Ivs Fvgit, 7, 1998, pp. 123-176

LA PENA DE INFAMIA EN LA CODIFICACIÓN PENAL ESPAÑOLA

Aniceto MASFERRER DOMINGO
Facultad de Derecho
Universidad de Gerona

SUMARIO

1. Introducción. 2. La pena de infamia en el derecho histórico español. 2.1. Noción jurídica. 2.2. La pena de infamia desde una perspectiva penal moderna. 3. La pena de infamia en la etapa pre-codificadora. 3.1. Beccaria. 3.2. Lardizábal y su influjo en la doctrina española. 4. La pena de infamia en la Codificación penal española: el Código de 1822. 4.1. Sujetos de la infamia. 4.2. Efectos de la infamia. 4.3. Rehabilitación de la pena de infamia. 4.4. Efectos civiles de la infamia. 4.5. Supuestos y aplicación de la pena de infamia. 4.6. La prevención general y el carácter infamante de las penas. 5. La supresión de la pena de infamia en el Derecho español. 6. Conclusiones.

«Nadie será sometido a torturas ni a *penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*»[1].

[1] Art. 5 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, fuente y modelo del art. 15 de la Constitución española de 1978.

1. INTRODUCCIÓN

El honor y la fama se han constituido —históricamente— como derechos jurídicamente protegidos[2]. No obstante, como señala Pérez Martín, el contenido jurídico-social del honor ha cambiado con el transcurso del tiempo, al igual que han cambiado también las personas a quienes se las considera al margen del derecho al honor y, por tanto, no susceptibles de ser lesionadas en un honor que no poseen[3]. La fama y el honor han sido estudiados desde diversas ópticas, jurídicas y no jurídicas[4].

No resulta fácil dar una noción de honor que integre los distintos matices que la han cofigurado a lo largo de la historia[5]. Incluso en la actualidad, no aparece claro el concepto positivo de honor por la existencia de múltiples expresiones de significación afín[6], lo cual no es signo de descuido por parte de la doctrina[7], sino manifestación concreta de su intrínseca complejidad. Según afirma

---

[2] PÉREZ MARTÍN, Antonio, «La protección del honor y la fama en el derecho histórico español», en *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, n.º 11, 1991. También existe una obra más antigua de Rafael SERRA RUIZ: *Honor, honra e injuria en el Derecho medieval español*, Murcia, 1969.

[3] PÉREZ MARTÍN, ob. cit., p. 117. En este sentido, algunos textos antiguos como el *Breviario de Alarico* no consideraban ya como sujetos pasivos de la injuria a los infames, por entender que en realidad carecían ya del honor. Ver también Sentencias de Paulo 5.4.1-20 (22).

[4] Existe un interesante estudio sobre *La idea de la fama en la Edad Media Castellana*, Madrid, 1983, de M.ª Rosa LIDA de MARKIEL, que lleva esta materia al campo de la literatura medieval.

[5] BECCARIA, Cesare, en *De los delitos y de las penas* (Alianza Editorial, Madrid, 1996), afirma que la «palabra honor es una de aquellas que ha servido de base a dilatados y brillantes razonamiento sin fijarle alguna significación estable y permanente... Es una de aquellas ideas complejas, que son un agregado, no sólo de ideas simples, sino de ideas igualmente complicadas, que en el vario modo de presentarse a la mente, ya admiten y ya excluyen algunos diferentes elementos que las componen, sin conservar más que algunas pocas ideas comunes, como muchas cantidades complejas aljebraicas admiten un común divisor» (p. 41).

[6] PLAZA PENADES, Javier, *El derecho al honor y la libertad de expresión*. Valencia, 1996. En esta reciente obra se puede apreciar la persistente dificultad que conlleva la determinación de la noción jurídica de honor en el actual ordenamiento jurídico español. Según este autor, «existen graves dificultades teóricas a la hora de buscar un concepto positivo de honor, puesto que esta palabra se confunde en el lenguaje ordinario con otras de significación afín, tales como la dignidad, la fama o la honra. Es por eso que defendemos un concepto jurídico de honor unitario, dentro del cual queden englobadas todas las posibles acepciones que poseen estos vocablos; sin que quepa establecer ninguna distinción entre ellas en base a la cual fundamentar un tratamiento jurídico distinto» (p. 139). BARBERO SANTOS, M., en «Los delitos contra el honor en Roma», *Revista Jurídica Veracruzana*, tomo XIII, n.º 1, 1962, p. 75, reconoce abiertamente la dificultad que entraña la determinación del bien objeto de protección de los delitos contra el honor.

[7] «En los últimos años se ha intensificado notablemente en la doctrina el estudio de los delitos contra el honor, como reflejo del interés que ha despertado en la sociedad la protección del bien jurídico honor...», en *Protección penal del honor*, Madrid, 1993, p. 15 (de CARDENAL MURILLO, A., y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO). En los últimos años, numerosos autores han publicado estudios en torno a la protección del derecho al honor, tanto constitucional como civil y penal.

Serra Ruiz, «el honor es relativo, mutable, eminentemente social, nutriéndose de las creencias colectivas de cada momento histórico, de la verdad común creída y admitida en cada instante»[8]. Sin embargo, esta relatividad —a nuestro juicio— no es absoluta, pues dicho concepto parece contener un núcleo duro que ha permanecido a lo largo de los siglos, con independencia de las distintas manifestaciones que han ido configurando sus contornos, ciertamente más flexibles.

El honor —o reputación— es uno de los bienes esenciales del hombre, imprescindible para su vida en sociedad y merecedor de protección jurídica desde la antigüedad hasta nuestros días. Este derecho, contenido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 —que en este año cumple su cincuenta aniversario—[9], pertenece también —en terminología moderna— a la llamada categoría de los derechos o bienes de la personalidad, y en la actualidad es elevado al rango de derecho fundamental en la Constitución de 1978[10].

Resulta comúnmente admitido y conocido que «fueron muy frecuentes en todas partes ciertas penas que recaían sobre la dignidad del penado privándole jurídicamente de su honor; mas tales penalidades casi han desaparecido en absoluto del derecho moderno»[11].

Históricamente, el Derecho no siempre ha protegido el honor de todas las personas, sino tan sólo el de aquellas que, por su conducta, se manifestaban dignas de ella y, por tanto, susceptibles de ser lesionadas. En este sentido, el Derecho histórico no sólo ha desprotegido a determinados sujetos del honor debido, sino que determinadas medidas penales se encaminaban a la sustracción jurídica del mismo, con el fin de apartarlos de la vida social e institucional.

---

[8] SERRA RUIZ, ob. cit., p. 16. A esta misma idea responden las afirmaciones de SAIZ CANTERO, en «El contenido sustancial del delito de injurias», *ADP y CP*, tomo X, fascículo I, enero-abril, MCMLVII, p. 89, al señalar que «es característica del honor protegido su movilidad. Las reglas de elaboración cambian no sólo con los tiempos, sino también según los distintos círculos culturales, correspondientes a idéntica hora histórica». Ver también CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.ª, «La protección al honor en el Derecho Español», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, diciembre 1957.

[9] Art. 12 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre: «Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación: Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques». Disponemos la obra de CARRILLO SALCEDO, J. A., *Textos básicos de Naciones Unidas. Dirección, recopilación de textos, notas y estudio preeliminar*, Madrid, 1981.

[10] Art. 18 CE: «Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen...».

[11] CUELLO CALÓN, Eugenio, *Penología*, Madrid, 1920, p. 256. Y más adelante afirma: «Las penas infamantes, las que tienden a privar al condenado de su honor, han desaparecido de la mayor parte de los códigos modernos» (p. 258).

No en vano dispone el art. 15 del texto constitucional que «todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, *en ningún caso*, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes».

Nuestros antepasados no concibieron el honor como jurídicamente irrenunciable, inalienable e imprescriptible. Su noción responde a la ruda —y a veces cruel— suerte del devenir concreto de los acontecimientos. El honor de la persona no era algo permanente, sino fruto de la propia conducta, era algo merecido. Y el Derecho sólo protegía lo existente y palpable, y en consecuencia, debía dilucidar quién era y quién no digno de honor. Esta concepción contiene cierta —y no casual— afinidad con aquella noción de honor entendida como «gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas y acciones mismas del que se la granjean»[12]. En esta misma línea se desarrolla la noción de honor entendida como «la prerrogativa que compete a todo hombre de ser reputado por bueno mientras no se le convence de malo»[13].

Pero el Derecho no sólo constata la falta de honor de una persona, sino que la declara y afirma de manera pública y notoria, de manera que, al publicarla, aumenta el efecto degradador de la propia dignidad, hasta constituirse en una auténtica pena impuesta por el Poder Público frente a determinadas conductas que ya de por sí producían —y algunas, siguen produciendo— la infamia y el deshonor.

Esta concepción —un tanto extraña a nuestra mentalidad— ha tenido mucha fuerza durante siglos en España y en todo Occidente, con sus distintas consecuencias también jurídicas, que la doctrina jurídica debe estudiar y ponderar, no desde una perspectiva actual, sino más bien histórico-filosófica y jurídica. La Historia tiene sus luces y sombras, pero siempre contiene elementos dignos de ser tenidos en cuenta para mejorar los tiempos actuales y enfocar los futuros, en los que la persona vea cada vez más respetada su dignidad y pueda desarrollarse como tal[14].

---

[12] Definición recogida en el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, 20.ª ed., 1984.
También define la *honra* como «buena opinión y fama, adquirida por la virtud y el mérito», lo que nos permite apreciar la estrecha relación existente entre ambos términos. Honor, honra y fama aparecen como sinónimos, y como tal, carecería de interés y sentido para nuestro estudio pretender matizar aún más su contenido.

[13] FORNER, Juan P., *Discurso sobre la tortura* (edic. de Santiago Mollfulleda), Barcelona, 1990, p. 141.

[14] Desde una perspectiva jurídico-filosófica, resulta muy interesante la obra de CATTANEO, Mario A., *Pena Diritto e Dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino, 1990.

2. LA PENA DE INFAMIA EN EL DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL

2.1. Noción jurídica

Hasta el momento, no resulta demasiado clara la noción jurídica de esta pena. La razón es clara: apenas se ha estudiado. Los estudiosos, en numerosas ocasiones, al tratar la pena de infamia, tan sólo mencionan el texto de las Partidas y el precedente romano[15], lo que siendo ciertamente comprensible, es una muestra palpable del actual desconocimiento existente en torno a esta pena en nuestro Derecho histórico[16].

Las razones de tal desconocimiento son múltiples y variadas. En primer lugar, cabe tener en cuenta la escasa atención que la doctrina histórico-jurídica —salvo algunas excepciones[17]— ha prestado a la tradición criminal española[18]. Las penas contra el honor han desarrollado un papel fundamental en la historia de la Humanidad, y se extendieron por todos los territorios del entorno europeo. No obstante, en cada territorio tenían su genuino perfil. No son la misma realidad las

---

[15] Este hecho se percibe al buscar este término en los diccionarios antiguos, a saber: *Diccionario enciclopédico de la Lengua española, con todas las voces... usadas en España y en las Américas españolas*, Madrid, 1864. En *Diccionario enciclopédico Salvat*, Barcelona-Buenos Aires, 1945. En *Enciclopedia universal ilustrada europeo-americana*, Barcelona (Hijos de Espasa Calpe). *En Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia* (de J. Escriche), Madrid, 1847, entre otros.

[16] No parece que ningún historiador del derecho haya prestado atención a esta pena tan extendida en la historia jurídico-criminal española, mientras que los romanistas han mostrado mayor interés en su estudio. Por de pronto, Rodríguez Flores la trató desde la perspectiva del tema de su tesis doctoral titulada *El perdón real en Castilla*, dirigida por Tomás y Valiente, y publicada en Salamanca en 1971, en donde sólo trata de los efectos personales del perdón real, y basándose en el texto de las Partidas.

[17] TOMÁS Y VALIENTE, Tomás, *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta (siglos XVI, XVII, XVIII)*, Edit. Tecnos, Madrid, 1992. Cabe destacar el esfuerzo desarrollado por el profesor Tomás y Valiente en sus estudios sobre Derecho penal histórico, centrados en el territorio de Castilla. En este sentido, ha publicado «Teoría y práctica de la tortura judicial en las obras de Lorenzo Matheu i Sanz» (1618-1680), en *AHDE*, 41 (1971), pp. 439-487; «La última etapa y la abolición de la tortura judicial en España», en *Anales de la Univ. de la Laguna. Facultad de Derecho*, 1963; «Derecho y proceso penal a finales del siglo XVIII: La crítica de Beccaria», prólogo a la edición de C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, ed. Aguilar, Madrid, 1969, pp. 9-53; «La tortura judicial y sus posibles supervivencias», en *Problemas actuales de Derecho penal y procesal*, Salamanca, 1971, pp. 125-142; *La tortura en España. Estudios históricos*, Ed. Ariel, Salamanca, 1973, reúne los anteriores trabajos; «El perdón de la parte ofendida en el derecho penal castellano» (siglos XVI, XVII, XVIII), *AHDE*, 31 (1961), pp. 55-114; cabe destacar también el esfuerzo realizado por otros autores que, no siendo juristas, han hecho valiosas aportaciones, por ejemplo DE LAS HERAS SANTOS, José Luis, *La Justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla*, Salamanca, 1991.

[18] «El Derecho criminal, al igual que otras muchas parcelas del ordenamiento jurídico, no ha sido objeto de atención por parte de los historiadores del Derecho más que en muy pequeña medida. En efecto, es muy poca —y en su mayor parte anticuada— la bibliografía de que disponemos». Con estas palabras empieza la introducción de la obra de Montanos y Sánchez-Arcilla titulada *Estudios de historia del derecho criminal*, Madrid, 1990, p. 7.

Ehrenstrafen —penas contra el honor— del Derecho germánico y la pena de infamia del Derecho romano. Existen aspectos comunes y elementos claramente distintos. La pena de infamia que rigió en nuestros derechos históricos no fue la mera recepción del Derecho justinianeo, sino que deben distinguirse también aspectos genuinamente germánicos, visigodos y, cómo no, del Derecho canónico.

No pretendemos realizar aquí un estudio completo sobre la evolución histórico-jurídica de la pena de infamia en el Derecho histórico español[19], pero sí dar una noción lo suficientemente amplia como para poder abarcar los distintos matices que han configurado el marco jurídico-penal de este tipo de penas en el transcurso de nuestra historia jurídica; y, consiguientemente, estudiar esta figura en nuestra codificación penal, y de modo particular, el de 1822, pues fue el único que estableció esta pena. El estudio de estos aspectos nos induce a plantear la causa de su desaparición en el código de 1848-50; o enjuiciar la conformidad de esta pena con el Estado constitucional, examinando su adecuación con los diferentes textos constitucionales que fueron sucediéndose.

Respecto a la génesis de esta pena, aunque Drapkin[20], en el descubrimiento de algunos códigos pre-hamurábicos, intenta probar que antes del año 2000 a.C., algún código ya impresionaba como más humano y menos cruel en sus multas e indemnizaciones, no nos proporciona ninguna información sobre estas penas. Resultaría difícil —y quizás poco útil— averiguar el origen de la pena de infamia.

Según parece, en Grecia ya se aplicaba la infamia para determinados casos de adulterio[21]. Resulta congruente pensar que la mayoría de los pueblos antiguos han aplicado castigos infamantes o deshonrosos, pero no debemos confundir estas medidas con la pena jurídica de infamia.

La infamia ha sido objeto de estudio por la doctrina romanista[22], que al observar la evolución de esta institución jurídica, desde los inicios del Derecho

---

[19] Actualmente está siendo objeto de estudio en mi trabajo de tesis doctoral dirigida por el Prof. Sarrión Gualda, catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones.

[20] DRAPKIN, Israel, «Los "códigos" pre-hamurábicos», en *Anuario de Derecho Penal y de las Ciencias Penales* (ADP y CP), fasc. II, 1982, p. 337.

[21] MACHADO CARRILLO, Mario J., *El adulterio en el derecho penal pasado, presente y futuro*, Valencia, 1977, p. 26: «La pena de ésta consistiría en su propia vergüenza y en la tacha de infamia, obligándose a llevar determinados vestidos que publicaban su condición de adúltera».

[22] Existen algunos estudios acerca de la infamia en el Derecho romano, entre los cuales destacamos: FERNÁNDEZ BUJÁN, A., «Observaciones acerca de las nociones de ignominia e infamia en Derecho romano», en *Homenaje a J. B. de Goytisolo*, Madrid, 1988, vol. IV, p. 313; KASER, M., «Infamia und ignominia in der römischen Reschtsquellen», en *ZSS*, 1956, 73, pp. 220-223; BRASIELLO, U., *sub voce* INFAMIA, en *NNDI*, p. 643; POMMERAY, *Études sur l'infamie en Droit romain*, París, 1937; SACCHI, *sub voce* INFAMIA, en *Novissimo Digesto Italiano*, pp. 1053-54; d'ORS, A., «Una nueva lista de acciones infamantes», en *Sodalitas*, 1984, p. 2585 ss.; BLANCH, J. M.ª, «Nota a propósito de la *actio in dolo* y su carácter infamante», en *Estudios en homenaje a Juan Iglesias*, Madrid, 1988, pp. 1151 ss.; LEVY, E., «Zur Infamie im römischen Strafrecht», en *Studi S. Riccobono*, 2, Palermo, 1936. El más reciente pertenece a CAMACHO DE LOS RÍOS, Fermín, *La infamia en el Derecho romano*, Alicante, 1997.

romano hasta su posterior regulación por la compilación justinianea, ha puesto de relieve su complejidad jurídico-conceptual. En todo caso, podemos afirmar que en el Derecho romano ya existía la degradación del honor civil mediante la infamia[23].

Esta pena se aplicó en la Península Ibérica desde los tiempos romanos hasta la codificación penal. Este hecho justifica el que muchos autores la incluyan en la tipología general de las penas. Carrara distingue entre las penas capitales, aflictivas, infamantes y pecuniarias[24]. Lalinde Abadía distingue entre penas corporales, de libertad, infamantes y patrimoniales[25]. San Isidoro, en la España visigoda, considera la existencia de ocho tipos de castigo: multa, cadenas, azotes, talión, ignominia, exilio, esclavitud y muerte[26].

El interés que suscitan este tipo de penas radica no tanto en su origen sino más bien en el contenido y efectos que se han derivado de su declaración a lo largo de nuestra historia jurídico-criminal. La declaración de infamia en el Derecho Romano Justinianeo afectaba sectorialmente en las esferas tanto pública como privada. Si bien es cierto que esta pena ha llegado hasta la codificación, también resulta necesario afirmar que los efectos jurídicos resultantes de su declaración se han ido modificando y delineando desde los tiempos romanos hasta principios del Estado constitucional. Esta variedad de efectos derivados de la infamia ha dificultado la elaboración conceptual de esta pena, en la que se debería poder incluir los distintos efectos de la misma.

Hasta nuestros días, no parece que exista una doctrina unánime sobre la distinción entre esta pena y la muerte civil, la interdicción civil o las inhabilitaciones.

Con razón afirma Manzanares Samaniego —en uno de sus artículos— que resultaría de interés estudiar la estrecha conexión existente entre la pena de infamia y la de interdicción civil[27].

Otros autores siembran cierta confusión al intentar reconstruir el origen y evolución jurídica de estas penas jurídicas[28], o también —denominadas por el Derecho penal moderno— privativas de derechos.

---

[23] IGLESIAS, Juan, *Derecho romano. Historia e Instituciones*, Barcelona, 1993, 11.ª ed., p. 136.

[24] CARRARA, *op. cit.*, pp. 97-138.

[25] LALINDE ABADÍA, Jesús, *Iniciación histórica al Derecho Español*, Barcelona, 1983 (3.ª ed.), pp. 652 ss.

[26] LALINDE ABADÍA, Jesús, «La pena en la Península Ibérica hasta el siglo XVIII», en *Actas del Congreso organizado por la Société Jean Bodin* (Barcelona, mayo 1987).

[27] MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, «La pena de interdicción civil», *ADP y CP*, fasc. II, 1979, p. 347. «Las inhabilitaciones y suspensiones en el proyecto de Código penal», *ADP y CP*, fasc. I, 1981, pp. 33-58.

[28] LEVAGGI, Abelardo, «La pena en el Derecho Hispano-Indiano (siglos XVI-XVIII)», p. 11; en *Actas del Congreso organizado por la Société Jean Bodin* (Barcelona, Mayo 1987). Según este autor, dentro de esta tipología entraría la pena de la muerte civil, la infamia y la de menos valer, en la que el penado se veía incapacitado para testificar.

En este sentido, Teruel Carralero[29] identifica la interdicción civil con la muerte civil en el período medieval; y atribuye a la pena de infamia una menor amplitud, por la que el infamado perdía todos los derechos públicos y dignidades también públicas, sin afectar al ámbito jurídico privado. Pero más tarde, este mismo autor, al estudiar la interdicción civil en el período de la codificación, al decir que «el filosofismo se mostró resueltamente adverso a esta institución que, consideraba infamante, y por ello contraria a la dignidad de la persona humana...», parece que difumina la distinción entre estas penas hasta el punto de confundirlas absolutamente al afirmar que en el código penal de 1822, no mencionando explícitamente la muerte civil, establece entre las penas los efectos de la pena de infamia establecidos en el art. 74. Consiguientemente, al tratar el código de 1848-50, afirma que al desaparecer la pena de infamia, se trata de llenar esta laguna estableciendo la pena de interdicción civil, cuyos efectos atañen exclusivamente a la esfera privada.

A nuestro entender, no parece muy congruente, en principio, llenar la laguna producida por la desaparición de la pena infamante, cuyos efectos se refieren esencialmente en la esfera jurídico-pública («pérdida de los derechos de ciudadano») con la pena de interdicción civil, cuyos efectos se refieren exclusivamente a la esfera jurídico-privada. Habría que afirmar en todo caso que dicha laguna quedó parcialmente resuelta con esta pena; y que fue la pena de inhabilitación temporal o perpetua la que resolvió la laguna producida por la desaparición de la pena infamante.

Tampoco llegaron a delinear una noción jurídica clara de esta pena algunos penalistas decimonónicos, pues al no profundizar en los textos antiguos —anteriores a la codificación penal—, difícilmente podían percatarse de la verdadera importancia y trascendencia de la misma[30].

No obstante, otros estudiosos del siglo XIX sí supieron dar una visión un tanto más clara en torno a la noción y contenido de esta pena. En este sentido, Lázaro de Dou y Bassols dedicó unas acertadas páginas sobre la misma, en donde realizó una interesante aportación[31]. Según este autor, conviene distinguir

---

[29] Teruel Carralero, Domingo, «Interdicción civil», en *Nueva Enciclopedia Jurídica SEIX*, Barcelona, 1985, edit. F. Seix, vol. XIII, pp. 187 y ss.

[30] La mayoría de los penalistas antiguos, salvo raras excepciones, plantean esta pena fundamentalmente bajo la perspectiva de la pérdida del honor, criticándola a la luz de las teorías modernas de los derechos del penado, no alcanzando a comprender el sentido de la misma, ni el régimen jurídico privativo de derechos que se derivaba de su aplicación. Otros, pues, se conforman con algunas vagas consideraciones filosóficas para postular su inadecuación en un ordenamiento jurídico-penal moderno. En este sentido, ver Rossi, en su *Tratado de Derecho penal* (Madrid, 1839), las páginas relativas a las penas infamantes (pp. 271-281).

[31] Dou y Bassols, Ramón Lázaro de, *Instituciones de Derecho público general de España con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno de cualquier Estado*, Barcelona, 1975, vol. VII, pp. 145-148.

entre las penas que irrogan infamia y las que no, sin dejar de reconocer la autonomía de esta pena o su aplicación independiente en algunos casos, aunque en menor medida; recurre a las fuentes romano-justinianeas para determinados supuestos, al igual que también recoge textos de algún antiguo jurista catalán, como Amigant. Así pues, aunque la infamia «puede irrogarse por ley sin estar acompañada y unida a otro género de castigo», esto resulta rarísimo, y por tanto, más bien suele acompañar a otras penas «como la de azotes y otras semejantes»[32]. Acude a la conocida —y confusa— distinción romana entre la infamia irrogada por el delito y por la pena, pero —al igual que la mayoría de los autores— nada nos dice sobre las consecuencias jurídicas de esta pena. Sin embargo, recogió la opinión de uno de los juristas más influyentes de la codificación penal española: Manuel de Lardizábal y Uribe[33].

Según este distinguido autor, del que ya daremos debida cuenta en su momento, la infamia es «una pérdida del buen nombre y reputación, que un hombre tiene entre los demás hombres con quienes vive: es una especie de excomunión civil, que priva al que ha incurrido en ella de toda consideración, y rompe todos los vínculos civiles que le unían a sus conciudadanos, dexándole como aislado en medio de la misma sociedad». Distingue entre la infamia de hecho y la de derecho: «La primera depende única y privativamente de la opinión y del concepto de los hombres, no puede llamarse pena, porque no se impone por ley como la segunda. Mas para que ésta no se inutilice, y cause los efectos correspondientes, es necesario que sea conforme á las relaciones y naturaleza de las cosas, pues si se declaran por infames acciones, que son de suyo indiferentes, se disminuye la infamia de las que son verdaderamente tales». Para este ilustrado autor —buen conocedor de nuestras leyes penales antiguas—, el Derecho sólo debe reputar infames a los que cometieren determinados actos que, conforme a la naturaleza de las cosas, resultan de suyo infames, y como tales, así lo declara el Derecho de un Estado.

Esta concepción de la pena —también suscrita por Dou y Bassols— se opone frontalmente a los postulados del iluminismo, y no es de extrañar que esta pena quedara abolida en la mayoría de los Estados europeos en los inicios de la etapa codificadora, embebida de unos principios de tinte ilustrado claramente opuestos a los existentes en el Derecho medieval y moderno. No obstante, tampoco en estas etapas históricas resultaba fácil discernir entre aquellas conductas que, además de causar la infamia por la opinión pública —infamia de hecho—, el Derecho debía también irrogar la infamia a su autor, y consiguien-

[32] *Ibid.*, p. 147.

[33] LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel de, *Discurso sobre las penas* (manejamos una edición facsimilar de Edit. Porrúa S.A. México, 1982), pp. 220-227.

temente, debía despojarle no sólo del honor —del que se había hecho indigno por su indecorosa conducta—, sino también de todos aquellos derechos para cuyo ejercicio se requería un cierto grado de dignidad, los cuales eran la mayoría en aquellos tiempos medios y modernos.

Parece lógico que el abuso en la aplicación de esta pena resultara ir en detrimento de la misma, pues si casi todos eran infames en un determinado territorio —tal como sucedió en alguna ocasión, como veremos— tal pena dejaba producir el efecto ignominioso pretendido por el Derecho, si bien es cierto que no por eso dejase de seguir inhabilitando o prohibiendo el ejercicio de determinados derechos. De ahí que Lardizábal señalase que «la pena de infamia no debe imponerse con demasiada freqüencia, porque los efectos reales de las cosas que consisten en opinión, siendo demasiado continuos, debilitan la fuerza de la misma opinión. Por la misma razón, tampoco debe recaer nunca la infamia sobre muchas personas á un tiempo, porque la infamia de muchos se resuelve con no ser infame ninguno»[34]. Si tenemos en cuenta que «la creciente importancia atribuida —en los tiempos medios— a los factores disuasivos de la pena y el incremento general de la crueldad, condujeron a un alto grado de salvajismo y brutalidad»[35], y por consiguiente, no sólo al olvido de los derechos del delincuente, sino a la positiva denigración de su honra y dignidad, parece obvio que la aplicación de cualquier pena corporal ya producía de por sí una más que considerable infamia de hecho.

La admisión de esta pena en la codificación penal fue —como veremos— objeto de encendidas discusiones entre distintos autores. Prestigiosas personalidades —como Lardizábal— eran entusiasmados partidarios de su permanencia dentro de la tipología de las penas, ya que —según este autor— «siempre será muy útil esta pena, para reprimir cierto género de delitos que se fundan en el orgullo y en una especie de fanatismo, para los cuales no son convenientes las penas corporales y dolorosas, porque consiguen en el mismo dolor su gloria y alimento. Pero la ridiculez, el desprecio y la infamia refrenan poderosamente el orgullo de los fanáticos»[36]. Sin embargo, se muestra absolutamente contrario a la trascendencia de la pena de infamia, «pues siendo una máxima cierta y conforme a la razón, y a la humanidad, que ninguno debe ser castigado por delito ageno, por grave y enorme que sea, parece que la infamia, que es gravísima pena, no debería pasar de la persona del delincuente»[37].

---

[34] *Ibid.*, p. 224.

[35] SCHWERIN, C.Von, *Grundzüge der deutschen rechtsgeschichte*, München, 1934, p. 195.

[36] LARDIZÁBAL, ob. cit., p. 224.

[37] *Ibid.*, p. 225. Esta opinión fue la que finalmente se impuso, de modo que, la pena de infamia regulada en el Código penal de 1822 careció de este efecto trascendente, tan propio para los supuestos delictivos de lesa majestad vigentes hasta el momento.

Actualmente —y entre nosotros—, algunos autores han realizado puntuales referencias en sus trabajos al estudio de esta pena. En este sentido, Tomás y Valiente[38], pone el acento en su carácter trascendente («entonces todo, o casi todo, se estimaba transmisible de padres a hijos tanto los títulos y honores como las penas infamatorias»).

Lalinde Abadía[39] parte del concepto no jurídico de infamia afirmando que «toda sentencia por acto delictivo lleva consigo un efecto infamante»[40].

Y al referirse a la noción jurídica de infamia, distingue tres tipos de penas infamantes: a) cuando el fin es específicamente el infamante, por cuanto el daño corporal es leve; b) cuando siendo importante el daño corporal o patrimonial, se acentúa el daño moral por la forma de ejecutación de la pena; y c) cuando la pena deja una huella permanente, especialmente, si es física, que permite la identificación constante del delincuente. Según este autor, también se califica de infamante la pena capital cuando priva al condenado del derecho al honor en las postrimerías de su existencia, ya sea por el procedimiento o por el tipo de ejecución.

Si bien parece difícil no admitir en estas últimas el carácter infamante, cabe el peligro —ya prevenido anteriormente— de tachar de infamante a la mayoría de las penas existentes en algunos periodos históricos en los que la pena tenía un sentido represivo muy intenso, o incluso una finalidad preventiva que buscaba intimidar a la comunidad con el objeto de disuadir futuros proyectos delictivos. A fin de evitar este peligro, sólo debemos tener en cuenta aquellas penas jurídicamente infamantes, esto es, aquellas establecidas como tales por la ley o la práctica jurídico-criminal de cada momento histórico, analizando su valor y contenido distinto en la evolución histórica del Derecho penal español.

También destaca acertadamente su posible condición de principal o accesoria cuando dice: «De menor importancia cuantitativa son las penas, cuyo efecto es el específicamente infamante, por ser leve el que puedan producir en el orden corporal, patrimonial... Algunas son accesorias, es decir, se imponen juntamente y como consecuencia de otra principal, como la desordenación de clérigos, y deposición de caballeros en el Derecho navarro, y la misma inhabilitación y suspensión para cargos públicos, derecho de sufragio y prohibición del ejercicio de la profesión u oficio de la codificación, aunque, a veces, pueda aplicarse en forma principal».

Según Carrara[41], penas infamantes son las que lesionan al delincuente en el patrimonio del honor; y recoge la antigua distinción entre infamia de hecho y de derecho:

---

[38] TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal en...*, ob. cit., p. 394.

[39] LALINDE ABADÍA, *Iniciación histórica al Derecho español*, ob. cit., p. 656.

[40] LALINDE ABADÍA, «La pena en la Península...», *op. cit.*, p. 9.

[41] CARRARA, ob. cit., p. 126.

> «Pero como la naturaleza misma del delito o castigo puede producir, como consecuencia espontánea, el efecto de manchar la fama del reo, debe advertirse que sólo se llama infamante aquella pena en la que la infamia es irrogada por medio de una formal declaración de la ley».

Esta afirmación supone un importante avance en la determinación de la noción jurídica de la pena de infamia, pues consigue deslindarla de otras penas análogas de carácter humillante o ignominioso.

De esta forma, la infamia de hecho (ante la opinión) se distingue de la infamia de derecho (o legal), según que la deshonra se inflija por juicio de los hombres o por sanción de la ley. Ulpiano llamó a la primera natural (*naturalis*), y a la segunda civil (*civilis*).

A nuestro juicio, esta distinción entre infamia de hecho y de derecho tiene importantes consecuencias, pues permite dar una noción jurídico-técnica válida y útil para el estudio de esta pena en el Derecho histórico. Pero además, también proporciona un criterio claro de distinción entre estas penas y las que vendrían a denominarse humillantes o inhumanas. Estos calificativos, si bien pueden entenderse como sinónimos de «infamantes», éste tendría aquí un sentido amplio —refiriéndose en todo caso a lo que los autores de la Codificación denominan informe de hecho— y no un sentido técnico-jurídico (infamia de derecho).

En consecuencia, nos encontramos ante la pena jurídica de infamia cuando así lo declara expresamente la ley, o se deriva explícitamente de la práctica jurídico-criminal. Si no es así, es preferible no calificar dicha pena de infamante si no lo es jurídicamente, pues dicho término en sentido jurídico tiene un contenido concreto en cada momento histórico, y resulta confuso emplearlo arbitrariamente y con falta de rigor para aquellas penas consideradas como humillantes o inhumanas. En este sentido, ciertamente toda pena jurídica de infamia produce humillación y degradación en la persona del reo hasta el punto de parecer inhumana, pero de ahí no podemos concluir que toda pena humillante o inhumana sea «infamante» en sentido jurídico (infamia de derecho, según los penalistas de la Ilustración).

Sobre la base de esta importante distinción entre infamia de hecho y de derecho[42], hemos de analizar el ámbito sancionador sobre el que proyecta sus efectos esta infamia de derecho en la Codificación penal española. Históricamente, esta pena no sólo ha consistido en una mera declaración formal y pública de la infamia de hecho, y como tal, denigradora del derecho al honor,

[42] Hay que tener en cuenta que la distinción entre infamia de hecho e infamia de derecho no tiene el mismo significado en el período medieval (a partir de los siglos XII y XIII) y en la etapa precodificadora (finales siglo XVII-inicios siglo XVIII). En este sentido, ver la obra de MIGLIORINO, Francesco, *Fama e infamia. Problemi della società medievale nel pensiero giuridico nei secoli XII y XIII*, Catania, 1985. La evolución que experimenta la noción de infamia de hecho es objeto de estudio en nuestro trabajo de Tesis.

sino que también ha comportado la privación o pérdida de otros derechos públicos y/o privados.

De la constatación de esta diversidad de efectos posibles derivados de la infamia, en un principio podría entenderse relevante jurídicamente la distinción entre la pena infamante *strictu sensu*, de aquella cuya declaración comportase no sólo una degradación formal del honor sino también la privación o sustracción de otros derechos, públicos y/o privados, propios de todo sujeto jurídico. Sin embargo, no hemos hallado ningún texto antiguo en el que la pena de infamia afectara tan sólo al derecho al honor, pues como mínimo, de ésta se deriva la inhabilitación o prohibición de testificar en juicio.

En este sentido, pensamos que el daño moral irrogado al delincuente por la ignominiosa forma de ejecución, la huella permanente o marca dejada en la persona del delincuente, aunque no conllevasen otros efectos privativos de derechos, como mínimo irrogaban la infamia de hecho suficiente como para perder la buena fama requerida para testimoniar, y por tanto, ya no serían penas estrictamente infamantes, si así lo declarase la ley expresamente, sino extensamente infamantes, pues sus efectos no se limitan a la degradación del honor, sino que sustraen o privan al condenado de otros derechos, en este caso, la facultad de testificar. Por tanto, aunque pudiéramos entender como penas estrictamente infamantes aquellas que sustrajeran tan sólo al penado el derecho de testificar, para cuyo ejercicio resultaba necesaria la buena fama, no obstante, en la práctica éstas vendrían a equipararse con las infamantes en sentido genérico, por lo cual debemos concluir que irrogan en todo caso infamia de hecho y no de derecho. Aunque hace un tiempo sostuvimos como útil —jurídicamente— la distinción entre penas estrictamente y extensamente infamantes, pensamos —una vez analizadas distintas fuentes— que resulta suficiente la clásica distinción entre infamia de hecho y de derecho[43]. Ciertamente, uno de los efectos jurídicos característicos de la infamia de derecho ha sido la pérdida de la capacidad testi-

---

[43] MASFERRRER, Anicet, «La pena de infamia en las Costumbres de Horta (1296)», en *Actes de les Jornades d'estudi. VII centenari dels Costums d'Orta (1296/1996)*, Edit. Ajuntament d'Horta de Sant Joan, Calaceit, 1997, pp. 329-342. En este trabajo sosteníamos la utilidad jurídica de la distinción entre las *penas estrictamente* o *extensamente infamantes* con estos términos: «Creemos que esta distinción resulta de gran utilidad al delimitar estas penas de las humillantes o inhumanas; tanto por el contenido sustantivo de las mismas como por su modo de ejecución. En ocasiones, se emplean estos términos como sinónimos de las penas infamantes, sin distinguir esa referencia entre la infamia de hecho y la de derecho, y dentro de ésta, entre la pena estrictamente infamante o la infamante extensiva de otros derechos. Así pues, la comisión de un delito produce un menoscabo de la propia dignidad, que puede verse acentuado por algunas penas cuyo contenido o proceso de ejecución tengan un carácter humillante o inhumano (infamia de hecho). Pero la pena jurídica de infamia (infamia de derecho) tiene el objetivo positivo degradador del honor y dignidad humanas (penas estrictamente infamantes), pudiendo llegar hasta el extremo de privar a ese sujeto del ejercicio de unos determinados derechos públicos y/o privados (penas extensamente infamantes)» (p. 335).

fical, pero esto tampoco significa que toda pérdida del derecho de testificar provenga de la pena jurídica de infamia. Si en los tiempos medios y modernos se aplicaron determinadas medidas penales corporales de especial brutalidad, la consiguiente pérdida de la buena fama —y por tanto, la pérdida de la capacidad testifical— no nos debe llevar a consignar el carácter jurídicamente infamante de estas penas, pues en caso contrario, deberíamos afirmar este carácter en la mayoría de las penas, ya fuese por el contenido de algunas penas en sí mismas o bien por su proceso de ejecución público y vergonzante para el reo.

Para concluir este apartado, podemos consignar la existencia de penas jurídicamente infamantes, y junto a éstas, cabe señalar el carácter infamante de determinadas penas; pero entre éstas, destacan algunas en las que el Derecho pretendía producir o inflamar la deshonra que ya produce de por sí cualquier conducta delictiva; un ejemplo claro en este sentido lo constituye la pena de vergüenza pública.

2.2. La pena de infamia desde una perspectiva penal moderna

Algunos penalistas también se han ocupado de la parte histórica de nuestro derecho criminal, y en sus tratados mencionan las penas infamantes dentro de la tipología de las penas. En su mayoría, sitúan las penas infamantes —en sentido más amplio— dentro de las penas privativas de derechos, categoría creada por el derecho penal moderno, pero inexistente en las fuentes antiguas de nuestro derecho criminal. Además, suelen ser referencias aisladas[44], incompletas, y a menudo, bastante confusas. Según afirmó Gutiérrez:

> «De la pena de infamia se abusa para establecer distinciones absurdas: la marca es una de sus formas, otra los azotes: la vanidad funda privilegios sobre el suplicio, y la pena de horca es más infamatoria: los azotes más deshonrosos, si se aplican por mano de verdugo»[45].

Ciertamente, no se trata de hacer distinciones innecesarias, pero sí resulta necesario un tratamiento jurídico que conduzca a distinguir la noción jurídica de infamia de aquellas otras penas denominadas humillantes en general, tan extendidas en nuestro Derecho histórico.

---

[44] En este sentido cabe destacar la obra de DU BOYS, Albert, *Histoire du Droit criminel de l'Espagne*, tomo IV de *L'Histoire du Droit criminel des peuples modernes*, Sorbonne, 1870. Manejamos la versión traducida al español por Caravantes: *Historia del derecho penal en España*, Madrid, 1872, pp. 198, 204, 222, 231, 248, 258, 283-284, 291, 299, 306, 538...; SALDAÑA, Q., «Historia del Derecho penal en España», en *Tratado de derecho penal*, de F.v. Liszt, Madrid, 1926, pp. 69, 155, 411-412, 471, 475, 496-497, 505...; RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *Origen español de la ciencia del Derecho penal. Alfonso de Castro y su sistema penal*, Madrid, 1959, pp. 304, 320, 332-333...; HENTING, H. von, *La pena*, traducción de Rodríguez Devesa, Madrid, 1967, pp. 435-466.

[45] GUTIÉRREZ, B., *Examen histórico del Derecho penal*, Madrid, 1866, p. 98.

Carrara dice que «la clase de las penas infamantes pasará dentro de poco a la historia»[46].

Cuello Calón, al tratar históricamente las penas privativas de derechos, señala:

> «En cierta época fueron muy frecuentes en todas partes ciertas penas que recaían sobre la dignidad del penado privándole jurídicamente de su honor; mas tales penalidades casi han desaparecido en absoluto del derecho moderno. Se objeta contra ellas que destruyen la dignidad humana, cuando hoy se considera que la pena debe reforzar la moralidad y el punto de honor del condenado. Además, se dice, son desiguales en exceso, pues mientras causan honda aflicción al que posee aún restos de moralidad, dejan indiferente al desprovisto del sentimiento de dignidad personal, al hombre profundamente desmoralizado y corrompido. (...) Las penas infamantes, las que tienden a privar al condenado de su honor, han desaparecido de la mayor parte de los códigos modernos»[47].

Resultó absolutamente distinta la visión de esta pena al entrar en la época de las luces, en cuyo contexto histórico surgieron múltiples argumentos y juicios de valor que tendían a desacreditar el sentido y utilidad de esta pena, de tan larga vigencia y extensa aplicación en el derecho peninsular[48]. Sin embargo, tampoco podemos creer que fuera una cuestión en la que hubiera unanimidad entre los autores. Esta disparidad de opiniones manifiesta que esta pena, no sólo había tenido una larga vigencia en el derecho penal histórico, sino que también había sido aplicada de un modo más o menos frecuente por los tribunales. En este sentido, en algunas obras como la de Pradilla se puede constatar la efectiva aplicación de esta pena[49]. Las prácticas criminales y forenses de finales del siglo

---

[46] CARRARA, Francisco, *Programa de Derecho Criminal*, Parte general, Edit. Temis, 1991(4.ª ed.), vol. II, p. 129.

[47] CUELLO CALÓN, Eugenio, *Penología*, Edit. Reus, Madrid, 1920, pp. 256-258.

[48] Son numerosas las fuentes jurídicas que contienen esta pena. De los textos del Derecho romano tardío pasó al Derecho visigodo. En el *Líber Iudiciorum* aparecen abundantes referencias al respecto. A partir de la etapa de Recepción del Derecho Común, los glosadores y comentaristas contribuyeron decisivamente a la extensión de esta pena, que quedó ampliamente regulada en el texto de las Partidas, en las Costumbres de Tortosa y Furs de Valencia. Además, numerosas disposiciones reales y de cortes —especialmente en Cataluña y Castilla— la establecieron para determinadas conductas delictivas. Tampoco cabe descuidar el importante papel que jugó el Derecho canónico en la difusión y aplicación de esta pena. Todos estos aspectos forman parte del contenido de la tesis doctoral que estoy elaborando.

[49] PRADILLA BARNUEVO, Fco., *Suma de todas las leyes penales canónicas, civiles y destos reynos, de mucha utilidad y provecho, no solo para los naturales della, pero para todos en General*, Madrid, 1621 y 1639. Existe también una edición facsímil reciente (Valladolid, 1996). Esta obra contiene numerosísimas referencias sobre la efectiva aplicación de la pena de infamia para variados supuestos delictivos.

XVIII-inicios XIX también testifican el papel que aún jugaba la infamia en los albores del proceso codificador[50].

El pensamiento ilustrado que impulsó nuestro proceso de codificación se opuso de un modo radical a las penas inhumanas y degradantes, tan frecuentes en las leyes penales antiguas. Pero la codificación, no sólo supuso la humanización de las penas aplicables a determinados delitos, sino también la elaboración de unos principios aplicables a todos ellos, y un desarrollo sistemático del Derecho penal.

Muchos autores coinciden al afirmar que la dificultad de la codificación penal fue más técnica que política en relación con la codificación civil, en donde la cuestión de los derechos forales complicó enormemente la promulgación del Codigo civil. Sin embargo, tampoco se puede negar la estrecha vinculación existente entre sistema político y código penal, «en la mesura que aquest últim és el reflex dels postulats polítics del primer i que indiquen el seu caràcter represiu, moderat o progressista»[51].

El proceso de codificación penal español respondió a un imperioso anhelo de reforma de la legislación criminal antigua. Este afán de renovación no era un hecho meramente español, sino que «las grandes líneas orientadoras de la codificación penal proceden de la renovación provocada por la Ilustración europea»[52]. Característica del siglo XVIII fue la preocupación de la reforma de las leyes penales y el problema penitenciario...[53].

El primer Código penal español, el de 1822, fue estudiado por Casabó Ruiz en su trabajo de tesis doctoral[54]. La pena de infamia aparece abundante-

---

[50] ELIZONDO, Fco. Antonio de, *Práctica universal forense de los tribunales de España, y de las Indias*, tomo IV, Madrid, 1784, pp. 174-176; ÁLVAREZ POSADILLA, Juan, *Práctica criminal por principios, o modo y forma de instruir los procesos criminales de las causas de oficio de justicia*, tomo III, Valladolid, 1802, pp. 37-38; GUTIÉRREZ, José Marcos, *Práctica criminal de España*, tomo III, Madrid, 1819, p. 134 ss.

[51] MONTAGUT ESTRAGUÉS, T., y MALUQUER DE MOTES, C., *Història del Dret espanyol*, Edicions de la Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 1997, p. 242.

[52] ESCUDERO, José A., *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones político-administrativas*, Madrid, 1985, p. 907.

[53] LASSO GAITE, Juan Fco., *Crónica de la Codificación española. Codificación penal*, Madrid, 1970, vol. I, p. 19.

[54] Sobre los precedentes inmediatos del Código de 1822, ver CASABÓ RUIZ, José Ramón, *El Código penal de 1822* (tesis doctoral inédita), Valencia, 1968; GONZÁLEZ MIRANDA Y PIZARRO, *Historia de la Codificación penal española y ligera crítica del código vigente* (tesis doctoral inédita), Madrid, 1906; ALONSO Y ALONSO, «De la vigencia y aplicación del Código penal de 1822», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, 1946, p. 3 ss.; ANTÓN ONECA, «Historia del Código penal de 1822», en *ADP y CP*, 1965, pp. 264-267; SAINZ CANTERO, «El informe de la Universidad de Granada sobre el proyecto que dio lugar al Código penal de 1822», en *ADP y CP*, 1967, p. 511; ANTÓN ONECA, «El Derecho penal de la Ilustración y D. Manuel de Lardizábal», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Madrid 1966, p. 600 ss.; SALILLAS, R., *Evolución penitenciaria en España*, tomo II, Madrid, 1918, p. 243 ss.; RODRÍGUEZ

mente en este código, pero quedó suprimida de modo explícito en el siguiente código penal, el de 1848, en su art. 23 («La ley no reconoce pena alguna infamante»).

Si la pena de infamia desaparece en el código de 1848, y se contempla pródiga y profusamente en el de 1822, el presente trabajo pretende estudiar el régimen de la pena de infamia en sus últimos años de vigencia en nuestro ordenamiento jurídico español, esto es, en los inicios de la codificación penal[55].

3. LA PENA DE INFAMIA EN LA ETAPA PRE-CODIFICADORA

La crisis del Antiguo Régimen provocó el surgimiento del Estado liberal que favoreció en gran medida todo el proceso codificador en la Europa continental. Sin embargo, el entusiasmo codificador ya germinó en las postrimerías del período absolutista.

Casabó afirma que «la ilustración española no desmerece en absoluto de la del resto de los países europeos. Es más, existen datos que permiten afirmar la existencia de inquietudes reformadoras desde muy temprana fecha. Así, por ejemplo, puede ser muy ilustrativo el escrito que en 1772 elevó Melchor de Macanaz a Felipe V...»[56]. Durante el reinado de Carlos III se emprendió la tarea de formar —bajo la dirección de Campomanes— un código criminal que contuviera únicamente leyes de esta naturaleza, pero no llegó a buen término. Pocos años más tarde del fallido intento de Campomanes, se publicó un importante *Discurso sobre las penas, contrahido a las leyes criminales de España para facilitar su reforma* (1782). El autor del mismo, Manuel de Lardizábal y Uribe, tuvo un papel destacadísimo en el proceso de codificación penal español, y particularmente, en el espíritu que informa la redacción del código de 1822. No obstante, buena parte de la doctrina penalista ha interpretado erróneamente el

---

DEVESA, *Derecho Penal Español. Parte General*, Madrid, 1986 (10.ª edic.), pp. 96-98.; DEL ROSAL, «Acerca de un supuesto Código penal del siglo XVIII», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (Madrid, 1943); JIMÉNEZ ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, Buenos Aires, 1950, tomo I, pp. 572-573; SALDAÑA, «Adiciones de Historia del Derecho penal en España», en *Tratado de Derecho penal*, de F. v. Liszt, Madrid, 1926, pp. 473-474; PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, Madrid, 1848, I, p. LIII ss.; ANTÓN ONECA, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1949, p. 60.

[55] Téngase en cuenta que el tema de este trabajo no pretende abordar las variadas formas de penas humillantes, a menudo denominadas «infamantes» en sentido amplio, sino solamente la pena jurídica de infamia en sentido estricto, distinción a la que ya hemos hecho referencia en las primeras páginas.

[56] CASABÓ RUIZ, José R., «Los orígenes de la Codificación penal en España: El plan de Código criminal de 1787», en *ADP y CP*, fasc. I, 1969, pp. 313-342. Sobre la vida y obra del malogrado profesor Ramón Casabó, ver «En memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz», en ADP y CP, fasc. I, 1995, pp. 5-13, quien falleció inesperadamente a la edad de 53 años.

posicionamiento ideológico de este autor, lo cual ha provocado que se le haya denominado como «Beccaria español», según se ha puesto de manifiesto por algún autor[57].

Los autores ilustrados, contrariamente a lo que pudiera parecer, no se opusieron de un modo contundente a la aplicación de esta pena. Según Saldaña:

> «La crítica de la infamia penal —nunca absoluta— empieza con Beccaria. Es acaso ésta su única nota de originalidad. Le repiten Pastoret, Rossi, Filangieri...; le siguen todos. Pero Montesquieu había dicho antes "que la mayor parte de la pena sea la infamia de sufrirla". Era distinguir entre la infamia de hecho y la infamia de derecho; lo que suponía ya proclamar la eficacia de aquélla en contra de ésta. "Todas las penas son infamantes", que dirán C. Compte y Helie. La ley no debe declarar infame una pena. Lardizábal copia también a Beccaria y cita a Montesquieu. Es la parte menos interesante de su libro»[58].

No pretendemos analizar el contenido de las afirmaciones de cada uno de estos autores, pero sí el de alguno de ellos, a fin de poder llegar a alguna conclusión sobre la visión que tuvieron estos ilustrados sobre la pena de infamia.

3.1. Beccaria

La obra de Cesare Bonesana, marqués de Beccaria, marcó sin duda alguna los postulados de los autores posteriores por lo que respecta al Derecho penal europeo en los albores de la codificación. Entre sus escritos, destaca *Dei delitti e delle pene*, que publicado por vez primera anónimamente en Livorno (Italia) en 1764, tuvo una gran acogida desde el primer momento[59].

Aunque no dedicó expresamente ningún capítulo —entre los 47 existentes— a la materia objeto de nuestro estudio, sí hizo algunas referencias a través

---

[57] ESCOBAR MARULANDA, J. Gonzalo, *Revisión del planteamiento humanitarista de la doctrina penal sobre la Ilustración jurídico-penal española*. Tesis doctoral inédita. Universidad Autónoma de Barcelona, 1988, p. 222: «El discurso de Lardizábal aparece formalmente similar a la obra de Beccaria y muchos argumentos son extraídos de ella; no obstante, ello no nos permite afirmar que Lardizábal sea un propagador de las ideas de Beccaria, un "Beccaria español". Por el contrario, Lardizábal no comparte las ideas básicas planteadas por éste»; PRIETO SANCHÍS, Luis, «La filosofía penal de la Ilustración. Aportación a su estudio», en *Anuario de Derechos Humanos*, 3 (1985), p. 326.

[58] SALDAÑA, ob. cit., pp. 411-412.

[59] Esta obra fue rápidamente traducida a todas las lenguas cultas, y la primera edición castellana data de 1774, realizada por Juan Antonio de las Casas. Nosotros manejamos la 9.ª reimpresión de Alianza Editorial (Madrid, 1996): BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*. Esta edición contiene una interesante introducción y apéndice («Beccaria en España») escrito por Juan Antonio Delval.

de las cuales se puede atisbar el pensamiento de este autor. A su juicio, las penas jurídicamente infamativas carecen habitualmente de sentido, pues la infamia sólo debe provenir de la opinión pública. Si un delito ya resulta infame según esta opinión, la infamia por ley resulta innecesaria y superflua. Pero si un determinado delito, que no es considerado infame por la opinión pública, es considerado infame según la ley, es del todo perjudicial e inadmisible. Veamos estas ideas plasmadas en algunos párrafos breves, pero incisivos:

> «El contrabando es un verdadero delito que ofende al soberano y a la nación, pero su pena no debe ser infamativa, porque cometido no produce infamia en la opinión pública. Cualquiera que decreta penas infamativas contra delitos que no son reputados tales de los hombres, disminuye el dictamen de infamia para los que verdaderamente lo son» (Capítulo 33).

Se muestra contrario a que los penados con la infamia carezcan del derecho a testificar, pues parte de la idea de que cualquier hombre que tenga un mínimo de raciocinio, debería poder ser testigo:

> «La verdadera graduación de su fe es sólo el interés que tiene de decir o no decir la verdad. Por esto aparece frívolo el motivo de la flaqueza en las mujeres, pueril la aplicación de los efectos de la muerte real a la civil en los proscritos, e incoherente la nota de infamia en los infames cuando no tienen en mentir interés alguno. La creencia, pues, debe disminuirse a proporción del odio o de la amistad, o de las estrechas relaciones que median entre el testigo y el reo» (Capítulo 13).

Se opone radicalmente a la trascendencia de la infamia, es decir, a la transmisión de dicha pena a los descendientes del delincuente jurídicamente infamado:

> «¡Qué espectáculo más triste que una familia despeñada en el abismo de la miseria —por razón de la pena de confiscación— y de la infamia —a causa de la transmisibilidad de la pena de infamia a la familia— por los delitos de una cabeza, a la cual la sumisión ordenada por las leyes sería impedimento que prohibiese el estorbarlos, aún cuando tuviese medios para hacerlo!» (Capítulo 25).

Al tratar el tema de la prisión, afirma que «un hombre acusado de un delito preso y absuelto, no debiera retener nota alguna de infamia» (Capítulo 29).

Finalmente, por lo que respecta a nuestro tema, hace una contundente crítica de la tortura, también como medio de purgación de la infamia, con estas palabras:

> «Otro ridículo motivo de la tortura es la publicación de la infamia. Esto es, un hombre o juzgado y infame por las leyes debe, para libertarse de esta

infamia, confirmar la verdad de su deposición con la dislocación de sus huesos. Este abuso no se debería tolerar en el siglo XVIII. Se cree que el dolor, siendo una sensación, purgue la infamia, que es una mera relación moral. Se dirá que acaso el dolor es un crisol; ¿Pero la infamia mía es acaso un cuerpo mixto puro? No es difícil de remontarse al origen de esta ley ridícula, porque los mismos absurdos, adoptados por una nación entera, tienen siempre alguna relación con otras ideas comunes y respetadas de la nación misma. Parece este uso tomado de las ideas religiosas y espirituales, que tienen tanta influencia sobre los pensamientos de los hombres, sobre las naciones y sobre los siglos. Un dogma infalible asegura que las manchas contraídas por la fragilidad humana, y que no han merecido la ira eterna del Supremo Ser, deben purgarse por un fuego incomprensible; pues siendo la infamia una mancha civil, así como el dolor y el fuego quitan las manchas espirituales, ¿por qué los dolores del tormento no quitan la mancha civil que es la infamia? Yo creo que la confesión del reo, que en algunos tribunales se requiere como esencial para la condenación, tenga un origen no desemejante; porque en el misterioso tribunal de la penitencia la confesión de los pecados es parte esencial del sacramento. Veis aquí cómo los hombres abusan de las luces más seguras de la revelación; y así como éstas son las que sólo subsisten en los tiempos de la ignorancia, así a ellas recurre la humanidad dócil en todas las ocasiones, haciendo las aplicaciones más absurdas y disparatadas. Mas la infamia es un dictamen no sujeto a las leyes ni a la razón sino a la opinión común. La tortura misma ocasiona una infamia real a quien la padece; luego con este método se quitará la infamia causando la infamia» (Capítulo 16).

La referencia a la pena de infamia como «mancha civil» no ha de entenderse en su acepción actual, esto es, en relación al derecho privado, sino en el sentido de afectar a la condición jurídica del ciudadano que ostenta la persona sobre la que se le irroga esta pena[60].

[60] Hasta el año 1783, no sólo podía adquirirse la condición de infame como consecuencia de la comisión de un delito cuya pena consistiera en la infamia, sino que también la ostentaban quienes tuvieran algunos oficios considerados como viles o infames. Este hecho provocó numerosas críticas a mediados del siglo XVIII, que cristalizaron en una obra publicada en 1781: PÉREZ y LÓPEZ, Antonio Xavier, *Discurso sobre la honra y la deshonra legal, en que se manifiesta el verdadero mérito de la Nobleza de sangre, y se prueba que todos los oficios necesarios y utiles al Estado son honrados por las Leyes del Reyno, según las quales solamente el delito propio disfama* (Madrid, 1781). Según parece, esta obra de este diputado de la Real Universidad de Sevilla, tuvo un impacto considerable, hasta el punto que, unos años más tarde, Carlos III —mediante una cédula de 18 de marzo de 1783 (*Nov. Rec.* 8, 23, 8)— secundó en gran parte la opinión de este autor, haciendo cesar definitivamente el carácter jurídicamente infamante de algunos oficios de baja condición, pero que resultaban también honrados y útiles para el Estado. Sobre esta cuestión, ver el trabajo de GUILLAMÓN ÁLVAREZ, Fco. J., «El concepto de la honra legal durante el reinado de Carlos II», en *Cuadernos de Historia*, 9 (1978), pp. 457-491, en donde se analizan los precedentes y contenido de esta Real Cédula.

En resumen, la posición de Beccaria ante la pena jurídica de infamia es de implícito rechazo absoluto, si bien parece que ve con buenos ojos y tiene en gran estima el efecto infamante de hecho que se produce por la espontánea opinión pública. No obstante, nos sorprende la ausencia de un rechazo total y explícito de esta pena, que tanto se había prodigado en su aplicación, y aún más si tenemos en cuenta la posición especialmente progresista como autor ilustrado y reformador del antiguo Derecho penal.

3.2. Lardizábal y su influjo en la doctrina española

La obra de este autor se constituyó en uno de los puntos de referencia más decisivos de la codificación penal española, particularmente, en su primera etapa.

En su *Discurso sobre las penas*, «después de dar el Señor Lardizábal una idea general de la historia de la legislación criminal, trata en cinco capítulos de la naturaleza de las penas, de su origen, y de la facultad de establecerlas, y regularlas que reside en las supremas facultades; de las cualidades, y circunstancias que deben concurrir en ellas para ser útiles y convenientes; de su objeto y fines; de su verdadera medida, y de la de los delitos; y últimamente de los diversos géneros que hay de penas, y de quales deben usarse, ó no, con utilidad de la República»[61].

A diferencia de Beccaria, Lardizábal trató amplia y autónomamente la pena objeto de nuestro estudio, aunque también existen referencias puntuales en otros momentos de su *Dicurso*. En el capítulo V, al *tratar de los diversos géneros que hay de penas, y de quales puede usarse ó no con utilidad y conveniencia de la república*, afirma:

> «Quatro son los objetos principales de las penas: la vida del hombre, su cuerpo, su honra y sus bienes. Conforme á estos cuatro objetos pueden dividirse las penas en capitales, corporales, de infamia, y pecuniarias, de las quales y de las especies baxo ellas se comprehenden tratarémos en el presente capítulo...».

Como ya es sabido, la obra de Lardizábal pretendía realizar un exhaustivo estudio sobre la legislación y realidad jurídico-penal española de finales del siglo XVIII, descuidada y atrasada —a juicio de algún autor—[62], con el objeto

---

[61] SAMPERE I GUARINOS, J., *Ensayo de una biblioteca española, de los mejores escritores del reynado de Carlos III*, tomo III, Madrid, 1785, p. 167.

[62] CADAFALCH Y BUGUÑÁ, J., *Discurso sobre el atraso y descuido del Derecho penal hasta el siglo XVIII*, Madrid, 1849, en donde se refiere también a la pena de infamia (p. 14).

de preparar el proceso codificador. En este sentido, esta tipología de penas era un fiel reflejo no sólo de las fuentes legales, sino también de la práctica[63].

Veamos a continuación el apartado IV del título V (*De las penas de infamia*), en donde se tratan variados aspectos relativos al origen y régimen jurídico de esta pena y su posicionamiento con respecto a la permanencia o no en el ordenamiento criminal español, es decir, la conveniencia o no de esta pena en la codificación penal española:

> *1. Es la infamia una pérdida del buen nombre y reputación, que un hombre tiene entre los demás hombres con quienes vive: es una especie de excomunión civil, que priva al que ha incurrido en ella de toda consideración, y rompe todos los vínculos civiles, que le unían a sus conciudadanos, deseándole como aislado en medio de la misma sociedad.*

En este primer punto se realiza una clara descripción de uno de los primeros efectos que ha llevado consigo la pena jurídica de infamia. Ciertamente, no es el único ni quizás el más importante, pero el delincuente penado con la infamia sufre un rechazo por parte de su comunidad.

El elemento comparativo entre la pena de infamia y la excomunión tampoco carece de fundamento, pues ambas instituciones han tenido elementos comunes, hasta el punto de llegar a reputarse infame a quien permaneciera más de un año excomulgado:

Una antigua constitución aprobada por Pedro I en 1210 dispuso que, quien permaneciere más de un año excomulgado, resultase también «ipso iure habida por infame fuera de pax y tregua de nuestro ducado y que en manera alguna sea admitido a oficio de hombres legítimos y católicos, ni a concejos, ni a ningún otro acto legítimo»[64]. Y una constitución posterior, promulgada por Jaime I en 1234, estableció la prohibición de obtener cualquier oficio público tanto a los infames como a los sospechosos de herejía[65].

A la luz de estos antecedentes normativos, resulta comprensible que otros autores se hayan servido de esta comparación para describir la noción jurídica de esta pena:

---

[63] Esta tipología de penas aparece ya con anterioridad cuando —en el capítulo II,7— señala: «... castigándole con penas corporales, pecuniarias, ó de infamia, según que él perturbase la seguridad de la persona, de los bienes, ó de la honra de sus conciudadanos».

[64] Esta ley fue recogida por VIVES I CEBRIÀ, Pedro Nolasco, *Traducción al Castellano de los Usatges y demás derechos de Cataluña que no están derogados o no son notoriamente inútiles, con indicación del contenido de éstos y de las disposiciones por las que han venido a serlo, ilustrada con notas sacadas de los más clásicos autores del Principado* (Barcelona, 1989), vol. I, p. 80, que la extrajo de la 3.ª Compilación catalana (10, 1,1).

[65] «Ordenemos que ningún infamado o sospechoso de heregía pueda obtener veguería, boylía y otra jurisdicción temporal y otro oficio público» (VIVES I CEBRIÀ, ob. cit., vol. I, pp. 81-82).

> «La infamia es una pena que consiste en la pérdida del honor y de la reputacion: es una señal de desaprobacion pública que hace perder á una persona la confianza de la patria y de sus conciudadanos, por lo que puede considerarse como una excomunion civil, cuyo principal efecto consistía en evitar á estos últimos el trato ó amistad con el infamado»[66].

El infame quedaba, pues, como apartado y separado del resto de sus conciudadanos, y veía dificultado cualquier trato o amistad con las personas de su entorno.

Éste era, sin duda, el primer efecto de la pena de infamia, pero no era —como ya hemos dicho— el principal, y por supuesto, tampoco el único.

> *2. Esta terrible pena de la infamia usada con tino y discreción podrá evitar muchos delitos, particularmente en un gobierno monárquico, cuyo principio es el honor.* Sigamos a la naturaleza, dice Presidente Montesquieu, que ha dado a los hombres la vergüenza como su azote, y la mayor parte de la pena sea la infamia de sufrirla. *Sería sin duda muy feliz la nación, en la cual, como de los antiguos Egipcios refiere Diodoro de Sicilia, la infamia fuese la pena mayor y la más temida de todas.*

Según se desprende del texto, la gravedad de la pena de infamia consiste en la sustracción del honor en la persona del delincuente, y en consecuencia, la pérdida de todos aquellos derechos para cuyo ejercicio se requiere un mínimo grado de honradez, del cual el infame carece no sólo de hecho sino también de derecho por la imposición de esta pena.

> 3. Hay infamia de hecho, é infamia de derecho. La primera depende única y privativamente de la opinión y concepto de los hombres, y así, propiamente hablando, no puede llamarse pena, porque no se impone por la ley, como la segunda. Mas para que ésta no se inutilice, y cause los efectos correspondientes, es necesario que sea conforme a las relaciones y naturaleza de las cosas, pues si se declaran por infames acciones, que son de suyo indiferentes, se disminuye infamia de las que son verdaderamente tales.

Estas categorías aparecieron ya un tanto confusas en las fuentes romanas[67], pero fueron asumidas a partir del siglo XII por los decretistas hasta el punto de

---

[66] OLIVER, Bienvenido, *Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia*, Madrid, 1878, tomo III, II parte, p. 357.

[67] Según afirmarán algunos autores, junto a la primera —*infamia iuris*— está la *nota* o *turpitudo*, o sea la disminución de honor más o menos grave, que fundada en la sentencia moral de los conciudadanos o en la opinión pública, da lugar también a notables consecuencias jurídicas, desfavorables a la persona del *turpis* o *vilis*. No resulta clara en las fuentes justinianeas la distin-

experimentar una notable evolución[68]. En todo caso, es importante señalar que la infamia de hecho en la etapa anterior a la codificación tiene poco que ver con el régimen jurídico de la misma elaborada por la doctrina de los glosadores y comentaristas a partir de la Baja Edad Media —y que perdura durante toda la etapa moderna—, ni tampoco con el conjunto de efectos jurídicos previstos por el Derecho canónico, cristalizados años mucho más tarde —ya en este siglo— en el primer Código de Derecho canónico (1917).

En este sentido, en los tiempos próximos a la codificación penal, la infamia de hecho no es entendida como una pena, pues en realidad, al carecer de efectos jurídicos, el que es infame de hecho no se incorpora en ningún *status* jurídico en el que se vea privado del ejercicio de algunos derechos. Según la opinión de un práctico del derecho:

> «Hay infamia de hecho, y infamia derecho: infamia de hecho es la pérdida de la reputacion (nacida de nuestros excesos conducta) en la opinion de los hombres. La de derecho es aquella en que la ley condena por los delitos cometidos á los perpretadores de ellos. La pena infamia en una Nacion que aprecia tanto en honor es una pena terrible»[69].

Los puntos 4, 5 y 6 tratan y desarrollan la estrecha relación que debe existir entre la infamia de derecho y la opinión pública, pues si ambas están en desacuerdo, aquélla pierde toda su eficacia. Un ejemplo claro en este sentido lo constituye la pena de infamia irrogada en el supuesto de duelo.

> *4. Igualmente es necesario que la ley no se oponga directamente a las opiniones generalmente recibidas, declarando infames ciertas acciones, que comunmente se creen laudables, ú honrosas: y esto, aun quando el comun*

---

ción entre los efectos que irroga la *infamia facti* y la *infamia iuris*. En nuestro trabajo de tesis, analizamos la evolución que experimentaron estas categorías. Sin embargo, algunos textos de la Compilación parecen delinear esta distinción, entre los que destacamos: C.2.11.13; D.37.15.2 (en donde se distingue entre la nota de infamia por la cosa en sí y por la opinión de los hombres); D.47.10.15.22; C.9.9.25 (en donde se distingue entre gravar la reputación y quedar tachado de infame); C.9.12.8; C.12.1.2; al respecto, consultar la ya citada obra de Fermín CAMACHO, pp. 49-50.

[68] Sobre esta cuestión, MIGLIORINO, en *Fama e Infamia...*, ob. cit, pp. 171-197, analiza el origen, sentido y evolución de la *infamia facti*. Pero ya al principio de su trabajo —en las páginas introductorias— afirma: «Nelle opere dei decretisti l'infamia facti assume un ruolo crescente, in accordo col profondo rinnovamento morale e spirituale della Chiesa che non è piu disposta ad ammetere fra i propi ministri quei chierici che non godano pienamente della fiducia e della stima della comunità dei fideli» (pp. 13-14).

[69] ÁLVAREZ POSADILLA, Juan, *Práctica criminal por principios; o modo y forma de instruir los procesos criminales de las causas de oficio de justicia contra los abusos introducidos*, Madrid, 1802, p. 37.

concepto sea falso y efecto de una verdadera preocupación, porque es tanta la fuerza de las opiniones de los hombres y de las preocupaciones, que regularmente prevalece sobre la autoridad de la ley y la inutiliza: por lo que en semejantes casos, en lugar de la pena de infamia es menester buscar otra, que sea más proporcionada al delito.

5. Nuestras leyes con el santo y saludable fin de extinguir los duelos declaran expresamente por infame este pernicioso delito, y a los que incurrieren en él. Pero ni los duelos se han extinguido, ni ha pasado hasta ahora por infame un sólo hombre, de tantos como han contravenido y contravienen todos los días abiertamente á dichas leyes, sin embargo de sus repetidas publicaciones. ¡Tanta es la fuerza de la preocupación!

6. La cobardía está justamente reputada, particularmente entre caballeros y militares, por una cosa fea y vergonzosa. La preocupación y un falso punto de honor han introducido y arraigado profundamente la falsa y perniciosa máxima, de que queda deshonrado el que recibe una injuria y no la venga con espada, y que es un cobarde el que siendo provocado a un desafío no le admite. De aquí resulta, que el duelo está reputado, aunque falsamente, en la estimación común por un acto de valor directamente opuesto a la cobardía y necesario para de vindicar el honor ofendido: y así han sido inútiles los esfuerzos de la ley, que ha declarado infames unas acciones, que comunmente se creen generosas y necesarias para conservar el honor, porque el arma terrible de la infamia, más está en el poder de la opinión y de las costumbres, que en la mano del legislador.

Este inciso final sintetiza clara y diáfanamente la opinión generalizada sobre el riesgo que llevaba consigo el atribuir perjudiciales efectos jurídicos a ciertas conductas no reputadas como infames por la opinión pública. Si se declara legalmente como infame la comisión de un hecho, que no lo es a los ojos del resto de la comunidad, se desnaturaliza la razón misma de su existencia. Pero si además, por lo que respecta al duelo, se entiende como infame legalmente una conducta que es considerada socialmente como valerosa y laudable, en ese caso dicha pena resultaba inadecuada e improcedente. Ciertamente, como muy bien mencionó Lardizábal, puede pensarse que de poco sirvió la amenaza de la pena de infamia para los supuestos de duelo, si estas conductas «comúnmente se creen generosas y necesarias para conservar el honor». No obstante, también pudiera darse el supuesto en el que una de las partes pudiera temer más los efectos jurídicos de la infamia de derecho, que el rechazo meramente social de que sería objeto por la infamia de hecho ocasionada por su falta de gallardía y espíritu guerrero.

¿Qué sentido tiene irrogar la infamia de derecho en aquellos casos en los que el malfactor ya es infame de hecho según la pública opinión? ¿Separarle del resto de la sociedad? ¿Evitar relaciones que pudieran ser perjudiciales en el seno de una comunidad? ¿Acentuar el efecto infamante? ¿Declarar de un modo

público y notorio la maldad de determinadas conductas? ¿Privarle de un conjunto de derechos? Apenas tratan esta última cuestión los autores de la codificación, ni tampoco con anterioridad los prácticos de derecho:

> «¿Y la infamia priva de algunos bienes más que del de la fama ó buen nombre? Priva de todos los Empleos honoríficos, y demas gestiones para las que se requiere que los sugetos que las han de exercer sean de buena fama. ¿Y en la infamia de derecho se incurre por el mismo hecho de cometer el delito del que la Ley impone la infamia? Las Leyes penales son conminatorias con las penas que imponen, y asi hasta que se declara que se declare ó condene por el Juez á uno por Reo del delito no se incurre en ella; pero el que es acusado de un delito de infamia, si se ha creido por el comun, ya sola la nota produce algunos efectos perniciosos al acusado, y aun antes de la sentencia le sería perjuicio para ciertas cosas particulares, y obtencion de alguna clase de Empleos honoríficos»[70].

La pérdida de los oficios públicos fue uno de los efectos jurídicos característicos que irrogaba la pena de infamia. Toda pena de infamia provocaba siempre la pérdida, privación o inhabilitación de los oficios públicos, pero no en sentido contrario, es decir, la pérdida, privación o inhabilitación de un oficio público no resultaba jurídicamente infamante por regla general. Y por tanto, estas penas —denominadas actualmente— privativas de derechos tenían ya su autonomía respecto a la pena objeto de nuestro estudio en el derecho histórico español. En realidad, esta mutua relación y autonomía entre estas penas ya existía en el Derecho penal romano.

Si tales «Empleos honoríficos» sólo podían ser ejercidos por quienes «sean de buena fama», parece que tanto carecían de ella los infames de hecho como los de derecho, por lo cual, bajo esta perspectiva o punto de vista, la infamia de derecho, en buena lógica, no tenía demasiado sentido. Si esto era así, ¿cómo podía justificarse esta pena? Según Lardizábal, tomando la expresión de Montesquieu, por la naturaleza misma de las cosas, hay conductas que son infames en sí mismas, y la ley debe seguir fielmente los dictados de la naturaleza.

Por lo visto hasta ahora, la ley, al hacer uso de esta pena, debe seguir por una parte el orden natural de las cosas (naturaleza), y por otra, la pública opinión que generan las distintas conductas. La cuestión es obvia: ¿Reflejará siempre fielmente la opinión pública la naturaleza de las cosas? ¿Qué es la naturaleza de las cosas? ¿Quién dicta lo que es natural y lo que no lo es? ¿Las cosas son naturales porque así lo indica la opinión pública? No resulta fácil congeniar estos dos elementos.

Gutiérrez, al tratar en su obra las penas de infamia, desarrolla esa necesaria relación entre la naturaleza infamatoria de ciertos actos y la opinión pública que

---

[70] ÁLVAREZ POSADILLA, ob. cit., pp. 37-38.

éstos generan. Según él, esta es la primera regla para una correcta aplicación de estas penas de infamia, «que privan á los delincuentes de la confianza del Gobierno y de la de sus compatriotas»[71]:

> «Por lo tanto es claro que sólo la opinión pública castiga al reo, al malhechor y al vicioso con la infamia. A la ley no le corresponde otra cosa que auxiliar dicha opinión, darle la mayor fuerza posible, declarar la incursión en la pena infamatoria, hacerla patente á los ciudadanos con las formalidades de los juicios y la publicidad, á fin de que no quede oculta, ni sea incierta, ni llegue á noticia de pocas personas. Para que la ley, que nunca ha de violentar ni despreciar la opinión pública, pueda á pesar de ésta imponer con acierto y utilidad una pena denigrativa, es indispensable que destierre o sofoque enteramente aquella misma opinión, haciendo subsistir otra en su lugar, con la que pueda conformarse la tal pena, y para conseguir esto un legislador necesita promover ó rectificar las luces y la instrucción, y proceder con mucha prudencia, sabiduría y precaución. Así se vé que aun en este caso es forzoso apoyar en la opinión pública el terrible castigo de infamia, y que nunca debe imponerse sino al delito por su naturaleza y infamatorio. Así se vé, que si la opinión pública triunfa de la ley, cuando ésta prescribe contra aquélla una pena denigrativa, también la ley puede triunfar de la opinión pública, desvaneciéndola y creando otra nueva, con la que pueda conciliarse el castigo deshonroso que quiere prescribir»[72].

Este fragmento manifiesta a las claras el complejo cometido de la ley para la útil y provechosa aplicación de esta pena. Por una parte, sienta el principio de que «a la ley no le corresponde otra cosa que auxiliar dicha opinión», pero por otra, «nunca debe imponerse sino al delito por su naturaleza infamatoria». Esta difícil función de discernimiento encomendada al legislador corría el riesgo de pretender estimular públicas opiniones en otras conductas en las que, quizás en un principio, no resultaban tan mal vistas por el conjunto de una comunidad; o el de inflamar hasta tal punto el aparato infamatorio, que generara sentimientos de compasión sobre la persona del delincuente; o que de su excesivo uso, la población apenas experimentara sentimiento alguno de admiración y sorpresa, quedando ahogado el fin preventivo y ejemplar[73] que fundamentalmente se pretendía.

---

[71] GUTIÉRREZ, José Marcos, *Práctica criminal de España*, Madrid, 1804. Disponemos de la 2.ª edición (Madrid, 1819), tomo III, p. 134.

[72] GUTIÉRREZ, ob. cit., pp. 138-139.

[73] ROSSI, P., *Tratado de Derecho penal* (traduc. de Cayetano Cortés), Madrid, 1839, p. 280: «¿Qué falta pues que decir en favor suyo? Que son ejemplares. Esta es una condición que no puede negárseles. Son ejemplares, horrorosas hasta el extremo; pero precisamente lo son para aquellos que conservan todavía algún sentimiento de honor, para aquellos de quienes la sociedad no debería desesperanzar nunca».

Algunos autores pusieron en duda —o negaron— la facultad del legislador para poder privar del honor a una persona, aunque fuera un delincuente[74].

> *7. Por tanto la pena de infamia no debe imponerse con demasiada frecuencia, porque los efectos reales de las cosas que consisten en opinión, siendo demasiado continuos, debilitan la fuerza de la opinión misma. Por la misma razón tampoco debe recaer nunca la infamia sobre muchas personas a un tiempo, porque la infamia de muchos se resuelve en no ser infame ninguno. Pero siempre será muy útil esta pena, para reprimir cierto género delitos, que se fundan en el orgullo y en una especie de fanatismo, para los quales no son convenientes las penas corporales y dolorosas, porque consiguen en el mismo dolor su gloria y alimento. Pero la ridiculez, el desprecio y la infamia refrenan poderosamente el orgullo de los fanáticos.*

El abuso excesivo en la aplicación de esta pena podía provocar un efecto de indiferencia en las personas, de modo que finalmente no se produjera el efecto infamante en el delincuente. Esta cuestión, ya acaecida en más de una ocasión en el derecho histórico peninsular[75], era fundamental si se deseaba primar el efecto humillante y denigrador en el conjunto de efectos que se derivaban de la pena de infamia.

Según se desprende de lo afirmado por los autores, en este período próximo a la codificación se suele destacar más el efecto infamante —privativo del honor— que el resto de consecuencias jurídicas —también privativas— que irrogaba la infamia. A nuestro entender, esto se explica por el hecho de que las demás consecuencias jurídicas de esta pena, no sólo eran aplicadas para los delitos penados con la infamia, sino que también resultaban aplicadas autónomamente, de modo que, el único efecto genuino o característico de la pena de infamia era este menoscabo del honor y de la reputación.

En realidad, era justamente éste el punto de discusión entre los autores: si una persona comete un delito de cierta gravedad, no se discute que aquel sujeto deba abandonar su oficio público, no lo pueda ejercer ni aspirar, o pierda la capacidad testifical. No se discute que tal persona vea restringido el conjunto de

---

[74] Entre otros autores, ROSSI, en ob. cit., p. 271 ss., realiza una dura crítica a este tipo de penas: «Ahora bien, ¿es legítimo tal poder? ¿Es ventajoso para el orden social? A decir verdad, esta cuestión no lo es á nuestro entender. El legislador no puede intervenir en la distribución del público vituperio, ya de la simple reprobación, ya del vituperio elevado a su más alto punto, más que para alterar el curso natural de las cosas» (p. 275).

[75] En el período visigodo, algunos monarcas abusaron en la aplicación de esta pena. En el Concilio XII de Toledo, Ervigio promulgó una ley (LV, IX, 2, 9) con la que pretendía poner remedio a la dramática situación jurídico-social creada por la aplicación durante siete años de la antigua ley militar promulgada por Wamba, por cuya aplicación casi la mitad de la población había incurrido en la infamia legal, con la correspondiente pérdida del derecho de testificar.

derechos que antes podía ejercer. A lo que algunos autores —tampoco la mayoría, entre estos pocos— se oponen es al propósito degradador e infamante de la pena, y especialmente, a la nota o mancha de infamia —temporal o de por vida— que dejaba en la persona del reo. Sin embargo, según el parecer de Lardizábal, era éste el mejor instrumento para «refrenar poderosamente el orgullo de los fanáticos».

El influjo de este autor se refleja nítidamente en la opinión de otros, como es el caso de Gutiérrez, hasta el punto que éste llega a copiar, como si de su puño y letra se tratara, parte del fragmento que acabamos de transcribir:

> «La segunda regla que ha de tenerse presente en la imposición de la pena infamia, es que lejos de usarse de ella con frecuencia se emplee con muy discreta economía, y de consiguiente que no se imponga á muchos de una vez. Así como los premios distribuidos con prodigalidad y sin suficiente mérito para concederlos, llaman poco la atención de los ciudadanos para que se esfuercen á merecerlos; así también las penas infamatorias demasiado repetidas no pueden menos de debilitar en los ánimos la fuerza de infamia con la excesiva repetición de impresiones sobre la opinión, en que se apoya y consiste aquella pena. Según se multiplica el número de los castigos y honrados, con penas y premios ideales ó de opinión, dan las unas y los otros perdiendo de su valor. Estas reflexiones tienen también lugar en el caso declararse de una vez a muchos por infames, viniendo á suceder que por querer infamar á un tiempo un número considerable delincuentes, ninguno quede infamado»[76].

Todos los partidarios del mantenimiento de esta pena coincidían también en la mesura y prudencia con que el legislador debía establecerla y el juez aplicarla. De lo contrario, se perdería todo el efecto deseado.

> *8. Despreciará uno de estos hasta la misma muerte: la sufrirá con intrepidez, creyendo, y haciéndo creer al vulgo ignorante, que padece una verdadera persecución por la justicia, y que muere tan lleno de gloria, como si fuera un Mártir. Pero no tendrá valor para sufrir el desprecio, y ser tenido por un fanático iluso, cuando esperaba pasar por un héroe y valeroso defensor de la justicia y de la verdad.*

En este fragmento, Lardizábal manifiesta su absoluto convencimiento sobre la necesidad de esta pena, pues es la única capaz de producir un verdadero daño y escarmiento en el delincuente altivo, fuerte y arrogante.

Una de las más punzantes críticas que recibió esta pena venía a decir todo lo contrario. Si esta pena pretende privar del honor, ¿hasta qué punto puede la

---

[76] GUTIÉRREZ, ob. cit., pp. 139-140.

ley privar del honor a quien, por su conducta indecorosa e indigna, ya carece del honor y de la reputación ante sus conciudadanos? Resulta ilógico e inútil privar de lo que no se tiene:

> «La tercera y última regla que no debe olvidarse en la imposición de las penas de infamia, es la de no prescribirlas contra aquella clase de personas que no conoce, ó no hace aprecio del honor. Si infamia es la pérdida ó lesión de éste, ¿de qué servirá castigar con ella al que poco o ningún caso hace de él, y que no tiene en estima su fama ni reputación? Semejante castigo sería entonces tan inútil como provechoso empleándolo oportunamente contra aquellos ciudadanos que sacrifican la vida por su honra, prefiriendo la muerte á la infamia, ó la muerte natural a la muerte civil. Las penas graves ó reales consisten en el dolor, tormento, aflicion y molestia de la persona son las que deben destinarse a la gente más vil ó baja de la sociedad, así como únicamente por medio de los premios reales y pecuniarios ha de estimulárseles á las grandes y provechosas acciones»[77].

Resultan claras y contundentes estas palabras, que reconocen la falta de eficacia que tendría la pena de infamia si se aplicara a los delincuentes que carecen del mínimo grado de estima a su propio honor y reputación. No obstante, quedaba por resolver otra importante objeción: si la conservación del honor y la reputación personales resultan un valioso estímulo para la recta conducta, ¿qué sentido puede tener su menoscabo o destrucción? Pues una vez destruido, ¿qué puede refrenar el natural impulso a las malas pasiones? Ciertamente, la prevención general podía ser efectiva por el impacto de esta pena. Pero, ¿hasta qué punto se conseguía la enmienda del delincuente, de modo que, quien había sido despojado violentamente —legalmente— de su honor tuviera el ánimo de reconstituir su conducta sin poder —en bastantes casos— recuperar jamás la estima y dignidad frente a sus conciudadanos?

Ya en la etapa codificadora, el número de críticas y de objeciones al respecto fueron en aumento, pero no cabe olvidar que autores ilustrados de gran influjo —como Lardizábal— o juristas y prácticos del derecho —como Elizondo, Álvarez Posadilla, Gutiérrez, entre otros— de la etapa precodificadora eran partidarios de su mantenimiento, y estaban convencidos de la necesidad de su aplicación, lo cual, por una parte, pone de manifiesto la pródiga existencia de esta pena en nuestro derecho penal histórico, y por otra, explica —hasta cierto modo— la introducción de esta pena en nuestro primer Código penal de 1822.

Finalmente, Lardizábal trata en los últimos apartados la cuestión relativa a la trascendencia —o transmisibilidad— de la pena de infamia a los descendientes del penado:

---

[77] GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 140.

9. Siendo una máxima cierta y conforme á la razón, y á la humanidad, que ninguno debe ser castigado por delito ageno, por grave y enorme que sea, parece que la infamia, que es una gravísima pena, no debería pasar de la persona delincuente. El delito, ó la pena del padre no puede causar mancha ninguna al hijo, porque cada uno debe ser responsable sólo de sus acciones, y no se constituye succesor del delito ageno, *dice el canon 6. causa I. cuestión 3ª, tomado de una ley Romana, harto más justa y equitativa que las que el astuto que Eutropio sugirió al emperador Arcadio, haciéndole decir, que los hijos de los reos de lesa Majestad deberían morir con sus padres, porque era de temer que los imitasen y fuesen también herederos de sus delitos. Razón digna de un ambicioso y cruel Eunuco, que con la multitud y atrocidad de las penas pretendía conservar la excesiva crianza y despotismo que exercia en la voluntad de su señor.*

10. Con más humanidad y generosidad pensaban los Pernanos bajo el gobierno de los Incas, entre los quales, cuando un Curaca se rebelada, aunque le imponían la pena capital, no quitaban el Estado al succesor, sino que se le daban, representándole la culpa y la pena de su padre, para que se guardase de hacer otro tanto. Platón dice, que lejos de castigar á los hijos delincuente, deben ser elogiados, porque no imitan a su padre. Síguese también un daño de digno de consideración, de que infamia trascienda de la persona del delincuente, y es, que para evitarla, se hacen extraordinarias diligencias por las personas cercanas al fin de impedir el castigo, de donde resulta, ó la impunidad absoluta, ó que no sea observen las leyes con la puntualidad corresponde, y se les busquen temperamentos y modificaciones con perjuicio del bien público, y de la recta administración de la justicia.

La transmisibilidad de esta pena a los descendientes fue un elemento típico y genuino de la infamia ya en tiempos romanos, si bien en la etapa del Derecho romano vulgar se suprimió la responsabilidad penal colectiva y la trascendencia penal[78]. Si esto es así, no cabe extrañarse sobre la vigencia de este efecto en períodos posteriores como el visigodo, en el que una *lex antiqua* viene a recoger este principio, pues prohibía que los padres tuvieran que responder por los delitos de sus hijos, ni tampoco éstos por los de sus padres[79]. Pero numerosas leyes *antiquas* posteriores —como muy bien observa Alvarado— manifiestan «los esfuerzos del legislador, en ocasiones contradictorios —refiriéndose a la pena de infamia, de carácter trascendente— por erradicarla»[80]. Aunque Alvarado pretende probar el profundo arraigo de la trascendencia penal en la práctica, algunas fuentes también manifiestan el carácter trascendente de esta pena.

---

[78] *CTh*, 9, 30, 4.

[79] *Antiqua*, 6, 1, 8.

[80] ALVARADO PLANAS, Javier, *El problema del germanismo en el Derecho español*, Madrid, 1997, p. 227.

En este sentido, algunos cánones de distintos Concilios Toledanos dan prueba de ello suficientemente[81].

Sin embargo, este carácter trascendente de la pena de infamia apenas se desarrolló en el territorio peninsular a partir de la Baja Edad Media, surtiendo efecto sólo para conductas especialmente graves, como en los casos de delitos de lesa majestad.

En este aspecto la doctrina se manifestaba casi con total unanimidad[82], pues defendían la supresión de este efecto. Así se expresaba Gutiérrez:

> «Como ya se ha dicho en reiteradas veces que nadie debe padecer por los delitos agenos, es superfluo ahora decir que la infamia no debe tampoco trascender á otras personas que tengan alguna conexion ó parentesco con el delincuente, según lo tienen declarado nuestros legisladores. De lo contrario sería sigue un daño muy considerable, cual lo es que los parientes del reo practiquen, según lo vemos diariamente, las más vivas diligencias para impedir el castigo infamatorio, originándose de esto que en perjuicio de público y de la buena administración de justicia queden impunes enteramente graves delitos, ó que no se castigue conforme á las leyes, sino con ciertas modificaciones ó restricciones opuestas á ellas»[83].

Según opina Elizondo, «de aquí procede el horror, con que debe mirarse toda pena de infamia, que no sea personal, y en delitos gravísimos, cuando no alcancen otros remedios de corregir al delincuente, y de mejorar sus costumbres»[84]. Este autor, al criticar la vigencia de esta pena a finales del siglo XVIII, se apoya también en el efecto trascendente de la infamia, y transcribe también un pequeño fragmento de Lardizábal:

> «Se opone también á el modo pensar por la extensión de las penas de infamia la reflexión de que, como aquéllas se graduan trascendentales, apenas

---

[81] Nos referimos a los Concilios de Toledo IV (canon 75), XIII (c. 10) y XIV (c. 10). Ver también la obra de IGLESIA FERREIRÓS, A., *Historia de la traición. La traición regia en León y Castilla*. Santiago de Compostela, 1971, pp. 73-74 y 144; TOMÁS Y VALIENTE, en *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta*, ob. cit., p. 394, al tratar de la infamia, destaca de modo particular esta nota como definitoria y distintiva de las demás penas privativas de derechos.

[82] PÉREZ LÓPEZ, en su *Discurso sobre la honra y la deshonra legal*, ob. cit., pp. 153-172, se muestra partidario del mantenimiento de la pena de infamia contra los descendientes de los autores de los delitos de lesa Majestad, lo cual, a juicio de TOMÁS Y VALIENTE, en *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta*, ob. cit., p. 110, califica de «insostenible partiendo de premisas racionalistas e ilustradas».

[83] GUTIÉRREZ, ob. cit., tomo III, p. 141.

[84] ELIZONDO, Fco. Antonio de, *Práctica universal forense de los tribunales de España e Indias*, Madrid, 1784, tomo IV, p. 174.

hay medio, que dexe de buscarse por los parientes de un procesado para preservarle con impunidad de los delitos, no habiendo razon política, y civil para que recaiga la infamia, como el vulgo opina torpemente, sobre una inocente familia, abandonándose todos enteramente, sin volver á ser útiles á sí, y estado; de modo, que los escritores económicos del siglo gritan por la necesidad de que en lugar de la pena infamia, quando el delito no merece la capital (que sólo es freno suficiente contra la perversidad de los hombres, y no lo será un castigo prolongado por más que se apuren los diques de la Filosofia, y la humanidad) se condene á los malhechores á las obras públicas, desviándoles de laboriosidad, que fué el principal móvil de su desórden, cuyo pensamiento adoptaron los Señores Reyes Católicos, cuando enviaban aquellas gentes á poblar a las islas, y á nuevos descubrimientos de Indias, repartiéndoles algunas suertes para excitar su inacción, y retraerles de la memoria el delito, destinando hoy el superior discernimiento del Señor D. Carlos tercero, y su ilustrado Gobierno muchos criminales á Puerto Rico, aprovechando en lo posible á estos vagos, y delinqüentes con su destino acomodado en todo, ó parte á la situación, clima, frutos, industria, y población, á que se apliquen»[85].

Una vez examinado el contenido de este apartado de su *Discurso* dedicado a las penas de infamia, y el influjo que éste tuvo en otros autores, sólo nos resta mencionar otras dos últimas referencias —relativas a esta pena— dispersas a lo largo de su obra.

La primera de ellas establece el carácter jurídicamente infamante de la pena corporal de azotes, y añade algún comentario sobre las ventajas y también riesgos que entrañan las penas de vergüenza en general:

> *«La pena de azotes, si no hay mucha prudencia y discernimiento para imponerla, léjos de ser útil, puede ser muy perniciosa, y perder á los que son castigados con ella en lugar de corregirlos. Ella es ignominiosa y causa infamia, por lo que sólo debería imponerse por delitos, que en sí son viles y denigrativos, pues de lo contrario la pena misma causará un daño mayor acaso, que el que causó el delito, que es hacer perder la vergüenza al que la sufre, y ponerle por consiguiente en estado de que se haga peor en vez de enmendarse. Pero impuesta con prudencia y discreción podría ser útil y contener con su temor. Por regla general, en una nación honrada y pundonorosa, qual es la Española, toda pena de vergüenza usada con prudencia, y haciendo distincion en el modo de imponerla, según la distinción de clases y de personas, puede producir muy saludables efectos. Pero debe siempre observarse la máxina de no imponer jamás pena, que pueda ofender el*

[85] ELIZONDO, ob. cit., tomo IV, pp. 175-176.

> *pudor y la decencia, pues esto sería destruir las costumbres por las mismas leyes que deben introducirlas y conservarlas. Justamente se ha abolido por el no uso la disposición de la ley 2, tít. 9, lib. 4, del Fuero Real, la qual manda, que si algunos cometieren el pecado de sodomía,* amos á dos sean castrados ante todo el pueblo, é después á tercer día sean colgados por las piernas fasta que mueran»[86].

Lardizábal parecía estar absolutamente convencido de los «saludables efectos» que debían producir este tipo de penas; no obstante, también reconocía que una aplicación arbitraria e imprudente podía resultar sumamente perjudicial, pues la víctima de tales penas podía llegar a perder el mínimo grado de estima y dignidad propias, necesarias para un desarrollo positivo y equilibrado de la propia personalidad. Y a continuación expone el ejemplo concreto de la pena establecida en el Fuero Juzgo para el delito de sodomía. Sin embargo, éste no fue el único supuesto de leyes extremadamente crueles que quedaron abolidas por falta de uso. Evidentemente, la expresión falta de uso no se refiere a la desaparición de tales conductas, sino al hecho de que los jueces, al enjuiciar delitos cuyas penas resultaban desorbitadas, optaban por la aplicación de otras penas más acordes con la mentalidad de los nuevos tiempos.

El carácter jurídicamente infamante de los azotes se encontraba ya en las fuentes romano-justinianeas[87] y visigodas[88]. Resulta comprensible, pues, que se extendiera en nuestras fuentes peninsulares también a partir de la recepción del Derecho común, es decir, en los textos bajomedievales y modernos.

El último fragmento de la obra de Lardizábal dedicado a nuestra materia de estudio trata sobre la tortura como medio de purgación de la infamia:

> «Otro motivo de la tortura es la purgación de la infamia. Un hombre infamado se cree, que no puede decir la verdad por la nota ó mancha que tiene por la infamia, y para quitarle esta mancha ó embarazo se le pone al tormento, á la manera que los metales se ponen al fuego en el crisol para separar de ellos los cuerpos extraños y dexarlos puros. Pero á la verdad no es fácil comprehender, como una sensacion material, qual es el dolor, pueda borrar una relación moral, que consiste en mera opinión, cual es la infamia. Además de que

---

[86] LARDIZÁBAL, ob. cit., pp. 195-196.

[87] C. 2, 11, 5; 8; 14; 16.

[88] En el *Liber Iudiciorum*, se puede apreciar el efecto jurídicamente infamante de los azotes: *Et C flagella infamati suscipiant* (LV, II, 4, 2); *infamia C verbera ferat* (LV, III, 4, 15), entre otros. Además, numerosas leyes la establecen junto a la pena de decalvación, también jurídicamente infamante en este período: *ipse decalvatus centenisque verberibres* (LV, XII, 3, 11); *centena decalvati flagella suscipiant* (LV, XII, 3, 12); *et centum flagella decalvatus suscipiat* (LV, XII, 3, 13); *centenis decalvati flagellis subiacent* (LV, XII, 3, 17).

> la tortura misma acarrea una infamia verdadera al que la padece, y así viene á ser el tormento un crisol, en que se purga la infamia con la misma infamia»[89].

Como bien habrá podido observar el lector, sobre este punto Lardizábal no hace otra cosa que repetir los mismos argumentos que Beccaria, con el fin de rechazar esta práctica de la purgación de la infamia mediante el tormento[90], tan extendida en nuestro antiguo proceso penal[91]. Así pues, en este punto ambos autores coincidían en la propuesta de abolición de esta práctica.

Ya hemos señalado el carácter más moderado de Lardizábal frente a Beccaria. Según Tomás y Valiente, en las discusiones de los miembros de la Comisión de redacción del Código de 1822, autores como Bentham, Beccaria y Montesquieu fueron más citados que Lardizábal[92]; sin embargo, respecto a la pena que nos interesa, pensamos que este último fue el decisivo, pues fue quien mejor trató «de injertar las ideas modernas en el tronco de la tradición nacional»[93]. Ciertamente, los redactores del primer Código tuvieron a su disposición los materiales del intento codificador de finales del siglo XVIII, y aunque la Comisión desdeñó olímpicamente aquellos antecedentes, hizo «salvedades a favor de los extractos de leyes, obra ésta probablemente de Lardizábal»[94].

4. LA PENA DE INFAMIA EN LA CODIFICACIÓN PENAL ESPAÑOLA: EL CÓDIGO DE 1822

El primer código español, de corta vigencia pero cuya efectiva aplicación ha sido ya demostrada por nuestra doctrina[95], fue el penal de 1822. Además, fue el primero y único que reguló la pena objeto de nuestro estudio.

---

[89] LARDIZÁBAL, ob. cit., pp. 266-267.

[90] Sobre esta pena en nuestro Derecho histórico, MARTÍNEZ DÍEZ, Gonzalo, «La tortura judicial en la legislación histórica española», en *AHDE*, XXXII (1962), pp. 223-230; TOMÁS Y VALIENTE, Fco., «La última etapa y la abolición de la tortura en España», en *Anales de la Universidad de La Laguna*, Facultad de Derecho, 1964; del mismo autor, en *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta*, ob. cit., pp. 173-175.

[91] Ver también el trabajo de ALONSO ROMERO, M.ª Paz, *El Proceso penal en Castilla. Siglos XIII-XVIII*, Salamanca, 1982, pp. 244-265.

[92] TOMÁS Y VALIENTE, en *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta*, ob. cit., p. 103.

[93] ANTÓN ONECA, J., «Historia del Código penal de 1822», en *ADP y CP*, 1965, p. 265.

[94] *Ibid.*

[95] CASABÓ RUIZ, José Ramón, «La aplicación del Código penal de 1822», en *ADP y CP*, fasc. II, 1979, pp. 333-344; FIESTAS LOZA, A., «Algo más sobre la vigencia del Código penal de 1822», en *Revista de Historia del Derecho*, II, 1, Granada, 1977-78, pp. 55-57.

De su proceso formativo y contenido final, se puede observar el frecuente uso que hace de la pena de infamia. Fueron numerosas las instituciones que manifestaron de un modo explícito el abuso en la aplicación de esta pena[96].

La Audencia de Castilla la Nueva discrepaba en algunas penas, como la de trabajos perpetuos con una marca, la de vergüenza pública y que el destierro o extrañamiento fuera perpetuo. Igualmente entre las no corporales, la declaración de infamia. El Ateneo español también observó que se prodigaba en exceso esta pena.

Por el contrario, otras instituciones parecían conformes con su aplicación, prestándole atención desde la perspectiva de la prevención general. Pedro Bermúdez, ministro de la Audiencia de Galicia, expuso la conveniencia de extender la pena infamante para los delitos de contrabando. Otros elogiaron el proyecto, y se limitaron a hacer algunas observaciones sobre las penas de infamia y vergüenza pública. Frente a estos informes, el presidente de la Comisión encargada de realizar el Código, José M.ª Calatrava, quiso dar explicación sobre las principales objeciones hechas contra el proyecto:

> «Casi lo propio sucede respecto de la pena de infamia: sólo en dos o tres casos dice que esté mal aplicada, y cabalmente es cuando en mi concepto hay menos razón para decirlo. Uno de ellos es el de los que para falsificar moneda abusan de los cuños que tienen a su cargo por razón de oficio: ¿habrá otros más acreedores a esa pena? Sin embargo, cuando se trata en general de las cosas sin correr el riesgo de contraerlas, entonces no se repara en hacer a la Comisión el grave cargo de que no aprecia la vida, el honor y la libertad de los españoles. Ruego a las Cortes que tengan presente esta explicación, que me ha parecido necesario dar en defensa a lo menos de las buenas intenciones de la Comisión, porque es aplicable a algunas otras de las objeciones que se le hacen»[97].

El carácter rotundo del comentario de Calatrava no significa que hubiera unanimidad entre los miembros de la Comisión sobre la conveniencia de esta pena. Lasso Gaite encuentra interesante el resumen y comentario que hizo Calatrava en la secuencia de la discusión del art. 29 sobre la escala de penas:

> «La pena de infamia suscitó la oposición de Puigblanch y de Uraga por las razones aducidas contra la pena de vergüenza pública, y además por ser innecesaria su imposición legal, ya que dependerá de la consideración que el

---

[96] Colegio de Abogados de Madrid: «Observaciones sobre el proyecto de Código penal presentado a las Cortes por la Comisión nombrada al efecto», Madrid, 1821, p. 4: «... se hace un uso demasiado frecuente de la pena de infamia, y que no se aprecian bastante la vida, la libertad y el honor de los españoles...».

[97] LASSO GAITE, *op. cit.*, pp. 80-81.

> delito merezca a la opinión pública. Para Flórez Estrada está mal colocada en la escala, pues según la Constitución nadie puede ser infamado, salvo que cometa delito que esté castigado con pena corporal y sólo debe aplicarse a delitos muy graves. Defendieron Crespo Cantolla por la Comisión y el diputado López esta pena, que fue aprobada»[98].

El Código penal de 1822 distingue tres grandes tipos de penas: corporales, no corporales y pecuniarias[99].

Los términos «infamia» o «infamantes» aparecen en más de 70 artículos, entre los 816 que contiene. En alguno de ellos, varias veces. La expresión «pena corporal o de infamia» referida a la gravedad de los delitos que son castigados con este tipo de penas también abunda en este texto legal. Veamos los aspectos más fundamentales del régimen jurídico de esta pena.

4.1. Sujetos de la infamia

¿Qué sujetos pueden ser condenados a la pena de infamia? Según el art. 64, «en ningún caso se podrá imponer pena de muerte ni de trabajos perpetuos, deportación, presidio, obras públicas, infamia, ni destierro al que cuando cometió el delito fuere menor de 17 años cumplidos. Al que en la época de ejecución pase de 70 años no se le podrá tampoco imponer pena de trabajos perpetuos, deportación, obras públicas ni presidio».

En consecuencia, sólo puede ser aplicada a los mayores de 17 años con independencia del sexo pues el art. 67 sólo dice que «las mujeres no podrán ser condenadas a trabajos perpetuos, obras públicas ni presidio» sin referirse a la imposibilidad de sujetarse a la aplicación de la pena de infamia.

---

[98] LASSO GAITE, *op. cit.*, pp. 104-105.

[99] Antes de analizar pena de infamia, veamos esquemáticamente la clasificación de las penas establecida en el art. 28: A) *Corporales*: muerte (arts. 31-46), trabajos perpetuos (arts. 47-49), deportación (arts. 50 y 51), destierro o extrañamiento perpetuo del territorio español (52 y 53), obras públicas (arts. 54, 55 y 58), presidio (arts. 56-58), reclusión en una casa de trabajo (arts. 59-61), ver ejecutar una sentencia de muerte (arts. 62 y 63), prisión en una fortaleza (art. 71), confinamiento en pueblo o distrito determinado (art. 72), destierro perpetuo o temporal de un pueblo o distrito (art. 73); B) *No corporales*: declaración de infamia, a cuya clase pertenece también la de ser declarado indigno del nombre de español, o de la confianza nacional (arts. 29, 30 y 74), inhabilitación para ejercer empleo, profesión o cargo público en general, o en clase determinada (art.75), privación o suspensión de empleo, honores, profesión o cargo público (art. 76), arresto (art. 77), sujeción a la vigilancia especial de las autoridades (art. 78), obligación de dar fianza de buena conducta (art. 79), retractación (art. 81), satisfacción (art. 82), apercibimiento judicial (arts. 84 y 86), reprensión judicial (arts. 85 y 86), oír públicamente la sentencia (art. 87), corrección en alguna casa de esta clase para mujeres y menores de edad (art. 67); C) *Pecuniarias* (art. 88 y ss.): multa pérdida de algunos efectos, para que se aplique su importe como multa.

Cierto efecto paradójico se desprende del art. 69 cuando dice que «por honor al sacerdocio, ningún presbítero, diácono ni subdiácono sufrirá tampoco la pena de trabajos perpetuos, ni la de obras públicas». Parece que deberían ser excluidos en la aplicación de la pena de infamia, y más al rezar «por honor al sacerdocio»; sin embargo, resulta congruente si tenemos en cuenta que ni siquiera el Derecho canónico los excluía en la aplicación de esta pena[100].

4.2. Efectos de la infamia

¿Cuáles son los efectos sustantivos de la pena de infamia? Según el art. 74, «perderá, hasta obtener la rehabilitación, todos los derechos de ciudadano; no podrá ser acusador sino en causa propia, ni testigo, ni perito, ni albacea, ni tutor ni acusador sino de sus hijos o descendientas en línea recta, ni árbitro, ni ejercer el cargo de hombre bueno, ni servir en el ejército ni en la armada, ni en la milicia nacional, ni tener empleo, comisión, oficio, ni cargo público alguno».

Según se desprende del texto legal, los efectos de esta pena afectaban a los derechos pertenecientes tanto a la esfera jurídico-pública, como también al ámbito privado. En cuanto a la primera, priva al condenado de cargo público alguno; ejercer el cargo de hombre bueno; servir en el ejército, armada y milicia nacional; y todos los derechos de ciudadano. El sentido de estos últimos estriba en que la Constitución de 1812 no sólo establece los criterios de nacionalidad propios de todo texto constitucional, sino que también incorpora en el capítulo IV del título I la «calidad» o condición de ciudadano español, sin la cual, el sujeto de dicha nacionalidad, no puede gozar en plenitud los derechos que se derivan de dicha calidad o condición.

En este sentido, en el art. 23 de la Constitución de 1812 ya se indicaba con absoluta claridad que «sólo los que sean ciudadanos podrán obtener empleos

[100] Existen algunos trabajos antiguos sobre la pena de infamia en el Derecho canónico, pero bastante completos, entre los que destacamos: HARING, «Defectus famae secundum ius civile Romanum et Germanicum et canonicum», en *Acta Congressus Iuridici Internationalis*, IV, Roma, 1937, pp. 475-480; HOLLWECK, *Die Kirchenrechtlich-historische*, Mainz, 1899; MUNLEBACH, *Die Infamie in der Decretalen Gesetzgebung. Eine Kirchenrechtlich-historische Untersuchung*, Paderborn, 1923; NAZ, «Infamie», in *Dict. dr. can.*, V, Città del Vaticano, 1951, pp. 1924-25; ROBERTI, Infamia (Diritto canonico), *Nss. D. I.*, VI, 1962, pp. 643-45; RODIMER, *The canonical effects of infamy of fact; a historical synopsis and a commentary*, Washington, 1954; TATARCZUK, *Infamy of law; a historical synopsis and a commentary*, Washington, 1954; LOEBMANN, *Der kanonische Infamiebegriff in seiner geschichtlichen Entwicklung*, Leipzig, 1956; MAY, G., *Die Infamie in Strafmittesystem des Codex Iuris Canonici*, Munich, 1957; VISCONTI, Alessandro, «Su di una presunta decretales di Stephano I° e l'infamia nel diritto romano», *Rendi Conti del Reale Istituto Lombardo di scienze e lettere*, X, 1932, p. 837 y ss.

municipales y elegir para ellos en los casos señalados por la ley». Y a continuación añade: «La calidad de ciudadano español se pierde: Tercero. Por sentencia en que se impongan penas aflictivas o infamantes, si no se obtiene rehabilitación». Conforme al principio de jerarquía normativa del Estado constitucional, la Constitución, código de leyes políticas, está en la cima, es la norma suprema del Estado, el punto de referencia y marco en el que debe desenvolverse todo el ordenamiento jurídico.

Consiguientemente, la Constitución, si bien no determinó la existencia de la pena infamante en el Código de 1822, sí posibilitó su existencia, no sólo no prohibiéndola, sino también haciendo una referencia expresa, otorgando al legislador penal un régimen de privación de derechos políticos en el mismo texto constitucional al establecer la pérdida de la condición de ciudadano.

Además, la expresión «penas aflictivas o infamantes» plantea ciertos problemas:

En primer lugar, el Código de 1822 no menciona en ninguna ocasión la expresión penas «aflictivas». Carrara[101] define las penas aflictivas como aquellas que producen sufrimiento físico, sin llegar a quitar la vida. Y distingue entre aflictivas positivas (aquellas que causan dolores corporales) y aflictivas negativas (las que impiden el ejercicio de la libertad natural del cuerpo, como la cárcel o el destierro). El silencio del Código de 1822 respecto a este tipo de penas nos plantea la cuestión de qué penas corporales establecidas por el Código deben entenderse como «aflictivas» según la Constitución de 1812. ¿Utiliza la Constitución el término «aflictivas» como sinónimo de corporales? En principio, no vemos inconveniente en aceptar esta interpretación, aunque difícilmente podemos calificar de aflictiva la pena corporal de ver ejecutar una sentencia de muerte (arts. 62 y 63)[102].

Por otra parte, la Constitución utiliza la expresión «penas infamantes», mientras que el Código establece la pena de infamia, o «declaración de infamia». Este matiz nos plantea la posible existencia de penas que, no siendo propiamente la de infamia cuyos efectos se establecen en el art. 74, tengan también el carácter de infamante, produciendo los mismos efectos que la declaración de infamia. Parece que el art. 30 apunta la respuesta al decir: «Ninguna otra pena lleva consigo la infamia, sino únicamente la de trabajos perpetuos y la de muerte por traición. En los demás no hay infamia sino cuando la ley la declare expresamente al delito». Este artículo fue objeto de discusión en las Cortes, lle-

---

[101] CARRARA, *op. cit.*, p. 113.

[102] De todas formas, cabría discutir hasta qué punto podemos incluir dentro del término «aflictivas», no sólo las penas físicas, sino también las que producen un daño psíquico en la persona del delincuente; en cuyo caso cabría incluir esta pena.

gándose a modificar lo que ya había sido objeto de modificación por la Comisión en las variaciones leídas por Calatrava en la sesión del día 1 de noviembre de 1821[103].

Así pues, los efectos que se derivan de la pena de infamia en el Código de 1822 no sólo se producían por la imposición legal explícita de la infamia («declaración de infamia»), sino también implícitamente pero no menos real, en las penas de trabajos perpetuos y de muerte por traición[104].

4.3. Rehabilitación de la pena de infamia

La rehabilitación de la infamia queda regulada en los arts. 145, 150 y 151 del Código. Para ser rehabilitado se exige el transcurso del tiempo previsto para la condena (art. 145) y una petición explícita en forma de súplica dirigida al juez o tribunal que le hubiere condenado. Ésta no se concede automáticamente, sino «si resultare su enmienda, y constante buena conducta después de la sentencia, por la copia certificada de los asientos, y por el informe de los jefes del establecimiento en que hubiere sufrido condena, por la exposición de las autoridades de los pueblos en que después hubiere residido y por las demás noticias que tenga por oportuno pedir el juez o tribunal...» (art. 150)[105].

Si la pena de infamia venía acompañada de otra condena no superior a dos años, transcurridos cinco, se podía obtener la rehabilitación mediante petición establecida en el art. 150. Pero «si la infamia se le hubiere impuesto con otra pena temporal de más de dos años, deberá también sufrir ésta antes de pedir la rehabilitación» (art. 145).

La referencia del art. 151 al afirmar que, los «reos que después de haber cumplido sus condenas corporales o infamatorias» también podrán obtener la

---

[103] La Comisión propuso que, junto a las penas de trabajos perpetuos y de muerte por traición, se añadiera la de vergüenza pública; pero finalmente fue rechazada. También fue rehusada, no fruto de la discusión en Cortes, sino por los numerosos informes que manifestaron su oposición fue la de marca que acompañaba la de trabajos perpetuos; y las variaciones introducidas por la Comisión suprimieron los artículos relativos a esta pena (LASSO GAITE, *op. cit.*, p. 88).

[104] La pena de muerte por traición no queda reflejada expresamente en la clasificación de las penas dispuesto por el art. 28. Sin embargo, se aplica en aquellos delitos por traición que establecen la pena capital.

[105] Casabó, en su tesis doctoral sobre el Código penal de 1822, al tratar sobre la rehabilitación, distingue entre el requisito objetivo (transcurso del tiempo exigido por la condena) y el subjetivo (constatación del juez o tribunal de la enmienda y buena conducta del reo). Y atribuye a la misma, la naturaleza de causa extintiva de la responsabilidad criminal, pues permite la recuperación de los derechos de ciudadano. Sin embargo, se echa en falta cualquier comentario entorno a la estrecha conexión entre la rehabilitación y la infamia, pena que resulta ignorada y desatendida en el conjunto de su estudio sobre este Código.

rehabilitación, viene a confirmar la duda planteada por la expresión utilizada por el art. 24 de la Constitución de 1812, al decir que se pierde la calidad de ciudadano «por sentencia en que se impongan penas aflictivas o infamantes, si no se obtiene rehabilitación».

Si el art. 151, al referirse a las «condenas corporales o infamatorias», sólo incluye las penas corporales de muerte por traición y trabajos perpetuos, habría que entender sólo éstas como «penas aflictivas»; pero si incluimos todas las penas corporales, hemos de concluir que toda pena corporal priva al reo de la condición de ciudadano, y por tanto necesitado de rehabilitación al término de su condena, lo cual no parece conforme con el art. 70 que establece los efectos civiles de las condenas a obras públicas, presidio o reclusión. Lo que sí resulta claro es que el Código establece en dos artículos distintos (150 y 151) la misma posibilidad de rehabilitación, en el primer caso «en quien se hubiere impuesto pena de infamia», y en el segundo a los «demás reos que después de haber cumplido sus condenas corporales o infamatorias».

4.4. Efectos civiles de la infamia

El art. 29 dispone que «para todos los efectos civiles, se considerará como pena corporal la de infamia», significando que toda pena de infamia tiene los mismos efectos civiles que toda pena corporal. El problema aparece al comprobar que el Código de 1822 no establece los mismos efectos civiles para todas las penas corporales, como ponen de manifiesto los arts. 53 para «los reos condenados a trabajos perpetuos, deportación o destierro perpetuo del reino» y 70 para «los condenados a obras públicas, presidio o reclusión»[106].

Sin embargo, el problema de interpretación de estos arts. (29, 53 y 70) es pura teoría, pues al disponer este Código generalmente la imposición de la pena de infamia junto con otra pena corporal, será ésta la determinante en cuanto a los efectos civiles que conlleva la infamia. La difícil armonización de estos arts. sólo crea incertidumbre en cuanto a los efectos civiles, en aquellos delitos cuya

[106] Art. 53: Los reos condenados a trabajos perpetuos, deportación o destierro perpetuo del reino, se considerarán como muertos para todos los efectos civiles en España, después de nueve días contados desde la notificación de la sentencia que cause ejecutoria; los cuales se les conceden para que puedan arreglar sus asuntos, hacer testamento y disponer libremente de sus bienes y efectos con arreglo a las leyes, sin perjuicio de las responsabilidades pecuniarias a que estuvieran sujetos...

Art. 70: Los condenados a obras públicas, presidio o reclusión, serán considerados durante el tiempo de su condena en estado de interdicción judicial por incapacidad física y moral y se les nombrará curador que represente su persona y administre sus bienes en los mismos términos que se debe hacer con los dementes y demás que se hayen en igual caso.

pena es exclusivamente la de infamia. En estos supuestos, ¿cuáles serían los efectos civiles a tenor de lo dispuesto por el art. 29?

Es llamativo también el establecimiento de la muerte civil por el art. 53, pues se contempla como correlato civil de otras penas, y no como pena en sí misma. Y resulta evidente que esta sanción no se limita a la esfera privada[107], y algunos autores la han calificado de pena infamante[108].

La cuestión se complica al analizar el ámbito jurídico referido por el art. 29 al disponer «para todos los efectos civiles». Pues cabe interpretar desde una perspectiva ius-histórica, un espacio jurídico no estrictamente privado sino como ámbito o esfera no penal; en cuyo caso, también puede referirse bajo la expresión «efectos civiles» a los derechos políticos, es decir, los derechos civiles del ciudadano pertenecientes a la esfera jurídico-pública. En este sentido, el art. 29 estaría disponiendo también la aplicación de los efectos de pérdida de los derechos de ciudadano, establecida por el art. 24 de la Constitución de 1812, en su genérica y desafortunada expresión «penas aflictivas o infamantes».

Decimos desafortunada porque, si bien antes hemos interpretado «aflictivas» como sinónimo de «corporales» (término sí utilizado por el Código), no deja claro si «infamantes» debe entenderse:

a) Como sinónimo de aflictivas, es decir, corporales.

b) Referidas sólo a las penas corporales de trabajos perpetuos y muerte por traición; o

c) Como penas de infamia con sentido propio.

Si la Constitución, en vez de utilizar esta expresión en nexo disyuntivo, hubiera establecido la de «penas corporales e infamantes», la interpretación sería cierta y segura al afirmar que se refiere a dos tipos de penas distintas.

4.5. Supuestos y aplicación de la pena de infamia

La ley penal puede determinar la aplicación de la pena de infamia exclusivamente o también aneja a otra pena corporal, excluyendo evidentemente la pena de trabajos perpetuos y muerte por traición que ya llevan consigo la infamia. La regla general en todo el Código penal de 1822 es la imposición de la infamia, no de un modo exclusivo, sino unida a otra pena corporal. En realidad

---

[107] MANZANARES SAMANIEGO, *op. cit.*, p. 347.

[108] MORILLAS CUEVA, Pena, en *Nueva Enciclopedia Jurídica SEIX*, p. 381, afirma que la más férrea manifestación del carácter infamante de las penas privativas de derecho es la muerte civil, mediante la cual se anulaban todos los derechos civiles y políticos del penado.

sólo existen dos artículos que impongan la pena de infamia exclusivamente (434 y 685):

> Art. 434. El que en cualquiera otro caso en que la ley exija juramento incurra en perjurio, faltando maliciosamente a la verdad, será infame por el mismo hecho, excepto en el caso de declarar sobre hecho propio en materia criminal.

Anteriormente, ya establece la pena de infamia junto con otra pena corporal a los que intervienen en juicio bajo juramento en clase de testigo y perito (art. 432), y a las personas que sobornan a éstos (art. 433).

> Art. 685. El marido no podrá ser acusado de consentir el adulterio sino por vía de excepción que le oponga la mujer en el caso de ser ella acusada como adúltera. Si fuere convencido de este delito, sufrirá pena de infamia (...).

Al discutirse este artículo en las Cortes, La Santa pidió que si el marido fuese convencido en juicio de consentir en el adulterio de su mujer, fuese castigado además de la pena de infamia con otra corporal. De haberse secundado la solicitud de este diputado, el Código penal de 1822 sólo tendría un artículo que estableciese la pena de infamia de modo exclusivo[109].

Las penas corporales que acompañan a la de infamia varían según la gravedad del delito, estableciéndose desde la pena de muerte (art. 609) hasta un arresto de 2 a 8 meses (final art. 685).

El art. 619 establece una escala de reincidencia de las penas señaladas por la ley a los distintos delitos. La primera reincidencia en delito cuya pena es la de infamia comporta la misma, pero con un año de obras públicas; y la segunda, la misma pena de infamia con tres años de obras públicas.

Otro aspecto que puede despertar interés es el conocimiento de los delitos penados con la infamia, es decir, aquellos actos delictivos que el legislador consideraba susceptibles de privar el honor y demás derechos a la persona del delincuente.

Respecto a los delitos contra la sociedad, el Código impone la pena de infamia para algunos delitos contra la seguridad exterior del Estado (arts. 251 y 257); a los alcaides, guardas o encargados de la custodia de los presos que cometen algunas irregularidades (art. 353); para los delitos de falsificación y

---

[109] Como apuntamos anteriormente, la imposición de la pena de infamia junto con otra pena corporal clarifica la aplicación de los efectos civiles (entendidos aquí como pertenecientes a la esfera privada, pero también pública en el caso de la muerte civil), según lo dispuesto por el problemático art. 29 del Código.

alteración de moneda (art. 380 y 382) u otras clases de papeles, sellos, resoluciones de las Cortes... (arts. 391, 394, 395 y 396); para delitos de falsedades que se cometan en escrituras, actas judiciales, u otros documentos públicos o de comercio (arts. 398-401), o en documentos privados (arts. 408, 409, 410 y 414); para los delitos de violación de algunos secretos por razón de empleo, cargo o profesión pública (art. 421); a los acusadores, denunciadores, testigos falsos y perjuros que en juicio u oficialmente falten a la verdad (arts. 429, 432 y 434); para algunos delitos de substracción, alteración o destrucción de algunos documentos (art. 441); para algunos delitos de soborno, cohecho o regalo hechos a los que ejercen algún empleo o cargo público (art. 454); para los delitos de extravío, usurpación y malversación de caudales públicos (art. 465); extorsiones y estafas cometidas por funcionarios públicos (arts. 468 y 478); a los asentistas, proveedores y empleados públicos que suministran, venden, compran o administran algunas cosas por cuenta del Gobierno (art. 521); y para algunos delitos relacionados con la bigamia (art. 548).

Respecto a los delitos contra los particulares, se establece la pena de infamia a los asesinos (art. 609); a los salteadores y ladrones que maten por robar o hurtar (art. 611); a los parricidas (art. 613); para algunos supuestos de riña que llevan al homicidio (arts. 614-616); para algunos casos de homicidio (arts. 626, 635 y 636); para delitos de malos tratos entre parientes (art. 648); también para aquellos sobornos cuyo objeto estriba en maltratar o matar a terceras personas (art. 650); para algunos supuestos de adulterio (art. 685); también para amenazas de homicidio u otros daños (art. 720); para determinados hurtos (art. 751); quiebras (arts. 758, 761 y 762); y en algunos delitos de incendio u otros daños (art. 791).

4.6. La prevención general y el carácter infamante de las penas

También se han querido tachar muchas veces de «infamantes» algunas penas corporales por la solemnidad procedimental aneja a su ejecución. A este respecto, cabe decir que no nos encontramos ante la pena de infamia legal (o de derecho), pues no se derivan para el condenado privación de derechos ni declaración formal alguna en virtud de la cual adquiera la condición legal de infame. Esto no significa que estas penas cuyas ejecuciones tenían el carácter de ignominiosas, humillantes o inhumanas, no provocaran un efecto infamante en la persona del reo frente a la opinión pública, esto es, intensificando la infamia de hecho que produce de por sí todo acto delictivo. Este tipo de ejecuciones encuentran fundamento en el sentido preventivo de la pena nítidamente descrito por Bentham:

> «La prevención general es el fin principal de la pena y también su razón justificativa. Una pena real que no sea aparente se perderá para el público. El

> gran arte es aumentar la pena aparente sin aumentar la pena real, lo cual se consigue por la elección misma de las penas, o por las solemnidades impresionantes de que se acompañe la ejecución... ¿Qué es una ejecución pública? Es una tragedia solemne que el legislador presenta al pueblo reunido; tragedia verdaderamente patética por la triste realidad de su catástrofe y por la grandeza de su objeto. El aparato, la escena, las decoraciones nunca serán demasiado estudiadas, pues el efecto principal depende de ellas. Tribunal, cadalso, vestido de los oficiales de justicia, vestidos de los mismos delincuentes, servicio religioso, procesión, acompañamiento, todo debe llevar un carácter grave y lúgubre»[110].

Según Antón Oneca, Bentham fue el escritor más citado en los debates, especialmente por Calatrava, principal redactor del proyecto. Este filósofo inglés subordina todos los fines de la pena al de ejemplaridad. En aplicación de este criterio el Código de 1822 contiene la más impresionante regulación del modo de ejecución de la pena capital:

> «Todo tiene significación según la gravedad del delito: la túnica y el gorro, la cabeza cubierta, descubierta o, además de descubierta, rapada; las manos atadas por delante o por detrás; la soga de esparto o la cadena de hierro al cuello; la categoría zoológica de cabalgadura; la escolta enlutada, los carteles, el pregón y la exposición del cadáver...»[111].

---

[110] BENTHAM, J., *Traité de legislation civile et pénale* (traduc. de R. Salas, Madrid 1822), part. 3, cap. VI, p. 161.

[111] ANTÓN ONECA, José, «Historia del Código penal de 1822», en *ADP y CP*, 1965, p. 263 y ss. Transcribimos a continuación los artículos del Código relativos al proceso de ejecución de la pena capital, a fin de constatar lo afirmado por el filósofo Bentham y el penalista Antón Oneca:
Art. 37. Desde la notificación de la sentencia se anunciará al público por carteles el día, hora y sitio de la ejecución, con el nombre, domicilio y delito del reo.
Art. 38. El reo condenado a muerte sufrirá en todos casos la de garrote, sin tortura alguna ni otra mortificación previa de la persona, sino en los términos prescritos en este capítulo.
Art. 39. La ejecución será siempre pública, entre once y doce de la mañana; y no podrá verificarse nunca en domingo ni día feriado, ni en fiesta nacional, ni en el día de regocijo de todo el pueblo. La pena se ejecutará sobre un cadalso de madera ó de mampostería, pintado de negro, sin adorno ni colgadura alguna en ningun caso, y colocado fuera de la población; pero en sitio inmediato á ella, y proporcionado para muchos espectadores.
Art. 40. El reo será conducido desde la cárcel al suplicio con túnica y gorro negros, atadas las manos, y en una mula, llevada del diestro por el ejecutor de la justicia, siempre que no haya incurrido en pena de infamia. Si se le hubiere impuesto esta pena con la de muerte, llevará descubierta y sin cabello la cabeza, y una soga de esparto al cuello. El parricida llevará igual túnica que el asesino, descubierta y sin cabello la cabeza, atadas las manos á la espalda, y con una cadena de hierro al cuello, llevando un estremo de ésta al ejecutor de la justicia que deberá preceder cabalgado en una mula. Los reos sacerdotes que no hubieren sido previamente degradados, llevarán siempre cubierta la corona con un gorro negro.
Art. 41. En todos los casos llevará el reo en el pecho y en la espalda un cartel que con letras grandes anuncie su delito de traidor, homicida, asesino, reincidente en tal crimen, etc. Le acompaña-

También destaca Casabó entre los fines de la pena, el de prevención especial o de corrección:

> «El Código penal de 1822 recoge y regula ambos fines de la pena: prevención y corrección. No obstante, creemos puede afirmarse que el fin de prevención resulta dominante a lo largo de los distintos preceptos»[112].

En este sentido, Cuello Contreras afirma acertadamente que las penas de muerte e infamia no persiguen una finalidad correccional, infringiendo el principio de prevención especial[113]. Ya remarcó anteriormente Antón Oneca que la finalidad de la pena en estos casos es única y exclusivamente el «escarmiento de terceros», en definitiva, la prevención general[114].

Esta finalidad preponderante y exclusiva en este tipo de penas provocó ciertas discrepancias en el seno mismo de la Comisión encargada de realizar el proyecto. Calatrava, refiriéndose al parricidio llega a decir:

> «El reo que merezca esta pena es peor para mí que un esclavo, y peor que un irracional. En mi concepto debería llevársela al cadalso con todas las apariencias mismas que si se condujera a un tigre»[115].

La pena establecida finalmente en el art. 613 por el delito de parricidio fue la de infamia y pena de muerte.

En estos casos en los que la pena de infamia llevaba aneja la pena capital, parece claro que el legislador no sólo no utilizaba la infamia por la pérdida de

---

rán siempre dos sacerdotes, el escribano y alguaciles enlutados, y la escolta correspondiente.

Art. 42. Al salir el reo de la cárcel, al llegar al cadalso, y a cada doscientos a trescientos pasos en el camino publicará en alta voz el pregonero público el nombre del delincuente, el delito por que se le hubiere condenado, y la pena que se le hubiere impuesto.

Art. 44. Al reo no le será permitido hacer arenga ni decir cosa alguna al público ni a persona determinada, sino orar con los ministros de la religión que le acompañen.

Art. 45. Sobre el sitio en que haya de sufrir la muerte, y en la parte más visible, se pondrá otro cartel que anuncie con letras grandes lo mismo que el pregón.

Art. 46. Ejecutada la sentencia, permanecerá el cadáver expuesto al público en el mismo sitio hasta puesto el sol. Después será entregado a sus parientes o amigos, si lo pidieren, y si no, será sepultado por disposición de las autoridades, o podrá ser entregado para alguna operación anatómica que convenga. Exceptuándose de la entrega los cadáveres de los condenados por traición o parricidio, a los cuales se dará sepultura eclesiástica en el campo y en sitio retirado, fuera de los cementerios públicos, sin permitirse poner señal alguna que denote el sitio de su sepultura.

[112] CASABÓ RUIZ, José Ramón, *El Código penal de 1822*, ob. cit., p. 367.

[113] CUELLO CONTRERAS, J., «Análisis de un informe anónimo aparecido en Sevilla sobre el proyecto de Código penal de 1822», en *ADP y CP*, 1977, I, pp. 83-110.

[114] ANTÓN ONECA, José, «Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1964.

[115] CALATRAVA, en *Diario de Sesiones de Cortes*, II, p. 1374.

derechos que comportaba, pues la condena conducía a la muerte, sino que se imponía o declaraba como medio o justificación en virtud de la cual pudiera endurecerse la ejecución de la pena corporal capital, y producir un efecto más impactante en la sociedad, renunciando totalmente al fin correccional, y absolutizando el sentido preventivo general de la pena.

En esta idea, cobra sentido el contenido del art. 97 del Código:

> «... jueces y tribunales procurarán en cuanto lo permitan las circunstancias que los reos sufran la ejecución de sus sentencias, especialmente las de muerte, y las demás corporales que sean oportunas para causar un escarmiento saludable, en los mismos pueblos que hubieran cometido el delito; y cuando no pueda verificarse esto, se publicará solemnemente en ellos la sentencia, y se ejecutará en la cabeza del partido respectivo».

Otros miembros de la Comisión plantearon la objeción de que si la ejecución se llevaba a tales extremos de crueldad, no se producirían los efectos de terror hacia los delitos que se proponían, sino el sarcasmo y la ridiculez innecesarios.

El diputado Puigblanch apuntó este peligro, y al referirse a la soga, afirmó:

> «... pena que no puede tener lugar..., bajo un sistema de legislación que ha establecido al hombre en su dignidad, cual es el constitucional. No debe pues adoptarse este signo contrario al espíritu de la Constitución»[116].

Puigblanch se percató «en parte» de la contradicción que suponía la pervivencia de estas penas, así como las características que acompañaban a su ejecución, pues implicaba «despojar al hombre de la dignidad que las nuevas Ideas habían logrado atribuirle»[117], llegando hasta el extremo de perder la consideración de la condición de persona humana al delincuente, dejando de ser sujeto para ser objeto de ejecución. Éste era el coste de algunas penas que secundaban la prevención general como fin exclusivo.

Sin duda, estas discrepancias sirvieron para rechazar del Código de 1822 las penas de marca y vergüenza pública, que tienen un carácter claramente ignominioso o humillante. Pero decíamos que Puigblanch se percató «en parte», pues más tarde se opuso a que la pena de infamia pudiera ser objeto de rehabilitación, al afirmar que «el honor en el hombre es como el pudor en la mujer, que una vez quebrado no admite soldadura»; pero Calatrava respondió que no cabía discusión sobre este punto, pues venía establecido por mandato constitucional (art. 24), lo cual resultó definitivo.

---

[116] PUIGBLANCH, en *Diario de Sesiones de Cortes*, II, p. 1374.

[117] CUELLO CONTRERAS, *op. cit.*, p. 108.

5. LA SUPRESIÓN DE LA PENA DE INFAMIA EN EL DERECHO ESPAÑOL

No hemos pretendido realizar un estudio pormenorizado de los delitos que comportan la pena de infamia, pues nos llevaría a la génesis y evolución de estos tipos delictivos, cuya pena en muchos casos encuentra su origen en momentos históricos remotos[118]. Nos parece que lo dicho es suficiente para constatar la pródiga presencia de esta pena en un Código que pone fin a la misma, pues el art. 23 del Código de 1848 señala:

> «La ley no reconoce pena alguna infamante».

Según queda reflejado en el acta n.º 12 correspondiente a la sesión del día 29 de octubre de 1844, los miembros de la Comisión tenían claro convencimiento de la necesidad de abolir esta pena:

> El *Sr. Goyena*: La infamia de derecho queda abolida; esto es lo que debemos decir y no más, porque no podemos variar la opinión pública que es la que influye en la infamia de hecho.
> El *Sr. Seijas*: Pero podemos dirigir la opinión pública.
> El *Sr. Vila*: La segunda parte de este artículo es contradictoria con la primera, porque dice que la ignominia no pasará de la persona que comete el delito; cuando al principio se sienta que la ley no reconocerá pena alguna infamante. Si adoptamos la segunda parte del artículo establecemos la misma infamia que todos rechazamos en la primera.
> El *Sr. Seijas*: La ignominia no es la infamia.
> El *Sr. Vizmanos*: Como quiera que sea la segunda parte del artículo parece que establece una excepción, porque la ignominia o el menosprecio supone que ha de existir respecto del autor del delito, aunque no pase más adelante; y entre ignominia e infamia no es mucha la diferencia. La parte dispositiva del artículo es el primer renglón y lo demás sobra en él. Quitándola evitamos también constituir un delito nuevo que consistirá en que la opinión pública, a pesar de la Ley, considere como infame la familia del ladrón o asesino, cosa que siempre hará; y si no infame al menos mal notada o mal vista.
> Puesto a votación el artículo se acordó suprimir los párrafos 2.º y 3.º del mismo, quedando reducido lo siguiente: «La Ley no reconoce pena alguna infamante»[119].

Sorprende comprobar que una vez suprimida la infamia, se entable una discusión sobre la conveniencia de establecer o no la transmisibilidad de la

[118] En mi trabajo de tesis doctoral trato con mayor amplitud y profundidad el hilo evolutivo de bastantes delitos penados con la infamia en nuestro Derecho histórico.
[119] LASSO GAITE, *op. cit.*, vol. II, p. 555.

ignominia a terceros. Los cuerpos legislativos eran conscientes de que el histórico art. 305 de la Constitución de 1812 ya prohibió la trascendencia de las penas; pero al decir que «la ignominia no pasará de la persona que comete el delito», se están refiriendo a la infamia de hecho, lo cual resultaba totalmente incongruente; además, hubiera significado restablecer legalmente la infamia con el efecto exclusivo de degradar el patrimonio del honor del delincuente, nunca a su familia. Cuando Goyena afirma que «no podemos variar la opinión pública que es la que influye en la infamia de hecho», está argumentando sobre la incongruencia que supone establecer legalmente la infamia de hecho, convirtiéndose en infamia de derecho, cuyos efectos jurídicos afecten exclusivamente el patrimonio del honor, y no a la esfera de otros derechos, públicos o privados, del sujeto jurídico.

Si la infamia sólo comporta el efecto de degradar el honor, no parece que deba producirse jurídicamente, sino por la opinión pública; luego resulta innecesaria o superflua, razonamiento en virtud del cual se rechazó la idea de mencionar el término «ignominia» refiriéndose a una infamia que privase exclusivamente del patrimonio del honor. Pero esta infamia de hecho no es la del Código de 1822, que no sólo degradaba el honor sino que afectaba también a la esfera de otros derechos.

Parece congruente plantearnos si la desaparición de la pena de infamia produjo alguna laguna que obligara al legislador establecer otras penas para cubrir ese vacío. También sorprende que los proyectos anteriores al Código de 1848-50 establecieran pródigamente la infamia, exceptuando el de 1830.

El proyecto de Sainz Andino, de 1831, apareja a los delitos enormes la infamación legal (art. 36); y señala el concepto infamante de otras penas como la muerte, presenciar en el suplicio su ejecución, trabajos violentos y perpetuos, deportación a las islas de Asia o América, trabajos públicos temporales en los arsenales y presidios, exposición a la vergüenza pública, confinación en los presidios de África, reclusión en una casa de corrección siempre que pase de 5 años y extrañamiento perpetuo del Territorio Español (art. 37). De lo establecido en este proyecto (arts. 64-68) se deduce que la infamia deja de aplicarse exclusivamente, surgiendo como consecuencia de la imposición de cualquiera de las penas corporales clasificadas en el art. 37[120]; de ahí que el término infa-

[120] Art. 64. La infamación legal inhabilita al reo perpetuamente para obtener empleo o cargo público y toda especie de condecoración honorífica, y le priva del ejercicio de los derechos civiles que se designan en el art. 68. Esta incapacidad subsistirá aun cuando el reo sea indultado de la pena que haya producido la infamación, si no se le concediere expresamente la rehabilitación de la infamia.

Art. 65. La pena de infamación legal es aneja a la imposición de cualquiera de las penas clasificadas en el artículo 37, y queda el reo sujeto a ella aunque no se haga pronunciamiento expreso en la sentencia.

mia no aparece en ningún otro artículo de este proyecto, pues ya se deducen implícitamente sus efectos de la aplicación de otras penas de carácter corporal. En cuanto a estos efectos, atañen tanto la esfera pública como privada[121].

La Segunda Junta de Código criminal, nombrada por R.O. de 16 de junio de 1831 para revisar el proyecto de Sainz Andino, criticó la regulación de la infamia:

> «Todo lo que dice el art. 64 sobre los efectos de la infamia legal, corresponde al Código civil. El 65 es una repetición del 37; la explicación que hace el 66, sobre los lugares en que deben anunciarse las sentencias de infamia, ni es necesaria ni oportuna. Es muy justa y muy bien colocada la prevención del art. 67; pero el art. 68, que describe los derechos civiles que se pierden por la infamia, parece más propio de la ley civil»[122].

El proyecto de Código criminal de la Tercera Junta (1834) no estableció la infamia en la clasificación de las penas (arts. 43-47), pero más adelante dispuso:

> «La infamia legal de los delitos no trascenderá jamás a los padres ni a los hijos, ni a ninguno de los parientes del delincuente» (art. 74).

Pero sorprendentemente no aparece el término «infamia» o «infamante» en ningún otro artículo del proyecto. Al no establecer qué penas corporales tie-

---

Art. 66. Todas las sentencias en que se imponga pena que cause infamación legal se anunciarán por carteles en la residencia del Tribunal que la haya pronunciado y en los lugares de la perpetración del delito, de la naturaleza y del domicilio del delincuente.

Art. 67. Para ningún efecto del derecho común será trascendental la infamación legal del reo a su familia ni parientes.

Art. 68. Los derechos civiles que se pierden por la infamación son:

De voto activo y pasivo en toda assamblea, asociación o reunión que exista legalmente para algún objeto religioso o político.

De usar armas lícitas y obtener licencia para llevarlas de ninguna especie.

De ser admitido como voluntario en cuerpo alguno de fuerza armada como no sea en los designados para cumplir las condenas de servicio forzado.

De ejercer la tutela y curaduría sino por los hijos y descendientes legítimos del reo.

De ser árbitro, albacea, perito ni testigo en escritura pública ni privada.

De testificar en juicio pudiéndose solamente recibir de oficio las deposiciones de estos reos por vía de noticia o instrucción para el descubrimiento de los delitos.

El estado de nobleza si el reo la gozase hereditaria o personal con todas las prerrogativas y distinciones anejas a esta calidad.

[121] Sin embargo, la esfera pública queda ya en este proyecto menos afectada por dos razones. En primer lugar, porque las penas privativas de derechos como la inhabilitación, privación o suspensión de empleo y cargo público quedan deslindadas de la infamia. En segundo lugar, al desaparecer la condición o calidad de ciudadano español del texto constitucional, algunos derechos dejan de ser inherentes a dicha condición, lo que supuso una disminución del ámbito punitivo de derechos sobre los que se proyectaba la infamia.

[122] LASSO GAITE, *op. cit.*, vol. II, p. 362.

nen la nota infamante, parece que la infamia desaparece en cuanto tal, quedando una «infamia legal» que se diluye entre los efectos civiles inherentes a toda pena corporal.

Este proceso de desfiguración de los contornos de la infamia se agravó hasta el punto de resultar innecesaria esta pena. Nos parece parcialmente cierta la observación de Teruel Carralero al afirmar que la desaparición de la pena de infamia dejó una laguna que trató de llenarse con la pena de interdicción civil en el Código de 1848[123]. En aras a la jerarquía normativa inherente al período liberal y al Estado constitucional, si bien el Estatuto Real de 1834 aún establecía privaciones a los que «hayan sido condenados por un Tribunal a pena infamatoria» (art. 15.2), las constituciones de 1837 y 1845 no establecen ninguna privación para los «condenados a penas aflictivas o infamantes» como la de 1812, ni mencionan la pena infamatoria. Al abandonar la distinción entre nacionalidad y ciudadanía, es decir, al suprimir la condición o «calidad de ciudadano» que establecía la Constitución de 1812 —en cuyo ámbito de derechos tenía sentido la pena de infamia, pues comportaba su pérdida o privación—, al desaparecer esta condición de ciudadano con sus derechos inherentes, parece que la pena de infamia perdió su espacio jurídico vital.

Si junto a la desaparición en el texto constitucional de la condición honorífica o «calidad de ciudadano», presupuesto jurídico-espacial de aplicación de la pena de infamia, se añade el hecho de que originariamente los efectos de ésta se referían fundamentalmente a la pérdida de derechos jurídico-públicos, que otras penas privativas de derechos ya sustraían igualmente de la persona del delincuente, podemos llegar a la conclusión de que la desaparición de la infamia legal apenas dejó laguna alguna en la tipología de penas de nuestra codificación penal.

Otra cuestión distinta sería considerar si la infamia desapareció de un modo absoluto desde el Código de 1848-50. El sentido de prevención general de la pena, tan enraizado en la mentalidad de los grandes autores de la Codificación penal, influyó decisivamente en la pervivencia de algunas penas, que si bien dejaron de ser consideradas formal y legalmente como infamantes, producían o acentuaban de hecho el efecto infamante que ya de por sí produce la comisión de cualquier delito. En este sentido, cabe destacar las penas de reprensión pública, argolla y degradación establecidas por el Código de 1848-50.

Según el art. 51, «las penas de argolla y degradación civil llevan consigo las de inhabilitación absoluta perpetua y sujeción a la vigilancia de la Autoridad durante la vida de los penados». Si la inhabilitación absoluta perpetua ya se establece con autonomía y efectos propios en el art. 30 de este Código, resulta

[123] TERUEL CARRALERO, *op. cit.*, p. 188.

patente que la intencionalidad del efecto deseado por el legislador en la argolla y la degradación, es claramente infamatoria.

Así pues, la pena jurídica de infamia —declarada y establecida formal y explícitamente por la ley— aparece por última vez en nuestro primer Código penal de 1822, cuyos efectos no sólo degradaban el patrimonio del honor, sino que también irrumpían en la esfera de los derechos predominantemente públicos, aunque también privados en menor medida.

No obstante, la corta vigencia de este Código —desde el 1 de enero hasta 7 de abril de 1823— no nos permite abordar la cuestión de la efectiva aplicación de esta pena durante este corto período[124], pero nos da luces bastante claras sobre el pensamiento y la mentalidad de los redactores de nuestro primer Código, y también —por lo que respecta a nuestra materia de estudio—, el respeto y adhesión que mostraron frente a algunas instituciones de nuestra tradición jurídico-penal.

Sin embargo, la breve vigencia jurídica de nuestro primer Código penal contrasta con el potente influjo que ejerció en otros países de Latinoamérica[125], como es el caso de Colombia:

> «Fue en tierras americanas donde el Código de 1822 obtuvo vigencia perdurable. Con posterioridad a 1830 y como consecuencia del proceso legislativo que ya estaba en curso este año, el texto sufrió modificaciones que no alteraron su estructura, lo que dio lugar al curioso fenómeno de que el Código de 1822 naciera muerto en España, pero renaciera en Bolivia, donde vivió por espacio de ciento cuarenta y tres años»[126].

Las mencionadas modificaciones, no sólo no alteraron su estructura, sino que respetó gran parte de su contenido, tal cual fue promulgado y publicado en España en 1822, y en consecuencia, estableció la misma tipología de penas, entre las cuales, figuraba también la de infamia. Según expresan los arts. 37 y 39 del Código penal boliviano, la ejecución de la sentencia debía ser pública, variando el atuendo del penado según el crimen cometido y el distinto grado de infamia.

Resulta sorprendente pensar que hasta los años setenta Bolivia dispusiera de un Código penal que estableciera la infamia entre sus penas. Y aunque nada

---

[124] Sobre esta cuestión, ver el trabajo de ÁLVAREZ GARCÍA, Fco. José, «Contribución al estudio sobre la aplicación del C. P. de 1822», en *Cuadernos de Política Criminal. Instituto de Criminología*, 5 (1978).

[125] SILVA, José E., en «El sesquicentenario del primer Código penal salvadoreño», en *ADP* y *CP*, 1977, p. 142, afirma que el Código penal español de 1822 sirvió de base al promulgado en El Salvador el 13 de abril de 1823, y que muy posiblemente también influiría a otros territorios hispanoamericanos.

[126] ZAFFARONI, Eugenio R., «La influencia del pensamiento de Cesare Beccaria sobre la política criminal en el mundo», en *ADP y CP*, XLII, fasc. II, 1989, pp. 539-540.

sabemos sobre su efectiva aplicación, suponemos —debería estudiarse— que fue quedando en desuso con el paso del tiempo.

A partir del Código de 1848-50, si bien podemos tildar de «infamantes» algunas penas, ese calificativo debe entenderse en sentido no jurídico, sinónimo de degradantes, humillantes o inhumanas.

Se constata, pues, una vez más que «el objetivo propio de la Codificación no es el cambio sustancial del Derecho. La Codificación, pues, no es sinónimo de innovación jurídica; lo es en cuanto a los modos de conservación, manifestación, y fijación del derecho, y en cuanto a su estructura; pero no en cuanto a su contenido, pues los Códigos son también el reflejo del derecho tradicional por el que se ha regido un determinado pueblo a lo largo de su historia, y ello sin perjuicio de dar acogida a nuevas instituciones, o a otras preexistentes, ahora convenientemente reformadas»[127]. Y este positivo proceso de reforma o abolición de las instituciones históricas de cada pueblo no se consiguió siempre de un primer intento, sino que en ocasiones, algunas permanecieron aún vigentes en los primeros pasos del proceso codificador.

Si las leyes penales son el reflejo de una determinada forma de entender la sociedad y el Estado[128], y el art. 15 de nuestra actual Constitución prohíbe la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes, parece claro que la consideración de la dignidad humana ha ido evolucionando. Es innegable la presencia de las penas inhumanas o degradantes en nuestra codificación penal. Su prohibición explícita en el actual texto constitucional viene a confirmar su existencia histórica no muy remota. Y al no emplear el término «infamante», pone de relieve la desaparición legal de esta pena en los inicios de la Codificación penal española.

6. CONCLUSIONES

1. El Código de 1822 atribuye a la noción jurídica genérica de infamia (o infamante) tres aplicaciones distintas:

a) Pena de infamia, cuyos efectos se establecen en el art. 74, y se impone de un modo explícito por la misma ley, de forma exclusiva o junto a otra pena corporal.

b) Pena de infamia con los efectos del art. 74, pero que se deriva como consecuencia implícita y directa de las penas de trabajos perpetuos y muerte por traición establecidas por la ley (art. 30).

---

[127] BARÓ PAZOS, J., *La Codificación del Derecho civil en España (1808-1889)*, Santander, 1992, pp. 12-13.

[128] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.ª Dolores, «Los límites del *ius puniendi*», en *ADP y CP*, 1994, III, p. 88.

c) «Penas corporales o infamantes»: se refiere a todas las penas corporales, cuyo efecto es la pérdida de la condición o calidad de ciudadano (art. 24 de la Constitución) y la consiguiente pérdida o privación de los derechos de ciudadano. Estas últimas no son propiamente penas de infamia, y por tanto, el reo no queda sujeto a los demás efectos del art. 74.

2. No hay que confundir la pena de infamia en sentido propio (jurídico), con el carácter infamante de algunas penas o de su proceso de ejecución, denominadas a veces como penas infamantes en sentido amplio. Estas últimas responden al carácter represivo de la pena hasta la Edad Moderna, y al sentido preventivo general de la misma en la etapa codificadora. Por esta razón, resulta preferible hablar de penas infamantes —o de infamia— cuando así lo son jurídicamente, y de penas humillantes cuando, a pesar de su carácter infamante en sentido amplio, no nos encontramos ante la pena jurídica de infamia.

3. La desaparición de la pena de infamia apenas dejó laguna en la tipología de las penas en nuestra codificación. Su abolición responde a diversos factores de diversa índole, tanto jurídicos como extrajurídicos. En cuanto a los primeros, la pérdida del marco jurídico-espacial de derechos que establecía la Constitución de 1812, sobre el cual incidía la pena de infamia. Y junto a la desaparición de la «calidad de ciudadano», presupuesto jurídico-espacial de aplicación de esta pena, el auge de otras penas privativas de derechos que incidían también tanto en la esfera pública (inhabilitaciones, privaciones o suspensiones...) como privada (interdicción civil). Además, el fin preventivo de las penas, un tanto crudo al principio en la búsqueda del efecto vergonzante o humillante, fue suavizándose por el influjo del pensamiento de la Ilustración, por el que se abre paso a un lento proceso de moderación en la imposición de las penas.

Estos factores provocaron la desaparición jurídica de la pena de infamia, aunque ésta quizás siempre se mantendrá en la vida social, por la opinión pública que se deriva del conocimiento de ciertas conductas que no responden a la condición y dignidad de la persona humana.