

Una mirada al Derecho Romano para confrontar la lógica carcelaria de las sanciones penales contemporáneas*

Orisel Hernández Aguilar^a

Resumen: Cárcel y prisión se han convertido en equivalentes. En ambos términos opera a simple vista, tomando como referencia sus definiciones comunes, una doble implicación. Esta lógica que hoy parece universal no tiene anclaje en los fundamentos originarios del sistema de derecho de rai-gambre romana. La importancia de sentar esta idea primaria estriba en romper con las concepciones imperantes e ilustrar sobre la viabilidad de concebir un catálogo de sanciones diversificado. Siendo así, el objetivo de la exposición que sigue es asumir una perspectiva romanista como referente para fundamentar una primera propuesta de revisión del actual sistema de sanciones, debido a que este se centra, en gran medida, en la privación de la libertad por medio de la encarcelación.

Palabras clave: cárcel; prisión; privación de la libertad; sanción; Derecho Romano

Recibido: 13/10/2024 **Aceptado:** 17/12/2024 **Disponible en línea:** 02/04/2024

Cómo citar: Hernández Aguilar, O. (2025). Una mirada al Derecho Romano para confrontar la lógica carcelaria de las sanciones penales contemporáneas. *Prolegómenos*, 28(55), 87-97. <https://doi.org/10.18359/prole.7517>

* Artículo de investigación.

^a Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora titular de la Universidad de Pinar del Río, Pinar del Río, Cuba. Correo electrónico: oriselha@upr.edu.cu; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3533-1646>

A Look at Roman Law to Confront the Prison Logic of Sanctions

Abstract: Jail and prison have become synonymous. At first glance, based on their common definitions, both terms imply the same concept. However, this logic, which today appears universal, has no foundation in the original principles of the Roman legal system. Recognizing this distinction is crucial to challenging prevailing conceptions and illustrating the feasibility of a diversified catalog of sanctions. Thus, the objective of this discussion is to adopt a Roman perspective as a reference point for re-evaluating the current system of sanctions, which overwhelmingly relies on the deprivation of liberty through incarceration.

Keywords: Jail, Prison, Deprivation of Liberty, Sanction, Roman Law

Um olhar para o Direito Romano para confrontar a lógica carcerária das sanções

Resumo: Cadeia e prisão tornaram-se equivalentes. Em ambos os termos opera, à primeira vista, tomando-se como referência suas definições comuns, uma dupla implicação. Essa lógica, que hoje parece universal, não tem fundamento nas origens do sistema jurídico de tradição romana. A importância de estabelecer essa ideia fundamental reside em romper com as concepções predominantes e ilustrar a viabilidade de conceber um catálogo diversificado de sanções. Assim, o objetivo da exposição que se segue é adotar uma perspectiva romanista como referência para fundamentar uma primeira proposta de revisão do atual sistema de sanções, que se concentra, em grande parte, na privação de liberdade por meio do encarceramento.

Palavras-chave: cadeia; prisão; privação de liberdade; sanção; Direito Romano

Introducción

La cárcel se ha asumido como el medio por excelencia para imponer la pena de privación de la libertad en la época contemporánea. Un análisis sistemático permite comprender que la lógica sancionadora del derecho actual, incluso cuando se habla de diversificación de las sanciones principales y de introducir sanciones alternativas, se mueve fundamentalmente en la cuerda de la punición sobre la base de condenas de tipo “carcelario” (Foucault, 2002, Esto guarda correspondencia con la visión punitiva centrada en la privación de la libertad, como recurso esencial de la sanción (Bazin, 1859, p. 53).

Cárcel y prisión se han convertido en equivalentes. Según la Real Academia Española (2023) cárcel deriva del latín *carcer*, -ēris y en sus dos primeras acepciones implica “1. f. Local destinado a reclusión de presos. 2. f. Pena de privación de la libertad. Le cayeron 20 años de cárcel”. Por su parte prisión, del latín *prehensio*, -ōnis alude a

2. f. Cárcel o sitio donde se encierra y asegura a los presos. (...) 7. f. Der. Pena de privación de libertad, inferior a la reclusión y superior a la de arresto. (...) 9. f. pl. Grillos, cadenas y otros instrumentos con que en las cárceles se asegura a los presos.

En ambos términos opera, a simple vista, tomando como referencia sus definiciones comunes, una doble implicación: por un lado, se les considera como un emplazamiento, un lugar, sitio, construcción con cierta cualificación que permite encerrar, recluir y asegurar a los presos. Por otro lado, se asume que constituyen una pena, una sanción que hace recaer el efecto punitivo sobre la libertad de la persona, privándola de ella.

Esta lógica que hoy parece universal no tiene anclaje en los fundamentos originarios del sistema de derecho de raigambre romana (Catalano, 2004, pp. 26 y 27). En el Derecho Romano, si bien existió la cárcel, no se le confirió el alcance de que goza actualmente. La importancia de sentar esta idea primaria estriba en romper con las concepciones imperantes e ilustrar sobre la viabilidad de concebir un catálogo de sanciones diversificado. Siendo así, el objetivo de la exposición que sigue es asumir una perspectiva romanista como referente para

fundamentar una primera propuesta de revisión del sistema de sanciones, sean principales o accesorias, en razón a que este se centra en la privación de la libertad por medio de la encarcelación. Para ello se considera la perspectiva de Barja de Quiroga (2017) cuando sugiere mirar “con ojos actuales lo que entonces fue; así encontraremos numerosas soluciones lógicas y principios con los que deben y pueden resolverse conflictos actuales” (pp. 10 y 11).

La cárcel en el Derecho Romano: ni una pena ni el único medio para privar de la libertad

La pena en el Derecho Romano era el mal que, en retribución por un delito cometido, se le imponía a una persona, en virtud de sentencia judicial y con arreglo a preceptos legales o bien con arreglo a costumbres que tuvieran fuerza de ley (Mommsen, s. f., p. 553). Siguiendo la referencia de D.50,16 este es un elemento que pauta la regularidad para la imposición de la pena: la exigencia de configuración legal previa de la conducta por sancionar (Ferrini, 1899, p. 39).

Sin embargo, en el Derecho Romano no se encuentra una unidad en materia penal. Las penas varían según el plano de aplicación, sea privado o público (Ferrini, 1899, pp. 36 y 37), y las finalidades perseguidas se modifican en los distintos periodos que este atraviesa (Fasolino, 2016, pp. 106-109).

La privación de la libertad, propiamente dicha, es una consecuencia asociada a ciertas sanciones que tienen distintas formas de manifestación en el Derecho Romano, no siendo todas ellas de naturaleza penal. Hay varios supuestos en los que se arriba a situaciones objetivas de privación de la libertad, con causas y manifestaciones particulares (Dassonville, 1880).

Una primera forma es la reconocida pérdida de la libertad consistente en la conversión de ciudadanos romanos en hombres no libres. Los supuestos para tal sanción comprendían “daños graves a la comunidad, especialmente cuando faltaran a las obligaciones militares o cuando infringieran ofensas al derecho internacional de los legados” (Mommsen, s. f., p. 582). No obstante, los medios represivos empleados en casos semejantes

no correspondían al derecho penal, sino a las atribuciones coercitivas de los magistrados (Thomas, 1962, pp. 7-24). Según señala Mommsen

[...] aun entonces, la pérdida de la libertad la imponían los funcionarios referidos, a lo que parece, no ya con el carácter de sanción principal e independiente, sino, antes bien, como medio más suave que la pena de muerte y en sustitución de esta. (s. f., p. 582)

El mismo autor sostiene que en el derecho penal privado la pérdida de la libertad se concibe como “una pena propiamente dicha, que podía imponerse al hombre libre convicto de hurto, el cual era adjudicado en plena propiedad a la persona perjudicada por el delito” (Mommsen, s. f., p. 582). Esta facultad del perjudicado todavía estaba reconocida en la Ley de las Doce Tablas en caso de hurto donde el ladrón fuera cogido in fraganti (Fernández-Bulté, Carreras- Cuevas y Yáñez, 2004, p. 237).

Otra forma de privar de la libertad operaba por medio del ingreso en ciertos establecimientos públicos. De esta manera se configuran los trabajos forzados, introducidos en el principado (Giuffrè, s. f., pp. 116 y 117; Krause, 2006, pp. 69 y 70). “Desde ese momento aparece el trabajo obligatorio como uno de los más importantes medios de penalidad, revistiendo tres grados: trabajo en las minas, trabajos forzosos a perpetuidad y trabajos forzosos temporales” (Mommsen, s. f., p. 585).

La pena de trabajo en minas (Mateo-Sanz, 2012; Blázquez-Martínez, 1989) era vista como la más grave después de la de muerte. Solo se imponía por toda la vida, y si se fijaba algún plazo para extinguirla, no se le podía considerar entonces como condena a las minas en sentido jurídico. “Esta pena llevaba de derecho como accesoria la de pérdida de la libertad, con todas las consecuencias patrimoniales y de otras clases que de la misma se derivaban” (Mommsen, s. f., p. 585).

La pena de trabajos públicos (Téllez-Aguilera, 1998, pp. 27-28) implicaba realizar labores que regularmente se hallaban confiadas a los siervos.

Entre ellas figuran: el arreglo de las calles, la limpieza de las cloacas, el servicio público de barbería y bombas, y en los tiempos posteriores también el trabajo en las panaderías públicas; y por lo que toca

a las mujeres, especialmente el trabajo en los telares imperiales. Se podía imponer a perpetuidad o con carácter de temporal. Como se comprende no se trata de una privación absoluta de la libertad, que comportase la pérdida de la condición de persona libre. (Mommsen, s. f., p. 586)

La condena a combates de fieras y juegos de esgrima, etc. (de las Heras Sánchez, 1985; Mateo Donet, 2018) es una de las formas de ejecución de la pena de muerte, destinándoseles a los espectáculos populares cruentos (Mommsen, s. f., p. 586). Los condenados se entregaban a establecimientos públicos o privados de esta clase. Por razón de su gravedad, esta pena “llevaba legalmente consigo la pérdida de la libertad” (Mommsen, s. f., p. 587). No obstante, “según ciertas reglas sobre los juegos, el condenado podía, dentro de un determinado plazo, pretender que se le eximiera de la obligación de luchar, y hasta quedar completamente libre” (Mommsen, s. f., p. 587).

Como se colige de lo expuesto, la privación de la libertad no resulta ejecutable solo de una manera, sino que puede ser consustancial a varias penas, que revisten formas diversas. Como consecuencia de tales sanciones puede ser absoluta, llegando a la condición de esclavo (Fortunat-Stagl, 2016) o no, y también puede ser temporal o perpetua.

Uno de los elementos más notables de lo anteriormente referido, y que marca la ruptura con el derecho contemporáneo, es que la cárcel no es el espacio para ejecutar una pena que comportase la privación de la libertad. La prisión se veía como un método de detención, como paso previo a su ejecución (Maynz, 1882, p. 31).

De hecho, se ha sostenido que “el ordenamiento jurídico romano no llegó nunca a conocer el encarcelamiento como pena aplicable a los hombres libres a través de sentencia judicial” (Zamora-Manzano, 2015, p. 73). Mommsen afirma al respecto que “ni el derecho de la época republicana ni el de la época del Imperio conocieron la pena de cárcel pública” (s. f., p. 592).

Lo anterior no implica el ocultamiento de que la cárcel en el Imperio “se transformó de facto” (Zamora-Manzano, 2015, p. 74). Ello obedece a que la prisión, en tanto medida de seguridad para la ejecución de otra sanción, podía llegar a tener

una duración indeterminada e incluso perpetua, debido a que la fijación del instante en que había de tener lugar la pena establecida “era cosa que dependía del arbitrio del magistrado, y no existía apenas plazo máximo de ninguna especie señalado al efecto por la ley” (Mommesen, s. f., p. 591).

En consecuencia, no es extraño encontrar referencia en las fuentes romanas a la necesidad de adoptar providencias para hacer más humano el trato a los encarcelados (C. 9,4,2), y también la prohibición expresa del uso de la misma como pena (D. 48,19,8,9).

Independientemente de los cuestionamientos contemporáneos que se puedan hacer a esta comprensión de la cárcel y su relación con la privación de la libertad (Rodríguez-Martín, 2003), es importante tomar en consideración la tesis de que la lógica punitiva se sustenta en una particular relación con la base material que sostiene la vida de la sociedad. Siendo así, como afirma Foucault, siguiendo a Rusche y Kirchheimer, los diferentes regímenes punitivos están vinculados con los sistemas de producción de los que toman sus efectos (2002, p. 17). De tal suerte que el cometido particular de una medida, como la privación de la libertad romana, no es extrapolable a su actual sentido.

La privación de la libertad en el derecho contemporáneo: su equiparación a la cárcel

La concepción de hoy sobre la privación de libertad y su relación con la cárcel es el resultado de una evolución histórica. Como bien apunta Foucault, a fines del siglo XVIII y comienzos del XIX se experimenta la desaparición del espectáculo punitivo y, con ello, “el ceremonial de la pena tiende a entrar en la sombra, para no ser ya más que un nuevo acto de procedimiento o de administración” (2002, p. 8).

El argumento más difundido para justificar esta transición es el propósito de humanizar las penas. Al respecto Miquelarena-Meritello (2013) sostiene que la cárcel se comienza a ver

[...] como el espacio segregativo más importante para el tratamiento de las desviaciones, como un instrumento que al tiempo que humanizaba las

penas (al sustituir el castigo corporal por la privación de la libertad), se adecuaba a los cambios en el proceso productivo e incorporaba elementos disciplinares para la moralización de las clases subordinadas. (p. 2)

También en ese sentido afirma Foucault (2002) que “en su época dio lugar a demasiadas declamaciones; quizá se atribuyó demasiado fácilmente y con demasiado énfasis a una ‘humanización’ que autorizaba a no analizarla” (p. 7).

En este punto la cárcel no era simplemente para la custodia del sujeto infractor de la ley, sino que tenía el propósito de reprimir el acto antijurídico e ilícito. Para sustentar su legitimidad como sanción principal por excelencia (Varona-Gómez, 2019, p. 21) dentro de la teoría general de la pena también se construyó todo el discurso de la prevención (Méndez-Estévez, 2013-2014, pp. 4-22) y la filosofía “re” (Tinedo, 2008, p. 27).

Con una visión más crítica para explicar su auge, López-Melero (2012) señala la necesidad de reflexionar sobre el valor contextual del cambio y cómo este tiene una correspondencia con los imperativos sociales y económicos del entorno que se traducen en el sistema de valores que subyace al orden penal.

En correspondencia con tal parecer García-Méndez (s. f.) asume una visión marxista que lo conduce al cuestionamiento de cuál es la vinculación entre el capitalismo y la pena privativa de la libertad. Este autor es de la opinión de que la centralidad de esta concepción punitiva coincide con “la gran revolución del capitalismo [que] está en la concepción del tiempo” (García-Méndez, s. f., como se cita en Vegh Weis, 2013).

Por otro lado, Foucault (2002) sustenta la tesis de que se trata de una lógica sancionadora marcada por la transformación del castigo “de un arte de las sensaciones insoportables a una economía de los derechos suspendidos” (p. 9). De tal forma que “el cuerpo se encuentra aquí en situación de instrumento o de intermediario; si se interviene sobre él encerrándolo o haciéndolo trabajar, es para privar al individuo de una libertad considerada a la vez como un derecho y un bien” (p. 9). Lo anterior expresa “una nueva moral propia del acto de castigar” (p. 10).

Se entienda en un sentido o en otro, lo cierto es que actualmente la concepción de privación de la libertad en establecimientos penitenciarios se encuentra en una profunda crisis (Elbert, 2017). Los elementos reveladores de tal situación son de diversa índole. Entre ellos figuran los cuestionamientos a la efectividad de la medida para la consecución de las finalidades previstas (Sánchez-Escobar, 2010; Jongezoon-Domínguez, 2021; Cid-Moliné, 2007), la recarga que supone para el sistema de justicia su procesamiento (Novillo-Sigüencia y Quedo-Quinteros, 2023; Oliver-Calderón, 2019), el incremento de la población penitenciaria (Acevedo-Matamoros, 2004; Daunis-Rodríguez, 2016; Rodríguez-Yagüe, 2018) y los costes económicos de todo lo anterior (Marco-Francia, 2019).

Por todos estos motivos, se intenta sustituir la pena de prisión como tendencia internacional. Para ello se ha apostado, principalmente, por las denominadas penas alternativas (Díaz-León, 2022).

En el auge de esta tendencia no hay uniformidad. Pueden considerarse dos motivos principales para ello: 1) la resistencia a que estas penas alternativas se apliquen a delitos graves que lesionan bienes jurídicos supraindividuales o individuales de gran valor como la vida, y 2) la reproducción de la misma lógica deontológica de limitación de la libertad como sustento de las “sanciones alternativas”.

La calificación de figuras “menos graves” no es una categoría siempre preconstituida con un contenido preciso (Méndez-Rodríguez, 2018). No obstante, podría inferirse si directamente se concibiera su marco sancionador con exclusión desde la ley de las penas severas (González-Rodríguez, 2008). En tales casos se aprecia un enfoque facultativo, que deja sentada la tradicional sanción principal y autoriza a los juzgadores para elegir.

La forma como se manifiesta legalmente la presencia de las “sanciones alternativas” obedece al grado de comprensión de los legisladores sobre su verdadera entidad. De tal forma, pueden encontrarse elencos de sanciones “alternativas” que realmente rompen con la lógica carcelaria y otros en los que subyace la réplica de su esencia última, cambiando solo algunos elementos exteriores de ella.

Al respecto debe entenderse que la supresión del recurso a la prisión no implica inmediatamente una “alternativa”, puesto que esta tiene un carácter instrumental a la sanción de privación de la libertad. El mismo Foucault en su obra explica cómo el régimen disciplinario del poder contemporáneo puede expresarse en instituciones que no son cárceles y, por tanto, se pregunta: “¿puede extrañar que la prisión se asemeje a las fábricas, a las escuelas, a los cuarteles, a los hospitales, todos los cuales se asemejan a las prisiones?” (2002, p. 137).

Algunos principios con sustento romanista para repensar el sistema de sanciones penales

La exposición que sigue se ocupa de relacionar unos principios, a modo de punto de partida, que no de arribo, para una reflexión más amplia y compleja. A su vez, estos se cualifican sabiendo que no son los únicos que pudieran considerarse.

El elemento común que singulariza el esquema general de razonamiento del que emergen los principios relacionados reside en la composición de argumentos actuales a partir del Derecho Romano. Sobre el particular se adopta una mirada no solo anclada en su valor histórico, sino que se le enfoca como parte integrante esencial del sistema jurídico (Rinaldi, 2007, p. 135), y en todo momento vigente y legitimado por la tradición.

Asumir un discurso coherente sobre la “libertad”

Este principio toma razón del carácter esencial de la libertad, entendida con sus elementos contextualmente distintivos, dentro de la sociedad romana y contemporánea. Sobre la base de tal premisa se promueve la importancia de su tratamiento coherente en todos los aspectos de la vida, incluido el orden sancionador.

Para el pensamiento jurídico romano la libertad (Hanisch-Espíndola, 1990) es un valor central, aunque su forma de relacionarse con el mismo fuera diferente de la actual. En correspondencia, entre sus reglas (Niccolai, 2022), con aplicación en todos los ámbitos de las relaciones sociales, se

puede individuar el *favor libertatis* (D.50.17.122; D.50.17.106; D.50.17.20).

La transversalidad de esta postura se puede apreciar, aun en cuanto sociedad esclavista, desde el reconocimiento del carácter natural de la libertad. D'Ors (1991) sostuvo, a propósito, que

[...] los romanos tuvieron justa conciencia de la superioridad de su *ius civile*. Puede decirse, en efecto, que este es el derecho “civilizado” por excelencia. Pero en él hay instituciones que se consideran de validez general para todos los pueblos relacionados con Roma, porque se fundan, más que en la forma, en el principio de lealtad a la palabra dada, es decir, la *fides*. [...] Algunos pocos juristas especularon con la idea de que las instituciones aplicables a los *peregrini* procedían del *ius gentium*, en especial, las relativas al comercio de esclavos y a la esclavitud; pero la consideración de que los hombres nacen libres por naturaleza hizo que el derecho de gentes, en algún momento, no se identificara con el derecho natural. (pp. 31-32)

El efecto evidente de tal concepción se percibe en la tendencia de las variaciones que se introducen en sus instituciones, es decir, su paulatina y constante humanización (Irigoyen, 2002).

En el orden penal también se puede apreciar la humanización del Derecho Romano (Solarte-Rodríguez, 2004; Vargas-Castillo, 2022) que se expresa en la atenuación progresiva de la severidad de las sanciones (Roland, 1880, p. 260). Ello tiene un impacto en las penas que comportan limitaciones de la libertad, las cuales, como se ha expuesto, no perseguían nunca el encarcelamiento como finalidad última.

Dentro de la contemporaneidad la libertad adquiere contenido político (Matteucci, 1993, p. 348) y jurídico (Ferrajoli, 2006, p. 114) de renovada relevancia. El desarrollo del discurso en torno a la dignidad humana ha puesto de manifiesto “la existencia de dos grandes valores, la libertad y la igualdad imprescindibles en la vida social para que el hombre pueda desarrollar su moralidad” (Peces-Barba, 1987, p. 23).

La consecuencia más interesante de semejantes consideraciones es el hecho de que “los derechos de libertad (...) no pueden ser lesionados” (Ferrajoli,

2006, p. 114). Partiendo de esta idea, resulta cuestionable la persistencia de un sistema de sanciones que se construya, en lo fundamental, en torno a la restricción de la libertad, haciendo a la pena impuesta discordante por su carácter y gravedad con respecto a la naturaleza del bien jurídico protegido en la mayoría de los casos (Jongezoon-Domínguez, 2021, pp. 103-104).

Armonizar la naturaleza de la sanción con los fines perseguidos

Lo que se pretende destacar con este principio es la necesidad de concordancia entre dos elementos íntimamente ligados. Cada sanción, dentro de un sistema dado, debe procurar la concurrencia con el o los fines previstos.

En el orden penal romano la correspondencia entre fines y penas se aprecia de forma evidente en su flexible adaptación a los cambios históricos. Esa capacidad de evolución y ajuste que distingue a todo el Derecho Romano (Riccobono, 2021), tiene su propia forma de expresión en la ordenación del sistema punitivo (Zanetta-Magi y Villalba, 2020).

Aun sin contar con una explícita sistematización en las fuentes, es posible distinguir las finalidades que individúan los distintos periodos en Roma. Como afirma Fasolino (2016, pp. 106-109), en la edad antigua prima la finalidad satisfactoria, ligada a su carácter vindicativo y religioso; en la edad clásica impera la finalidad retributiva, y en el Bajo Imperio se abre paso la finalidad preventiva que llega a prevalecer en la época tardoantigua, a pesar de que en ella se acumulan propósitos afines a sus objetivos disuasorio y admonitorio.

La manifestación perceptible de estos ajustes se constata en el elenco de penas imponibles en cada periodo. Estos cambios son expresión de la integralidad y correspondencia armónica con que se actualizaba el ordenamiento vigente. Por lo que aquí corresponde, en torno a la cárcel como medio para sancionar a la privación de la libertad, cabe reiterar que no tuvo cabida en tal lógica en ningún momento.

Por su parte, en el derecho contemporáneo existe una verdadera diversidad de criterios sobre los fines de la pena (Meini-Méndez, 2013). En tanto

la pena es un pesar para quien debe cumplirla, es preciso que esta cuente con una certera justificación para su aplicación (Feijoo- Sánchez, 2014).

Sea cual fuere el argumento para respaldar una determinada sanción, esta puede perder legitimidad si no respeta el principio de proporcionalidad de la pena (Rojas, 2009). Por su intermediación se procura asegurar la concreción de los motivos de la norma penal y de las sanciones previstas, haciendo uso de directrices de racionalización en el ejercicio del *ius puniendi* (Fuentes-Cubillos, 2008).

Sin embargo, sucede que, comparando la gravedad de las respectivas penas, con relación a la jerarquía de los bienes jurídicos que cada una pretende proteger, se puede notar cierta desproporción (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1999), que no es atribuible siempre al operador, sino que depende de la configuración legal prevista. En ello tiene una sensible influencia la trascendencia actual de la libertad y la centralidad de recurrencia a medidas punitivas de índole carcelaria.

Diversificar, esencialmente, el sistema de sanciones penales

Para complementar los anteriores principios se hace imprescindible una tercera proposición enfocada a transformar el sistema de sanciones penales, de manera que pase a ser heterogéneo. En aras de que la variación sea sustancial y la pluralidad verdadera debe procurarse un cambio sensible en la esencia de los elementos que lo componen, de modo que se ofrezcan alternativas reales.

En el Derecho Romano, la larga evolución que marca la precisión de los ilícitos va acompañada siempre de una proporcional presencia de posibles sanciones. Como explica Mommsen en la República: “se contaban seis u ocho medios de penalidad; pero es de advertir, con relación a ellos, que no a todos les cuadraba el concepto de pena en su riguroso sentido jurídico” (s. f., p. 559). De hecho, dada la limitada configuración de tipos que pudieran considerarse delictivos, al menos hasta la época de Sila, “las sanciones previstas por las leyes que establecían quaestiones seguían siendo las mismas que antes, es decir, la muerte o el pago de una suma de dinero” (Santalucia, 1998, p. 181).

La simplicidad de este sistema de penas se corresponde con la subdivisión entre delitos públicos y privados. Sobre este tema Mommsen apunta que

[...]el delito público se retribuía con la muerte, y el privado con reparaciones pecuniarias; siendo de advertir, no obstante, que el primero de estos procedimientos, el capital o público, hubo de atenuarse y dulcificarse de un modo esencial, a partir de los primeros tiempos, merced, de un lado, al indulto, que a menudo lo provocaba el condenado ausentándose voluntariamente de Roma, y de otro lado, merced al hecho de permitirse imponer, en lugar de la pena de muerte, indemnizaciones pecuniarias. (s. f., p. 560)

Lo anterior explica que rápidamente se comienza a evidenciar la diversificación de las sanciones.

La tendencia antes aludida conducirá a la conformación de un catálogo creciente dentro del cual, en el Imperio, se pueden agrupar las penas en las categorías de capitales y no capitales (Hunter, 1903, pp. 1064-1065). En esa misma lógica, y con total transparencia sobre la naturaleza clasista de la sociedad, las penas varían según la pertenencia del individuo a ciertos grupos sociales, con lo cual se refuerza la aptitud del sistema para individuar la sanción (vid. cuadro de las penas de que habla el jurisconsulto Paulo en su resumen del derecho criminal romano reproducido en Mommsen, s. f. pp. 647-651).

Teóricamente, para el derecho contemporáneo un rasgo que debe estar presente en los distintos sistemas punitivos es “la riqueza y diversidad del cuadro de sanciones” (Tamarit- Sumalla, 2013, p. 15). Con ello se estaría procurando que al individualizar (Loranca-Muñoz, 2008) la sanción no solo se consideraran los criterios de individualización de la pena (Besio-Hernández, 2011), sino que se cuente con una verdadera gama de opciones para hacerlo.

Una exigencia semejante “debería poder relegar la pena privativa de libertad a un rol secundario en la respuesta a las formas de criminalidad menos grave” (Tamarit-Sumalla, 2013, p. 16). Sin embargo, como se ha venido exponiendo, la situación actual ofrece un panorama que aún está lejos de alcanzar este objetivo. De ahí la importancia de una mirada integral a presupuestos como los analizados para

procurar revertir el estado imperante dentro de una lógica coherente con el sistema jurídico.

Conclusiones

A modo de síntesis de lo expuesto se puede sostener que:

- La privación de la libertad, propiamente dicha, es una consecuencia asociada a ciertas sanciones que tienen distintas formas de manifestación en el Derecho Romano. Sin embargo, la cárcel no fue considerada nunca un medio para infligir una pena semejante.
- La lógica de la privación de libertad contemporánea es otra, sustentada en una noción de disciplina
- Desde la herencia romanista se pueden abstraer tres principios que sirven como punto de partida para repensar en la forma y, particularmente, en el fondo el sistema de sanciones penales actuales. A tal efecto puede considerarse el asumir un discurso coherente sobre la “libertad”, la armonización de la naturaleza de la sanción con los fines perseguidos, y el diversificar, esencialmente, el sistema de sanciones penales.

Referencias

- Acevedo-Matamoros, M. (2004). El sistema penitenciario en el contexto de la política criminal actual. *Revista de Ciencias Sociales* III, 105, 99-105.
- Barja de Quiroga, J. (2017). Presentación. En C. Ferrini, *Derecho Penal Romano*. Marcial Pons.
- Bazin, P. L. (1859). *Droit romain: -- De poenis; livre XLVIII, tit. XIX, au Dig. De bonis damnatorum; livre XLVIII, t. XX. De interdictis et relegatis et dportis, eod. 1, t. XXI. Droit français -- Des incapacités des condamnations criminelles et correctionnelles*. Ve Lacour.
- Blázquez-Martínez, J. M. (1989). En C. Domergue (coord.), *Minería y Metalurgia en las antiguas civilizaciones mediterráneas y europeas*. Coloquio Internacional Asociado, Madrid, 24-28 octubre de 1985.
- Besio-Hernández, M. (2011). *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*. Tirant lo Blanch.
- Cid-Moliné, J. (2007). ¿Es la prisión criminógena? (un análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena). *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 19, 427-456.
- Catalano, P. (2004). Sistema y ordenamientos: el ejemplo de América Latina. Roma e America. *Diritto Romano Comune*, 18.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (1999). *Jurisprudencia, leyes, inconstitucionalidad. Sumario de fallo, 15 de diciembre de 1999. Pena, graduación de la pena, bien jurídico protegido, delitos, robo calificado, robo de automotor, robo con armas*, Id SAIJ: SUJ0025259. <http://www.saij.gob.ar>
- Dassonville, G. (1880). *Des peines qui emportaient privation de la liberté naturelle. Droit français. Étude comparative de la transportation et de l'emprisonnement cellulaire, aux deux points de vue cellulaire et moralisateur. État de la question en France et dans quelques pays*. (Tesis doctoral). Thèse pour le doctorat, impr. de A. Parent, Paris. <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5789678q.r=.langEN>
- Daunis-Rodríguez, A. (2016). Ocupación carcelaria. Hipótesis acerca del descenso de la población penitenciaria en España. *Estudios Penales y Criminológicos* XXXVI, 447-483.
- de las Heras-Sánchez, G. R. (1985). Una nota sobre la damnatio ad bestias. *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, 11, 143-146.
- Díaz-León, N. M. (2022). La sanción de privación de libertad, sus alternativas. *Revista Científica Cultura, Comunicación y Desarrollo* 7(1), 72-77. <https://orcid.org/0000-0002-4350-0924>
- d'Ors, Á. (1991). *Elementos de Derecho Privado Romano*. Ediciones Universidad de Navarra.
- Elbert, C. A. (2017). Historia y crisis de la pena de prisión. *Nuevo Foro Penal* 12(18), 170-182. <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/4484>

- Fasolino, F. (2016). *Pena, amnistía, emenda: una prospettiva storico-giuridica*. Jovene Editore.
- Feijoo-Sánchez, B. (2014). *La legitimidad de la pena estatal. Un breve recorrido por las teorías de la pena*. Iustel.
- Fernández-Bulté, J., Carreras-Cuevas D. y Yáñez, R. M. (2004). *Manual de Derecho Romano*. Editorial Félix Varela.
- Ferrajoli, L. (2006). Sobre los derechos fundamentales. Cuestiones constitucionales. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 1(15). <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2006.15.5772>
- Ferrini, C. (1899). *Diritto Penale Romano, Teorie Generali*. Ulrico Hoepli Editore, Libraio Della Real Casa.
- Foucault, M. (2002). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Siglo XXI Editores.
- Fortunat-Stagl, J. (2016). De cómo el hombre llegó a ser persona: los orígenes de un concepto jurídico-filosófico en el derecho romano. *Revista de Derecho - Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 45(2), 373-401. <https://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/1074>
- Fuentes-Cubillos, H. (2008). El principio de proporcionalidad en derecho penal: algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena. *Ius et Praxis* 14(2), 1-21. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000200002>
- García del Corral, I. L. (1892). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Segunda Parte. Jaime Molina.
- García del Corral, I. L. (1897). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Primera Parte. Tomo III. Jaime Molina.
- García-Méndez, E. (s. f.). Curso General. “Tiempo, dominación y libertad”. “Pena y Estructura Social. La evolución histórica de los sistemas punitivos”.
- Giuffrè, V. (s. f.). *La ‘repressione criminale’ nell’esperienza romana*. Casa editrice Jovene.
- González-Rodríguez, M. (2008). El Derecho Penal desde una evaluación crítica. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, REPC*, 10, 10-11.
- Hanisch-Espíndola, H. (1990). Concepto de la libertad en el derecho romano. *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 16, 11-19.
- Hunter, W. A. (1903). *A systematic and historical exposition of Roman Law in the order of a code, embodying the Institutes of Gaius and the Institutes of Justinian*. 4th ed. Maxwell.
- Irigoyen, M. (2002). La humanidad del esclavo en el Derecho Romano. *Iter*, 10, 210-215.
- Jongezoon-Domínguez, S. K. (2021). La función social de la pena de prisión. *Revista Ciencia Multidisciplinaria CUNORI*, 5(1), 99-109. <https://doi.org/10.36314/cunori.v5i1.156>
- Krause, J.-U. (2006). *La criminalità nel mondo antico*. Carocci editore S.p.A.
- López-Melero, M. (2012). Evolución de los sistemas penitenciarios y de la ejecución penal. *Anuario Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá*, 5, 401-448.
- Loranca-Muñoz, C. (2008). *Individualización judicial de las penas y medidas de seguridad*. Consejo de la Judicatura Federal.
- Marco Francia, M. P. (2019). El fracaso de la pena privativa de libertad y su coste económico. *Anuario del Centro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Calatayud*, 25, 173-187.
- Mateo-Donet, M. A. (2018). Suplicios dobles en las condenas capitales romanas. *Latomus* 77(1), 177-190. <https://www.jstor.org/stable/48741678>
- Mateo-Sanz, A. (2012). Nuevas reflexiones sobre el régimen jurídico minero romano. En Minería y metalurgia antiguas: visiones y revisiones. Homenaje a Claude Domergue. Casa de Velázquez. <http://books.openedition.org/cvz/17219>
- Matteucci, N. (1993). Constitucionalismo. En N. Bobbio, N. Matteucci y G. Pasquino (dirs.), *Diccionario de Política*. Siglo XXI Editores.
- Maynz, C. G. (1882). *Esquisse historique du droit criminel de l’Ancienne Rome*. Kessinger’s Rare Reprints.
- Meini-Méndez, I. (2013). La pena: función y presupuestos. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, 71, 141-167.
- Méndez-Estévez, S. (2013-2014). *Prevención y delito*. Universidad de La Laguna.
- Méndez-Rodríguez, C. (2018). Tipos de infracciones penales: delitos graves, menos graves y leves. En M. P. Díaz-Pita (dir.), *Acceso a la abogacía*, Tomo III. Materia penal.

- Miquelarena-Meritello, A. (2013). Las cárceles y sus orígenes. *Pensamiento penal*. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/08/doctrina37067.pdf>
- Mommsen, T. (s. f.) *Derecho Penal Romano*. <https://pdfcoffee.com/download/mommsen-theodor-derecho-penal-romano-3-pdf-free.html>
- Niccolai, S. (2022). *Principi del diritto. Principi della convivenza. Uno studio sulle regule iuris*. Editoriale Scientifica.
- Novillo-Siguencia, C. G. y Quevedo-Quinteros, R. (2023). Sobrecarga del sistema procesal penal por falta de aplicación del principio de objetividad fiscal. *MQRInvestigar*, 7(2), 298-321. <https://doi.org/10.56048/MQR20225.7.2.2023.298-321>
- Téllez-Aguilera, A. (1998). Los sistemas penitenciarios y sus prisiones. *Derecho y realidad*. Edisofer.
- Tinedo, G. (2008). Reflexiones sobre el sentido de la pena. *Capítulo criminológico. Revista de las disciplinas del Control Social*, 36(4), 27-50.
- Thomas, J. A. C. (1962). Desarrollo del Derecho Criminal Romano. *Anuario de historia del derecho español*, 32, 7-24. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2050281.pdf>
- Torrent, A. (2005). Derecho Penal Romano. I. Épocas monárquica y republicana. En F. Camacho de los Ríos y M. Aránzazu Calzada González (coords.), *El derecho penal: de Roma al derecho actual*, 11-42.
- Oliver-Calderón, G. (2019). Reflexiones sobre los mecanismos de justicia penal negociada en Chile. *Revista chilena de derecho*, 46, 2. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372019000200451>
- Peces-Barba, G. (1987). Derechos fundamentales. *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 2.
- Real Academia Española. (2023). *Diccionario de la lengua española*. <https://dle.rae.es/c%C3%A1rcel> y <https://dle.rae.es/prisi%C3%B3n>
- Riccobono, S. (2021). Esbozo de la evolución del derecho romano. *Revista de Derecho Privado*, 40, 497-512.
- Rinaldi, N. D. (2007). *Lecciones ampliadas de Derecho Romano*. Buenos Aires.
- Rojas, I. Y. (2009). La proporcionalidad en las penas. En D. Cienfuegos Salgado y M. Cifuentes Vargas (coords.), *El ilícito y su castigo*. UNAM.
- Roland, R. (1880). *De l'esprit du droit criminel aux différentes époques: dans l'antiquité, dans les temps modernes et d'après les nouveaux principes de la science pénitentiaire*. Forgotten Books.
- Rodríguez-Martín, J. D. (2003). *La pena de prisión bajo Justiniano: Ulpiano vs. Calístrato*. En Torallas-Pérez (eds.), *Castigo y reclusión en el mundo antiguo*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
- Rodríguez-Yagüe, C. (2018). Un análisis de las estrategias contra la sobrepoblación penitenciaria en España a la luz de los estándares europeos. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20.
- Sánchez-Escobar, C. (2010). Pena, castigo y prevención en la sociedad actual. De la pena privativa de libertad a las alternativas de la pena. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, 2, 101.
- Santalucia, B. (1998). *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano. Giuffrè Francis Lefebvre.
- Solarte-Rodríguez, A. (2004). Los actos ilícitos en el derecho romano. *Vniversitas*, 53(107), 691-746.
- Tamarit-Sumalla, J. M. (2013). *Sanciones penales y ejecución penal*. <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/36157-sanciones-penales-y-ejecucion-penal>
- Vargas-Castillo, M. (2022). El crimen desde la concepción de la antigua Roma, un juicio justo y una pena pública. *Regunt*, 2(2), 36-44.
- Varona-Gómez, D. (2019). La suspensión de la pena de prisión: razones de una historia de éxito. *Revista Española de Investigación Criminológica: REIC*, 17, 1-36. <https://doi.org/10.46381/reic.v17i0.259>
- Vegh Weis, V. (2013). Un abordaje marxista de las teorías de la pena. X Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires. <http://www.aacademica.org/000-038/567>
- Zamora-Manzano, J. L. (2015). *La administración penitenciaria en el Derecho Romano: gestión, tratamiento y mejora de la custodia carcelaria*. Dykinson.
- Zanetta-Magi, M. y Villalba, J. F. (2020). Crímenes, delitos, cuasidelitos en Roma. Su inserción en el derecho penal argentino. *Revista de Derecho Romano*, 2. [https://doi.org/10.22529/rdr.2020\(2\)02](https://doi.org/10.22529/rdr.2020(2)02)

