Críticas a las figuras de "vagos y malvivientes"

Bruno Noé Vite Angeles

Al doctor Alvaro Bunster

Introducción

La realidad que vive nuestro país obliga al estudioso del derecho a realizar una revisión de figuras típicas como en el presente trabajo pretendemos hacer de los delitos de "vagos y malvivientes", rubro que contiene tan sólo dos preceptos del Código Penal y que encuadra en el ya inquietante título de Delitos contra la Economía Pública.

No sólo por su nomenclatura, sino por su estructura, los delitos de vagos y malvivientes incitan a un análisis que ofrece resaltar algunos aspectos dignos de innumerables críticas. Para ello, nos serviremos, por supuesto, de la dogmática jurídico penal; sin embargo, por las razones expuestas realizaremos algunos apuntamientos de carácter sociológico procurando no dejar al margen la realidad circundante, y porque sin lugar a dudas tiene ese factor, y que el legislador ha olvidado, como podemos apreciar en el hecho de que las leyes y la realidad se divorcian cada día más por una política criminal progresivamente irracional y en detrimento de los principios que deben regir a un Estado de Derecho democrático como el nuestro.

Consideraciones histórico-económicas

La vagancia, malvivencia y mendicidad, se convierten en "conductas" que sólo cobran trascendencia jurídica, en un determinado momento histórico-económico. Sin duda el surgimiento de algunos fenómenos económicos y principalmente de algunos modelos de producción que normativamente había que proteger para su desarrollo, marcan la pauta de creación de tan peculiares tipos penales. Debemos ubicarnos principalmente, en la etapa de transición que marca la decadencia del sistema de producción feudal y el surgimiento del sistema de producción capitalista cuya vertiginosa evolución (desarrollo de las ciudades, las ferias, surgimiento de la moneda, etc.) da lugar a los primeros desplazamientos masivos de personas que de pronto se ven despojados de sus medios de vida como es su tierra y sin otra alternativa que amotinarse en las afueras de las ciudades en espera de poder ser empleados en los, hasta entonces, escasos talleres textiles ⁽¹⁾.

Pero como se dijo, el sistema de producción capitalista evolucionaría tan sorprendentemente rápido que haría menester caer un sistema jurídico que garantizara, si no

1 Véase Mindess Barry y Paul Q. Hirst en *Los modos de producción precapitalista*. Editorial Península. Historia, Ciencia y Sociedad; y la Obra de Anderson, Perry *Transiciones de la antigüedad al feudalismo*, Editorial Siglo XXI.

su mayor evolución, al menos mantener su ritmo de desarrollo y para ello no resultaba extraño encontrar dispositivos jurídicos o cuerpos de leyes (principalmente en Inglaterra en el Siglo XVII) que establecían marcas, mutilaciones u otras penas infamantes a quienes no se dedicaran a un trabajo, anduvieron vagando o mendigando en las calles; medidas jurídicas que obligaban a esas personas a prestar su fuerza de trabajo, con un salario prácticamente simbólico o a prestarla como condena⁽²⁾.

La política criminal, era patente, se encaminaba a sancionar o señalar al menos, a quienes en nada contribuían al desarrollo del nuevo modelo de producción, lo que superficialmente guardaba por justificación, por un lado, la apertura de una gran cantidad de centros de trabajo y, por otro, la inexistencia de un catálogo de garantías del gobernado que consignan las constituciones de los modernos estados democráticos.

De igual manera, la realidad en nuestro país debe coadyuvar a realizar el análisis integral del delito de vagancia y malvivencia, pues su regulación, que guarda más de un siglo de existencia, nos obliga a fijar la vista en el contexto social y económico de su primera regulación.

Efectivamente, es desde 1835 en el Código Penal para el Estado de Veracruz, en donde se sanciona ya en un apartado especial, a los vagos, ociosos y mal entretenidos (Sección I del Título VIII, Segunda Parte). Fundamentalmente el Artículo 530, describe en 8 incisos las "conductas" típicas de la vagancia y la ociosidad resaltando en su contexto a quienes no tengan un trabajo, oficio o hacienda, o a los que teniéndolo no lo ejercen. Debe destacarse de manera particular, el inciso 8o. del precepto citado que sanciona a "los mendigos o pobres que pidan limosna".

No menos interesante resulta destacar que las penas aplicables a los delitos mencionados iban desde la aplicación de una multa, hasta la condena a realizar trabajos de policía o a ayudar a artesanos, agricultores o dueños de talleres o comerciantes⁽³⁾.

Sin duda, esto obedece a que, siendo el país recientemente independizado, el modelo de producción económica debía obedecer a la visionaria conformación de un Estado liberal que influenciaba sobre un modo de producción capitalista lo que encuentra un mayor fundamento en la creación de la Ley Montes del 5 de enero de 1857 que sancionaba de manera particularizada a los ladrones, homicidas, heridores y vagos y penaba a éstos últimos, de conformidad con su artículo 87, internándolos en talleres o fábricas si eran ineptos para el ejército o la marina.

2 Leo Hubbermari menciona que inclusive se organizaban cacerías de esos Heimatlosen (Sin Hogar). En su libro *Los bienes terrenales del hombre. Historia de la riqueza de las naciones*, Editorial Era, ofrece una panorámica social, económica y política del sistema de producción feudal.

3 Artículos 531 al 538 del Código Penal de 1835 para el estado de Veracruz.

En fin que no había duda de que la normatividad emergente obedecía a garantizar el desarrollo de un sistema productivo del país como otros de Europa habían superado ya esa etapa de transición, lo que también se encontraba medianamente justificado en virtud de que por un lado, existían centros de trabajo en expansión, y por otro, no se encontraban perfeccionados en nuestro sistema jurídico las garantías del hombre que la revolución francesa había heredado a los estados modernos de derecho; aspectos que resaltaremos posteriormente en una ubicación que de dichas figuras típicas, hace nuestro vigente código punitivo.

Principios dogmáticos que caracterizan a los delitos de vagos y malvivientes

Independientemente de los factores socio-económicos que dan lugar a una política criminal que propicia la existencia de figuras típicas como las que en turno se analizan y a los cuales se hace imprescindible referencia, debemos ante todo, poner de relieve los aspectos dogmáticos que las figuras de vagancia y malvivencia revisten.

Comenzando con los principios que rigen al derecho penal debemos admitir que los aplicables al nuestro no son otros que los que rigen a un Estado de derecho democrático, por ser tal el modelo adoptado por nuestra Constitución Política y por ello cabe destacar de entre los mismos y como de capital trascendencia al de culpabilidad, al de conducta o acto, el de bien jurídico y el de la intervención mínima del Estado, todos tendientes a limitar la facultad punitiva de éste⁽⁴⁾. Para cumplir con mayor fidelidad el análisis que nos hemos propuesto, transcribimos los artículos 255 y 256 a que se reduce el capítulo II, del Título Décimo Cuarto, del Libro Segundo del Código Penal, denominado "Vagos y Malvivientes".

"Art. 255. "Se aplicará sanción de dos a cinco años de prisión a quienes no se dediquen a un trabajo honesto sin causa justificada y tengan malos antecedentes.

Se estimarán malos antecedentes para los efectos de este artículo: ser identificado como delincuente habitual o peligroso contra la propiedad o explotador de mujeres o traficante de drogas prohibidas, toxicómano o ebrio habitual, tahúr o mendigo simulados o sin licencia".

"Art. 256. "A los mendigos a quienes se aprehenda con un disfraz o con armas, gonzúas o cualquier otro instrumento que dé motivo para sospechar que trata de cometer un delito, se le aplicará una sanción de tres días a seis meses de prisión y quedarán sujetos, durante el tiempo que el juez estime pertinente a la vigencia de la policía".

4 Moisés Moreno Hernández. "Algunas bases para la política criminal del Estado mexicano", *Revista Mexicana de Justicia*. No. 2, Vol. III, Abril-Junio 1985, págs. 111 a 120.

Es fácil apreciar una contravención por parte del legislador, a los principios anotados, que hace sostener a la fecha, que nuestro código punitivo aún conserva resquicios de una corriente positivista que lesiona un sinnúmero, no sólo de ellos (que deben regir a un Estado de derecho democrático), sino de otras garantías que las constituciones de los estados modernos contienen.

La peligrosidad del sujeto como parámetro para determinar el grado de sanción aplicable, se deja sentir en ambas figuras típicas al sancionar aspectos o condiciones que se alejan de lo que en sí constituye la naturaleza humana, pues puede verse en los últimos tiempos una cosificación⁽⁵⁾ del hombre que le niega la capacidad de responsabilidad por su conducta y se le equipara a cualquier objeto animal peligroso. De aquí que sólo en contraposición a un principio de culpabilidad, los estados autoritarismo se funden, para sancionar al delincuente, en el grado de peligrosidad que éste demuestre dadas sus condiciones y apariencias que "ponen o pueden poner el peligro" a la sociedad.

Las figuras típicas que analizamos, infringen también y simultáneamente el principio de acto o conducta, aplicando, en contraposición a éste, un principio de autor que sólo es admisible en un sistema de derecho propio de un Estado autoritario.

Efectivamente, en los numerales 255 y 256 se percibe la adopción de sancionar a los autores por su persona, por su modo de conducción de la vida, por su aspecto personal y como se observa en el párrafo segundo del primero de los preceptos citados, algunas características que se alejan de ser conductas o que, siéndolas, no están consideradas como delictivas para ser consideradas como habituales. Sin duda, el superlativo de transgresión al principio de conducta lo encontramos en el artículo 256 en el cual se sanciona por motivos de sospecha, es decir, ni siquiera existe una etapa interna de ideación criminosa.

Lo dicho hasta ahora, nos induce a tocar la problemática relativa al principio de la última ratio legis o de la intervención mínima con limitante de la facultad punitiva del Estado. Así, diremos que los artículos 255 y 256 constituyen una labor normativa desbordante, excesiva y superflua, justificada solamente, por una política criminal determinada, pues las mismas encuadran, como hemos dicho anteriormente, situaciones o apariencias personales que no son conductas, o que siéndolas, no son ni pueden ser sancionadas como delictivas.

Al respecto, debemos mencionar que el Derecho Penal no debe llegar a los extremos de sancionar lo que sanciona en los multicitados preceptos, pues la "conducta" implícitamente regulada, no debiera estar prohibida ni siquiera por normas jurídicas diversas a las penales dada

5 Eugenio Raúl Zassaroni utiliza ese concepto y realiza un profundo análisis entre el derecho y la realidad latinoamericana, en su libro *La política criminal latinoamericana*, Editorial Hammurabi, 1982.

la garantía constitucional consagrada en el artículo 5o. de la Constitución sobre la cual hablaremos más adelante.

En cuanto al bien jurídico tutelado por los tipos en examen, resulta inquietante desde el título bajo el cual se encuadran, como "Delitos contra la Economía Pública".

Si lo consideramos así, tenemos que admitir contra las dimensiones de lo imaginable que el bien jurídico abstracto o intangible sobre el cual, su titular (es decir, el sujeto pasivo del delito) difícilmente puede tener disponibilidad. El Titular del referido bien, es por supuesto el Estado como responsable y rector de la economía del país, razonamiento que coadyuva para deducir que, lejos de lo que la normatividad penal pretende al considerar responsable de la economía a los vagos y malvivientes, es el Estado el responsable de ella y que, en consecuencia, los sujetos activos de dicho delito, deberían ser, en puridad, los sujetos pasivos.

El contexto de ilegalidad no se agota aquí. El artículo 256 no precisa una pena, puesto que sólo la identifica pero no la determina al facultar al juzgador que los "mendigos" queden, por el tiempo que juzgue pertinente, sujetos a la vigilancia de la policía, lo que da lugar no sólo a un número mayor de ilegalismos, sino a hacer -valga la paradoja de los sujetos activos, más víctimas en el escenario de los delitos en estudio⁽⁶⁾.

Críticas a los elementos típicos de los artículos 255 y 256 del Código Penal

Independientemente de las implicaciones constitucionales que acarrea, el artículo 255 contiene descripciones superfluas: "no dedicarse a un trabajo honesto sin causa justificada". De conformidad con el artículo 5o. Constitucional y 4o. de la Ley Federal del Trabajo, sólo deben existir trabajos lícitos, es decir, porque si no es honesto es ilícito; por tanto bastaría que dijera "no dedicarse a un trabajo", pues la Ley no permitiría trabajos deshonestos. Esto además de que la honestidad es un concepto demasiado subjetivo o valorativo.

La justificación o injustificación es un problema interpretativo, que a nuestro juicio se resuelve en que, el no tener un trabajo por no existir las fuentes requeridas, es decir, no porque no se quiere sino porque no se puede, es una causa ajena a la voluntad del desempleado (vago según la Ley) y por tanto justificada. Recordemos que nuestro más alto Tribunal⁽⁷⁾ ha considerado que el delito de vagancia se destipifica cuando el inculpado acredita tener un trabajo honesto pero si no se tiene por razones ajenas a su voluntad, creemos que su omisión a trabajar se encuentra justificada.

6 Con acierto jurídico, Luis de la Barreda Solórzano sostiene que ello se convierte en una extorsión legalizada por parte de agentes policiacos. (En *Legalidad Penal y Poder Punitivo Estatal*. Un Caso: Las figuras de Vagancia y Malvivencia. En *Revista 'A'*, El Derecho: normatividad y legitimidad. Vol. VI, Número 14, enero-abril 1985, Universidad Autónoma Metropolitana. Azcapotzalco, División de Ciencias Sociales y Humanidades, pág. 114.)

Pero además el artículo 255 requiere conjuntamente que se tengan malos antecedentes, es decir, que se sea malviviente, lo que se traduciría según el Código, en al que no trabaje pero además realice delitos o bien actividades ilícitas como las descritas en el segundo párrafo del citado precepto.

El párrafo aducido, estima como malos antecedentes al ser identificado como delincuente habitual o peligroso contra la propiedad o explotar de mujeres o traficante de drogas prohibidas, toxicómano o ebrio habitual, tahúr o mendigo simulador o sin licencia.

De la enumeración anterior debemos destacar que algunas conductas si bien son delictivas, su nombre ha sido modificado y otras ni siquiera lo son. El ser delincuente habitual implica de conformidad con el artículo 21 del Código Penal, ser "reincidente en el mismo género de infracciones se hayan cometido en un período que no exceda de diez años". En este caso se aplicará la pena prevista para el simple reincidente (Arts. 65 y 66 c.p.).

Nos parece exagerado que alguien que cometa el delito de robo en tres ocasiones, además de la pena correspondiente por el delito (último) cometido, y la otra pena como reincidente, sufra además la pena prevista en el artículo 255 en análisis.

Ahora bien, los delitos contra la propiedad, debemos entender, son los que se refieren a los que atentan contra el patrimonio de las personas que según nuestro Código, son los relativos a una propiedad material, lisa y llanamente, llevaría inmerso los plagios de propiedad intelectual u otros, dada la amplitud de la denominación.

Otro error similar es el relativo a la graciosa denominación del delito de explotador de mujeres que como tal no existe y tendríamos que imaginar -sin ningún esfuerzo que el Código se refiere al delito de Lenocinio.

Por lo que hace al traficante de drogas prohibidas y al toxicómano, debemos fijarnos en algunas hipótesis de los delitos contra la salud, puesto que la denominación de traficante de drogas es restrictiva al referirse sólo al que comercie (esto es, comprar o vender según el diccionario de la lengua española) y al que las consume (toxicómano), dejando fuera otras conductas delictivas como cosechar, sembrar, elaborar, etc. esas drogas.

Cuando líneas arriba nos referimos a conductas o delitos previstos en el párrafo segundo, pretendimos dar a entender lo siguiente: Todos los delitos son (o deben ser) conductas; pero no toda conducta es delito. Lo anterior viene a relucir, en virtud de que el párrafo segundo del artículo 255 que analizamos sanciona a la ebriedad habitual como conducta delictiva sin serlo, al menos en el Código Penal Federal y del Distrito Federal, lo que pone de manifiesto un exceso de la facultad punitiva estatal.

No menos discutible y "chusco" resulta el concepto "Tahúr" utilizado en la Ley y nuevamente sin mucho esfuerzo interpretativo debemos sostener que se refiere al sentenciado por juegos prohibidos, capítulo del ordenamiento punitivo que, a propósito, ha quedado derogado en la reciente reforma del 29 de diciembre de 1984.

Tanto en el caso últimamente citado, en el caso del mendigo simulador o sin licencia, nuestra legislación hace gala de un atraso en la regulación normativa que nos sitúa frente a un ordenamiento incoherente e inaplicable en muchos casos. Efectivamente, amén de las críticas de carácter dogmático que se le han hecho al "delito de mendicidad" cabe hacer otras observaciones relativas al mendigo simulador o con licencia.

En los códigos penales anteriores al actual⁸, sancionaban al mendigo sin licencia, que se otorgaba a quienes por razones fisiológicas o mentales se encontraban imposibilitados para trabajar, sancionando con más fuerza a aquéllos que haciéndose pasar por imposibilitados adquirieran un permiso de tal naturaleza para subsistir a través de la caridad. Este era el mendigo simulador.

Si bien es cierto el mendigo simulador o sin licencia son figuras que no son producto de la imaginación del legislador, también es cierto que las mismas ya no tienen bases fácticas, y deben ser derogadas.

Vagancia y malvivencia; un caso de discriminación

No podemos dejar al margen la observación de que la realidad económica mexicana se traduce en una dramática situación en que millones de personas, se encuentran. Sin embargo esto no es todo, el riesgo de verse en la "necesidad" de delinquir les amenaza con penas múltiples (delito, más habitualidad, más por vagancia y malvivencia) o en su defecto, ante la imposibilidad de encontrar una actividad remunerada no tienen más alternativa que vivir de la virtud caritativa de la sociedad, o siendo aún más extremistas, sus condiciones paupérrimas les pone en riesgo de que alguien "sospeche", en términos del artículo 256 de que trata de cometer un delito y sufrir la pena indeterminada a que ya se hizo alusión.

Es a todas luces lógico, que los tipos de vagancia y malvivencia (y mendicidad) están dispuestos no para todos los sujetos de derecho penal sino para aquéllos que por poseer sólo su fuerza de trabajo como recurso de sobrevivencia de pronto por fenómenos económicos o sociales, se ven privados de utilizarla por no encontrar las fuentes para su aplicación.

Las personas que tienen medios excesivos de subsistencia parece que se encuentran a salvo de la amenaza penal en estos casos, ya que cualquier persona

7 Jurisprudencia 289 Sexta Época, Segunda Parte. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, Primera Sala, Tesis de la Séptima Época, Segunda Parte, Volumen 8, pág. 43. A.D. 10199/68.

8 Nos referimos concretamente a los Códigos de 1871 y el de 1929.

puede cometer un homicidio, pero no todos caer en la hipótesis de la vagancia o de la mendicidad. Si un millonario se diera a pedir limosna nadie dudaría en la posibilidad de que sufre una causa de inimputabilidad, por ejemplo. Por tanto parece que aquí se rompería el carácter general debe privar en las normas jurídicas y no a sectores sociales determinados.

La discriminación legal -valga la expresión a los vagos u malvivientes, no sólo se da en las normas sustantivas, sino también en las adjetivas. Cabe mencionar el hecho de que en los delitos señalados no da lugar a impugnar, a través del recurso de apelación, la sentencia definitiva que por ellos se dicte de conformidad con el artículo 418, fracción I del Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal.

Aspectos constitucionales

En el inicio de este trabajo, comentamos que en la decadencia de la producción feudal o quizá mejor dicho, en el nacimiento del modo de producción capitalista, se encontraba -por decirlo así un tanto justificada, la represión de los vagos, malvivientes y a los mendigos por dos razones: una, el sistema productivo más que tenerlas, requería abrir más fuentes de trabajo y necesitaba de la utilización de la fuerza de trabajo de dichos personajes; segundo, no existían normas de jerarquía constitucional que concedieran a los gobernados seguridad y libertades.

En el seguimiento de lo escrito, podemos deducir que: La realidad mexicana no contiene justificaciones de la época primeramente citada, es decir, no existen fuentes de trabajo para emplear a millones de personas que no trabajan porque no tienen en donde y no porque así lo quieran. Por otro lado, nuestro sistema de derecho cuya base fundamental es la Constitución, contiene en la parte dogmática de ésta, una enumeración de derechos públicos del gobernado (garantías individuales) entre las cuales debemos poner de relieve el artículo 5o. que prohíbe impedir que alguna persona se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, y sólo puede vedarse esa libertad en determinados casos también previstos en dicho precepto.

En otros términos, el numeral citado contiene una prohibición genérica de obligar a alguien a trabajar. Sin embargo haciendo una interpretación a contrario sensu del artículo 255, podemos desprender que al sancionar a quien no se dedique a un trabajo honesto sin causa justificada, impone una obligación de trabajar lo que se traduce en una transgresión al dispositivo constitucional en cita.

Se nos ocurre hacer notar otra reflexión de orden constitucional que sólo debe quedar como inquietud personal El artículo 34 menciona como uno de los

requisitos para ser ciudadano además de haber cumplido 18 años, tener un modo honesto de vivir, ¿Acaso las situaciones previstas en los artículos 255 y 256 del Código Penal ponen en riesgo de perder la ciudadanía?

Consideración final

Recordemos que el derecho es histórico, es decir, no puede regir para todos los tiempos pues hace necesario adecuarse a los cambios que reciente toda comunidad humana. En el caso de la criminalización de la vagancia y malvivencia, se traduce en más de un siglo de legislación al respecto, tomando en cuenta que ya desde 1835 y luego la Ley Montes del 5 de enero de 1857 que se creó con la especialidad de sancionar a los ladrones, homicidas, heridores y vagos, hasta el vigente de 1931, no han dejado de sancionarla.

Tomando en consideración que principalmente la ley Montes se gestó bajo la influencia de un Estado Liberal que soñaba con un modelo de producción económico capitalista, la criminalización a los vagos y malvivientes se encontraba medianamente justificada, en virtud, de la visionaria expansión de la Industria. Así lo expresa el artículo 87 ya referido en el cuerpo de este trabajo que penaba al vago internándolo en talleres o fábricas si eran ineptos para el ejército o la marina. Este razonamiento cronológico nos lleva a admitir que, o bien tenemos más de un siglo con un incipiente modelo productivo empantanado, o bien, un siglo de atraso, al respecto, en nuestro sistema normativo penal.

Sin embargo, lo que debemos tener claro es lo siguiente: los millones de desempleados en nuestro país afloran una incongruencia entre nuestra legislación penal y la realidad socio-económica, incongruencia que los pone ante un estado de angustia no tanto por perder su fuente (única muchas veces) de subsistencia propia y familiar, sino por verse amenazados de una sanción penal por esa situación.

Aun cuando nuestro país se caracterizara por una próspera o al menos estable economía, sancionar la vagancia y la mendicidad encontraría obstáculos de carácter jurídico gracias a la existencia de la libertad de trabajo, derecho del individuo que consagra nuestra Constitución Política en su artículo 5o.

En fin, que el desarrollo de nuestro trabajo sólo puede culminar concretando la idea en el sentido de decir que los delitos de vagancia y malvivencia no hallan justificación ni económica, ni jurídica, si acaso, una justificación político criminal a costa, como siempre, de la transgresión de principios jurídico penales propios de un Estado democrático de derecho como el nuestro y de garantías del gobernado.