

# Referencias históricas y de derecho comparado sobre la represión de la homosexualidad

EUGENIO CUELLO CALON

La inclusión de los homosexuales en la Ley de Vagos y Maleantes, dispuesta por ley de 15 de julio del presente año, reproducida en otro lugar de este fascículo, constituye un importante acontecimiento legislativo en el campo penal que me incita a dar a nuestros lectores algunas noticias de carácter histórico y de derecho comparado que para el criminalista pueden tener algún interés.

En nuestro antiguo Derecho los homosexuales fueron castigados con un bárbaro talión simbólico, con la castración, así lo disponen el Fuero Juzgo (Lib. III, tit. VI, ley VII) y el Fuero Real (Lib. IV, tit. IX, ley II), cuyo precepto es de horripilante crueldad. Las Partidas, sin duda por influjos romanos, establecen la pena de muerte porque de estos hechos «sale ende mala fama, no tan solamente a los fazedores, mas aún a la tierra, do es consentido» (Part. VII, tit. XXI, ley I). Los reyes Don Fernando y Doña Isabel, en Medina del Campo el 22 de agosto de 1497, ordenan que el culpable de este delito, «no digno de ser nombrado» (1), «sea quemado en llamas de fuego» y pierda todos sus bienes que pasarán a la Real Cámara. Y se mandaba que esta gravísima pena fuera impuesta, aun cuando el delito no llegara a consumarse, aun cuando no pudiera probarse el hecho «en acto perfecto y acabado y se probaren y averiguaren actos muy propincuos y cercanos a la conclusión del» (Nueva Recop., lib. 8.º, tit. XXI, ley I). Don Felipe II, por pragmática expedida en Madrid en 1598, dispuso ciertas medidas encaminadas a eliminar dificultades de prueba (Nueva Recop., lib. 8.º, tit. XXI, ley II).

La muerte en la hoguera fué conservada en nuestra antigua legislación hasta la aparición de la codificación criminal que con el Código penal de 1822 dejó de castigar la homosexualidad, la «sodomia» o «pecado nefando»—que así la denominaron las viejas leyes y los prácticos criminalistas de España—, pero no es posible precisar hasta qué momento fué aplicado aquel severo castigo.

En el siglo XVII esta penalidad se imponía íntegramente en los comienzos de esta centuria. Pradilla Barnuevo señala como vigentes las penas antedichas (2).

---

(1) *Peccatum illud horribile, inter christianos non nominandum*, diría BLACKSTONE algunos siglos más tarde.

(2) «Quien tal delito cometiere—escribe—debe morir quemado en llamas de fuego y sus bienes son confiscados para la Cámara Real», y señala que «basta el conato próximo para

También como vigentes las cita en el siglo XVIII Francisco Antonio de Elizondo (3), sin embargo, otros testimonios coinciden en la atenuación de su rigor; según éstos, la muerte en la hoguera, por su barbarie, había caído en desuso y en la práctica se ejecutaba por procedimientos menos inhumanos. «Es verdad—escrribia Lardizábal—, que algunas de nuestras leyes imponen a varios delitos la atrozísima pena de quemar vivo al delincente. Pero una costumbre general y constantemente recibida ha dexado sin uso esta crudelísima pena» y añade que «hoy la (pena) de fuego solo se executa después de muerto el delincente (4). El mismo abandono de tan bárbaro castigo lo registra también Marcos Gutiérrez. «Pero aunque se imponga a los reos del crimen nefando contra la Naturaleza, la pena capital de fuego, por la práctica de los Tribunales, según testifica Vizcaino (5), para que no mueran desesperados en las llamas, se les da primero garrote y después se les quema en el mismo cadalso por el verdugo, quien luego esparce sus cenizas para que no quede memoria de tan perversos delincentes (6).

Sin embargo, autores posteriores como Juan Sala (7) y García Goyena, cuyo libro (8) aparece casi mediado el siglo XIX, cinco antes de la promulgación del Código penal de 1848, dan como vigentes las penas establecidas por los Reyes Católicos en 1497, sin mencionar la atenuación introducida en su ejecución por la práctica judicial a la que aluden Lardizábal y Vizcaino. Pero creo yo que los datos comunicados por los autores antes citados deben referirse a la legislación en vigor y no a las penas efectivamente aplicadas, pues es casi seguro que en la segunda mitad del siglo XVIII la pena de muerte para el castigo de estos hechos, había caído por completo en desuso como rotundamente lo declara un criminalista de esta época, Joseph Berní, que después de señalar como penas establecidas por las leyes la muerte en el fuego y la confiscación, añade, «cuyas penas se hallan temperadas con 200 azotes y diez años de galeras (9).

El Código penal de 1822 eliminó de sus preceptos el delito contra naturaleza, pero después de su cortísima vigencia, si llegó a tener alguna, volvió a regir, como es sabido, la Novísima Recopilación que acogió las antiguas penas (Nov. Recop., lib. XII, tit. XXX, ley I) cuya aplicación sería seguramente conmutada por castigo de menor dureza. Reimplantada y arraigada la codificación penal en nuestro país con el Código de 1848, la homosexualidad dejó definitivamente de constituir una infracción penal específica.

Pero la actual eliminación de estos hechos de la lista de los delitos no autoriza para afirmar que estén por completo y de modo absoluto excluidos de

---

dicha pena». *Tratado y Summa de todas las Leyes Penales, Canónicas, Civiles, y destes Reynos*, Sevilla, 1613, fol. 16.

(3) *Práctica Universal Forense*, Cuarta reimpression, Madrid, MDCLXXXIX, pág. 307.

(4) *Discurso sobre las penas contrahido a las Leyes criminales de España para facilitar su reforma*, Madrid, MDCLXXXII, págs. 186-187.

(5) Se refiere a Vicente Vizcaino y Pérez en su *Código y Práctica Criminal arreglada a las Leyes de España*, Tomo I, pág. 258.

(6) *Práctica Criminal de España*, Tomo III, Madrid, MDCCCVI, pág. 191. De este delito dice MARCOS GUTIÉRREZ que «ha hecho en nuestro siglo y en nuestra Europa muchos progresos», pág. 188.

(7) *Ilustración del Derecho Real de España*, Tomo II, Madrid, MDCCCXX, pág. 69.

(8) *Código criminal español según las leyes y práctica vigentes, comentado y comparado con el penal de 1822, el francés y el inglés*, Tomo I, Madrid, 1843, pág. 270.

(9) *Práctica criminal*, 2.ª edic., Valencia, 1766, pág. 21.

castigo. Actos de pederastia con menores han sido castigados como constitutivos del delito de abusos deshonestos (art. 430) (10), como delito de escándalo público (art. 431, 1.º) han sido calificados y penados hechos de homosexualidad entre adultos (11) e incluso como constitutivos de falta contra la moral y las buenas costumbres (art. 567, 3.º) (12). Pero estas calificaciones han sido pronunciadas más que en consideración al acto homosexual mismo, a las circunstancias que en su perpetración concurrieron. Por el contrario, actualmente, con arreglo al texto introducido por la ley de 15 de julio de 1954 podrán ser sometidos a las medidas de seguridad de la Ley de Vagos y Maleantes todos los individuos de conducta sexual desviada, aun cuando los hechos tuvieran lugar entre adultos, fueren plenamente consentidos y no trascendieren al público. La homosexualidad con la reciente ley no se ha convertido en un hecho punible castigado con penas por el Código penal u otra ley penal, constituye un estado personal de peligrosidad social, sometido a medidas de seguridad.

La homosexualidad fué duramente castigada en el Derecho penal europeo del antiguo régimen. La *Constitutio criminalis Carolina* (art. CXVI), como el Derecho español la castigó con la muerte en la hoguera, y en Francia, durante el siglo XVIII aún se aplicaba este atrozísimo castigo. El Código penal francés, que tuvo influjo considerable en la codificación penal europea, eliminó el *crimen contra naturam* de la lista de sus delitos y, siguiendo su ejemplo, gran número de leyes europeas abandonó su castigo. Sin embargo, un importante grupo de países, influidos por la antigua concepción que en material sexual confundía el pecado con el delito, ha mantenido su represión penal, Inglaterra (*Offences against the Person Act*, 1861, sec. 62), Alemania (Cod. penal, §§ 175, 175 a), Austria (§ 129), Hungría (§§ 241, 242), Suecia (Cap. XVIII, § 19), Noruega (art. 213); asimismo la conservan códigos de muy reciente fecha ajenos a la antigua confusión de conceptos religiosos y penales, los de Checoslovaquia (art. 241) y Grecia (art. 347), ambos de 1950 y el yugoslavo de 1951 (art. 186). También Rusia, por ley de 7 de marzo de 1934, introdujo este delito en su Código penal (art. 154 a), siendo de notar que antes de esta ley ya se castigaba en la legislación de algunas repúblicas soviéticas de preponderante población musulmana, en Usbekistan, Tadjikistán y otras, en las que existía una prostitución masculina muy difundida (13).

La homosexualidad se halla penada también en algunos países hispanoamericanos, en los Códigos penales de Chile (art. 365), Costa Rica (art. 233), Ecuador (art. 491), Panamá (art. 288). Otros países acuden, como actualmente España, a la aplicación de medidas de seguridad, sistema seguido por Portugal (Decreto-ley de 20 de octubre de 1945, art. 21), donde la policía judicial propone a los Tribunales de ejecución de penas o a los Tribunales de comarca donde aquéllos no existan, la aplicación a los homosexuales de medidas de seguridad.

Al poner fin a estas líneas de información histórica y de Derecho compara-

(10) 14 mayo 1902, 27 septiembre 1913.

(11) El hecho de ser sorprendidos dos sujetos practicando actos homosexuales, 13 octubre 1947; el tráfico de homosexuales en una mancha, 15 octubre 1952; los actos homosexuales practicados en la vivienda de uno de los procesados, todos fichados como invertidos sexuales, 30 abril 1953.

(12) Practicar en un urinario actos de pederastia, 28 febrero 1922.

(13) Vid. ANOSOW, *Die Homosexualität im Sowjetischen Recht*, en «Monatsschrift für Kriminalpsychologie», 1932, pág. 583 y ss.

do deben señalarlo el hecho, sobre el que insisten constantemente biólogos, psiquiatras y criminalistas de todos los países, que la conducta sexual anormal de gran número de homosexuales, proviene de factores biológicos, de anomalías y defectos glandulares congénitos, y, a veces, de perniciosos influjos de ambiente familiar o social. Junto a éstos existen grandes masas de prostituídos, hondamente depravados, muchos de ellos habituales de los bajos fondos criminales. La justicia exige una cuidadosa discriminación entre ambas categorías, entre los necesitados de curación y ajuste de su personalidad física, psíquica y moral y los que por su peligrosidad deben ser sometidos a eficaces medidas de protección social.