



Universidad de Jaén

Facultad de Ciencias Sociales
y Jurídicas

Trabajo Fin de Grado

**EL DERECHO PENAL DE AUTOR
DURANTE EL FRANQUISMO: LA
REPRESIÓN DE LA
HOMOSEXUALIDAD**

Alumna: Laura Martínez Casado

Mayo, 2019

ÍNDICE

RESUMEN/ABSTRACT	3
1. INTRODUCCIÓN: EL CONCEPTO DE PELIGROSIDAD	4
2. CONCEPTO DE DERECHO PENAL DE AUTOR Y SISTEMA DUALISTA	6
3. TRATAMIENTO HISTÓRICO DE LA HOMOSEXUALIDAD. ESPECIAL REFERENCIA A LA II REPÚBLICA Y EL FRANQUISMO.....	8
3.1. El origen del <<peligrosismo>>: la II República.	13
3.1.1. Postulados del positivismo y correccionalismo español.....	15
3.1.2. La idea de Luis Jiménez de Asúa	16
3.2. La consolidación de la peligrosidad sin delito: el franquismo.	17
3.2.1. El franquismo en líneas generales: bases ideológicas y estigmatización de la homosexualidad.....	17
3.2.2. Delimitación del marco jurídico	19
3.2.3. El lesbianismo durante el franquismo	21
4. EL FRANQUISMO (I): DERECHO PENAL Y HOMOSEXUALIDAD	22
4.1. El fallido Anteproyecto de CP de 1932	23
4.2. La Ley de Vagos y Maleantes de 1933 y la Ley de 15 de julio de 1954	23
4.2.1. Las medidas de seguridad.....	29
4.2.2. Procedimiento en la LVM: vulneración de las garantías penales y procesales.	31
4.2.3. Instituciones: los Juzgados de Vagos y Maleantes y los Centros públicos de rehabilitación.	35
4.3. Los tipos penales en la definición de la peligrosidad social.....	37
4.3.1. El delito de escándalo público	38
4.3.2. Los delitos de abusos deshonestos y corrupción de menores.....	41
4.4. La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.....	43
4.4.1. Crítica doctrinal a la LPRS. El fraude de etiquetas.	46
5. EL FRANQUISMO (II): MEDICINA Y HOMOSEXUALIDAD	48
6. LOS EXPEDIENTES DE LA LVM. RASGOS DEFINITORIOS.	50
7. CONCLUSIÓN.....	55
8. FUENTES UTILIZADAS	58
8.1. Referencias bibliográficas	58
8.2. Expedientes y jurisprudencia	59
8.3. Referencias legales	60
8.4. Otras fuentes	60

RESUMEN

El concepto de memoria histórica ha suscitado un gran debate en los últimos años, entre quienes son partidarios del reconocimiento a las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo, línea bajo la que se aprueba la Ley 52/2007; y quienes prefieren cerrar este capítulo de la historia. El presente Trabajo de Fin de Grado parte de la premisa del conocimiento, y pretende mostrar una visión global de la situación enfrentada por el colectivo LGTBI durante la Dictadura franquista.

El objetivo principal del proyecto es profundizar en las nociones de derecho penal de autor y peligrosidad sin delito. Tarea que se lleva a cabo mediante la confrontación de fuentes históricas, doctrinales, jurisprudenciales y el análisis de la regulación española vigente en este periodo, en especial, la conocida Ley de Vagos y Maleantes y su sucesora, la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.

ABSTRACT

The concept of historical memory has caused a great discussion in recent years, among those who are in favour of the appreciation of the victims of the Civil War and the Franco regime, line under which the Law 52/2007 was approved; and those who prefer to close this chapter of history. The present End of Degree Project starts from the premise of knowledge, and aims to show a global view of the situation faced by the LGTBI collective during the Franco's dictatorship. The main objective of the work is to study in depth the notions of author's criminal law and riskiness without crime. Task that is carried out through the comparison of historical, doctrinal and jurisprudential sources, and the analysis of the Spanish applicable regulation in this period, especially, the well-known Law of Vagues and Nasties and its successor, the Law of Riskiness and Social Rehabilitation.

1. INTRODUCCIÓN: EL CONCEPTO DE PELIGROSIDAD

El derecho no es una materia estática, sino una disciplina en continua evolución, y que además se encuentra en interacción constante con ciencias como la sociología y antropología, la psicología, la medicina... Para la comprensión del derecho penal de una sociedad y de una época, es necesario indagar en el pasado y así conocer el contexto en que se desarrollaron unas normas concretas y la evolución que estas han tenido hasta nuestros días, pues esto influirá no solo en la estructura vigente, sino en su desarrollo futuro. Es por ello por lo que estimé realizar el Trabajo de Fin de Grado titulado **“El derecho penal de autor durante el franquismo: la represión de la homosexualidad”**, que supone, por tanto, un doble estudio, histórico y legal. Como su nombre indica, se circunscribe a los años de la Dictadura franquista (1939-1975), debiendo conectarse inexorablemente con el régimen anterior, la II República, cuya legalidad sentaría las bases para la instauración de un sistema penal basado en la peligrosidad sin delito.

Este proyecto va a girar en torno a la noción de peligrosidad, entendida como el conjunto de cualidades subjetivas que pueden llevar a un individuo a la comisión de un delito en el futuro¹ (peligrosidad criminal). Se trata de un concepto jurídico que se propone en el siglo XIX por Garófalo, según el cual la peligrosidad era un rasgo implícito en algunos sujetos, que dependía de la personalidad de estos, de modo que la única variable que podía predisponerlos a cometer un acto violento eran sus propias características psicológicas². Esta idea de <<peligrosismo>> evolucionaría de tal forma que se tendrían en cuenta también otros condicionantes exógenos para la valoración del riesgo que presenta un individuo, o prognosis de peligrosidad; y que llevaría a la consecuente aplicación de medidas de seguridad, destinadas a la protección de la sociedad frente a dicho riesgo, y a la propia rehabilitación del peligroso para que dejara de serlo. Entendido de esta manera el concepto podría tener cierto sentido. Sin embargo, sufrió en el siglo XX en España una conceptualización errónea, por la que se estimarían peligrosos o <<antisociales>> personas que simplemente no seguían las pautas de vida que marcaba la sociedad de la época, sin necesidad de que esto supusiera una vulneración de alguna disposición legal

¹ Martínez Garay, L. (2015): “La incertidumbre de los pronósticos de seguridad”, en Orts Berenguer, E. (dir); Alonso Rimo, A. (coord.); Roig Torres, M. (coord.) (2015). *Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 22-23

² Sáez Díaz, Y.; Montiel Juan, I., Carbonell Vayá, E.; (2015): “De la peligrosidad a la valoración de la reincidencia” en Orts Berenguer, E. (dir); Alonso Rimo, A. (coord.); Roig Torres, M. (coord.). *Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 106

(peligrosidad social). Dentro de este conjunto de personas afectadas, el presente trabajo se encarga del estudio de los homosexuales. Y se crearía todo un aparato legal (medidas de seguridad, centros de rehabilitación, juzgados especiales), destinado a <<encauzar>> su vida, utilizando para ello el mecanismo de las leyes especiales, en concreto, la **Ley de Vagos y Maleantes de 1933** (LVM) y la **Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1971** (LPRS). De estas dos, es a la LVM a la que se dirige el proyecto fundamentalmente por dos razones. La primera, por haber tenido acceso a los expedientes incoados durante su vigencia, gracias a la investigación realizada por quien me ha tutelado en la realización del presente TFG, el profesor Guillermo Portilla Contreras³; y la segunda, porque no podemos conocer la realidad de la aplicación de la LPRS pues no se permite consultar los archivos en tanto no transcurra el plazo legal de 50 años estipulado en el artículo 57.1.c) de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español. Este análisis e interpretación del articulado de las leyes, doctrina y jurisprudencia se llevará a cabo en el título 4, y permitirá estudiar las manifestaciones de derecho penal de autor patentes en dichas normas, y la aplicación práctica de la LVM. Es, por tanto, el punto más importante ya que aquí se plasman los conocimientos adquiridos durante el Grado en Derecho. Ahora bien, antes de llegar ahí se hace necesaria una primera aproximación a dos conceptos que van a ser esenciales en este estudio: los de derecho penal de autor y sistema dual penal; asunto que se aborda a continuación. La siguiente cuestión relevante la conforma el tratamiento legal de la homosexualidad a lo largo de la historia, que se muestra en el epígrafe 3. Se trata de acercarnos a la realidad contra la que han tenido que luchar los homosexuales históricamente. Y se hará hincapié en los dos periodos mencionados con el propósito de comprender, por un lado, las principales doctrinas que inspiraron la regulación del peligrosismo durante la república y, por otro, en qué medida se mantendría esta durante el franquismo, así como las bases ideológicas y sociales de dicho régimen. Por la significación que adquieren la ciencia médica y psiquiátrica durante el franquismo, se dedica el apartado 5 a revisar de manera breve su incidencia. Tanto este como el punto 4 están acompañados de las sentencias e informes que apoyan lo dicho respecto de la LVM. No obstante, se hará una recapitulación de los caracteres percibidos en los expedientes de vagos y maleantes en el título 6. Con todo ello he extraído las conclusiones personales que se adjuntan al final del trabajo. Y, finalmente, este se acompañará de toda la bibliografía consultada para su realización.

³ Portilla Contreras, G. (2019). *Derecho penal franquista y homosexualidad: del pecado y la aberración sexual al estado de peligrosidad*. Inédito.

2. CONCEPTO DE DERECHO PENAL DE AUTOR Y SISTEMA DUALISTA

El derecho penal se concibe por la generalidad de las personas como un medio de represión o castigo a quienes atentan contra los bienes jurídicos más elementales de los individuos y de la sociedad. Pero quienes estudiamos Derecho sabemos que, junto a esta finalidad retributiva o represora, se encuentran otras como la de prevención general⁴ y especial. Esta última es la contemplada en el ordenamiento jurídico penal español actual y se sustenta en la idea de la rehabilitación y reinserción del delincuente a la sociedad. Así, mientras la pena es la respuesta punitiva a la culpabilidad del autor por la comisión de un hecho delictivo, la imposición de una medida de seguridad responde al fin de prevenirse ante el peligro que supone que el sujeto vuelva a trasgredir la normativa. En función del tratamiento que el derecho penal haga de estos dos instrumentos se puede hablar de un sistema: a) monista, cuando se valga únicamente de uno de ellos; b) dualista, cuando tras la comisión de un delito y el cumplimiento de la pena asociada, se aplican medidas de seguridad si es que son necesarias; y c) vicarial, cuando, al contrario que en el anterior, es preferible la medida de seguridad y solo se recurre a la pena cuando el Tribunal aprecie que la primera no es suficiente para lograr la resocialización.

En España se consolida un **sistema dual**, asentado sobre la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege* o principio de legalidad, por el que, para que una conducta sea calificada como un delito, debe estar establecida como tal en una norma penal con anterioridad a su realización (principio de no retroactividad), y venir marcada en la misma la consecuencia jurídica, la pena o medida de seguridad. Con relación a ello, el **Código Penal de 1995** – reformado por la LO 1/2015 – contempla en su primer precepto dos garantías penales fundamentales, la primera referida a las penas, y la segunda a las medidas de seguridad: “1.1º. No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su comisión” y “1.2º. Las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurran los presupuestos establecidos previamente por la Ley”. Este precepto conceptúa el derecho penal español como un ordenamiento que castiga actos y no personas, en el que las sanciones se establecen en función del delito cometido; que es lo que importa a efectos de fijar la culpabilidad y peligrosidad de su autor, y no este propiamente. Se prohíbe así cualquier posibilidad de aplicar penas o medidas predelictuales, o perseguir actos que se cometieron con anterioridad a su penalización.

⁴ La teoría relativa de prevención general tiene una doble vertiente: a) negativa, mediante la sanción penal se logra la abstención de los sujetos a realizar la conducta tipificada; b) positiva, pues la pena persigue la obediencia y fidelidad al derecho por parte de la sociedad.

Frente a este existe un derecho penal subjetivo, conocido como **derecho penal de autor**, que es aquél en el que la consecuencia jurídica no se basa en la realización de una conducta típica y objetivable, sino en determinadas cualidades de una persona que lo convierten en un sujeto peligroso, inclinado a la delincuencia, un <<predelincuente>>. Se basa en la clasificación de tipos de autores y su adecuado tratamiento o represión hayan o no cometido un delito⁵, teniendo en cuenta la probabilidad delictiva futura, o pronóstico de peligrosidad criminal. Al no poder describirse con exactitud las cualidades que hacen a un sujeto criminalmente peligroso, no pueden precisarse de forma nítida los tipos penales, siendo por ello por lo que el derecho penal de autor no permite limitar el poder punitivo del Estado⁶. Esta es la razón por la que se convierte en el más susceptible de cumplir con los fines de represión de un estado totalitario, como lo fue el franquista.

Los presupuestos a los que se refiere el segundo apartado se establecen en los artículos siguientes, siendo dos los que para el mejor entendimiento del presente trabajo interesan, contemplados en el número 6: “6.1º. *Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito*” y “6.2º. *Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor*”.

La inclusión de estos dos mandatos en nuestro Código Penal se produce como reacción a la legalidad anterior a la democracia representada por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1971, que seguiría vigente incluso después de la transición, y antes que esta, por la Ley de Vagos y Maleantes de 1933, las cuales constituyen el elemento central del presente Trabajo de Fin de Grado. Estas conllevarían la coronación del derecho penal de autor que ya se venía instaurando en la España franquista⁷, y se convertirían en el azote de todos aquellos que no vivieran siguiendo las máximas del caudillo, entre ellos los que profesaran atracción por personas de su mismo sexo: los homosexuales, por el simple hecho de serlo. No obstante, el derecho penal de autor no solo no tiene su origen en nuestro país – nació en la Alemania nazi de los años 30, en la

⁵ Diccionario del Español Jurídico. Real Academia Española: <https://dej.rae.es/lema/derecho-penal-de-autor>

⁶ García Arán, M., Muñoz Conde, F. (2010). *Derecho penal parte general*. Valencia: Tirant Lo Blanch, p.212

⁷ El nuevo régimen supone la creación de una estructura legal subjetiva desde sus inicios. Las primeras grandes expresiones de derecho penal de autor durante el franquismo radican en dos leyes anteriores a las que son objeto del proyecto, la **Ley de 9 de febrero de 1939 de Responsabilidades Políticas** y la **Ley de 1 de marzo de 1940, sobre la Represión de la Masonería y del Comunismo**.

Escuela de Kiel – sino que su primer antecedente se forjó durante la II República y la idea de la peligrosidad sin delito, aspecto que después será comentado.

Pues bien, los párrafos primero y segundo de la disposición 6º se van a establecer como mecanismos de protección de la ciudadanía ante dos grandes abusos de derecho que se cometían por medio de las referidas normas. El primero de ellos, la confusión entre peligrosidad criminal y peligrosidad social. El precepto se refiere expresamente a peligrosidad criminal, entendida como la probabilidad de comisión de futuros delitos, teniendo en cuenta que es la comisión del hecho delictivo previo la que evidencia dicha peligrosidad en el sujeto y justifica la imposición de la medida de seguridad. Por el contrario, lo que se ha castigado con la legislación anterior ha sido a toda aquella persona que alteraba la estructura legal y social implantada, no porque existiera la posibilidad de verse involucrado en una acción criminal, sino por apartarse de aquello que se entendía social o políticamente normal. Esto es, por tener una ideología o religión diferente, por lo que se persiguió a republicanos y masones por medio de otras normas, o por causa de la orientación sexual, con las que aquí van a comentarse. Todos ellos fueron considerados sujetos <<antisociales>> aunque su comportamiento o su pensamiento privado no supusieran un grave ataque a los derechos fundamentales protegidos. Entonces, sólo con la naturaleza de la medida postdelictual se pueden salvaguardar los derechos de los ciudadanos de un Estado de Derecho.

Del mismo modo, tal y como dispone el párrafo segundo, únicamente reconociendo el carácter aflictivo de la medida de seguridad pueden garantizarse los derechos constitucionales de quienes las sufran. Así, el otro gran fallo de las mencionadas leyes, era que, mientras que los sujetos que cometieran un delito y debieran cumplir las medidas de seguridad establecidas en el CP gozaban de la protección de los principios que inspiraron la redacción de este, las que se aplicaban en virtud de la Ley de Vagos y Maleantes y de Peligrosidad y Rehabilitación Social no se reputaban como sanción, sino como ayuda para la rehabilitación, llegándose a lo que la doctrina denominó como <<fraude de etiquetas>>; críticas que se comentarán en el apartado correspondiente.

3. TRATAMIENTO HISTÓRICO DE LA HOMOSEXUALIDAD. ESPECIAL REFERENCIA A LA II REPÚBLICA Y EL FRANQUISMO

La persecución de la homosexualidad tiene su origen en la religión, en concreto en las creencias judeo-cristianas.

En la civilización griega la homosexualidad – no el lesbianismo – y la bisexualidad estaban normalizadas, e incluso decía Plutarco “*quien ama la belleza humana será favorable y se inclinará hacia los dos sexos*”. En Roma, aunque con algunas reservas⁸, también sería respetada la homosexualidad masculina.

En el Antiguo Testamento encontramos un relato que va a determinar por completo el estigma de <<sodomita>> que perseguirá a los homosexuales durante toda la historia, cual es el mito de Sodoma y Gomorra (Génesis XIX, 1-29), las ciudades que Dios redujo a cenizas por los pecados que sus habitantes habían cometido. Pese a que existe disidencia acerca del motivo que llevaría en dicha narración a Dios a purificar la ciudad mediante el fuego⁹, lo cierto es que va a ser recordado con el ánimo de animadversión frente a dicho colectivo. Asimismo, en el <<Código de la Santidad>> del Levítico encontramos otra condena a la homosexualidad “*No te echarás con varón como mujer, porque es una abominación*” (Levítico, XVIII, 22). Según el judaísmo, la homosexualidad – toda relación que no tenga el sentido de mero acto físico para perpetuar la especie – queda excluida del plan de Dios y, por tanto, es pecado¹⁰. Califica dicha acción como <<abominación>> llegando a castigarla con la muerte. Y hay que incidir en que, aunque como veremos posteriormente, el hostigamiento de los homosexuales ha ido encaminado contra el colectivo masculino, en el Levítico se castigaba tanto la de “*hombre con hombre como mujer con mujer*”.

El rey visigodo Alarico II ordenó que los homosexuales fueran quemados en la hoguera en el año 506. Entre los años 642-649 con la *Lex Visigothorum* o *Liber Iudiciorum* se castigó cruelmente la homosexualidad, mediante la castración de los <<sodomitas>> por parte de la justicia civil y su posterior penitencia por parte de la justicia eclesiástica.

La religión islámica también condena la homosexualidad en el Corán, pero ciertamente no lo hizo el pueblo árabe en los territorios conquistados de la península ibérica, sino que se toleró y se extendió como práctica habitual¹¹.

⁸ Los hombres libres que tomaran una actitud activa en la relación homosexual eran respetados, pero no así los homosexuales <<pasivos>>, pudiendo serlo únicamente los esclavos. La pederastia se consideraba despreciable – al contrario de lo que pasaba en Grecia, que incluso formaba parte de un ritual para convertir a un púber en un adulto – y el lesbianismo una aberración.

⁹ La teoría que se toma es la de que los castiga por sus prácticas homosexuales y lujuriosas. Otros opinan que el castigo tenía su origen en la falta de hospitalidad de sus habitantes para con los enviados de Dios (BOSWELL) siendo este el verdadero delito y la homosexualidad una cuestión secundaria.

¹⁰ Ferriz Papi, J.A. (2007): “Homosexualidad y religión” en Rodríguez González, F.(ed.), *Cultura, homosexualidad y homofobia. Vol I / Perspectivas gays*. Barcelona: Laertes, p.134

¹¹ Es prueba de ello la existencia de un gran número de poesías homoeróticas de la época que han llegado hasta nuestros días. A esto hay que añadir que, si bien para el islam igualmente es la reproducción el fin

La represión a los homosexuales que ha existido durante las épocas posteriores se la debemos al cristianismo instaurado en la Península tras la reconquista, que los consideraba en la misma categoría que los herejes. Los reinos de Asturias, León y Castilla lo penan mediante el Fuero Juzgo y este último también con el Fuero Viejo. Durante la Edad Media se considera la sodomía una aberración que infringe la ley de Dios. Y la solución que se ofrece a las personas homosexuales para vivir una vida acorde al Plan de Dios según el cristianismo es la castidad. La ofensa sería castigada con la castración y latigazos. Sin embargo, parece que la ofensa era menor si se trataba de la nobleza, la cual estaba sometida a fuero especial y a una norma que les libraba de la tortura; o si la perpetraba un obispo, un presbítero o un diácono, el cual únicamente sufriría un destierro perpetuo; no teniendo tanta suerte las clases desfavorecidas.

Con la consolidación de la monarquía medieval y el feudalismo son tres las penas que corresponden al delito de sodomía: castración, prisión y pérdida de todos los bienes¹². Alfonso X el Sabio es conocido por unificar las leyes existentes hasta el momento, creando el Fuero Real en 1255 y Las Partidas en 1265; pero también debería serlo por implementar por primera vez la pena de muerte respecto a los homosexuales en una norma civil europea – y por la crueldad de la muerte: el ahorcamiento por los pies tras una castración –, considerando la homosexualidad un <<pecado abominable>>. La Summa Teológica de Tomás de Aquino presidiría la autoridad moral a partir del siglo XIII, situando la procreación dentro del matrimonio como la única razón justificante de cualquier actividad sexual¹³, ya que la lujuria constituye uno de los siete pecados capitales. Divide dicho pecado en dos bloques: los <<secundum naturam>>, entre los que se encuentra el incesto, el estupro o el adulterio; y los <<contra naturam>>, más graves porque como su nombre latino indica van contra la naturaleza, siendo los cuatro vicios: coito homosexual, masturbación, bestialismo y coito heterosexual no procreador.

El punto en común que presentan estos delitos o pecados – dos conceptos que se confunden durante la Edad Media –, es que ninguno permite la procreación, el único fin que debería cumplir la sexualidad para los católicos medievales.

último de la práctica sexual, se diferencia de las dos religiones anteriores en que también contempla como finalidad de tal relación el placer sexual.

¹² Terrasa Mateu, J. (2015). *Control, represión y reeducación de los homosexuales durante el franquismo y el inicio de la transición* (tesis de doctorado). Universidad de Barcelona, p. 90

¹³ Pérez Cánovas, N. (1996). *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*. Granada: Comares, p.5.

Los reyes católicos endurecen aún más si cabe la condena – la quema en la hoguera – para el <<pecado nefando>>, innombrable, declarándose competentes para establecerla tanto el orden civil como el religioso. Únicamente los menores de 14 años no sufrían la condena – y los menores de 25 años eran azotados y enviados a las galeras – por no entender la gravedad del hecho cometido. Y la sufría tanto quien lo cometía como quien lo consentía. La pena capital se mantuvo en las diferentes leyes penales que regían los distintos territorios hasta el fin del Antiguo Régimen, junto con la pérdida de los bienes. De hecho, la sodomía constituía en la Novísima Recopilación de 1805 una de las causas legales para la pérdida del mayorazgo, la cual se extendía a los hijos de quien perpetró el delito después de su comisión porque “*participaban de la misma sustancia*”¹⁴ – su consideración como enfermedad llevaba a la creencia de que era hereditaria –.

En Francia, Napoleón legaliza la homosexualidad siempre que se tratara de relaciones privadas – concepto de privacidad que va a ser ampliamente discutido en España por los tribunales durante el franquismo –, entre adultos, en el Código Penal de 1810. Este influyó al Código Penal español de 1822, pero dada su corta duración no sería hasta el de 1848 cuando se eliminara la pena capital, manteniéndose su regulación en los de 1850 y 1870. En 1835 la reina María Cristina había suprimido el Tribunal de la Inquisición, que los perseguía por herejes. La homosexualidad desapareció como delito en la ley general, aunque siguió penada en la ley militar. Pero esto no significaba que la represión hubiera terminado, pues se articulaba mediante los delitos de escándalo público o las faltas contra la moral y las buenas costumbres. Se trataba de una sociedad cristianizada y homófoba en la que se utilizaba la amplia discrecionalidad que las normas permitían para castigarlos con la máxima dureza.

Durante el siglo XIX se produce una paulatina secularización de la sociedad española, lo que en el ámbito del derecho supone la separación entre delito y pecado, y la mayor influencia de la medicina, sobre todo, de la psiquiatría. En lo que a nuestro estudio se refiere, esto conlleva que la homosexualidad pase de considerarse una <<abominación>> innombrable o pecado, a una enfermedad, que debe tratarse y <<curarse>>. Consideración que se extenderá durante el siglo siguiente y que va a tener una gran incidencia en la época franquista: la medicina sería protagonista en la calificación de un sujeto como homosexual por parte de los forenses y en la creación de centros específicos

¹⁴ Terrasa Mateu, *Control, represión y reeducación*, p.105

para la <<rehabilitación>> del homosexual, sino es por su entrada voluntaria o motivada por sus familiares en otros centros privados de <<reeducción>> por parte de psiquiatras. No obstante lo anterior, la homosexualidad vuelve a tipificarse como delito durante la dictadura de Primo de Rivera en el Código Penal de 1928, que en su artículo 69 imponía una pena de dos a doce años de prisión cuando el acto sexual “*tuviere lugar con personas del mismo sexo del culpable*”, lo cual suponía un agravamiento en función de las características del autor – el delito de abusos deshonestos tenía pena inferior si se cometía entre personas de distinto sexo –. Y la misma agravación tuvo lugar en el delito de escándalo público del precepto 616 que se refería específicamente a personas del mismo sexo, imponiendo una multa y pena de inhabilitación especial para cargos públicos.

La eliminación de la homosexualidad como delito se produce en la II República, pues el Código Penal de 1932 modifica los delitos de abusos deshonestos y de escándalo público para suprimir de su redacción a los homosexuales. Pese a este cambio, durante la república se crea una norma que, aunque no tenía por objeto perjudicar o condenar a los homosexuales, será el arma utilizada por el franquismo con dicho fin: la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933, que será comentada en el epígrafe siguiente.

Antes de ello, debo hacer tres matizaciones importantes:

- 1) Durante todo este recorrido histórico he creído conveniente usar preferentemente el vocablo homosexual en las explicaciones, por respeto al colectivo. Pero he de apuntar que esta acepción se registra por vez primera en el diccionario de la RAE en el año 1936 utilizándose en los periodos anteriores toda clase de improperios, algunos ya comentados, para referirse a ellos. El término más utilizado para estigmatizarlos ha sido el de <<sodomita>> como ya mencionaba anteriormente, sobre todo durante la Edad Media. Con el paso del tiempo su uso evoluciona para referirse a la penetración anal. También se les ha tildado de <<pederastas>>, por asociación a la Antigua Grecia, ligándolos con la corrupción de menores y considerando la homosexualidad una <<perversión>>. Por último, se estiman como <<enfermos>> e <<invertidos>>, concepto este último que tiene origen en la psiquiatría inglesa del siglo XIX e implica una psique diferente a la que le pertenecería; hasta que en el franquismo pasan a ser <<antisociales>>. La homosexualidad seguiría considerándose como enfermedad hasta 1990 por el Código Internacional de Enfermedades de la Organización Mundial de la Salud, y no será hasta la promulgación del Código Penal de 1995 cuando se recoja la expresión <<orientación sexual>>, que pondrá a los homosexuales en un plano de igualdad con el resto de los ciudadanos españoles.

- 2) Además, el uso de esta palabra sigue siendo incorrecto dado que en épocas históricas anteriores solo se concebían los homosexuales, incluyendo bajo la misma palabra a los intersexuales, bisexuales y transexuales – que no se conocían – e incluso a los <<travestis>>.
- 3) Todo lo anteriormente dicho afectaba a los hombres del colectivo, no refiriéndome a las mujeres porque no se imaginaba que cualquiera de ellas pudiera vivir sin un hombre y, por tanto, ser lesbiana. La homosexualidad femenina ha sido invisibilizada durante toda la historia en nuestro país. Pero no se trata de un hecho aislado en España, sino que ha sido la tendencia en todo el mundo.

3.1. El origen del <<peligrosismo>>: la II República.

Como apuntaba en el apartado anterior, la legislación de la II República sentaría las bases para la posterior represión de la homosexualidad durante el franquismo, con la famosa **Ley de Vagos y Maleantes de 1933**, aunque no hubiera sido ese el objetivo del legislador republicano. El proyecto original de esta ley corre de la mano de José Oriol y Anguera de Sojo¹⁵, siendo encargada su revisión a Jiménez de Asúa, quien a su vez contó con la ayuda de López-Rey. Para, finalmente, ser Jiménez de Asúa y Ruiz Funes los autores de la redacción última del texto legal primario – ya que ulteriormente sufriría modificaciones en su articulado –.

La ley nace al albor de las doctrinas positivistas y correccionalistas que influyeron a Jiménez de Asúa desde los primeros momentos de su vida profesional. El gran sueño de Jiménez de Asúa, como nos explica PORTILLA CONTRERAS¹⁶, fue el de crear un derecho penal preventivo, en el que los <<predelincentes>> pudieran asimilarse a enfermos, las penas se sustituyeran por medidas de seguridad tendentes a <<curar>> a dichos enfermos – lo que equivale a eliminar su peligrosidad o educarlos para la vida en sociedad –; las cárceles por centros donde tal curación fuera posible¹⁷, y los jueces se convirtieran en una suerte de médicos sociales capaces de valorar el alcance de la <<enfermedad>> del sujeto – esto es, su peligrosidad – y dictar la sentencia más acorde con el objetivo de <<educarlos>> para la vida en sociedad.

¹⁵ Terrasa Mateu, *Control, represión y reeducación*, p. 365

¹⁶ Portilla Contreras, *Derecho penal franquista*, p. 67

¹⁷ Reformatorios, instituciones educadoras y manicomios. Nos dice además que otra de sus ideas fue la creación de la Casa de Trabajo (art.78.4b) “*como medio de combatir la vagancia y la mendicidad habituales, la prostitución, el proxenetismo y el rufianismo y, en general, para terminar con el peligro que dimana de la mala vida*” en Portilla Contreras, *Derecho penal franquista*, p. 46-47

Y tanta confianza depositaría en el buen saber de los jueces así concebidos y en el sistema que defendió la aplicación de una sentencia totalmente indeterminada – a priori – lo que denomina en su obra como “*sistema de penas determinadas a posteriori*”, por la que el sujeto sería libre solo cuando terminara su peligro para la sociedad, ni antes ni después.

Esta doctrina legal se reforzaba con el convencimiento por parte de la psiquiatría de que toda persona era potencialmente peligrosa, siendo insuficiente las medidas postdelictuales para cubrir todo el espectro de la peligrosidad sin delito¹⁸. Se debían incorporar medidas predelictuales y llevar un adecuado método de prognosis de la peligrosidad, que no solo descansaba en manos de jueces sino también de psiquiatras y médicos. Se produce así una unión entre derecho penal y medicina que sería una constante tanto en los años republicanos como en los de la dictadura.

Pero la fe de Jiménez de Asúa en que dichos agentes llegarían a la mejor solución posible para la corrección del delincuente no dejó de ser una utopía, lo que se demostró primero con la utilización de dicha ley por parte de la derecha republicana para perseguir a quienes tuvieran ideas políticas contrarias y, posteriormente durante el franquismo para reprimir tanto a estos como a los homosexuales, entre otros. Cuando concibe la teoría de la peligrosidad sin delito lo hace pensando en una peligrosidad criminal y no una peligrosidad social, pero, como TAMARIT¹⁹ expone, el hecho de eliminar la exigencia de la comisión previa de un delito creaba el marco de actuación idóneo para actuar sobre focos de resistencia política o social. El propio JIMÉNEZ DE ASÚA había alertado del peligro que podía suponer una mala utilización del sistema y propuesto que, en tanto que fuera posible el correcto funcionamiento del mismo porque cumpliera una serie de condiciones que describe en su obra²⁰ – de las que España no reunía ni una – se separara entre un “Código sancionador”, para la peligrosidad derivada del delito, y un “Código penal preventivo”²¹, bajo la línea de peligrosidad sin delito.

¹⁸ Portilla Contreras, *Derecho penal franquista*, p. 51

¹⁹ Tamarit, J.M. (2005): “Derecho penal y delincuencia en la legislación de posguerra” en Agustí, C., Gelonch, J., y Mir, C. (eds.), *Pobreza, marginación, delincuencia y políticas sociales bajo el franquismo*. Lleida: Edicions de la Universitat de Lleida, p. 61

²⁰ Resumidamente: creación de una comisión especial, contar con jueces suficientemente capacitados para actuar de <<médico social>> (con conocimientos legales, pero también criminológicos, sociales, psicológicos, etc.), con establecimientos reformadores y con personal penitenciario idóneo; y, respecto del reo, que no sea liberado hasta que no tenga un medio honrado de vivir y que cuando lo sea, lo sea condicionalmente y de manera vigilada y protegida. Jiménez de Asúa, L. (2013). *La sentencia indeterminada. El sistema de penas determinadas a posteriori*. Madrid: Marcial Pons, pp. 177-195, 287-288.

²¹ Portilla Contreras, *Derecho penal franquista*, p. 48

Por último, otra de las causas explicativas de la necesidad de la creación de la ley puede devenir de la amnistía general concedida por la II República²², que podría tener los indeseables efectos de un aumento desmesurado de la delincuencia, pues entre sus objetivos se encontraba el de “*aliviar la labor de la policía*” y “*actuar más eficazmente contra la ola de delitos comunes, siempre creciente*”²³.

Para el mejor entendimiento de la tesis defendida por Jiménez de Asúa y su influencia en la creación de la mencionada ley dividiré este apartado en los dos siguientes.

3.1.1. Postulados del positivismo y correccionalismo español

El surgimiento del <<peligrosismo>> deviene del **positivismo criminológico**, en el cual el delito se percibe como un complejo problema social que el Estado tiene la obligación de resolver, bien actuando sobre el propio delincuente o bien sobre las causas externas que lo llevaron a delinquir²⁴, que pueden ser físicas, antropológicas o sociales. El delito es, según la escuela positivista, resultado de la interacción entre dos elementos, el exógeno (social) y el endógeno, que comprende la parte espiritual (“*sentimientos antisociales, vicios de la inteligencia, falta de educación, etc.*”) y la parte corporal (“*defectos orgánicos, temperamentos, trastornos y desequilibrios nerviosos*”)²⁵. Así, se defienden políticas activas para averiguar las causas del delito y actuar en el comportamiento futuro del delincuente en función de su peligrosidad. Para JIMÉNEZ DE ASÚA, “*el verdadero mérito de la escuela positivista es que ha llamado la atención de los juristas al estudio del sujeto*”²⁶, pero como él mismo expresa en su libro *La Sentencia Indeterminada: el sistema de penas determinadas a posteriori* se trata al delincuente como un <<organismo enfermo>>, lo cual lleva al surgimiento de teorías eliminativas o segregativas, como en Italia, que se basan en la separación del delincuente del resto de la sociedad hasta que deje de ser peligroso, esto es, esté <<curado>>. Por esta razón, se inclina más por el correccionalismo, que parte de la idea positivista, pero considera al delincuente no alguien a quien <<curar>>, sino alguien a quien corregir o educar. Es por ello por lo que en su obra existe un considerable influjo de los postulados de DORADO MONTERO y su *Derecho protector de los criminales*, que, frente al objetivo de la

²² El 14 de abril de 1931 el Gobierno provisional presidido por Alcalá Zamora decreta una amnistía para los delitos políticos, sociales y de imprenta.

²³ Tamarit, “Derecho penal y delincuencia en la legislación de posguerra”, p.61

²⁴ Sanz Mulas, N. (2017). *Política criminal*. Salamanca: Ratio Legis, p. 48

²⁵ Jiménez de Asúa, *La sentencia indeterminada*, p.61

²⁶ Jiménez de Asúa, *La sentencia indeterminada*, p.58

retribución, propugna la necesidad del estudio psicológico de las causas de criminalidad con el propósito de modificar la voluntad criminal.

Los principales rasgos del **correcionalismo español** según SANZ MULAS²⁷ se pueden sintetizar en: a) El Derecho no se origina en el poder sino en la necesidad, siendo los delincuentes los más necesitados de auxilio por parte del Estado ante su incapacidad de llevar a cabo una vía jurídica libre; b) el delito es la consecuencia de la voluntad enferma del delincuente; c) el delincuente es miembro de la sociedad y, por tanto, acreedor de la tutela del Estado; y d) la pena debe perseguir la corrección o enmienda moral del infractor, intentando su transformación interna. Y dicha corrección requiere de penas privativas de libertad absolutamente individualizadas e indeterminadas. Esto último será defendido por JIMÉNEZ DE ASÚA contra capa y espada, ideas que recopilo a continuación.

3.1.2. La idea de Luis Jiménez de Asúa

Para JIMÉNEZ DE ASÚA²⁸ la finalidad de la pena es “*corregir previniendo*”. Al delincuente no se le pena por lo que hizo, sino por lo que es, un sujeto peligroso – ya vemos aquí la primera manifestación de derecho penal de autor –; y como no todos somos iguales, la pena que se imponga tampoco debe serlo, sino que debe determinarse de acuerdo con las características del sujeto, caso por caso, de forma totalmente individualizada. Se trata para él, no de una sentencia o pena indeterminada, pese al título de su libro, sino de un sistema de penas determinadas a posteriori. Se inspira para ello en el profesor alemán Liszt pero rechaza de plano cualquier limitación que trate de ponerse al sistema²⁹, haciendo una dura crítica al dualismo penal existente en España hasta la fecha, que se le antojaba absurdo, y al principio *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, al que le reprochaba: 1) Que se detuviera a los condenados hasta el término de la pena aun cuando se pudiera constatar su efectiva enmienda; y 2) Que se pusiera en libertad a los que no estuvieran enmendados obligatoriamente al transcurrir el tiempo de condena. Estas dos consecuencias negativas tienen su razón de ser en la pena prefijada, así que, además de la no fijación de la condena a priori, debía poderse revisar esta en cualquier momento de modo que se liberase al condenado cuando fuera un ser “*útil socialmente*”.

²⁷ Sanz Mulas, *Política criminal*, pp. 49-51

²⁸ La información contenida en el presente apartado ha sido extraída de: Jiménez de Asúa, *La sentencia indeterminada*, pp. 58-64, 129-141

²⁹ Fran Von Liszt era partidario del sistema, pero propugnaba la necesidad de fijar de antemano un *máximum* y un *mínimum* en la duración.

De igual forma, entendió que los conceptos de peligrosidad no deberían estar tasados, sino ofrecer algunos supuestos de manera ejemplificadora³⁰, dejando al arbitrio del juez su consideración o no. Obviamente, este nuevo derecho penal así concebido chocaba de lleno con el principio de legalidad, el cuál estimó JIMENEZ DE ASÚA que dejaría de ser necesario al pasar de un derecho vengativo y expiatorio a otro basado en medidas cautelares y asegurativas³¹.

Todas estas ideas se ven reflejadas en la ley que será comentada en el epígrafe siguiente.

3.2. La consolidación de la peligrosidad sin delito: el franquismo.

El concepto de <<peligrosidad>> consagrado en la república no sólo se mantiene durante el franquismo, sino que se va ampliando y consolidando durante la dictadura. El cambio de modelo de Estado no va a llevar aparejada de forma inmediata una modificación de la legalidad republicana vigente en lo que concierne al derecho penal, sino, primeramente, la utilización de las normas que ya tenía a su alcance de la forma en la que más conviniera a los intereses de la nueva España.

3.2.1. El franquismo en líneas generales: bases ideológicas y estigmatización de la homosexualidad.

Esta España tenía como pilares fundamentales la Patria y la religión cristiana, que se presentan como las dos caras de una misma moneda³². Para construir este régimen había que asentar unas bases culturales y políticas sólidas, bajo la figura de un líder autoritario, el Generalísimo, encargado de la ardua tarea de la <<regeneración de la raza hispana>>. En el nuevo orden, la familia se erige como el eje vertebrador de la sociedad española, y tiene que ser protegida a toda costa. Debido a la gran influencia del catolicismo, como en momentos históricos anteriores, las relaciones sexuales admisibles en esta época eran solamente las desarrolladas en el seno del matrimonio que, por supuesto y sin discusión

³⁰ Portilla Contreras, *Derecho penal franquista*, p.45: “*opta por la teoría de la defensa social que defendió la Unión Internacional de Derecho penal, fundada por van Hamel, von Liszt y Adolfo Prins, lo que él propugna es ofrecer <<un amplio concepto de peligro y enumerar algunas categorías, con la expresa advertencia de que sólo se enuncian por vía ejemplificadora>>.*”

³¹ PORTILLA CONTRERAS explica que Luis Jiménez de Asúa se refiere a la obra de Dorado Montero, *Derecho protector de los criminales*, en Portilla Contreras, *Derecho penal franquista*, p.46

³² Fernández Burgos, C. (2013). *Franquismo a ras de suelo. Zonas grises, apoyos sociales y actitudes durante la dictadura (1936-1976)*. Granada: Campus universitario de Cartuja, pp. 108-109

alguna, solo podía ser heterosexual. Esto, acompañado del machismo y el paternalismo imperante, haría prácticamente invisible a la mujer homosexual, a la vez que reprimía en todos los ámbitos tanto a mujer homosexual como heterosexual. Esta era únicamente concebida en su función reproductora, mientras que, del hombre, aunque sí que se le admitía que sintiera placer en las relaciones sexuales, se entendía que el verdadero varón o macho español era el heterosexual. Un <<hombre de verdad>> sólo podía tener relaciones sexuales con mujeres y un <<buen español>> era aquel cabeza de familia, trabajador, católico y, en resumen, que cumplía con todas las exigencias de la sociedad franquista. Exigencias que no lo eran únicamente de cara a la sociedad, sino que tenían su repercusión en el ámbito del derecho.

Como expone SANZ MULAS³³ en los estados totalitarios, como el que presento en este apartado “*existe la necesidad de intimidar a los rebeldes y subversivos que presentan una amenaza para el régimen (prevención general) y de escarmentar al rebelde y anular su voluntad (prevención especial), mediante la resocialización – o <<reeducación>> – que se entiende como la absoluta sumisión a los valores e imperativos del Estado*”. Esto se traduce en la persecución de todas aquellas conductas que fueran en contra de la política del gobierno (republicanos, “rojos” o de izquierdas...) pero también de todas las que contravinieran los principios morales y religiosos de la religión católica, sea por tener diferentes creencias, como en el caso de los masones, o por desviarse del camino que se consideraba natural para los católicos, como ocurrió con los homosexuales (<<desviados o invertidos>>), además de sancionar a todo aquél al que tampoco se le consideraba un <<buen español>> por su forma de vida: alcohólicos, prostitutas...; en fin, todos aquellos que serán apreciados por la Ley de Vagos y Maleantes como <<antisociales>> o <<peligrosos>>, algunos que ya lo eran desde el periodo republicano, y los homosexuales que pasan a serlo en el franquista. Todos ellos tenían la estimación de <<enemigo interno>>, “*aquél que desde su identidad puede afectar al <<orden social>> establecido*”³⁴ y que, por ello, debe combatirse.

La consideración de que las prácticas homosexuales iban en contra de la Nación era un sentimiento compartido en gran medida por la generalidad de la sociedad española, y no únicamente por los dirigentes franquistas, jueces y magistrados; pues incluso en los

³³ Sanz Mulas, *Política criminal*, pp. 24-25

³⁴ Miguez Macho, A. (2014). *La genealogía genocida del franquismo. Violencia, memoria e impunidad*. Madrid: Adaba Editores, p.53

tiempos en que la homosexualidad no estuvo penada el colectivo no dejó de ser estigmatizado socialmente. Lo que ocurre es que dicho estigma se potencia y acentúa con el nacionalcatolicismo. De hecho, la ciudadanía colaboró activamente en su persecución mediante las delaciones, como se evidencia en el análisis de expedientes incoados durante la LVM. Esto significa, según CABANA IGLESIA³⁵ que la violencia franquista se estructuraba con la participación de “<<los de abajo>> y no solo de <<los de arriba>>”, de los que delatan. Hay que partir de la apreciación histórica que ha tenido la homosexualidad que, como ya hemos visto, ha sido la de un delito, incluso un pecado, y ha llegado a castigarse hasta con la muerte. Y que ahora, con la gran influencia que la medicina va a tener en esta época, se tomaría como una enfermedad.

Se produce por tanto un enlace entre religión, ciencia y derecho con el propósito nefasto de oprimir al homosexual. Mientras que la religión católica aporta la conciencia moralizante de la sexualidad, la medicina y la psiquiatría se orientarán al estudio biológico y psíquico del sujeto para inferir las características que definen a los homosexuales y, por tanto, lo convierten en un enfermo psíquico, un <<psicópata sexual>>, forjando las directrices para una correcta prognosis del peligrosismo del sujeto. Y, finalmente, el derecho utiliza las afirmaciones dadas por la medicina y la religión para justificar y dotar de carta de naturaleza a la aplicación de las medidas de seguridad al homosexual, lo cual, de un lado, protege la “*sana moral cristiana*” y, de otro, <<cura>> a el individuo enfermo necesitado de ayuda por parte del Estado, lo resocializa.

3.2.2. Delimitación del marco jurídico

Con la llegada de Francisco Franco al poder no se vuelve a incluir la conducta homosexual como un tipo delictivo, pero se le reprimiría duramente al incardinarla entre los tipos predelictivos, en los que se profundizará en el título siguiente. Represión que se va a articular tanto por la vía retributiva, al aplicar ciertos tipos del CP en la persecución de los homosexuales; pero sobre todo por la preventiva, mediante la creación de dos leyes especiales: la **Ley de Vagos y Maleantes** (LVM) y la **Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social** (LPRS), así como sus respectivos reglamentos (RLVM y RLPRS).

³⁵ Cabana Iglesia, A. (2018), “Una mirada fugaz ante el espejo: el estudio de las actitudes sociales durante el franquismo”, en Ortiz Heras, M. (coord.), *¿Qué sabemos del franquismo? Estudios para comprender la dictadura de Franco*. Granada: Comares Historia, p.85

Tras fracasar en el intento de crear un Código Penal durante la Guerra Civil, se utilizará durante los primeros años el código republicano de 1932, hasta la promulgación de uno nuevo en 1944, que tendrá vigencia durante toda la dictadura.

Cronológicamente, el hostigamiento del homosexual de este periodo puede dividirse en otros tres subperiodos, en función del uso de estas leyes:

- 1) **1939 – 1954:** la homosexualidad no era perseguida abiertamente, pues en la Ley de Vagos y Maleantes de 1933 no se incluía al colectivo como un tipo peligroso de manera expresa. Esto no quita que la persecución se efectuara de manera indirecta en el caso de la vía de las medidas de seguridad – aprovechando otros estados peligrosos – o incardinando su comportamiento en el tipo penal del escándalo público para sancionarlos mediante una pena.
- 2) **1954 – 1970:** se modifica la Ley de Vagos y Maleantes en 1954 para crear específicamente un supuesto de peligrosidad de homosexualidad. Ahora sí se va a reprimir explícitamente a este colectivo por medio de la vía preventiva. Por su parte, la utilización del Código Penal va a ser también muy importante, no solo por seguir empleando el tipo de escándalo público, sino porque tanto una condena como un sumario por la presunta comisión de este, o de otros como los abusos deshonestos y la corrupción de menores, motivarían el inicio de la investigación por peligrosidad.
- 3) **1971 – 1975:** se sustituye la LVM por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social. Esta presenta algunas diferencias, pero, en el fondo, es una evolución de la anterior y cumple los mismos fines. El final de esta tercera etapa coincide con la muerte de Francisco Franco, pero únicamente por la época en la que el TFG está ambientado, dado que la ley seguiría vigente después, no siendo derogada expresamente hasta la promulgación del Código Penal de 1995. Como es obvio, también en estos 4 años se seguirán empleando los mencionados tipos del Código Penal de 1944, en el mismo sentido que se hacía hasta el momento.

Por el contrario, sí que se tipifica expresamente como delito en el **Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945**. En su artículo 352 estimaba y sancionaba como delito contra el honor militar “*al militar que cometiera actos deshonestos con individuos del mismo sexo*”.

Y la represión de la homosexualidad se articulaba también en otros ámbitos aparte de en las normas penales. Por ejemplo, era considerada un “*defecto físico o enfermedad*” que impedía el ingreso en el Cuerpo de Magisterio Nacional de Enseñanza Primaria según el

núm.45 del **Anexo I de la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia del 1 de febrero de 1971.**

3.2.3. El lesbianismo durante el franquismo

Al igual que en el resto de los periodos históricos, todas las normas anteriormente mencionadas se han aplicado prácticamente en exclusividad a los homosexuales hombres, encontrando muy pocos ejemplos – por no decir casi ninguno –, de expedientes referidos a homosexualidad femenina.

De hecho, PORTILLA CONTRERAS afirma haber encontrado una única condena expresa por lesbianismo en la **Sentencia 11 de diciembre de 1968**, del juez Sabater Tomás³⁶ que será objeto de mención más adelante, aunque nos informa de que la persecución se encubriría mediante otros estados peligrosos como el de prostitución, inclinación al delito... Y añade que no era considerada como una perversión sino como una “*forma de semiinputabilidad, una neurosis, consecuencia de la histeria femenina y del desamor masculino*”³⁷.

Esta invisibilidad, que pudiera parecer positiva y llevarnos a la creencia de que las mujeres pudieron vivir su sexualidad en paz, en realidad no es más que la consecuencia del machismo imperante y la concepción de España como un Estado <<viril>>. No se tenía en cuenta la homosexualidad femenina porque no se concebía que pudiera existir placer en la relación sexual por parte de la mujer si no se lo proporcionaba el hombre; y su función única dentro de tal relación era la procreación. La primera premisa para que una mujer pudiera ser lesbiana es que tuviera derecho a su propia sexualidad.

Por tanto, la discriminación de las lesbianas no devenía de su concepción de homosexuales, como ocurría en el caso de los hombres, sino de su propia condición de mujer. Como proclama BEATRIZ GIMENO – aunque no se refiera al franquismo expresamente – las lesbianas no tenían un lugar preasignado como sí entiende que lo tenían los gays, sino que era “*el lugar de las mujeres*”³⁸. Entonces, se trataba de una discriminación de género y no una discriminación por orientación sexual.

³⁶ Portilla Contreras, *Derecho penal franquista*, p.142

³⁷ Portilla Contreras, *Derecho penal franquista*, p.137

³⁸ Gimeno, B. (2007) “La doble discriminación de las lesbianas”, en Simonis, Angie (eda.), *Cultura, homosexualidad y homofobia. Vol II/Amazonia: retos de visibilidad lesbiana*. Barcelona: Laertes, p.19

4. EL FRANQUISMO (I): DERECHO PENAL Y HOMOSEXUALIDAD

Este epígrafe es el protagonista del trabajo desempeñado y el que verdaderamente interesa al ámbito de conocimiento del derecho penal. Dos van a ser las leyes de la represión: la Ley de Vagos y Maleantes, y la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.

Antes de nada, conviene apuntar que la utilización del vocablo <<represión>> aquí no se hace en la literalidad de su término – como he explicado, las normas penales tienen una finalidad represora o retributiva, que se articula mediante a pena – sino con un sentido más contextualizado a la verdadera realidad de la época. Pues las medidas de seguridad que contemplan, si bien en la teoría se emplean con una finalidad de prevención especial y no retributiva, en la práctica el verdadero resultado es la opresión del colectivo homosexual. Por su parte, en el análisis de ciertos preceptos del Código Penal de 1944 lo más relevante es hacer alusión a la utilización de los mismos para abrir expedientes por peligrosidad y no tanto discernir castigos (penas), pues ninguno de ellos se creó con la vocación de sancionar la homosexualidad; y este trabajo se enfoca en el estudio de la peligrosidad y no de la culpabilidad, pese a que deban comentarse en ciertos momentos conjuntamente. En el Código Penal se contenían otras medidas de seguridad, pero estas eran postdelictivas, por ello diferentes a las que el proyecto se orienta.

Por tanto, no puedo separar este epígrafe en culpabilidad y peligrosidad. Y también existe una imposibilidad de clasificar las normas cronológicamente pues, aunque se vea clara la división entre la Ley de Vagos y Maleantes (1933-1970, teniendo en cuenta las especialidades tras la reforma de 1954), y la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (1971 en adelante), no puede aislarse su estudio del de los preceptos más relevantes del Código Penal en cuanto al tema que nos ocupa. Ahora bien, por haber tenido acceso a los expedientes incoados desde los años 50 hasta 1969, gracias a la investigación realizada por mi tutor académico, Guillermo Portilla Contreras, que, aun inédita, me ha permitido utilizarla como soporte, la Ley de Vagos y Maleantes de 1933, especialmente, tras su reforma en 1954, se ha convertido en el núcleo central del actual Trabajo de Fin de Grado. Es por ello por lo que abordaré su examen en primer lugar y lo llevaré a cabo con una mayor profundidad. Seguidamente, pondré en relación esta norma con los tipos delictivos que más van a afectar a los homosexuales y, por último, comentaré el articulado de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1971 y las críticas doctrinales que sufrió. En cuanto a esta, cabe recordar que no se encuentran verdaderos estudios en cuanto a su aplicación porque, como he comentado, no puede accederse a los archivos todavía. Todo ello, sin perjuicio de un primer comentario al intento de crear un Código Penal en 1938.

4.1. El fallido Anteproyecto de CP de 1932

Durante la Guerra Civil se lleva a cabo por la Falange Española tradicionalista y las Juntas Ofensivas Nacional-Sindicalistas un **Anteproyecto de Código Penal de 1938** el cual, inspirado por la regulación anterior de peligrosismo otorgaba un papel primordial a las medidas de seguridad. En su **artículo 27** se establecían veintiuna, que incluían la expulsión del territorio nacional o colonial, el internamiento en un establecimiento de custodia, en casa de trabajo, en colonia agrícola o industrial; el aislamiento en casa de salud y templanza, la sumisión a la vigilancia de la autoridad o los delegados, la obligación de declarar el domicilio o de residir en un lugar determinado, y la prohibición de residir en lugar o territorio determinado³⁹.

Medidas prácticamente idénticas a la Ley de Vagos y Maleantes de 1933, como ahora veremos; a las que se sumaba, no obstante, una fórmula abierta que permitía al Tribunal imponer *“cualquier otra prevención de igual entidad o análoga a las anteriores que el Tribunal considere útil para el fin de precaver la reincidencia por parte del sujeto a la medida de seguridad”*. Quizá de haber prosperado, se hubiera creado una ley de peligrosidad nueva, o modificado sustancialmente la existente. Pero debido al fracaso del Anteproyecto seguiría utilizándose tanto el CP de 1932, que mientras tanto sufriría numerosas reformas que permitieran adaptar sus normas al nuevo orden, como la Ley de Vagos y Maleantes de 1933. Todo aquello que no se alterara por la vía textual, lo sería en la utilización práctica. Y no sería hasta 1944 que se promulgaría un nuevo Código Penal ya franquista.

4.2. La Ley de Vagos y Maleantes de 1933 y la Ley de 15 de julio de 1954

La **Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933** va a ser la primera norma que trate de prevenir comportamientos que todavía no se han materializado en un hecho delictivo, en los que aún no existe antijuricidad, y mucho menos culpabilidad; y que no tienen por qué llegar a convertirse en delito nunca. Esta ley establecerá una serie de medidas de seguridad, al margen de las contempladas por el Código Penal, a las que, encima, no se les considera un carácter aflictivo sino <<educativo>>. Por tanto, esta norma quiebra toda la teoría tradicional del delito y hace que el derecho pase de condenar actos a condenar probabilidades, a condenar personas.

³⁹ Terrasa Mateu, *Control, represión y reeducación*, p.114

Los estados peligrosos se enumeraban en el **artículo 2**⁴⁰. Entre ellos no se incluyeron a los homosexuales pues, como he explicado, no era este el objetivo de su creación republicana. Encontramos ya en este precepto manifestaciones de derecho penal de autor pues en los **apartados 1º, 2º, 4º y 6º** entiende peligrosos a los “*vagos habituales*”, “*rufianes y proxenetas*”, “*mendigos profesionales*”, “*ebrios y toxicómanos habituales*”, en lugar de quienes realizaran las conductas de dedicarse a mendicidad, a la vagancia, etcétera, como hace en el resto de los apartados. Se echa en falta además una descripción más detallada del supuesto peligroso porque ¿qué hace a una persona un vago? ¿y un ebrio, lo es el que bebe un día? Para salvar esta laguna, repite en varias ocasiones la exigencia de habitualidad, lo que indica que para ser calificado como peligroso no bastaba con una sola conducta: el que es “vago”, lo es habitualmente.

En el **apartado décimo** se regula un supuesto peligroso que será clave durante el franquismo para la persecución de los homosexuales, cual es una “*conducta reveladora de inclinación al delito*”. Conducta que tampoco se define explícitamente, y si lo hace, lo hace en términos de derecho de autor. Por ejemplo, al entender que se cumple por el trato asiduo con “*delincuentes y maleantes*” – la comisión de un delito puede convertir a una persona en un <<delincuente>> pero ¿qué características tiene un maleante? –. Esto, si se pone en relación con los delitos, que serán comentados, de abusos deshonestos,

⁴⁰ **Artículo 2:** “*Podrán ser declarados en estado peligroso y sometidos a las medidas de seguridad de la presente Ley: Primero. Los vagos habituales. Segundo. Los rufianes y proxenetas. Tercero. Los que no justifiquen cuando legítimamente fueren requeridos para ello por las autoridades y sus agentes, la posesión o procedencia del dinero o efectos que se hallaren en su poder o que hubieren entregado a otros para su inversión o custodia. Cuarto. Los mendigos profesionales y los que vivan de la mendicidad ajena o exploten a menores de edad, a enfermos mentales o a lisiados. Quinto. Los que exploten juegos prohibidos o cooperen con los explotadores a sabiendas de esta actividad ilícita, en cualquier forma. Sexto. Los ebrios y toxicómanos habituales. Séptimo. Los que para su consumo inmediato suministren vino o bebidas espirituosas a menores de catorce años en lugares y establecimientos públicos o en instituciones de educación e instrucción y los que de cualquier manera promueven o favorezcan la embriaguez habitual. Octavo. Los que ocultaren su verdadero nombre, disimularen su personalidad o falsearen su domicilio mediante requerimiento legítimo hecho por las autoridades o sus agentes y los que usaren o tuvieran documentos de identidad falsos u ocultaren los propios. Noveno. Los extranjeros que quebrantaren una orden de expulsión del territorio nacional. Décimo. Los que observen conducta reveladora de inclinación al delito, manifestada: por el trato asiduo con delincuentes y maleantes; por la frecuentación de los lugares donde estos se reúnen habitualmente; por su concurrencia habitual a casas de juegos prohibidos, y por la comisión reiterada y frecuente de contravenciones personales*”.

corrupción de menores y escándalo público, hace que el homosexual se considere un sujeto peligroso porque, su orientación sexual hacia personas del mismo sexo, su <<enfermedad>> o <<perversión>>, puede llevarle a que corrompa menores, abuse de estos o de otros buenos hombres; o, simplemente, ofenda la moral de alguno de los que sí son buenos españoles, por mostrar conductas afectivas hacia personas de su mismo sexo en público; o ni eso, por mostrar una apariencia afeminada, <<feminoide>>. Era, por tanto, una disposición muy <<peligrosa>>, valga la redundancia. Precisamente PORTILLA CONTRERAS⁴¹ recuerda que este era el supuesto peligroso esgrimido mayoritariamente por los jueces en las condenas por peligrosidad a homosexuales antes de que la reforma de 1954 permitiera referirse a ellos de manera expresa.

Y se vuelve esta ley aún más <<peligrosa>> cuando el 3 de mayo de 1935 se aprueba el **Reglamento de la Ley de Vagos y Maleantes**, el cual añade una serie de supuestos en el **artículo 2**. Tampoco se encuentra entre ellos la homosexualidad, el problema viene porque introduce en el **apartado g)** otra cláusula abierta e indeterminada, que va a permitir su aplicación con fines diferentes para los que la ley se concibió: “Y, en general, todas aquellas personas que, por su forma de vida habitual, dedicada a actividades inmorales, demuestren un estado de peligrosidad por analogía a lo dispuesto en la Ley”. Como ya había temido Jiménez de Asúa⁴² y como aventuraba TAMARIT⁴³, se utilizó la norma primero por la propia república para encarcelar a destacados dirigentes sindicalistas, simpatizantes y afiliados, y posteriormente por el franquismo para oprimir al colectivo homosexual. Más adelante llevaría a cabo una reforma de la misma para dirigirse, ahora sí de manera expresa, contra dicho grupo.

El catálogo de medidas de seguridad establecidas por la ley se encuentra en el **precepto número 4**, y en el **artículo 6** la aplicación que procede de cada una, o varias, de ellas, para cada caso concreto. Algunas son de cumplimiento sucesivo y otras pueden cumplirse simultáneamente. Las que después de la reforma se aplicarán a homosexuales lo son sucesivamente y se establecen en el **apartado 2º del precepto 6**⁴⁴. Mientras tanto, se

⁴¹ Portilla Contreras, *Derecho penal franquista*, p. 79

⁴² “y poner esmero en que no se desacredite la ley como instrumento político en mano de los jueces” en Terrasa Mateu, *Control, represión y reeducación*, p. 366

⁴³ Tamarit, “Derecho penal y delincuencia en la legislación de posguerra”, p.61

⁴⁴ **Artículo 6.2º**: “A los rufianes y proxenetas, a los mendigos profesionales y a los que vivan de la mendicidad ajena, exploten menores de edad, enfermos mentales o lisiados, se les aplicarán, para que las cumplan todas sucesivamente, las medidas siguientes:

- a) Internado en un Establecimiento de trabajo o Colonia agrícola.
- b) Prohibición de residir en determinado lugar o territorio, y obligación de declarar su domicilio
- c) Sumisión a la vigilancia de los Delegados”

aplicarían las del **apartado 8º**, por observarse conducta reveladora de inclinación al delito, que, en cualquier caso, son prácticamente coincidentes con las del párrafo 2º y también se cumplen sucesivamente: “a) *Internado en un Establecimiento de trabajo o en un Establecimiento de Custodia, a elección del Tribunal*; b) *Prohibición de residir en un lugar o territorio*; c) *Sumisión a la vigilancia de los Delegados*”. Esto, con la salvedad de que el juzgado por homosexual fuera extranjero, en cuyo caso según el **art. 6. 9º** se expulsarían del territorio nacional, excepto cuando quebrantaran la orden de expulsión, momento en que serían internados en un Establecimiento de Custodia.

La mencionada ley sufre sucesivas reformas, tanto durante el régimen republicano como durante el franquista, pero a nosotros nos interesa la de la **Ley de 15 de julio de 1954**, que introduce por vez primera el concepto de <<homosexual>>, nunca empleado anteriormente por el Código Penal. La razón de su inclusión tiene que ver con el aperturismo de la década de los años cincuenta y la visita de turistas extranjeros con formas de comportamiento o pensamiento diferentes; y con la llegada a la mayoría de edad de las generaciones de españoles que no habían tomado parte en la guerra (la generación de los <<hermanos menores>>) o ni si quiera habían nacido durante la contienda (<<hijos>>)⁴⁵. Se corría el riesgo de que se corrompieran las bases ideológicas del franquismo y se perdieran los <<principios nacionales>>, pues surgieron movimientos feministas y se constató que las prácticas homosexuales eran más corrientes de lo que se pensaba, alertándose del peligro que la homosexualidad suponía para la Patria⁴⁶, por presentar valores contrarios a la familia y a la sexualidad procreativa.

En consonancia con estos argumentos, explica la ley en su **Preámbulo** que: “*La producción de hechos que ofenden la sana moral de nuestro país por el agravio que causan al tradicional acervo de buenas costumbres, fielmente mantenido en la sociedad española, justifican la adopción de medidas para evitar su difusión*” y que “*también aspira la misma Ley a proteger la paz social y la tranquilidad pública contra las actividades, no constitutivas de delito o cuya delincuencia consta, pero no puede ser inmediatamente probada, de sujetos que, por su habilidad, escapan a través de las mallas de la ley o eluden su aplicación, por cuya causa constituyen un serio peligro para una ordenada vida de la colectividad*”.

⁴⁵ Fernández Burgos, *Franquismo a ras*, pp.257-258

⁴⁶ Olmeda, F. (2007), “La homosexualidad en España desde el franquismo hasta hoy”, en Rodríguez González, F.(ed.), *Cultura, homosexualidad y homofobia. Vol I / Perspectivas gays*. Barcelona: Laertes, pp. 21-33

Ciertamente, la finalidad de la ley tras su reforma de 1954 sigue siendo la que ya tenía desde 1933, aunque ahora se diga expresamente al afirmar que: “*No trata esta ley de castigar sino de proteger y reformar*”. Entonces, ¿cuál es el verdadero propósito de su reforma?: se trata básicamente de una ley creada con la vocación única de poder perseguir a los homosexuales de una forma directa. Y esto es así porque, en su primer precepto, sólo se reforma el artículo 2, al objeto de incluir dos estados peligrosos nuevos, sujetos a quienes denomina en la misma exposición de motivos “*sujetos caídos al más bajo nivel moral*”; y el 6, para aplicar a los mismos las medidas de seguridad pertinentes. De esta forma, el **artículo 2.2º** incorpora a los homosexuales en la misma categoría que los rufianes y proxenetas, lo que es signo también del punto hasta el que llegaba la estigmatización asociada al colectivo⁴⁷; incardinándolos entre los supuestos que motivan la aplicación de las medidas de seguridad que venían contenidas en el **art. 6.2º**.

Y se añade un **apartado undécimo** al precepto número 2 por cuya virtud: “*Podrán asimismo ser declarados peligrosos como antisociales los que, en sus actividades y propagandas, reiteradamente, inciten a la ejecución de delitos de terrorismo o de atraco y los que públicamente hagan apología de dichos delitos. También podrán ser objeto de igual declaración los que, de cualquier manera, perturben con su conducta o pusieren en peligro la paz social y la tranquilidad pública*”. Vemos como se utiliza la palabra <<antisocial>>, muestra explícita de la condena de la peligrosidad social y no la peligrosidad criminal.

Todo lo demás se mantiene invariable.

Esta nueva redacción va a empeorar la situación de los homosexuales debido a que:

- 1) Se crea un estado peligroso específico de la homosexualidad. La represión del colectivo, con mayor o menor fuerza, va a estar presente durante toda la dictadura. Lo que ocurre es que, hasta 1954 se había llevado a cabo de forma indirecta por medio de los estados peligrosos comentados de la LVM de 1933. La ley de 1954 supone, por tanto, un perfeccionamiento del arma represora que el franquismo ya tenía a su alcance, con el único objetivo de perseguirlos más ferozmente.
- 2) Se incluye la expresión <<homosexuales>> y no <<quien practique la homosexualidad>>. Como he comentado antes, en la redacción primigenia de la LVM

⁴⁷ También lo es, por ejemplo, como se dice en el **Informe de la Guardia Civil de marzo de 1957**, que, cuando se conoce por el rumor público que un sujeto es “*afeminado*”, “*no tengan con él sociedad sus compañeros de trabajo, no obstante estar considerado por sus superiores como buen trabajador*”. Expte.25-57, en Portilla Contreras, “Anexo”, *Derecho penal franquista*.

había ciertos sujetos peligrosos considerados como tales por serlo y no por hacer algo determinado. En la mayoría de ellos, este derecho penal de autor estaba supeditado a la existencia de habitualidad. Sin embargo, precisamente el apartado de “*rufianes y proxenetas*” no exigía reiteración o reincidencia, y es justo en aquí donde se incluye la homosexualidad, por lo que no se está exigiendo que se trate de prácticas repetidas.

- 3) El Preámbulo se refiere también a hechos que no pueden ser “*inmediatamente probados*”, sean postdelictuales o predelictuales, lo que conllevará que se les acabe sancionando sin el debido rigor probatorio en muchas ocasiones, basándose únicamente en la prueba testimonial de terceros, o sentenciándolos en base a indicios⁴⁸
- 4) La cláusula “*de cualquier manera, perturben con su conducta o pusieren en peligro la paz social o la tranquilidad pública*” del nuevo apartado 11º del artículo 2 recuerda bastante, como ahora se verá, al delito de escándalo público, extensamente empleado en el inicio de expedientes por peligrosidad.
- 5) No se modifica expresamente ningún apartado del artículo 6 para incluir medidas de seguridad aplicables para la conducta descrita en el 2.11º. Excepto en lo concerniente a los homosexuales, se mantienen las mismas medidas de seguridad, en los mismos términos, lo cual refuerza la idea de que se crea la ley solamente para acentuar la represión de la homosexualidad.

Con la nueva ley, por tanto, es indiferente si han participado o no en la comisión del delito o si la orientación homosexual se ha exteriorizado: todos merecen la misma calificación. El punto dos es de vital importancia, y va a ser ampliamente discutido en las sentencias de los Juzgados de Vagos y Maleantes y, sobre todo, en la jurisprudencia emanada de la Sala Especial de Apelaciones y Revisiones. Mientras que anteriormente debía existir, en teoría, habitualidad y ejecución probada de actos de “*ayuntamiento carnal con personas del mismo sexo*” para poder declarar al homosexual incurso en un estado peligroso, ahora y según una interpretación literal del precepto, presentan idéntico grado de peligrosidad social quienes tuvieran preferencia sexual por personas de su mismo sexo, hubiera o no realizado acto sexual alguno. Así, la **Sentencia de 27 de octubre de 1964**⁴⁹, que aplica

⁴⁸ La **Sentencia de 20 de enero de 1970**, del juez Sabater (ATB. N.440. Rollo 1707 en Portilla Contreras, “Anexo”, *Derecho penal franquista*) condena a un homosexual como sujeto peligroso diciendo: “*Fue detenido en un bar frecuentado por homosexuales...no se ha podido comprobar si el mismo es homosexual, no tiene antecedentes...*”. De la misma manera, en el **Informe Forense de 11 de noviembre de 1955** (Expte. 2-55 en Portilla Contreras, “Anexo”, *Derecho penal franquista*) se decía “*no se aprecia signo físico que indique que se trata de un homosexual, aunque su manera de hablar, ademanes y actitudes correspondan a las frecuentes en estos sujetos*”

⁴⁹ Sentencia de 27 de octubre de 1964, en Portilla Contreras, “Anexo”, *Derecho penal franquista*.

las medidas de seguridad al sujeto porque “*su inclinación homosexual puede influir delictivamente en cuanto tenga relación con esa condición*” o la **Sentencia de 6 de marzo de 1955**⁵⁰, que condena a tales medidas siguiendo un Informe Forense en el que se puede leer “*desde niño tiene inclinaciones feminoides sin que nunca haya practicado el homosexualismo activo ni pasivo, por el que siente verdadera repugnancia*”. Otras, en cambio, sí tuvieron en cuenta la exigencia de habitualidad, como la **Sentencia de 6 de diciembre de 1960**⁵¹: “*invertido sexual habitual, puesto a disposición por cometer actos contrarios a la moral y a las buenas costumbres*”. En esta línea, la que menciona PORTILLA CONTRERAS, la **Sentencia Núm. 37, de 5 de septiembre de 1959 de la Audiencia Territorial de Madrid**⁵² y, en general, las sentencias dictadas en apelación⁵³. Siguiendo el criterio de la Sala Especial de Apelaciones y Revisiones se llegó a absolver por jueces de los Juzgados de Vagos y Maleantes a sujetos que llevaban cierto tiempo sin ejecutar actos homosexuales, aun cuando se hubiera probado una realización anterior; o por la falta de trascendencia. Como ejemplo las **Sentencias de 10 de junio de 1957 y de 12 de enero de 1960**⁵⁴, que absuelven a los sujetos explicando, de forma sucesiva: “*Resultando que tiempo atrás mantuvo relaciones homosexuales con otro sujeto, pero que se apartó de tales relaciones ilícitas hace unos cinco años, sin que se haya podido acreditar que haya vuelto a realizar actos homosexuales...*” y “*pues aun cuando fuera sorprendido en una sola ocasión en la forma en la que se relata...y la epilepsia que padece que no permiten que por ese hecho aislado...*”. Pero, en cualquier caso, la jurisprudencia en contrario se encontraba avalada por la redacción literal de la norma.

4.2.1. Las medidas de seguridad

Las medidas de seguridad que se les van a aplicar, por tanto, siguiendo el **6.2º** van a ser: “*a) Internado en un Establecimiento de Trabajo o Colonia Agrícola. Los homosexuales sometidos a esta medida de seguridad deberán ser internados en Instituciones especiales y, en todo caso, con absoluta separación de los demás.*”

⁵⁰ 1955.34, en Portilla Contreras, “Anexo”, *Derecho penal franquista*.

⁵¹ Signatura 11276, Expte.400, en Portilla Contreras, “Anexo”, *Derecho penal franquista*.

⁵² Portilla Contreras, *Derecho penal franquista*, p.124

⁵³ La **Sentencia de 15 de mayo de 1962** absuelve a un individuo expedientado por homosexualidad “*considerando que pues los signos externos o aparentes de una condición antisocial, si bien pueden ser sospechosos nunca constituyen por sí solo una conducta ni una actividad, para lo cual se precisa algún hecho concreto y reiterado que revele en el sujeto inclinación o modo de vivir que, al proyectarla a la sociedad pueda producir en esta ofensa o trastorno*”. 1962 N.16, en Portilla Contreras, “Anexo”, *Derecho penal franquista*.

⁵⁴ Expte 29-57 y 141-59, sucesivamente, en Portilla Contreras, “Anexo”, *Derecho penal franquista*.

b) *Prohibición de residir en determinado lugar o territorio y obligación de declarar su domicilio.*

c) *Sumisión a la vigilancia de los Delegados.”*

Esto debe ponerse en relación con el **artículo 4.1º** para saber la duración que corresponde a cada una de ellas. En cuanto a la primera, aunque se parte de un lapso temporal indeterminado, este no podía superar los 3 años. La prohibición de fijar la residencia en lugar determinado, acompañada de la obligación de declarar el domicilio, eran medidas totalmente indeterminadas, por lo que se transformaron en un auténtico destierro, que podía serlo de la localidad o provincia y que, en el caso de tratarse de un extranjero, se convertía en un destierro de España y devolución a su país de origen. Por último, la imposición de supeditarse a la vigilancia de los delegados duraba entre 1 y 5 años, aunque podía sustituirse por caución de buena conducta. TERRASA MATEU cita en su tesis a Manzanares⁵⁵, quien define la caución de conducta como un compromiso expreso o tácito de buen comportamiento, que debía contraerse en el cumplimiento de una resolución judicial y que exige al sujeto evitar su participación en cualquier acto delictivo y prestar una garantía personal, o a través de tercera persona, para que, en el caso de quebranto de la buena conducta, surja el derecho a una indemnización.

Se imponían las tres medidas, una detrás de otra. No obstante, entre las sentencias que pueden visualizarse en el Anexo del libro de PORTILLA CONTRERAS encontramos la **Sentencia de 6 de marzo de 1955**⁵⁶, en la que no se aplica la medida de prohibición de residir en la localidad, solo la obligación de declarar el domicilio, dado que el sujeto debía cuidar a su madre. Tampoco se establece en la **Sentencia de 22 de 1964**⁵⁷ mas en esta no se desprende de los hechos la causa que pudiera motivar tal cambio.

El **artículo 101 RVL** imponía un nuevo internamiento o el endurecimiento de las medidas de seguridad cuando el sujeto reincidiera en sus “*malas costumbres*” o “*inclinación al vicio*”, o frecuentara lugares reprobables o tratara con gente de su antigua condición, se opusiera a seguir las pautas dadas por autoridades y delegados o se negara a trabajar, o cometiera otros actos reprochables como alcoholismo, perversiones sexuales, prostitución, protección de actos inmorales o tratara con maleantes de todas clases. Y el **3.1º LVM** sometía a las medidas de seguridad de esta ley cuando se condenara a un individuo dos veces por la comisión de un delito.

⁵⁵ Terrasa Mateu, *Control, represión y reeducación*, p.371

⁵⁶ 1955.34, en Portilla Contreras, “Anexo”, *Derecho penal franquista*.

⁵⁷ Expte. 134-66, en Portilla Contreras, “Anexo”, *Derecho penal franquista*.

A mi parecer, la existencia de medidas de seguridad predelictivas va a conllevar el establecimiento de un nuevo tipo de sistema penal emanado del dual pues, como he explicado en el segundo punto del trabajo, en el sistema dualista las medidas surgen como una respuesta a la peligrosidad del sujeto que, muy importante, ha sido evidenciada por la comisión de un delito, entre otras circunstancias que puedan tomarse en consideración para la mejor adecuación de la medida. Sin embargo, las que se incardinan en la presente ley, únicamente tienen en cuenta esas otras circunstancias que forjan la personalidad del sujeto, pues se aplican antes de la comisión del delito, precisamente para <<prevenirlo>>. Tal y como yo lo veo, no se puede hablar de un sistema dual estrictamente, sino que me atrevería a decir que se trata de un sistema casi <<triplista>>, al coexistir en el mismo las penas del Código Penal, con las medidas postdelictuales establecidas tanto en este, como en la Ley de Vagos y Maleantes (art. 3.1º, por ejemplo), y con las predelictuales, que encontramos solamente en esta última. Esta matización, que pudiera parecer superficial, va a tener una verdadera importancia pues, mientras que las primeras, al encontrarse en el CP, se encuentran sujetas a los principios inspiradores del orden penal, por tener un carácter penoso; las segundas tendrán una reputación más cercana a la beneficencia por parte del Estado, que las entiende como una ayuda al antisocial para su resocialización, dejando a quienes las sufrieran desprovistos de garantía alguna. Prueba de ello es que, el artículo 19 *in fine* disponga que cualquier amnistía, indulto que se haga por el Gobierno, o perdón por parte del ofendido – incidentes que afectan a la extinción o relajación de una pena – no tendrán efecto alguno en la medida de seguridad, salvo que la ley que fijare la amnistía, en su caso, dispusiera lo contrario.

4.2.2. Procedimiento en la LVM: vulneración de las garantías penales y procesales.

Siguiendo los artículos 3.1º y 2º, 9 y 11 LVM el procedimiento para la declaración de peligrosidad podía comenzar de cinco formas diferentes:

- ❖ **Artículo 3.1º:** “*Los reincidentes y reiterantes de toda clase de delitos en los que sea presumible la habitualidad criminal*”, a quienes se les aplican las medidas de oficio por el Tribunal que conozca tal caso según el primer párrafo del precepto noveno.
- ❖ **Artículo 3.2º:** “*Los criminalmente responsables de un delito, cuando el Tribunal sentenciador haga declaración expresa sobre la peligrosidad del Agente*”. Según el párrafo segundo del precepto número 9 las aplicará dicho Tribunal considerando “*el hecho, los antecedentes penales del reo, los motivos del acto ejecutado y las circunstancias modificativas y cualificativas del delito*”.

- ❖ **Artículo 9 Párrafo 3º:** *“Podrán estimarse también como síntomas de peligrosidad los hechos reguladores de actividad antisocial, aunque no estuvieran sancionados como delictivos en el momento de su ejecución”.*
- ❖ **Artículo 9 Párrafo 4º:** *“Los hechos que no constituyan delito por inidoneidad del medio, inexistencia de objeto, no aceptación de mandato o desistimiento de la acción emprendida podrán ser asimismo susceptibles de examen y consideración al efecto de declarar el estado peligroso y la consiguiente aplicación de las medidas de seguridad, aunque en razón a ellos se hubiese dictado auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria”.*
- ❖ **Artículo 11:** *“La competencia no se atribuye por razón del lugar, sino por la presentación de denuncia de las Autoridades. Se exceptúa el caso de la denuncia presentada por los particulares, para cuyo conocimiento será competente el Juez del lugar en donde se suponga que el denunciado ejerce sus actividades reputadas peligrosas.”*

Este último supuesto de denuncia por parte de Autoridad o de un tercero es muy común en los expedientes analizados. La delación podía venir de un tercero⁵⁸ (un vecino, un familiar, etc.), de los informes realizados por los agentes de la autoridad (policía, guardia civil, gobierno civil, ayuntamientos...) o de una declaración efectuada por el propio homosexual⁵⁹. Asimismo, son bastante habituales los expedientes iniciados en virtud del **art.3.2º** por la comisión o apertura del sumario de los delitos de escándalo público, abusos deshonestos, faltas contra la moralidad pública... Estos se comentan en el punto 4.3.

Mientras que los dos casos contemplados en el precepto tercero son de medidas postdelictivas, la denuncia, tras la reforma de 1954, puede tener como único motivo la homosexualidad del expedientado, o también la comisión de un delito. A este respecto ha existido debate acerca de si se vulneraba el principio *non bis in ídem* al aplicar de manera conjunta penas y medidas de seguridad en los casos en los que ha existido delito, llegándose a la conclusión de que no, por sancionar dos cosas diferentes: culpabilidad y peligrosidad; con dos fines diferentes: castigar y prevenir o educar. A este respecto se pronuncia el juez en la **Sentencia de 29 de marzo de 1961**⁶⁰ al afirmar *“Que por los actos*

⁵⁸ **Expte.8 incoado el 13 de febrero de 1960:** *“Su mujer lo denuncia por maltrato y relaciones con invertidos y mujeres...”* Caja 27893, en Portilla Contreras, “Anexo”, *Derecho penal Franquista*.

⁵⁹ **Sentencia de 24 de enero de 1966:** *“es sincero en el reconocimiento de su tara”.* Expte. 321-66, en Portilla Contreras, “Anexo”, *Derecho penal franquista*

⁶⁰ Signatura 8891. Expte 13 en Portilla Contreras, “Anexo”, *Derecho penal franquista*.

infractores cometidos se le exija sumario, no es obstáculo a que entienda también esta jurisdicción especial, la cual no es sancionadora de hechos concretos tipificados como delitos o faltas sino de conducta, no siendo por otra parte necesario que se declare la peligrosidad del sujeto por la Audiencia, pues el artículo 3º de la Ley se refiere a otros tipos de peligrosos”. Formalmente podía tener razón al no reconocerse el carácter aflictivo de las medidas de seguridad. Pero materialmente sí que tenían una naturaleza represiva, a lo que se ha referido la doctrina con la denominación de <<fraude de etiquetas>>⁶¹.

El **párrafo 4º del artículo 9**, bajo mi punto de vista, no sólo vulneraba el *non bis in ídem*, sino también el principio de cosa juzgada al permitir que se volviera a enjuiciar una cuestión derivada de una causa que ya estaba sobreseída, absuelta, o que ni había llegado a tener lugar por la inidoneidad del medio o del objeto. Literalmente, el hecho que se juzgaba era el mismo, aunque de forma diferente: buscando esclarecer su peligrosidad subjetiva y no su culpabilidad, pero no se ejerció dicha crítica al no considerar el carácter punitivo de las medidas de seguridad. Y, es más, el **párrafo 3º** convertía en papel mojado los principios de seguridad jurídica y no retroactividad, al permitir al Juez de Vagos y Maleantes apreciar la peligrosidad de un sujeto por algo que realizó en un momento pasado y que no se encontraba plasmado como comportamiento peligroso en ninguna ley en el momento de tal comisión.

Si nos adentramos en la eficacia probatoria de la que se dota a la denuncia, y la importancia acreditativa que revestía el expediente policial, no cabe el conocido dicho popular de <<su palabra contra la mía>> sino que, en vez de otorgar la carga de la prueba al denunciante de que el sujeto era homosexual, se le atribuía a este la demostración de que no lo era, lo cual se transformaba en una presunción de peligrosidad y no de inocencia. Volvemos a lo mismo: no se puede ser inocente si no se puede ser culpable. De esto es muestra el **artículo 13 LVM** que solo admite como pruebas las que tengan por objeto:

“1º. La demostración de que el denunciado ha vivido, durante los cinco años anteriores, de un trabajo o medio de subsistencia legítimo.

2º. La inexactitud de los hechos que consten en el expediente y la tacha de los testigos que la hayan aducido”.

⁶¹ Muñoz Conde, F. (1985). *Control penal y control social*. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, pp. 53-69. Como las acertadas críticas que MUÑOZ CONDE hace en esta obra en lo concerniente al fraude de etiquetas en las medidas de seguridad, aunque aplicables a la LVM, se refieren a la LPRS, serán expuestas tras el comentario de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.

Este precepto, por un lado, perjudica a la clase pobre que puede no haber tenido un medio <<digno>> para su subsistencia y, por otro, traslada al expedientado la carga probatoria de la “*inexactitud*” de la denuncia o del descrédito de los testigos y denunciantes, quienes en principio cuentan con toda la confianza del Estado por su colaboración a través de la delación en el cumplimiento de los postulados del régimen. En muchas ocasiones, dicho testimonio o el informe policial o forense van a implicar la sanción prácticamente automática, aunque en otras ocasiones esta también ha tenido lugar sin tomar en consideración los informes. En las **Sentencias de 7 de julio de 1967** y de **18 de marzo de 1968**⁶² se condena a medidas de seguridad a sujetos con un “*informe pericial sin aludir a la homosexualidad*” y con “*informes no relevantes por no hacer alusión a la homosexualidad*”. Además, a partir de 1957 en los informes comienza a hacerse referencia a la ideología política y afinidad al régimen del supuesto homosexual⁶³, plasmando así la finalidad de la ley también de depurar a quienes tuvieran pensamientos políticos e ideológicos contrarios. El **Informe de la Guardia civil de 3 de junio de 1960**⁶⁴ considera al sujeto que había cometido escándalo público y abusos deshonestos “*como peligroso común e indiferente a la Causa Nacional*”, y aunque el posterior **Informe Forense de 11 de junio de 1960** no haga referencia a la homosexualidad, se le incardina como peligroso del artículo 2.2º en ese sentido. Mediante el **Informe de la Jefatura Superior de Policía de 8 de enero de 1962**⁶⁵ se condena a un individuo que se dedica a “*poner en contacto a elementos invertidos*”, y dice que es “*conocido como miliciano rojo*”. Por el contrario, el ser partidario reconocido del régimen podría llevar a eludir la aplicación de medidas de seguridad, como ocurre en la **Sentencia de 19 de diciembre de 1961**⁶⁶, en la que se absuelve al individuo tras varios informes de Falange apoyándolo.

El **artículo 12** es revelador una vez más del derecho penal de autor reinante pues establece una serie de criterios para valorar la credibilidad del individuo y conocer lo que el sujeto es, o al menos ha sido durante los 5 años anteriores, al descansar sobre cuestiones tan subjetivas como la “*identidad personal*” o la “*manera de vivir*”. Y establece también una cláusula – tras ejemplificar una serie de supuestos en lo que se aplica – por la que el juez

⁶² Sucesivamente: Exptes. 77-67 y 236-67, en Portilla Contreras, “Anexo”, *Derecho penal franquista*.

⁶³ Portilla Contreras, *Derecho penal franquista*, p. 112

⁶⁴ Expte 142-60 en Portilla Contreras, “Anexo”, *Derecho penal franquista*.

⁶⁵ Expte. 5-62, en Portilla Contreras, “Anexo”, *Derecho penal franquista*.

⁶⁶ Signatura 10965 Expte.168 Incoado el 5 de junio de 1961, en Portilla Contreras, “Anexo”, *Derecho penal franquista*

puede decretar prisión preventiva “*en estos casos, así como en todos aquellos que revelen un estado de inminente peligrosidad*”. Como no se define el significado de “*inminente peligrosidad*” quedaría al arbitrio del juez la decisión de privar de libertad a una persona sin necesidad de mayor argumentación. Si esta interpretación la ponemos en consonancia con el estado de peligrosidad de “*conducta reveladora de inclinación al delito*”, con la indefinición de delitos como el de escándalo público, y con la doctrina seguida por el ideólogo de la ley, Luis Jiménez de Asúa, quien como ya he explicado optaba por una fórmula no tasada sino ejemplificadora, se convertía en una disposición excesivamente arbitraria y, por ello, nociva.

Por último, se observa como el desarrollo del procedimiento se hace mediante unos plazos irrisorios, tendentes a la indefensión del expedientado. Estos plazos que se establecen en los **artículos 12, 13 y 14** son de 10 días para oír al presunto peligroso y recabar información del mismo, 5 días para que este designe abogado y procurador y pueda proponer las pruebas oportunas, 10 días para las alegaciones ante el juez y 3 días para que se dicte sentencia, que se notificará al día siguiente. Por tanto, en tan solo 29 días una persona pasaría de tener una vida normal a vivir un auténtico infierno, sin haber incurrido en ningún acto criminal. Y lo mismo se extiende al recurso de apelación contemplado en el **artículo 15**, que solo puede realizarse en los tres días siguientes, compareciendo ante el Tribunal Superior el 5º día.

Mención aparte merece la humillante calificación de los sujetos en las diferentes sentencias, así como la obligatoriedad de estos de someterse a un examen clínico por parte del forense, que será comentada en el título 5.

4.2.3. Instituciones: los Juzgados de Vagos y Maleantes y los Centros públicos de rehabilitación.

Para llevar a buen término la ejecución de la ley era necesaria la designación de una jurisdicción penal especial que la aplicase, y la creación de centros públicos, diferentes de los penitenciarios, donde pudieran alojar a los peligrosos hasta su <<recuperación>>. En cuanto a lo primero, ya en 1933 la Ley de Vagos y Maleantes establecía en su **artículo 10** que la competencia para declarar el estado peligroso y aplicar las medidas de seguridad recaería en manos de los Jueces de Instrucción o “*los que especialmente sean designados para estas funciones*”. Pero estos juzgados, que serán denominados Juzgados Especiales

de Vagos y Maleantes no se crean hasta un año antes de la reforma de 1954⁶⁷, cuyos jueces-magistrados serían los encargados para conocer e investigar, de oficio (artículo 9 LVM) o por medio de la denuncia de un particular (artículo 11 LVM), todos los casos de peligrosidad de un sujeto y, consecuentemente, aplicarle las medidas de seguridad. La culpabilidad que pudiera derivar por la comisión de un delito – por ejemplo, el de escándalo público – seguiría correspondiendo al Tribunal Supremo.

Estos jueces-magistrados fueron desarrollando una doctrina homófoba en las diferentes sentencias, apoyados por los forenses y psiquiatras, de lo cual es muestra, tal y como menciona PORTILLA CONTRERAS, la **STS de 15 de octubre de 1951**, al considerar el juez que la homosexualidad era “*un vicio repugnante en lo social, aberrante en lo sexual, perversión en lo psicológico y déficit en lo endocrino*”⁶⁸. Es difícil imaginar una frase más ultrajante, estigmatizadora y destructora de la dignidad de una persona pues, aunque todas las sentencias eran humillantes, aquí se desmerecía la identidad del homosexual en todos los ámbitos de su vida: social, sexual, psicológico y biológico (endocrino), mostrando el oscuro panorama al que los mismos se enfrentaban. De entre todos los jueces que el mencionado autor enumera, él mismo destaca a Antonio Sabater Tomás, quien sería además de uno de los más implacables en la aplicación de la Ley de Vagos y Maleantes en Cataluña y Baleares, y, posteriormente, de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, uno de los promotores de esta última ley. A la altura de sus sentencias sitúa las de José Garralda Valcárcel, en el Juzgado de Vagos y Maleantes de Las Palmas; y a Luis Vivas Marzal dentro del Tribunal Supremo, con sentencias imbuidas de un ultra catolicismo, y enfocadas en la defensa de la familia tradicional española.

Los Establecimientos de Trabajo o las Colonias Agrícolas se instauran porque, al no considerar a los sujetos como delincuentes – predelincuentes en todo caso – no pueden enviarlos a la prisión, y tampoco al manicomio, pues ya no son sujetos enfermos – aunque la homosexualidad siguiera siendo considerada como una enfermedad, pero no una que determinara su inimputabilidad – sino <<antisociales>>. Entonces, la <<preocupación>> por parte del Estado por las necesidades especiales de estos le lleva a crear instituciones capaces de atender su problema. Sin embargo, al no definirse con exactitud las características de dichos centros, la realidad es que muchos de ellos acabarían yendo a parar a cárceles comunes. No he podido recabar mucha información acerca de estos centros. PORTILLA CONTRERAS hace una enumeración de las colonias, campos de

⁶⁷ Portilla Contreras, *Derecho penal franquista*, p. 20

⁶⁸ Portilla Contreras, *Derecho penal franquista*, p. 81

concentración, casas de trabajo o templanza, y prisiones que fueron adaptadas, no habiendo podido demostrar que se practicaran terapias aversivas dentro de los mismos, aunque afirma que sí se llevaron a cabo en clínicas privadas⁶⁹ con el consentimiento bien del propio homosexual, bien de sus familiares, ya que se permitía la sustitución por estos.

4.3. Los tipos penales en la definición de la peligrosidad social.

Por el Real Decreto de 23 de diciembre de 1944 se aprueba y promulga el Texto refundido del **Código Penal de 1944**, según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944. Este viene a sustituir al código republicano de 1932, que se mantuvo vigente durante los primeros años de la dictadura. Puesto que solo nos interesa analizar tres tipos penales, y estos se mantienen prácticamente invariables en ambos códigos, no es necesario establecer un enunciado autónomo para cada Código. Lo demás no será detallado. Únicamente quiero hacer un apunte y es que, a lo largo del articulado del CP de 1944, tal y como comenta TAMARIT⁷⁰ encontramos atisbos de derecho penal de autor, al utilizarse expresiones tales como “*homicida*” y “*encubridor*” en lugar de quien cometa homicidio o quien encubriere, fórmulas empleadas en las redacciones actuales forjadas en un derecho penal de acto.

El quid del asunto de los tipos penales, en lo que concierne a la represión de la homosexualidad, radica en dos cuestiones: a) la utilización de estos para inferir la peligrosidad de un sujeto; y b) que las penas que se imponen a los homosexuales a través de estos tipos se hacen de una manera indirecta, no por el simple hecho de ser homosexual. En cuanto a la primera, la aplicación temporal de los tipos que van a comentarse varía: hasta la reforma de la LVM en 1954 hemos visto como el modo empleado para perseguir a los homosexuales era aprovechar otros estados de peligrosidad, en concreto, el de “*conducta reveladora de inclinación al delito*”. Pues bien, estas tres figuras se corresponden con los delitos a los que el homosexual principalmente estaba inclinado. Posteriormente, una vez que ya se ha dotado a la homosexualidad de una categoría peligrosa propia, una de las formas de atestiguar dicha condición y abrir un expediente, es la existencia de un sumario promovido por uno de estos tres tipos, o por haber sido ya condenados por verse implicados en ellos.

La vía retributiva no contiene en su redacción ningún elemento de estigmatización de la homosexualidad al que se asocie una pena. Lo que ocurre es que, desde el momento en

⁶⁹ Portilla Contreras, *Derecho penal franquista*, p.217

⁷⁰ Tamarit, “Derecho penal y delincuencia en la legislación de posguerra”, pp. 58-59

que se conozca que el autor es homosexual, esto va a actuar como un agravante, llegando incluso a ser más importante esta condición que el acto realizado, o actuando como prueba de la realización del delito ya que, precisamente lo comete por ser homosexual. Un ejemplo de ello es la **STS de 26 de enero de 1957**⁷¹ en la que, enjuiciando una causa por lesiones, se aplica la eximente de legítima defensa a quien hiere a un <<maricón>> pues se entiende que este es peligroso.

4.3.1. El delito de escándalo público

Como ya se ha dicho, en la vía de la culpabilidad, los actos homosexuales no constituirían delito siempre y cuando no salieran del ámbito privado ni tuvieran repercusión social ya que, si eran conocidos por cualquier modo, se ofendía la moral pública y pasaba a aplicarse el conocido delito de escándalo público. Se tipificaba en el **artículo 431.1º** del CP de 1944 de la siguiente manera: *“Incurrirán en las penas de arresto mayor, multa de 1.000 a 5.000 pesetas e inhabilitación especial: 1º. Los que de cualquier modo ofendan al pudor o a las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia.”*

Este tipo delictivo sería el que artificioaría la represión de los homosexuales – de todo comportamiento sexual o que fuera en contra de la moralidad, en general – tanto dentro de la vía de la culpabilidad, como determinando la incoación de un expediente de vagos y maleantes dentro de la preventiva, por varias razones:

- 1) Se trataba de una suerte de <<norma en blanco>> pues castigaba hechos imprecisos que, además, consistían en un ataque a un bien jurídico abstracto. Mientras que la LVM y la LPRS serían las normas específicas para la lucha contra la homosexualidad, esta es una norma general, pero que tendría una amplísima aplicación derivada de la indefinición de lo que se entendía por moral, dejando al arbitrio de quien debiera dictar sentencia su delimitación. Pese a ser un total despropósito, este delito no se refería a la homosexualidad; pero ya se encargaron de ello los jueces, tanto del TS como de los JVM. Así, la **STS de 7 de marzo de 1963**⁷² entendió que los actos homosexuales constituían hechos *“altamente ofensivos al pudor y a las buenas costumbres y atentatorias a la moral, fundamentos de la familia y de la sociedad”*.
- 2) Para la consumación del delito, según su redacción literal, se exigía en teoría que existiera una repercusión social, dejando fuera del tipo aquellas conductas privadas entre hombres adultos, para el caso de la homosexualidad, que no fueran conocidas

⁷¹ Pérez Cánovas, *Homosexualidad*, p. 27

⁷² Pérez Cánovas, *Homosexualidad*, p. 26

por terceros. Sin embargo, la realidad demuestra que bastaba con que una persona se sintiera escandalizada o lo conociera por cualquier modo para que se condenara por este delito. Y entre los medios de conocimiento se incluían también aquellos en los que no se había respetado la privacidad de la persona afectada o se había averiguado tras la comisión de otro hecho delictivo. A este respecto dice PORTILLA CONTRERAS que también se catalogaba como trascendencia pública, aunque fueran sorprendidos en la intimidad, y cita la **STS de 13 de octubre de 1947**⁷³, en la que conoció de los actos homosexuales de dos sujetos quien los pilló *in fraganti* al entrar a robar, estimando el juez que se produjo publicidad, aunque esta fuera conocida por medio de la infracción de otro tipo penal. Se puede decir que el Tribunal Supremo llegó a atribuir la carga a los homosexuales de no ser descubiertos⁷⁴, lo cual se comprueba en la **STS de 20 de diciembre de 1966**⁷⁵, en la que la publicidad no tenía por qué estar presente en el momento de su ejecución, sino que podía ser tenida en cuenta si el acto se conoce posteriormente “*porque sus autores no adopten las máximas garantías de absoluta clandestinidad*”. Esto era así porque la moral pública constituía un bien jurídico superior a la privacidad, ya que en el primer caso se atentaba contra la Patria, mientras que en el segundo solamente contra el bien jurídico individual de una persona que, encima, era considerada un <<antisocial>>.

Todo lo dicho por el TS se extiende a los Jueces y Magistrados de los Juzgados de Vagos y Maleantes. Así, en base a la LVM, aun cuando no se hubiera constatado la culpabilidad del autor, se condenaron a medidas de seguridad apoyándose en este precepto:

- ❖ Se entendió que la homosexualidad era peligrosa, al producir tal conducta <<desviada>> un efecto de rechazo inmediato en la sociedad, y por ello debían imponerse medidas de seguridad. Así, la **Sentencia de 31 de julio de 1961**⁷⁶ se refiere a un sujeto diciendo que este: “*está públicamente conceptuado como invertido causando con su actitud inmoral la indignación del vecindario*”.
- ❖ La peligrosidad derivada de un escándalo público podía conocerse por el medio que fuera, como se plasma en la **Sentencia de 3 de marzo de 1965**⁷⁷, en la que deviene de escuchar una conversación ajena de una pareja homosexual: “*Hasta que las riñas*

⁷³ Portilla Contreras, *Derecho penal franquista*, p. 82 (nota al pie)

⁷⁴ Portilla Contreras, *Derecho penal franquista*, p. 163

⁷⁵ Pérez Cánovas, *Homosexualidad*, p. 26

⁷⁶ Signatura 8894. Expte. 45 Incoado el 10 de junio de 1961, en Portilla Contreras, “Anexo”, *Derecho penal Franquista*

⁷⁷ ATB. 1964, N.763 Rollo 2678. Incoado el 7 de diciembre de 1964, en Portilla Contreras, “Anexo”, *Derecho penal Franquista*

por celos daban lugar a que los dueños de dichos establecimientos se enteraran de la clase de relaciones que les unen” o, como ocurría en la STS de 13 de octubre de 1947, la **Sentencia de los Juzgados de Vagos y Maleantes de 16 de diciembre de 1961**⁷⁸ también tiene su origen en un robo, tras el cual la policía conoció la versión de los vecinos de que el encontrarse “*herido y maniatado en su domicilio*” se debía a “*algún caso inmoral entre ambos y que hace suponer que sea homosexual*”. Asimismo, en la sentencia se dice que se le ocuparon fotografías de actos de homosexualismo “*que han sido destruidas por su extraordinaria inmoralidad*”, por lo que dichos testimonios eran suficientes para juzgarlos sin el deber de presentarlas como garantía de prueba.

- ❖ Poco importaba que la práctica homosexual tuviera carácter <<privado>>, como nos revela PORTILLA CONTRERAS, por llevarse a cabo en casas privadas⁷⁹ o prostíbulos⁸⁰, ya que por tratarse de actos escandalosos revestían trascendencia sin necesitar publicidad alguna⁸¹.

En el estudio de los expedientes se observa que una gran multitud de los iniciados por delitos de escándalo público tienen que ver con la prostitución masculina. La prostitución se hizo muy habitual en la época de la posguerra pues era un modo fácil de conseguir dinero en una época de escasez y hambre, a veces también a cambio de un lugar donde vivir. Dos ejemplos son las **Sentencias de 24 de marzo de 1970** y de **24 de julio de 1968**⁸², que condenaron a medidas de seguridad expresando, correlativamente: “*Se trata de un invertido sexual congénito y fue detenido por dedicarse a explotar su vicio, de lo*

⁷⁸ Expte 152-61, en Portilla Contreras, *Derecho penal franquista*

⁷⁹ Como muestra de ello las siguientes sentencias de los Juzgados de Vagos y Maleantes: **Sentencia de 5 de marzo de 1966**: “*trabó amistad en la calle con un invertido, fue con dicho individuo a la casa de éste y realizaron actos contra natura*”. **Sentencias de 11 de abril de 1967** y de **20 de junio de 1967**, ambas del juez Sabater: “*fue sorprendido cuando se hallaba en la cama con otro hombre*”. La **Sentencia de 24 de abril de 1968** (ATB. N.993, Rollo 3564, incoado 23 de diciembre de 1967), también del juez Sabater, condena a un homosexual que “*convivía maritalmente con otro individuo*”. Todas en Portilla Contreras, “Anexo”, *Derecho penal Franquista*.

⁸⁰ **Sentencia de 29 de febrero de 1964**, del juez Sabater (ATB. N.615, incoado 30, 11 de 1963. Rollo 2396): “*Siendo sorprendidos completamente desnudos, habiendo satisfecho para que le permitiesen la entrada de varones cincuenta pesetas a la dueña de dicha pensión*”. **Sumario número 525/1965** (ATB. nº 327. Incoado 11 de junio de 1965, Rollo 1486), sobre escándalo público: “*Aparece que los dos individuos penetraron en la pensión Santa Ana de esta ciudad en donde en una habitación de la misma procedieron a realizar actos homosexuales, tales como abrazarse, besarse y tocarse el pene mutuamente*”. **Sentencia de 6 de mayo de 1967** (ATB. n.55, Rollo 177, incoado 23 de enero de 1967): “*Denunciado por el encargado de la pensión que había observado algo extraño entre dos huéspedes, sorprendidos cuando se estaban vistiendo*”. Todas en Portilla Contreras, “Anexo”, *Derecho penal franquista*.

⁸¹ Portilla Contreras, *Derecho penal franquista*, p.162

⁸² La primera ATB. N. 799 Rollo 3168, Incoado el 31 de octubre, y la segunda ATB. N. 245 Rollo 870. Ambas en Portilla Contreras, “Anexo”, *Derecho penal franquista*

que obtiene medios económicos” y “es invertido sexual...fichado policialmente como esteta viviendo al parecer de la explotación de su vicio”

Volviendo al precepto del CP, en los **apartados 2º, 3º y 4º** castigaba otras conductas relacionadas con la prostitución y abusos deshonestos cuando el autor no fuera el que los ejerciera sino el que coaccionara, indujera o cooperara en su realización. Pero es el apartado 1º el que se ha conocido comúnmente como delito de escándalo público y el que guarda una inequívoca relación con el tema que nos ocupa. Debe completarse con el **artículo 433**, por el que la pena no solo se impone al que realice el acto, sino al que lo divulgue, pues *“incurrirán en la pena de multa de 1.000 a 5.000 pesetas los que expusieren o proclamaren por medio de la imprenta u otro medio de publicidad, o con escándalo, doctrinas contrarias a la moral pública”*. OLMEDA⁸³ nos ilustra un caso de este tipo que termina con la multa a un periodista por entrevistar a un drogadicto que dijo ser homosexual, por considerar el Tribunal que *“el delito de escándalo público lo constituye también la exposición de doctrinas inmorales, la exteriorización de ideas, opiniones o conceptos atentatorios a los principios morales, que pueden suponer un peligro para los valores éticos y fundamentales...”* Y también encontramos otro dentro de los expedientes incoados en virtud de la LVM en la que se reputa peligroso a un sujeto que, no siendo homosexual, *“viene dedicando las habitaciones a ser arrendadas a individuos homosexuales para la práctica de su aberración”* por entender que esta conducta es, refiriéndose a la del art.2.2º LVM, *“ampliadora de aquella al apreciarse que promueve y facilita la homosexualidad”*⁸⁴

Este delito seguiría estando vigente hasta su expresa derogación por la **Ley 5/1988, de 9 de junio**.

4.3.2. Los delitos de abusos deshonestos y corrupción de menores.

Ambos delitos aparecen tipificados de idéntica forma tanto en los Códigos penales de 1932 y 1944, el de abusos deshonestos en el precepto número 430, y el de corrupción de menores en el 438.

El primero se corresponde con un delito de agresión sexual, sancionando el **artículo 430** que: *“El que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo cualquiera de las causas expresadas en el apartado anterior, será castigado con pena de*

⁸³ Olmeda, “La homosexualidad en España desde el franquismo hasta hoy”, p.33

⁸⁴ **Sentencia de 31 de mayo de 1967**, ATB. N.4 Rollo 4 incoado 4 de enero de 1967, Portilla Contreras, “Anexo”, *Derecho penal franquista*

prisión menor”. Las causas que definen al tipo son las del **artículo 429**, referidas exclusivamente en este precepto a la violación de una mujer:

“1º. Cuando se usare fuerza o intimidación

2º. Cuando la mujer se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa

3º. Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriera ninguna de las circunstancias expresadas en los números anteriores.”

Ahora bien, el bien jurídico protegido no es la indemnidad sexual pues no se podía hablar de libertad sexual, sino de honestidad, de moral y de buenas costumbres⁸⁵. De ahí que los atentados contra la libertad sexual se denominaran en el Título IX como “*Delitos contra la honestidad*” y el delito como de “*abusos deshonestos*”.

El **artículo 438** castiga como delito de corrupción de menores, con penas de prisión menor, multa de 1.000 a 5.000 pesetas e inhabilitación absoluta para el que fuere autoridad pública o agente de esta:

“1º. Al que habitualmente promueva, favorezca o facilite la prostitución o corrupción de menores de veintitrés años.

2º. El que, para satisfacer los deseos de un tercero con propósitos deshonestos, facilitare medios o ejerciera cualquier género de inducción en el ámbito de menores de veintitrés años, aun contando con su voluntad, y el que mediante promesas o pactos le indujere a dedicarse a la prostitución, tanto en territorio español como para conducirles con el mismo fin al extranjero.

3º. El que con el mismo objeto ayude o sostenga con cualquier motivo o pretexto la continuación de la corrupción o la estancia de menores de veintitrés años en casas o lugares de vicio.”

Como TERRASA MATEU comenta en su tesis⁸⁶, es curioso que en el CP de 1944 se mantenga la edad de 23 años como límite en el comentado delito pues, si bien se respeta la redacción original del CP de 1932 hay que tener en cuenta que en aquel entonces coincidía con la mayoría de edad, pero que ahora se había bajado hasta los 21 años. Seguramente se mantuviera al no cambiarse la redacción del artículo, pero, de todas formas, la moralidad sexual que impregnaba al legislador de la época haría que se tratara de restringir la vida sexual lo máximo posible para circunscribirla al ámbito del matrimonio y de la familia, y una forma de hacerlo podría ser no bajando el tope de edad.

⁸⁵ Sanz Mulas, *Política criminal*, pp.157-158

⁸⁶ Terrasa Mateu, *Control, represión y reeducación*, p.135

En cualquier caso, ninguno de estos dos delitos tiene tampoco por objeto castigar la homosexualidad, y, aunque la edad establecida en el segundo podría ser discutible actualmente, el delito de abusos deshonestos está castigando, lógicamente, una agresión sexual, la cometa quien la cometa.

4.4. La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social

La **Ley 16/1970, de 4 de agosto, de Peligrosidad y Rehabilitación Social**, sustituiría a la Ley de Vagos y Maleantes, estando vigente desde 1971 hasta la promulgación del CP de 1995. Esta ley no introduce una modificación sustancial respecto a la ley anterior, pues, como dice el **Preámbulo** “*se trata, pues, de una reforma de adaptación*”, tendente a, entre otros fines, “*Establecer las nuevas categorías de estados de peligrosidad que las actuales circunstancias sociales demandan*”, al haber transcurrido casi 40 años desde que se creó la Ley de Vagos y Maleantes. Pero el objetivo último seguiría siendo el mismo, respondiendo el cambio de denominación a la idea de “*señalar como objetivo el primordial compromiso de reeducar y rescatar al hombre para la más plena vida social*”. Aunque en la raíz de la norma sigue estando la represión de la peligrosidad social, va a existir un cambio en la redacción tendente a relajar la persecución de la homosexualidad, al menos en la teoría, dado que aún no pueden consultarse los expedientes incoados mediante la LPRS para corroborarlo y profundizar en dicha cuestión.

La propia norma afirma en su exposición de motivos que uno de ellos es “*Modificar entre otros estados, como los referentes a quienes realicen actos de homosexualidad, [...], matizándolos con retoques que harán más exigente la apreciación de estas figuras, al tiempo que eliminarán toda posible ambigüedad de las mismas*”, a lo que se añade el “*Reducir la duración del internamiento en establecimientos de custodia, [...] y ampliar el catálogo de las medidas con internamiento en establecimientos de reeducación y preservación*” y la preocupación por “*la creación de nuevos establecimientos especializados donde se cumplan las medidas de seguridad, ampliando los de la anterior legislación con los nuevos de reeducación para quienes realicen actos de homosexualidad*”

Así, se modifica el estado peligroso de homosexualidad de la siguiente forma:

Artículo 2. “*Serán declarados en estado peligroso, y se les aplicarán las correspondientes medidas de seguridad y rehabilitación a quienes:*

- A) Resulten probadamente incluidos en alguno de los supuestos de este artículo, y*
- B) Se aprecie en ellos una peligrosidad social.*

Son supuestos del estado peligroso los siguientes:

Primero. Los vagos habituales.

Segundo. Los rufianes y proxenetas

Tercero. Los que realicen actos de homosexualidad

[...]”

Esta nueva redacción de la homosexualidad se inclina más por un derecho penal de acto que de autor, de la cual se desprende:

- 1) La expresión “*homosexuales*” se sustituye por “*actos de homosexualidad*”, por lo que ahora no es suficiente la mera orientación sexual privada de un sujeto, debe exteriorizarse, tener trascendencia de nuevo. No obstante, a pesar de que la conducta se describe como una conducta de hecho, no deja de ser derecho penal de autor en cuanto que juzga a una persona por lo que es, un homosexual, toda vez que lo exteriorice. Como dijo el fiscal del TS Fernando Herrero, participante en la elaboración de la ley “*estamos en esta ley ante un derecho de autor, es decir, no son los hechos los que resultan peligrosos, sino las personas*”⁸⁷
- 2) Se separa el estado de peligrosidad del de “*rufianes y proxenetas*”, que siguen redactados en término de derecho penal de autor, otorgando a los homosexuales una categoría propia. Esto podía ser positivo de cara al estigma social, pues ya no se les compararía con estos, sino que se les dota de cierta identidad.
- 3) Se exige que resulte probada la conducta homosexual, así que ya no es posible condenar en base a indicios – habría que ver si esto realmente se tradujo a la práctica –; y que se aprecie en ellos una peligrosidad social, lo que conlleva que el juez deba formular un juicio de apreciación de la misma, reduciéndose en cierta manera la arbitrariedad judicial.
- 4) En cuanto a la habitualidad criminal, el artículo 4 eleva la comisión de delitos a tres para que pueda aplicarse la ley, y vuelve a hacer preceptiva la expresa declaración de peligrosidad social por parte del juez.

Las medidas de seguridad procedentes para el sujeto peligroso homosexual, o quien realice la prostitución, son las del **art. 6.3º** que deben enlazarse con **el artículo 5.2º, 5.10º, 5.11º y 5.14º** para saber la duración de cada una de ellas:

- a) Internamiento en un establecimiento de reeducación, por tiempo no inferior a cuatro meses ni superior a tres años.

⁸⁷ Olmeda, “La homosexualidad en España desde el franquismo hasta hoy”, p.30

- b) Prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe o de visitar ciertos lugares o establecimientos públicos, ambas prohibiciones por tiempo máximo de cinco años; y sumisión a la vigilancia de los delegados, con una duración de uno a cinco años, pudiendo ser reemplazada esta última por caución de conducta.

Si bien ahora no se nombra en el **artículo 6** la obligación de declarar el domicilio durante el tiempo que transcurra la prohibición de residir en lugar o territorio determinado, esta aparece implícita en dicha medida de seguridad, para todos los estados peligrosos, en el **artículo 5.10º**. En esencia, las medidas de seguridad son coincidentes con las de la legislación anterior, produciéndose un agravamiento de condena a la medida del apartado a) que, si bien mantiene el límite máximo en 3 años, añade un tope mínimo inexistente en el **art. 4.1º LVM** de 4 meses. Por el contrario, la prohibición legal de residencia en el lugar o territorio designado y la obligación de declarar el nuevo domicilio y los cambios que se produjeran en el mismo puede no agravarse, ya que pasa de ser una medida totalmente indeterminada, a tener una duración máxima de 5 años, pero tampoco tendría porque mejorar ya que ahora el tiempo mínimo va a ser de 1 año. La vigilancia por parte de los delegados y la caución de conducta no varían. Y también se conserva la expulsión del territorio nacional, esta vez durante el plazo de 5 años, a los sujetos peligrosos de nacionalidad extranjera (**artículo 5.12º**). A lo cual añade, en el **artículo 7**, “*sin perjuicio de aplicarles, además, las que sean compatibles con dicha expulsión y figuren en cada supuesto de peligrosidad*”, lo cual grava más su comportamiento pues antes no podían imponérseles medidas de seguridad salvo que quebrantaren la expulsión.

Pese a esto, el **artículo 6** hace una diferenciación de la homosexualidad masculina cuando se evidencia por medio de la prostitución, cambiando el centro de reeducación por un “*establecimiento de trabajo*” y una multa, y eliminando en cuanto a la medida del apartado b) la prohibición de “*visitar ciertos lugares o establecimientos públicos*”. Esto se aplica solo para los hombres, debiendo las prostitutas entrar en un centro de reeducación y no pudiendo tampoco visitar los lugares o establecimientos públicos que se designen. Y, ¿por qué se hace esta distinción? Tras examinar los expedientes incoados durante la vigencia de la LVM, creo que la razón puede estribar en que muchos de ellos se iniciaban por un caso de prostitución masculina de hombres que, debido a la falta de recursos, se veían abocados a <<comerciar>> con favores sexuales. En estas circunstancias pudo entenderse que no eran homosexuales propiamente dichos – ahora después hablaré de la distinción inventada por la medicina y psiquiatría franquistas entre homosexuales <<congénitos>> o <<adquiridos>> – sino que la realización de prácticas

homosexuales se hacía como un medio de subsistencia y no por placer. De tal modo, no sería necesario reeducarlos, ni alejarlos de la tentación que ciertos establecimientos públicos suponen, sino darles una formación para el trabajo. Ahora bien, no he encontrado ninguna información que ampare esta teoría, al no existir estudios desarrollados.

En cuanto a los centros, la **Disposición Adicional 3ª** añade que: “*Antes de la entrada en vigor de esta Ley, el Ministerio de Justicia habilitará los establecimientos adecuados, a los que dotará de personal idóneo para la aplicación de las medidas de seguridad y rehabilitación*”. Pero, si ya la ley anterior no había cumplido las exigencias de crear Establecimientos de Trabajo y Colonias Agrícolas, sino que había utilizado a tal efecto prisiones comunes, lo mismo ocurriría en este periodo, pues además el concepto de centros de reeducación era mucho más amplio que los dos anteriores. Como ejemplo, se acordó la utilización de la cárcel de Huelva para el cumplimiento de medidas impuestas a homosexuales <<pasivos>>, y la de Badajoz para los <<activos>> y hubo de reformarse el **Reglamento de los Servicios de Prisiones**⁸⁸. Tampoco podemos conocer que ocurrió dentro de estos centros con los datos actuales.

Salvando las consideraciones realizadas, esta ley no va a estar exenta de críticas por parte de la doctrina, las cuales presento en el siguiente apartado, porque seguía cometiendo los dos graves errores a los que apuntaba al iniciar el trabajo: <<castigar>> la peligrosidad social en vez de la criminal – de hecho se refiere a ella expresamente en el art. 2 B) – y no reconocer el carácter aflictivo de la medida de seguridad, pues como declara en su Preámbulo: “*tendían a apartar temporalmente de la vida social al peligroso, pero con el fin de darle educación y lograr su readaptación a la sociedad*”.

Por lo demás la legislación no varía en gran medida, suprimiéndose los Juzgados Especiales de Vagos y Maleantes, quitándole la competencia de declarar el estado peligroso a los Tribunales de lo Criminal y encargando su cometido en el **artículo 8** a la jurisdicción ordinaria a través de los Jueces de Instrucción.

4.4.1. Crítica doctrinal a la LPRS. El fraude de etiquetas.

MUÑOZ CONDE⁸⁹ hace una dura crítica al sistema dualista de la época durante la que seguía vigente la LPRS tras el final de la dictadura, y a la concepción de las medidas de seguridad incluidas en dicha ley. Crítica con la que estoy de acuerdo, y que se extendería también a la LVM. Su censura se asentaba, según sus propias palabras, sobre la existencia

⁸⁸ Olmeda, “La homosexualidad en España desde el franquismo hasta hoy”, p.32

⁸⁹ Muñoz Conde, *Control penal*, pp.53-69

de una peculiaridad que distinguía el sistema penal dual español del de los demás países: la existencia de medidas de seguridad predelictuales junto con las penas y las medidas postdelictivas. A este reproche me he referido anteriormente cuando decía que lo llamaría sistema casi <<triplista>>. Y digo casi porque así lo sería si unas y otras medidas tuvieran distinto contenido, pero únicamente se diferencian en el momento en que se llevan a cabo – después de la pena o aisladamente – y en la forma de su nacimiento – en virtud de una sentencia por culpabilidad, de la que se deriva peligrosidad, o directamente por medio de una sentencia de peligrosidad –. Así, se llegaba a lo que se denominó <<**fraude de etiquetas**>>, esto es que, bajo una naturaleza administrativa o supuestamente persiguiendo un fin de reeducación, las medidas de seguridad tenían el mismo carácter que las penas respecto de la culpabilidad: el represivo. Esto hacía, como él opinaba, que la medida pudiera tener una mayor duración que la pena, pudiendo colocar al sometido a las mismas, sin haber infringido ninguna norma penal, en una condición más desfavorable que quien había atacado los bienes jurídicos protegidos por el Código Penal. Situación que se veía agravada sobremanera si ponemos este hecho en relación con lo comentado respecto del procedimiento acerca de su falta de garantías procesales y penales.

Concluye diciendo que “*La LPRS supone pues, tanto en la teoría como en la práctica, una <<perversión>> del Derecho penal y un abuso de poder del Estado*”. Para él, “*La LPRS constituye pues, de hecho, un segundo Código penal que sirve para prolongar los efectos de la pena o para sancionar supuestos de peligrosidad no constitutivos de delito*”, lo que infringe tanto el principio de legalidad como el principio de intervención mínima. El de intervención mínima dado que el derecho penal debe actuar como última ratio, esto es, sancionar solo los comportamientos más reprobables, los que no puedan solventarse de un modo menos violento, no pudiendo considerarse que la homosexualidad conlleve un ataque de tal magnitud – y de ninguna, en realidad – al resto de la sociedad. El de legalidad, al tomarse conceptos que no están correctamente tipificados, sino que son abiertos y no objetivables. Partiendo de esta doctrina, añade aquí GROSSO GALVAN⁹⁰ que “*el juicio de peligrosidad es puro pronóstico, no afectando ni al acto, ni al autor, sino al hombre en sí*”. Y expone la otra crítica que también he mencionado, y es que la ley confunde la peligrosidad criminal con la peligrosidad social, toda vez que se va contra el sujeto por ser un <<marginado social>> que no representa un verdadero peligro.

⁹⁰ Grosso Galvan, M. (1983). *Los antecedentes penales: rehabilitación y control social*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., p.71

5. EL FRANQUISMO (II): MEDICINA Y HOMOSEXUALIDAD

La teoría del peligrosismo no podría haber prosperado si no existiera nadie capaz de hacer una <<adecuada>> prognosis de la peligrosidad del sujeto. Pues, para que pueda aplicarse un derecho subjetivo, primero el juez tiene que conocer cómo de peligroso es un sujeto, lo que una persona es, para poder juzgarle por ello. Pero el Derecho solo puede conocer lo que una persona hace, escapando a su conocimiento la esfera interna o identidad de su autor. Aquí es donde entran la medicina y la psiquiatría, que van a tener un papel por tanto clave en la consagración de un derecho penal como uno de autor, y en la perpetuación del estigma de la homosexualidad.

Estas dos ciencias fueron las responsables de la conceptualización de la homosexualidad como una enfermedad, y así sería entendida tanto durante la II República como en la Dictadura franquista. Es por ello por lo que, como apostilla PORTILLA CONTRERAS citando a González de Pablo⁹¹, se mantiene la vigencia de la legalidad republicana pues, tanto unos como otros científicos habrían compartido la misma formación, llegando a conclusiones parecidas, aunque más radicalizadas las de los últimos. Entre ellos cabe destacar la figura del forense o médico forense, quien actuaría de perito judicial para la evaluación psicofísica del sujeto y su calificación o no como homosexual.

Además de constatar que era homosexual, se obtenía como conclusión del estudio su inclusión dentro de algunos de los tipos que se elaboraron que, siguiendo la investigación de PORTILLA CONTRERAS⁹², se pueden sintetizar en dos clases:

- a) Por la causa que motiva la <<enfermedad>>: homosexual congénito, innato o constitucional *versus* homosexual adquirido (teoría de la seducción).
- b) Por la preferencia demostrada en el coito sexual: homosexual <<activo>> *versus* homosexual <<pasivo>>.

Obviamente, esta clasificación no tiene sentido alguno, pero en dicho momento histórico motivó la aplicación de consecuencias legales distintas, pues eran objeto de una diferente consideración, de lo que se hace eco el mencionado autor, aportando las diferentes expresiones utilizadas en los expedientes para referirse a ellos.

Al homosexual <<pasivo>> se le detectaba por tener: “*aspecto feminoide*”, “*pelvis redondeada*”, “*gran dilatación del esfínter anal*”, “*cicatrices en el borde del orificio anal*”, “*casi desaparición de pliegues en el ano*”, “*movimientos y gestos feminoide*” “*marcado amaneramiento*”, “*constitución grácil*”, “*testículos del tamaño de un hueso de*

⁹¹ Portilla Contreras, *Derecho penal franquista*, p. 207

⁹² Portilla Contreras, *Derecho penal franquista*, p. 169-187

aceituna pequeño”, *“falta de barba”*, *“vello pubiano no desarrollado con distribución feminoide”*, etcétera. Era mucho más difícil detectar al homosexual <<activo>> dado que, para ellos, era quien mostraba una actitud <<viril>> durante el coito, no siendo penetrado, y por ello no tenía por qué mostrar signos físicos⁹³. A esto hay que añadir que el hecho de ser considerado como el <<pasivo>> en la relación homosexual conllevaba un estigma mayor al asociar su comportamiento sexual con el de una mujer. Véase como ejemplo el **Informe Forense de 11 de enero de 1955**⁹⁴ que tras calificarlo como *“pederasta pasivo”* dice que *“se estima útil para los trabajos propios de la mujer”*; o el **Informe Forense de 7 de diciembre de 1960**⁹⁵: *“gestos y manera de hablar totalmente feminoide. Su mentalidad también reacciona en femenino...pederasta pasivo profesional.”* Pero siempre que se constatará la homosexualidad, los dos tipos obtenían condena a medidas de seguridad. Como ejemplo de tipo <<activo>>, la **Sentencia de 27 de enero de 1967**⁹⁶ que en este caso se refería más bien a un bisexual al manifestar: *“por el interrogatorio practicado se deduce que, aun sintiendo atracción por sujetos de sexo contrario, ha tenido contactos sexuales con personas del propio sexo en diversas ocasiones en las que siempre ha actuado como sujeto activo...homosexual activo de carácter adquirido”*. Independientemente de esta caracterización, podía tratarse de un homosexual <<congénito>>, si había nacido ya con dicha condición, o <<adquirido>> si había sido seducido o la homosexualidad era consecuencia de su perversión. Y se debatió respecto al primero si, al ser su enfermedad constitucional, era corregible o, por el contrario, se le debía dejar como un caso perdido, aunque se llegó a la convicción de que era peligroso. La **Sentencia de 21 de abril de 1969** dice a este respecto que: *“tiene perturbadas en parte sus facultades mentales, pero es plenamente consciente de los actos que realiza”*; y en la misma línea la **Sentencia de 13 de enero de 1960**⁹⁷: *“se trata de un psicópata*

⁹³ **Informe del Médico forense de 22 de febrero de 1960**: *“En cuanto a la posible homosexualidad del mismo, explorado con tal fin no se aprecian signos de pederastia pasiva, única forma denunciante por el reconocimiento practicado, ya que en su forma activa no deja huellas de la misma”*; expediente sacado de: 1960.7, Portilla Contreras, “Anexo”, *Derecho penal franquista*. Consecuentemente con esto, la **Sentencia de 2 de abril de 1960** del juez Garralda (mismo expediente) no pudo declarar el estado peligroso. Aunque la **Sentencia de 16 de marzo de 1962** sí que condena a un sujeto del que decía el informe forense: *“Por los signos hallados, por el interrogatorio y manera de comportarse parece tratarse de persona normal, aunque sin poder afirmar de manera categórica que no es invertido ya que a veces la inversión se da en personas sin signos externos”*. Esta última extraída de: Legajo 1405. 27. Expte 240, 5252, incoado el 5 de mayo de 1960; en Portilla Contreras, “Anexo”, *Derecho penal franquista*

⁹⁴ 1955.6 en Portilla Contreras, “Anexo”, *Derecho penal franquista*

⁹⁵ 1960.63 en Portilla Contreras, “Anexo”, *Derecho penal franquista*

⁹⁶ ATB N. 937 Rollo 2835. Incoado el 10 de octubre de 1966, en Portilla Contreras, “Anexo”, *Derecho penal franquista*

⁹⁷ Correlativamente: ATB N.873 incoado el 16 de noviembre de 1968 y Expte. 161-59, en Portilla Contreras, “Anexo I”, *Derecho penal franquista*

esquizoide pero no tiene disminuida su imputabilidad”. No hubo este debate respecto del <<contagiado>>, quien debía internarse para <<curarse>> de tal psicopatía.

Hubo homosexuales que, siguiendo la visión clínica de su condición como enfermedad, acudieron ellos mismos a terapia por parte de psicólogos y psiquiatras, lo cual sirvió también para abrir expedientes por peligrosidad. Así, el **Expediente incoado el 6 de febrero de 1964**⁹⁸ se inicia con la declaración del doctor que llevaba tres semanas tratando a un sujeto “*afecto de una impotencia psicogénica y de inclinaciones homosexuales*” que se le presentó en la consulta “*con el anhelo de intentar todo tratamiento posible para corregir dichos trastornos*”. Lo mismo ocurre en la declaración del **Expediente incoado el 27 de julio de 1960**⁹⁹ en la que el sujeto “*reconoce su condición de homosexual, lo que constituye para él una verdadera enfermedad de la que se encuentra en tratamiento bajo la dirección del psiquiatra...*”

Finalmente, este autor hace en su obra un análisis más profundo de las teorías seguidas y del método llevado a cabo para el reconocimiento psicofísico del homosexual, destacando dos nombres entre los psiquiatras y forenses por la gran influencia que tuvieron en el desarrollo de estas doctrinas: Pérez Argilés y Vallejo Nájera. Dicho comentario excede el objeto del presente trabajo.

6. LOS EXPEDIENTES DE LA LEY DE VAGOS Y MALEANTES. RASGOS DEFINITORIOS.

Antes de concluir el trabajo he creído conveniente dedicar un apartado a sintetizar las notas características más importantes que se deducen de los expedientes analizados para conocer hasta donde llegó la aplicación de la Ley de Vagos y Maleantes. Algunas de estas ya han sido comentadas en los apartados anteriores por lo que aquí se traen a colación únicamente al objeto de no dejar nada en el tintero.

Para empezar, aunque desde 1954 existe un tipo <<predelictivo>> autónomo que se encarga de la homosexualidad, en el fallo de muchísimas sentencias encontramos que se utilizan más de uno de los estados peligrosos, normalmente el de vagancia¹⁰⁰. Incluso se habla de “*conducta reveladora de inclinación al homosexualismo*”, para aplicar el

⁹⁸ ATB 1964 N. 65, Rollo 222 Incoado el 6 de febrero de 1964, en Portilla Contreras, “Anexo”, *Derecho penal franquista*

⁹⁹ Caja 27895.13, en Portilla Contreras, “Anexo”, *Derecho penal franquista*

¹⁰⁰ **Sentencia de 18 de abril de 1969**, del juez Sabater: “*por su condición de vago habitual, homosexual, y maleante*” ATB. N.923. Rollo, 3360. Incoado 14 de agosto de 1968, en Portilla Contreras, “Anexo”, *Derecho penal franquista*

supuesto de homosexualidad del artículo 2.2º y del 2.10º de manera conjunta – lo cual es un sinsentido – en la **Sentencia de 25 de septiembre de 1968** del juez Sabater¹⁰¹. Se aprecia que la generalidad de los homosexuales condenados a medidas de seguridad son jóvenes, y de clases bajas o medias-bajas. No ocurrió lo mismo con las altas esferas. Muchos de ellos se incardinan dentro de sumarios por prostitución masculina, precisamente, por ser de clases bajas. Cuando la prostitución era femenina también se imponían medidas de seguridad, pero se acudía a otros estados peligrosos para ello, no al de homosexualidad: por prostitución clandestina y actos morales en la vía pública, por frecuentar asiduamente el trato con delincuentes o ser delincuente habitual contra la propiedad¹⁰², etcétera.

La única condena expresa por lesbianismo, siguiendo la investigación de PORTILLA CONTRERAS, es la **Sentencia de 11 de diciembre de 1968**, siendo el motivo principal, sin embargo, no el realizar actos homosexuales, sino “*por ir vestida de hombre*”, a lo cual se suma no haber “*desarrollado actividad laboral de clase alguna*”, ni contar con “*medios lícitos de vida para subvenir sus necesidades*”. Aun así, el juez Sabater la consideró una “*persona de mala conducta y una desviada sexual*”.

Por tanto, en la conducta de homosexualismo se confundían también otras como el <<travestismo>>. Así, las **Sentencias de 31 de octubre de 1968** y la de **11 de julio del mismo año**¹⁰³, condenan a individuos por ir vestidos y maquillados como mujer, llevando uno de ellos peluca inclusive. Y no hará falta decir que no se conocían los transexuales. Aparte de los supuestos en los que pudiera existir escándalo público, abusos deshonestos o corrupción de menores, ya he hablado de la importancia que tenían los terceros denunciadores y el rumor público para que se iniciara una investigación tendente a esclarecer su homosexualidad. Por ejemplo, un caso en el que tras tener conocimiento de que dos sujetos iban a merendar y al cine juntos, al existir una gran diferencia de edad entre ellos, se les cataloga como posiblemente invertidos y se monta un servicio de

¹⁰¹ ATB N. 217 Rollo, 800. Incoado 16 de marzo de 1968, en Portilla Contreras, “Anexo”, *Derecho penal Franquista*

¹⁰² En Portilla Contreras, “Anexo”, *Derecho penal franquista: Sentencias de 17 de junio de 1962*, Caja 27907 Expte. 13 Incoado el 5 de Marzo de 1962; **Sentencia de 6 de agosto de 1953**, Legajo. Expte N.71 1970, Incoado el 13 de mayo de 1953; y **Sentencia de 4 de febrero de 1961**, Signatura 10900 Expte 444. Hay que apuntar que la segunda, la de 6 de agosto de 1953 no podía referirse igualmente a homosexualidad dado que en dicho año no se había abordado la reforma de la Ley de Vagos y Maleantes que incluiría expresamente dicho término en 1954.

¹⁰³ Ambas en Portilla Contreras, “Anexo”, *Derecho penal franquista*: ATB, Rollo 571 Incoado el 23 de febrero; y ATB N. 172 Rollo, 614. Incoado el 27 de febrero

vigilancia, por el que los sorprenden desayunando, según un **Informe de la Dirección General de Seguridad de 4 de febrero de 1955**¹⁰⁴.

También las detenciones policiales propiciarían tal investigación, y podían ser por motivos muy variopintos. Si ya es absurdo entender peligrosa a una persona por su orientación sexual, más lo es si cabe su condena por motivos como los de los informes¹⁰⁵:

- ❖ **Informe de la Comisaría General de Policía de 8 de marzo de 1969:** *“cuando deambulaba por San Sebastián sin justificar las razones de su presencia en esta ciudad, y en compañía de otros degenerados, suponiéndose que se han desplazado para entrar en contacto con otros homosexuales”.*
- ❖ **Informe de la Guardia Civil de 26 de marzo de 1957:** *“igualmente de tendencias e inclinaciones a la sodomía, lo pone de manifiesto en sus acciones y gestos y en alguna ocasión, durante la noche, le fueron oídas conversaciones...que se referían a hombres guapos y hombres feos...”*
- ❖ **Informe de la Guardia civil de 13 de marzo de 1957:** *“se le veía con individuos afeminados en el portal de su casa y en la calle”.*

Entonces, cualquier comportamiento que llevara a un indicio de la homosexualidad del sujeto era motivo suficiente para la apertura del expediente. A continuación, enumero los condicionantes que observaron forenses y jueces para llegar al convencimiento de que el sujeto era peligroso, valorar su peligrosidad y fijar los límites de las medidas de seguridad:

1) Exigencia de habitualidad y trascendencia.

Este aspecto ya ha sido ampliamente comentado en el apartado dedicado al escándalo público. A modo de resumen: mientras que hay sentencias que exigen el criterio de habitualidad, desde 1954 la literalidad de la norma lleva a que se condene por un solo acto – o por indicios – en otras. Igualmente, hay quienes piden que exista publicidad para aplicar las medidas de seguridad, o el delito de escándalo público, pero otros entienden que las conductas homosexuales son tan escandalosas que no necesitan trascendencia.

2) Ostentación pública de la condición de homosexual

En la misma línea que el punto anterior, y también mencionado, se discutía si podía <<castigarse>> la mera orientación sexual, que si no se exteriorizaba quedaba en la esfera de lo privado, o debía materializarse en una práctica homosexual. Incluso había sujetos homosexuales que renegaban de su condición y, pese a esto, se consideraban peligrosos.

¹⁰⁴ Legajo 2038. Juzgado especial para la aplicación de la ley de...1403, n.21 1955. Incoado el 5 de febrero, en Portilla Contreras, “Anexo”, *Derecho penal franquista*

¹⁰⁵ Expte, 36-69; 27-57 y 14-57 en Portilla Contreras, “Anexo”, *Derecho penal franquista*

3) Embriaguez (en estrecha relación con la habitualidad)

Las **Sentencias de 5 de septiembre de 1960** y de **11 de marzo de 1970**¹⁰⁶ absuelven a los individuos, en el primer caso porque había alegado que *“no explica tal hecho a no ser por encontrarse algo embriagado”* y en el segundo *“considerando que los hechos probados no acusan el estado de peligrosidad social del expedientado, pues el mero hecho de que, en una ocasión, estando embriagado, haya besado a un invertido...no es motivo suficiente para calificar al expedientado de homosexual”*. Sin embargo, esto debe ponerse en relación con lo comentado de la habitualidad, pues también hubo decisiones en el sentido contrario. Si no existía la habitualidad la embriaguez podía considerarse una especie de atenuante o eximente. Pero si era un comportamiento homosexual habitual no podía jugar este papel. Además, si lo habitual no era la homosexualidad sino la embriaguez, se podía aplicar el estado peligroso de <<ebrio>> del art. 2.6º LVM: *“ebrios y toxicómanos habituales”*.

4) Matrimonio

En la **Sentencia de 31 de octubre de 1957**¹⁰⁷ pese a que se confirma la fama de *“invertido homosexual”* dice que *“hay un hecho cierto y evidente, cuál es su reciente matrimonio que demuestra que dicho expedientado ha encauzado su vida dentro de la normalidad y que, aún en el supuesto de que anteriormente hubiera alguna tendencia anormal, su matrimonio demuestra la voluntad de dicho sujeto de corregirse...”*, por lo que no impone medida de seguridad alguna. Esto puede ponerse en relación con el punto 2 pues, si el sujeto es homosexual, pero, en vez de exteriorizar su condición prefiere intentar formar una familia heterosexual no se le condena.

Se ha desestimado el estado peligroso no solo con el casamiento, sino también si se constata que tenga trato con mujeres. Así la **Sentencia de 9 de marzo de 1970**¹⁰⁸ absuelve a un individuo siguiendo el Informe de la Comandancia de la Guardia Civil que decía que *“frecuentaba mujeres de mala fama”*.

5) Convivencia con los padres

La ferviente defensa de la familia que inspira que se absuelva al homosexual que decida casarse puede motivar la no aplicación de alguna medida de seguridad si este vive con los padres, pues se entiende que van a guiarlo por el camino correcto. Al igual que en el caso del matrimonio, esto es explicado por el autor PORTILLA CONTRERAS. Para ilustrarlo,

¹⁰⁶ Exptes. 194-60 y 4-70, en Portilla Contreras, “Anexo”, *Derecho penal franquista*

¹⁰⁷ Expte. 20-57, en Portilla Contreras, “Anexo”, *Derecho penal franquista*.

¹⁰⁸ Expte. 9-70, en Portilla Contreras, “Anexo”, *Derecho penal franquista*.

podría citar de nuevo la **Sentencia de 6 de marzo de 1955**, en la que no se aplica la medida de prohibición de residir, únicamente la de declaración del domicilio, ya que el peligroso debía cuidar a su madre.

6) Buena conducta y/o minoría de edad

La **Sentencia de 20 de diciembre de 1962**¹⁰⁹ absuelve a un sujeto porque, habiendo sido sorprendido realizando actos homosexuales en un retrete de un teatro, *“no ha podido acreditarse tenga una tendencia homosexual ni una habitualidad en hechos semejantes, estando, por el contrario, estimado como de buena conducta”* considerando que esa declaración podría llevarlo a *“entrañar una rémora en el trato social del expedientado... e incluso verse despreciado por las personas dignas, e impulsado con ello a tener que relacionarse con aquellas otras para las que tales vicios son tolerables...”*. En la misma línea, la **Sentencia de 5 de octubre de 1963**¹¹⁰, no condena al individuo ya que *“ste a pesar de su defecto y minoría de edad penal, 17 años, ha modificado su conducta, dedicándose al trabajo honrado y sin que haya vuelto a cometer actos análogos”*. Además, se tiene en cuenta que las veces que había realizado la conducta homosexual se produjeron posteriormente y debido a la muerte de su madre. Igualmente, en la **Sentencia de 25 de febrero de 1961**¹¹¹ se confirma que se trata de un *“pederasta de tipo pasivo”* pero se *“observa, no obstante, buena conducta en general, mostrando en sus relaciones sociales, normalidad absoluta”*.

7) Condicionantes médicos

Ya he hablado de la dificultad para condenar a los homosexuales <<activos>> dado que no se desprendía información a este respecto del reconocimiento físico – como sí ocurría con el homosexual <<pasivo>> – sino del psíquico. Este hecho motivó que, en ocasiones, por falta de prueba, debieran absolverse. Pero si se probaban los hechos ambos tipos revestían la misma peligrosidad. Por otro lado, se habló de una posible inimputabilidad, al considerarse como una enfermedad, especialmente en cuanto a la homosexualidad <<congénita>>, llegando a la conclusión contraria.

Encontramos sentencias, no obstante, que sí han tenido en cuenta otro tipo de enfermedad psíquica, como la oligofrenia, para absolver al sujeto, incluso aunque lo entendiera

¹⁰⁹ Expte. 148-62 en Portilla Contreras, “Anexo”, *Derecho penal franquista*

¹¹⁰ Signatura 2898 Expte 50 y Expte. 63 Incoado el 9 de julio de 1963 en Portilla Contreras, “Anexo”, *Derecho penal franquista*

¹¹¹ 1961. N.6 Juzgado Especial de Vagos y Maleantes del Archipiélago Canario, en Portilla Contreras, “Anexo”, *Derecho penal Franquista*

peligroso, como la **Sentencia de 2 de agosto de 1961**: “*el inculpado es un oligofrénico en grado de imbecilidad*”¹¹².

8) Afinidad al régimen

La afinidad al régimen franquista o el apoyo manifestado por la Falange podían acabar con la sospecha de que una persona era homosexual, como ya he expresado. Al contrario, una militancia de izquierdas suponía un agravante de su condición.

9) Otras consideraciones.

Obviamente, aunque ya he dicho que a muchos se les condenaron como homosexuales sin llegar al convencimiento de que fueran, o de que lo hubieran practicado, existen sentencias que, cuando tal prueba no tiene lugar, justamente no condenan. A esto suma PORTILLA CONTRERAS las que absuelven por faltar las condiciones determinantes para aplicar el estado de peligrosidad, pero explica que no se dice ni cuáles son estas ni cuales faltan.

7. CONCLUSIÓN

Comencé este trabajo recordando la imperativa necesidad de conocer la historia, pues, en primer lugar, una norma jurídica es consecuencia de un determinado contexto y un dogma social. En segundo lugar, el objetivo del proyecto es arrojar luz sobre la dura realidad vivida por los homosexuales en nuestro país durante el franquismo, y condenar los atropellos y la estigmatización que han sufrido históricamente. Esta misión me ha supuesto un gran reto por la dificultad de encontrar fuentes fidedignas y que aborden la materia de manera objetiva, pues los expedientes incoados con la LPRS aún no pueden consultarse, y los de la LVM no son de dominio público, pudiendo acceder a ellos únicamente por medio de otra investigación. A esto hay que añadir que existen multitud de publicaciones relacionadas con este periodo histórico, pero pocas que ahonden en lo concerniente al tratamiento de la homosexualidad.

Pues bien, hemos visto como los homosexuales padecieron las consecuencias legales del delito a lo largo de toda la historia hasta que, finalmente, se despenaliza su conducta en la II República. Pese a ello, el cambio al régimen franquista supuso volver a condenarlos; esta vez mediante las tres medidas de seguridad establecidas en ambas leyes, cuyos efectos podían ser peores que los derivados de una pena, al no reconocer su carácter aflictivo. Con la peligrosidad sin delito se estableció un derecho penal de autor en el que

¹¹² Signatura 10905 Expte 139, en Portilla Contreras, “Anexo”, *Derecho penal franquista*

se les perseguía por lo que eran, homosexuales, y no por lo que hacían, con la LVM. Como ya he explicado, la Ley de Vagos y Maleantes de 1933 ni se crea por el franquismo ni se hace con la finalidad de reprimir a los homosexuales, pero sí que se reforma en 1954 con ese propósito, a mi parecer, exclusivamente. Y no se puede constatar si a partir de la sustitución de la LVM por la LPRS, aparte de lo dicho respecto al cambio de redacción que incorpora dicha ley, mejoró la situación del colectivo por no existir investigaciones fiables al respecto. Asimismo, se ha hablado de cómo la indefinición del delito de escándalo público, esencialmente, contribuiría al objetivo de la represión.

Represión que, en lo que a nuestro tema se refiere, vuelvo a resaltar que se dirigió básicamente a los hombres, mientras que las lesbianas han sido invisibilizadas como consecuencia del machismo imperante en esta etapa de la historia, así como en las anteriores, y la opresión generalizada de las mujeres que existía en todos los ámbitos.

A día de hoy se ha avanzado mucho en respeto al colectivo LGTBI, pero aún se alzan voces en contra de ciertos derechos que tanto les ha costado conseguir, como el del matrimonio, y existen expresiones en nuestro lenguaje en las que se percibe un estigma. Espero que el conocimiento de nuestro pasado más reciente mediante la lectura del presente TFG contribuya a tomar consciencia de la situación afrontada por estas personas y a luchar contra una posible involución en el pensamiento social y en las normas legales. En cuanto a las conclusiones que se extraen del estudio realizado y que interesan bajo la óptica del derecho penal me gustaría destacar las siguientes:

- ❖ La peligrosidad sin delito desvirtúa el paradigma penal dual tradicional al incorporar medidas de seguridad que no dejan de tener un carácter afflictivo, pese a que no sea reconocido por dichas normas, y que se aplican antes de la comisión de un delito y, por ende, apartándose de todos los principios inspiradores del ordenamiento penal.
- ❖ De la misma manera, se destruye la teoría general del delito. La medida de seguridad implica una condena en base a peligrosidad y no culpabilidad, pero debe existir un hecho delictivo previo, esto es, típico y antijurídico, que justifique la necesidad de prevención frente al sujeto. Y aunque pudiera entenderse que existe tipicidad al establecerse los supuestos peligrosos en las leyes especiales estos serían tipos predelictivos. Además, tanto estos como el delito de escándalo público se redactan en términos abiertos e imprecisos, quebrándose por completo el principio de legalidad.
- ❖ Con esta legislación se produce una confusión entre peligrosidad criminal y peligrosidad social, condenándose a personas que no son peligrosas por haber cometido un hecho delictivo que evidencie una probabilidad de comisión futura de un

delito; sino porque pueden poner en peligro los postulados del régimen con su forma de vida, denominándoles sujetos <<antisociales>>. Así, en los sistemas totalitarios, el derecho penal, sobre todo con el mecanismo de las leyes especiales, se utiliza como un arma contra quienes se consideran el <<enemigo interno>> del Estado.

Por tanto, solo por medio de un derecho penal basado en actos pueden protegerse los derechos de los ciudadanos frente a un abuso de poder por parte del Estado. Un derecho penal de autor no deja de ser un derecho subjetivo y, por tanto, no limitable. De igual forma, deben asegurarse a quienes sufran las medidas de seguridad los mismos derechos que quienes deban cumplir una pena, aunque tengan naturaleza distinta. Frente a lo que se entendió en la regulación franquista y republicana, las medidas de seguridad no tienen un carácter educador, sino preventivo. Muchas veces la finalidad de resocialización puede cumplirse directamente a través de la pena sin que sea necesario aplicar medidas de seguridad posteriores y, cuando se hace, es porque la gravedad del delito cometido o las circunstancias que han influido en su comisión aconsejan prevenirse ante una reincidencia. Cuando se establece la libertad vigilada no se hace para ayudar al delincuente a llevar una vida honrada como se suponía cuando se supeditaba el peligroso a la vigilancia por parte de los delegados; sino para estar prevenidos ante la probabilidad de que vuelva a realizar la conducta típica. Y tanto medidas de seguridad como penas deben aparecer determinadas a priori, para evitar la arbitrariedad.

Por otro lado, para que pueda aplicarse una medida de seguridad debe tenerse una certeza razonable de que el sujeto probablemente delinquirá, porque ya lo ha hecho anteriormente, siendo inconstitucional cualquier medida predelictiva. Obviamente, realizar una adecuada prognosis de peligrosidad es una tarea muy complicada y en muchas ocasiones se cometen fallos, pues el derecho penal, como cualquier otro, no es perfecto, siempre es mejorable. Y un juez no puede adivinar la conducta futura del sujeto, ni si quiera con la ayuda de ciencias como la medicina o la psicología. Pero en ningún caso puede considerarse peligroso a quien tenga un estilo de vida, ideología, orientación sexual, pensamiento o cualquier otro comportamiento que no implique un ataque a un bien jurídico protegido, porque se aleje de lo que se entiende normal por la sociedad.

Para finalizar, cabe mencionar que el trabajo se centra en los homosexuales, pero no solo se les reprimió a ellos por medio de estas normas. Podríamos realizar el mismo examen respecto de todos aquellos que se incardinaban en el resto de estados peligrosos (prostitutas, toxicómanos...); o de los que han sido perseguidos por medio de otras normas también cortadas por el patrón del derecho de autor: masones y republicanos.

8. FUENTES UTILIZADAS

8.1.Referencias bibliográficas

- ❖ CABANA IGLESIA, A. (2018), “Una mirada fugaz ante el espejo: el estudio de las actitudes sociales durante el franquismo”, en ORTIZ HERAS, M. (coord.), *¿Qué sabemos del franquismo? Estudios para comprender la dictadura de Franco*. Granada: Comares Historia, p.85
- ❖ COBO ROMERO, F. (2005): “Represión y persecución de minorías y disidentes en las dictaduras fascistas europeas del periodo de entreguerras. Los apoyos sociales y la colaboración de ciudadanos comunes. La Alemania nazi y la España Franquista”, en AGUSTÍ, C., GELONCH, J., y MIR, C. (eds.), *Pobreza, marginación, delincuencia y políticas sociales bajo el franquismo*. Lleida: Edicions de la Universitat de Lleida, pp. 33-42.
- ❖ ESCUDERO ALDAY, R.; PÉREZ GONZÁLEZ, C (2013). *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo*. Madrid: Editorial Trotta.
- ❖ FERNÁNDEZ BURGOS, C. (2013). *Franquismo a ras de suelo. Zonas grises, apoyos sociales y actitudes durante la dictadura (1936-1976)*. Granada: Campus universitario de Cartuja, pp. 108-109, 257-258.
- ❖ FÉRRIZ PAPÍ, J.A. (2007): “Homosexualidad y religión” en Rodríguez González, F.(ed.), *Cultura, homosexualidad y homofobia. Vol I / Perspectivas gays*. Barcelona: Laertes, pp. 134-173.
- ❖ FONTANA, J. (ed) (2000). *España bajo el franquismo*. Barcelona: Departamento de Historia Contemporánea de la Universidad de Valencia.
- ❖ GARCÍA ARÁN, M., MUÑOZ CONDE, F. (2010). *Derecho penal parte general*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- ❖ GIMENO, B. (2007) “La doble discriminación de las lesbianas”, en SIMONIS, A. (eda.), *Cultura, homosexualidad y homofobia. Vol II/Amazonia: retos de visibilidad lesbiana*. Barcelona: Laertes, p.19
- ❖ GROSSO GALVAN, M. (1983). *Los antecedentes penales: rehabilitación y control social*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., pp. 70-83
- ❖ JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (2013). *La sentencia indeterminada. El sistema de penas determinadas a posteriori*. Madrid: Marcial Pons, pp. 58-64, 129-141, 177-195, 287-288.

- ❖ MIGUEZ MACHO, A. (2014). *La genealogía genocida del franquismo. Violencia, memoria e impunidad*. Madrid: Adaba Editores, p.53
- ❖ MUÑOZ CONDE, F. (1985). *Control penal y control social*. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, pp. 53-69
- ❖ OLMEDA, F. (2007), “La homosexualidad en España desde el franquismo hasta hoy”, en RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, F.(ed.), *Cultura, homosexualidad y homofobia. Vol I / Perspectivas gays*. Barcelona: Laertes, pp. 21-33
- ❖ PÉREZ CÁNOVAS, N. (1996). *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*. Granada: Comares, pp. 5-27.
- ❖ PORTILLA CONTRERAS, G. (2019). *Derecho penal franquista y homosexualidad: del pecado y la aberración sexual al estado de peligrosidad*. Inédito.
- ❖ RIVAYA, B. (1998). *Filosofía del derecho y primer franquismo (1937-1945)*. Madrid: Centros de estudios políticos y constitucionales.
- ❖ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, F. (2007) “Estereotipos y términos de caracterización homosexual”, en RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, F.(ed.), *Cultura, homosexualidad y homofobia. Vol I / Perspectivas gays*. Barcelona: Laertes, pp. 105-135
- ❖ SANZ MULAS, N. (2017). *Política criminal*. Salamanca: Ratio Legis, pp. 24-25; 43-49; 56-57; 157-158.
- ❖ TAMARIT, J.M. (2005): “Derecho penal y delincuencia en la legislación de posguerra” en AGUSTÍ, C., GELONCH, J., Y MIR, C. (eds.), *Pobreza, marginación, delincuencia y políticas sociales bajo el franquismo*. Lleida: Edicions de la Universitat de Lleida, pp. 52-63
- ❖ TERRASA MATEU, J. (2015). *Control, represión y reeducación de los homosexuales durante el franquismo y el inicio de la transición* (tesis de doctorado). Universidad de Barcelona, pp. 86-135, 365-516

8.2.Expedientes y jurisprudencia

La jurisprudencia ha sido extraída de las referencias bibliográficas, y así se ha citado a lo largo del trabajo realizado. Mientras no se diga lo contrario, los expedientes y sentencias se corresponden con los de los Juzgados de Vagos y Maleantes, que se transcriben del “Anexo” de PORTILLA CONTRERAS, G. (2019). *Derecho penal franquista y homosexualidad: del pecado y la aberración sexual al estado de peligrosidad*. Inédito, pp. 274-496. En la cita de estos se ha empleado el mismo encabezado que aparece en negrita para cada uno de ellos en el mencionado libro.

8.3.Referencias legales

- ❖ “Decreto de 23 de diciembre de 1944 por el que se aprueba y promulga el <<Código Penal, texto refundido de 1944>>, según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944.” *Boletín Oficial del Estado*, Núm. 13, de 13 de enero de 1945, pp. 427-472. Recuperado de <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1945/013/A00427-00472.pdf>
- ❖ “Ley de Vagos y Maleantes, de 4 de agosto de 1933”. *Gaceta de Madrid*, Núm. 217, de 5 de agosto de 1933, pp. 874-877. Recuperado de <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1933/217/A00874-00877.pdf>
- ❖ “Ley de 15 de julio de 1954 por la que se modifican los artículos 2º y 6º de la Ley de Vagos y Maleantes, de 4 de agosto de 1933”, *B.O. del E.*, Núm. 198, de 17 de julio de 1954, p. 4862. Recuperado de <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1954/198/A04862-04862.pdf>
- ❖ “Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social”. *B.O. del E.* Núm. 187, de 6 de agosto de 1970, pp. 12551-12557. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1970-854>

8.4. Otras fuentes

- ❖ Real Academia Española. “Derecho penal de autor”. *Diccionario del Español Jurídico*. Recuperado de <https://dej.rae.es/lema/derecho-penal-de-autor>