical Society, Philadelphia, 1953. p. 381; NOGRADY, A., *Römisches Strafrecht nach Ulpian. Buch 7 bis 9 De officio proconsulis*, Dunker & Humboldt, Berlin, 2006, p. 285, n. 1442; FERRINI, C., *Derecho penal romano*, trad. Pérez Alonso, Rozas Álvaro, San Juan Secchiutti y Tirado Pablos, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires- Sao Paulo, 2017, p.15; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho público romano*, 12ª ed., Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2009, p. 231; TRISCIUOGGIO, A., «La condizione dei detenuti nella legislazione tardoimperiale romana», en A Pierluigi Zannini, *Scritti di diritto romano e*

doctrinal tiene raíces más antiguas⁷. El jurista alemán construyó su tesis a partir del famoso fragmento de Ulpiano donde afirma expresamente que la cárcel está hecha para custodiar a los hombres, no para castigarlos:

D. 48.19.8.9 (Ulp. 9 *de off. procons.*) *Solent praesides in carcere continendos damnare aut ut in vinculis contineantur: sed id eos facere non oportet. Nam huiusmodi poenae interdictae sunt: carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet.*

giusantichistici, Ledizione, Torino, 2018, p. 313; IDEM, «Comparación entre el tribuno de la plebe y el defensor civitatis. A propósito de la prisión preventiva», *RIDROM*, 29, 2022, pp. 336-365 (<https://doi.org/10.17811/ridrom.1.29.2022.336-365>), Con algún matiz, también HITZIG, s.v. «carcer», *PW*, III-2, pp.1576 ss., entendió que en la República no existió la pena de prisión -salvo en casos excepcionales por decisión del Senado cuando la pena de muerte parecía excesiva y cualquier otra demasiado leve-; aunque admitía su introducción en el Imperio sin que llegara a jugar un papel central en el Derecho romano. En términos similares SANTALUCÍA, B., *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, 2ª ed., Giuffré editore, Milano, 1998, p. 85, n. 42 y p. 254, sostiene que la cárcel fue conocida durante la República como medida cautelar y no como pena; situación que, al menos en teoría, se mantiene en el imperio, si bien del propio texto ulpiano infiere que quizá, al menos en provincias, las cárceles pudieron ser utilizadas de hecho con finalidad punitiva, en contraste con las directivas imperiales.

⁷ CUIACII, J, *Opera Omnia*, t. IX, Ex off. Frat. Giacchetti, Prati, 1839, col. 2109, recurrió a la distinción aristotélica entre uso propio e impropio de las cosas para sostener que la cárcel servía propiamente para contener a los presos y en sentido impropio para castigarlos. Para el jurista francés es a este uso impropio de la cárcel al que se refería Cicerón, *In cat.*, IV, cuando dijo “*que las cadenas sempiternas fueron inventadas para el singular castigo del crimen nefasto*”, subrayando el empleo del término “singular” que entiende como sinónimo de “extraordinario”.

Para otro importante sector, el encarcelamiento en Roma sí llegó a ser utilizado con un fin punitivo⁸ o matiza que, al menos *de facto*, la prolongación *sine die* de las estancias en la cárcel sin señalamiento del día de juicio, representaban en la práctica una auténtica pena⁹.

Con todo, no es el objeto de estas páginas el estudio de la naturaleza jurídica del encarcelamiento en Roma, cuestión que ya ha recibido abundante atención doctrinal. Contrasta esta situación con el análisis, al que se destina este trabajo, de las consecuencias derivadas

⁸ En apoyo de esta postura se traen a colación otros testimonios, literarios y jurídicos -en particular varios textos de Calístrato también incorporados en el título *De poenis*, D. 48.19- en los que se contemplaría el uso de la cárcel como medida punitiva. Se atribuye la postura de Mommsen a su defensa a ultranza del principio de legalidad, que le llevaba a descartar la posibilidad de imponer penas no previstas expresamente en la ley. En ese sentido BALZARINI, M., «La pena de encarcelamiento hasta Ulpiano», *Seminarios complutenses de Derecho romano: revista complutense de Derecho romano y tradición romanística*, 1, 1989, pp. 221-234; LOVATO, A., *Il carcere el Diritto penale romano. Dai severi a Giustiniano*, Cacucci ed., Bari, 1994, p. 92; PAVÓN TORREJÓN, P., *La cárcel y el encarcelamiento en el mundo romano*, Anejos del Archivo Español de Arqueología, Madrid, 2003, pp. 172 ss.; RODRÍGUEZ MARTÍN, J. D., «La pena de prisión bajo Justiniano: Ulpiano vs. Calístrato», en *Castigo y reclusión en el mundo antiguo*, CSIC, Madrid, 2003, p. 175; TELLEZ AGUILERA, A., «Calístrato frente a Ulpiano. Reflexiones sobre la pena de encarcelamiento en el Mundo Antiguo», *Revista de Estudios Penitenciarios*, extra-2013, p. 250 para quien en Roma hubo una convivencia, si bien desequilibrada, entre la cárcel-custodia y la cárcel-pena que heredaron los siglos posteriores y HILLNER, J., *Prison, punishment and penance in Late Antiquity*, Cambridge University Press, 2015, pp. 135 ss.

⁹ ZAMORA MANZANO, J.L. *La administración penitenciaria en el Derecho romano: gestión, tratamiento de los reclusos y mejora de la custodia carcelaria*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 74. El propio MOMMSEN *op. cit.*, vol. II, p. 403, llegó a admitir que “como la fijación el instante en que éste (el suplicio) había de tener lugar era cosa que dependía del arbitrio del magistrado, y no existía apenas plazo máximo de ninguna especie señalado al efecto por la ley, claro está que de tal modo se podía conseguir, y de hecho así acontecía muchas veces, que la pena de muerte no se ejecutara y quedara convertida en una pena de prisión perpetua”.

de la fuga de aquel que estaba encarcelado, sea cual fuere el concepto por el que se encontrara en prisión.

Si se reflexiona, parece claro que, en cualquier momento histórico, son tres las razones que pueden dar lugar a la evasión de un preso. En primer lugar, puede ocurrir que sea el propio preso el que se escape. Con el tiempo, esta conducta desembocará en el crimen de *effractio carceris*, pasando a denominarse, posteriormente, quebrantamiento de condena. En segundo lugar, puede darse el caso de que sea el encargado de la custodia quien permita o facilite al preso su fuga, bien por negligencia -quedarse dormido, haber dejado las puertas abiertas- bien por dolo, actuando por soborno o por connivencia con el reo. Se trata, en definitiva, de los supuestos de infidelidad en la custodia. Finalmente, es también factible que un tercero desde fuera de la cárcel sea quien facilite o provoque la huida, dando paso entonces a la extracción del preso o de allanamiento o quebrantamiento de la cárcel.

En las páginas que siguen se analizará el tratamiento jurídico penal de estas conductas -desde el Derecho romano hasta el vigente Código Penal- conforme a esta sistemática que deriva de las diferentes posibilidades de fuga y que es, además, la utilizada en las Partidas de Alfonso X¹⁰, con el fin de identificar las principales líneas de continuidad, transformación y recepción en la regulación de las conductas relacionadas con la evasión carcelaria.

¹⁰ Dicho cuerpo legal destina una ley distinta a cada una de estas conductas: Part. 7.29.13 (fuga del encarcelado), Part. 7.29.12 (infidelidad en la custodia por parte del guardián) y Part. 7.29.14 (extraño que asalta la cárcel).

2. Derecho romano

2.1. Fuga del preso. Crimen de *effractio carceris*.

Diversas fuentes literarias proporcionan ejemplos de fugas de presos a lo largo de la experiencia jurídica romana; episodios que, en la mayor parte de los casos, suelen concluir con la ejecución del fugado o con su suicidio.

Así, Quinto Pleminio¹¹, propretor y legado, fue enviado por Escipión el Africano en el 205 a.C. a Locros, en el sur de Italia, todavía bajo dominio cartaginés. Tras la toma de la ciudad fue encarcelado y llevado a Roma “por los diversos crímenes cometidos contra los hombres y los dioses”, en clara referencia a su saqueo al templo de Proserpina¹². Una vez allí, Pleminio sobornó a varios hombres para provocar incendios simultáneos durante la noche en muchos puntos de la ciudad, con el fin de forzar la puerta de la cárcel *-refringi carcer-* aprovechando la distracción. Sin embargo, sus propios cómplices lo denunciaron, se informó al Senado y se impuso la pena de ejecución, tras su traslado a los sótanos de la prisión (el *Tullianum*)¹³.

Más adelante, Livio¹⁴ refiere el caso de Damócrito, jefe de los etolios, que consiguió evadirse de su prisión durante la noche, pero, al ser perseguido por los guardias por la orilla del Tíber, prefirió suicidarse con su espada antes de caer de nuevo en sus manos.

¹¹ Liv. 34.44.7.

¹² SMITH, W., *Dictionary of Greek and Roman Biography and Mythology*, Little, Brown and Co., Boston, 1867, s.v. «Q. Pleminius», p. 413.

¹³ En Val. Max. 1.1.21 se contiene otra versión sobre la muerte de Q. Pleminio, indicándose que falleció antes del juicio por causa de una grave enfermedad.

¹⁴ Liv. 37.46.12.

Tácito relata otro supuesto de evasión en sus *Anales*, 1.21.1¹⁵, con ocasión de un amotinamiento de las tropas de Tiberio, que se quejaban por la dureza de las condiciones de vida en la milicia. El legado Bleso ordenó arrestar a los soldados que se habían apropiado de botín, encerrándolos en la cárcel tras ser azotados, para disuadir al resto. Pero los arrestados consiguieron que la tropa acudiera en masa, y que, tras romper la cárcel *-carcere effracto-* les quitaran las cadenas *-solvunt vincula-*, mezclándose con los desertores y los condenados por delitos capitales. La gravedad de la situación hizo necesaria la llegada de Druso, hijo del emperador, quien logró reprimir la sedición, siendo ejecutados los cabecillas.

En la correspondencia de Plinio el Joven, gobernador de Bitinia, aparece también un ejemplo de este problema cuando decide someter a la decisión de Trajano la situación de Flavio Arquipo, quien, citado para celebrar sesión como juez, pidió ser exceptuado por su condición de filósofo. Algunos propusieron entonces borrarle del número de jueces y hacerle sufrir el castigo al que parecía haberse sustraído fugándose de prisión *-fractis vinculis evasisset-* refiriéndose a la sentencia de su predecesor, que lo había condenado a las minas¹⁶. Plinio considera que debe ser el emperador quien decida el asunto, al haber aportado Arquipo cartas en su favor de varios emperadores (Domiciano, Nerva e incluso del propio Trajano). En este episodio

¹⁵ Tact., *Ann.*, 1.21.1.

¹⁶ Plin. Min., *Ep.*, 10.58.2. SHERWIN WHITE, A.N., *The letters of Pliny*, Clarendon Press, Oxford, 1966, p. 676 cree posible que, dado que la acusadora era una mujer (Furia Prima), el asunto podía referirse a la falsificación de testamentos, aunque no descarta que Arquipo hubiera sido acusado de soborno de testigos en una *conspiratio delatorum*.

Trajano da muestras de su inclinación a la clemencia, pues, aún sin plena certeza sobre los hechos, prefiere dejar libre a un culpable antes que condenar a un inocente¹⁷.

Para reaccionar contra conductas como las que se han descrito con carácter ejemplificativo, el ordenamiento jurídico romano acabó por considerarlas constitutivas de un *crimen extraordinarium*¹⁸, concretamente el de *effractio carceris*, cuya represión se encauzó a través de la *cognitio extra ordinem*¹⁹. Su regulación se encuentra en diversos fragmentos ubicados en las rúbricas *De effractoribus et expilatoribus* (D.47.18); *De custodia et exhibitione reorum* (D.48.3; C.I. 9.4) y *De re militari* (D.49.16). La referencia más antigua que aparece en este conjunto normativo a la *effractio carceris* se contiene en un rescripto de Antonino Pío y Lucio Varo al que se remite Ulpiano en D. 47.18.1.pr. (Ulp. 8 *de off. procons.*)

¹⁷ Plin. Min., *Ep.*, 10.60. 1. Efectivamente, en este fragmento Trajano admite que quizá Domiciano pudo haber ignorado en qué situación legal se encontraba Arquipo cuando escribió tantas cosas en su honor; pero afirma que resultaba más acorde a su naturaleza creer que la intervención de aquel príncipe también subsanó su situación: *Potuit quidem ignorasse Domitianus, in quo statu esset Archippus, cum tam multa ad honorem eius pertinentia scriberet; sed meae naturae accommodatius est credere etiam statui eius subventum interuentu principis (...).*

¹⁸ MATTHAEU, A., *De criminibus ad Lib. XLVII et XLVIII Dig. Commentarius*, ed. tertia, Typis Andreae Hoogenhuysen, Vesaliae, 1672, p. 257; LAUTERBACH, *Collegium Theoretico-Practicum ad quinquaginta libri pandectarum, Pars Tertia*, apud J. G. Cottae, Tubingae, 1726, p. 857; MEISNER, *De crimine violati carceris dissertatio*, Ex Officina Saalbachia, Leipzig, 1798, p. 7. También aparece explícitamente incluida la *effractio carceris* en la categoría de crímenes extraordinarios en los listados de PUGLIESE, G., «Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato», en *Scritti giuridici scelti*, II, Jovene Ed., Napoli, 1985, p. 713 y de GIUFFRÉ, V., *La repressione criminale nell'esperienza romana. Profili*, 4ª ed., Jovene editore, Napoli, 1997, p. 116 y 194.

¹⁹ LOVATO, *op. cit.*, p. 145.

En el título 47.18 del Digesto (*De effractoribus et expilatoribus*) los compiladores incluyeron los dos supuestos, de los que se ocupó Ulpiano en su libro octavo sobre el oficio de procónsul²⁰: el de quien se evade de la cárcel (D.47.18.1.pr., Ulp. 8 *de off. procons.*)²¹ y el de quienes penetran en las casas para robar (D. 47.18.1.2, Ulp. 8 *de off. procons.*). En realidad, lo único que tienen en común -y quizá sea esta la razón por la que los compiladores justinianeos las agruparon bajo el mismo título- ambos crímenes es el medio comisivo: la *effractura* - término que deriva de *frango*, romper o quebrar²²- como medio de superación de las barreras puestas para la protección de una cosa -en el caso del robo- o para la custodia de una persona -en el de la evasión de la cárcel-.

En los epígrafes siguientes se abordará el análisis de la estructura de este tipo delictivo en el Derecho romano.

2.1.1. Conducta típica

Para la delimitación de la conducta típica hay que atender, en primer lugar, al siguiente fragmento de Ulpiano, recogido en D.47.18.1.pr (Ulp. 8 *de off. procons.*):

²⁰ Según NOGRADY *op. cit.*, p. 283, quizás los compiladores, debido a la severa pena prevista por la fuga de la cárcel, modificaron el texto de Ulpiano, que, en un primer momento, habría tratado también el caso de los fugitivos de la cárcel, en el marco de su análisis sobre los hurtos agravados al considerar que la denominación de los autores -«effractores»- coincidía con la utilizada para los ladrones.

²¹ De hecho, TORRENT, A. *Diccionario de Derecho romano*, Edisofer, Madrid, 2005, s.v. «crimen effractionis», p. 233, considera que esta figura se refiere únicamente a la evasión de la prisión preventiva, apuntando su conexión a la *calumnia*.

²² ERNOUT, A. - MEILLET, A. *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots. Retirage de la 4e éd. augmentée d'additions et de corrections par Jacques André*, Klincksieck, París, 200, p. 251.

D.47.18.1.pr (Ulp. 8 *de off. procons.*) *De his, qui carcere effracto evaserunt, sumendum supplicium divi fratres Aemilio Tironi rescripserunt. Saturninus etiam probat in eos, qui de carcere eruperunt sive effractis foribus sive conspiratione cum ceteris, qui in eadem custodia erant, capite puniendos: quod si per negligentiam custodum evaserunt, levius puniendos*²³.

El jurista severiano se remite a un rescripto de Marco Aurelio y Lucio Vero dirigido a Emilio Tirón²⁴, en el que los emperadores establecen que se debe imponer la pena capital a quienes se evadieron de la cárcel mediante fractura. A continuación, apoya la opinión de Saturnino, que considera merecedores de la pena de muerte a quienes se hayan fugado a través de alguna de las siguientes modalidades comisivas:

- a) La ruptura de la cárcel -*carcere eruperunt* - Podemos pensar, por ejemplo, en el derribo de una pared.
- b) La fractura de una puerta -*effractis foribus*-.
- c) La conspiración con los demás presos -*conspiratione cum ceteris qui in eadem custodia erant*.

En la parte final del fragmento Ulpiano contempla también a los presos que se fugan por negligencia de los guardias, pero en este caso señala que la pena ha de ser menor²⁵.

²³ Sin interpolaciones referidas en MITTEIS, L.- LEVY, E.- RABEL, E., *Index interpolationum quae in iustiniani digestis inesse dicuntur*, t. III, Hermann Böhlau Nachfolger, Weimar, 1935, p. 521 (en adelante, *Index Int.*)

²⁴ Personaje que, salvo por su aparición en este fragmento del Digesto, resulta desconocido, como observa NOGRADY, *op. cit.*, p. 285, n. 1443, suponiendo que se trata de un gobernador provincial.

²⁵ A propósito de este pasaje, LOVATO, *op. cit.*, pp. 85-86 ha observado que la

Otro fragmento a considerar en la delimitación de las conductas típicas procede del libro *De cognitionibus* de Calístrato²⁶:

D. 48.3.13 (Call. 6 de cogn.) *In eos, qui, cum recepti essent in carcerem, conspiraverint, ut ruptis vinculis et effracto carcere evadant, amplius, quam causa ex qua recepti sunt reposcit, constituendum est quamvis innocentes inveniantur ex eo crimine, propter quod in pacti sunt in carcere, tamen puniendi sunt: eos vero, qui conspiracy eorum detexerint, relevandos.*

Explica el jurista que, contra los presos que conspiren para evadirse de la cárcel rompiendo las cadenas *-ruptis vinculis*²⁷- y con descerrajamiento *-effracto carcere-* se ha de aplicar mayor rigor que el que requiere la causa por la que fueron presos. Por ello, deben ser castigados aun cuando sean declarados inocentes del delito por el que fueron conducidos a prisión. Precisamente por ello, este texto se tomará como base para justificar el carácter autónomo del

jurisprudencia no siempre consideraba vinculantes las disposiciones del *Princeps*, “mediando” entre la práctica nacida de la actividad de los funcionarios encargados de la represión del crimen y las orientaciones normativas del emperador.

²⁶ Respecto a la figura de este jurista y esta obra en particular *vid.* CLEMENTE FERNÁNDEZ, A. I. «A propósito de la prueba testifical y de los elementos de valoración contenidos en D. 22.5.3.1 (Call. 4 cogn.): problemáticas pretéritas y actuales», *RIDROM. Revista Internacional de Derecho Romano*, 34, 2025, pp. 8 y ss. <https://doi.org/10.17811/ridrom.34.1.2025.1-171>

²⁷ LOVATO, *op. cit.*, p. 57, al analizar este pasaje en conjunción con otros, como D.48.3.8 (Paul., *l.s. de poe.*) concluye que el sujeto sometido a custodia preventiva, además de encarcelado, se encontraba también encadenado. En su opinión, el conjunto de medidas de la legislación tardo imperial para la mejora de las condiciones carcelarias no manifiesta una abolición del encadenamiento, sino la utilización de cadenas más holgadas *-prolixiores catenae-* (CI. 9.4.1, *Imp. Const. A. ad Florentium, rationalem*, a. 320).

quebrantamiento de cárcel, independiente, por tanto, del hecho que hubiere motivado el encarcelamiento.

Estas modalidades comisivas -ruptura de cadenas y fractura de cárcel- coinciden, como observa Lovato²⁸, con las descritas por Tácito en el fragmento antes mencionado de sus *Anales*. Sin embargo, para que proceda la aplicación del castigo agravado y a diferencia de lo que ocurría en el texto de Ulpiano, el jurista, en este caso, parece exigir que, junto al requisito de la ruptura de las cadenas o la fuga de la cárcel exista, además, conspiración para la fuga (*in eos qui conspiraverint ut...evadant*).

2.1.2. Sujeto activo

Evidentemente lo será el preso o presos encarcelados que se fugan mediante efracción: *his, qui carcere effracto evaserunt* (D.47.18.1.pr., Ulp. 8 *de off. procons.*); o que conspiran para evadirse de ese mismo modo: *eos, qui, cum recepti essent in carcerem, conspiraverint, ut ruptis vinculis et effracto carcere evadant* (D. 48.3.13, Call. 6 *de cogn.*).

Se plantea un problema cuando quien se evade es un soldado²⁹, porque entonces surge la necesidad de distinguir esta conducta de la del desertor del ejército.

De acuerdo con Arrio Menandro, D. 49.16.2.pr. (Menand.³⁰, 1 *de re mil.*) los delitos cometidos por los militares pueden ser o comunes -

²⁸ LOVATO, *op. cit.*, p. 23.

²⁹ De hecho, FALCHI, *op. cit.*, p. 256, contempla la evasión de la cárcel dentro de los delitos militares.

³⁰ En algunas ediciones en la *inscriptio* figura el nombre de "Menenius"; sin embargo, se considera que el verdadero autor del fragmento fue Arrio Menandro. Así aparece en la edición crítica de Mommsen - Krueger (*Corpus*

los que también pueden cometer los civiles- o propios de los militares -los que se cometen como soldado³¹-. De la fuga del militar se ocupa específicamente Macer, en un fragmento ubicado por los compiladores en el título 49.16 del Digesto (*De re militari*).

D. 49.16.13.5. (Macer 2 *de re milit.*). *Eius fugam, qui, cum sub custodia vel in carcere esset discesserit, in numero desertorum non computandam. Menander scripsit, quia custodiae refuga, non militiae desertor est. eum tamen, qui carcere effracto fugerit, etiamsi ante non deseruerit, capite puniendum Paulus scripsit*³².

Como se ve, Macer no aborda el problema de si la fuga de la cárcel por parte del soldado constituye un delito común o un delito propio militar, sino de si encaja dentro del concepto de deserción. En este sentido, el jurista da a conocer la opinión de Arrio Menandro de que no se ha de considerar deserción la fuga del que se encuentra bajo custodia o en la cárcel, porque es prófugo de la custodia y no desertor

Iuris Civilis, I, Berolini, 1872, p. 832 y en LENEL, O. *Palingenesia Iuris Civilis*, I, Ex Officina Bernhardi Tauchnitz, Leipzig, 1889, col. 695. Arrio Menandro fue miembro del *Consilium* de Septimio Severo y de Caracalla. Es autor de una obra titulada *De re militare* en cuatro libros (FITTING, H., *Alter und Folge der Schriften römischen Juristen von Hadrian bis Alexander*, 2. Auf., Otto Zeller, Osnabrück, 1965, p. 79).

³¹ D. 49.16.2.pr. (Menan. 1 *de re milit.*) *Militum delicta sive admissa aut propria sunt aut cum ceteris communia: unde et persecutio aut propria aut communis est. Proprium militare est delictum, quod quis uti miles admittit*. Sobre la distinción entre delitos comunes y delitos militares en Derecho romano *vid.* GIL GARCÍA, M.O., «Del “De re militari romano” (D. 49.16) a lo “estrictamente castrense” del art. 117.5 de la Constitución española de 1978», en *40 años de Constitución española: un análisis desde España e Iberoamerica*, Bello Paredes (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 468 ss.

³² Sin interpolaciones referidas en el *Index Int.* (cfr. t. III, p. 566)

de la milicia. Como aclara Giuffrè³³, en este caso, lo que se pretende con la fuga es evitar la restricción de la libertad personal, no el servicio militar.

A continuación, Macer recoge el pensamiento de Paulo, quien considera que el militar que ha huido de la cárcel mediante *effractura* -quebrantando materialmente la prisión- merece la pena capital, aunque antes no hubiera desertado -*etiamsi ante non deseruerit*-. Por lo tanto, la extrema sanción no depende de una deserción previa, sino de la especial gravedad de la evasión con fractura de la cárcel.

Paulo también trata el problema del soldado que se fuga en un fragmento recogido en D. 48.19.38.11 (Paul. 5 *sent.*), señalando que se ha de castigar con la pena capital al militar que con la espada que se le dio -*dato gladio*- se escapó de la cárcel.

D.48.19.38.11 (Paul. 5 *sent.*) = PS. 5.31.5. *Miles, qui ex carcere dato gladio erupit, poena capitis punitur. Eadem poena tenetur et qui cum eo, quem custodiebat, deseruit.*

A juicio de Giuffrè³⁴, Paulo está considerando desertor al soldado que se ha fugado de la cárcel mediante efracción o (en el texto de las *Sentencias*) al que haya empleado armas, lo que le hace merecedor de la pena capital. Según este autor, la razón de que no se le considere

³³ GIUFFRÉ, V., *La repressione criminale nell'esperienza romana. Profili*, cuarta ed., Jovene editore, Napoli, 1997, p. 135.

³⁴ GIUFFRÉ, *op. cit.*, pp. 135-6. MATTHAEU, *op. cit.*, p. 257, llega a la misma conclusión interpretando las palabras de Macer *a sensu contrario*, entendiendo que, si el jurista indica que aquel que se marcha de la cárcel no se computa en el número de los desertores, inversamente se entiende que aquel que quebranta la cárcel si debe ser computado en ese número.

mero prófugo de la custodia radica en que las circunstancias hacen presumir *iuris et de iure* que quien se fuga ha roto todos los puentes con el servicio militar a causa de la obstinación en su huida y a la consiguiente perspectiva de un duro castigo en caso de regresar³⁵.

Con todo, hay que tener en cuenta que esa misma pena capital es la que se impone al civil que se evade de prisión mediante fractura - o con conspiración- (D. 47.18.1.pr., Ulp. 8 *de off. procons.*)³⁶. Por ello, parece que el agravamiento de la pena obedece más al mayor reproche que merece el medio utilizado en la huida -el empleo de fuerza armada, ya suficiente para hacerlo autónomamente merecedor de la pena capital- que al establecimiento de una presunción de deserción.

2.1.3. Naturaleza jurídica

En Derecho romano la evasión constituía una auténtica conducta criminal autónoma, independiente del hecho por el que se hubiere conducido al prisionero a la cárcel³⁷. Así queda de manifiesto en D. 48.3.13 (Call. 6 *de cogn.*), ya transcrito, al señalar que a los presos que conspiren para evadirse de la cárcel rompiendo las cadenas y con descerrajamiento -*in eos, qui, cum recepti essent in carcerem, conspiraverint, ut ruptis vinculis et effracto carcere evadant*- se ha de

³⁵ A juicio del jurista italiano (*op. cit.*, p. 136) la alteración del texto de las sentencias, al sustituir el *carcere effracto* por *dato gladio* refleja la necesidad de recuperar el mayor número posible de militares debido a las dificultades surgidas en el reclutamiento.

³⁶ En igual sentido MATTHAEU, *op. cit.*, p. 258.

³⁷ En igual sentido, DONATI, p. 53, quien señala que a esta conclusión conducen, sin lugar a duda, tanto D. 48.3.13 (Call. 6 *de cogn.*) como D.49.16.13.5 (Macer 2 *de re milit.*).

aplicar mayor rigor que el que requiere la causa por la que fueron presos- *amplius, quam causa ex qua recepti sunt reposcit, constituendum est*-.

Calístrato aborda, además, en este mismo fragmento, el problema del preso que se fuga de la cárcel siendo posteriormente declarado inocente:

D. 48.3.13 (Call. 6 de cogn.) ... *quamvis innocentes inveniantur ex eo crimine, propter quod in pacti sunt in carcere, tamen puniendi sunt: eos vero, qui conspiracy eorum detexerint, relevandos*.

De acuerdo con este texto, contra los presos que conspiren para evadirse de la cárcel rompiendo las cadenas *-ruptis vinculis*³⁸- y con descerrajamiento *-effracto carcere-* se ha de aplicar mayor rigor que el que requiere la causa por la que fueron presos. Por ello, deben ser castigados aun cuando sean declarados inocentes del delito por el que fueron conducidos a prisión.

El fundamento del castigo lo encontrará la tradición romanista en un primer momento, según se verá más adelante, en la equiparación de la fuga a una *ficta confessio*, como expresarán de manera muy clara nuestras Partidas, 7.29.13 al ordenar que sean juzgados quienes se escapan de la cárcel y son vueltos a apresar “*como si*

³⁸ Analizando este pasaje en conjunción a otros, como D.48.3.8 (Paul., *l.s. de poe.*) LOVATO, *op. cit.*, p. 57, concluye que el sujeto sometido a custodia preventiva, además de encarcelado, se encontraba también encadenado. Para el estudioso italiano, el conjunto de medidas de la legislación tardo imperial para la mejora de las condiciones carcelarias no manifiesta una abolición del encadenamiento sino la utilización de cadenas más holgadas *-prolixiores catenae-* (CI. 9.4.1, *Imp. Const. A. ad Florentium, rationalem*, a. 320).

les fuisse prouado el yerro sobre los que tenian presos". Sin embargo, para Calístrato la sanción obedece al hecho mismo de la conspiración y de la fractura, no a la culpabilidad presunta en el primer ilícito.

El fragmento concluye con una medida que premia a quienes denuncien la conspiración de sus compañeros, estableciendo que deben ser aliviados (*relevandos*); si bien esta parte final (*eos vero-fin*) es sospechosa de interpolación a juicio de Seckel³⁹. Con esta medida se busca, en definitiva, fracturar la solidaridad entre los detenidos, ofreciendo una atenuación de la pena.

En *Toxaris* o *Sobre la amistad*, Luciano de Samosata⁴⁰ narra la historia de dos presos, Antífilo y Demetrio, que son beneficiados precisamente con una medida de este tipo por permanecer en la cárcel después de la huida de sus compañeros. Tras haber conseguido una lima, uno de los presos corta la cadena del resto, consiguiendo escapar tras matar algunos guardias.

Antífilo y Demetrio no participan en la fuga e incluso consiguen detener a uno de los encarcelados. El Prefecto de Egipto les concede por ello la libertad; sin embargo, no se conforman con haber sido liberados por compasión o como premio por no haberse escapado, pidiendo una investigación cuidadosa del asunto que los había

³⁹ *Index Int.*, III, col. 528; HEUMANN-SECKEL, s.v. «relevare», p. 502, 3. d.

⁴⁰ LUCIANO DE SAMOSATA (vol. 3) *Tóxaris o sobre la amistad*, Bib. Gredos, 138. Traducción y notas por J. Zaragoza Botella, Madrid, 1990, p. 312 ss. En el relato se detalla como Demetrio cuidó de Antífilo, que había sido encarcelado, sobornando a los guardias para mejorar el trato que le daban, hasta que esto se volvió imposible al extremarse la vigilancia tras la muerte de un preso por envenenamiento. Demetrio entonces confiesa un crimen no cometido para ser encarcelado junto a Antífilo y ayudarle a sobrellevar su situación.

conducido a prisión. Al descubrir que no habían cometido ningún delito, el Prefecto no solo les pone en libertad, sino que los obsequia con dinero de su propio bolsillo.

2.1.4. *Culpabilidad*

El preso que se evade siempre ha de hacerlo intencionadamente, no siendo posible la comisión por imprudencia; a diferencia de lo que ocurre, como se verá, con la conducta del guardia que permite la fuga del preso.

2.1.5. *Penalidad.*

En D.47.18.1.pr. (Ulp. 8 *de off. procons.*), antes transcrito, Ulpiano establece distintas penas, en función de la modalidad de evasión considerada⁴¹:

1) A quienes se evadieron rompiendo la cárcel o las puertas, o previa conspiración, señala que se les impondrá la pena capital *-capite puniendos-*, lo que no cabe identificar con pena de muerte. Como es sabido, lo determinante en el concepto romano de “pena capital” es la pérdida de una cabeza *-caput*⁴²- tal y como explica Paulo: *per has enim poenas eximitur caput de civitate* (D. 48.1.2, Paul. 15 *ad ed. praet.*)⁴³.

⁴¹ GIUFFRÉ, *op. cit.*, p. 116.

⁴² ALBANESE, B., *Le persone nel Diritto privato romano*, Tipografia S. Montaina, Palermo, 1979, p. 9, destaca entre los diversos usos de la palabra *caput* el que indica la vida del hombre, sobre todo en cuanto es susceptible de supresión a título de pena, y el más abstracto, correspondiente a una condición personal de relevancia jurídica tal que puede compararse a la vida: la condición de persona libre y la de ciudadano romano. En igual sentido CARNAZZA-RAMETA, G. *Studio sul Diritto penale dei romani*, L' Erma di Bretschneider, Roma, 1972, p. 232.

⁴³ D.48.1.2, (Paul. 15 *ad ed. Praet.*). *Publicorum iudiciorum quaedam capitalia sunt*,

Por tanto, puede consistir en la pérdida de la vida, pero también de la libertad⁴⁴ o de la ciudadanía⁴⁵.

2) Los que se evaden por negligencia de los guardias, según Ulpiano, han de ser castigados más levemente; pero esa pena “más leve” queda sin concretar. El jurista se limita a indicar que “sin embargo, deben ser castigados” (*tamen puniendi sunt*).

El otro texto que hay que considerar en materia de punibilidad es D.48.3.13 (Call. 6 *de cogn.*), perteneciente a Calístrato. El jurista no concreta la pena que corresponde a quienes se hayan escapado de la cárcel rompiendo las cadenas o con efracción; simplemente indica que han de ser castigados a una pena mayor *-amplius-* que aquella por la que están bajo custodia. Esta es una característica propia de la *cognitio extra ordinem*, donde las penas muchas veces

quaedam non capitalia. capitalia sunt, ex quibus poena mors aut exilium est, hoc est aquae et ignis interdictio: per has enim poenas eximitur caput de civitate. nam cetera non exilia, sed relegationes proprie dicuntur: tunc enim civitas retinetur. non capitalia sunt, ex quibus pecuniaria aut in corpus aliqua coercitio poena est.

⁴⁴ Comportaban pérdida de libertad el trabajo en las minas de por vida (*damnatio ad metalla*) o la condena a trabajos públicos *-opus publicum*. Cfr. HEUMANN-SECKEL, “capitalis” BERGER, *Encyclopedic Dictionnary...cit.*, p. 43 y 633; CARNAZZA-RAMETA, *op. cit.*, p. 233.

⁴⁵ La pérdida de ciudadanía venía determinada por penas como la *interdictio aquae et igni* o la *deportatio*. Sobre estas penas *vid.* HUMBERT, G., s.v. *exsilium*, DS, t. II-1, p. 943 ss., MOMMSEN, *op. cit.*, t. I, p. 80 y t. II, p. 406 y ss.; KLEINFELLER, G., s.v. “*deportatio in insulam*”, PWRE, V.1, 1903, pp. 231-33; HEUMANN-SECKEL, s.v. “*deportare*”, p. 137; SABATINI, G., s.v. “*Deportazione*”, NNDI, t. V, UTET, Torino, 1960, pp. 490 y ss.; BERGER, s.v. “*deportatio*”, p. 432, KUNKEL, W., *Historia del Derecho romano*, trad. Juan Miquel, 9ª ed., Ariel, Barcelona, 1985, pp. 36, 82 y 72; ARANGIO RUIZ, V., *Historia del Derecho romano*, trad. de la 2ª ed. it. de Pelsmaecker e Ivañez, 5ª ed., Reus, Madrid, 1994, pp. 99, 210 y ss. y 310; SANTALUCÍA, B., *Derecho penal romano*, trad. Paricio, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989, pp. 88 y ss. y 117; PINO ABAD, M., *La pena de confiscación de bienes en el Derecho histórico español*, SPU de Córdoba, 1999, pp. 32 y 36 ss.

tenían un valor orientativo o se establecían como un límite máximo⁴⁶. En estos casos en que la pena no aparecía definida en la ley, el juez tenía la facultad de imponer la pena que entienda conveniente, a su libre arbitrio (Bas. 60.28.1, schol. 1)⁴⁷.

Posteriormente, señala que se ha de aplicar un trato más favorable a aquellos presos que hubieren delatado una conspiración. La exoneración de los delatores es una medida a la que se recurre también en otros supuestos; la emplea, sin ir más lejos, una constitución del emperador Constantino en relación con los acusadores de falsificación de moneda (CI. 9.24.2)⁴⁸. En la actualidad se aplican exenciones por este motivo en materia de cohecho (artículo 426 CP)⁴⁹ o en el delito de rebelión (art. 480.1 CP)⁵⁰; también existen supuestos de penalidad atenuada en otros casos de colaboración

⁴⁶ FALCHI, *op. cit.*, vol. I, p. 55 ss.; PUGLIESE, *op. cit.*, p. 706; SANTALUCÍA, *Diritto e processo penale...cit.*, p. 249; JONES, *p. op. cit.* 108.

⁴⁷ Bas. 60.28.1, schol. 1. *Ubi autem legibus specialis poena definita non est statuta, dari iudici facultatem pronunciandi in reum, quam voluerit, cum distinctione hic posita.*

⁴⁸ C.I.9.24.2. *Imperator Constantinus. Si quis nummum falsa fusione formaverit, universas eius facultates fisco nostro addici praecipimus: in monetis etenim tantum nostris cudendae pecuniae studium frequentari volumus. Cuius obnoxii maiestatis crimen committunt, et praemio accusatoribus proposito, quicumque solidorum adulter poterit reperiri vel a quoquam fuerit publicatus, ilico omni dilatione submota flammaram exustionibus mancipetur.* CONST. A. AD TERTULLIANUM PROCONS. AFRICAE. <A 326 D. PRID. NON. IUL. MEDIOLANI CONSTANTINO A. VII ET CONSTANTIO C. CONSS.>

⁴⁹ Artículo 426 CP. “Quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación antes de la apertura del procedimiento, siempre que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos”.

⁵⁰ Art. 480.1 CP. “Quedará exento de pena el que, implicado en un delito de rebelión, lo revelare a tiempo de poder evitar sus consecuencias”.

eficaz, por ejemplo, en materia de terrorismo (art. 579 bis.3)⁵¹ o de tráfico de drogas (artículo 376)⁵².

De manera análoga, el texto de los Basílicos⁵³ establece que los quebrantadores de cárceles que previamente hayan conspirado han de ser castigados, distinguiendo diferentes penas en función de la culpabilidad o inocencia del preso con relación al crimen originario: si son inocentes, se indica simplemente que han de ser castigados. Si son culpables, se les aplicará una pena más grave que la correspondiente al crimen que les ha conducido a prisión. Hay que destacar que los Basílicos indican que quienes hayan denunciado la conspiración han de ser “absueltos” *-absolvuntur-* frente al tenor de D.

⁵¹ Art. 579. bis. 3 CP. “En los delitos previstos en este Capítulo, los jueces y tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado y colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito, o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de organizaciones, grupos u otros elementos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado”.

⁵² Art. 376 CP. “En los casos previstos en los artículos 361 a 372, los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado”.

⁵³ Bas. 60.35.13. *Idem. Si qui erant in vinculis, facta conspiratione ruperint vincula et custodiam, et evaserint, sive innocentes erant, puniuntur: sive nocentes, amplius puniuntur, quam crimen reposit, quo recepti sunt. Qui vero conspirationem detexerint, absolvuntur.*

48.3.13 (Call. 6 *de cogn.*) que se limitaba a establecer que habían de ser “aliviados” -*relevantur*-.

Finalmente, no se establece una pena diferente para la evasión intentada, pero no consumada, lo que no es de sorprender, pues el ordenamiento jurídico romano no llegó a establecer, en líneas generales, un principio general que castigara la tentativa, salvo en determinados delitos, y cuando lo hacía, solía asimilarla al delito consumado⁵⁴. Este pudiera ser el caso de la tentativa de evasión con fractura, pues no parece verosímil que un intento de fuga violenta de la cárcel quedara impune. De hecho, el tenor de D. 48.3.13 (Call. 6 *de cogn.*) permite considerar que lo castigado era la mera conspiración para la evasión con medios violentos, aunque no se hubiere consumado el propósito de escapar, al referirse literalmente a “aquellos que, habiendo sido ingresados en prisión, hubieren conspirado -*conspiraverint*- para evadirse -*ut evadant*- rompiendo las cadenas y forzando la cárcel...” No obstante, hay que reconocer que el resto de los fragmentos que se ocupan del autoquebrantamiento se refieren al preso que ha conseguido fugarse, y que los tiempos verbales utilizados siempre indican una acción acabada, como “el que haya huido”, “el que se haya escapado”: *qui carcere effracto evaserunt... si per negligentiam custodum evaserunt* (D.47.18.pr); ... *qui carcere effracto fugerit* (D. 49.16.13.5, Macer 2 *de re milit.*)

⁵⁴ FALCHI, I, *op. cit.*, p. 188; FERRINI, *op. cit.*, p. 101 y 110 y ss. MOMMSEN, *op. cit.*, t. I, p. 103 ss.

2.2. Infidelidad en la custodia

Las figuras responsables de la custodia de los presos fueron variando en función de la época y del lugar de encarcelamiento. Hay que tener en cuenta la creciente complejidad de la estructura carcelaria del mundo romano⁵⁵, pues a las cárceles del Foro de Roma y otros lugares públicos habilitados al efecto durante la República, hay que añadir las instalaciones de los *castra praetoria*, *castra urbana* y las *stationes vigilum* a partir de Augusto, quien reorganizó las cárceles para el mantenimiento del orden público, con la creación de nuevas fuerzas de seguridad⁵⁶. A ello se suma el sistema carcelario en las provincias. También existieron otros lugares de encarcelamiento, como los campamentos y *stationes militares* e incluso los monasterios.

En sus orígenes, la vigilancia de las prisiones quedaba en manos de los *tresviri capitales*, magistrados menores con funciones en materia de justicia civil y criminal⁵⁷, que posteriormente irían siendo absorbidas por los *praefecti vigilum*⁵⁸. Poco a poco, en el Imperio, el

⁵⁵ Sobre este tema *vid.* PAVÓN TORREJÓN, *La cárcel... cit.*, p. 89 ss y ZAMORA MANZANO, *op. cit.*, p. 31 ss.

⁵⁶ ZAMORA MANZANO, *op. cit.*, p. 43.

⁵⁷ Sobre los *triumviri* *vid.*, MOMMSEN, *Derecho penal romano*, I, p. 306, LECRIVAIN, C., s.v. «tresviri, triumviri», *DS*, t. V, p. 413; BERGER, *op. cit.*, p. 742; HEUMANN-SECKEL, *op. cit.*, s.v. «triumviri», p. 596; STRASBURGER, H., s.v. «triumviri», *PW*, t. VII-A-1, p. 518, SANTALUCÍA, B., «“Crimen furti”. La repressione straordinaria del furto nell’età del Principato», en *Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Paricio Serrano (coord.), Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 1994, p.785; CASCIONE, C., *Tresviri capitales. Storia di una magistratura minore*, Ed. Scientifica, Napoli, 1999, p. 21. ROMANO, L., «Ordinamenti oschi e diritto pubblico romano: “tresviri capitales” nella tavola bantina?», en *INDEX*, 44, 2016, p. 96.

⁵⁸ PAVÓN TORREJÓN, *La cárcel...cit.*, p. 229; ZAMORA MANZANO, *op. cit.*, p. 59.

sistema fue adquiriendo un carácter militar, de modo que los vigilantes solían ser soldados u oficiales (*commentarienses, optiones, centuriones*)⁵⁹. Con todo, hay que tener presente que muchas veces se encerraban en los recintos militares a ciudadanos particulares, y, consecuentemente, que el personal militar era utilizado también para el encarcelamiento de civiles⁶⁰.

En las obras de tres juristas de la época severiana se contiene la tipificación y castigo de la infidelidad en la custodia⁶¹ de los presos: Paulo, Calístrato y Modestino.

1) PAULO afirma que el guardia que permite, aceptando un soborno, que un preso permanezca sin grilletes o consiente la introducción de armas o veneno en la prisión, debe ser castigado por ministerio del juez; si, por el contrario, lo desconoce, ha de ser removido de su cargo por negligencia.

D. 48.3.8 (*Paul, l sing. de poen. mil.*) *Carceri praepositus si pretio corruptus sine vinculis agere custodiam vel ferrum venenumve in carcerem inferri passus est, officio iudicis puniendus est: si nescit, ob negligentiam removendus est officio.*

⁵⁹ HITZIG, s.v. «carcer» *PW*, III.2, p. 1580; KRAUSE, U, *Gefängnisse im Römischen Reich*, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 1996, p. 249; PAVÓN TORREJÓN, P., «Las cárceles civiles en el Imperio romano», en *Castigo y reclusión en el mundo antiguo*, Torallas Tovar-Pérez Martín (eds.), CSIC, Madrid, 2003, p. 114.

⁶⁰ PAVÓN TORREJÓN, *La cárcel...cit.*, p. 127; ZAMORA MANZANO, *op. cit.*, pp. 43 y 50.

⁶¹ FALCHI, *op. cit.*, t. I, p. 244 y ss. encuadra la infidelidad en la custodia dentro de los delitos extraordinarios.

Paulo se está refiriendo a un custodio que tiene la condición de militar, lo que se desprende del hecho de que el fragmento en cuestión esté tomado de su libro único *De poenis militum*⁶². El jurista distingue con claridad las penas según el grado de culpabilidad del autor: dolo, cuando actúa movido por soborno, y culpa, cuando incurre en negligencia. Las conductas típicas contempladas por Paulo son dos: dejar al preso sin grilletes e introducir armas o veneno en la cárcel. En ambos supuestos, el custodio coloca al recluso en una posición de ventaja, ya sea para evadirse de la vigilancia, ya sea para quitarse la vida. Otros textos se ocupan, de hecho, de precisar la responsabilidad del guardián en los casos de suicidio del preso, como se verá más adelante.

Una vez más, la pena aparece indeterminada cuando el guardia ha permitido conscientemente la introducción de armas o veneno. Se entiende entonces que la pena queda al arbitrio del juez⁶³. En el caso de actuación negligente, señala Paulo que la pena será la remoción del puesto.

2) CALÍSTRATO aborda la responsabilidad en que incurren los custodios que permiten la fuga de un detenido, tanto en el caso de que sean militares (D. 48.3.12.pr., Call. 5 *de cogn.*) como civiles (D. 48.3.12.1, Call. 5 *de cogn.*).

Con relación a los militares, Calístrato transmite dos rescriptos de Adriano dirigidos a sendos legados imperiales:

⁶² LENEL, *op. cit.*, vol. I, fr. 1250.

⁶³ En este sentido ACCURSIO, F., gl. ad D.48.8.8 (Ulp. 33 *ad ed.*), ed. de Fehi, III, col. 1433.

D. 48.3.12.pr. (Call. 5 de cogn.) *Milites si amiserint custodias, ipsi in periculum deducuntur. Nam divus Hadrianus Statilio Secundo legato rescripsit, quotiens custodia militibus evaserit, exquiri⁶⁴ oportere, utrum nimia negligentia militum evaserit an casu, et utrum unus ex pluribus an una plures, et ita demum adficiendos supplicio milites, quibus custodiae evaserint, si culpa eorum nimia deprehendatur: alioquin pro modo culpa in eos statuendum. Salvio quoque legato Aquitaniae idem princeps rescripsit in eum, qui custodiam dimisit aut ita sciens habuit, ut possit custodia evadere, animadvertendum: si tamen per vinum aut desidiam custodis id evenerit, castigandum eum et in deteriorem militiam dari: si vero fortuito amiserit, nihil in eum statuendum.*

En el primero de estos rescriptos, que se dirige al legado Statilio Segundo, Adriano ordena averiguar, cuando un preso se haya fugado de la custodia militar, si la evasión se produjo por negligencia grave de los soldados o por puro azar, y también si la fuga afectó a un solo preso o a varios. Solo cuando se pruebe culpa lata -*culpa nimia*⁶⁵ - procede imponer a los soldados el *supplicium*; en los demás casos, la sanción deberá graduarse conforme a la entidad de su culpa.

⁶⁴ El empleo del verbo *exquirere* lleva a BESELER, G., "Romanistische Studien", ZSS, 29, 1934, p. 29, a considerar este pasaje sospechoso de interpolación. Cfr. *Index interp.*, III, col. 528; sin embargo, BINDING, K., parece considerarlo auténtico ("*Culpa lata und culpa levis*", ZSS, 1918, p. 10).

⁶⁵ D.50.16.213.2 (Ulp. 1 reg.) "*Lata culpa*" est nimia negligentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt. Cfr. ACCURSIO, en *Corpus Iuris Civilis Iustinianei, cum commentariis Accursii, scholiis Contii et D. Gothofredi lucubrationibus ad Accursium, in quibus Glossae obscuriores explicantur, similes & contrariae afferuntur, vitiosae notantur...studio & opera Ioannis Fehi*, Lyon, 1627, gl. q. nimia/ad D. 48.3.12.pr. (Call. 5 de cogn.), col. 1434.

El segundo rescripto, dirigido a Salvio, legado de Aquitania, dispone que debe castigarse a quien dejó escapar al preso o a quien, sabiéndolo, lo mantuvo en condiciones tales que pudiera huir. Ahora bien, si la evasión se produjo por embriaguez o desidia del guardia, este debía ser castigado y destinado a un servicio peor dentro de la milicia; si, en cambio, la pérdida del preso fue fortuita, no debía adoptarse ninguna medida contra él.

Calístrato distingue así varias hipótesis de pérdida de presos por parte de los militares. La pena vuelve a depender siempre del grado de culpabilidad:

- Si la fuga se produce fortuitamente, el militar queda exonerado.
- Si se produce por culpa, la reacción punitiva debe modularse según la gravedad de la negligencia; cuando median desidia o embriaguez, además, procede la degradación en el servicio.
- Si concurre culpa lata — *si culpa eorum nimia deprehendatur* —, los soldados deben ser sometidos a *supplicium*.

En el fragmento que viene a continuación, Calístrato extiende a los custodios civiles lo dicho respecto a los militares, indicando que se ha de investigar lo mismo que respecto a estos:

D. 48.3.12.1 (Call. 5 *de cogn.*) *Si paganos evaserit custodia, idem puto exquirendum, quod circa militum personas explorandum rettuli.*

3) MODESTINO también se ocupa extensamente de la responsabilidad de los guardias que han sido infieles en la custodia esta cuestión en un largo pasaje conservado en D. 48.3.14 (Mod. 4 *de poen.*). Las referencias a la milicia, a los reclutas y a penas típicamente

militares, como la degradación en la milicia, están presentes a lo largo de todo el fragmento, por tanto, es evidente que se está refiriendo a guardias que revisten la condición de militar.

En primer lugar, Modestino menciona una serie de medidas preventivas para la custodia de los presos, como son no confiarla a soldados noveles *-tironi-*, haciendo responsables de los fallos de vigilancia a quienes les hubieran encomendado tal tarea y encargarla no a un solo soldado, sino a dos.

pr. Non est facile tironi custodia credenda: nam ea prodita is culpa reus est, qui eam ei commisit.

1. Nec uni, sed duobus custodia committenda est.

A continuación, analiza las consecuencias derivadas de la pérdida de los presos:

2. Qui si neglegentia amiserint, pro modo culpa vel castigantur vel militiam mutant: quod si levis persona custodiae fuit, castigati restituuntur. Nam si miseratione custodiam quis dimiserit, militiam mutat: fraudulenter autem si fuerit versatus in dimittenda custodia, vel capite punitur vel in extremum gradum militiae datur. Interdum venia datur: nam cum custodia cum altero custode simul fugisset, alteri venia data est.

Una vez más, el criterio decisivo es la culpabilidad del agente. Si el preso se pierde por negligencia del guardia, este puede ser castigado o trasladado a otro destino militar, según la entidad de su culpa; y si la persona custodiada era de condición humilde, el militar, una vez castigado, puede ser restituido. Resulta llamativo que aquí la

graduación de la respuesta no dependa de la condición del autor de la infracción, como sucede con frecuencia en la *cognitio extra ordinem*, sino de la condición del propio fugitivo.

Modestino contempla también el supuesto de dejar marchar al preso por conmiseración. Se trata, sin duda, de una conducta dolosa, pero el móvil compasivo opera en este caso como factor atenuante, de manera que la sanción se limita al cambio de destino en la milicia.

Distinto es el caso del guardia que actúa fraudulentamente para facilitar la fuga: entonces puede ser castigado con una pena capital — *capite punitur*—, expresión que no tiene por qué equivaler necesariamente a pena de muerte, como recuerda el esolio 1 a *Bas.* 60.35.1⁶⁶ — o bien relegado al último grado del servicio militar.

El jurista añade, además, que, en ocasiones, se concede el perdón. Así ocurre cuando el preso ha huido con la colaboración de uno de los dos guardias encargados de su custodia y el otro permanece en su puesto. Esta solución está claramente relacionada con la medida preventiva establecida al principio del fragmento: si la vigilancia se encomienda a dos soldados, puede presumirse que el que no participó en la confabulación poco pudo hacer para impedir la fuga, por lo que queda exento de sanción.

⁶⁶ En Schol. 1 a *Bas.* 60.35.1 *Vel capite punitur*] se recuerda que la pena puede ser la relegación, la deportación o la condena a obras públicas, considerandose pena capital aquellas que comportan un cambio respecto al anterior estado: *Hoc est relegabirur vel deportabitur, vel dabitur in opus publicum. Capitalis enim dicitur poena, quod mutetur prior status, et qui liber erat et quodlibet loci degendi facultatem habebat, has poenas sustinet (...).*

Los tres apartados siguientes contemplan la muerte del reo en prisión:

-Si el preso se suicida o se arroja por un precipicio, el hecho se imputa a la culpa del soldado, que deberá, por tanto, será castigado: *Sed si se custodia interfecerit vel praecipitaverit, militi culpa adscribitur, id est castigabitur* (D. 48.3.14.3)

-Si es el propio guardia quien mata al preso, se le considera reo de homicidio: *Quod si ipse custos custodiam interfecerit, homicidii reus est.* (D. 48.3.14.4)

-Si se alega que la muerte se produjo por caso fortuito, esa circunstancia debe probarse mediante testigos; solo entonces se concederá la exención de pena: *Ergo si casu custodia defuncta dicatur, testationibus id probandum est et sic venia dabitur.* (D. 48.3.14.5). De este modo, el texto establece una verdadera presunción *-iuris tantum-* de culpa del guardián en caso de muerte del recluso, trasladando a aquel la carga de la prueba del caso fortuito.

En el apartado sexto, Modestino añade una previsión de notable interés práctico: cuando el preso se ha fugado por culpa del guardia, pero su captura sigue siendo importante, suele concederse al soldado, previa cognición de causa, un plazo para salir en su busca, siempre acompañado de otro militar.

6. *Solet praeterea amissa culpa custodia, si tamen intersit eam adprehendi, tempus causa cognita militi dari ad eam requirendam, applicito ei alio milite.*

Por último, el jurista aborda la situación del guardia que hubiera dejado escapar a un esclavo fugitivo que debía ser restituido a su dueño. Siguiendo la opinión de Saturnino, dispone que, si el soldado tiene bienes, debe resarcir al propietario entregándole el valor del esclavo.

7. Quod si fugitivum domino reddendum prodiderit, si facultates habeat, domino pretium reddere iuberi Saturninus probat.

También la legislación imperial postclásica se ocupó del problema de la infidelidad de los guardias en la custodia de los presos. En materia de falsificación de moneda, Constantino, a través de un rescripto del año 321 que transmiten CTh. 9.21.2 y C.I. 9.24.1.2, dispone que, si algún militar hubiere hecho salir de prisión a los falsificadores, habrá de ser condenado a pena capital.

Si quis autem militum huiusmodi personam susceptam de custodia exire fecerit, capite puniatur.

Aunque la norma no distingue entre dolo y culpa, la expresión empleada (*exire fecerit*), “haber hecho salir” denota una acción activa y voluntaria por parte del soldado para facilitar o permitir deliberadamente la fuga del preso, lo que lleva implícito el dolo. La aplicación de la pena capital no procedería, por tanto, por un descuido.

Pero más adelante, Valentiniano, Valente y Graciano, a través de un rescripto del año 371 dirigido al prefecto del pretorio Probo (CTh. 9.3.5 - CI. 9.4.4) establecen la responsabilidad del alcaide por la custodia de las personas recibidas en los siguientes términos:

CTh. 9.3.5 [=brev. 9.2.2]⁶⁷ *Imppp. Valentinianus, Valens et Gratianus aaa. ad Probum pf. p. Ad commentariensem receptarum personarum custodia observatioque pertineat, nec putet hominem abiectum atque vilem obiiciendum esse iudiciis, si reus condicione* aliqua fuerit elapsus. Nam ipsum volumus eius poena consumi, cui obnoxius docebitur fuisse, qui fugerit. Si vero commentariensis necessitate aliqua procul ab officio egerit, adiutorem eius pari iubemus invigilare cura, et eadem statuimus legis severitate constringi. Dat. III. kal. iul. Contionaci, Gratiano a. II. et Probo coss. (371 d.C.)*

El fragmento prohíbe que el alcaide -commentariensis- pueda presentar al juez un subordinado de menor rango – al que denominan “hombre abyecto y vil”- si el reo se hubiere evadido de algún modo, pues la intención de los emperadores es que la pena recaiga precisamente sobre la persona de mayor rango a cargo de la prisión. Los Basilicos⁶⁸ aclaran que ese subordinado “vil” podía ser el *clavicarius*, el simple encargado de las llaves o “carcelero raso”. Se establece una única excepción: si por alguna necesidad hubiere estado lejos de su cargo el alcaide, se ordena vigile con igual cuidado su ayudante, disponiéndose que sea castigado con la misma severidad de la ley.

⁶⁷ Coincide también este fragmento con CI. 9.4.4, con pequeñas variaciones: se sustituye *obiiciendum esse iudicis* por *obiiciendum esse iudici*; y *reus condicione aliqua* se convierte en *reus modo aliquo*.

⁶⁸ Schol. 2. *Vilem/ a Bas. 60.35.20. Nota, clavicarium vilem esse credi*. El alcaide no puede liberarse de responsabilidad diciendo que encomendó la custodia al *clavicarius*.

La pena establecida tiene un carácter talional: si se hubiere evadido el reo, el alcaide será condenado a la misma pena a la que se probase que estuvo sujeto el que hubiere huido. Aparece aquí un importante cambio de orientación en la exigencia de responsabilidad: como se ve, la constitución no requiere la existencia de dolo o culpa, imponiendo una responsabilidad objetiva⁶⁹, a diferencia de la jurisprudencia clásica, que graduaba las penas a los vigilantes en función de su culpa. No obstante, algunos autores como Meisner⁷⁰, defendieron en su momento que esta pena talional en el Derecho romano se limitaba a los casos de dolo.

2.3. Extracción de presos.

En algunos casos, la fuga del preso es resultado de una liberación por parte de las fuerzas enemigas que toman la ciudad. Por ejemplo, Livio⁷¹ relata cómo, en el transcurso de la segunda guerra macedónica, con ocasión de la toma de la ciudad de Calcis, los rodios asaltaron la cárcel y liberaron a los prisioneros que Filipo había encerrado en aquel lugar, al considerarlo muy seguro para la custodia.

⁶⁹ En igual sentido DI CINTIO, L., «L'interpretatio visigothorum» al «Codex Theodosianus». Il libro IX., Collana della rivista di Diritto romano. Saggi, Ed. Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2013, p.70.

⁷⁰ MEISNER, F. A. *De crimine violati carceris dissertatio*, Leipzig, 1798, p. 8. Se fija este autor, fundamentalmente, en la atrocidad de la pena, que comprende cualquier suplicio capital y no es conforme con los delitos culposos, y en el hecho de que la pena talional solía limitarse a los casos de delitos dolosos, nunca a los culposos.

⁷¹ Liv. 31.23.9 (...) *carcer etiam ab Rhodiis refractus emissique captiui quos Philippus tamquam in tutissimam custodiam condiderat*.

Pero otras veces son los propios ciudadanos, normalmente en contextos de sediciones o disturbios, quienes provocan la evasión de los presos. Algunos de los ejemplos que aparecen en las fuentes literarias son los siguientes:

- Valerio Máximo⁷² encuadra precisamente bajo la rúbrica “De la violencia y las sediciones” el episodio en el que Gayo Mario, en su quinto consulado, encarcela a Lucio Equicio, que se hacía pasar por hijo de Tiberio Graco y aspiraba al tribunado, siendo liberado por el pueblo.

- Cicerón recordaba en su *Pro Rabirio*⁷³ a Apuleyo Saturnino, tribuno de la plebe de finales del siglo II a.C., quien, al sentirse acorralado y verse declarado enemigo público, quiso hacer quebrar el orden legal de la ciudad, ocupando el Capitolio y rompiendo la cárcel -*carcerem re<fregi>sset*-, con la evidente intención de que los presos liberados provocasen disturbios.

- Sallustio⁷⁴, relató cómo durante la conjuración de Catilina, los libertos y algunos partidarios de Léntulo, detenido y puesto bajo la vigilancia del edil Publio Léntulo Espinter por decreto del Senado, andaban solicitando a los obreros y esclavos que fuesen a libertarlo. César y Catón defendieron posturas opuestas sobre el destino de los conspiradores. El primero era partidario de repartirlos entre las cárceles de los municipios que ofrecieran mayores garantías, para evitar que, si permanecían en Roma, pudieran ser liberados por el populacho recurriendo al uso de la fuerza o al soborno. Sin embargo,

⁷² Val. Max., 9.7.1.

⁷³ Cic. *Pro Rabir.*, 34.

⁷⁴ SALLUST., *Bellum Catilinae*, 50 y ss.

se optó por seguir la postura de Catón, que abogaba por la condena a muerte.

- Herodoto informa que, siendo Cómodo emperador, Materno, un antiguo soldado, consiguió reunir un auténtico ejército de malhechores que atacaban las ciudades violentando las cárceles y liberando a los presos, que posteriormente se incorporaban a sus filas⁷⁵.

- Durante la sedición Nika, algunos sediciosos fueron encarcelados y condenados a muerte. Pero, según el relato de Procopio de Cesarea⁷⁶, las facciones enfrentadas -la del partido de los verdes y la de los azules-, se concertaron y pactaron una tregua para apoderarse de los encarcelados. De este modo, entrando en la cárcel, liberaron a todos los reclusos arrestados tanto por causa de la sedición como por delitos comunes. Informa el historiador bizantino que los guardias se pusieron a matarlos sin ninguna consideración, mientras que los pocos ciudadanos honrados que quedaban huyeron de la ciudad.

La represión de estas conductas podía seguir, en algunos casos, el cauce de la *lex iulia de vi*⁷⁷, aunque ciertos comportamientos llegaban a encajar en el *crimen maiestatis*⁷⁸; y así, Scaevola en D.48.4.4 (Scaev. 4 reg.) incluye, entre las conductas castigadas por la *lex Iulia Maiestatis* la de quien hubiere dejado ir al reo que confesó en juicio y que por ello fue puesto en prisión.

⁷⁵ Herod. 1, 10.

⁷⁶ Procop., *Bell. Pers.* 1.24.7.

⁷⁷ D. 48.6.3.pr. (Marc., 14 inst.) Vid. MEISNER, *op. cit.*, p. 8.

⁷⁸ HELM, M., *Das Delikt der Gefangenenbefreiung*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2010, p. 30.

D.48.4.4.pr. (Scaev 4 reg.) [*Hac lege tenetur: . . .*].⁷⁹... *Item qui confessum in iudicio reum et propter hoc in vincula coniectum emiserit.*

Para la distinción entre ambos crímenes, Mommsen⁸⁰ se fijó en dos elementos: el requisito de resistencia a la autoridad, exigible en los delitos de lesa majestad – frente a los supuestos de *vis*, en los que tal elemento no era requerido -, y el hecho de que el *crimen maiestatis* solía dirigirse preferentemente contra los instigadores y directores del alzamiento, mientras la ley *Iulia de vi* señalaba penas inferiores para reprimir a los meros partícipes.

En cambio, para Ferrini⁸¹, en el caso de las sediciones la distinción entre el *crimen vis* y el *maiestatis* depende de la dirección específica del delito: si la sedición tiene por objeto impedir, verdaderamente, el ejercicio de los poderes públicos o ejercer presión sobre ellos, no hay duda de que se puede considerar un caso de lesa majestad.

Ahora bien, existe un supuesto en el que la liberación del reo por terceros suele quedar impune, o incluso puede llegar a ser contemplado con admiración. Esto ocurría cuando eran las propias esposas de los presos las que conseguían su libertad. Así, Valerio Maximo⁸² relata que un grupo de espartanos estaba encerrado en una prisión pública, en espera de la pena capital. Y como, según la antigua costumbre de los lacedemonios, iban a padecerla durante la noche, sus esposas, obtuvieron permiso de los guardianes para acceder a la

⁷⁹ Inicio del fragmento tomado de la Palingenesia de Lenel, II, col. 286, fr. 204.

⁸⁰ MOMMSEN, *op. cit.*, II, pp. 131-132.

⁸¹ FERRINI, *op. cit.*, p. 317.

⁸² Val. Max., *Facta et dicta memoralia*, 4.6.ext.3.

cárcel, como si fueran a hablar con sus maridos que iban a morir. Posteriormente se cambiaron la ropa con ellos, quienes salieron cubriéndose la cabeza como fingiendo dolor, de modo que los guardias les permitieron marcharse. El relato de Valerio Máximo concluye expresando su admiración por la valentía de las esposas espartanas.

Otras fuentes literarias reflejan la idea de la mujer o la madre como capaz de romper las cadenas o la cárcel; en algunos casos el tono es de desprecio, como ocurre con Séneca, cuando dice que “Son mujercillas las que se dejan conmover por las lágrimas de los más culpables, las que, si les fuera permitido, romperían la cárcel”⁸³; en otras, de admiración, como sucede con Quintiliano: “¡claro que tú, madre, asaltarías la cárcel, pondrías la mano sobre el verdugo y protegerías el cuello de tu hijo a punto de morir con la autoridad de la ley!”⁸⁴.

Por tanto, la liberación y fuga de prisioneros propiciada por terceros, a menudo fue utilizada como herramienta de desestabilización política y militar, a lo que el ordenamiento jurídico romano respondió con severas medidas de represión. Sin embargo, la experiencia jurídica romana también ofrece ejemplos de indulgencia ante la lealtad familiar, con notable tolerancia —e incluso impunidad— cuando la evasión era orquestada por las esposas o madres de los reos.

⁸³ Sen. Min. *De Clement.*, 2.5.17.

⁸⁴ Quint., *Declamaciones Mayores*, 16.5.23.

3. Evasión de la cárcel en el *ius commune*

3.1 *Effractio carceris*

Dada la severidad con la que el Derecho romano castigaba la *effractio carceris* y las conductas relacionadas con la evasión de la cárcel, en general, la primera dificultad que tuvieron que afrontar los doctores en el periodo de la recepción fue la de justificar el fundamento de estos castigos.

De este modo, algunos atribuyeron la dureza de la pena al amor por la disciplina pública, ya que quien fuerza la cárcel del Príncipe parece incurrir en el crimen de lesa majestad (D.48.4.4, Scaev. 4 reg.)⁸⁵. También se defendió que los muros y las puertas de las cárceles que se destinan por uso público a la custodia son santos, como los muros de las ciudades, pues “santo es lo que está defendido y fortificado de la injuria de los hombres”⁸⁶. Por tanto, el que rompía algo santo, debía ser castigado con la pena capital⁸⁷.

Sin embargo, el argumento que más trascendencia tuvo fue el que justificaba esta severidad en que, a quienes escapan de prisión mediante *effractura*, había que considerarlos confesos o convictos del crimen por el que fueron encarcelados. De este modo, la determinación de si la fuga equivalía o no, y, en su caso en qué

⁸⁵ Vid. BRUNEMANN, *op. cit.*, p. 391.

⁸⁶ D.1.8.8.pr. (Marc. 4 reg.) *Sanctum est, quod ab iniuria hominum defensum atque munitum est.*

⁸⁷ BOHIER, *op. cit.*, §§ 22 y 23. Este argumento fue criticado por MATTHAEU, *op. cit.*, p. 259, observando que, para el pueblo romano, no todos los muros eran santos, sino solo las murallas de la ciudad. De esta forma, los muros de la cárcel, así como los del puerto, teatro, anfiteatro, acueductos, termas, puentes, etc. eran públicos, pero en modo alguno santos.

circunstancias, a una *ficta confessio*, fue una de las cuestiones más polémicas a lo largo de toda la tradición romanística.

En la Glosa⁸⁸ Accursio afirmó que a quien huye de la cárcel ha de tenersele por confeso. Efectivamente, el glosador observó que, si bien en D. 48.3.13 (Call. 6 *de cogn.*) Calístrato no mencionaba la pena con la que había de castigarse al preso que se evadía, se sobreentendía que era la correspondiente al crimen por el que estaba encarcelado, subrayando “para que así sea tenido por confeso”- *ut sic habeatur pro confesso*-⁸⁹.

Otros doctores buscaron diversas vías para limitar el alcance de esta presunción. Baldo de Ubaldis⁹⁰, por ejemplo, sostenía que la huida convierte al acusado en sospechoso, pero no en convicto. Para este comentarista, si la evasión se producía durante la fase de *inquisición general*, el reo no podía ser tenido por confeso. Fundamentaba esta postura en que la confesión presunta, al igual que la expresa, exige recaer sobre algo cierto, por lo que la existencia previa del delito debe estar plenamente demostrada.

La situación difiere si la detención era el resultado de una *inquisición especial*. En este supuesto, resulta determinante la forma en que se haya ejecutado la fuga: se presumirá la confesión si el preso

⁸⁸ ACCURSIO, *op. cit.*, t. 3, col. 1434, en gl. b/ *Puniendi sunt* ad D. 48.3.13: *non aperit qua poena: sed videtur referre se ad poenam eius criminis pro quo erat ibi: ut sic habeatur pro confessis. ad quod est in Authentica de collationibus. paragrapho prohibemus. columna nona.*

⁸⁹ BOERII, N., *Decisionum aurearum, in sacro burdegalens senatu olim discursarum ... secunda pars*, apud Mihcaelem Parmenterium, Lugduni, 1544, *Decisio* 215, § 9, cita, entre los seguidores de esta postura, a Ludovico de Rosa, Ludobico Bolognini, Angelo Aretino, Hipólito y el Abad Panormitano.

⁹⁰ BALDO UBALDI PERUSINI, *Consiliorum sive responsorum*, III, Venetiis, 1575, *Consilia* 32, fol 9 v.- 10r.

escapó mediante fractura o conspiración —un criterio que otros doctores ampliaron a los casos en los que el preso diera muerte a los guardias durante su huida⁹¹—. Si, por el contrario, la evasión se produjo por otras circunstancias, como el simple aprovechamiento de unas puertas abiertas⁹², Baldo concluye que el reo no debe ser considerado confeso, si bien su castigo quedará sujeto al arbitrio judicial⁹³.

Alberico de Rosatae⁹⁴ parte de que lo dispuesto en D.47.18.1.pr. (Ulp. 8 *de off. procons.*) debe interpretarse distinguiendo entre si la

⁹¹ Vid. TREUTLER, H., *Selectarum disputationum ad jus civile Justinianaeum quinquaginta libris pandectarum comprehensum*, II, apud Paulum Egenolphum, Marpurgi, 1606, p. 273, que incluso hace extensiva la aplicación de la pena capital al preso que causa lesiones al guarda, a lo que se opone BACHOFF VON ECHT, R., *Bachovius Augmentatus Id est Cl. V. Reinhardi Bachovii Echti. I.U.D. Notae Et Animadversiones ad Disputationes Hieronymi Treutleri I.C.*, apud Andream Bingivm Bibliopolam, Coloniae Agrippinae, 1654, vol. II, Disp. XXXI, p. 576.

⁹² En igual sentido, BARTOLO A SAXO FERRATO, *Omnium Iuris Interpretum Antesignani*, t. VI, *In secundam Digesti novi partem*, apud Iuntas, Venetiis, 1590, fol. 39, *ad l. de his* (D.47.18.1); ANGELI VBALDI, *In l. atque Digesti Novi Partem et in tit. de interdictis Commentaria*, Venetiis, 1579, *ad l. de his*, fol. 158; BOHIER, § 13; LAUTERBACH, *op. cit.*, p. 857.

⁹³ La postura de Baldo fue seguida por muchos doctores. Se basa en ella, por ejemplo, la construcción de BOHIER, quien traza una línea divisoria basándose en si la fuga tiene lugar antes o después de la acusación formal - *ante accusationem*- En el primer caso la fuga solo puede constituir una prueba semiplena, que no basta para condenar a muerte, pero sí otorga justificación legal al juez para someter al fugado a tortura y extraerle la verdad. Si el reo huye una vez recaída la acusación formal, la fuga pasaría a considerarse indicio irrefutable si tiene lugar de manera violenta. Pero si el preso sale estando abierta la puerta de la cárcel, no se le tendrá por confeso, aunque será castigado según el arbitrio del juez. Posteriormente, las normas sobre la confesión presunta se extendieron al supuesto en que se hubiera dejado al preso bajo custodia en algún hostel, palacio o cámara de algún ujier de la corte, o de algún sargento, y se hubiera alejado de aquel lugar con la puerta cortada o fracturada (*Vid.* BOHIER, *op. cit.*, §§ 15 ss).

⁹⁴ ALBERICUS DE ROSATAE, *Commentaria Omnia, postrema editione. In primam et secundam partem Digesti novi Commentaria*, Venetiis, 1585, fol. 175 v.

fuga tuvo éxito o no. Si los presos solo conspiraron, pero no lograron huir -bien porque fue descubierta la conspiración, bien porque se arrepintieron- la ley no exige que se les considere automáticamente confesos del crimen original, ni que se les aplique la pena capital. La respuesta a una conspiración frustrada debiera ser simplemente un encierro más severo -*custodiendum arctius*- para evitar futuras fugas; con el argumento de que, al no estar rígidamente fijado por ley, el castigo por el intento de fuga debe quedar al arbitrio del juez.

Ahora bien, la pena arbitraria solo se entendía aplicable si la huida se producía encontrándose el preso en una cárcel pública, pues, en ese caso, se entendía que tenía la obligación de permanecer en prisión, aunque tuviera ocasión para escapar. Sin embargo, el castigo no procedía si se fugó de una cárcel privada en la que hubiera estado detenido más de veinte horas sin haber sido remitido a su propio juez⁹⁵.

En suma, poco a poco las opiniones de los doctores se fueron inclinando a considerar que, por la evasión de la cárcel, se debe imponer una pena que queda al arbitrio del juez, pero no la pena capital⁹⁶. También se fue dando paso a una interpretación más

⁹⁵ Explicaba BARTOLO DE SASSOFERRATO, *op. cit.*, t. VIII, *In secundam atque tertiam Codicis partem*, fol. 119 *ad l. iubemus* (CI. 9.5.1) y t. VI, *In secundam Digesti novi partem*, fol. 160 v. *ad l. capite quinto* (D.48.5.26.pr.), que algunas personas tienen el derecho de capturar -*ius capiendi*-, pero no el de retener, y de estos se considera que cometen el delito de cárcel privada únicamente si lo retienen más allá de veinte horas, como se indica en D.48.5.26.pr. (Ulp. 2 *ad l. Iul. de adult.*) *Capite quinto legis Iuliae ita cavetur, ut viro adulterum in uxore sua deprehensum, quem aut nolit aut non liceat occidere, retinere horas diurnas nocturnasque continuas non plus quam viginti testandae eius rei causa sine fraude sua iure liceat.*

⁹⁶ DONATI, *op. cit.*, p. 48.

benigna de la pena capital prescrita en D.47.18.1.pr. (Ulp. 8 *de off. procons.*), entendiendo que la misma consistía en la muerte civil, no en la muerte natural⁹⁷. Sin embargo, no faltaron autores, como Matthaeus⁹⁸, que consideraron que la pena establecida en dicho fragmento no podía ser otra que el último y extremo castigo, es decir la muerte, al amparo del sentido propio de *supplicium*, que es el término utilizado por Calístrato.

Por otra parte, se establecieron excepciones en las que la fuga de la cárcel se consideró justificada, no pudiendo extraer de ella una confesión presunta. Tales supuestos fueron:

1/ *Necesidad extrema*⁹⁹. Se da, por ejemplo, cuando el preso salió de la cárcel por razón de un incendio o de una inundación. Se consideró que, en tales situaciones, no había de ser castigado en caso de fuga al excusarlo un justo temor, con base en D.19.2.27.1 (Alf. 2 *dig.*)¹⁰⁰ que dispensa de pagar la *merces* al *conductor* que emigra por un miedo justificado a un peligro, aunque tal peligro no existiese en realidad.

⁹⁷ En este sentido LAUTERBACH, *op. cit.*, p. 857 y los allí citados; BRUNEMANN, J. *Commentarius in quinquaginta libros pandectarum, opus theoretico-practicum...* t. II, Coloniae Allobrogum, 1762, p. 391.

⁹⁸ MATTHAEU, *op. cit.*, p. 268, se apoya en una interpretación literal del término, indicando que, en caso de duda, no hay que apartarse del sentido propio de las palabras, como prescribe D. 32.69 pr. (Marc.l.s. resp.) *Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem.*

⁹⁹ LAUTERBACH, *op. cit.*, p. 858 y los allí citados; BOERII, *op. cit.* § 22.

¹⁰⁰ D.19.2.27.1 (Alf. 2 *dig.*) *Iterum interrogatus est, si quis timoris causa emigrasset, deberet mercedem necne. Respondit, si causa fuisset, cur periculum timeret, quamvis periculum vere non fuisset, tamen non debere mercedem: sed si causa timoris iusta non fuisset, nihilo minus debere.*

2/ *Miedo al juez o a sus sirvientes*. En principio no debería existir miedo respecto al juez; sin embargo, como observó Bohier¹⁰¹, muchos huyen de su crueldad, y a veces apelan o impetran del príncipe cartas de remisión en las que relatan haberse ausentado a causa del rigor de la justicia.

3/ *Fuga para presentarse a un juez superior*. En este caso no se entiende que el preso huye, sino que su conducta equivale a una apelación. El fundamento teórico se encontró en D.4.6.26.9¹⁰² (Ulp. 12 *ad ed.*) que permite conceder la *restitutio in integrum* -entre otros motivos- en favor de quienes viajaron por causa del conocimiento o de la apelación de un pleito.

4/ *Huida seguida de regreso a la cárcel*. Se consideró que purgaba su fuga quien huía y después regresaba para probar su inocencia, de modo que se eliminaba la primera sospecha de culpa. Lo mismo ocurre con el que huye de la cárcel y vuelve pronto. Sobre este asunto existieron pareceres contradictorios, y así mientras, para algunos, si el encarcelado salió de la cárcel con *animus revertendi* no se entiende quebrantador de la cárcel¹⁰³, otros consideraron que el delito se

¹⁰¹ BOERII, *op. cit.*, §27. El jurista francés se apoya en CI.7.67.2.pr., que deniega la facultad de reiterar la audiencia a los que no apelan en tiempo oportuno, so pretexto de temor, contra los prefectos de la ciudad, u otras autoridades: *Imp. Julianus. A Germaniano PP. (a. 362) His, qui tempore competentis non appellant, redintegranda audientiae facultas denegatur. Omnes igitur, qui contra praefectos urbi, (...) sub specie formidinis provocationem non arbitrantur interponendam, a revocanda lite pellantur.*

¹⁰² D.4.6.26.9 (Ulp. 12 *ad ed.*) "Item", inquit praetor, "si qua alia mihi iusta causa videbitur, in integrum restituam.... Sed et his, qui cognitionis gratia vel appellationis peregrinati sunt, similiter subventum La mayor parte del fragmento se considera interpolada, a excepción de la frase inicial que reproduce la cláusula edictal; cfr. *Index Int.* I, col. 61.

¹⁰³ BALDI UBALDI, *In sextum Codicis librum commentaria*, Venetiis, apud Iuntas,

consumaba en el momento de salir¹⁰⁴. Según esta segunda línea doctrinal, aunque el preso se arrepienta y vuelva a su celda, o el *emansor* vuelva a su cuartel¹⁰⁵, el delito ya está cometido y debe ser castigado.

1599, *ad l. servum* (C.I. 6.1.1), fol. 3 y BARTOLO DE SASSOFERRATO *ad l. in eos*, (D.48.3.13, Call. 6 *de cogn.*). Como fundamento de esta postura se mencionan diversos fragmentos de la compilación, como D. 24.2.3 (Paul. 35 *ad ed.*) donde se dice que, si se ha mandado por acaloramiento el repudio, si a poco volvió la mujer, no se considera que se divorció: *ideoque per calorem misso repudio si brevi reversa uxor est, nec divortisse videtur*; D.23.2.33 (Marc. 3 *ad l. iul et pap.*), cuando Marciano se adhiere a la opinión mayoritaria, según la cual, cuando la misma mujer vuelve al mismo marido, este es el mismo matrimonio, siempre y cuando se hubieren reconciliado sin que hubiera transcurrido mucho tiempo: ... *plerique opinantur, cum eadem mulier ad eundem virum revertatur, id matrimonium idem esse: quibus adsentior, si non multo tempore interposito reconciliati fuerint...*; D.35.1.8 (Pomp. 5 *ad sab.*), en el que Pomponio considera que se debe mantener el legado ordenado mediante la cláusula “mientras mi mujer viviere con mi hijo, dele tanto mi heredero” si ella, por ocultarse del patrono se quitó de en medio, pero mantuviese su propósito de tener consigo a los hijos, porque no se ha de exigir que esté con los hijos todos los momentos, “sino si tuviera la intención y el propósito de no separar de si misma el hijo, o en ella no consista que el hijo no se eduque con ella” - *sed si eam mentem et id propositum habeat, ne filium a semet dimittat neve per eam stet, quo minus cum ea filius educetur*; D. 49.15.26 (Flor. 6 *inst.*) donde el jurista explica que no se entiende que alguien haya regresado a casa corporalmente si está ausente de mente... *nec enim satis est corpore domum quem redisse, si mente alienus est...*; y, finalmente, el conocido texto de las Instituciones de Justiniano en el que se explica que, respecto de los animales que por costumbre suelen ir y volver hay establecida esta regla, que se entienda que son tuyos mientras tengan el ánimo de volver *in his autem animalibus, quae ex consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eo usque tua esse intellegantur, donec animum revertendi habeant...* (I.2.1.15). BOHIER, *op. cit.*, § 17 cita, en este punto, la aplicación de un proverbio en lengua italiana: “*Non fuge qui torna a casa*”.

¹⁰⁴ Como, por ejemplo, D.21.1.17.1 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*) donde se refiere la opinión de Celso de que es fugitivo el que se marcha con la intención de no volver a su dueño, aunque habiendo cambiado de propósito vuelva a el; porque nadie, por su propio arrepentimiento, deja de ser responsable de tal culpa: *Caelius autem fugitivum esse ait eum, qui ea mente discedat, ne ad dominum redeat, tametsi mutato consilio ad eum revertatur: nemo enim tali peccato, inquit, paenitentia sua nocens esse desinit.*

¹⁰⁵ D.49.16.3.2 (Mod. 4 *de poen.*) *Emansor est, qui diu vagatus ad castra regreditur.*

5/ También se entendió excusada la *mujer que huye para evitar la lujuria del carcelero*¹⁰⁶. Incluso se llegó a contemplar el problema de que el custodio hubiera permitido a la mujer marchar para ir a la Iglesia, pero con ánimo de retornar-aclarándose que el custodio no puede conceder tal licencia-. En este caso se exoneraría de responsabilidad a la mujer si volvía; de lo contrario, podría ser extraída de la Iglesia.

6/ *Inocencia o detención injusta*. Ciertamente sector doctrinal sostuvo la licitud de la fuga de quien hubiera sido capturado o condenado injustamente, aunque huyera quebrantando la cárcel, siempre y cuando no tuviera otra alternativa para eludir el peligro. El propio Sto. Tomás, en su *Suma Teológica*, había defendido la licitud de sustraerse de la muerte mediante la fuga, incluso con la fuerza, siempre y cuando uno hubiera sido condenado injustamente¹⁰⁷.

Para fundamentar esta postura, se argumentó que la presunción que pesa sobre quien violenta la prisión es *iuris tantum*, de modo que se puede desvirtuar demostrando la verdad de los hechos¹⁰⁸. Algunos doctores como Luca de Penna¹⁰⁹ o Diego Covarrubias llegaron a

¹⁰⁶ BARTOLO DE SASSOFERRATO, ad D. 48.3.13 (Call. 6 de cogn.); BALDI UBALDI, *In sextum...cit., ad l. servum* (C.I. 6.1.1), fol. 3, §27; BOHIER, *op. cit.*, §18.

¹⁰⁷ TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teología*, t. III, trad. Calle-Campo-Jiménez Patón, BAC, Madrid, 1990, pp. 564-5645 (*Secunda Secundae*, qu. 69.4). La condena injusta a muerte es equiparada por el teólogo a la violencia inferida por los ladrones, siendo lícito resistir en tales circunstancias a los malos príncipes, al igual que es lícito resistir a los ladrones, a no ser acaso por evitar el escándalo cuando se tema por esto alguna grave perturbación.

¹⁰⁸ BARTOLO DE SASSOFERRATO, *op. cit., ad l. de his* (D.47.18.1), p. 39; BACHOFF, *op. cit.*, p. 575. Apostilla el jurista alemán que no escuchar la verdad sería demasiado duro e inhumano.

¹⁰⁹ LUCAE DE PENNA, *In tres Codices Iustiniani Imper. Posteriores libros luculentissima Commentaria*, Lugduni, 1586 ad l. *Prohibitum*, (C.I. 10.1.5), p. 5, § 10.

legitimar, en determinados supuestos, que el reo diera muerte a sus custodios para consumar la fuga. Un ejemplo que utiliza el primero de los autores citados es el siguiente:

“Supongamos que, mientras se hacía la guerra en el reino por algunos bandidos e invasores ilícitos, algunos de los habitantes del reino fueron capturados por estos bandidos o infieles: estos cautivos, como no podían escapar de otro modo, mataron e hirieron a los guardianes, y así, rota la cárcel, escaparon; son acusados de homicidio, de romper la cárcel y de violencia infligida”.

Luca de Penna se basaba en D. 49.15.26 (Flor. 6 *Inst.*)¹¹⁰ donde se afirma -a efectos de la aplicación del *ius postliminium*- que es irrelevante de qué modo volvió el cautivo, si por haber sido dejado en libertad o por haber escapado del enemigo empleando la fuerza o al engaño. También recordó que el propio Derecho romano consideraba tráfuga a aquel que, habiendo sido capturado y pudiendo regresar, no regresó (D. 49.16.5.5, Menen. 2 *de re milit.*)¹¹¹. Resulta imposible no evocar aquí las palabras del Capitán Ramsey en la película “La gran evasión” (1963) cuando señalaba que es deber de todo oficial capturado hacer cuanto esté en su mano para fugarse,

¹¹⁰ D.49.15.26 (Flor. 6 *Inst.*) *Nihil interest, quomodo captivus reversus est, utrum dimissus an vi vel fallacia potestatem hostium evaserit (...).*

¹¹¹ D.49.16.5.5 (Menenio 2 *de re milit.*) *Qui captus, cum poterat redire, non rediit, pro transfuga habetur. Item eum, qui in praesidio captus est, in eadem condicione esse certum est: si tamen ex improvisis, dum iter facit aut epistulam fert, capiatur quis, veniam meretur.*

obligando al enemigo a distraer, para su persecución, recursos que, de otro modo, podría haber destinado a la lucha en el frente.

En la misma línea, Alejandro Tartagni¹¹², en su *Consilia* 144, negó que su defendido, Antonio de la Fontana, mereciera castigo alguno por su fuga de la cárcel, dado que la huida estuvo motivada por la violencia ilegítima que le infirieron los guardias al someterle a tortura. Añadió que la tortura infligida al menos una vez por un magistrado causa un miedo justo *-iustum metum-* en la persona torturada, justificando que no permanezca ni comparezca de nuevo ante aquel, y que había que presumir un odio irracional y enemistad manifiesta por parte del magistrado hacia aquel a quien ya ha agraviado. Concluyó, por ello, que quien huye impulsado por un miedo justo, no tiene la voluntad de delinquir y no merece por ello la imposición de una pena.

Ahora bien, esta línea doctrinal que consideraba justa la fuga del preso inocente fue criticada por algunos¹¹³ con el argumento de que no le corresponde al prisionero tomarse la justicia por su mano y acusar al magistrado de injusticia.

¹¹² TARTAGNI, A., *Consiliorum seu Responsorum*, II, apud haeredes Alexandri Paganini, Venetiis, 1610, p. 144.

¹¹³ Así, por ejemplo, MATTHAEU, *op. cit.*, p.259, que toma como base los textos romanos, particularmente el fragmento de Calistrato en el que señala que los prófugos deben ser castigados, aunque se halle que son inocentes del crimen por el cual fueron encarcelados. POTHIER, R. J., *Pandectae Justiniani in novum ordinem digestae*, t. V., Fournier, París, 1820 p. 335, n. 2, con relación al rescripto de los *Divi Fratres* en el que imponían la pena capital a los que se evadieran rompiendo la cárcel apostilla: “incluso cuando sean inocente del crimen por el cual están encarcelados” *-quamvis innocentes criminis propter quod incarcerati sunt-*. También BACHOFF, *op. cit.*, p. 576, había advertido que constituía una materia muy resbaladiza la pretendida licitud de la resistencia al magistrado que actúa inicualemente.

La doctrina de estos siglos también se ocupó de una serie de situaciones particulares:

1/ *El convicto en ausencia*. Su situación fue planteada por Alberico de Rosatae¹¹⁴, del que dijo que no habría que tener por confeso, aunque posteriormente fuera capturado. En tal caso, el juicio habría de ser incoado desde el principio, si bien reconoce que, por cierta depravada costumbre, algunos jueces locales ordenan la ejecución inmediatamente.

2/ *Reo que abandonaba la cárcel aprovechándose de la fractura realizada por otros*. La *communis opinio* fue que a este preso no se le aplicaba la presunción de confesión inducida por la fuga¹¹⁵.

3/ *Necesidad de citar a los fugitivos que no hubieran sido recapturados*. En opinión de los doctores, tal citación no era necesaria; sin embargo, en algunos lugares se seguía la práctica contraria. Así, según el estilo de las cortes de Francia, se emplazaba a los fugitivos durante tres días por las encrucijadas de la ciudad de la que huyeron¹¹⁶. En algunos casos en los que no se consiguió recapturar a los fugitivos, se llegó incluso a ahorcarlos en efigie¹¹⁷.

¹¹⁴ ALBERICI DE ROSATE, *In primam et secundam Digestis Novi Commentaria*, ad l. *in eos* (D.48.3.13, Call. 6 *de cogn.*), fol. 175 v. El comentarista de Bérnago se refiere a aquellos crímenes que no admiten una condena en ausencia.

¹¹⁵ Vid. VELA ACUÑA, J, *Tractatus de poenis delictorum*, Salmanticae, 1596, p. 105.

¹¹⁶ BOHIER, *op. cit.*, §22. El jurista francés afirma haber visto proceder así a ciertos jueces del cabildo de Burdeos, que hicieron citar por tres veces a un decano suyo fugitivo.

¹¹⁷ BOHIER, *op. cit.*, §23, relata dos casos: el primero, el de cierto juez del que da noticia Paris de Puteo en su *Tratado de la sindicatura* en la palabra *contumacia*, y otro, sucedido ante el palacio en agosto de 1535, en el mismo año en el que escribe su obra.

Respecto a las formas imperfectas de ejecución, en el *ius commune* se comenzó a diferenciar, a efectos de pena, entre el quebrantamiento intentado y el consumado. Así, ya se indicó cómo, para Alberico de Rosatae¹¹⁸ la pena de D.48.3.13 (Call. 6 *de cogn.*) -a su juicio, pena arbitraria- se ha de aplicar a los presos que conspiraron para fracturar y huir de la cárcel, pero no consumaron la huida. Sin embargo, si además de conspirar, llevaron la conspiración a efecto, y, tras romper la cárcel, huyeron, entonces merecen la pena capital¹¹⁹. A su vez, Dionisio Godofredo¹²⁰, siguiendo a Bossius, anota que los presos que conspiraron para fugarse, pero sin haber consumado la huida, no deben ser castigados con la pena capital, pero se les considerará convictos, si es que fueron encerrados en la cárcel por causas justas.

3.2. Infidelidad en la custodia

En primer lugar, el *ius commune* prestó particular atención al fundamento de la responsabilidad de los custodios que permiten la evasión.

Accursio¹²¹ plantea el supuesto del prisionero, reo de homicidio y sometido al régimen de la *Lex Cornelia de sicariis et veneficis*, que logra fugarse por negligencia del guardia. En este punto, advierte una

¹¹⁸ ALBERICI DE ROSATAE, *Commentaria Omnia, postrema editione, In primam et secundam partem Digesti Novi Commentaria*, Venetiis, 1585, *ad l. in eos* (D. 48.3.13, Call. 6 *de cogn.*), fol. 175 v.

¹¹⁹ Apoya esta conclusión, a juicio de BOHIER, *op. cit.*, § 22, el propio tenor literal del D.48.3.13 (Call. 6 *de cogn.*) que al definir el supuesto de hecho no indica que los presos “después de la conspiración se evadieron”, sino solamente que “hayan deliberado para que, rotas las cadenas, se evadieran”

¹²⁰ GOTHOFREDII, D., *Corpus Juris Civilis Romani*, Januarium Mirelli Bibliopolam, Neapoli, 1829-1830, *ad l. de his* (D. 47.18.1), p. 622, n. 26.

¹²¹ ACCURSIO, F., gl. K/ *qui fugerit ad C.I. 9.4.4.* (en Fehi, IV, col. 2323-2324)

contradicción: imponer a los guardias la misma pena prevista para el homicida supondría desnaturalizar la *ratio* de la propia *lex Cornelia*, pues esta sanciona conductas dolosas, mientras que la conducta de los guardias se sitúa en el ámbito de la culpa o negligencia.

Para salvar esa objeción, Accursio sostiene que la sanción no debe fundarse directamente en la *lex Cornelia*, sino en las respuestas de los juristas o en las constituciones imperiales. A tal efecto, recurre por analogía al caso del calumniador que formula una acusación falsa de adulterio: este puede ser castigado con una pena semejante- *simili poena*-, pero no en virtud de la misma ley -*sed non simili lege*- que reprime el adulterio; por tanto, se le castigará conforme a la *lex Remmia*, y no según la *lex Iulia de adulteriis*, como establece D.48.16.1.2 (Marc., *l. s. ad SC. Turpillianum*).

Otro problema era justificar la presunción de culpa de los carceleros cuando el preso fallecía en la cárcel, pues, como señala la Glosa, esta presunción de culpa del carcelero es contraria al *ius commune*, que presume que nadie tiene culpa salvo que se pruebe. La razón de esta especialidad la encuentra en el oficio del guardia, cuya labor consiste en custodiar al preso. Compara esta obligación del guardian con la que tiene el *argentarius* de presentar los documentos y las cuentas o las de un tutor que administra bienes¹²².

Angelo de Ubaldis¹²³ observa que deriva precisamente de esta presunción de culpa, la precaución que en su época empleaban los carceleros cuando un prisionero caía enfermo, consistente en traer a

¹²² ACCURSIO, gl. 1/ *Probandum est*] ad D. 48.3.14.5 (en FEHI, t. III, col. 1435)

¹²³ ANGELI UBALDI *op. cit.*, ad D. 48.3.14, p. 168.

un médico y hacer que un notario levantase acta pública de su enfermedad. Así, si posteriormente el preso fallecía, sacaban el cuerpo de la prisión envuelto en un saco como prueba de su deceso, quedando los guardias eximidos de la obligación de presentar vivos a los que han muerto¹²⁴.

En lo relativo a la pena aplicable, Azón procuró atemperar el rigor del Código de Justiniano (C. I. 9.4.4), precepto que, como se recordará, castigaba al responsable de la custodia con la misma pena que habría correspondido al reo evadido. Para ello, el glosador establece una casuística basada en la culpabilidad del carcelero y la gravedad del castigo que esperaba al preso.

De este modo, si el prófugo iba a ser condenado a muerte, los *commentarienses* o los custodios que le hubieran permitido escapar -ya fuera a cambio de un precio, ya por propia voluntad- serían igualmente condenados a muerte. En cambio, si al reo esperaba una pena menor, el custodio será castigado con esa pena menos grave.

Por otro lado, Azón modula el castigo cuando la evasión no obedece al dolo del guarda, sino a su mera negligencia. En tal caso, si el reo fugado merecía la muerte, el custodio veía rebajada su pena al exilio o al trabajo en las minas. Si, por el contrario, la evasión culposa

¹²⁴ ANGELI UBALDI, *ibid.* señala que la norma resulta también útil contra los pastores y arrendatarios de ganado, obligándoles a cuidarlo y alimentarlo, porque si aparece una res asfixiada o se pierde, siempre se presume la negligencia del pastor, a menos que este pruebe lo contrario. Lo mismo ocurre, añade, con el prestamista que lleva un libro de cuentas, puesto que tiene el deber ineludible de custodiarlo, y con el notario respecto a sus protocolos: si ambos alegan que estos documentos se han extraviado, es imperativo que prueben tanto la pérdida en sí como las circunstancias en que ocurrió, puesto que, en caso de duda, la ley presume que hubo negligencia por su parte (argumento que extrae de D. 2.13.6.10, Ulp. 4 *ad ed.*)

correspondía a un preso sujeto a una condena inferior, el carcelero era castigado con azotes y la destitución de su cargo.

3.3. Extracción de presos

Con relación a los extraños que faciliten la fuga de los prisioneros, los doctores del *ius commune* trataron de delimitar los casos en los que resultaba de aplicación el *crimen maiestatis*, pues parecía demasiado duro aplicarlo a cualquier extraño que hubiera liberado a un reo confeso, sin importar el delito que le hubiera llevado a prisión. Así, la glosa matiza que solo podía incurrir en crimen de lesa majestad quien hubiere provocado la huida de un reo confeso en un juicio por lesa majestad, no por cualquier otro juicio¹²⁵.

Se discutió entonces cual era la pena que había de imponerse cuando el preso excarcelado no fuese reo confeso del *crimen maiestatis*. La respuesta pasó por distinguir el modo en que se hubiera producido la liberación. Si el asalto a la cárcel se hubiera realizado reuniendo hombres, con fuerza armada o mediante fractura, aunque sin incurrir en el crimen de lesa majestad, los asaltantes se hacían reos del crimen *de vi*, mereciendo el castigo de la espada -decapitación- al haberse violado la paz pública. Si la fractura de la cárcel no se llevó a

¹²⁵ ACCURSIO, gl. i. *reum*] ad D.48.4.4, en FEHL, *op. cit.*, t. III, col. 1437. En igual sentido GOTHOFREDI, D., *Corpus Juris Civilis Romani*, Januarius Mirelli Bibliopolam, Neapoli, 1929-1830, t. III, ad D.48.4.4, n. 11, col. 640, que propone una nueva lectura del texto; en lugar de “*qui confessum in iudicio*” recomienda: *Puto legendum, confessum in hoc iudicio reum, et propter hoc in vincula coniectum emiserit; ut maiestatis teneatur, qui confessum in hoc iudicio maiestatis, et propter hoc in vincula coniectum emiserit; non qui simpliciter in vincula coniectum*; BACHOFF VON ECHT, *op. cit.*, p. 575.

cabo de ninguna de estas formas, el castigo quedaba al arbitrio judicial.

Otros juristas como Matthaeu¹²⁶ atendieron al peligro que representaba el preso para la *res publica*, de modo que la liberación de un reo de otro delito, fuera del caso de alta traición, debía entenderse comprendida en el ámbito de la *lex Iulia maiestatis* únicamente si el delincuente era de tal condición y poder que, una vez liberado, se convertirá de inmediato en un enemigo peligroso para la república.

El mismo autor indica que debía actuarse más suavemente con aquellos que por causa de sumo afecto o por la fuerza del amor, sacaron al encarcelado; recordando, en la última parte de su discurso, que, en su época, quedó totalmente impune la esposa de un varón doctísimo -aunque no lo señala en el texto es evidente que se trata de Hugo Grocio- la cual con un astutísimo engaño había sacado de la cárcel a su marido, reo de majestad, metido dentro de un arcón.

4. Represión de la evasión de la cárcel en el Derecho histórico español.

4.1. Derecho visigodo

En las leyes de los pueblos germánicos resulta posible encontrar disposiciones relativas a la fuga de los presos. Así ocurre con la *lex*

¹²⁶ MEISNER, *op. cit.*, pp. 8 y 9.

*burgundiorum*¹²⁷, la *lex Salica* (507-511 d.C.)¹²⁸ o la *lex Ribuaria* (613-623 d.C.)¹²⁹.

¹²⁷ La *lex burgundiorum* dedica todo el título VI a los fugitivos. Vid. ASLA, A.O.-DOMÍNGUEZ, C.R., *Leyes de los Burgundios*, trad. Domínguez, C.R Universidad Nacional de Mar del Plata, 2017, pp. 8-9: [1] Si alguien atrapa a un fugitivo en las provincias que nos pertenecen, por el fugitivo reciba un sueldo y si el fugitivo tiene un caballo consigo, reciba un semís por el caballo, y un tremís si es una yegua, y entregue al fugitivo con todas sus cosas. Y si estuviere fuera del territorio, el que atrapare a un fugitivo reciba dos sueldos y un sueldo por el caballo y un semís por una yegua. [2] El que persiguiera a un fugitivo y si casualmente este se resiste y es muerto, está limpio de culpa; o si aquel que lo está persiguiendo es golpeado por el fugitivo, no se le puede atribuir ningún cargo al amo del fugitivo. [3] Si un fugitivo fuere capturado por un burgundio o un romano y huye de su custodia, aquel, de cuya custodia haya huido debe jurar que ni por su custodia ni la de los suyos haya sido conscientemente liberado; prestados estos juramentos, esté libre de todo cargo. [4] El que sin intención le da una cabellera postiza a un fugitivo libre o esclavo, pague cinco sueldos; si lo hace intencionalmente sea obligado a pagar la indemnización (*wergeld* en la traducción de ASLA-DOMÍNGUEZ) del fugitivo [5] El que intencionalmente ayude a un fugitivo a cruzar un río reciba la pena de un cómplice. [6] Pero si el fugitivo logra huir, (el custodio) preste juramento de que, como se dijo anteriormente, el fugitivo no escapó con su ayuda ni la de sus esclavos y que no se libró de sus ataduras con conocimiento suyo o de ellos. [7] Si no prestare de esa forma su juramento, pagará quince sueldos por el fugitivo. [8] Pero si constare que se pudo evadir con su consentimiento, sea obligado (el responsable) a pagar treinta sueldos. Si el que fue apresado lleva consigo cosas de su amo o de otra persona y las exhibe en esa casa, (el hombre de cuya custodia escapó) restituya en forma completa. [9] Si un hombre libre, burgundio o romano, conscientemente le da un pan al fugitivo, debe recapturarlo. Si por desconocimiento le da un pan, o lo ayuda a cruzar un río o le muestra un camino, prestando juramento no esté sujeto (“sea pasible” en la traducción de ASLA-DOMÍNGUEZ) a ninguna pena. [10] Si un hombre libre, con plena conciencia, a un fugitivo le da una carta para ayudarlo, sufra la amputación de una mano. Si el que hiciere esto es un esclavo, sufra la amputación de una mano después de recibir trescientos golpes de vara.

¹²⁸ ASLA, A.O.- RODRÍGUEZ, G.F., *Leyes de los francos salios y ley sálica carolina*, trad. Domínguez, C.R Universidad Nacional de Mar del Plata, 2017: XXXII: “El que por arrogancia o por fuerza aparta del conde a un hombre atado, debe pagar una reparación con su vida”. Por su parte, la *Lex salica Carolina*, en su ley XIX último párrafo señala que “Si alguien le arrebatara a un conde un hombre culpable atado, debe redimir su vida con una reparación.”

¹²⁹ ASLA, A.O., *Leyes de los Ripuarios*, trad. Domínguez, C.R Universidad Nacional de Mar del Plata, 2018, LXXVI. *Acercas de un hombre detenido liberado*

Lo mismo sucede en el Derecho visigodo, que, como observa Sáinz Guerra¹³⁰, conoció la pena de prisión, aunque prefirió imponer en sus textos el arbitrio regio para los crímenes graves y la entrega del delincuente en manos de la víctima o sus herederos como siervo para los menos graves. Explica Ramos Vázquez¹³¹ que, en la sociedad visigoda, la pena de cárcel era inútil y costosa porque, además de no reportar nada ni a los ofendidos ni a la comunidad, resultaba un lastre económico para el aparato judicial. No obstante, también encuentra esta autora ejemplos de aplicación de pena de cárcel pública en los cuerpos legales visigodos.

Con relación a la infidelidad en la custodia de los reos, la *Lex romana visigothorum* o Breviario de Alarico reproducía en la ley 9.2.2 el rescripto de Valentiniano, Valente y Graciano del 371, en el que los emperadores imponían un régimen de responsabilidad objetiva del alcaide, condenándolo, en caso de fuga del preso, a la misma pena que a este. Sin embargo, en la *interpretatio* visigótica se introdujeron novedades importantes respecto al tenor original de la constitución:

Interpretatio. Si de carcere reus fugerit, ab eo, cui est traditus, requiratur: qui si eum non potuerit praesentare, noverit

sin juicio. “Si un hombre libre ripuario ata a un ladrón y pretende liberarlo sin el juicio del juez, sea juzgado culpable por la suma de sesenta sueldos. Si alguien lo retira con violencia, sea juzgado culpable por la suma de sesenta sueldos. Si alguien que es atado es capturado en una fuga, y jura con seis cojuradores que esa fuga no era voluntaria, sea considerado inocente. Si se fuga de alguien que lo tenía en custodia, sea este juzgado culpable por la suma de sesenta sueldos”

¹³⁰ SAINZ GUERRA, *op. cit.*, p. 603.

¹³¹ RAMOS VÁZQUEZ, *op. cit.*, p. 37.

negligens custos, illius se aut damnum aut poenam, qui fugerit, subiturum.

De este modo, según el texto visigodo, si el reo se escapare de la cárcel, se ha de reclamar a aquel a quien fue entregado. Es significativo que se hable simplemente de *traditur*, a diferencia de C.Th. 9.3.2, que empleaba el vocablo *receptum*, término que en el Derecho romano de obligaciones implicaba una especial asunción del riesgo. Si este no pudiere presentarlo, el guardián negligente ha de saber que habrá de sufrir él mismo o el perjuicio o la pena correspondiente a aquel que huyó. Como ha destacado Di Cintio¹³², la interpretación de la norma establece un parámetro de responsabilidad subjetiva, al referirse a la figura del “guardián negligente”, entroncando así con las previsiones de la jurisprudencia clásica.

En el *Liber Iudiciorum*, dentro del título IV (“*De custodia et sententia damnatorum*”) se recoge una ley de Sisenando, en la que se castiga tanto el favorecimiento de la evasión como la infidelidad en la custodia:

L.I. 7.4.3. Si carcerem quis frangant aut custodi persuadeat. Si quis carcerem fregerit aut custodi persuaserit, vel ipse carcerarius aut custos eos, quos conpeditos habuit, sine iudicis iussionem aliqua fraude laxare presum serit, eandem penam vel dam num, quod ipsi rei fuerant excepturi, sustineat.

¹³² DI CINTIO, *op. cit.*, p.69.

Se ha apuntado¹³³ que esta ley contempla también el autoquebrantamiento, esto es, la conducta del preso que quebranta la cárcel o engaña al guardador, opinión que no compartimos, pues en el caso de que el “si alguien” *-si quis-* con el que comienza la ley se refiriera al preso que se fuga, no tendría sentido prescribir, al final de la misma, que ha de sufrir la pena “de los mismos reos” *-ipsi rei-*, porque él mismo ya lo es.

De este modo, las conductas tipificadas son dos:

- La del extraño que, desde fuera de la prisión, bien mediante el quebrantamiento, bien mediante la persuasión al carcelero o fraude hubiere conseguido la liberación del preso.
- La del propio encargado de la custodia que, mediante algún fraude, sin orden del juez, se atreve a liberar al preso.

En ambos casos, el sujeto se hace merecedor de la misma pena y daño que tuviere que recibir el reo. En definitiva, se está aplicando la misma pena talional que establecía la constitución de Valentiniano, Valente y Graciano del 371 d.C. La redacción de los tipos permite concluir que se están contemplando conductas dolosas.

Del tenor de la ley deduce Ramos Vázquez¹³⁴ que la prisión que contemplaba esta norma era la puramente preventiva o cautelar, dado que habla del castigo que los reos “habrían de sufrir” *-fuerant excepturi-*.

¹³³ DÍAZ, P. «Las cárceles en la Hispania visigoda», *Castigo y reclusión en el mundo antiguo*, CSIC, Madrid, 2003, p. 200.

¹³⁴ RAMOS VÁZQUEZ, *op. cit.*, p. 34.

La misma disposición se recogerá después en el Fuero Juzgo, (“De la guarda y el juicio de los justiciados”):

FJ. 7.4.3. Si algún omne crebanta cárcel, ó enganna el guardador, ó el guardador mismo suelta los presos por algún enganno sin mandado del iuez, cada uno destos debe recibir tal pena é tal damno qual deben recibir los presos.

4.2. Obra legislativa de Alfonso X el Sabio.

La prisión pública en España, como en otros países, tardó en generalizarse, de modo que, en los primeros siglos de la Edad media, la pena de cárcel tenía más bien un carácter extraordinario¹³⁵. En consecuencia, como afirma Saínz Guerra¹³⁶, el Derecho altomedieval, por lo general, no contiene normas precisas sobre la evasión de presos, tanto por la preponderancia de la prisión privada en las primeras épocas, como por las imperfecciones que el sistema

¹³⁵ SAINZ GUERRA, J., *La evolución del Derecho penal en España*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Jaén, Jaén, 2004, p. 301 menciona, entre los factores que explicarían este hecho, la propia debilidad política del monarca, el elevado costo de la institución, la coexistencia durante mucho tiempo con cárceles privadas y la propia esterilidad del encierro cuando el recluso no es forzado a trabajar y además no posee medios para pagar su propia reclusión.

¹³⁶ SAINZ GUERRA, *op. cit.*, p. 603-4. El autor recuerda los testimonios de los fueros que obligan a los miembros del Concejo a perseguir y apresar a los delincuentes, poniendo como ejemplo el fuero de Zamora, 83 “(...) Elos que non quifieren falir o non fueren aprenderlo o recaudallo, pechen el omezio o el danno o el fu[rt]o que aquel fizo como el fuero manda. E fe non ouieren por quello pechar, ayan aquela pena mifma que aueria aquel que for fechor se lo prendiese (..)”

carcelario poseyó en el tránsito hacia la consecución de una prisión pública.

Ramos Vázquez¹³⁷ encuentra vestigios del delito de quebrantamiento de cárceles en el pacto acordado en las Cortes de León de 1188¹³⁸ entre el rey Alfonso IX y el reino:

[X] *Item. (...) y si el reo o deudor no pudiera disponer de medios para pagar al demandante, los justicias y los alcaldes sin responsabilidad se incauten de su persona y de cuantos bienes tuviera, y lo entreguen con todos sus bienes al demandante, y si les fuere necesario, custódiendolo bajo su protección, y si alguno lo arrebatase por la fuerza, sea castigado como invasor violento. Y si alguno de los justicias sufriera algún daño por ejercer la justicia, todos los hombres de aquella tierra le reintegren por todo el daño, en caso de que quien le hizo el daño no tuviere con qué pagarle; y en caso de que suceda, de que alguno por añadidura lo matase, sea tenido por traidor y alevoso*¹³⁹.

¹³⁷ RAMOS VÁZQUEZ, I., *Arrestos, cárceles y prisiones en los derechos históricos españoles*, Centro de publicaciones del ministerio del interior y Secretaría General Técnica, Madrid, 2008, p. 286.

¹³⁸ Destaca COLMEIRO, M., *Cortes de los antiguos Reinos de León y de Castilla*, I, Ed. digital basada en la edición de Madrid, Rivadeneyra, 1883-1884 (disponible en Biblioteca virtual Miguel de Cervantes; <https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcb8557>) que en estas Cortes de León de 1188 “juró el Rey no hacer daño a nadie en su persona y hacienda sin ser oído en juicio (...), dictó reglas eficaces para que la pena siguiese al delincuente fugitivo como la sombra al cuerpo ...”

¹³⁹ *Decretos que don Alfonso, rey de León y de Galicia, estableció en la curia de León con el arzobispo de Compostela y con todos los obispos y magnates y también con los ciudadanos elegidos de su reino* (Versión de FERNÁNDEZ CATÓN, J.M., *La curia regia de León de 1188 y sus “Decreta” y constitución*, Centro de Estudios e

En el Fuero Viejo de Castilla - recopilación de origen privado que experimentó diversas reelaboraciones, siendo la última la de Pedro I en 1356-, se establece la obligación del juez -que debía tener al preso con cepos o cadenas en los pies o en la garganta- de pagar el daño si el preso escapaba. Se trata de una responsabilidad objetiva, que no hace mención de dolo o culpa.

FVC. 230. *Título del carçelage del preso e en cómo lo a de pechar el juez si se le fuese* Esto es por fuero: Que preso que metieren en casa de juez en el çepo, por la entrada deve dar seis dineros; et quanto tiempo y ioguere non dará más. Et si el preso se fuere del çepo, el juez lo deve pechar todo el danno. Et el juez deve tener todo preso en çepo o en fierros en los pies o a la garganta.

Como es sabido, la recepción del Derecho romano en Castilla tiene lugar, primordialmente, en la obra legislativa de Alfonso X; no obstante, en la regulación del Fuero Real todavía no se ve con claridad la huella del ordenamiento jurídico romano. Efectivamente, en FR. 4.13.11 se dispone lo siguiente:

FR. 4.13.11. Todo ome que prisiere algun ladron con furto, prendalo a vida si pudiere, e nol mate, e trayalo antel al calle, e alli se judgue como manda la leya, et si alguno gelo tolliere a aquel que lo prisó, sea tenudo el que gelo tollier a la pena de los ladrones: et esta pena ayan aquellos que sacaren el ladron de la carcel o de otra prision, sin

Investigación "San Isidoro" - Archivo Histórico Diocesano, León, 1993; pp. 93-117)

mandado del alcalde, e por la osadía peche x maravedís al rey¹⁴⁰.

A pesar de que Díez de Montalvo¹⁴¹ señala que esta ley concuerda con D.47.18.1.pr. (Ulp. 8 *de off. procons.*), en realidad, ni comprende el autoquebrantamiento ni las penas que establece -las correspondientes al hurto y multa de diez maravedís destinados al Rey- tienen nada que ver con el fragmento de Ulpiano. No obstante, en su glosa resuelve las cuestiones que pudiera plantear dicha disposición del Fuero Real de acuerdo con el *ius commune*¹⁴².

¹⁴⁰ ARIAS DE BALBOA en sus glosas al Fuero Real indica que lo mismo se dispone en FR. 4.15.7, norma dedicada a quien encuentra un siervo ajeno huido, disponiendo que lo entregue al alcalde, pudiendo reclamar al dueño del siervo un maravedí más los gastos efectuados (Dichas glosas se recogen al final del artículo de CERDÁ RUIZ-FUNES, J., «Glosas de Arias de Balboa al Fuero Real de Castilla», *AHDE*, 1951-1952, p. 1109)

¹⁴¹ DÍAZ DE MONTALVO, A, *Fuero Real de España, diligentemente hecho por el noble Rey do[n] Alonso. IX.; glosado por el egregio doctor Alo[n]so díaz de mo[n]taluo*, 1544, fol. 244 v: gl. f/ *De la cárcel*].

¹⁴² DÍAZ DE MONTALVO, *loc. ult. cit.* El jurista se pregunta, en primer lugar, si el encarcelado que rompe la cárcel debe ser castigado con la misma pena que si fuera castigado un verdadero crimen. *Item si incarceratus frangat carcerem: an ea pena puniatur quasi verum esset crimen puniretur. no. ff. de custo. reo. l. j.-* Aunque, como se ve, en este punto se remite a D.48.3.1, entendemos que en realidad se refiere a la ley 13 del título, según la cual el reo debe ser castigado a una pena mayor que la que corresponde al delito por el que permanece bajo custodia. En segundo lugar, plantea con qué pena debe ser castigado el guardia, para lo que se remite a C.I. 9.4.4, que impone, según se indicó, la misma pena que correspondería al delito por el que estaba en prisión el fugado, mencionando asimismo a Enrique de Susa y otros canonistas: *Item si fugit carcere qua pena custos puniatur no. C. de custo. reo. l. ad commentariensem. et Henri. Et alij docto. in ca. a nobis. extra de apost.* Finalmente explica que, si el custodio hubiere soltado al encarcelado por mandato del juez o del rector, que este mismo ha de quedar obligado, en lugar del custodio, como afirma Bartolo de Sassoferrato en diversos lugares: *Item si incarceratum relaxauerit custos de mandato iudicis, vel rectoris ipse teneatur, et non custos notat Barto. in l. si quis uxori. §. si fugituum. ff. de fur. concor. cum hac. l. parti. peregrina. c. captio. q. vi.*

Es en las Partidas de Alfonso X donde encontramos una regulación muy desarrollada de la evasión de la cárcel y muy influenciada por el Derecho romano. Se tipifica por primera vez en nuestro Derecho histórico el quebrantamiento de condena por el propio reo¹⁴³; además de contemplarse las conductas de los guardias que permiten la huida e incluso la del extraño que la provoca desde el exterior.

I. Del castigo que corresponde *al propio preso que huye de la cárcel* con fractura se ocupa la siguiente ley:

Part. 7.29.13. *Que pena deuen auer los presos que quebrantan la carcel, o la prision en que estan. Acordandose todos los presos que yoguiessen en vna carcel, o en vna prision de quebrantar aquel lugar do los guardassen, e se fuessen todos, o la mayor parte dellos sin sabiduria de los guardadores, si despues desso fueren todos presos, o alguno dellos, tambien deuen los judgadores justiciar aquellos que despues desso prendieren, como si les fuesse prouado el yerro sobre los que tenian presos. Ca semeja que se dan por fechores de los yerros de que eran acusados, porque ante que los judguen se acuerdan assi en vno a fuyr. Mas si por auentura non fuyessen todos,*

¹⁴³ De este modo, señala RAMOS VÁZQUEZ, *op. cit.*, p. 224, que este delito (el autoquebrantamiento) comenzó a forjarse a partir de la recepción en Castilla del Derecho común en el siglo XIII, destacando, como factores coadyuvantes, el reforzamiento del poder público, dando especial importancia a la represión de conductas que supusieran un atentado contra el propio aparato público de administración de justicia, para lo cual los principios del *ius commune* ofrecían los criterios necesarios.

mas algunos dellos, e despues fueren presos otra vez, deuenlos meter en mas fuertes prisiones, e aun demas desto deueles el judgador dar alguna pena por ende, segund su aluedrio.

El precepto establece dos supuestos distintos:

1.- *Fuga de todos o de la mayor parte de los presos*. En este caso, han de ser “justiciados”¹⁴⁴ como si se hubiese probado el delito por el que fueron apresados, considerándose que la fuga equivale a una confesión presunta, siempre que se den los siguientes condicionantes:

- a) Conspiración de los presos.
- b) Empleo del quebrantamiento como forma de salida. Aclara Gregório López¹⁴⁵ que no basta la sola conspiración sin el quebrantamiento de cárcel o de las ataduras, ni la sola fractura sin el complot, para poder aplicar la pena establecida en la norma; para ello se apoya en D.48.3.13 (Call. 6 *de cogn.*) que constituye su precedente.
- c) Ignorancia de los guardias. Al igual que D.47.18.1.pr. (Ulp. 8 *de off. procons.*), la norma dispone que, si la fuga de los presos se verifica con consentimiento o por negligencia de los carceleros, tendrán una pena menor¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Según la RAE, “justiciar” es sinónimo de “ajusticiar”; presentando este último término dos acepciones: la de dar muerte al reo condenado a ella y (en desuso) la de condenar a alguna pena. En el primer sentido interpreta la norma ÁLVAREZ CORA, E., *La tipicidad de los delitos en la España moderna*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 117.

¹⁴⁵ LÓPEZ, *Las Siete Partidas glosadas por el Lic. Gregorio López*, t. III, Andrea de Portonaris, Salamanca, 1555, p. 84; gl. a/ acordándose a Part. 7.29.13.

¹⁴⁶ LÓPEZ, G., *op. cit.*, p. 87, gl. e/ sin sabiduría de los guardadores a esta ley. Sigue a Angelo de Ubaldis cuando señala que la pena de muerte no se extiende a

Ahora bien, Gregorio López indica que ha de constar que el crimen se ha consumado efectivamente, pues este es un requisito exigible incluso en la confesión verdadera¹⁴⁷. Si los presos tuviesen justo motivo para la fuga, niega que deba atenderse a esa confesión presunta, considerando justos motivos haber atormentado el juez a los presos injustamente o resultar la acusación inepta y mal formada, pues si bien la ineptitud de libelo no desvirtúa la confesión verdadera, impide, no obstante, la ficta.

2- *Fuga únicamente de algunos presos*. En estos casos procede pena arbitraria -que, según Gregorio López, no podrá ser la pena capital¹⁴⁸- y sometimiento del preso a “prisiones más fuertes”.

quienes quebrantan la cárcel en los casos en que mediare negligencia del carcelero, lo que dice haber visto de hecho muchas veces *-hoc vidi iam pluries de facto-* (cfr. ANGELI VBALDI, PERUSINI, in *I. atque Digesti Novi Partem et in tit. de interdictis Commentaria*, Venetiis, 1579, p. 158) añadiendo que si media connivencia u omisión del carcelero, en cierto modo se les invita a la fuga. Caso distinto sería si empleasen violencia.

¹⁴⁷ Argumento que extrae de D.42.2.4 (Paul. 15 *ad Plaut.*), relativo al demandado por la *actio ex legis aquilia* que confiesa haber matado a un esclavo: el jurista entiende que se le tiene por confeso, aunque no lo haya matado, siempre que (alguien) hubiera matado al esclavo; y de D.29.5.1.24 (Ulp. 50 *ad ed.*) según el cual, si no constara que alguien fue muerto, no se sujeta al tormento a su familia; debiendo constar que fue muerto por crimen para que haya lugar al Senadoconsulto (se refiere al Silaniano). Viene a ser una aplicación de la doctrina de Baldo, cuando, en su estudio de la *ficta confessio* del preso que huía, al hablar de la fase de investigación general requería la prueba de que el delito era cierto.

¹⁴⁸ LÓPEZ, G. *op. cit.*, p. 87, gl. h/ *Segund su alvedrio* a Part. 7.29.13, en la que señala que en este punto la disposición corrige a las leyes romanas (D.47.18.1, Ulp. 8 *de off. procons.* y D.49.16.13.5, Macer 2 *de re milit.*); o bien que estas han de interpretarse en el sentido de que la pena procede cuando los presos emplearon violencia contra los carceleros, como parece desprenderse de D. 48.19.38.11, según la interpretación de Odraldo y Alberico de Rosatae.

Por su parte, Díaz de Montalvo¹⁴⁹, siguiendo al canonista Enrique de Susa, aclara que, si una persona huye antes de ser atrapada y encarcelada, es decir, cuando la están buscando, esa huida preventiva no debe castigarse por sí sola, ni se le quita el derecho a defenderse en un juicio por el delito del que se le acusa.

En Part. 7.31.10¹⁵⁰ se tipifica el quebrantamiento de la pena de destierro. Como sanción, se dobla el tiempo de la condena, en caso de destierro temporal, y se establece la pena de muerte, si el destierro era perpetuo. Du Boys¹⁵¹, en su *Historia del Derecho penal de España*,

¹⁴⁹ DÍAZ DE MONTALVO, A, *Las Siete Partidas del sabio Rey dô Alfonso Nono*: por las quales son deremidas, & determinadas las questiones & pleytos q[ue] en España ocurrê... / cô la glosa d[e]l egregio doctor Alfonso Diez de Môtalu... Alcalá de Henares, 1542, p. 189, gl. b/ Acordándose a Part. 7.29.13: *Distingue tamen secundum Hen. [Henricum] in c. vt fame de sen. exco. quod aut quis fugit vel vitat carcerem ante omnem captionem et incarcerationem et talis non est puniendus propter talem fugam: nisi alias de et super crimine legitime conuincatur: immo semper audietur super crimine: vt. ff. de require. re. l. si. (D.48.17.1, Marc. 2 publ.)*, donde el jurista señala que, si a alguien se le hubiera de imponer una pena más grave, por ejemplo, trabajos en las minas, otra pena semejante o incluso la pena capital, en este caso no debe imponerse la pena al ausente, sino que debe buscárselo y dejar constancia de ello, para que se presente personalmente.

¹⁵⁰ Part. 7.31.10. *Que pena meresce el ome que es desterrado si tornare a la tierra sin mandado del Rey*. Todo ome que fuere desterrado, por sentencia del Rey, que sea en alguna ysla por tiempo cierto: o que es echado de la tierra, si saliere desta ysla en ante de aquel tiempo quel señalaren, o entrare en la tierra sin mandado del Rey, deuesele doblar aquel tiempo que quebranto, passando el mandado del Rey su Señor. E si por auentura fuesse dada sentencia contra el, que fuesse desterrado para siempre, e non por tiempo cierto. Estonce el que fuesse desobediente, saliendo de la ysla, o entrando en la tierra sin mandado del Rey deue morir por ende.

¹⁵¹ DU BOYS, *Historia del Derecho penal de España*, trad. José Vicente y Caravantes, Imprenta de José María Pérez, Madrid, 1872 pp. 231-2: “No podríamos admitir que la evasión sea por si misma un crimen ni aun un delito, y que la penalidad deba aumentarse o duplicarse contra el prisionero de guerra de la sociedad, el cual trata de recobrar el bien mas precioso después del de la vida; la libertad. La sociedad no tiene otro derecho que el de redoblar las precauciones contra el cautivo que burló su vigilancia. Sin embargo, hay gran distancia entre el caso de la detención propiamente dicha y el del destierro.

comenta esta norma de conformidad con los principios liberales que imperaban en la segunda mitad del siglo XIX. De este modo, si bien niega que la evasión de la cárcel sea en si misma un delito, justifica, en cambio, el encarcelamiento del quebrantador de la pena de destierro, por haber abusado de la confianza que le dejaba la sociedad al volver a entrar en su país.

II. Respecto a la sanción a los *guardias que permiten la huida*, seguiremos en la exposición la misma estructura que plantea la propia ley 7.29.12 (“*Que pena merecen los guardadores de los presos, si se fuere alguno dellos.*”) en la que el rey Sabio señala que son cinco las maneras por las que los presos pueden irse de la cárcel, “porque se embargaría la justicia que se non podría cumplir en ellos”. Queda aquí perfectamente delimitado cuál es el bien jurídico protegido - la administración de justicia-:

1ª.- “*La primera es quando fuyessen por muy gran culpa, o por engaño de los que los ouiesse en guarda. Ca en tal caso como este deuen recibir los guardadores aquella mesma pena que deuián sufrir los presos*”. Concuerta esta disposición con la *interpretatio* al C.Th. 9.3.5, pues condena a los guardias a la misma pena que debieran sufrir los presos, como en la

Cuando la sociedad pone a un condenado en una cárcel, se reputa que le quita todo medio de fugarse, y si se verifica esta fuga, debe imputarse en su mayor parte a su negligencia, a ella incumbía al privar al paciente de la libertad, hacer imposible que la recobrase. No es así respecto del condenado a destierro; este gozaba de cierta parte de libertad que le dejaba la sociedad, ateniéndose tácitamente a su buena fe. Si, pues, se sirve el desterrado de esta libertad para volver a entrar en su país, si abusa de ella y pierde todo derecho a la confianza que se le había manifestado, no queda ya contra él más garantía que la de los muros, las rejas y las barras de hierro”. En cambio, en su obra omite comentar todas las normas sobre el quebrantamiento de cárcel que aparecen en Partidas.

constitución de Valentiniano, Graciano y Valente del 371 recogida en CTh. 9.3.5 y CI. 9.4.4; sin embargo, hace depender la exigencia de responsabilidad de la existencia de culpa o dolo; demostrando incluso más benignidad hacia el guardia que en el texto visigodo, pues la norma solo entra en juego si la culpa es grave.

Díaz de Montalvo¹⁵² observa que, en esta ley, la culpa lata se equipara al dolo, lo cual no es la regla general. Considera que este caso específico operaría la asimilación por razón del oficio asumido - *susceptum officium*-, pues al aceptar el cargo, el guarda parece profesarse perito¹⁵³. Señala su oposición al castigo del guardián con la misma pena que el preso fugado, siendo partidario de que se le sancione según la medida de su culpa¹⁵⁴.

También plantea el problema de la huida del reo que ha sido puesto bajo libertad provisional y entregado a unos fiadores. Se pregunta entonces si los fiadores deben sufrir la misma pena que el reo fugitivo. Siguiendo a Saliceto, Díaz de Montalvo¹⁵⁵ introduce una distinción basada en la fórmula de entrega del reo:

¹⁵² DÍAZ DE MONTALVO, *op. cit.*, fol. 189, gl. a/ En cinco) a Part. 7.29.12: (...) *Item nota casum in quo lata culpa equiparatur dolo quod non est regulariter: ut. ff. ad le. cor. de sic. l. iij.* El autor cita el fragmento D. 48.8.3 (en realidad se trata de D. 48.8.7), donde se establece explícitamente que en la *Lex Cornelia de sicariis* el dolo es el elemento constitutivo y la *culpa lata* no se acepta por dolo.

¹⁵³ *Ibid.* *Sed hoc operatur. susceptum officium: et quod fateri videbatur se peritum* (...)

¹⁵⁴ *Ibid.* *Sed oppono quod non eadem pena sed pro modo culpe puniatur: ut. ff. de custo. reo. l. milites.* Díaz de Montalvo recuerda que Saliceto había resuelto el problema diciendo que aquí hubo tanta culpa que es digno de la misma pena o de una equivalente, como el que confió la custodia de la cárcel a un novato o a un niño (arg. D. 48.3.14.pr): *Soluit salyce. quod hic in tanta culpa fuit quod dignus est eadem pena vel pari ut qui tironi vel puero comisit carceris custodiam: ut ff. de custo. reo. l. fi. in prin.*

¹⁵⁵ *Ibid.* *Sed quero quid si reus fuit relaxatus et fideiussoribus datus et fugit / an fideiussores debeant pati eandem penam quam fuisset subiturus ipse fugiens: aliqui*

- Los fiadores como *custodes*: Si el juez entrega al reo a los fiadores explícitamente "como mis guardias" (*ego vobis eum trado ut meis custodibus*), los sujetos asumen un oficio público. En este caso, se les aplica el principio de la *l. ad commentariensem*: quien asume la custodia física y falla en ella, queda sujeto a la misma pena que el fugitivo (*simili pena sunt puniendi*).
- Los fiadores puros (*fideiussores*): Si no reciben la custodia física, sino que solo garantizan la comparecencia, no están obligados a la pena corporal del reo. La exención de la pena corporal en este caso se justifica recurriendo al principio de que no se puede obligar a alguien a la pena de muerte por vía de contrato -*ex contractu non potest se obligare ad penam mortis*-. Se cita también D.9.2.13, que consagra la máxima de que el cuerpo de un hombre libre no es estimable en dinero. La sanción pecuniaria se determinará por: a) La cantidad prometida expresamente; b) La costumbre de la región; c) El arbitrio del juez, sin que pueda exceder la medida establecida en CI. 1.54.6 (multa de dos onzas de oro). Sin embargo, si el fiador fuera sorprendido en dolo, puede ser desterrado incluso de forma extraordinaria (D.48.3.4, Ulp. 9 *de off. procons.*).

tenent quod non: sed arbitrio iudicis punietur: sed latius tu dic secundum saly. ubi. supra. quod aut isti fideiussores non fuerunt fideiussores: sed custodes: ut qui iudex dixit. Vos pro eo fideiubetis: et ego vobis eum trado ut meis custodibus: et tunc ex eo capite: qui custodiam recipiunt: simili pena sunt puniendi: ut hic: et in allega. l. ad commentariensem: non ex eo capite quod fideiusserunt: ut sequitur. Aut custodiam non recipiunt: sed tantum fideiusserunt: et tunc ve ritas est quod ad penam corporalem quam ille subiturus erat non tenentur: nam quis ex contractu non potest se obligare ad penam mortis: ut. ff. ad le. aqui. l. liber homo. Nec obstat quod supra dixi: quia fideiussor factus officialis iudicis obligatur a lege non ex contractu imediate: sed pena pecuniaria plectetur: vel illa quam promisit: vel secundum morem regionis vel iudicantis arbi(trio)...

Por ello aconseja que siempre se añada una pena cierta, y también se haga renuncia al beneficio de excusión de los fiadores.

2ª.- *“La segunda es, quando fuyen los presos por negligencia de los guardadores, en que non ay mezclando engaño ninguno. Esto seria si los guardassen a buena fe, mas non con tan gran acucia como deuen: e en tal caso como este deuen ser tollidos del officio los guardadores, e castigados de feridas, de guisa que non pierdan los cuerpos nin miembro ninguno, porque los otros que pusieren en su lugar sean escarmentados por ende, e metan mayor acucia en guardar los otros presos que tuuieren en guarda”*. La disposición concuerda con Calístrato en D.48.3.12.pr. (Call. 5 de cogn.) cuando hablaba del suplicio de los militares que hubieren permitido por negligencia la fuga del reo, excluyéndose los casos de culpa leve. La pena señala por Partidas es pérdida del oficio junto con pena de heridas, sin llegar a perder el cuerpo o miembro alguno.

Anota Gregorio López¹⁵⁶, siguiendo a la Glosa y a Baldo de Ubaldis, que, en caso de duda, se presume la negligencia del carcelero, salvo que éste tuviera atado al preso.

3ª.- *“La tercera es quando fuyen los presos por ocasion, e non por culpa, nin por engaño de los guardadores: e en tal caso como este non deuen recibir pena ninguna, si prouaren la ocasion, e que non auino por su culpa”*. Este apartado de la ley concuerda con Calístrato en D.48.3.12.pr (Call. 5 cogn.) en la parte que afirma que, si el preso había sido perdido por caso fortuito, nada se resolverá contra el guarda: *si vero fortuito amiserit, nihil in eum statuendum*.

¹⁵⁶ LÓPEZ, *op cit.*, p. 86 v., gl. e/ *Por negligencia/* a Part. 7.29.12.

4ª.- *“La quarta es quando los guardadores dexan yr los presos que han en guarda, por piedad que han dellos: e en tal caso como este si el preso que se fuere, fuere ome vil, o era pariente, o cercano de aquel que lo dexe yr: estonce el carcelero deue ser tollido del officio, e castigado de feridas, segun diximos de suso. Mas si tal ome non fuesse, deue auer pena segun aluedrio del juez.”*

En este fragmento se agrava la pena de los custodios que dejan huir a los presos por conmiseración con relación a D.48.3.14.2 (Mod. 4 de poen.), donde Modestino limitaba el castigo del militar en estos casos al cambio de puesto en la milicia. Alfonso X establece, en cambio, pena corporal en caso de que el preso fuera hombre vil o allegado al carcelero, dejando al arbitrio del juez la determinación de la pena en caso contrario.

5ª.- *“La quinta manera es quando el preso se mata el mismo estando en la prision, o despeñándose, o firiéndose, o degollándose: e en tal caso como este non deue el que guardaua el preso fincar sin pena, porque si fuesse guardado acuciosamente, non se podria assi matar. E por ende deue ser tirado del officio, e castigado de feridas assi como sobredicho es. E si por auentura el guardador matasse al preso que tuuiesse en guarda, o le diesse a sabiendas breuaje, o otra cosa con que se matasse el mismo, el que esto fiziesse deue morir por ende. Mas si el preso se muriesse por ocasion, o por enfermedad: estonce los que lo guardan non deuen auer pena ninguna: pero ante que lo saquen de la carcel, deuenlo fazer saber al Rey. o al juez que lo fizo prender, porque non pueda y ser fecho engaño”.*

Al igual que Modestino en D.48.3.14.3-5, se regulan en este apartado las consecuencias de la muerte del reo en prisión: a) se hace responsable al guarda del suicidio del reo, presumiendo una falga de

diligencia; estableciendo pena corporal *-castigo de feridas-*. b) se establece la pena de muerte para el guardián que mate al preso o le proporcione a sabiendas los medios para que él mismo se dé muerte y c) se dispone que, si el preso muere sin culpa del guarda, no se impondrá a este pena alguna, pero el hecho se debe poner en conocimiento del Rey o del juez que lo ordenó encarcelar para evitar engaños.

Respecto al guardia inocente de la huida del preso que se fuga junto con el otro guardia que lo custodiaba, en Part. 7.29.9 se establece un régimen muy similar al que refería Modestino en D. 48.3.14.6:

Part. 7.29.9. Como los guardadores de los presos non merecen pena, si los otros sus compañeros a que los encomiendan se van con ellos. Acaesce a las vegadas que los que han en guarda a los presos non pueden cada vno guardarlos, e acomiendanlos a otro quando van a alguna parte: e aquellos que fincan, otrosi contece a las vegadas que maguer estan y todos a guardarlos: pero deuen dormir los vnos, e velar los otros. E por ende dezimos que si los que fincan por guardar los presos, o que los velan, se van todos, o alguno dellos con los presos, e los otros que non estan delante, o que duermen non lo saben, nin fazen engaño, nin malicia en esto, que non son en culpa, nin merescen pena ninguna por ende. Mas aquellos que se fuessen con los presos deuen morir por ende, quando quier que sean fallados: fueras ende si alguno dellos fuere moço, o ome vil, o de mal seso. Ca estonce non deuen dar

la pena sobredicha a el, mas a aquel que lo y puso: pero el judgador deue dar a este tal que se fue con los presos, otra pena qual entendiere que meresce, segun su aluedrio. Ca non es guisado que finque sin pena, seyendo a tal que entendiesse lo que fazia.

III. También tipifican las Partidas la conducta del *extraño que desde fuera de la cárcel facilita o provoca la evasión*, considerandolo una forma de traición¹⁵⁷:

Part. 7.29.14. *Que pena merescen aquellos que por fuerça sacan algund preso de la carcel, o de la prision. Atreuimiento muy grande faze el que saca por fuerça algund preso de la carcel, o de la cadena que es fecha por mandado del Rey. E por ende mandamos que si alguno fuere osado de sacar preso de la carcel del Rey, o de algund adelantado, o del comun de algund concejo, o de otra prision qualquier en que fuesse metido por mandadado [sic] del Rey, o de alguno de los otros que han poder de judgar por el, que deue recibir tal pena qual deuia recibir aquel que fue ende sacado por fuerça (...)*

En esta disposición se castiga a quien saca a un preso de la cárcel con la misma pena que le correspondía a este. Sin embargo, Gregorio López¹⁵⁸ menciona una serie de supuestos en los que se produce una variación de la pena:

¹⁵⁷ En este sentido, DU BOYS, *op. cit.*, p. 251.

¹⁵⁸ ÓPEZ, *op. cit.*, gl. i/ *deuia recevir*, a Part. 7.29.14.

- Si el reo fuere confeso o condenado, en cuyo caso el que lo liberó merece la pena de la *Lex Iulia de maiestate*. En este sentido, hay que tener en cuenta que el delito de lesa majestad, entendido como “yerro de traycion que faze ome contra la persona del Rey” puede ser cometido en diversas formas según Part. 7.2.1, algunas de las cuales resultan muy próximas al delito que nos ocupa:

Part. 7.2.1. (...) La onzena es, quando algun ome es acusado, o reptado sobre fecho de traycion, e otro alguno lo suelta o le aguisa porque se vaya (...) ¹⁵⁹.

- Si los presos evadidos fueren reos de artes mágicas o de raptó violento, en cuyo caso procedería la pena de muerte (C.I. 9.18.9)
- Si el fugado estaba en prisión no por delito sino por deuda - pública o privada- el responsable de su fuga estará obligado a satisfacer dicha deuda con sus bienes propios, como si fuese su fiador, con amparo en C.I. 10.19.3¹⁶⁰.

¹⁵⁹ En términos muy parecidos se pronuncia la ley 5, título 32 del Ordenamiento de Alcalá y la Nov. Rec. 12.7.1, que considera reos de traición, entre otros: “si el Rey tuviese algun hombre preso, de quien, seyendo suelto, le venia peligro al cuerpo, o desheredamiento, y alguno lo soltase de la prision, o huyese con él”.

¹⁶⁰ En esa constitución, el emperador Constantino disponía que siempre que alguien resulte deudor tanto de un particular como del fisco, y, arrebatado por una de las autoridades, quede retenido, quien se lo haya llevado ha de ser compelido al pago de la deuda entera y a asumir sobre sí la exacción de la suma total, por haber creído que debía arrancarlo y sustraerlo: C.I. 10.19.3. *Imperator Constantius. Quotiens quis et privati debitor invenitur et fisci, et abreptus ab uno officio teneatur, ad universi debiti solutionem qui eum abstulit coartetur ac totius summae exactionem in se suscipiat, qui eundem avellendum*

- Si fuese soltado el que no estaba preso por delito ni por deudas, el que lo soltó solo sufrirá una multa al arbitrio del juez.

Finalmente, en las Leyes de Estilo, aparece una disposición sin duda dirigida a evitar la ejecución durante el traslado de los presos:

Ley de Estilo, 111. *Si el preso muere en el camino, que pena ha el carcelero que lo traya al rey. Otrosi, el carcelero que tiene en guarda preso, si el preso, en trayéndolo al rey por el camino, dice que se echó en el rio y murió, debelo probar, sinon será tenido a la muerte.*

4.3. Legislación penal recopilada

En las Ordenanzas Reales de Castilla –*Ordenamiento de Montalvo* de 1476, se recogen varias disposiciones relativas a la evasión de la cárcel.

En primer lugar, se incluyó una ley del Ordenamiento de Alcalá de 1348 (ley quinta del título XX) que establecía la pena que corresponde a los guardadores que soltaren o no guardaren bien a los presos:

OORR, 2.14.2. *Que pena merescen los guardadores de los presos si los soltaren, o non los guardaren bien. Si los Monteros, y los hombres de los Alguaciles de la nuestra Corte, y los otros que guardaren a los presos, los soltaren o no los guardaren como deben; si el preso merescia*

subtrahendumque crediderit. CONSTANTIUS A. NEMESIANO COM. LARG.
*<A 345 D. IIII ID. MAI. NIZIBI AMANTIO ET ALBINO CONSS.

muerte, el que lo soltó y no lo guardó bien como debía, muera por ello. E si el preso non merescia muerte, y merescia otra pena corporal, si el que lo guardare, se fuere con el, o lo soltare, que haya aquella misma pena, que el mismo preso había de a ver, y si por mengua de guarda se fuere por negligencia del guardador, que esté un año en la cadena. E si el preso no merescia pena corporal, y era tenido de pagar pena o deuda de dineros, y se fuere con él, o lo soltare a sabiendas, sea tenido el que lo guardare a pagar lo que el preso era tenido y esté medio año en la cárcel, y si por negligencia se fuere, sea tenido a pagar lo que el preso debía y esté tres meses en la cadena (...)

Posteriormente, la disposición pasará a la NR. 4.23.12 (donde se atribuye la disposición a Juan II en 1423¹⁶¹) y, más tarde, a Nov. Rec. 12.38.18.

¹⁶¹ Y a este monarca vincula la disposición SAINZ GUERRA (*op. cit.*, p. 605). Sin embargo, señalan ASSO Y DE MANUEL, *El Ordenamiento de Leyes que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año de 1348*, Imprenta de los señores viuda e hijos de D. Antonio Calleja, Madrid, 1847, p. 32, n. 1 que “se trata de la l. 6 del Ordenamiento de Segovia, la l. 12, t.23, lib. 4 Rec., en cuyo epígrafe se atribuye a D. Juan el II en Segovia año 1423, cap. De los derechos e los Alguaciles: lo que es evidente equivocación, pues esas órdenes se publicaron el año de 1433”. En los *Códigos españoles concordados y anotados*, en las OORR 2.14.12 (“De la pena, en que caen los que fuardan los presos, y los sueltan o no los guardan como deben”) la disposición se atribuye al Rey Don Alonso en Alcalá; el mismo en Madrid y en Segovia y el rey D. Enrique II en Toro. COLMEIRO, M., *Cortes de los antiguos Reinos de León y de Castilla*, I, Ed. digital basada en la edición de Madrid, Rivadeneyra, 1883-1884 (disponible en Biblioteca virtual Miguel de Cervantes; <https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcb8557>), señala, precisamente, que motivaron la convocatoria de las Cortes de Toro de 1369, entre otras cuestiones, la necesidad de poner orden en la administración de justicia; entre las medidas aprobadas por el monarca destaca que “facilitó los

En OORR 2.14.13 lo dicho se extiende a los Adelantados, Merinos mayores, Alguaciles hombres, Carceleros de las ciudades villas y lugares de los reinos de Castilla, León, Asturias, Guipúzcoa y Álava que admitiesen algún tipo de soborno por soltar los presos, remitiendo, en materia de prueba, a la que se debía hacer contra los Alcaldes juzgadores que recibieren sobornos¹⁶².

En OORR 8.19.34 se recoge la ley 31 del Ordenamiento de Penas de Cámara de Enrique III (1400), que establece la presunción de

medios de exigir la responsabilidad a los jueces y alcaldes negligentes; mandó a los alcaldes de corte que cumpliesen justicia bien y verdaderamente, y les prohibió recibir dones, bajo las penas señaladas por Alfonso XI en las Cortes de Alcalá de Henares”.

¹⁶² Disposición promulgada por el Rey D. Alonso en Alcalá, Juan II en Guadalajara, 1433. La prueba contra los alcaldes que admiten soborno se encuentra en OORR 2.15.8: (*El Rey Don Alonso en Alcalá y en Segovia. El Rey Don Enrique II. en Toro*). En síntesis, la norma establece la inmunidad para el denunciante que ofreció o dio el soborno -salvo si se demuestra que la acusación fue falsa-; y dado que se trata de un delito difícil de probar con prueba plena, flexibiliza los requisitos probatorios, admitiendo que se pueda probar el soborno si al menos tres testigos fiables juran que el soborno existió. No obstante, para evitar testimonios falsos, se prohíbe que testigos o denunciantes puedan recuperar el dinero con el que sobornaron, salvo que puedan demostrar el delito mediante prueba pública: “*Porque los que dan algo à los Juzgadores por los Pleitos que ante ellos tratan lo prometen, y dan, y ellos lo reciben lo mas secretamente que pueden, y esto seria grave de provar. Por ende nos queriendo que la verdad no se encubra y por que se pueda saber, y los que en este yerro cayeren, hayan por ello pena: tenemos por bien, que el que viniere à descubrir, y decir el don, que assi diere, ò hoviere dado à los dichos Jueces, que no haya pena por lo que dió, maguer que por derecho la merezca: salvo si fuere fallado que dixo mentira. E mandamos que en defecto de prueba complida, que se pueda provar en esta manera: que si fueren tres testigos, ò mas los que vinieren diciendo sobre juramento que hagan, que dieron dones al Juez, que vala su testimonio, maguer que cada uno diga de su hecho: seyendo las personas tales, que entienda el que lo hoviere de librar, que son de creer. E otrosi haviendo otras algunas presumpciones, è circunstancias, porque vea el Juez que es verdad lo que dicen. Pero porque los hombres no se muevan con cobdicia à dar testimonio contra verdad: Mandamos, que tales testigos como estos no cobren aquello que dieren, ò que dieron: salvo si lo provaren con prueba publica*”.

veracidad de aquello por lo que fue acusado el preso que huye de la cadena, añadiéndose una multa de cien maravedís:

OORR 8.19.34. Todo hombre que fuyere de la cadena, vaya por fechor de lo que le fuere acusado, y peche mas cien maravedís para la nuestra Cámara, y el que lo tenia preso responda en su lugar, y peche cien maravedís para la uestra Cámara.

La norma pasa a la Nueva y a la Novísima Recopilación (NR. 8.26.7 y Nov. Rec. 12.38.17) aunque en estos dos últimos cuerpos legales el importe destinado a la Cámara del Rey se eleva a seiscientos maravedís.

4.4. Otros reinos hispánicos

Por lo que se refiere al reino de Aragón, en la Compilación de Huesca ya aparecen tipificadas tanto la invasión o quebrantamiento de cárceles con el fin de que escapen quienes se encuentran detenidos en prisión o con grilletes (es decir, la sustracción de reos) como la infidelidad en la custodia con relación a los guardias que, sin orden del juez, les permitan salir fraudulentamente. El castigo consiste en someter al quebrantador o al guardia a la misma pena que hubiera debido sufrir aquel que se fugó.

8.1.1. *De custodibus carcerum*<1> *Quicumque invadunt carceres seu frangunt, ad hoc ut evadant qui in carcere vel compedibus detinentur, et custodes, qui absque mandato iudicis ipsos abire permittunt fraudulenter, penam incurrant quam illi qui evaserunt debebant taliter sustinere.*

Esta disposición, que recuerda lo establecido en LI 7.4.3, sería recogida después en las *Observancias del reino de Aragón*¹⁶³.

Los *Furs* de Valencia disponen que, si alguien quebrantare la cárcel de la corte, o el carcelero fuere tan osado que soltare y dejare ir por alguna cosa o por alguna razón, sin mandato de la corte, a aquellos que tuviere presos, sufra y soporte aquella pena y aquel daño que debían tener y recibir aquellos que estaban presos.

Furs, CXX.38 (De crims). Si alcú trencarà la carçre de la cort o el carceller será tan osat que solvrà e lexarà anar pèr alguna cosa o per alguna rahó, sens manament de la cort, aquells qui tendrà preses, haja e sostingue aquella pena e aquell dan, la qal pena e dan devien a ver e pendre aquells qui eren preses.

Por lo tanto, los *Furs* también aplican, para quienes asaltan desde fuera de la cárcel o para los custodios que permiten huir a los presos, el mismo principio de pena talional ya visto en C.I. 9.4.4 y en otros fueros o compilaciones de los reinos hispánicos. Esta disposición se incluirá posteriormente en *Fori Regni Valentiae*, 9.73.

Con relación a Cataluña, Ramos Vázquez¹⁶⁴ menciona la presencia de una norma relativa a la evasión de la cárcel ya en los *Usatges*, en los que se establece que la persona detenida por la justicia y encerrada en el castillo para ser juzgada no deberá salir de allí sin permiso; y si lo hace, a menos que hubiera ido por miedo a morir, pagará una multa de treinta sueldos a la corte, y una vez devuelta al castillo,

¹⁶³ *Observancias del reino de Aragón*, libro IX, Zaragoza, 1624, p. 163.

¹⁶⁴ RAMOS VÁZQUEZ, *op. cit.*, p. 286.

responderá por el daño y la falta cometidos conforme determine el tribunal:

16. *CAPTUS A CURIA*¹⁶⁵: *Hom pres per cort e mes en castell per fer justitia no isca de aquí sens licentia; e si u fa, si doncs per ventura no temia morir, haura dan de invasio, trenta sous que dara a la cort; e tornat en lo castell, esmen lo dan e culpa que fet haura, axi com la cort jutjara.*

De esta norma de los *Usatges* cabe destacar que, por un lado, impone la pena arbitraria para el fugado de manera autónoma respecto al delito cometido, sin mencionar la *ficta confessio*, y, de otra, que se establece una causa de exoneración de responsabilidad, por lo demás recogida en el *ius commune*: cuando la huida viniera determinada por el miedo a morir.

Añade Ramos Vázquez¹⁶⁶ que la doctrina del *ius commune* en respecto a este delito fue interpretada en Cataluña en sentido parecido a Castilla, pues, aún reconociendo la gravedad del delito, se argumentaba que la imposición de la pena capital no tenía que ser necesariamente a través de la pena de muerte. Al quebrantador debía tenersele por confeso, pues no había mejor prueba de su culpabilidad que su huída de la justicia, pero la pena a imponer por el juez debía

¹⁶⁵ COROLEU I INGLADA, J. *Código de los Usajes de Barcelona. Estudio crítico* (disponible en Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/codigo-de-los-usajes-de-barcelona-estudio-crtico-0/html/00998c82-82b2-11df-acc7-002185ce6064_3.html) señala que “al comentar Montjuich, G. de Vallseca y Calicio el usaje *judicium in curia datum* dicen que la palabra *Curia* debe en él tomarse en la acepción de tribunal, significando el consejo de personas sabias y esclarecidas, con cuya ilustrada cooperación solía el Príncipe dictar sus sentencias, las cuales eran en tales casos inapelables”.

¹⁶⁶ RAMOS VÁZQUEZ, *op. cit.*, p. 314.

ser arbitraria en atención a las circunstancias del delincuente y el delito cometido.

Por lo que se refiere a Mallorca, los supuestos de evasión de la cárcel eran sancionados según el arbitrio judicial, y para los presos fugados, se aplicaba la presunción de culpabilidad por el delito que se les imputaba¹⁶⁷. En el siglo XVII, y como consecuencia de varios episodios de fuga, se promulgaron varios edictos en los que se endurecían las penas¹⁶⁸.

4.5. Recepción del *ius commune* en la doctrina patria

En general, la doctrina española entre los siglos XVI a XVIII, al interpretar el Derecho real, introducirá múltiples matizaciones y causas de exculpación en la presunción de confesión inducida por la fuga que establecían las Partidas. La mayor parte entenderá que la pena por el quebrantamiento de cárcel será arbitraria, y una vez impuesta, el reo será custodiado en adelante más severamente por el delito principal¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Vid. PLANAS ROSSELLÓ, A., *El Derecho penal histórico de Mallorca (siglos XIII-XVIII)*, Universitat de les Illes Balears, Palma, 2001, p. 95. Afirma este autor que no le consta que en ningún caso se castigase con la pena de muerte.

¹⁶⁸ PLANAS ROSSELLÓ, *op. cit.*, p. 96, menciona el Edicto de Torres, de 1618, que impuso la de muerte o galeras, tanto a los que se fugan de la cárcel como a quienes les auxilian; también el Edicto de Cardona, que dejaba que la tentativa de fuga fuera castigada a arbitrio del lugar teniente y Real Audiencia. También estudia el autor los supuestos de quebrantamiento de la pena de exilio.

¹⁶⁹ VELA ACUÑA, *op. cit.*, p. 107; GOMEZIO, A., *Commentariorum, Variarumque Resolutionum Iuris Civilis, Communis Et Regii*, t. III, Francoforti ad Moenum, 1584, p. 530, HEVIA BOLAÑOS, J., *Curia Philippica*, Godínez de Millis, Valladolid, 1612, p. 603.

Así lo hacen Antonio Gómez¹⁷⁰, que abandona la teoría de la *ficta confessio* como fundamento del castigo de la *effractio carceris*, entendiendo que el reo capturado ha de ser castigado por el propio quebrantamiento de la cárcel, aunque no hubiera cometido el delito principal; Diego Pérez¹⁷¹ quien, en sus anotaciones a las *Ordenanzas Reales de Castilla*, señala que aun si la fuga crease un indicio o presunción contra alguien, quedaría anulada mediante el juramento del fugitivo; Vela Acuña¹⁷², tras observar que los detenidos en la cárcel que huyen quebrantándola, delinquen gravemente e incurrir en pecado mortal, se inclina, en contra de lo dispuesto por el derecho civil, a no considerar como confesos a los encarcelados que huyen, tanto si lo hacen con efracción como si no, entendiendo que deben ser castigados al arbitrio del juez. Esta misma pena arbitraria es la que aparece en la *Curia Philippica* de Hevia Bolaños¹⁷³ quien la entiende aplicable tanto si el reo huye de cárcel pública como si está bajo custodia en una casa particular.

¹⁷⁰ GOMEZIO, *op. cit.*, p. 530, critica la interpretación extensiva de la confesión presunta que realizan algunos doctores, considerandola aplicable incluso si tal reo fugitivo fuera inocente y quisiera probar lo contrario; porque en materia criminal las leyes exigen siempre una prueba líquida, verdadera y cierta, “más clara que la luz”, para imponer una pena corporal. Además, también porque incluso si alguien verdadera y realmente hubiera confesado el delito, podría probar lo contrario, y así demostrar su inocencia (como indica expresamente D.48.18.1.27 y CJ. 9.4.2).

¹⁷¹ PÉREZ, D., *Ordenanzas reales de Castilla, recoiladas y compuestas por el Doctor Alonso Diaz de Montalvo, Glosadas por el el Doctor Diego Pérez y adicionadas por el mismo autor en los lugares que concuerdan con las Leyes de la Nueva Recopilación*, t. II, Madrid, 1780, p. 401, (nota a/ *fujere de la cadena vaya por fechor*).

¹⁷² VELA ACUÑA, *op. cit.*, p. 104.

¹⁷³ HEVIA BOLAÑOS, *op. cit.*, p. 603.

No obstante, algunos autores como Francisco de la Pradilla¹⁷⁴, consideraron que el preso que huye quebrantadas las prisiones tiene pena de muerte y es tenido por confeso sobre lo que fue preso y acusado, debiendo pagar, además, seiscientos maravedís.

Respecto a la tentativa de fuga, explica Antonio Gómez¹⁷⁵ que suele extenderse lo dispuesto en Part. 7.29.13, de modo que la pena se aplicará incluso si la fuga y el allanamiento de la cárcel no tuvieran un efecto consumado.

La causa más frecuentemente invocada por los doctores como justificativa de la evasión es la de de la detención injusta¹⁷⁶, considerándola como causa de exoneración. Precisamente Álvarez Posadilla¹⁷⁷ distingue entre encarcelamiento justo o injusto en orden a establecer las presunciones de reo confeso cuando este huye mediante escalamiento: en el primer caso la ley la establece “*pues no es de creer que el que está inocente se fugue cometiendo un delito*”. En cambio, no se aplica a quien, estando injustamente preso y sin motivo legal, se fuga de la cárcel escalándola o rompiéndola. Ahora bien, esto no quiere decir que quede impune “*porque nunca fue bien hecho escalar la cárcel*”, si bien no se le debería imponer la misma pena que la Ley

¹⁷⁴ PRADILLA, F., *Suma de todas las leyes penales, canonicas, civiles y destos Reynos, de mucha vilidad y prouecho, no solo para los naturales dellos, pero para todos en general, viuda de Luis Sánchez*, Madrid, 1628, p. 51 v.

¹⁷⁵ GOMEZIO, *op. cit.*, p. 530. El jurista salmantino se inscribe así en la línea de pensamiento de Alberico y de Angelo de Ubaldis.

¹⁷⁶ VELA ACUÑA, *op. cit.*, p. 105; HEVIA BOLAÑOS, *op. cit.*, p. 603.

¹⁷⁷ ÁLVAREZ POSADILLA, J., *Práctica criminal por principios o modo y forma de instruir los procesos criminales en sumario y plenario de las causas del oficio de justicia contra los abusos introducidos*, parte II, Imprenta de la viuda de Ibarra, Madrid, 1796, p. 211 ss. Si el preso huye por encontrar las puertas abiertas por descuido del Alcaide o por otro accidente, también cesa la presunción de reo confeso.

señala a los escaladores. En consecuencia, para castigar los escalamientos de cárceles recomienda a los jueces ordenar, en primer lugar, que se examine la sumaria para saber si el reo estaba legítima o ilegítimamente preso.

También se consideró como causa de justificación, en la línea del *ius commune*, la huida de la cárcel para conseguir mayor justicia ante un tribunal superior¹⁷⁸. En tales casos, se solía dar una provisión en forma contra los jueces inferiores para que no procedan contra él ni contra sus bienes.

No se solía imponer pena alguna a las mujeres que hubieren conseguido, la libertad de sus maridos presos¹⁷⁹. Por ejemplo, Antonio Gómez¹⁸⁰, excepciona del castigo

“a la mujer, que ama en exceso a su marido, cambiando las vestiduras, con gran industria y grandísima astucia sacó y extrajo de la cárcel a su marido encarcelado por un delito grave, poniéndole a él sus propias ropas de mujer, y asumiendo para sí las ropas de su marido, y quedándose

¹⁷⁸ HEVIA BOLAÑOS, *op. cit.*, p. 603; GÓMEZ, *op. cit.*, t. III, p. 531v.; PÉREZ, *op. cit.*, p. 402; AZEVEDO, A., *Commentariorum Iuris Civilis In Hispaniae Regias Constitutiones*, t. V, Salmanticae, 1596, p. 368.

¹⁷⁹ Vid. el episodio de la fuga de Hugo Grocio de su prisión de Loevestein, DONATI, *op. cit.*, p. 49 ss., donde destaca el papel de la esposa del prisionero en la huida al sugerirle que se ocultase dentro de una de las cajas que se utilizaban para enviarle libros a la prisión. El autor italiano interpreta la ausencia de represalias hacia esta como un rasgo de mitigación del rigor en el tratamiento jurídico de la fuga de presos. Sin embargo, ya en los siglos anteriores los doctores propugnaban una mitigación o exoneración de la mujer del preso que facilitase la huida, con antecedentes incluso en los clásicos latinos.

¹⁸⁰ GOMEZIO, A., *Commentariorum, variarumque resolutionum iuris civilis, communis et regii*, t. III, Francoforti ad Moenvm, 1584, p. 530, nº 12.

en la cárcel en lugar de su marido: pues atendiendo a la obediencia que se debe al marido, y atendiendo al intenso y máximo amor, parece que debe ser excusada, al menos de la pena ordinaria”,

Antonio Gómez se basa en D.9.2.13.2 (Ulp. 18 *ad ed.*) y en D.43.24.11.6 (Ulp. 71 *ad ed.*) donde se sostiene que el siervo o el hijo es excusado del delito en faltas leves (aunque no en las más atroces) por la reverencia y obediencia debida al padre o al señor. Añade que “este delito, o mandato de cambiar las ropas, no se considera de los más atroces, ni se halla prevenido en el derecho”.

Así ocurre también con Castillo de Bobadilla¹⁸¹, quien, tras referir una larga lista de ejemplos, concluye:

¹⁸¹ CASTILLO DE BOBADILLA, J., *Política para corregidores y señores de vasallos, en tiempo de paz y de guerra*, t. I, Imprenta Real de la Gazeta, Madrid, 1775, p. 360, recoge diversos episodios de liberación de presos motivados por la intervención de sus esposas, tomados a su vez de la obra de Rodríguez de Almela, D., “Valerio de las historias escolásticas”, de 1511. Entre ellos destaca el protagonizado por la infanta doña Sancha, hermana del Rey Don García de Navarra, quien logró liberar en dos ocasiones a su esposo, el conde Fernán González de Castilla.

El primer episodio se sitúa tras ser concertado el casamiento. Con ocasión de unas vistas celebradas en Cervera entre el conde y el rey Don García, este último ordenó prender al conde y trasladarlo encadenado a Castroviejo. Según el relato (lib. 9, tit.1, cap. 5) la infanta acudió a visitarle, se enamoró de él y durante la noche, mientras el guardia dormía, lograron huir de la prisión, aun permaneciendo el conde encadenado, sin que se especifique el modo de la fuga. Tras un encontronazo novelesco con un arcipreste, logran finalmente huir a Castilla.

La segunda liberación tuvo ya lugar en territorio castellano, después del matrimonio (l.8., tit. 7 cap. 4). Fernán González acude a las cortes de León, donde fue encarcelado por el rey D. Sancho en las torres de la ciudad. Decidida a rescatarlo, doña Sancha, fingió que iba en romería a Santiago, y se presentó ante el monarca vestida de paños de luto con su bordón y un sombrero. Tras una primera visita -en la que el propio rey la acompañó-, solicitó permiso para pasar la noche en prisión y pidió que se liberase a su

“Por estos, y otros ardidés loables a este propósito, no incurren en pena las mugeres, según muchos Doctores, y otros tienen, que en alguna. Y el Senado de Bolonia, por un caso como este, no solo no castigó á una muger, pero de la hacienda pública la premió. Y yo hiciera lo mismo; porque estos, y otros llama el Derecho buenos dolos, y engaños, y están obligadas las mugeres á obedecer á sus maridos, cuyo grande amor las disculpa, juntando con esto el favor de la libertad, y de los reos”. (Polít. 3.15.131.)

Hevia Bolaños¹⁸² extiende la reducción de la pena no solo a los casos en los que la mujer que suelta al marido, sino al hijo que libera al padre y el siervo al señor “por la obediencia y amor que en ellos hay”.

Ya en el siglo XVI determinados autores empezaron a reivindicar una mejora en las condiciones de las cárceles y en las atenciones y cuidados a los presos¹⁸³. A principios del siglo XVII, Francisco Suárez¹⁸⁴ defiende un *ius fugiendi* del preso en determinadas

esposo de los hierros, pues “caballo travado no podía fazer fijos”. El rey accedió, lo que permitió que ambos disfrutaran de buenas camas y buena comida en la prisión. Al día siguiente el conde se vistió con las ropas de la condesa, consiguiendo salir de prisión, llegar al lugar donde unos caballeros que había traído la condesa le proporcionan un caballo ensillado y salir de la villa encubiertamente. Una vez a salvo, la condesa informó al rey de lo sucedido. Lejos de reprenderla, el monarca elogió su ingenio, ordenó que se le proporcionasen ricos vestidos y le otorgó numerosos dones, “volviéndola muy rica”.

¹⁸² HEVIA BOLAÑOS, *op. cit.*, p. 604. Cita en su apoyo tanto la ley de Partida como lo anotado por Gregorio López y Antonio Gómez.

¹⁸³ AMEZÚA AMEZÚA, L.C., Derecho de evasión y principio de humanidad: Notas de Francisco Suárez sobre la obligación penal y la fuga de presos”, *AHDE*, nº 31, 2015, p. 120.

¹⁸⁴ Explica AMEZÚA AMEZÚA, L.C., *op. cit.*, p. 118, que, en el pensamiento de

circunstancias, considerando que el reo no estará obligado en conciencia a permanecer en la cárcel voluntariamente si esta fuera excesivamente penosa, triste e insalubre, o si es maltratado con excesiva dureza, de modo que paso a paso vaya camino de la muerte o por lo menos sea obligado a llevar una vida llena de dolores y disgustos. Este *ius fugiendi* se encuentra muy en línea con las causas de exoneración de la *effractio carceris* que empezaron a establecer los doctores del *ius commune* y los penalistas patrios.

Con el tiempo, la pena por el autoquebrantamiento se suavizó en la práctica. Ya Diego Pérez¹⁸⁵ en el siglo XVII, tras afirmar que la pena por la huída de la cárcel, incluso mediante quebrantamiento, era arbitraria, y que el violador de la cárcel es castigado con azotes o con otra pena al arbitrio del juez, añade que “esta es la práctica comúnmente aceptada, que se colige de la Part. 7.29.13”. Más adelante, Juan Vela Acuña¹⁸⁶ indica que suelen ser condenados a ser flagelados o a similares penas arbitrarias, como galeras; Berni y Catalá¹⁸⁷ y posteriormente López Claros y Fábregas del Pilar¹⁸⁸ hablan

algunos autores de la época, incluso en Francisco de Vitoria, predomina la idea de que el preso en la dimensión interna de la conciencia no tiene el deber de permanecer en el recinto de la cárcel. Para otros, el preso condenado justamente, si permanece en la cárcel en vez de escapar, no estaría cooperando directamente a su muerte, lo cual equivalía a cometer suicidio, una ofensa a Dios. La particularidad del pensamiento de Suárez, prosigue Amezúa, reside en que corrige el alcance de la obligación de permanecer en la cárcel, que solo se da cuando el cumplimiento de la condena sea humanamente tolerable.

¹⁸⁵ PÉREZ, D. *op. cit.*, p. 322.

¹⁸⁶ VELA ACUÑA, *op. cit.*, p. 107.

¹⁸⁷ BERNI Y CATALÁ, J., *Apuntamientos sobre las Siete Partidas, Herederos de Gerónimo Conejos*, Valencia, 1759, vol. VII, p. 109, n. ley 9.

¹⁸⁸ En su traducción a SALA BAÑULS, J., *Digesto romano-español*, 2ª ed., t. II, Imprenta Viuda de Domínguez, Madrid, 1859, p. 147. Al respecto, siguiendo el tenor literal de la ley de Partidas, Juan Sala había señalado que se infería

de doscientos azotes o vergüenza pública, señalando que “la jurisprudencia ha modificado lo dispuesto en Part. 7.29.13 y, siguiendo las reglas que dicta el buen sentido, se ha considerado la fuga, no como confesión del delito, sino como indicios, y así es que capturado el reo que se fuga de la cárcel, se vuelve a abrir la primera causa, oyendosele en defensa y se le juzga por separado por la fuga, imponiéndose una pena arbitraria”.

Por otra parte, juristas como Hevia Bolaños y Dou y de Bassols¹⁸⁹ fueron partidarios de dejar sin castigo al reo que huye sin romper ni quebrantar nada de la cárcel “*por el amor natural del hombre de la libertad, y por no ser justo que, dexándosele la puerta abierta o proporción para salir, se le obligue a estar dentro*”, añadiendo que en estos casos son los carceleros los que deben ser severamente castigados.

Precisamente por ello Castillo de Bobadilla¹⁹⁰ se muestra particularmente minucioso a la hora de describir las medidas que ha de tomar el Alcaide y el carcelero para prevenir las fugas:

“que esté muy vigilante en la guarda de los presos, y recatado con la gente que entrare y saliere de la Cárcel a visitarlos, y comunicarlos, no les metan veneno, o armas, herramientas, o cuerdas para soltarse, o se las den por las ventanas, o entre las camas, o entre el repuesto para la comida, o por otras cautelas (...) porque yéndosele alguno, se presume, en duda, que fue por su descuido...”

de la fuga con conspiración la confesión del crimen.

¹⁸⁹ DOU Y DE BASSOLS, *op. cit.*, p. 262.

¹⁹⁰ CASTILLO DE BOBADILLA, *op. cit.*, p. 357-8.

Casi en los albores de la etapa codificadora, Dou y de Bassols¹⁹¹ señala que el quebrantamiento de cárceles parece ser de lesa majestad, ya por reducirse a una resistencia a la justicia, que tiene preso y asegurado al reo, ya porque las cárceles son edificios respetables para la seguridad pública de la suprema potestad, a la cual se ofende siempre que se fuerzan las puertas o lugares destinados a dicho fin.

Con relación a la pena que merecía el extraño que liberase a un preso de la cárcel, un sector doctrinal interpretó las normas patrias en el sentido de limitar los supuestos de aplicación del crimen de lesa majestad.

Así, para Antonio Gómez¹⁹² solamente incurre en delito de lesa majestad quien provoca la salida de la cárcel de un preso acusado de traición, aunque él sería partidario de aplicar esta solución, aunque el preso estuviere encarcelado por cualquier otro delito. Aclara que en este crimen se incurre únicamente cuando el preso estuviera encarcelado por los jueces del Emperador o del rey, y no de otro señor, ya fuera duque, marqués o conde. Además, señala que sería necesario que el reo liberado hubiera cometido delito que lo hiciera merecedor de la pena de muerte; en otro caso se aplicaría al liberador la misma pena que correspondería al reo encarcelado, en virtud de Part. 7.29.14.

¹⁹¹ DOU Y DE BASSOLS, R.L., *Instituciones del Derecho público general de España y particular noticia de Cataluña*, t. VIII, oficina de D. Benito Garcí Y Cia., Madrid, 1802, pp. 259-260.

¹⁹² GOMEZIO, *op. cit.*, pp. 462-463. defiende así que prevalezca la interpretación de la glosa y a la vez *communis opinio*, amparada además por el tenor literal de Part. 7.2.1.

Diego Pérez¹⁹³ estableció una distinción atendiendo a la causa por la que está preso el reo: a/ si se trataba de una deuda civil, el liberador queda obligado a pagar la deuda principal (con amparo en CI 10.19.3¹⁹⁴); b/ si se trataba de una causa criminal, entonces habría que distinguir si el preso ya está convicto, confeso y condenado, en cuyo caso el liberador incurre en crimen de lesa majestad. En caso contrario, solo se le castigará con la pena a la que sería castigado el delincuente liberado de las cárceles.

En cambio, Lorenzo Mateu y Sanz¹⁹⁵, debiendo actuar como juez en un caso de este tipo, consideró que liberar a un reo condenado, o a punto de serlo (como, por ejemplo, si es convicto, o confeso de un crimen capital), es propio únicamente del Príncipe, pues si bien la cuestión de hecho queda al arbitrio del que juzga, la pena se reserva a la autoridad de las leyes. Y puesto que solo el Príncipe está

¹⁹³ PÉREZ, D., *Ordenanzas Reales de Castilla, recopiladas y compuestas por el doctor Alonso Díaz de Montalvo, glosadas por el doctor Diego Pérez, y adicionadas por el mismo autor en los lugares que concuerdan con las Leyes de la Nueva Recopilacion*, t. I., Imprenta de Josef Doblado, Madrid, 1779, p. 322.

¹⁹⁴ CI. 10.19.3. *Imp. Constantius. Quotiens quis et privati debitor invenitur et fisci, et abreptus ab uno officio teneatur, ad universi debiti solutionem qui eum abstulit coartetur ac totius summae exactionem in se suscipiat, qui eundem avellendum subtrahendumque crediderit. CONSTANTIUS A. NEMESIANO COM. LARG. <A 345 D. IIII ID. MAI. NIZIBI AMANTIO ET ALBINO CONSS.>* En esta disposición, el emperador ordena que, si alguien es al mismo tiempo deudor tanto de un particular como del fisco, y, estando retenido por una oficina, es arrebatado de ella, quien lo haya sustraído será obligado al pago de toda la deuda y asumirá sobre sí la exacción de la suma entera:

¹⁹⁵ MATTHAEU ET SANZ, L., *Tractatus de re criminali; sive controversiarum usufrequentium in causis criminalibus*, Lugduni, 1686, Quaestio XVII, pp. 114 ss. Se opone el jurista valenciano a la postura de Godofredo, que limita la pena de la *lex iulia maiestatis* a la liberación de los detenidos por “este juicio” (el de lesa majestad), tachando esta interpretación como adivinatoria, como todas las que intentan corregir las leyes.

desligado de ellas, se sigue que solo él puede liberar al convicto, confeso o condenado.

Los hechos tuvieron lugar el 7 de agosto de 1662 con ocasión de un conflicto entre los vecinos de dos villas toledanas rivales: Escalona y Nombela. Durante una corrida de toros, Lucas Polo -de Nombela- apuñaló por la espalda y mató a Diego del Valle -de Escalona-. Polo fue capturado y encerrado en la prisión de Escalona. Al enterarse en Nombela, un grupo de más de doscientos hombres armados, liderados por Juan Ruiz, organizó un motín o asonada. Introdujeron como espías en la prisión a unos carniceros, emborracharon al carcelero, bloquearon las calles y asaltaron el edificio de madrugada. En el asalto liberaron al asesino, mutilaron gravemente a uno de los guardias cortándole la mano e hirieron a otros, llevándose al preso a su pueblo entre disparos de celebración.

Matheu y Sanz condenó a Juan Ruiz a morir en la horca, al entender que en el crimen de lesa majestad no solo incurre quien provoca una sedición contra la persona misma del príncipe, sino contra el estado o la patria. Esto es lo que hizo precisamente el acusado al haber usurpado una potestad – la de liberar a un reo confeso- que no le correspondía.

Además, el jurista refuerza su argumentación acudiendo al Derecho patrio. Interpreta que cuando los textos (Partidas, Fuero Real, Nueva Recopilación, etc.) previenen que quien libere por la fuerza a un encarcelado queda sujeto a la misma pena a la que estaba sujeto aquél, se refieren siempre al preso simplemente imputado de algún crimen, pero no al convicto, confeso o condenado. En estos

casos estaría sujeto a la pena de la *lex Iulia maiestatis*, según la glosa de Gregorio López a Part. 7.29.14. De todas formas, como el preso estaba acusado de un homicidio alevoso, al que la ley castiga con pena capital, el liberador se haría reo de pena capital y último suplicio también por ese motivo.

Por lo que se refiere al resto de los imputados en el caso, Matheu y Sanz condenó al cómplice que abrió la puerta a azotes y galeras, perdonando la vida al resto de los asaltantes. Con relación a estos últimos, aplicó el principio de que, cuando una turba comete un delito, no se puede ejecutar a cientos de personas. Para mantener el orden y causar miedo, la pena capital debe aplicarse exclusivamente a los líderes y estrategas ("que a todos llegue el miedo, pero a pocos la pena").

5. La codificación

5.1. Códigos penales históricos

5.1.1. Código penal de 1822

Se ha observado que nuestro primer Código Penal trata el quebrantamiento de condena con una sistemática confusa¹⁹⁶. Efectivamente, dentro del Título Preliminar, en los artículos 48 y siguientes se aborda el quebrantamiento de condenas distintas a la prisión (trabajos perpetuos, deportación, destierro perpetuo, extrañamiento, obras públicas, etc.). Se advierte, en el establecimiento de las penas, la aplicación del viejo principio de someter a una vigilancia más estrecha al quebrantador (como en Part. 7.29.13). Así,

¹⁹⁶ SAINZ GUERRA, *op. cit.*, p. 605.

por ejemplo, el artículo 48, condena al quebrantador de la pena de trabajos perpetuos, “a ser destinado a los de más riesgo y gravedad por espacio de cuatro meses a un año, sin más proceso ni diligencia que el reconocimiento de la persona, y con especial encargo de que se vigile más estrecha y severamente su conducta”.

El quebrantamiento de penas de prisión, el allanamiento de cárceles o la infidelidad en la custodia de presos se ubica en otro lugar del Código, dentro del libro I, título III (“De los delitos contra la seguridad interior del estado y contra la tranquilidad y orden público”), concretamente en el capítulo 8, que llevaba por rúbrica: “De los que allanan cárceles o establecimientos públicos de corrección o castigo para dar libertad o maltratar a los detenidos y presos: de los alcaides o encargados responsables de la fuga; y de los que cooperan o auxilian a ella”.

En este capítulo se sancionan por separado el asalto a cárceles por parte de extraños (artículos 350-352¹⁹⁷); la infidelidad o negligencia en

¹⁹⁷ Art. 350. Los que escalaren, asaltaren, allanaren con violencia alguna cárcel, fortaleza, casa de reclusión, corrección ó castigo, o cualquier otro establecimiento público en que existan personas presas, detenidas o condenadas por autoridad competente, con el objeto de dar ó facilitar la libertad a alguna o algunas de ellas, o de asesinarlas o herirlas, sufrirán la pena de uno a diez años de reclusión, aunque no se verifique la fuga, asesinato ni herida de ningún preso, detenido o sentenciado. Si se verificare, será la pena de igual tiempo de obras públicas, sin perjuicio de otra mayor que merezca la herida o asesinato.

Art. 351. Las propias penas se impondrán en los casos respectivos a los que con igual violencia y objeto asaltaren los ministros de justicia o acometieren a otros encargados que conduzcan algún preso.

Art. 352. Si alguno de los delitos expresados en los dos artículos precedentes fuere cometido por una cuadrilla ó reunión tumultuaria, que llegando a cuatro personas no pasen de cuarenta, se aplicarán las penas prescritas en los artículos 339 y 349.

la custodia del preso por parte de los guardias (artículos 353 -para la modalidad dolosa- y 354 -para la imprudente-¹⁹⁸) y el quebrantamiento de condena por el preso (357). Además, el artículo 355 tipificaba la facilitación de la fuga por cualquier persona por medio de fraude, artificio, soborno o cohecho (existiendo una agravante para los funcionarios públicos).

De la tipificación del autoquebrantamiento de condena se ocupa el artículo 357:

Art. 357 CP 1822. El reo sentenciado que antes de cumplir su condena se fugare, será castigado con arreglo al capítulo tercero del título preliminar. Si se fugare antes de la sentencia final, no siendo para presentarse á superior competente, tendrá por esto contra sí una circunstancia agravante del delito que hubiere cometido, y de cualquiera otro que cometiere despues de su fuga: pero si hubiere ejecutado esta con escalamiento del edificio en que estuviere preso, ó con fractura de alguna de sus

¹⁹⁸ Art. 353. Los alcaides, guardas o encargados de la custodia de los presos, detenidos o sentenciados, que a sabiendas tolerasen alguno de dichos delitos, diesen lugar a ellos, o disimularen la introducción de armas o instrumentos para que se cometan, sufrirán la pena de dos a veinte años de obras públicas. Igual pena sufrirán si de cualquier otro modo, aunque no intervenga escalamiento ni violencia, facilitaren, ayudaren o permitieren a sabiendas la fuga de algún preso, detenido o sentenciado, puesto bajo su custodia. Si mediare soborno o cohecho, se les impondrá además en ambos casos la pena de infamia, y la de inhabilitación perpetua para obtener cargo alguno público.

Art. 354. Los alcaides y demás personas comprendidas en el artículo precedente, que por descuido, negligencia u otra culpa, diesen lugar a la evasión o fuga de algún preso, detenido o sentenciado, puesto bajo su custodia, serán privados de empleo, y sufrirán una prisión o reclusión de cuatro meses a cuatro años.

puertas, ó con violencia contra alguna persona, sufrirá además en todos los casos la pena de uno a seis meses de prisión ó reclusión, sin perjuicio del castigo que merezca por la violencia que hubiere cometido contra las personas.

Merecen ser destacados los siguientes aspectos de este artículo:

1º) La distinción entre la evasión efectuada antes de la sentencia, en cuyo caso, la fuga se considerará circunstancia agravante del delito cometido, y la llevada a cabo antes del cumplimiento de la condena, correspondiendo entonces un castigo conforme al capítulo 3º del título preliminar¹⁹⁹.

Si la fuga se ha cometido con escalamiento, fractura de puertas o violencia contra las personas, le corresponderá adicionalmente la pena de uno a seis meses de prisión o reclusión, con independencia de la pena correspondiente a la violencia cometida.

2) El casuismo²⁰⁰ a la hora de describir la evasión de la cárcel con fuerza en las cosas.

3) Se recoge una exención de responsabilidad que habían ido sentando los doctores a lo largo de la tradición romanística: cuando el reo huyera para presentarse a superior competente.

¹⁹⁹ Algunos de los artículos de dicho capítulo establecen recargos en la pena o prescriben recargos en la pena para quienes intenten su fuga (por ejemplo, artículos 58, 61 o 77).

²⁰⁰ Y en general, en la regulación de todo el capítulo (en igual sentido, SAINZ GUERRA, *op. cit.*, p. 606; SUÁREZ LÓPEZ, J.M., *El delito de autoquebrantamiento de condena en el Código Penal Español*, Comares, Granada, 2000, p. 17; MAPELLI CAFFARENA, B. «Quebrantamiento de condena y evasión de presos», *Revista de estudios penitenciarios*, 244, 1991, p. 11).

De acuerdo con el artículo 356, la graduación de los delitos y aplicación de las penas comprendidas en el capítulo se hará con proporción al número y circunstancias de los presos que se fugaban; se continúa así con la línea iniciada en el rescripto de Adriano del que da noticia Calístrato en D.48.3.12.pr. (Call. 5 *de cogn.*) y la tradición de las Part.7.29.13, que como se recordará, distinguía entre si se fugaban todos o la mayor parte de los presos o solo algunos de ellos.

5.1.2. Códigos penales de 1848 y 1850

Ambos códigos contemplan los quebrantamientos de las sentencias dentro del capítulo V (“De las penas en que incurren los que quebrantan las sentencias”) del Título III del Libro I (“De las penas”). En sus respectivos artículos 124²⁰¹, establecen un sistema de

²⁰¹ Art. 124. Los sentenciados que quebranten su condena, serán castigados con las penas que respectivamente se designan en las reglas siguientes:

1ª. El sentenciado a cadena perpetua cumplirá esta condena, haciéndole sufrir las mayores privaciones que autoricen los reglamentos, y destinándole a los trabajos más penosos.

2ª. El sentenciado a reclusión perpetua, cumplirá su condena llevando una cadena de seguridad por el tiempo de dos a seis años.

3ª. El relegado perpetuamente será condenado a reclusión perpetua, la cual cumplirá en el mismo punto de relegación.

4ª. El extrañado perpetuamente del reino será condenado a relegación perpetua.

5ª. El sentenciado a cadena o reclusión temporales, presidio, prisión o arresto, sufrirá un recargo de la misma pena por el tiempo de la sexta a la cuarta parte de la duración de su primitiva condena.

6ª. Los sentenciados a extrañamiento o relegación temporales, serán condenados a prisión correccional, y cumplida esta condena, extinguirán la anterior. Los relegados sufrirán la prisión en el punto de la relegación.

7ª. Los sentenciados a confinamiento mayor o menor serán condenados a prisión correccional, imponiéndose a los primeros del grado medio al máximo, y a los segundos del mínimo al medio; y cumplidas estas condenas, extinguirán la de confinamiento.

8ª. El desterrado será condenado a confinamiento por el tiempo del destierro.

9ª. El inhabilitado para cargo, derechos políticos, profesión u oficio, que los

recargos en las penas que variaba en función de la condena inicialmente establecida en cada caso²⁰². A diferencia del CP de 1822 y del Derecho histórico, no se hace referencia a la forma en la que se haya producido el quebrantamiento de la sentencia, aunque hay que tener presente que en estos Códigos existía una agravante genérica de fractura o escalamiento de lugar cerrado (art. 10.21).

Hay que destacar que en los Comentarios al Código penal de 1848 se sucedieron voces que proclamaron que los quebrantamientos de sentencia o las fugas de la cárcel no debían ser castigados, pues lo que reflejaban, en realidad, era un mal funcionamiento del sistema penitenciario, siendo ilegítimo castigar el natural impulso de libertad del hombre²⁰³.

obtuviere o ejerciere, cuando el hecho no constituya un delito especial, será condenado al arresto mayor y multa de 20 a 200 duros.

10ª. El suspenso de cargo, derechos políticos, profesión u oficio, que los obtuviere o ejerciere, cuando el hecho no constituya un delito especial, será condenado al arresto mayor y multa de 20 a 200 duros.

11ª. El sometido a la vigilancia de la Autoridad que faltare a las reglas que debe observar, será condenado al arresto mayor.

²⁰² SUÁREZ LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 28-2 recoge el debate doctrinal producido en torno al problema de si en este Código se contempla un nuevo delito o se trata de un mero castigo, más propio de una regla de ejecución que de un autoquebrantamiento delictivo, lo que provoca la dificultad de determinar la autoridad competente para la imposición de estos castigos, si la judicial o los jefes de los establecimientos; destacando la opinión de PACHECO, para quien solo las reglas 9ª y 10ª darían lugar a la apertura de nuevas causas.

²⁰³ Así se expresaban VIZMANOS, T.M.- ALVAREZ MARTINEZ, C., *Comentarios al nuevo Código Penal*, t. I, Madrid, 1848, p. 384: "Si pues la sociedad puede emplear para la custodia del penado cuantos medios sean compatibles con la humanidad, no necesita de una sanción penal para impedir las evasiones, y estas deberán considerarse más que como delitos, como prueba de las malas condiciones de seguridad del establecimiento penal, y de la falta de vigilancia de sus guardianes".

De este modo, observaba Gutiérrez²⁰⁴ que “en lo tocante a la fuga o evasión de la cárcel hemos advertido en algunos autores una grande contrariedad. Hay quien la ponga entre los crímenes de lesa majestad y quien no la tenga ni aun por leve delito”. Ejemplo de esta última línea de pensamiento es Pacheco²⁰⁵, al que se citaba al comienzo de estas páginas, junto con la réplica formulada por el propio Gutiérrez²⁰⁶. E incluso llegó a ponerse en duda la eficacia de la sanción penal de estas conductas²⁰⁷:

“Las cadenas, las rejas, las puertas y centinelas del establecimiento penal o casa de corrección es lo que evita la evasión de los penados, no el amenazarles con grandes penas: quítense aquellas, y se verá que estas son insuficientes, porque la esperanza de la libertad próxima vencerá el temor de la pena menos próxima”

Por lo que se refiere a la infidelidad en la custodia, los artículos 269 del CP de 1848 y 276 del de 1850 (lo mismo que el 373 del CP de 1870) establecen un sistema de determinación de las penas que toma como punto de partida las que inicialmente correspondían a los presos evadidos, para luego rebajarlas en dos o tres grados. Asimismo, se tiene en cuenta el hecho de que sobre el preso fugado hubiere recaído o no ejecutoria²⁰⁸:

²⁰⁴ GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 152.

²⁰⁵ PACHECO, *op. cit.*, p. 289.

²⁰⁶ GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 153.

²⁰⁷ VIZMANOS, T.M.- ALVAREZ MARTINEZ, *op. cit.*, p. 384.

²⁰⁸ Se establece las penas inferiores en grado a las señaladas por estos artículos para el particular encargado de la conducción o custodia de un preso o detenido que cometiera alguno de estos delitos (artículos 270 CP de 1848, 277

Artículo 269. “El Empleado público culpable de connivencia en la evasión de un preso cuya conducción o custodia le es tuviere confiada, será castigado:

1º. En el caso de que el fugitivo se hallare condenado por ejecutoria en alguna pena, con la inferior en dos grados y la de inhabilitación perpetua especial.

2º. En la pena inferior en tres grados a la señalada por la ley al delito por el cual se halle procesado el fugitivo, si no se le hubiere condenado por ejecutoria, y en la de inhabilitación especial temporal”.

El artículo 270 establece una penalidad menor para el particular que, encargado de la conducción o custodia de un preso o detenido, cometiere alguno de estos delitos²⁰⁹.

Con relación a la soltura de presos, los artículos 190 CP de 1848 y 204 del CP de 1850 establecen las penas en función de la impuesta a la persona a la que se proporciona la evasión y a los medios empleados en la comisión del delito, disponiendo que:

“Los que extrajeren de las cárceles o establecimientos penales a alguna persona detenida en ellos, o le proporcionaren la evasión, serán castigados con las mismas penas señaladas en el art. 269 según el caso respectivo, si emplearen la violencia o el soborno, y con

del CP de 1850 y 374 CP de 1870).

²⁰⁹ Aspecto este que fue favorablemente acogido por la doctrina, como subraya SUÁREZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 32. *Vid.*, por ejemplo, VIZMANOS Y ÁLVAREZ MARTINEZ, *op. cit.*, p. 248.

pena inferior en grado, si se se valieren de otros medios. Si la extracción o evasión de los detenidos se verificare fuera de dichos establecimientos, violentando o sorprendiendo a los encargados de conducirlos, se aplicarán las mismas penas en su grado mínimo”.

5.1.3. Código penal de 1870

El CP de 1870 sigue la misma sistemática que los anteriores, aunque las penas que establece son más leves, fruto de la influencia de las corrientes que exaltaban el natural impulso de libertad del hombre.

Con relación al autoquebrantamiento, el artículo 129²¹⁰ sigue empleando la técnica de anteriores códigos de imponer un recargo a

²¹⁰ Art. 129 CP. 1870 Los sentenciados que quebranten su condena serán castigados con las penas que respectivamente se designan en las reglas siguientes: 1.^a El sentenciado a cadena perpetua cumplir esta condena haciéndole sufrir las mayores privaciones que autoricen los reglamentos y destinándole a los trabajos más penosos. 2.^a El sentenciado a reclusión perpetua cumplirá su condena llevando una cadena de seguridad por el tiempo de 2 a 6 años. 3.^a El renegado perpetuamente será condenado a reclusión perpetua la cual cumplirá en el mismo punto de la relegación. 4.^a El extrañado perpetuamente del reino será condenado a relegación perpetua 5.^a El sentenciado a cadena o reclusión temporales, presidio, prisión o arresto sufrirá un recargo de la misma pena por el tiempo de la sexta a la cuarta parte de la duración de su primitiva condena. 6.^a Los sentenciados a extrañamiento relación temporales serán condenados a prisión correccional y cumplida esta condena extinguirán la anterior. Los renegados sufrirán la prisión en el punto de la relegación. 7.^a Los sentenciados a confinamiento mayor o menor serán condenados a prisión correccional imponiéndose a los primeros del grado medio al máximo ya lo segundo es el mínimo al medio y cumplidas estas condenas extinguirán la de confinamiento. 8.^a El desterrado será condenado a confinamiento por el tiempo del destierro. 9.^a El inhabilitado para cargo derechos políticos profesión u oficio que los obtuviera o ejerciere cuando el hecho no constituye un delito especial será condenado a arresto mayor y multa de 20 a 200 duros. 10.^a El suspenso de cargos derechos políticos

la pena inicial, aunque dichos recargos son menores que en los CP de 1848 y 1850. Ahora bien, el artículo siguiente establece una distinción fundamental según las formas de comisión del delito, de manera que si no se han empleado medios violentos ni ha existido acuerdo para la fuga entre los penados no se aplicarán tales agravaciones, sino tan solo una cuarta parte de la pena respectivamente señalada en el artículo 129²¹¹.

Art. 130 CP. 1870. “Las agravaciones prescritas en el artículo anterior, respecto a los que sufran privación de libertad, no se aplicarán a los que se fugaren de los establecimientos penales o de sus destacamentos, sin violencia, intimidación, ni resistencia, sin fractura de puertas o ventanas, paredes, techos o suelos, sin usar ganzúas o llaves falsas, sin escalamiento y sin ponerse de

profesión u oficio que los ejerciere sufrirá un recargo por igual tiempo al de su primitiva condena y una multa de 10 a 100 duros, 11^a. El sometido a la vigilancia de la autoridad que faltaren a las reglas que debe observar será condenado al arresto mayor.

²¹¹ Ello es concorde, observa SAINZ GUERRA, *op. cit.*, p. 606 con el principio de que es connatural al hombre la idea de libertad, según los principios proclamados por la Constitución de 1869. AZCUTIA, M., *La ley penal: estudios prácticos sobre la interpretación, inteligencia y aplicación del Código de 1870 en su relación con los de 1848 y 1850, con nuestras antiguas leyes patrias y con las principales legislaciones extranjeras*, Madrid, 1876, p. 450 ss., critica la tipificación del quebrantamiento como delito en el CP de 1870, mostrándose partidario de consignarlo únicamente dentro de las normas para el régimen interior de los establecimientos penales. Considera este autor que el quebrantamiento de sentencia obedece a los instintos más fuertes de la naturaleza, el de recobrar la libertad natural, que compara al de un mendigo hambriento al que se coloque frente a una mesa cubierta de succulentos manjares, dándole, si no absoluta libertad de actuación, posibilidad al menos para que en un momento dado pueda alargar la mano y comerlos, no sin haberle prevenido antes que, si a comerlos llega, habrá de ser serveramente castigado. Concluye que en tal situación habrá muy pocos, quizá ninguno, que por temor a la pena se contengan.

acuerdo con otros penados o dependientes del establecimiento. El quebrantamiento de la sentencia, cuando no concurrían una o más de estas circunstancias, será corregido con la cuarta parte de la pena respectivamente señalada en el artículo 129”.

Puede observarse una correlación muy estrecha entre las modalidades de comisión del delito de robo con fuerza en las cosas con las modalidades de ejecución de este tipo agravado de quebrantamiento de condena (aparecen todas las modalidades del 694, salvo la fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados).

Como ya se indicó, con relación a la infidelidad en la custodia, los artículos 373 y 374 reproducen lo señalado en los CP de 1848 y 1850, sustituyéndose el término “empleado público” como sujeto activo del artículo 269 de los anteriores códigos por el más restringido de “funcionario”.

Finalmente, por lo que se refiere a la sustracción de presos, las conductas tipificadas en el artículo 274 del CP de 1870 reproducen las de los anteriores códigos, pero a diferencia de ellos, se impone una sanción fija, de modo que las penas ya no dependen de las inicialmente señaladas a los presos, variando únicamente en función de los medios empleados y del lugar de la evasión²¹².

²¹² Artículo 274. “Los que extrajeran de las cárceles o establecimientos penales a alguna persona detenida en ellos, o le proporcionaren la evasión, serán castigados con la pena de arresto mayor en su grado máximo a prisión correccional en su grado mínimo, si emplearen la violencia o el soborno, y con pena de arresto mayor, si se valieren de otros medios. Si la evasión del detenido verificare fuera de dichos establecimientos, sorprendiendo a los

5.1.4. Código penal de 1928

A partir del Código de 1928 los delitos de quebrantamiento de condena se ubican sistemáticamente en un capítulo específico dentro del título dedicado a los “Delitos contra la administración de justicia”, quedando así perfectamente definido en Derecho positivo cuál es el bien jurídico protegido. De este modo, en el artículo 499 se dispone:

Art. 499. “El detenido o preso que se evadiere de la prisión o lugar de detención será castigado con la pena de dos meses y un día a un año de prisión.

El condenado a pena de privación o libertad que fugándose del establecimiento penal quebrantare la condena que le fue impuesta, incurrirá en un aumento de duración de la pena quebrantada, que no podrá ser inferior a tres meses ni exceder de la tercera parte del tiempo por que le hubiere sido impuesto aquella.

Cuando la evasión tuviere lugar sin violencia, intimidación ni resistencia, sin fractura de puertas o ventanas, paredes, techos o suelos, sin usar ganzúas o llaves falsas, sin escalamiento y sin ponerse de acuerdo con otros penados o dependientes del establecimiento, no podrá exceder el recargo de la quinta parte del tiempo de duración de la pena ni ser inferior a dos meses y un día”.

encargados de conducirlos, se aplicarán las mismas penas en su grado mínimo”.

La técnica del legislador de 1928 consistía, por tanto, en el establecimiento de un tipo básico –que presupone la violencia, intimidación, resistencia, fractura de puertas o ventanas, etc.- y, a continuación, un tipo atenuado caracterizado por la ausencia de tales circunstancias²¹³.

Por lo que se refiere a la infidelidad en la custodia de presos cometida por funcionarios, el artículo 426 de este CP de 1928 prescinde en la determinación de la pena de la correspondiente al delito por el que se encontraba encarcelado el evadido, imponiéndose una sanción fija²¹⁴, y distinguiendo –como en códigos anteriores– entre los supuestos en los que el preso esté condenado por ejecutoria (correspondiendo entonces la pena de seis meses a diez años de prisión e inhabilitación especial de cuatro años a veinte) y los que no (oscilando entonces la pena entre cuatro meses y dos años, con inhabilitación especial de dos años a seis). Esta misma técnica se aplicará por los artículos 367 del CP de 1932 y 362 del CP de 1944, si bien las penas resultarán modificadas. Por otro lado, la pena se reduce para quienes, no siendo funcionarios públicos, se encuentran encargados de la conducción o custodia de los presos.

²¹³ Los artículos siguientes (500-512) contemplan supuestos específicos, como la evasión durante la conducción o custodia. También se señalan las penas específicas correspondientes a los quebrantamientos de las penas de deportación, confinamiento, destierro, inhabilitación, arresto, expulsión, medidas de seguridad, privación para el ejercicio de la patria potestad o la suspensión de cargo, empleo, profesión u oficio, disolución de entidad o persona jurídica o mediante simulación de enfermedad mental.

²¹⁴ Como observa SUÁREZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 53, esta es la principal innovación del CP de 1928 en la regulación de la infidelidad en la custodia.

Es interesante destacar que en el tipo agravado por razón de los medios empleados (art. 428), se efectúa una considerable ampliación, al incluir no solo la violencia o fractura, sino también la falsedad en algún documento o la simulación de orden legítima. Por último, el artículo 429 extiende las disposiciones de este capítulo a los encargados de la custodia o conducción de detenidos o presos sometidos a medidas de seguridad.

Este Código se muestra particularmente casuístico en materia de extracción de presos, distinguiendo entre extracción de detenidos o presos de los locales de detención o prisiones preventivas (art. 494); de condenados a pena de privación de libertad de establecimientos penales (art. 495); de reclusos en establecimientos destinados a la ejecución de medidas de seguridad (art. 496) y de detenidos, presos y condenados evadidos fuera de los lugares mencionados en los preceptos precedente (art. 497).

5.1.5. Código Penal de 1932

El Código Penal de 1932 aplicará la técnica inversa al precedente con relación al autoquebrantamiento, señalando un tipo básico- solo si la sentencia quebrantada lo fuere de pena grave-, que lleva aparejada pena de arresto mayor sin poder exceder de la cuarta parte de la pena impuesta, en el artículo 341, y un tipo agravado en el 342, para los casos en que el quebrantamiento hubiera tenido lugar mediante violencia o intimidación en las personas, fuerza en las cosas o poniéndose de acuerdo con otros penados o con dependientes del establecimiento. Desaparece así el casuismo en la especificación de las

modalidades de ejecución de los códigos anteriores. En estos casos, la pena se eleva a arresto mayor en grado máximo a prisión menor en grado medio, con el límite de la tercera parte del tiempo de duración de la pena quebrantada.

La regulación de la extracción de presos se encuentra simplificada respecto al anterior código. Así, el artículo 343 distingue únicamente entre la extracción de cárceles o establecimientos penales - correspondiendo la pena de arresto mayor en grado máximo a prisión menor en grado mínimo si se emplearon violencia, intimidación o soborno, y con arresto mayor en caso contrario-, y la verificada fuera de dichos establecimientos, supuesto en que se aplicarán las mismas penas en su grado mínimo.

5.1.6. Código Penal de 1944 y Texto refundido de 1973.

En el Código Penal de 1944 se continúa el mismo sistema que su precedente, si bien desaparecen los topes máximos relativos relacionados con la pena impuesta por el delito cometido:

Art. 334 “Los sentenciados o presos que quebrantaren su condena, prisión, conducción o custodia, serán castigados con la pena de arresto mayor”.

Art. 335. “Cuando el delito previsto en el artículo anterior hubiere tenido lugar con violencia o intimidación en las personas, fuerza en las cosas o poniéndose de acuerdo con otros reclusos o con dependientes de la prisión o encargados de la custodia, la pena será de prisión menor”.

La única novedad que presenta el Texto refundido de 1973 en estos artículos es la adición de un segundo párrafo al artículo 334, donde se señala que en la misma pena incurrirán los que quebrantaren la condena de privación del permiso de conducción.

De la infidelidad en la custodia se ocupan los artículos 362 y 363, con la habitual distinción entre el funcionario público y el particular encargado de su conducción o custodia²¹⁵.

Por último, el artículo 336 tipifica la extracción de presos, estableciendo distintas penas según haya mediado o no violencia, intimidación o soborno y atendiendo también a si la fuga se ha producido dentro o fuera de los establecimientos penitenciarios, con ocasión de un traslado²¹⁶.

5.2. Código Penal de 1995

²¹⁵ Art. 362. El funcionario público culpable de connivencia en la evasión de un sentenciado, preso o detenido cuya conducción o custodia le estuviere confiada, será castigado: 1.º En el caso de que el fugitivo se hallare condenado por ejecutoria con alguna pena, con la de prisión menor inhabilitación especial. 2.º En los demás casos, con la pena de arresto mayor e inhabilitación especial.

Art. 363. El particular que, hallándose encargado de la conducción o custodia de un preso o detenido, cometiere alguno de los delitos expresados en el artículo precedente, será castigado con la pena de arresto mayor.

²¹⁶ Art. 336. Los que extrajeren de las cárceles o de los Establecimientos penales a alguna persona reclusa en ellos, o le proporcionaren la evasión, serán castigados con la pena de prisión menor, si emplearen al efecto la violencia o intimidación o el soborno, y con la pena de arresto mayor si se valieren de otros medios. Si la evasión se verificare fuera de dichos Establecimientos, sorprendiendo a los encargados de la conducción, se aplicarán las mismas penas en su grado mínimo.

Hoy en día siguen produciéndose fugas de los establecimientos penitenciarios, tal y como se destacaba al inicio de estas páginas. Pero, además, las posibilidades de quebrantamiento de condena se extienden actualmente mucho más allá de las modalidades “clásicas” de evasión de la cárcel, dada la variedad de penas, medidas de seguridad y medidas cautelares presentes en nuestro Código Penal.

Efectivamente, puede hablarse de quebrantamiento en relación con una gran variedad de conductas: conducir un vehículo de motor -si es que el sujeto se ha visto privado de su permiso de conducir-; incumplir una orden de no aproximación o no comunicación con la víctima; vulnerar la prohibición de no residir en determinados lugares; no volver a prisión después del plazo concedido para el permiso; manipular los dispositivos técnicos que facilitan el control del cumplimiento de la pena o medida de seguridad (esto es, los famosos brazaletes o pulseras), no realizar los trabajos en beneficio de la comunidad, etc.

Se ha observado que con ello desaparecen los argumentos contrarios a la criminalización de estas conductas; en ese sentido, se ha señalado que tal incriminación “es el precio razonable que conlleva la irrupción de mayores esferas de libertad en el cumplimiento de las penas, con la consiguiente mayor vulnerabilidad de las resoluciones judiciales”²¹⁷. Estas palabras recuerdan en buena

²¹⁷ GARCÍA ALBERO, R., «Del quebrantamiento de condena», en *Comentarios al Código Penal Español*, Quintero Olivares (dir.), 7ª ed., t. II, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 1544. En igual sentido CANCIO MELIÁ, «Del quebrantamiento de condena», en *Comentarios al Código Penal*, Cuerda Arnau (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, p. 2865.

medida el razonamiento de Dou y Bassols²¹⁸ cuando justificaba la pena de encarcelamiento que establecían las Partidas para el quebrantador de la pena de destierro al volver a entrar en su país, por haber abusado de la confianza que le dejaba la sociedad.

El CP de 1995 tipifica estas conductas en el capítulo VIII del título XX del libro II, dentro de los delitos contra la Administración de Justicia, bajo la rúbrica “Del quebrantamiento de condena”, expresión que ha sido objeto de críticas, por no abarcar todas las conductas criminales allí tipificadas²¹⁹. Por otro lado, quedan fuera del título otros quebrantamientos de condena, como el de la pena de localización permanente (37.3 CP) o la de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 49 CP), preceptos ambos que se remiten al 468 CP. Como veremos, este conjunto normativo plantea multitud de interrogantes, al igual que ha sucedido a lo largo de toda la historia a propósito de estas conductas criminales.

5.2.1- *Quebrantamiento de condena o de medida cautelar, de seguridad, etc.*

El denominado “autoquebrantamiento” aparece tipificado en los arts. 468 y 469 CP. El legislador establece, en primer lugar, un tipo básico en el artículo 468.1:

Art. 468.1. “Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con

²¹⁸ Vid. supra, apdo. 4.2.

²¹⁹ CANCIO MELIÁ, *op. cit.*, p. 2864; GARCÍA ALBERO, *op. cit.*, p. 1551.

la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos”.

Con relación al anterior al artículo 334 del CP anterior, se ha realizado una evidente ampliación del tipo penal, y ello en el doble sentido de eliminar la expresión "el sentenciado o preso" que servía para definir el sujeto activo en esos delitos y de ampliar el número de situaciones que permiten la comisión de estos hechos delictivos, agregando a las del anterior art. 334 las medidas de seguridad y las cautelares²²⁰.

De este modo, las conductas contempladas en este tipo básico son:

- 1) *Quebrantar una condena*, ya sea privativa de libertad (arts. 35 y ss. CP) o de derechos (arts. 39 y ss. CP): privación del derecho de uso de un vehículo a motor, del derecho a la tenencia de armas, a residir en un determinado lugar, etc.²²¹ La doctrina es unánime al excluir las condenas recaídas en un orden jurisdiccional no penal²²².
- 2) *Quebrantar una medida de seguridad* -recogidas en el art. 100 CP²²³.

²²⁰ STS, Sala 2ª, de lo Penal, 22 de abril de 1999, F.J. 3º.

²²¹ Con respecto a la pena de multa, considera la doctrina que cuando lleve aparejada responsabilidad penal subsidiaria del artículo 53, se excluye la aplicación de este tipo. Cuando se trate de una pena sustitutiva, la consecuencia será la ejecución de la pena sustitutiva, por lo que tampoco se aplicará la figura del quebrantamiento de condena. Así ocurrirá también en los casos de quebrantamiento de una pena de trabajos en beneficio de la comunidad del artículo 49 CP cuando no esté establecida con el carácter de pena principal (en este sentido *vid.* SUÁREZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 308 ss; CANCIÓ MELIÀ, *op. cit.*, p. 2866; SANTANA VEGA, *op. cit.*, p. 1949)

²²² ROVIRA TORRES, O., *El quebrantamiento de condena*, Bosch, Barcelona, 2005, p. 7; SANTANA VEGA, *op. cit.*, p. 1950; SUÁREZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 289 y ss. y los autores allí citados.

²²³ A juicio de CANCIÓ MELIÀ, *op. cit.*, p. 2867, parece que solo procederá cuando la medida quebrantada sea la de internamiento, pues en el caso de otras

- 3) *Quebrantar la prisión provisional*. En este sentido, el TS ha declarado que la libertad provisional se incluye en la ejecución de la pena, por lo que el incumplimiento de la obligación impuesta en la ejecución integra la tipicidad en el delito de quebrantamiento²²⁴, lo mismo ocurre cuando el preso no se reintegra a prisión tras un permiso penitenciario.²²⁵ Doctrina y jurisprudencia entienden que el apartado se refiere a la prisión acordada judicialmente, excluyendo la detención administrativo-policial²²⁶.
- 4) *Quebrantar una medida cautelar* (por ejemplo, privación provisional del uso del permiso de conducción, obligación de comparecer, medidas de alejamiento...)
- 5) *Quebrantar la conducción o custodia*. Como explica la doctrina, se trata de situaciones dependientes de la privación de libertad en las que el sujeto se encuentra de modo accidental fuera del lugar destinado a reclusión. Precisamente este es el momento en el que en la actualidad se producen el mayor número de fugas.

En la delimitación de la conducta típica, la jurisprudencia ha precisado que no es necesario requerimiento previo de cumplimiento de la pena o medida de seguridad y de las consecuencias de no respetarla²²⁷. En el caso de la pena a trabajos en beneficio de la comunidad, el TS establece que el cumplimiento de la pena se

medidas, el art. 100.2 no parece dar pie a la aplicación del 468 CP, sino solo a la sustitución de la medida incumplida por el internamiento.

²²⁴ STS, Sala 2ª, de lo Penal, Sección Pleno, 561/2020 de 29 de octubre RJ\2020\421.

²²⁵ STS, Sala 2ª, de lo Penal, 50/2020 de 14 de febrero, RJ\2020\368.

²²⁶ CANCIO MELIA, *op.cit.*, p. 2867.

²²⁷ STS, Sala 2ª, de lo Penal, Sección Pleno, 567/2020 de 30 de octubre, RJ\2020\4251.

considera iniciado cuando el penado acude a los servicios de gestión y acepta el plan de actuación. De este modo, la mera incomparecencia a la primera cita para elaborar el plan no constituye quebrantamiento, sino que puede ser una incomparecencia injustificada que derive en medidas de detención o, eventualmente, desobediencia. El quebrantamiento se produce cuando el penado, una vez conocido y aceptado el plan con su fecha de inicio, se ausenta voluntariamente de los trabajos durante al menos dos jornadas laborales (art. 49. 6.^a CP) o manifiesta un rechazo claro al cumplimiento tras la aprobación del plan²²⁸.

El apartado segundo del 468, introducido por LO 5/2010 de 22 de junio establece un tipo cualificado específico basado en la relación del sujeto activo con las personas ofendidas:

“Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada”

Nuestros tribunales se han encargado de precisar las conductas que quedan comprendidas en este tipo del 468.2. Así, se ha entendido que constituye quebrantamiento escribir mensajes dirigidos a la

²²⁸ STS, Sala 2^a, de lo Penal, Sección Pleno, 65/2026, de 2 de febrero, JUR\2026\15555.

expareja a través de redes sociales, a sabiendas de que también ella estaba unida a dicha red social²²⁹; realizar llamadas perdidas a víctimas de violencia de género si el agresor tiene prohibición de comunicarse con ellas²³⁰ o enviar mensajes a través de amigas de la expareja²³¹. En el caso de encuentros casuales, es el destinatario de la prohibición de acercamiento el que tiene la obligación de alejarse de la víctima²³².

La Ley de 31 de marzo de 2015 introdujo en el artículo 468 un tercer párrafo. La Exposición de Motivos justificaba la reforma “por las dificultades de calificación penal de ciertas conductas del imputado o penado tendentes a hacer ineficaces los dispositivos telemáticos para controlar las medidas cautelares y las penas de alejamiento en materia de violencia de género, problemática a las que ya aludía la Circular 6/2011, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer.” Con la tipificación expresa de estas conductas dentro de los delitos de quebrantamiento se pretendía evitar la impunidad de actos tendentes a alterar o impedir el correcto funcionamiento de dichos dispositivos:

3. “Los que inutilicen o perturben el funcionamiento normal de los dispositivos técnicos que hubieran sido dispuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares, no los lleven

²²⁹ STS, Sala 2ª de lo Penal, Sección Pleno 553/2022 de 2 de junio, RJ\2022\3030.

²³⁰ STS, Sala 2ª de lo Penal, 650/2019 de 20 de diciembre, RJ\2019\5360.

²³¹ STS Sala 2ª, de lo Penal, 1035/2025 de 17 de diciembre, JUR\2025\429250.

²³² STS, Sala 2ª, de lo Penal, 61/2010 de 28 de enero, RJ\2010\3010.

consigo u omitan las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento, serán castigados con una pena de multa de seis a doce meses”.

Como aspectos técnicos de la reforma se ha criticado, en primer lugar, la ubicación sistemática de estas conductas fuera de los delitos de desobediencia, penados con sanciones más graves²³³, así como la falta de concreción normativa de algunas de las conductas previstas en el 468.3 CP²³⁴, especialmente la “perturbación del funcionamiento normal” y la “omisión de las medidas exigibles”. En este sentido, los tribunales se han visto obligados a determinar, por ejemplo, la manera de realizar la medición o los lugares que hay que tomar como referencia²³⁵. También se han destacado los problemas prácticos que genera la colocación de los dispositivos conocidos como pulseras²³⁶.

En cuanto a los elementos de estos tipos delictivos -aparte de las conductas típicas ya descritas-, hay que tener en cuenta lo siguiente:

1/Serán *sujetos activos* de estos delitos quienes legalmente estén obligados a cumplir las penas, medidas de seguridad o cautelares impuestas en un procedimiento penal.

²³³ ABEL SOUTO, M. «Inutilización de dispositivos de control de cumplimiento de penas y medidas», en *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, 2ª ed., González Cussac (dir.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1189; CANCIO MELIÁ, *op. cit.* p. 2868; PALOMO DEL RÍO, *op. cit.*, p. 578.

²³⁴ En este sentido *vid.* SAP de Madrid, Sección 30ª, 444/2017 de 12 de julio, JUR\2017\233842.

²³⁵ GARCÍA MUÑOZ, I.E., «El delito de quebrantamiento de condena en el marco de la violencia de género: análisis jurídico y jurisprudencial del artículo 468.2 del Código Penal en relación a la prohibición de aproximación», *Revista Claves jurídicas*, 1, 2026, pp.72-73.

²³⁶ ORTIZ VIGIL, *op. cit.*, p. 33-34.

2/ El *bien jurídico protegido* es el buen funcionamiento de la Administración de Justicia. Por ello, existirá quebrantamiento, aunque el sujeto activo sea posteriormente declarado inocente del delito que se le imputa. Así lo ha declarado el TS²³⁷ -en un sentido muy similar al de Calístrato en D. 48.3.13 (Call. 6 *de cogn.*):-

“Se dice primeramente que si no existe defraudación de la propiedad intelectual no habrá quebrantamiento de una medida basada en la defraudación.

No es así. El bien jurídico protegido por el delito objeto de condena es la Administración de Justicia. Habrá delito de quebrantamiento aunque definitivamente la medida cautelar acordada con arreglo a los indicios existentes en el momento preliminar llegue a desvanecerse y se compruebe que no existía el derecho que se quería preservar provisionalmente con esa medida. Un ejemplo claro nos disculpa de mayores razonamientos: *el quebrantamiento de una prisión preventiva es delito. Lo será, aunque luego recaiga sentencia absolutoria.* Como lo es el quebrantamiento de una medida de alejamiento, aunque el proceso en que se acordó finalice con una absolución por falta de prueba o por cualquier otra razón. El bien jurídico protegido queda afectado: buen funcionamiento de la Administración de justicia y respeto a las decisiones judiciales.”

²³⁷ STS, Sala 2ª, de lo Penal 65/2024, de 24 de enero, JUR\2024\40808, F.J. 9º.

3/ Por lo que se refiere a *la culpabilidad*, se trata de un delito que requiere dolo, por tanto, no admite comisión culposa²³⁸. La jurisprudencia precisa que el dolo requerido en el delito de quebrantamiento es un dolo genérico, que “se configura con el simple conocimiento de la existencia y vigencia de la medida impuesta y la voluntad de incumplirla, sin que las razones o motivaciones personales del autor resulten relevantes para la tipicidad de la conducta”. Algunos autores -en línea con los comentarios de los doctores del *ius commune*- precisan que el dolo del sujeto debe ir referido a sustraerse definitivamente al cumplimiento de la medida o condena, de modo que el mero hecho de ausentarse de un centro de reclusión o no volver en el plazo fijado, pero con la intención de reintegrarse al cumplimiento -es decir, sin voluntad de quebrantar la medida o condena de modo definitivo- solo dará lugar a una sanción disciplinaria²³⁹.

En el caso de las penas o medidas de seguridad consistentes en la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, el TS ha precisado que, con relación al tipo objetivo, basta la existencia de una medida cautelar debidamente acordada en la que se imponga una prohibición y la ejecución de un hecho que suponga incumplimiento de la misma; y el tipo subjetivo, el dolo, no requiere más que el conocimiento del mandato judicial que incumbe al sujeto y que éste

²³⁸ MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F., *Delitos contra la administración de Justicia*, p. 1069; SANTANA VEGA, *op. cit.*, p. 1541.

²³⁹ CANCIO MELIÁ, *op.cit.* p. 2868; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 25ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 962-963. SANTANA VEGA, *op. cit.*, p. 1951. A favor, SAP Cuenca 60/2002 de 17 de octubre, ARP\2002\718 y, SAP Burgos, S. 1ª, 186/2007, de 17 de julio. En contra, STS 221/1999, de 15 de febrero, (RJ\1999\1169)

sepa que con su conducta lo incumple²⁴⁰. Por tanto, no se requiere un elemento intencional específico de querer desobedecer la orden judicial; careciendo de relevancia si el autor realiza la acción con intención de hacer un favor, de complacencia, por afinidad personal, o por un fin altruista, o de odio, etc²⁴¹.

4/ Las *penas* del quebrantamiento varían en función de los distintos supuestos del artículo 468. El tipo básico de quebrantamiento de pena o medida, a su vez, lleva aparejada distinta pena según que el quebrantador hubiera estado privado de libertad (en este caso, la pena es de prisión de seis meses a un año) o no estuviera privado de ella (en cuyo caso, la pena sería de multa de doce a veinticuatro meses). El subtipo agravado del 468.2 está castigado con pena de prisión de seis meses a un año. Y, finalmente, los supuestos de manipulación, inutilización, etc. del 468.3 serán castigados con multa de seis a doce meses.

También hay que tener en cuenta las consecuencias derivadas de la normativa penitenciaria. El art. 233.1 del Reglamento General Penitenciario²⁴² establece las sanciones para las faltas muy graves,

²⁴⁰ En este sentido STS, Sala 2ª, de lo Penal, 778/2010, de 1 de diciembre (RJ\2011\602); STS, Sala 2ª, de lo Penal, Sección Pleno, 664/2018 de 17 de diciembre, RJ\2018\5670 y STS, Sala 2ª, de lo Penal, Sección Pleno, 567/2020 de 30 de octubre, RJ\2020\4251.

²⁴¹ ORTIZ VIGIL, L. «Quebrantamiento de condena: luces y sombras», *Lex criminalis*, 6, 2024, p. 26.

²⁴² Artículo 233.1. Por la comisión de las faltas muy graves, tipificadas en el artículo 108 del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, podrán imponerse las siguientes sanciones: a) Sanción de aislamiento en celda de seis a catorce días de duración, siempre que se haya manifestado una evidente agresividad o violencia por parte del interno o cuando éste reiterada y gravemente altere la normal convivencia del Centro. b) Sanción de aislamiento de hasta siete fines de semana.

entre las que se encuentra, en virtud del artículo 108 del R.D. 1201/1981 de 8 de mayo por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, cuyo apartado e) contempla “intentar, facilitar o consumir la evasión”. Ello con independencia de las repercusiones para la obtención de futuros permisos de salida, acceso al tercer grado, etc.

En cuanto al *iter criminis*, hay que tener en cuenta la variedad de conductas contempladas en el artículo 468. Algunas modalidades admiten claramente la tentativa²⁴³; así, por ejemplo, el preso que comienza la fuga pero que es sorprendido por los funcionarios antes de salir del establecimiento penitenciario.

Con relación a las medidas consistentes en prohibición de aproximación o de residir en determinados lugares, la consumación se entenderá producida en el momento en el que el obligado traspase la distancia establecida en la orden de alejamiento o se presente en el lugar en cuestión²⁴⁴. Aunque el encuentro haya sido casual o muy breve, el delito se entiende consumado, y no en grado de tentativa²⁴⁵.

Respecto al quebrantamiento de la prohibición de comunicar con la víctima, en el caso de las llamadas telefónicas, según reiterada jurisprudencia, el delito se entiende consumado, aunque la víctima

²⁴³ Vid. CANCIO MELIÁ, *op. cit.*, p. 2865; GARCÍA ALBERO, *op. cit.*, p. 1567.

²⁴⁴ CUETO MORENO, C., *El delito de quebrantamiento en el ámbito de la violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 227; MELÉNDEZ SÁNCHEZ, “Quebrantamiento de condena”, en *Derecho penal. Parte especial*, Fernández Bermejo (dir.), Tirant lo Blanch, 2024, p. 1068; GARCÍA MUÑOZ, I., «El delito de quebrantamiento de condena en el marco de la violencia de género. Análisis jurídico y jurisprudencial del artículo 468.2 del Código penal en relación a la prohibición de aproximación», *Revista Claves Jurídicas*, 1, 2026, p. 51.

²⁴⁵ SAP de Cantabria, Sección 3ª, 23/2023, de 13 de febrero, JUR\2023\377076.

no haya contestado o el número esté bloqueado, siempre que sea posible identificar la procedencia. Se observa que el mero hecho de la llamada, aunque no sea contestada, ya es susceptible por si solo de producir una situación de intranquilidad o desasosiego en la víctima. Además, de admitirse que el delito se consuma solo si la víctima contesta, supondría dejar en manos de esta la determinación de si el delito queda o no consumado. No obstante, el TS admite la posibilidad de tentativa o tentativa inidónea en el hipotético caso de llamadas a una línea cancelada²⁴⁶.

Con relación a las comunicaciones postales, existen pronunciamientos en los que se condena al acusado por delitos de quebrantamientos en grado de tentativa: cartas remitidas por un recluso desde el centro penitenciario que no llegan a su destino al ser interceptadas por el funcionario público tras el oportuno control reglamentario²⁴⁷; o bien de cartas interceptadas por algún familiar de la víctima al ser recogidas del buzón²⁴⁸.

También se condenó por quebrantamiento en grado de tentativa por una comunicación de WhatsApp enviada por el acusado a una

²⁴⁶ STS Sala 2ª, de lo Penal, 650/2019, de 20 de diciembre (RJ\2019\5369), cit., FJ.1º. El tribunal, tras indicar que el quebrantamiento suele entenderse como delito de resultado, precisa, con relación a las medidas del 48.3 que no se exige un contacto, escrito o verbal, de doble dirección; por tanto, no es preciso que encuentre respuesta. En igual sentido, SAP Burgos, Sección 1ª, 103/2026, de 23 de marzo, F.J. 5º.

²⁴⁷ STS Sala 2ª, de lo Penal, 650/2019, de 20 de diciembre (RJ\2019\5369); SAP A Coruña, Sección 1ª, 153/2024 de 5 de abril, JUR\2024\183221; SAP de Zaragoza, Sección 1ª, a 280/2024 de 21 de agosto, JUR\2024\418219; SAP de Málaga, Sección 2ª, 232/2025, de 23 de junio, JUR\2025\276908.

²⁴⁸ SAP de Albacete, Sección 2ª, 562/2015 de 3 de diciembre, JUR\2016\26819.

amiga de la denunciante en la que le instaba a trasladarle un mensaje a esta última²⁴⁹.

Por lo que se refiere a las causas de exoneración, ni el ejercicio de la patria potestad²⁵⁰ ni el consentimiento de la víctima²⁵¹ sirven como *causa de justificación o de atenuación* para quebrantar una orden de alejamiento.

Es frecuente la alegación de actuar el acusado movido por miedo insuperable (eximente del 20.6 CP; que se ha visto mencionar reiteradamente por los juristas del *ius commune* como causa justificativa de la huida): miedo a sufrir una denuncia²⁵², a no poder ver a los hijos²⁵³, a las consecuencias de lo que pudiera ocurrir al acusado, sobre el que pesaba una orden de alejamiento, si no acudía a la llamada desesperada de su esposa²⁵⁴, a volver al centro penitenciario tras un permiso por las amenazas proferidas por otros presos²⁵⁵ o por los presuntos malos tratos de los funcionarios del centro²⁵⁶. Cuestión distinta es que pocas veces esta eximente llegue a

²⁴⁹ SAP Jaen, Sección 3ª, 158/2025, de 9 de julio, JUR\2025\300874.

²⁵⁰ STS, Sala 2ª, de lo Penal, Sección Pleno, 664/2018 de 17 de diciembre, RJ\2018\5670.

²⁵¹ STS, Sala 2ª, de lo Penal, 667/2019 de 14 de enero, RJ\2020\43.

²⁵² SAP Pamplona, Sección 2ª, 92/2026 de 6 de mayo. El acusado, sobre el que pesaba una orden de alejamiento, declara haber accedido a encontrarse con la víctima, que le había dicho que tenía que hablar urgentemente con él, por temor a que esta le volviera a interponer otra denuncia por quebrantamiento. Un supuesto parecido es el de la AP de Barcelona, Sección 20ª, 640/2025 de 2 de septiembre JUR\2025\372540

²⁵³ SAP de Cádiz, Sección 3ª, 48/2026, de 26 de febrero.

²⁵⁴ SAP de Barcelona, Sección 20ª, 285/2013, de 22 de marzo, JUR\2013\194514.

²⁵⁵ SAP de Jaen, Sección 1ª, de 9 de marzo, JUR\1998\22584; SAP de Pontevedra, Sección 2ª, 78/2000, de 22 de noviembre, JUR\2001\62891; SAP A Coruña, Sección 1º, 182/2024, de 30 de abril, JUR\2024\212802

²⁵⁶ SAP Baleares, Sección 1ª, 24/2007 de 14 de febrero, JUR\2007\88212

ser estimada, al no resultar acreditados los hechos alegados; no obstante, se apreció en la STS de 29 de abril de 1994²⁵⁷ y en la SAP Madrid de 5 de septiembre de 2002²⁵⁸.

Existe un tipo agravado del quebrantamiento, tipificado en el artículo 469, cuando el delito haya tenido lugar a través de determinados medios:

Art. 469. Los sentenciados o presos que se fugaren del lugar en que estén reclusos, haciendo uso de violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas o tomando parte en motín, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años.

-Respecto a la acción típica, contempla un agravamiento respecto al tipo básico del 468, caracterizado por la concurrencia de alguna de las circunstancias siguientes:

- 1) *Violencia o intimidación en las personas.*
- 2) *Fuerza en las cosas.* La doctrina mayoritaria considera que ha de interpretarse según el sentido usual del término, no en el sentido

²⁵⁷ STS, Sala 2ª de lo Penal de 29 de enero de 1994 RJ\1994\593. Los acusados habían hecho llegar al Jefe de Servicio del Establecimiento Penitenciario un objeto punzante, utilizado como «pincho», encontrado casualmente y, otro funcionario, que actuó sin la suficiente reflexión, se refirió a esta circunstancia delante de otros internos, lo que provocó una situación de miedo en los acusados ante el temor de que el dueño del objeto peligroso pudiera vengarse de ellos, causándoles incluso la muerte, extremo éste que fue el que desencadenó la decisión de fuga.

²⁵⁸ SAP de Madrid, Sección 6ª, 442/2002 de 5 de septiembre, JUR\2002\280197. El interno alegaba estar amenazado por otros internos para que introdujera droga en el Centro tras volver del permiso, lo que se ve corroborado por varios testigos en el acto del juicio,

normativo del artículo 238²⁵⁹. En la práctica de los Tribunales, mientras el TS considera que el término “fuerza en las cosas” debe entenderse en sentido literal (STS, Sala 2ª, de lo Penal, 221/1999, de 15 de febrero), alguna sentencia de las Audiencias Provinciales considera que existe una remisión tácita a la enumeración del artículo 238 (así, la SAP Albacete 69/2002, de 20 de junio).

Una de las críticas a la regulación del autoquebrantamiento en el CP de 1995 ha sido, precisamente, la inclusión dentro del tipo agravado del quebrantamiento con fuerza en las cosas, de manera que solo quedarían dentro del tipo básico los supuestos de “puertas abiertas” o fugas habilidosas, advirtiéndose que no es lo mismo serrar unos barrotes o forzar una puerta con una ganzúa que amenazar con un arma o golpear a un guardia²⁶⁰.

3) *Producirse la fuga tomando parte en un motín*. Se trata de una cualificación nueva con relación a los códigos anteriores, que sustituye al acuerdo o connivencia con otros reclusos o dependientes de la prisión o encargados de la custodia. Se ha precisado que el término “motín”, alude a la protesta tumultuaria de un grupo de internos para reivindicar algún derecho o protestar contra la administración penitenciaria²⁶¹. No es imprescindible el haberse

²⁵⁹ SUÁREZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 431; PALOMO DEL ARCO, A., «Del quebrantamiento de condena», en *Comentarios prácticos al Código penal*, Gómez Tomillo (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 581; GARCÍA ALBERO, *op. cit.*, p. 1551; SANTANA VEGA, D., «Del quebrantamiento de condena», *Comentarios al Código Penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023 y 4/2023*, Ramírez Martín-Rogé Such (coord.), 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 1955; CANCIO MELIÁ, *op. cit.*, p. 2.847.

²⁶⁰ CANCIO MELA, *op. cit.*, 2847; SUÁREZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 422.

²⁶¹ MELÉNDEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 1069.

puesto de acuerdo con otros reclusos²⁶². La doctrina también realiza precisiones ya formuladas de antiguo en el *ius commune*, como, por ejemplo, la de que no queda comprendido en este tipo quien aprovecha el motín de otros para la fuga²⁶³.

Sólo podrán ser sujetos activos del tipo agravado los sujetos condenados a pena o medida o medida de seguridad privativa de libertad o presos en prisión preventiva; debiendo excluirse los detenidos en sede policial²⁶⁴.

Al igual que en el tipo básico, el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia; solo es posible la comisión dolosa y, por lo que se reviere al *iter criminis*, también cabe la tentativa.

Por lo que se refiere a la pena, se eleva, con relación a la correspondiente al básico del 468.1, a prisión de seis meses a cuatro años.

5.2.2. Extracción de presos

Se regula este tipo en el artículo 470 CP, distinguiéndose entre un tipo básico, un tipo agravado por razón de los medios empleados y un tipo atenuado por razón del parentesco con el preso al que se proporciona la fuga:

Art. 470 1. El particular que proporcionare la evasión a un condenado, preso o detenido, bien del lugar en que esté recluido, bien durante su conducción, será castigado con la

²⁶² SUÁREZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 433.

²⁶³ CANCIO MELIÁ, *op. cit.*, p. 2870. *Vid.* VELA ACUÑA, *op. cit.*, p. 105.

²⁶⁴ ROVIRA TORRES, *op. cit.*, p. 11.

pena de prisión de seis meses a un año y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Si se empleara al efecto violencia o intimidación en las personas, fuerza en las cosas o soborno, la pena será de prisión de seis meses a cuatro años.

3. Si se tratara de alguna de las personas citadas en el artículo 454, se les castigará con la pena de multa de tres a seis meses, pudiendo en este caso el Juez o Tribunal imponer tan sólo las penas correspondientes a los daños causados o a las amenazas o violencias ejercidas.

Queda claro que proporcionar la evasión a otro no puede constituir cooperación necesaria en delito de quebrantamiento ajeno (468 y 469 CP), al ser conducta típica del artículo 470²⁶⁵. En este caso, se incluye entre los posibles sujetos activos al detenido en sede policial²⁶⁶.

Llama la atención la existencia de un tipo privilegiado, no contemplado en la anterior legislación, basada en el parentesco con el condenado, preso o detenido²⁶⁷. Se viene a consagrar aquí la tradición

²⁶⁵ AP de Toledo, Sección 2ª, Sentencia 49/2003 de 25 septiembre (JUR\2003\244004), F.J. 4º.

²⁶⁶ MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 964.

²⁶⁷ Un ejemplo de aplicación de este tipo atenuado lo encontramos en la SAP de Vizcaya, Sección 4ª, 255/1998 de 14 de agosto (ARP\1998\3889): una madre agarró por el cuello y brazo derecho al agente que había detenido a su hijo, el cual, también ayudado por su madre, consiguió deshacerse de las prendas superiores que portaba y darse a la fuga. Aparte de ello, resultarán de aplicación las eximentes, atenuantes o agravantes de los artículos 20, 21 y 22 CP, como en cualquier otro delito. Así, la reciente STS, Sala 2ª, de lo Penal 139/2026 de 19 de febrero (JUR\2026\35957) ha apreciado atenuante simple de arrepentimiento por haber procedido el acusado a la consignación de la totalidad de la cantidad reclamada y la petición de perdón a los agentes

de dar un tratamiento más favorable a las personas allegadas al reo que ayudan a liberarle, comenzando por aquellas fuentes literarias relativas a las esposas de los prisioneros, que, intercambiándose con ellos las ropas, les facilitaban la huida; tradición que continúa en el *ius commune*, en la recepción de este efectuada por la doctrina española y pervive a través de la época codificadora.

5.2.3. *Infidelidad en la custodia.*

Actualmente aparece regulado como un tipo agravado con relación a las conductas contempladas en el artículo 470, por razón del sujeto activo del delito, que ha de revestir la condición de funcionario público.

Art. 471. Se impondrá la pena superior en grado, en sus respectivos casos, si el culpable fuera un funcionario público encargado de la conducción o custodia de un condenado, preso o detenido. El funcionario será castigado, además, con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de seis a diez años si el fugitivo estuviera condenado por sentencia ejecutoria, y con la inhabilitación especial para empleo o cargo público de tres a seis años en los demás casos.

Básicamente, se está recogiendo aquí la conducta descrita en el artículo 362 del anterior Código Penal²⁶⁸, si bien se ha eliminado la mención a la “connivencia” en la evasión.

lesionados, pero más de tres años después de producirse los hechos.

²⁶⁸ SUÁREZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 98.

6. Conclusiones

I. Existe una innegable continuidad técnica entre la *effractio carceris* romana y el actual delito de autoquebrantamiento. El término deriva de la superación violenta de barreras físicas *-frango-*, concepto que ha permanecido casi inalterado en las modalidades de "fuerza en las cosas" y "fractura de puertas" recogidas en nuestros códigos penales desde 1822 hasta el vigente de 1995.

II. Las huellas de la regulación romana en la materia estudiada se pueden seguir en nuestro Derecho histórico a través *Liber Iudiciorum*, Fuero Juzgo, Partidas, Ordenamiento de Penas de Cámara de Enrique III, Nueva y Novísima Recopilación, llegando a los códigos penales de los siglos XIX y XX. Se ha comprobado cómo las categorías romanas han permanecido en la redacción de los tipos; únicamente el "motín" ha venido a sustituir últimamente al antiguo concepto de acuerdo o connivencia de los presos. Se desemboca así en los arts. 468 y ss. del vigente CP bajo la rúbrica "Del quebrantamiento de condena", resultando inevitable relacionar hasta la propia denominación del tipo delictivo, "quebrantamiento", con la fractura, rotura o quiebra implícitos en el crimen *de effractio carceris* del Derecho romano.

III. Se confirma que, desde la experiencia jurídica romana, la evasión se configuró como una conducta criminal autónoma, independiente del hecho por el que el prisionero fue conducido a la cárcel. Como señala Calístrato en el Digesto, el rigor punitivo por la huida debe aplicarse incluso si el reo fuera hallado inocente del crimen original,

castigándose la resistencia a la autoridad judicial y no la culpabilidad presunta del primer ilícito.

Si bien el *ius commune* encontró en la teoría de la *ficta confessio* el fundamento del delito, poco a poco el fundamento jurídico se ha ido desplazando hacia la protección de la Administración de Justicia como bien jurídico central, y así se mantiene en las codificaciones modernas.

IV. La penalidad por la evasión de la cárcel mediante efracción no queda establecida de manera unívoca en el Derecho romano, pues si bien Ulpiano en D. 47.18.1.pr habla de pena capital, Calistrato simplemente señala que ha de aplicárseles una pena superior - *amplius*- a la del ilícito que les ha conducido a prisión.

V. En materia de tentativa, no se vislumbra una solución clara en el Derecho romano, pues si bien en este no se castigaban por regla general mas que los delitos consumados, existieron excepciones, y mientras unos textos parecen aludir solo a la fuga consumada, otros pudieran interpretarse en el sentido de que la mera conspiración para la fuga ya era merecedora de la pena. En cambio, el *ius commune* fue perfilando con mayor precisión la distinción entre fuga intentada y fuga consumada, y terminó asociando a aquella una respuesta más flexible, generalmente dejada al arbitrio judicial. En el Código Penal vigente la tentativa resulta posible en algunas modalidades de quebrantamiento, pero no en todas, dada la variedad de conductas, de penas y de medidas contempladas actualmente en el campo de aplicación del quebrantamiento.

VI. A lo largo de la historia se han reconocido causas de atenuación o exoneración fundadas en la naturaleza humana, como el "miedo a morir", la conmiseración hacia el reo, el amor conyugal o el parentesco, comenzando por las fuentes literarias clásicas y continuando a través de los siglos hasta el vigente Código Penal y la práctica jurisprudencial.

VII. Por lo que se refiere a la evolución de la responsabilidad en la custodia de presos, la jurisprudencia clásica ya distinguía con precisión entre el dolo, la culpa y el caso fortuito. El sistema postclásico, en cambio, establece la responsabilidad objetiva del custodio, con un sistema de pena talional, aunque ya la *interpretatio visigoda* matiza este régimen, volviendo al sistema de la culpa. El Derecho histórico español, desde el Fuero Viejo, el Fuero Real, las Partidas, los *Furs* y los *Usatges*, consolidó un modelo que preservaba la responsabilidad del guardia, pero prestando atención al arbitrio judicial y a la gravedad de la culpa.

VIII. El *ius commune* heredó la tradición de castigar severamente la infidelidad de la custodia de los presos, aunque con una graduación de la culpa, pero además trató de explicarla dogmáticamente: los doctores entendieron que la severidad de la respuesta se justificaba por el oficio asumido por el guardián -*susceptum officium*- que lo hacía especialmente responsable de la seguridad del preso-. Actualmente, en el Código Penal de 1995 también resulta agravada la responsabilidad del que facilita la huida del preso cuando se trata de un funcionario público encargado de su custodia.

IX. En relación con la extracción de presos, en Roma la reacción punitiva del ordenamiento jurídico se agravaba cuando el auxilio externo adopta forma de violencia, sedición o quebrantamiento del orden público, llegando a reconducirse a la *lex Iulia de vi* o al *crimen maiestatis*. Los doctores del *ius commune* limitaron, aunque no de forma unánime, el *crimen maiestatis* a supuestos cualificados, prefiriendo, fuera de ellos, penas arbitrarias, con una clara tendencia a modular la sanción según la violencia, el motivo y la pena que pudiera haber correspondido al preso liberado.

En el Derecho histórico español, la extracción de presos aparece tratada como una conducta especialmente grave cuando se produce mediante violencia, sedición o asalto a la cárcel. Aunque el Fuero Real estableció la pena del hurto y multa, la sanción predominante en los distintos cuerpos legales fue la de imponer la misma pena que hubiere correspondido al prófugo (*Liber Iudiciorum*, *Partidas*, *Furs*, etc.). Los autores patrios limitaron su aplicación, reservando la máxima severidad para casos de fuerza, violencia o lesa majestad y teniendo en cuenta también los vínculos con el preso.

La relevancia del modo comisivo se mantiene en el periodo codificador, y hoy en día, el CP de 1995 también gradúa la respuesta según el medio empleado, sobre todo en el art. 470, donde la pena aumenta en los casos de violencia, intimidación, fuerza en las cosas o soborno.

X. En su evolución en el tratamiento de las conductas relacionadas con la evasión carcelaria, el Derecho penal ha sofisticado sus instrumentos -piénsese en el paso de los grilletes de hierro a los

modernos dispositivos telemáticos- y las penas han evolucionado al hilo de la diferente sensibilidad social de cada momento histórico. Sin embargo, a la luz del estudio de las fuentes romanas, la tradición del *ius commune*, el derecho histórico español y la evolución de la codificación española se confirma, en la regulación actual, la presencia de numerosos elementos ya existentes en el Derecho romano o en la tradición romanística posterior. Permanece también, como constante histórica, la necesidad de una tutela penal frente a los quebrantamientos de condena para asegurar el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, una exigencia que ya en Roma se entendía como esencial para preservar la vida en sociedad.

Bibliografía

ABEL SOUTO, M., «Inutilización de dispositivos de control de cumplimiento de penas y medidas», en *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, 2ª ed., González Cussac (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

ACCURSIO, F., en *Corpus Iuris Civilis Iustinianei, cum commentariis Accursii, scholiis Contii et D. Gothofredi lucubrationibus ad Accursium, in quibus Glossae obscuriores explicantur, similes & contrariae afferuntur, vitiosae notantur...studio & opera Ioannis Fehi*, t. III y IV, Lyon, 1627.

ALBANESE, B., *Le persone nel Diritto privato romano*, Tipografia S. Montaina, Palermo, 1979.

- ALBERICUS DE ROSATAE, *Commentaria Omnia, postrema editione. In primam et secundam partem Digesti novi Commentaria*, Venetiis, 1585.
- ÁLVAREZ CORA, E., *La tipicidad de los delitos en la España moderna*, Dykinson, Madrid, 2012.
- AMEZÚA AMEZÚA, L.C., «Derecho de evasión y principio de humanidad: Notas de Francisco Suárez sobre la obligación penal y la fuga de presos», *AHDE*, nº 31, 2015, pp. 103-136.
- ANGELI VBALDI, *In I. atque Digesti Novi Partem et in tit. de interdictis Commentaria*, Venetiis, 1579.
- ARANGIO RUIZ, V., *Historia del Derecho romano*, trad. de la 2º ed. it. de Pelsmaeker e Ivañez, 5º ed., Reus, Madrid, 1994.
- ASLA, A.O.-DOMÍNGUEZ, C.R., *Leyes de los Burgundios*, trad. Domínguez, C.R., Universidad Nacional de Mar del Plata, 2017.
- ASLA, A.O.- RODRÍGUEZ, G.F., *Leyes de los francos salios y ley sálica carolina*, trad. Domínguez, C.R Universidad Nacional de Mar del Plata, 2017.
- ASLA, A.O., *Leyes de los Ripuarios*, trad. Domínguez, C.R Universidad Nacional de Mar del Plata, 2018.
- ASSO Y DE MANUEL, *El Ordenamiento de Leyes que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año de 1348*, Imprenta de los señores viuda e hijos de D. Antonio Calleja, Madrid, 1847.
- AZCUTIA, M., *La ley penal: estudios prácticos sobre la interpretación, inteligencia y aplicación del Código de 1870 en su relación con los de*

1848 y 1850, con nuestras antiguas leyes patrias y con las principales legislaciones extranjeras, Madrid, 1876.

AZEVEDO, A., *Commentariorum Iuris Civilis In Hispaniae Regias Constitutiones*, t. V, Salmanticae, 1596.

BACHOFF VON ECHT, R., *Bachovius Augmentatus Id est Cl. V. Reinhardi Bachovii Echtii. I.U.D. Notae Et Animadversiones ad Disputationes Hieronymi Treutleri I.C.*, apud Andream Bingivm Bibliopolam, Coloniae Agrippinae, 1654.

BALDO UBALDI PERUSINI, *Consiliorum sive responsorum*, III, Venetiis, 1575.

BALDO UBALDI PERUSINI, *In sextum Codicis librum commentaria*, Venetiis, apud Iuntas, 1599.

BALZARINI, M., «La pena de encarcelamiento hasta Ulpiano», *Seminarios complutenses de Derecho romano: revista complutense de Derecho romano y tradición romanística*, 1, 1989.

BARTOLO A SAXO FERRATO, *Omnium Iuris Interpretum Antesignani*, t. VI, *In secundam Digesti novi partem*, apud Iuntas, Venetiis, 1590.

BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, The American Philosophical Society, Philadelphia, 1953.

BESELER, G., «Romanistische Studien», *ZSS*, 54, 1934, pp. 1-34.

BINDING, K., «Culpa lata und culpa levis», *ZSS*, 38, 1918, pp. 1-35.

- BOERII, N., *Decisionum aurearum, in sacro burdegalens senatu olim discursarum ... secunda pars*, apud Mihcaelem Parmenterium, Lugduni, 1544.
- BRUNEMANN, J., *Commentarius in quinquaginta libros pandectarum, opus theoretico-practicum...*, t. II, Coloniae Allobrogum, 1762.
- CANCIO MELIÁ, M., «Del quebrantamiento de condena», en *Comentarios al Código Penal*, Cuerda Arnau (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2025.
- CARNAZZA-RAMETA, G., *Studio sul Diritto penale dei romani*, L'Erma di Bretschneider, Roma, 1972.
- CASCIONE, C., *Tresviri capitales. Storia di una magistratura minores*, Ed. Scientifica, Napoli, 1999.
- CASTILLO DE BOBADILLA, J., *Politica para corregidores y señores de vasallos, en tiempo de paz y de guerra*, t. I, Imprenta Real de la Gazeta, Madrid, 1775.
- CERDÁ RUIZ-FUNES, J., «Glosas de Arias de Balboa al Fuero Real de Castilla», *AHDE*, 1951-1952, pp. 731-1141.
- CLEMENTE FERNÁNDEZ, A. I. «A propósito de la prueba testifical y de los elementos de valoración contenidos en D. 22.5.3.1 (Call. 4 cogn.): problemáticas pretéritas y actuales», *RIDROM. Revista Internacional de Derecho Romano*, 34, 2025, pp. 1-171. <https://doi.org/10.17811/ridrom.34.1.2025.1-171>.
- COLMEIRO, M., *Cortes de los antiguos Reinos de León y de Castilla*, I, Ed. digital basada en la edición de Madrid, Rivadeneyra, 1883-1884

(disponible en Biblioteca virtual Miguel de Cervantes;
<https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcb8557>).

COROLEU I INGLADA, J. *Código de los Usajes de Barcelona. Estudio crítico* (disponible en Biblioteca virtual Miguel de Cervantes,
https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/codigo-de-los-usajes-de-barcelona-estudio-critico-0/html/00998c82-82b2-11df-acc7-002185ce6064_3.html).

CUETO MORENO, C., *El delito de quebrantamiento en el ámbito de la violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2017.

CUIACIL, J., *Opera Omnia*, t. IX, Ex off. Frat. Giacchetti, Prati, 1839.

DÍAZ, P. C., «Las cárceles en la Hispania visigoda», *Castigo y reclusión en el mundo antiguo*, CSIC, Madrid, 2003.

DÍAZ DE MONTALVO, A., *Fuero Real de España, diligentemente hecho por el noble Rey do[n] Alonso. IX.; glosado por el egregio doctor Alonso Díaz de Montaluo*, 1544.

DÍAZ DE MONTALVO, A., *Las Siete Partidas del sabio Rey dô Alfonso Nono: por las quales son deremidas, & determinadas las questionnes & pleytos q[ue] en España ocurrê... / cô la glosa d[e]l egregio doctor Alfonso Diez de Môtaluo...* Alcalá de Henares, 1542.

DI CINTIO, L., «L'interpretatio visigothorum» al «Codex Theodosianus». Il libro IX. Collana della rivista di Diritto romano. Saggi, Ed. Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2013.

- DONATI, G.A., «Fuggire La Giustizia, Giustiziare I Fuggitivi: Osservazioni Preliminari sull'evasione Dal Carcere Nel Diritto Comune». *Italian Review of Legal History*, 7, 2021, pp. 47-107, <https://doi.org/10.54103/2464-8914/16885>.
- DOU Y DE BASSOLS, R.L., *Instituciones del Derecho público general de España y particular noticia de Cataluña*, t. VIII, oficina de D. Benito Garcí Y Cia., Madrid, 1802.
- DU BOYS, *Historia del Derecho penal de España*, trad. José Vicente y Caravantes, Imprenta de José María Pérez, Madrid, 1872
- ERNOUT, A.-MEILLET, A., *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots. Retirage de la 4e éd. augmentée d'additions et de corrections par Jacques André*, Klincksieck, París, 2000.
- FALCHI, G. F., *Diritto penale romano*, vol I, Dottrine generali, 2ª ed., Zannoni editore, Padova, 1937.
- FALCHI, G. F., *Diritto penale romano*, vol II, I singoli reati, Zannoni editore, Padova, 1937.
- FERNÁNDEZ CATÓN, J.M., *La curia regia de León de 1188 y sus "Decreta" y constitución*. León, Centro de Estudios e Investigación "San Isidoro" – Archivo Histórico Diocesano, León, 1993.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho público romano*, 12ª ed., Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2009.
- FERRINI, C., *Derecho penal romano*, trad. Pérez Alonso, Rozas Álvaro, San Juan Secchiutti y Tirado Pablos, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2017.

- FITTING, H., *Alter und Folge der Schriften römischen Juristen von Hadrian bis Alexander*, 2. Auf., Otto Zeller, Osnabrück, 1965.
- GARCÍA ALBERO, R., «Del quebrantamiento de condena», en *Comentarios al Código Penal Español*, Quintero Olivares (dir.), 7ª ed., t. II, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- GARCÍA MUÑOZ, I.E., «El delito de quebrantamiento de condena en el marco de la violencia de género: análisis jurídico y jurisprudencial del artículo 468.2 del Código Penal en relación a la prohibición de aproximación», *Revista Claves jurídicas*, 1, 2026, pp. 40-85.
- GIL GARCÍA, M.O., «Del “De re militari romano” (D. 49.16) a lo “estrictamente castrense” del art. 117.5 de la Constitución española de 1978», en *40 años de Constitución española: un análisis desde España e Iberoamerica*, Bello Paredes (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 461-478.
- GIUFFRÉ, V., *La repressione criminale nell’esperienza romana. Profili*, 4ª ed., Jovene editore, Napoli, 1997.
- GOMEZIO, A., *Commentariorum, Variarumque Resolutionum Iuris Civilis, Communis Et Regii*, t. III, Francoforti ad Moenum, 1584.
- GOTHOFREDII, D., *Corpus Juris Civilis Romani*, Januarium Mirelli Bibliopolam, Neapoli, 1829-1830.
- GUTIÉRREZ, B., *Examen histórico del Derecho penal*, Madrid, 1866.
- HELM, M., *Das Delikt der Gefangenenbefreiung*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2010.

- HEVIA BOLAÑOS, J., *Curia Philippica*, Godínez de Millis, Valladolid, 1612.
- HILLNER, J., *Prison, punishment and penance in Late Antiquity*, Cambridge University Press, 2015.
- HEUMANN, H.G.-SECKEL, E., *Heumanns Handlexikon zu den Quellen des Römischen Rechts*, 9. Auflage, neu bearbeitet von Seckel, Verlag von Gustav Fischer, Jena, 1926.
- HITZIG, s.v. «carcer», *PW*, III-2, 1899, pp. 1576 -1581.
- HUMBERT, G., s.v. *exsilium*, *DS*, t. II-1, 1892, p. 943 -945.
- KLEINFELLER, G., s.v. “deportatio in insulam”, *PW*, V.1, 1903, pp. 231-33.
- KRAUSE, J.U., *Gefängnisse im Römischen Reich*, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 1996.
- KUNKEL, W., *Historia del Derecho romano*, trad. Juan Miquel, 9ª ed., Ariel, Barcelona, 1985.
- LAUTERBACH, *Collegium Theoretico-Practicum ad quinquaginta libri pandectarum, Pars Tertia*, apud J. G. Cottae, Tubingae, 1726.
- LECRIVAIN, C., s.v. «tresviri, triumviri», *DS*, t. V, 1892, pp. 412-414.
- LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, I, Ex Officina Bernhardi Tauchnitz, Leipzig, 1889.
- LÓPEZ, G., *Las Siete Partidas glosadas por el Lic. Gregorio López*, t. III, Andrea de Portonaris, Salamanca, 1555.

- LOVATO, A., *Il carcere el Diritto penale romano. Dai severi a Giustiniano*, Cacucci ed., Bari, 1994.
- LUCAE DE PENNA, *In tres Codices Iustiniani Imper. Posteriores libros luculentissima Commentaria*, Lugduni, 1586.
- LUCIANO DE SAMOSATA, *Tóxaris o sobre la amistad*, Bib. Gredos, 138. Traducción y notas por J. Zaragoza Botella, Madrid, 1990.
- MAPELLI CAFFARENA, B. «Quebrantamiento de condena y evasión de presos», *Revista de estudios penitenciarios*, 244, 1991, pp. 11-39.
- MATTHAEU, A., *De criminibus ad Lib. XLVII et XLVIII Dig. Commentarius*, ed. tertia, Typis Andreae Hoogenhuysen, Vesaliae, 1672.
- MATTHAEU ET SANZ, L., *Tractatus de re criminali; sive controversiarum usufrequentium in causis criminalibus*, Lugduni, 1686, *De crimine violati carceris dissertatio*, Ex Officina Saalbachia, Leipzig, 1798.
- MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F.L., *Delitos contra la administración de Justicia*, en Derecho penal. Parte Especial, Serrano Tárraga (coord.) Tirant lo Blanc, Valencia, 2024.
- MITTEIS, L.- LEVY, E.- RABEL, E., *Index interpolationum quae in iustiniani digestis inesse dicuntur*, 3 tomos, Hermann Böhlaus Nachfolger, Weimar, 1929-1935.
- MOMMSEN, T., *Derecho penal romano*, trad. P. Dorado, t. II, La España Moderna, Madrid, 1999.

- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 25ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023
- NOGRADY, A., *Römisches Straafrecht nach Ulpian. Buch 7 bis 9 De officio proconsulis*, Dunker & Humboldt, Berlin, 2006.
- ORTIZ VIGIL, L. «Quebrantamiento de condena: luces y sombras», *Lex criminalis*, 6, 2024.
- PACHECO, J.F., *El Código Penal concordado y comentado*, 2ª ed., Imprenta de la viuda de Perinat y Cia., Madrid, 1856.
- PALOMO DEL ARCO, A., «Del quebrantamiento de condena», en *Comentarios prácticos al Código penal*, Gómez Tomillo (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, 2015.
- PAVÓN TORREJÓN, P., *La cárcel y el encarcelamiento en el mundo romano*, Anejos del Archivo Español de Arqueología, Madrid, 2003.
- PAVÓN TORREJÓN P., «Las cárceles civiles en el Imperio romano», en *Castigo y reclusión en el mundo antiguo*, Torallas Tovar-Pérez Martín (eds.), CSIC, Madrid, 2003.
- PÉREZ, D., *Ordenanzas reales de Castilla, recopiladas y compuestas por el Doctor Alonso Diaz de Montalvo, Glosadas por el el Doctor Diego Pérez y adicionadas por el mismo autor en los lugares que concuerdan con las Leyes de la Nueva Recopilación*, t. II, Madrid, 1780.
- PLANAS ROSSELLÓ, A., *El Derecho penal histórico de Mallorca (siglos XIII-XVIII)*, Universitát de les Illes Balears, Palma, 2001.

- PINO ABAD, M., *La pena de confiscación de bienes en el Derecho histórico español*, Córdoba, 1999.
- POTHIER, R. J., *Pandectae Justiniani in novum ordinem digestae*, t. V, Fournier, París, 1820.
- PUGLIESE, G., «Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato», en *Scritti giuridici scelti*, II, Jovene Ed., Napoli, 1985, pp. 651-720.
- PRADILLA, F., *Suma de todas las leyes penales, canonicas, civiles y destos Reynos, de mucha vilidad y prouecho, no solo para los naturales dellos, pero para todos en general*, viuda de Luis Sánchez, Madrid, 1628.
- RAMOS VÁZQUEZ, I., *Arrestos, cárceles y prisiones en los derechos históricos españoles*, Centro de publicaciones del ministerio del interior y Secretaría General Técnica, Madrid, 2008.
- RODRÍGUEZ MARTÍN, J. D., «La pena de prisión bajo Justiniano: Ulpiano vs. Calístrato», en *Castigo y reclusión en el mundo antiguo*, CSIC, Madrid, 2003.
- ROVIRA TORRES, O., *El quebrantamiento de condena*, Bosch, Barcelona, 2005.
- SAINZ GUERRA, J., *La evolución del Derecho penal en España*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Jaén, Jaén, 2004.
- SANTALUCÍA, B., *Derecho penal romano*, trad. Paricio, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989.
- SANTALUCÍA, B., «“Crimen furti”. La repressione straordinaria del furto nell'età del Principato», en *Derecho romano de obligaciones*:

- homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Paricio Serrano (coord.), Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 1994, pp. 785-797.
- SANTALUCÍA, B., *Diritto e proceso penale nell'antica Roma*, 2ª ed., Giuffré editore, Milano, 1998.
- SANTANA VEGA, D., «Del quebrantamiento de condena», *Comentarios al Código Penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023 y 4/2023*, Ramirez Martín-Rogé Such (coord.), 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.
- SUÁREZ LÓPEZ, J.M., *El delito de autoquebrantamiento de condena en el Código Penal Español*, Comares, Granada, 2000.
- SHERWIN WHITE, A.N., *The letters of Pliny*, Clarendon Press, Oxford, 1966.
- SMITH, W., *Dictionary of Greek and Roman Biography and Mythology*, Little, Brown and Co., Boston, 1867, s.v. «Q. Pleminius», p. 413.
- TARTAGNI, A., *Consiliorum seu Responsorum*, II, apud haeredes Alexandri Paganini, Venetiis, 1610.
- TELLEZ AGUILERA, A., «Calístrato frente a Ulpiano. Reflexiones sobre la pena de encarcelamiento en el Mundo Antiguo», *Revista de Estudios Penitenciarios*, extra 2013.
- TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teología*, t. III, trad. Calle-Campo-Jiménez Patón, BAC, Madrid, 1990.
- TORRENT, A., *Diccionario de Derecho romano*, Edisofer, Madrid, 2005, s.v. «crimen effractionis», p. 233.

TREUTLER, H., *Selectarum disputationum ad jus civile Justinianaeum quinquaginta libris pandectarum comprehensum*, II, apud Paulum Egenolphum, Marpurgi, 1606.

TRISCIUOGLIO, A., «Comparación entre el tribuno de la plebe y el *defensor civitatis*. A propósito de la prisión preventiva», *RIDROM*, 29, 2022, pp. 336-365 (<https://doi.org/10.17811/ridrom.1.29.2022.336-365>)

TRISCIUOGLIO, A., «La condizione dei detenuti nella legislazione tardoimperiale romana», en A Pierluigi Zannini, *Scritti di diritto romano e giusantichistici*, Ledizione, Torino, 2018.

VIZMANOS, T.M.- ALVAREZ MARTINEZ, C., *Comentarios al nuevo Código Penal*, t. I, Madrid, 1848.

ZAMORA MANZANO, J.L., *La administración penitenciaria en el Derecho romano: gestión, tratamiento de los reclusos y mejora de la custodia carcelaria*, Dykinson, Madrid, 2015.