

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

ESTUDIO ANALITICO DEL DELITO
DE VAGANCIA
Y MALVIVENCIA

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

MANUEL CANO PINEDA

MEXICO

1967



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A MIS PADRES

*a quienes debo la culminación de este trabajo,
pues siempre obtuve de ellos ayuda, orientación,
ejemplo y sacrificio.*

**MA. ELENA PINEDA GONZALEZ
(IN MEMORIAM)**

SOLEDAD CANO DE GARCIA.

SALVADOR GARCIA P.

Y

ALFONSO CANO.

A MIS HERMANOS:

ZOILA

ELSA

LEODEGARIO

Y

ALBERTO

FAMILIAS:

GARCIA IRIGOYEN

y

MIRANDA VILLASEÑOR

Con profundo respeto y admiración dedico esta tesis al Señor Senador Mayor Oswaldo Cravioto Cisneros, como una manifestación de afecto a su generoso espíritu y al ejemplo diario de rectitud y tenacidad en el trabajo.

Con sincero afecto he de mencionar mi especial agradecimiento al señor Fernando Díaz Durán, quien por su estímulo y amistosa simpatía, permitió el término de mis estudios.

CON MI CARIÑO SINCERO A MI NOVIA

LA SEÑORITA

OLIVIA CRAVIOTO HOYO

ESTUDIO ANALITICO DEL DELITO DE VAGANCIA Y MALVIVENCIA

TEMARIO

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS:

SUMARIO 1.—Introducción. 2.—México Precortesiano. 3.—México Colonial. 4.—México Independiente. 5.—Códigos Penales de 1871; de 1929; de 1931. 6.—Los Anteproyectos de 1949 y 1958. 7.—El Proyecto Tipo de 1963.

CAPITULO II

CONSIDERACIONES GENERALES

SUMARIO 1.—Concepto de Vagancia y Malvivencia. 2.—Razones para Incluir en los Códigos este Delito.

CAPITULO III

ESTUDIO DOGMATICO

SUMARIO 1.—Los Presupuestos del Delito en General. 2.—¿Presupuestos del Delito o de la Conducta en el Tipo de Vagancia y Malvivencia? 3.—Efectos por la Ausencia del Presupuesto. 4.—La Conducta y el Hecho. 5.—La Conducta Requerida por el Tipo. 6.—Ausencia del Resultado en el Delito de Vagancia y Malvivencia. 7.—Clasificación de este Delito en Orden a la Conducta.

CAPITULO IV

ESPECIFICOS DEL DELITO.

EXAMEN ANALITICO DE LOS ELEMENTOS.

ESTUDIO DOGMATICO.

SUMARIO 1.—La Tipicidad. 2.—El Bien Jurídico Tutelado. 3.—Elementos del Tipo. 4.—Clasificación del Delito en Función al Tipo. 5.—Atipicidad.

CAPITULO V

LA ANTIJURIDICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO

SUMARIO 1.—La Antijuridicidad de la Vagancia y Malvivencia. 2.—Causas de Justificación: a). Legítima Defensa. b). Estado de Necesidad. c). Cumplimiento de un Deber. d). Ejercicio de un Derecho.

CAPITULO VI

CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD

SUMARIO 1.—El Carácter Imputable del Sujeto. 2.—La Culpabilidad. 3.—Teorías sobre la Culpabilidad. 4.—Especies de Culpabilidad. 5.—Culpabilidad en la Vagancia y Malvivencia. 6.—Causas de Inculpabilidad: a) Error de Hecho Esencial e Invencible. b) Error de Derecho. c) No exigibilidad de Otra Conducta. 7.—Inculpabilidad en la Vagancia y Malvivencia.

CAPITULO VII

LA PUNIBILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO

SUMARIO 1.—La Punibilidad en General. 2.—Condiciones Objetivas de Punibilidad en el Delito de Vagancia y Malvivencia. 3.—Excusas Absolutorias en el Delito de Vagancia y Malvivencia.

CAPITULO VIII

FORMAS DE APARICION DEL DELITO

SUMARIO 1.—El Iter Criminis y sus Fases. 2.—La Preparación, la Tentativa y la Consumación en el Delito de Vagancia y Malvivencia. 3.—El Concurso de Delitos.

CAPITULO I

ESTUDIO ANALITICO DEL DELITO DE VAGANCIA Y MALVIVENCIA

T E M A R I O

ANTECEDENTES HISTORICOS:

SUMARIO 1.—Introducción. 2.—México Precortesiano. 3.—México Colonial. 4.—México Independiente. 5.—Códigos Penales de 1871; de 1929; de 1931. 6.—Los anteproyectos de 1949 y 1958. 7.—El Proyecto Tipo de 1963.

1.—INTRODUCCION: En el transcurso histórico de la humanidad y paralelo a su desenvolvimiento se ha manifestado con diferentes y complejas secuencias, un mal social que por su magnitud y por ser una de las causas del elevado índice en la delincuencia general, merece especial investigación.

Me refiero al fenómeno de la VAGANCIA Y MALVIVENCIA.

Antecedentes de este fenómeno social existen en casi todas las legislaciones desde tiempos inmemorables. Los pueblos antiguos, como el romano, ya se ocupaban de los vagos y malvivientes, siendo la infamia e ignominia la situación jurídica para quienes vivían en esas condiciones, resultándoles pena de la Ley o del Edicto cuya duración era de por vida, pero que podía ser nulificada por decisión del Senado o del Emperador. (1) Posteriormente se hizo distinción entre mendigos sanos e inválidos, considerándose a los primeros como *terrae pondus inutile*, es decir, la carga inútil de la tierra

Valentiniano y Teodosio acostumbraron hacer frecuentes requisas de vagos y mendigos, siendo enviados al colonato perpetuo, pasando a ser propiedad del denunciante.

Los atenienses obligaban a los ciudadanos a justificar sus caudales, llevándolos al Areópago, residencia de la antigua y venerable Suprema Corte de Atenas, llamada de los Areopagitas.

1.—Ulpiano, L.I, No. 10: de Postul., Cfr. E. Pettit. Edit. Nacional, S. A. México, D. F. 1963. p. 154.

En Francia, Luis IX el Santo, en 1270, dispuso que los "holgazanes" fueran arrestados y expulsados inmediatamente de la ciudad, en cuanto se les comprobara su vagancia, en tanto, en 1354, el Rey Don Juan, ordenó que a los vagos presentados por primera vez, se les condujera a la piqueta para ser marcados. Esta medida frenó en París, por algún tiempo, la presencia de gentes ociosas y malvivientes.

En España, la Constitución de Cataluña de 1537 condenó a los ladrones y vagos a sufrir la pena de galera (2) y la Ley de las Siete Partidas estableció castigo a los vagos con penas de azotes (3).

Como consecuencia de las acciones guerreras en que la humanidad se ha visto envuelta y debido a la elevada estadística de mortalidad que estos cruentos sucesos dejan en los pueblos contendientes, crecidísimo número de personas desamparadas, principalmente niños huérfanos llegan a constituir carga para la sociedad que los repudia, por no haber contado oportunamente con una orientación y atención adecuada de los gobiernos respectivos, según se ha comprobado a través de las investigaciones sociológicas hechas al respecto, ese fenómeno, ha traído como consecuencia el aumento del número de vagos y malvivientes que son gérmenes seguros de delincuencia.

Recuérdese cómo, a consecuencia de las Cruzadas de los siglos XI al XIII, la comunidad europea vió aumentar considerablemente el número de vagos o medicantes que, por desgracia, constituyeron una clase que gozó del apoyo del clero, lo cual hizo imposible la adopción de medidas, efectivas contra ellos.

Las dos últimas guerras mundiales, cuya huella aún persiste en muchos aspectos, crearon campo propicio para el desarrollo de toda clase de vagos y malvivientes. Jóvenes desorientados con mentalidad al borde del desquiciamiento moral, han escenificado los actos más bochornosos dentro de una sociedad decadente y algunos de ellos llenan, con sus inenarrables hazañas, las columnas de los principales diarios de información.

Finalmente, puede observarse el hecho de que, debido al progreso vertiginoso de la época, la lucha por la existencia se ha tornado en extremo difícil requiriéndose día a día una mejor preparación, de manera que los menos capaces desertan y prefieren vivir de la limosna que la sociedad pueda obsequiarles. Esta clase de vagos, en su vida ociosa, de plena indiferencia a todo aquello que pueda hacerlos prosperar y regenerarse, mediante el empleo de medios honestos y de trabajo, constituyen el germen latente de toda clase de acciones delictuosas.

2.—Marichalar y Manrique. Historia de la Legislación Civil de España. Tomo II. p. 309, 1862.

3.—Partidas, Ley IV. Tit. XX. Parte 2a.

2.—MEXICO PRECORTESIANO

En virtud de la organización solidaria privatista de las razas más adelantadas del México precortesiano que requería el esfuerzo de cada uno de los miembros, la ociosidad era considerada como un acto abiertamente anti-social y quienes eran considerados como tales sufrían la pérdida de los derechos civiles o de su libertad, imponiéndose en casos extremos la expulsión del miembro culpable con los consiguientes riesgos de una vida de desamparo.

"La esclavitud voluntaria era aceptada por los pobres, por los que carecían de tierras que necesitaban alimentos, por los indolentes que eran demasiado perezosos para proveer a su propio sostenimiento, por los jugadores y por las prostitutas ansiosas de elegancia". (4).

3.—MEXICO COLONIAL

Una vida de constancias en el trabajo prevalecía en las culturas más avanzadas del México precortesiano. Al iniciarse la conquista el pueblo menospreciado y vejado, fue desposeído de su Altepetlalli; el rey, del Tlato-calalli y los guerreros del Mitlchihamalli —tierras reservadas para el trabajo y para obtener sus frutos a las clases señaladas—, iniciándose el éxodo de los nativos que huyeron hacia los montes, víctimas del hambre, de las agresiones y de las epidemias. Surge así, en forma desenfundada, el robo, dándose las hordas de hambrientos indígenas al saqueo y al crimen, apareciendo por primera vez en nuestro medio la figura del vago.

Como única esperanza, como único refugio para el indio desposeído, queda el fundo legal, pero la lucha se acrecienta cada vez más entre conquistadores y conquistados. En forma sórdida aunque pacífica, mediante litigios interminables que se prolongaron durante todo el periodo colonial, hasta las postrimerias del siglo XIX, la pequeña propiedad indígena quedó en manos de los conquistadores y el indio en la más lamentable situación. (5).

4.—MEXICO INDEPENDIENTE

Durante el coloniaje se inició y desarrolló una larga etapa que representó para el indio sometido, o la huida al campo o el trabajo de esclavo para su amo. En la vagancia se castigó, más que el perjuicio social causado con tal actividad, el daño infligido al terrateniente conquistador. Durante la época colonial se borró todo indicio del rudimentario orden jurídico autóctono, dando paso a la aplicación de la legislación hispana, cuya vigencia se prolongó una vez declarada la independencia, produciéndose el fenómeno de que, en pleno siglo XIX, aún se aplicaran las leyes españolas, algunas tan antiguas como el Fue-

4.—George C. Vaillant, *La Civilización Azteca*. Ver. Española de Samuel Vasconcelos. Fondo de Cultura Económica. p. 107.

5.—*El Problema Agrario en México*. Lic. Lucio Mendieta y Núñez. Edit. Porrúa, Méx., D. F. 1946. p. 88.

ro juzgo; del año 693; el Espéculo, de 1280; la Ley de las 7 Partidas, de 1263, la Nueva Recopilación, de 1576; las Leyes de Toro, de 1505; etc., etc. Aún para el año de 1821, en que fue consumada nuestra Independencia, la Constitución Española de 2 de mayo de 1812 tenía fuerza obligatoria. De ello resultó, que la vagancia y el malvivir, durante gran parte del México Independiente, se castigara conforme a las citadas leyes españolas, siendo en esa virtud muy común la pena de galera y los azotes. No fue sino hasta más tarde, mediante un decreto de las Cortes Españolas, que quedó parcialmente abolida la pena de azotes.

La política criminal administrada en esa época resultó sumamente confusa: se expidieron diversos decretos sobre diferentes materias, sin ninguna base jurídica, dándose la curiosa situación de que las provincias integrantes del México Independiente elaboraban sus constituciones locales, cuando en realidad el país vivía un régimen constitucional sólo de nombre, pues la tradición impuso un auténtico centralismo en todos los órdenes.

El 22 de febrero de 1822, se expidió un decreto por la Soberana Junta Provisional Gubernativa, nombrando comisiones para la formación de los códigos civil, criminal y otros, pero, por múltiples circunstancias, quedó sin efecto el referido decreto. (6). Muy posteriormente, casi medio siglo después, en el año de 1871, el 7 de diciembre, aparece el Código Penal para el Territorio Federal y Territorios (y en general para toda la República, en materia de delitos federales), obra del señor Lic. Antonio Martínez Castro, inspirado en la Constitución de 1857, iniciándose con él la administración penal. (7).

Este Código tuvo vigencia hasta el año de 1929, no obstante que en diferentes ocasiones se formularon proyectos para modificarlo, habiendo sido substituído por una legislación inspirada en la Escuela Positiva Italiana.

El Código de 1929, al ser aplicado, evidenció su deficiencia, dando lugar a que, en el año de 1931, se promulgara un nuevo Código Penal que está actualmente en vigor.

Conviene, por tanto, auscultar estos documentos para observar cómo a través de ellos, nuestro legislador ha venido haciendo evolucionar el llamado delito de vagancia y malvivencia:

5.—CODIGOS PENALES DE 1871

Este Código, en su artículo 854, estableció el concepto del vago de la siguiente manera:

"Art. 854.—Es vago el que careciendo de bienes y rentas, no ejerce alguna industria, arte u oficio honesto para subsistir, sin tener para ello impe-

6.—Pallares, Jacinto. Historia del Derecho Mexicano. Oficina de Tipografía de la Sec. de Fomento. p. 116.

7.—Pallares, Jacinto. Obr. Cit. p. 116 y demás.

dimento legítimo". Del tipo transcrito se infiere que la ley construyó el delito con base en los siguientes elementos:

a).—Carencia de bienes y rentas; b).—No ejercer industria, arte u oficio honesto para subsistir y c).—No tener un impedimento legítimo para ello.

DE 1929: Este Código no varió la fórmula del ordenamiento primitivo de 1871, pues en su artículo 854 reprodujo literalmente el dispositivo transcrito anteriormente.

El Código vigente, en su artículo 255, tipifica la figura delictiva en examen, la cual se forma mediante la mixtura de dos elementos: La falta de una actividad lícita sin justificación, o sea la ausencia de un trabajo honesto, y una circunstancia de hecho, cual es el tener malos antecedentes. Dice textualmente el artículo 255: "Se aplicará sanción de seis meses a tres 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 o mendigo simulador o sin licencia".

6.—LOS ANTEPROYECTOS DE 1949 Y 1958

En el anteproyecto de 1949 en el capítulo II, Vagos y Malvivientes, Art. 245, dice: "Se aplicará prisión de seis meses a cuatro años a quienes:

1o.—No se dediquen a un trabajo honesto sin causa justificada; y

2o.—Tengan malos antecedentes. Se estimará como malos antecedentes para los efectos de este artículo: Ser identificado como sujeto peligroso contra la propiedad o explotador de prostitutas, o traficante de drogas prohibidas, toxicómano o ebrio habitual, tatur o mendigo simulador o sin licencia".

En el anteproyecto de 1958, se clasifica el delito de vagancia y malvivencia entre los Delitos contra la Seguridad y Salud Públicas, y en el capítulo III del Título IV de ese proyecto leemos en su artículo 130, lo siguiente:

"Se aplicará prisión de seis meses a cuatro años a quienes no se dediquen a un trabajo honesto sin causa justificada y tengan malos antecedentes. Se estimarán como malos antecedentes para los efectos de este artículo: Ser identificado como sujeto peligroso contra la propiedad, explotador de prostitutas, traficante de drogas prohibidas, toxicómano o ebrio habitual, tatur o mendigo simulador".

7.—EL PROYECTO TIPO DE 1963

El delito de vagancia y malvivencia en el Proyecto Tipo, elaborado en el año de 1963, está incluido dentro de la Sección Segunda, referente a los

delitos Contra la Sociedad, a diferencia del Código vigente que lo clasifica como un delito Contra la Economía Pública. En el capítulo V, se lee lo siguiente:

Art. 181.—“Se aplicará sanción de seis meses a cinco años de prisión y multa de quinientos a tres mil pesos, 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 capítulo: ser identificado como delincuente habitual o peligroso contra la propiedad o explotador de mujeres o traficante de drogas prohibidas, toxicómano o ebrio habitual tatur o mendigo simulador o sin licencia”.

Art. 182.—“Al mendigo o al que teniendo malos antecedentes, se le sorprenda con un instrumento que dé motivo para presumir que trata de cometer un delito, se le impondrán de tres días a seis meses de prisión, multa de cien a trescientos pesos y se sujetará durante el tiempo que el juez estime pertinente a la vigilancia de la autoridad”.

La inclusión en el título de delitos Contra la Sociedad nos parece un acierto de la Comisión redactora del Proyecto subsanando así la deficiente nomenclatura respecto al título en que se incluye en la legislación vigente, que no va de acuerdo con el bien jurídico que pretende tutelarse mediante la figura legal de la vagancia y malvivencia.

Al igual que legislaciones y proyectos anteriores la figura del proyecto se integra a través de los dos elementos ya apuntados respecto a la legislación primitiva vigente, exigiéndose no sólo la noción de la vagancia, sino la existencia de malos antecedentes que se acreditan mediante los informes de instituciones judiciales de que la persona considerada como vago ha sido identificada como delincuente habitual o peligroso contra la propiedad o explotador de mujeres, o traficante de drogas prohibidas, etc.

No se menciona, por desgracia, el sometimiento de las personas consideradas como vagos y malvivientes a un régimen especial de readaptación (Casas de trabajo instituciones hospitalarias, etc.), sistema que consideramos conveniente en un considerable número de casos. Dudamos sobre la conveniencia de la medida establecida en el artículo 182, *in fine*, consistente en la vigilancia de la autoridad, la cual si bien puede constituir una forma de control no tiene otra finalidad y por ello no hace desaparecer tendencias viciosas y, lejos de regenerar al inculpado, fomenta en su mente un odio más profundo a la sociedad, aumentando su tendencia criminógena.

CAPITULO II.

CONSIDERACIONES GENERALES

Sumario 1.—Concepto de Vagancia y Malvivencia. 2.—Razones para Incluir en los Códigos este delito.

Tanto vagancia como malvivencia son conceptos enteramente distintos. Se ha dicho que la vagancia comprende *una situación de facto*, es decir, constituye un estado. La Malvivencia, actitud deliberadamente ilícita constituye propiamente una forma de vivir, una expresión de la conducta. El término vagancia, en castellano tiene dos acepciones: a).—Del latín VACUUS, a, um; que significa desocupado ocioso, vacío, vano; y es aplicable al hombre o mujer que carece de oficio u ocupación. b).—Del latín VAGUS, a, um errante, vagabundo; inconstante, indeterminado, V. AIMIS: extraviado, descarriado; refiriéndose al individuo que carece de arraigo en determinado lugar y que errante camina de un sitio a otro.

La ley española Vagos y Malvivientes de 1933 no hace la distinción entre vago y maleante, concretándose a un sistema de enumeración casuística descriptiva.

"La malvivencia —escribe Fernando Román Luño— es una conducta de propensión al delito, que debe ser atendida por el Estado en su deber de prevenir la delincuencia". (1-.

Francisco González de la Vega dice: "Son síntomas de la vagancia, la ausencia de domicilio conocido, la imprecisión absoluta de los medios de subsistencia, la carencia de oficio, trabajo o profesión declarados, la dedicación esporádica a actividades ambulantes, la dedicación a menesteres ilícitos propios del hampa, como trata de mujeres, rufianería, tráfico de enervantes, etc.". (2).

BUERSCHAPER define la mendicidad como un estado antisocial permanente, por lo cual los mendigos, vagabundos e individuos afines se consi-

1.—Cita de Raúl Carrancá y Trujillo. Código Penal Anotado. Antigua Librería Robredo. México, D. F. 1962. p. 598.

2.—Cfr. Cita de Carrancá y Trujillo. Obr. Cit. p. 598.

deran como seres socialmente peligrosos. Por su parte, MEZGER la define "Como el ruego de que se conceda un regalo con valor pecuniario, ruego que se funda en la indigencia, verdadera o supuesta propia o de un familiar y apela a la caridad de una persona con la cual no existen relaciones personales". (3). Por último, BERNALDO DE QUIROS define a la vagancia como el estado de parasitismo social en que viven, con manifiesta inestabilidad de oficio, de domicilio y afecciones, cuantos sujetos carecen o han perdido la aptitud para el trabajo regular y continuo, disciplina fundamental en la vida social nuestra, por causas orgánicas o sociales diversas, constituyendo, así un peligro social, por causa de las readaptaciones profesionales a que han de recurrir en la lucha por la vida. (4). Distingue este jurista las siguientes clases de vagabundos:

a).—El vagabundo étnico de pueblo: caracterizado en el grupo de los gitanos, que son hasta la actualidad los únicos nómadas supervivientes.

b).—El vagabundo de profesión: o sea de oficio, que realiza actividades profesionales u oficios que desenvolviéndose en pleno nomadismo, a través de caminos, aldeas, despoblados, etc.; entran al cuadro del vagabundaje.

c).—El vagabundo fisiológico, infantil: queda comprendido en un caso de infancia abandonada y de niñez claustrofoba, y por ese motivo se ve impulsado a abandonar el claustro familiar.

d).—El vagabundo atávico y patológico: en él se comprende a todos aquellos individuos en los que se revela el carácter de vagabundo, como regresión a la psicología y al estado primitivo de los hombres.

e).—El vagabundo económico; o sean los obreros parados o sin trabajo, problema muy generalizado en la actualidad. (5).

El Código Prusiano de 1871, mencionaba la mendicidad como una contravención y en casos determinados (bajo amenaza, con armas, con simulaciones, después de reincidencia reiterada) lo elevaba a la categoría de un delito.

El mismo Código Prusiano, Art. 117, define al vagabundo como el que anda de un lugar a otro sin ocupación y trabajo, no pudiendo demostrar que tiene los medios para su sustento o que busca una oportunidad para procurárselo. El tribunal del Reich ha precisado que el vagabundo es el que "Por una tendencia inveterada anda sin objeto de un lugar a otro cambiando continuamente de alojamiento y es una carga económica para otras personas".

El Código Francés, en su Art. 270, expresa: "Son vagos los que no tienen domicilio fijo ni medios de subsistencia, ni ejercen habitualmente alguna

3.—Mezger, Edmundo. Derecho Penal. Pte. Especial. Traducc. del Dr. Conrado A. Fianzi. Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires. p. 338.

4.—"Criminología", Cap. VIII. Los Equivalentes del Delito. Vagancia, Edit. José M. Cajica Jr. Puebla, Pue. p. 170.

5.—De Quirós Bernardo. Obr. Cit. p. 170.

profesión u oficio en tanto en el Código Español, son vagos los que no poseen bienes o rentas, ni ejercen habitualmente profesión, arte u oficio, ni tienen empleo, destino, industria, ocupación lícita o algún otro medio legítimo conocido de subsistencia, aún cuando sean casados y con domicilio fijo.

Es muy probable que los diversos Códigos penales, como los anteriores, hayan partido del origen Etimológico del vocablo, para definir al vago. Obsérvese, por otra parte, que para definir al vago, se tomó en cuenta "el no tener domicilio fijo" y "el no poseer rentas", es decir, un patrimonio. Nada más fuera de la verdad, puesto que entre los individuos considerados como vagos, los hay con domicilio fijo y hasta con patrimonio.

3.—RAZONES PARA INCLUIR EN LOS CODIGOS ESTE DELITO

De importancia fundamental, en el tratamiento del delito en examen, resulta dar correcta y precisa contestación a la pregunta ¿en qué se basó el legislador para considerar al vago como delincuente?

Al respecto, conviene analizar dos corrientes:

- a).—La que considera que la vagancia no es un delito, y
- b).—La que sí lo estima como un delito.

Los que consideran que la vagancia no es un delito, nos hablan de los estados de peligrosidad recomendando para tales estados el uso de medidas preventivas, así como la determinación de lugares especiales en los cuales se puedan recluir, para su regeneración, a todos aquellos individuos que, por alguna circunstancia, puedan ser considerados vagos y malvivientes.

FERRI habló de la peligrosidad social o sea aquella que entraña peligro de delito, a la cual debe combatirse, por la policía preventiva, mediante los *sustitutive penale* (extirpación de factores sociales criminógenos). (6). "El grupo germano-belga encabezado por VON LISZT, PRINS, LIEPMANN y ALLFELD, así como GRISPIGNI y JIMENEZ DE ASUA, admiten el llamado estado peligroso predelictivo: cuando se trata de individuos inclinados al delito y se puede inferir que van a infringir la ley penal y a perturbar la paz social, el Estado debe intervenir con medidas aseguradoras y preventivas, aunque se trate de hombres normales que no han delinquido". (7). Cuando aparece la responsabilidad y la Justicia comienza a interesarse por el autor del delito, el peligro que éste significa se extiende a los "sospechosos"; se dictan leyes contra ellos —vencida la sensibilidad liberal por una ligereza y una impaciencia exageradas— se convierte, deformado, en peligrosidad sin delito". (8). "PRINS señala esa peligrosidad en los casos de anormales defectuosos y degenerados, VON

6.—Cita de Almaraz Harris, José. Tratado Teórico y Práctico de Derecho Penal. Parte II, p. 363. en adelante.

7.—Cfr. Almaraz Harris, José. Obr. Cit. p. 364.

8.—Cfr. Almaraz Harris, José. Obr. Cit. p. 364.

LISZT en los jóvenes abandonados, dementes peligrosos y bebedores habituales, y otros penalistas la aplican a toxicómanos, alcohólicos, lenones, etc." (9).

JIMENEZ DE ASUA menciona los siguientes grupos de peligrosidad sin delito:

"a).—Enfermos mentales y agitados;

b).—Menores abandonados y moralmente pervertidos;

c).—Vagos y mendigos;

d).—Ebrios y toxicómanos;

e).—Proxenetas y rufianes, y

f).—En general, los individuos que puedan comprenderse dentro del concepto de malvivientes". (10).

"La peligrosidad sin delito y en general, la que se refiere a individuos inclinados a la delincuencia y de los que se puede inferir que van a violar la ley penal y a perturbar la paz social, debe rechazarse de plano, por una razón constitucional y por dos motivos criminológicos: I.—La Constitución consagra la garantía penal de que no se aplicará pena alguna sin delito expresado previamente en la ley y sin el juicio respectivo. Una ley relativa al estado peligroso, sin delito y sin juicio, sería anticonstitucional. II.—Sabemos ya que hay tendencias criminales pero no criminógenas (antes de la comisión de un delito), que esas tendencias pueden orientarse, canalizarse o sublimarse, al grado de que los sujetos que las muestran pueden llegar a ser grandes sabios, santos, héroes o elementos útiles a la sociedad y —finalmente— que las inclinaciones de la personalidad de ninguna manera son fatales: Declarar peligroso a un sujeto por sus tendencias y someterlo a medidas especiales, sería deformarlo y ahogar actividades que podrían ser benéficas. Sin embargo, sin desconocer la peligrosidad y estimando como verdaderos delinquentes en determinadas circunstancias, tanto a los menores abandonados o pervertidos, los vagos, los mendigos, los dipsómanos, los lenones, los jugadores explotadores de otros y los toxicómanos incluyéndolos en el Código Represivo, se lograría la defensa social sin lesionar las garantías constitucionales. Los únicos que quedarían al margen serían los esquizofrénicos, los maniaco depresivos y otros enfermos mentales, que no delinquieran; pero haciéndolos sujetos pasivos de medidas dictadas por Salubridad, a semejanza de las que dicta contra enfermos infecto-contagiosos, el problema quedaría resuelto sin dificultad y sin tropezar con los escollos constitucionales. Estamos seguros de que con este procedimientos, además de lograrse la defensa social, se cerrarían las puertas a los argumentos de libertad, pena injusta e imposibilidad de asegurar que un alcohólico crónico y un toxicómano

9.—Cfr. Almaraz Harris, José. Obr. Cit. p. 364.

10.—Cfr. Almaraz Harris, José. Obr. Cit. p. 364.

se convirtieran en delincuentes. Este último argumento carece de fuerza, porque el dipsómano y el toxicómano son peligrosos precisamente porque su estado implica una serie de delitos: contagian y seducen a otros y hacen pro-sélitos, independientemente del enorme contingente que dan de delitos de sangre y de delitos contra la propiedad. Y lo mismo cabe decir de las restantes categorías: son inducidos y causa de que delincan los individuos que los rodean. Los vagos y los mendigos son asociales e infringen las leyes económicas. Desde el punto de vista de la peligrosidad, lo mismo da que el individuo robe o estafe o que, impresionado por su actitud y sus palabras, engañe o explote los sentimientos de los demás y viva del trabajo ajeno. Claro que las penas en éstos —como en todos los casos— no deben ser aflictivas y expiatorias, sino tratamientos adecuados a la personalidad de cada delincuente aplicados en establecimientos especiales". (11).

Por último, el autor glosado señala que el criterio de peligrosidad —como probabilidad de reincidir— es el único científico para declarar en concreto la responsabilidad y para individualizar las penas.

El Código de Defensa Social de Cuba, se refiere también al estado peligroso y al definirlo, en el artículo 48-A, dice: "Es aquella predisposición morbosa, congénita o adquirida por el hábito, que destruyendo o enervando las facultades inhibitorias del sujeto, facilitan su inclinación hacia el delito".

En el Congreso Penitenciario Nacional de Valencia, en el año de 1909, adoptaron los legisladores asistentes, la tesis siguiente:

a).—La vagancia no será considerada como delito, sino como un estado antisocial peligroso;

b).—Debe hacerse la debida separación entre vagos accidentales y vagos profesionales.

c).—Deben crearse los establecimientos adecuados para el internamiento de cada grupo.

La famosa ley de 4 de agosto de 1933, que implantó definitivamente en España, el sistema de defensa social, consideró a los vagos y malvivientes, dentro del estado peligroso y sometidos por ende, a las medidas de seguridad que la misma ley establece. (12). Dentro de esta situación están considerados: 1.—Los vagos habituales. 2.—Los rufianes proxenetas. 3.—Los que no justifiquen cuando fueren legítimamente 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. 4.—Los mendigos profesionales y los que vivan de la mendicidad ajena o exploten a los menores de edad, a los enfermos mentales o lisiados. 5.—Los que exploten juegos prohibidos o cooperen con los explotadores a

11.—Cfr. Almaraz Harris, José Obr. Cit. p. 364. en adelante.

12.—Puig Peña, Federico. Derecho Penal. Tomo IV. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1955. p. 374.

sabiendas de esta actividad ilícita, en cualquier forma. 6.—Los ebrios y tóxicómanos habituales. 7.—Los que para su consumo inmediato suministren vino o bebidas espirituosas a menores de catorce años en lugares o establecimientos públicos o instituciones de educación o instrucción, y los que de cualquier manera promuevan o favorezcan la embriaguez habitual. 8.—Los que oculten su verdadero nombre, disimularen su personalidad o falsearen su domicilio mediante requerimiento legítimo hecho por la autoridad y sus agentes, y los que usaren o tuvieran documentos de identidad falsos y ocultaren los propios. 9.—Los extranjeros que quebranten una orden de expulsión del territorio nacional. 10.—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 éstos se reúnen habitualmente, por su concurrencia habitual a casas de juegos prohibidos y por la comisión reiterada y frecuente de contravenciones penales. 11.—Podrán asimismo ser declarados peligrosos, como antisociales, los que en sus actividades y propaganda reiteradamente inciten a la ejecución de delitos de terrorismo o de atraco, o a los que públicamente hagan apología de dichos delitos. (13).

Además de las personas mencionadas, quedan sometidas a la ley por razón del delito: 1.—Los reincidentes y reiterantes de toda clase de delitos en los que sea presumible la habitualidad criminal. 2.—Los criminalmente responsables de un delito cuando el tribunal sentenciador haga declaración expresa sobre la peligrosidad del agente. (14).

Posteriormente fueron agregados a la lista anterior, los que se dedican al agio y al mercado negro, considerando también, como sujetos peligrosos, a los homosexuales.

Queda entendido que la ley española de 1933, para la defensa social, se inclina por el uso de medidas de seguridad para vagos y malvivientes, por lo que estimamos necesario fijar aquí, aunque sea brevemente, el concepto de medidas de seguridad, para entender mejor la postura de la ley citada: MANZINI dice que "Las medidas de seguridad son providencias de policía, garantizadas jurisdiccionalmente, con las que el Estado persigue una finalidad de tutela preventiva social, constriñendo a determinadas personas, imputables o no imputables, punibles o no punibles, a sufrir una privación o una disminución de bienes personales o patrimoniales, a causa de la peligrosidad de dichas personas o de las cosas que guardan relación con su actividad, peligrosidad puesta de relieve con la comisión de uno o más hechos que la ley contempla como delitos o que tienen de los delitos algún elemento, y en previsión de la probabilidad de ulteriores manifestaciones de su actividad socialmente nociva". (15).

13.—Puig Peña, Federico, Obr. Cit. p. 374-75.

14.—Puig Peña, Federico, Obr. Cit. p. 374-75.

15.—Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. 1a. Parte, Teorías Generales Cap. XVI. Edit. Soc. Buenos Aires. p. 258.

ANTOLISEI, sobre la misma cuestión expresa: "Las medidas de seguridad son ciertos medios orientados a readaptar al delincuente a la vida social libre, es decir, a promover su educación, o curación, según que tenga necesidad de una o de otra, poniéndolo en todo caso en la imposibilidad de perjudicar". (16).

Escollo difícil ha constituido el encontrar la diferencia jurídica existente entre las medidas de seguridad y la pena. Dos corrientes se han destacado modernamente:

1.—La de la unificación, y 2.—La dualista.

Se ha dicho, dentro del criterio de la unificación, que entre las medidas de seguridad y las penas, no hay diferencia cualitativa y, por ende, tanto las unas como las otras, caen en el campo de las sanciones. Esta tesis es consecuencia del criterio de la imputabilidad legal y no crea un principio autónomo, afirmando que las medidas de seguridad, lo mismo que las penas:

a).—Consisten en la disminución de un bien jurídico.

b).—Tienen por presupuesto un delito y son proporcionadas a la peligrosidad.

c).—Tienden a readaptar o innocuizar.

d).—Pueden ser jurisdiccionalmente aplicadas. (17).

Dentro de los vicios señalados a este punto de vista, se dice:

a).—"Que las sanciones ordinarias conminadas al lado de cada figura delictiva, son siempre proporcionadas a la gravedad del hecho, conforme a una valoración político-social de éste, mientras que las medidas de seguridad no dependen, ni por su forma ni por su contenido, de la gravedad del hecho cometido, sino de cierta situación del autor (anormal, menor, habitual), situación que desplaza la aplicabilidad proporcionada al hecho, para atender exclusivamente a la peligrosidad del sujeto". (18).

b).—"Las medidas de seguridad no dependen ni en su clase ni en su duración de la gravedad del delito cometido, sino de la mayor o menor peligrosidad del sujeto". (19).

Contra esta concepción se enfrenta la teoría dualista, para la cual existe una diferencia cualitativa entre las penas y las medidas de seguridad, al considerar a éstas últimas de naturaleza estrictamente administrativa, por cuya razón no deben incorporarse a los códigos penales, manteniendo su carácter de prevención y de buen gobierno.

16.—Manual de Derecho Penal. Pte. Gral. Edit. UTEHA, Argentina, Buenos Aires. Cap. II p. 559.

17.—Soler Sebastián. Derecho Penal Argentino. T. II. pp. 456 y 57. Tip. Edit. Argentina, Buenos Aires, 1951.

18.—Soler, Sebastián. Obr. Cit. T. II. p. 457.

19.—Soler, Sebastián. Obr. Cit. T. II. p. 457.

Por nuestra parte estimamos que entre ambas figuras jurídicas, o sea entre las penas y medidas de seguridad si existen diferencias substanciales, a saber:

a).—Las medidas de seguridad no tienen en ningún momento el carácter de sanción jurídica, es decir, no se aplican como castigo, en cambio, las penas, tienen carácter retributivo con relación a la violación de un precepto legal.

b).—Las medidas de seguridad no cumplen una función represiva, en tanto que las penas, si la tienen.

c).—Las medidas de seguridad constituyen providencias profilácticas o cautelares, son discrecionales y generalmente revocables o modificables, en tanto las penas son consecuencia ineludible del delito, no son discrecionales, revocables ni modificables, ya que de antemano están señaladas por la ley penal, y

d).—Las medidas de seguridad se aplican a personas que la ley o el juez consideran socialmente peligrosas, debiendo cesar, conforme a su naturaleza, sólo cuando haya desaparecido el estado de peligrosidad de la persona; la pena, como ya vimos, es el resultado de una acción delictuosa y terminan hasta que se han compurgado totalmente.

Analizada la corriente que niega a la vagancia y malvivencia el carácter de delito estimándola como un estado peligroso, siendo por ello necesario el uso de medidas de seguridad, corresponde ahora analizar aquella otra que sostiene que la vagancia y el mal vivir, son verdaderos delitos.

Esta corriente, representada fundamentalmente por el derecho vigente de varios países, reprime generalmente a los sujetos considerados como vagos y malvivientes, mediante penas cortas de prisión, unidas a ciertas medidas post-carcelarias, adoptando el procedimiento recomendado a través de numerosas asambleas científicas, tales como el Congreso de Patronato de Amberes (1894) y los Congresos Penitenciarios de París (1895) y de Washington (1910). (20).

Para el estudio de esta corriente nos concretaremos exclusivamente al análisis de nuestro Código Penal vigente, el cual, como hemos visto, adopta el punto de vista de considerar como un delito la vagancia y el mal vivir.

Escuriéndonos hasta la Exposición de Motivos correspondiente a la legislación penal de 1931, podemos observar cómo se consideró, con un criterio estricto e invariable, creyendo atender la realidad positiva de nuestro medio social, al vago y al malviviente.

La actitud delictuosa estriba en la concurrencia, en un mismo sujeto de estas dos circunstancias: vagancia y malvivencia, habiéndose inclinado esta

manifestación delictiva en el Código, por significar un atentado contra la economía pública.

La vagancia, en su sentido penal, es vista despectivamente dentro de lo ético, porque contraviene los preceptos morales y resulta contraria a las buenas costumbres, siendo reprimible jurídicamente por la peligrosidad objetiva que representa el vago, reputándose como tal al que no se ocupa de alguna actividad lícita que le permita, parcial o totalmente, atender las necesidades vitales propias y la de los suyos, en su caso, porque no quiere hacerlo, a pesar de carecer de medios para subvenir a sus exigencias biológicas-sociales, convirtiéndose así en un parásito, en un gravamen familiar y del grupo a que pertenece.

A pesar de lo expuesto, nos parece del todo errónea la tesis sustentada por nuestro Código Penal, la cual incluye a la vagancia y malvivencia dentro de los delitos Contra la Economía Pública.

Unido este criterio, al que considera a la pena como medio fundamental, como ejemplo y expiación en la lucha contra la delincuencia, el problema de la vagancia, captado por el Código Penal, queda distorsionado en perjuicio tanto del inculpado, como de la misma sociedad; en perjuicio del primero, porque lejos de reprimir eficazmente su actitud delictuosa y posteriormente proporcionarle los medios de readaptación, mediante una atención científica, lo hunde más en nuestros sistemas inadecuados de reclusión en cárceles y penitenciarias y del segundo, es decir de la sociedad, porque consideramos que la represión a la actividad de estos sujetos, no debe hacerse en virtud del daño que puedan ocasionar a la economía, sino en atención a la patente criminalidad evidenciada por ellos, ya que generalmente encuentran su *modus-vivendi* en la violación constante de la ley, y por la peligrosidad que revelan a virtud de las tentaciones a que pueden ser reducidos por su equivocada forma de proveer su existencia.

En consecuencia, estimamos que la prevención delictuosa corresponde a una esmerada y eficiente acción administrativa, por parte del Estado, a través de la aplicación de medidas que tiendan, desde la honestidad de los funcionarios penales, su preparación adecuada para el caso, creación de instituciones especializadas, hasta la lucha abierta contra todo aquello que incrementa, entre estos sujetos, el crecimiento alarmante de la criminalidad, como el "alcoholismo" la prostitución, etc., así como la moralización del nefasto ambiente que rodea al hogar familiar, procurando llevar la educación y la cultura hasta los cimientos de cada familia, combatiendo enérgicamente lo que es una verdadera epidemia entre los jóvenes actuales: el instinto de imitación, usado para el aprovechamiento del mal ejemplo, perversión y desquiciamiento moral encerrados en infinidad de programas de televisión, importados del vecino país del norte, de otros países o bien producidos en el país, que se transmiten con la más absoluta indiferencia de las autoridades educativas; películas con argumentos antisociales y con temas de crímenes y robos que hacen impacto y escuela entre la juventud adolescente, así como un freno total a la distribución y venta de panfletos que sólo sirven para

envenenar la mentalidad de la niñez en general. De otra manera, como dice el distinguido jurista Don Demetrio Sodi: "¿De qué sirve combatir el vicio y la vagancia si te dejan abiertos los lugares en que se desarrollan?". (21).

Por consiguiente, consideramos muy atinada la formulación de un Código de Prevención Social, para darle especial atención a la lucha contra la delincuencia infantil y juvenil.

Por otra parte, estimamos que la sanción establecida por el Código Penal, para frenar la criminalidad entre vagos y malvivientes, es absolutamente insuficiente, siendo indispensable un vasto conjunto de medidas preventivas de orden político, económico, educativo, familiar y administrativo.

Por último, creemos razonable proteger a la sociedad del crimen, defenderla de todo ataque de quienes por diferentes causas, constituyen con su forma de vivir un eminente peligro, por ser delincuentes en potencia; pero creemos también que la política criminal al respecto tiene que hacer nuevas consideraciones y enfrentarse al problema de la vagancia y el mal vivir, de acuerdo con la realidad actual, buscando la regeneración del vago y del malviviente por medio de sistemas adecuados y profilácticos.

CAPITULO III

ESTUDIO DOGMATICO

EXAMEN ANALITICO DE LOS ELEMENTOS ESPECIFICOS DEL DELITO

SUMARIO 1.—Los presupuestos del delito en general. 2.—¿Presupuestos de delito o de la conducta en el tipo de vagancia y malvivencia? 3.—Efectos por la ausencia del presupuesto. 4.—La conducta y el hecho. 5.—La conducta requerida por el tipo. 6.—Ausencia del resultado en el delito de vagancia y malvivencia. 7.—Clasificación de este delito en orden a la conducta.

..—LOS PRESUPUESTOS DEL DELITO EN GENERAL:

El analizar cualquier delito implica en primer término, la investigación acerca de los presupuestos del mismo. Este término, por demás incierto e inseguro dentro de la Teoría del Derecho, ha llevado a criticar a quienes, como MANZINI (1), trasladan su noción al ámbito de la disciplina penal. Existen por tanto, dos corrientes en lo que se refiere a presupuestos:

- a).—La de quienes los niegan, y
- b).—La de quienes los aceptan dentro del Derecho penal.

Dentro del primer grupo, MAGGIORE advierte que "La noción de presupuesto no está aún bien definida en el terreno de la Teoría del Derecho, tal vez por ser una apresurada trasposición de una dogma del derecho privado al campo del Derecho Penal", señalando "que la categoría de los presupuestos no tienen razón de ser en asuntos penales, pues el único sentido que podemos darle es el de la antecedencia de un delito con relación a otro" (2).

Dentro de la segunda corriente MANZINI considera que "tanto el delito como el hecho que lo constituye, puede presuponer algunos elementos, posi-

1.—Cit. Pavón Vasconcelos, Francisco. Nociones de Derecho Penal Mexicano. Pte. Gral. T. I. Cap. II. Edit. Jurídica Mexicana. México, 1961. p. 173.

2.—Cfr. Cit. en Porte Petit. Apuntamientos de la Parte Gral. de Derecho Penal. 2ª Edic. 1960. Presupuestos. p. 135.

tivos o negativos, o algunas circunstancias, que constituyen el antecedente necesario de su noción"; definiendo a los presupuestos del delito "como aquellos elementos jurídicos anteriores a la ejecución del hecho, positivos o negativos, a la existencia o a la inexistencia de los cuales está condicionada la existencia del título delictivo de que se trata". (3).

Distingue este jurista los presupuestos del delito de los presupuestos del hecho, considerando a estos últimos "como los elementos jurídicos o materiales anteriores a la ejecución del hecho, cuya existencia es exigida para que el hecho previsto por la norma constituya delito. Si faltan, el hecho, como tal, no es punible por ningún título de delito". (4).

MASSARI, hace la distinción entre presupuestos generales y particulares, según funcionen en todos los delitos o en algunos de ellos, señalando como presupuestos generales: a).—El precepto penal sancionado por la ley; b).—La existencia de una sanción, pues sin ellos todo delito sería inexistente. (5).

MARSICH, define a los presupuestos del delito diciendo que "son los datos de hecho, existentes antes del delito, que contribuyen a dar al hecho significancia y relevancia", (6), en tanto RICCIO, define los presupuestos del hecho y del delito como "los antecedentes necesarios al hecho y al delito, que hacen posible la realización de éstos: se hallan fuera del nexo causal entre agente y acción, y, de las relaciones entre ellos surge el delito, concepto equivalente a este otro: presupuestos son los elementos primeros, fundamentales, la materia prima, con que se desarrollará el delito, en concurso con los demás elementos y requisitos". (7).

CELESTINO PORTE PETIT, se inclina hacia una posición dualista en lo que se refiere a los presupuestos dentro del Derecho penal, aceptando que éstos pueden ser tanto del delito, como de la conducta o hecho. En consecuencia, dice el mencionado jurista, "los presupuestos del delito, son aquellos antecedentes jurídicos previos a la realización de la conducta o del hecho descritos por el tipo, y de cuya existencia depende el título del delito respectivo". (8). Distingue además los presupuestos del delito en general y especiales, teniendo a los primeros como comunes a todos los delitos, en tanto los segundos son propios de ciertas y determinadas figuras.

Como p presupuestos generales del delito señala:

a).—La norma penal, que comprende tanto el precepto como la sanción.

3.—Tratado de Derecho Penal. T. II. Ediar. Editores. Buenos Aires. 1948. p. 37.

4.—Manzini. Obr. Cit. p. 38.

5.—Cfr. Cit. en Pavón Vasconcelos. Nociones de Derecho Penal Mexicano. I. Edit. Jurídica Mexicana. 1961. p. 174.

6.—Cfr. Cit. en Pavón Vasconcelos. Loc. Cit.

7.—Cfr. Cit. en Pavón Vasconcelos. Obr. Cit. I. p. 175.

8.—Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p. 135-136. México, 1960. 2a. Edic.

b).—Los sujetos, es decir, el activo o agente del delito, y el pasivo, o sea en el que recae la actividad delictiva.

c).—La imputabilidad, que viene a ser la capacidad del sujeto para entender y querer, tanto la acción como el resultado y que es condición previa al delito, sin la cual éste resultaría inexistente.

d).—El bien tutelado. (9).

Ahora bien, de acuerdo con el mismo autor, los requisitos de los presupuestos especiales, son los siguientes:

a).—Un elemento jurídico o material,

b).—Previo a la realización de la conducta o del hecho, y

c).—Necesarios para la existencia de la conducta o del hecho.

2.—¿PRESUPUESTOS DEL DELITO O DE LA CONDUCTA EN EL TIPO DE VAGANCIA Y MALVIVENCIA?

Hecho el estudio de los presupuestos del delito y haciendo las correspondientes distinciones, según se trate de presupuestos de la conducta, del hecho o del delito, procede el análisis del artículo 255 del Código Penal vigente, para determinar si dentro de tal hipótesis legal, encontramos la existencia de presupuestos, sean referidos al delito o al hecho.

Hemos visto, según el criterio de MANZINI, que si faltan dichos presupuestos, el hecho, como tal, no es punible por ningún título de delito; sin embargo, no en todos los casos el tipo se integra por un hecho, bastando en ocasiones la manifestación de la conducta.

Ahora bien, a nuestro parecer, la definición legal encerrada en el precepto penal referido no implica un resultado material; en consecuencia, el elemento objetivo en el delito de vagancia y malvivencia se integra por la manifestación de una conducta y no de un hecho, puesto que se descubre una actividad ilícita y la ley no requiere, necesariamente la causación de un daño material, o la producción de un resultado de la misma índole. Se requiere, para configurar el delito de vagancia y malvivencia, según la norma penal, que alguien merezca la calificación de "holgazán" y haya llevado una "mala vida", previa, más o menos prolongada, que lo sitúe como potencialmente peligroso dentro de la sociedad.

Dice el texto del Artículo 255, en su primer párrafo: Se aplicará sanción... "a quienes no se dediquen a un trabajo honesto sin causa justificada y tengan malos antecedentes".

Como se aprecia, la conducta descrita por el precepto legal se refiere a un sujeto que carece, o que no se dedica a un trabajo o una ocupación

9.—Apuntamientos, p. 136.

lícita; lo cual implica un estado de ociosidad en él, requiriendo además, para configurar el tipo, que en el propio sujeto se reúna una circunstancia más: la de tener malos antecedentes.

Por todo ello no podemos calificar como vagos y malvivientes, a quienes carezcan de una ocupación honesta por causas que les sean ajenas, como los que se encuentran dentro de la "desocupación obligada" por la inexistencia de fuentes de trabajo, o bien a quienes tienen un impedimento físico, o a quien ignora su estado por tratarse de un enfermo mental.

Es precisamente en la exigencia de la ley, sobre los malos antecedentes, donde podemos fundamentar la existencia de un presupuesto especial del delito de vagancia y malvivencia.

No puede afirmarse la existencia del delito de vagancia por el solo hecho de carecer el sujeto de una ocupación, pues ya observamos que puede haber causas ajenas que justifiquen la desocupación; se requiere legalmente la manifestación de una conducta, de una conducta que integra un estado predelictivo, manifestado precisamente en la existencia de los malos antecedentes. El propio Artículo 255, en su segundo párrafo, establece qué debemos entender por malos antecedentes, expresando en su texto: "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, tahir o mendigo simulador o sin licencia".

Para la comprensión cabal de la terminología legal, consideramos importante precisar lo que se entiende por habitualidad, MANZINI dice que "la habitualidad en el delito es un estado subjetivo por el cual el delincuente o el contraventor se manifiesta socialmente peligroso como 'inclinado al delito', por motivos diversos del propósito de vivir con los productos de su delincuencia (caso en el cual se tiene en cambio 'profesionalidad' en el delito), con independencia del hecho de que él haya sufrido precedentes condenas y cumplido las respectivas penas. (10). La habitualidad en el delito, aún cuando las más de las veces se deduzca de la reincidencia no presupone necesariamente el estado de reincidente del delincuente porque la misma puede declararse también si entre las condenas precedentes no ha habido declaración de reincidencia y porque puede fundarse también sobre el concurso de delitos juzgados con una sola sentencia, pero no cuando los varios delitos están unidos con el nexo de la continuación y mucho menos cuando son absorbidos en el delito complejo". (11).

MANZINI distingue la habitualidad en delitos y habitualidad en contravenciones, afirmando que la "habitualidad en el delito, por poner de relieve una particular voluntaria inclinación a delinquir, se admite por la ley sólo

10.—Manzini, Vicenzo. Tratado de Derecho Penal. p. 295. T. IV. Ediar. Editores. Buenos Aires. 1948.

11.—Manzini. Obr. Cit. p. 297.

respecto a los delitos no culposos, esto es, dolosos o preterintencionales". (12). Divide a su vez la habitualidad en los delitos en habitualidad presumida por la ley y habitualidad considerada por el juez, declarando que "En determinados casos la habitualidad en delitos se presume *iuris ei de iure*, porque el legislador, dada la gran peligrosidad social del sujeto puesta de manifiesto por su delincuencia particularmente grave e intensa, ha considerado prudente, en interés público, no confiarse a la disposición del juez, para evitar la posibilidad de la excesiva indulgencia". (13). La habitualidad presumida por la ley, según la opinión del autor que comentamos, puede fundarse sobre varias sentencias de condena, o bien en una sola sentencia, a saber:

a).—Antecedentes penales: Esta habitualidad se fija cuando el delincuente actual ha sido ya condenado, al menos por tres delitos, en las condiciones establecidas por la ley.

b).—Condiciones relativas a las condenas anteriores: Se refieren a las penas, a los delitos, y al tiempo en que éstos fueran cometidos.

c).—Condiciones relativas a las penas anteriores: En esta hipótesis, para que se haga la declaración de habitualidad *iuris et de iure*, es necesario que la persona ya haya sido condenada anteriormente a la pena de reclusión. Se exceptúan los casos en que se trata de pena de muerte, y las penas pecuniarias;

d).—Condiciones relativas a los delitos anteriores: En este caso para la presunción de habitualidad se exige que el delincuente haya sido condenado por un determinado número de delitos. Es indispensable además, que esos delitos sean dolosos o preterintencionales y que sean de la misma índole;

e).—Condiciones de tiempo: Los tres delitos al menos, no culposos, de la misma índole y por las cuales fue infringida la reclusión conjuntamente superior a cinco años, deben además haberse cometido dentro de los diez años; y

f).—Condiciones relativas al nuevo delito: Es necesario para este caso, que la condena actual tenga por objeto un nuevo delito. (14).

La habitualidad considerada por el juez, puede ser considerada por éste, cuando no concurren las condiciones que la hacen presumir *iuris et de iure*. (15).

Esta habitualidad puede ser declarada por el juez en un juicio accesorio, aún cuando pueda ser simultáneo al principal.

Es necesario además, que existan determinadas condiciones, las cuales, precisamente porque son anteriores al juicio principal e independientes de su esencia, tienen carácter de presupuestos del mismo. esas condiciones pueden ser las relativas a las condenas anteriores, la condena actual, etc., etc. La ley

12.—Manzini. Obr. Cit. p. 298.

13.—Manzini. Obr. Cit. p. 298.

14.—Manzini. Obr. Cit. p. 303.

15.—Manzini Obr. cit. p. 305.

señala también, al "Magistrado para su propio convencimiento y para que pueda fundamentar la habitualidad o excluirla, la observación de algunos elementos o circunstancias como son la especie y gravedad de los delitos; el tiempo dentro del cual los delitos han sido cometidos; la conducta y género de vida del culpable, etc., etc. Por último, los efectos de la declaración de la habitualidad en los delitos, ya se trate de la que se presume por la ley o la considerada por el juez, es principalmente la de la aplicación de medidas de seguridad.

PUIG PEÑA nos dice que "la repetición de hechos delictivos por parte de una persona provoca lo que se llama en la doctrina la criminalidad crónica. Esta se divide en delincuencia habitual y profesional. La delincuencia habitual significa la continuada persistencia en el delito. En ella, según Mezger, el delincuente obedece a una tendencia criminal interna, que se adentra ya (sin que los límites puedan demostrarse de modo neto) en la zona de lo morboso. La delincuencia profesional significa la persistencia de una senda criminal, elevando un determinado delito a la categoría de profesión u oficio. Se discute mucho entre los autores cuál es más peligroso si el habitual o el profesional. En realidad se debe distinguir. Desde el punto de vista de la enmienda o corrección no cabe duda que supone un mayor peligro el profesional, pues es casi imposible obtener aquella de una persona que se ha acostumbrado a vivir del delito. Ahora, desde el punto de vista de su temibilidad stricto sensu, no cabe duda, como dice Sánchez Tejerina, que es más peligroso el habitual profesional, ya que demuestra una capacidad multigena para cometer delitos diferentes, para atacar toda clase de bienes jurídicos". (16).

Por lo que respecta a nuestro derecho, se ha dicho que "la habitualidad requiere, al menos, la ejecución de tres actos, por lo cual no puede tenerse como identificado como delincuente habitual en delitos contra la propiedad quien tiene menos de tres ingresos por este concepto en los informes policíacos; además, la peligrosidad del inculcado, por delitos contra la propiedad puede ser demostrada con un sólo ingreso si con éste logra el conocimiento de las condiciones precisas de ejecución que revele la peligrosidad de su autor". (17).

3.—EFECTOS POR LA AUSENCIA DEL PRESUPUESTO

Ya vimos que los presupuestos generales del delito son: la norma, los sujetos, la imputabilidad y el bien tutelado; la ausencia de alguno de estos presupuestos, origina la inexistencia del delito.

En ausencia de un presupuesto especial del delito, no siempre producen la inexistencia de éste, sino una variación del tipo delictivo, es decir, que el

16.—Puig, Peña, Derecho Penal, T. II, p. 169. Madrid, 1955.

17.—Anales de Jurisprudencia, T. XV, p. 242. Revisión 2687/1949. 3-XII-1949.

comportamiento del agente cae desde luego dentro de un precepto penal, pero la ausencia del presupuesto especial hace variar el tipo del delito.

En el caso de la vagancia y malvivencia, ya se dijo que el presupuesto especial está constituido por la conducta anterior observada por el delincuente, traducida en malos antecedentes y que, desde luego, estos antecedentes deben constar en los sistemas de control llevado por las autoridades competentes.

Porte Petit expresa que la falta de un presupuesto especial de la conducta o del hecho, implica inevitablemente la imposibilidad de la realización de la conducta o del hecho descritos por el tipo, en cambio, la falta de los presupuestos del delito, acarrea la variación del tipo. (18). Todo ello nos lleva a concluir en que, el presupuesto en la vagancia y malvivencia, tiene el carácter de particular y se encuentra referido a la conducta. La falta de antecedentes penales, como tal, acarrea la inexistencia del delito.

4.—LA CONDUCTA Y EL HECHO

En presencia de cualquier delito, habremos por lógica de considerar la existencia de un proceder humano que puede ser positivo o negativo y, como consecuencia de esta actividad, un resultado que en nexa causal viene a configurar el hecho. Por ello, dentro de la prelación lógica de los elementos del delito, se impone necesariamente cuando la descripción típica sea una mera conducta, el estudio de ésta como el primero y fundamental elemento del delito. Precisa ANTOLISEI que para "la integración del elemento objetivo del delito concurre primariamente, una acción o una omisión, y que sin ello no puede concebirse el delito que, en toda violación a un precepto legal, implica necesariamente un comportamiento humano". Tanto acción como omisión, doctrinariamente se identifican con el término 'conducta' y en ocasiones con la 'acción', en sentido lato. En ocasiones, sin embargo, la conducta por sí sola no puede constituir delito, pues se hace preciso un resultado. Admitido éste, afirma Antolisei, entre conducta y resultado, que son entidades diversas pero no independientes, existe una relación de causalidad, sin la cual no podría considerarse el resultado como un efecto de la conducta. (19). De esta manera, el autor italiano integra el estudio del elemento objetivo del delito mediante la fórmula conducta-resultado-relación de causalidad; estudio que desde luego no queda agotado aquí, por estimarse también que gozan de naturaleza igualmente objetiva los elementos en el tipo legal (acción y resultado de la misma), así como la antijuridicidad y las causas de justificación.

Para Porte Petit, la conducta consiste en "un hacer voluntario o en un no hacer voluntario o no voluntario (olvido). (20), distinguiendo acertada-

18.—Apuntamientos, p. 137.

19.—Manual de Derecho Penal. Pte. Gral. p. 163. Trad. Juan del Rosal y Angel Torio. Erit. UTEHA. Argentina. Buenos Aires.

20.—Apuntamientos, p. 156.

mente la conducta del hecho, afirmando que se hablará de conducta cuando el tipo no requiere sino una mera actividad del sujeto y de hecho, cuando el propio tipo exija, no sólo una conducta sino además, un resultado de carácter material que sea consecuencia de aquélla". (21).

El maestro Pavón Vasconcelos, nos dice: "Partiendo de la terminología aceptada y teniendo al hecho como género en los delitos que requieren, con relación al tipo, un resultado material, estimamos elementos del mismo: la conducta, el resultado y el nexos de causalidad existente entre el primero y el segundo. La conducta, como género, cuando por sí integra el elemento objetivo del delito, no ha menester de resultado ni nexos causal". (22).

Ahora bien, para que la conducta pueda considerarse elemento del hecho, se requiere, según la descripción del tipo, que se manifieste produciendo una modificación en el mundo exterior, es decir, un resultado.

Exteriorizada la conducta, puede expresarse en las siguientes formas:

a).—Como acción, y

b).—Como omisión; esta última, a su vez, se divide en omisión simple y omisión impropia o comisión por omisión.

ANTOLISEI nos dice que "la acción (en sentido estricto) consiste en un movimiento corporal del sujeto". La conducta aquí, está representada por una fuerza psíquica que hace operar los nervios motores y éstos a su vez ejercitan los músculos y las extremidades para manifestar o ejecutar hacia el exterior la voluntad del sujeto". (23).

Afirma el citado jurista que la "acción es comportamiento humano orientado hacia una finalidad" y que "es precisamente la dirección hacia un fin constante los que imprime a la acción un carácter unitario". (24).

Para el maestro PAVON VASCONCELOS "la acción consiste en la conducta positiva, expresada mediante un hacer, una actividad, un movimiento corporal voluntario con violación de una norma prohibitiva". (25). Porte Petit, por su parte, al referirse a la omisión simple, estima que consiste en el no hacer, voluntario o culposo (olvido), violando una norma preceptiva, produciendo un resultado típico. (26). La omisión dice Pavón Vasconcelos, "es conducta negativa, es inactividad voluntaria con violación de una norma preceptiva (omisión simple), o de ésta y una prohibitiva (omisión impropia o comisión por omisión)". (27).

21.—Apuntamientos, p. 153.

22.—Pavón Vasconcelos, Francisco. Obr. Cit. p. 182.

23.—Obr. Cit. p. 165.

24.—Obr. Cit. p. 166.

25.—Obr. Cit. p. 184.

26.—Apuntamientos, p. 165.

27.—Obr. Cit. I. p. 166.

Respecto a la comisión por omisión, Porte Petit expresa: "Existe un delito de comisión por omisión, cuando se produce un resultado típico y material, por un no hacer, voluntario o culposo (delitos de olvido), violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del derecho) y una norma prohibitiva". (28).

5.—LA CONDUCTA REQUERIDA POR EL TIPO

El primer elemento objetivo del delito, expresado en tipo específico de vagancia y malvivencia, lo encontramos en un determinado comportamiento de los sujetos que se sitúan dentro de la esfera de este delito. El precepto dice... "a quienes no se dediquen a un trabajo honesto sin causa justificada y tengan malos antecedentes".

Se requiere, en consecuencia, no solamente la voluntad del sujeto para no dedicarse a un trabajo honesto sin causa justificada, sino también la materialización constante de un comportamiento que contraviene la ley. Para que pueda integrarse el delito, ya hemos aclarado, se requiere además, que la inexistencia de actividad lícita y honesta adquiera la actitud de sospecha, por revelación de un estado peligroso, en virtud de la concurrencia de los malos antecedentes en el propio sujeto, pudiendo afirmarse, en resumen, que se trata de un delito formal, de mera actividad, y que el elemento objetivo se integra con la sola conducta y no con un hecho.

6.—EL RESULTADO EN EL DELITO DE VAGANCIA Y MALVIVENCIA

Existen dos corrientes que comprenden el estudio del resultado:

- a).—Los que lo estudian desde el punto de vista naturalístico;
- b).—Los que lo consideran desde un aspecto formal.

Conforme a la primera corriente, BATTAGLINI expresa: "el resultado lo constituye la modificación del mundo exterior producida por la acción positiva o negativa del agente". (29). Dicha modificación del mundo circundante, puede ser de tres clases: a).—Físico y psíquico; b).—Físico, Fisiológico y Psíquico, y c).—Físico, Fisiológico, Anatómico y Psíquico. (30).

Para Antolisei los efectos de la acción humana pueden ser físicos, en cuanto se verifican en la realidad física; fisiológicos, si se realizan en el cuerpo del hombre, y psicológicos, si se verifican en el alma humana. (31).

Conforme a la concepción jurídica o formal, el resultado debe entenderse

28.—Apuntamientos. p. 173.

29.—Cfr. Cit. en Porte Petit. Apuntamientos. p. 185.

30.—Apuntamientos. p. 185.

31.—Cfr. Cit. en Porte Petit. Apuntamientos. p. 185.

"como una mutación o cambio en el mundo jurídico o inmaterial". (32). Cuello Calón, explica esta mutación jurídica o material al decir que se realiza "cuando el resultado de la acción es la lesión del bien jurídico penalmente protegido". (33).

Resulta importante hacer la distinción entre las tendencias naturalística y formal. Antolisei considera profunda la diferencia existente entre ellas; "el resultado, entendido como modificación del mundo exterior relevante para el Derecho Penal —escribe—, es una entidad agregada a la conducta del hombre; es una entidad natural, distinta y diversa del comportamiento del sujeto, en tanto que la ofensa del bien protegido, es el mismo hecho humano considerado desde el punto de vista de la tutela jurídica, además de que las consecuencias de las dos concepciones son diversas porque mientras para los naturalistas el resultado puede faltar para el delito, la concepción jurídica lo considera como elemento esencial". (34).

Tanto la concepción jurídica o formal o la naturalística, son aceptables para encontrar la noción de resultado, tomando en consideración la descripción del tipo. En cambio, no resulta conveniente hacer la definición desde un punto de vista unilateral, pues no todos los resultados son únicamente materiales, o exclusivamente jurídicos, pues en ocasiones el tipo puede requerir, además de un resultado jurídico, de un resultado material, según que se escriba una mera conducta (activa u omisiva) o un hecho (conducta más resultado material). (35).

En resumen, puede decirse que si el tipo describe una conducta, se produce con ella una mutación jurídica, independientemente de que se realice también un cambio en el mundo exterior. En cambio, cuando el tipo requiere un efecto material y éste se produce, estaremos frente a un resultado jurídico y material a la vez. En consecuencia, debe entenderse por resultado, una mutación jurídica o jurídica y material que sea producida por una acción o una omisión humanas. (36).

Ahora bien, considerando que todos los delitos tienen resultado, cabe preguntarse si puede sostenerse la clasificación de delitos de mera conducta o formales y de resultados o materiales. PANNAIN estima que no existen delitos sin resultado o de pura actividad. (37).

VON LISZT considera que todo delito necesita un resultado y que es erróneo tratar de diferenciar entre las infracciones, los delitos que producen resultado y los meros delitos de actividad. (38).

32.—Apuntamientos p. 186.

33.—Cfr. Cit. en Porte Petit. Apuntamientos. p. 186.

34.—Manual de Derecho Penal. Edit. Uteha. Argentina. Buenos Aires. Trad. Juan del Rosal. p. 171.

35.—Apuntamientos. p. 189.

36.—Apuntamientos. p. 189.

37.—Cit. Porte Petit. Apuntamientos. p. 188.

38.—Cit. Porte Petit. Apuntamientos. p. 188.

Cuestión diferente es precisar si el resultado constituye o no un elemento del delito, o forma parte del hecho, o si, por último queda totalmente fuera de la teoría del delito. Sobre el particular se pueden estimar las siguientes opiniones:

a).—Hay quienes afirman que es elemento del delito. Apoyan esta tesis; Pannain, Vannini y Ranieri (39).

b).—Hay quienes al negar la primera tesis, afirman que si el resultado no aparece en todos los delitos, no puede ser elemento constitutivo;

c).—Hay quienes consideran al resultado como elemento de la acción. Tutores de esta tesis son; Sama, Garaud, Martínez, Licon, etc.

d).—Hay quienes lo consideran como consecuencia de la conducta negando que sea un elemento de la acción y

e).—Hay quienes consideran el resultado como elemento del hecho. (41).

Sobre el particular, consideramos que la postura del maestro Porte Petit es la más acertada, por cuanto expresa que el resultado es una consecuencia de la conducta (acción u omisión) y elemento constitutivo del hecho que, a su vez, es un elemento objetivo del delito (42).

Caracterizando el problema del resultado en relación al delito de vagancia y malvivencia, de acuerdo con el precepto penal vigente, podemos considerar que se trata de un delito de mera actividad y no de un delito de resultado material; es decir, es un delito de resultado jurídico o formal, ya que para su integración no se necesita, de conformidad con el tipo que lo describe, una mutación en el mundo exterior.

7.—CLASIFICACION DE ESTE DELITO EN ORDEN A LA CONDUCTA.

En orden a la conducta, el delito de vagancia y malvivencia se clasifica de la siguiente manera:

a).—De omisión,

b).—Unisubsistente.

Es de omisión porque se requiere que el activo o agente del mismo, para que su conducta encuadre en el tipo, realice una inactividad, esto es, no haga lo que la ley exige de él; no verifica la "acción esperada" consistente en tener un trabajo honesto, lo cual implica omisión de llevar una actividad o trabajo lícito. Pudiera sin embargo considerarse que el tipo se construye

39.—Cit. Porte Petit. Apuntamientos. p. 188.

40.—Apuntamientos. p. 188.

41.—Apuntamientos. p. 188.

42.—Cit. Porte Petit. Apuntamientos. p. 188.

con una doble exigencia en función de la conducta, esto es que la vagancia y malvivencia es un delito mixto, que requiere tanto la omisión citada como una acción, o sea aquel conjunto de actos previos o de antecedentes que den expresión real a los "malos antecedentes". Esta consideración, sin embargo, la consideramos inexacta, pues de acuerdo a lo explicado con anterioridad, los malos antecedentes constituyen un presupuesto o situación anterior de hecho (de facto) que, al mismo tiempo, es un elemento integral de la descripción típica del delito, sin el cual la omisión en sí ningún significado tendría desde el punto de vista del interés que la norma tutela.

Es delito unisubsistente porque la conducta omisiva que conforma el delito se integra con un solo acto negativo, un no hacer que, si bien se prolonga indefinidamente con el tiempo, lo que da al delito carácter permanente respecto a su consumación, sin embargo no destruye su unidad.

CAPITULO IV

ESTUDIO DOGMATICO

EXAMEN ANALITICO DE LOS ELEMENTOS ESPECIFICOS DEL DELITO

SUMARIO: 1.—La Tipicidad. 2.—El bien jurídico tutelado. 3.—Elementos del tipo. 4.—Clasificación del delito en función al tipo. 5.—Atipicidad.

El vocablo tipicidad viene del latín "TIPUS", que significa símbolo representativo de cosa figurada o figura principal de alguna cosa a la que ministra fisonomía propia.

Para Jiménez de Asúa, en sentido penal, por tipo debe entenderse, la *abstracción concreta, trazada por el legislador descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito* (1)

Fernando Castellanos señala que no debe confundirse el tipo con la tipicidad, pues mientras el primero es la creación legislativa, o sea la descripción de una conducta en los preceptos penales, la tipicidad resulta, ser la *adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto*. (2) En igual sentido se pronuncia PORTE PETIT al considerar que "La tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula *nullum crimen sine tipo*". (3)

Expuestas brevemente la noción del tipo y de la tipicidad, conviene hacer una reseña del desarrollo de la tipicidad para comprender la importancia que ésta ha adquirido dentro del Derecho moderno, para después explicar lo que la misma significa al referirse concretamente al estudio del delito de vagancia y malvivencia.

Jiménez de Asúa encuentra el antecedente inmediato de la tipicidad en el término alemán Tatbestand, que en lenguaje común, atendiéndose a su raíz significa "*existencia de hecho*". Tiene especial empeño, Jiménez de

1.—Tratado de Derecho Penal, III, p. 654, 2a. Edición. Buenos Aires.

2.—Lincamientos Elementales de Derecho Penal, Pág. 167. Editorial Jurídica Mexicana. México, 1959.

3.—Importancia de la Dogmática Jurídica Penal. Pág. 37. México 1954.

Asúa, en que la palabra Tatbestand se traduzca al castellano como "tipicidad" oponiéndose a las desfiguraciones del término hechas por algunos penalistas, como Juan P. Ramos, quien lo traduce como *caso penal* o caso legal, o como Sebastián Soler, quien respecto a ella refiérese a la "teoría de la subordinación".

Jiménez de Asúa divide el desarrollo histórico de la tipicidad en las siguientes fases:

La primera, expuesta por Beling, es la de la *independencia*, en la que la tipicidad tiene una función meramente descriptiva y separada absolutamente de la antijuridicidad y de la culpabilidad. (4).

La segunda fase aparece expuesta por Mayer, en su "Tratado de Derecho Penal". En ella la tipicidad deja de ser una mera descripción, atribuyéndosele un *valor indiciario*. Mantiénese aún el principio de la independencia entre la tipicidad y la antijuridicidad, pero se afirma por Mayer la idea de que el hecho de que una conducta sea típica, es ya *indicio* de su antijuridicidad, agregando el citado autor que fundamentalmente la función indiciaria señalada se cumple con los elementos normativos. (5).

La tercera fase, conocida como la de la identidad, es seguida principalmente por Edmundo Mezger, quien la da a conocer en el año de 1926, perfeccionándola finalmente en el año de 1931. Para Mezger, el delito no es ya una acción típica antijurídica, es decir, un conjunto de características independientes, sino que constituye, en primer término, una *conducta típicamente antijurídica*. Para este jurista la tipicidad es la *ratio essendi* de la antijuridicidad y por ello, al definir, no expresa que se trate de una conducta típica, antijurídica, culpable y punible, como lo hacía Beling, sino considera que el delito es una *conducta típicamente antijurídica y culpable*.

Es indudable que la tipicidad es un elemento esencial del delito, pero estando de acuerdo con el principio que señala su independencia en orden a la antijuridicidad, por existir conductas típicas que nada tienen de antijurídicas, creemos con Mayer que la tipicidad cumple una función indiciaria con respecto a la antijuridicidad de la conducta, además de "concretizar" lo injusto, pues si el hecho está recogido en la ley, es en virtud de que el legislador, al elevarlo a la categoría de delito, mediante la creación del tipo, es porque ha estimado que tal hecho, culturalmente considerado, es contrario a los intereses comunitarios.

Se ha dicho que una conducta no puede ser delictiva en tanto que no está comprendida en un tipo penal. En consecuencia, el tipo es la descripción de la conducta; es, como dice Jiménez Huerta, el "injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos, y a cuya realización va ligada la sanción penal". (6).

4.—La Ley y el Delito. Jiménez de Asúa. Pág. 237, 3a. Edición

5.—Jiménez de Asúa.—Obra citada, Pág. 238.

6.—La Tipicidad, página 14. Editorial Porrúa. México 1955.

La tipicidad supone la conducta del hombre vivificando activamente al tipo en virtud de su subordinación o vinculación con la descripción recogida por la ley. La Tipicidad, en sentido funcional, de acuerdo con una noción dinámica radica en el encuadramiento o conformidad de la conducta del hombre o del hecho producido por él, con los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo.

Agotado el estudio doctrinario a través del cual se delimitó la diferencia conceptual entre tipo y tipicidad, es necesario aplicar estos conceptos jurídicos al delito de vagancia o malvivencia.

El tipo queda identificado con la fórmula contenida en el Artículo 255 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, vigente: "Se aplicará sanción de seis meses a tres 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, tahur o mendigo simulador o sin licencia".

La tipicidad del delito de vagancia y malvivencia consistirá en toda aquella conducta que se ajuste o encuadre exactamente en la descripción del Artículo 255, es decir, que la conducta de una persona, se adecúe en todo a la hipótesis del referido precepto. Como este delito es de simple actividad, la tipicidad estará integrada por la manifestación de una conducta, de un proceder consistente en omitir, el sujeto de malos antecedentes, el dedicarse a un trabajo honesto sin causa justificada.

2.—EL BIEN JURIDICO TUTELADO

El tipo delictivo, se ha dicho, encuentra la razón de su creación y existencia en el interés o valor de la vida social que específicamente ha de proteger, teniendo en consecuencia por objeto tutelar dicho bien jurídico. De allí se deduce que no existe norma penal incriminadora que no esté destinada a la tutela de un bien jurídico. Este constituye la razón de ser del tipo legal, es como ha expresado algún autor, el espíritu que lo hace vivir y el que fija sus confines. (7).

Aún cuando no existe unanimidad de criterio respecto a que el bien jurídico sea un elemento integrante del tipo penal, nuestra idea descansa en el principio contrario. El tipo penal se integra y se estructura en atención al bien jurídico que se pretende tutelar, fija sus límites, fines y alcances, siendo además el motivo de su existencia.

Expuesto lo anterior, cabe preguntarse: ¿cuál es el bien jurídico tutelado en el delito de vagancia y malvivencia?

7.—Obra citada, Pág. 90.

Ya en otro capítulo de esta tesis señalé cómo nuestra legislación vigente, al ocuparse de la vagancia y malvivencia, considera delictuosa la conducta tipificada porque el individuo (vago o malviviente) realiza un atentado contra la economía de la sociedad; es, según este criterio, un perpetuo agresor del orden público y de la estabilidad económica. Señalé además, que considerando al vago como a un parásito, como a un zángano de la colonia trabajadora, como a un ser improductivo, era menester considerársele peligroso contra el bienestar colectivo, dando con ello más importancia al desequilibrio que tales individuos pudieran ocasionar, con su actitud improductiva a la economía de la sociedad, que a la peligrosidad criminógena que acumulan vagos y malvivientes, por la falta de inhibición y la presencia de defectos congénitos que constantemente los predisponen a la delincuencia y a su conversión en tipos antisociales.

Nada más claro, para señalar el error de nuestra legislación, que transcribir aquí una ejeutoria de la Suprema Corte de Justicia: "*La falta de dedicación a un trabajo honesto sin causa justificada, que es lo que constituye la vagancia, es tanto más punible cuanto que la sociedad y por consiguiente, los valores morales, que todos sus hombres dupliquen actividad, constancia, la Nación, necesita en estos momentos de crisis económica y de reajuste de rendimiento y eficacia en el trabajo y no ocio, holgazanería y recreo pasivo. La actitud del que no rinde trabajo a la Sociedad a través de esas exigencias imperativas que ella reclama en la hora actual, tiene que ser motivo de indelible reprobación*". (8)

En consecuencia, podemos afirmar que la legislación vigente, en el caso del delito de vagancia y malvivencia, consideró que el bien jurídico tutelado, a través de este delito, era indudablemente la sociedad, pero ello, en cuanto al peligro que vagos y malvivientes significaban para la estabilidad de la economía. Nos pronunciamos decididamente contra esta tesis, considerando que desde luego, la sociedad constituye el objeto de la protección jurídica, pero la razón que debe asistir a nuestra legislación, y de ahí la reglamentación correcta de este delito, es la peligrosidad criminógena de la clase de delincentes objeto de este criterio.

3.—ELEMENTOS DEL TIPO

Hay elementos que son afines a todos los tipos, pudiendo citarse entre ellos a los sujetos activo y pasivo, la conducta típica y los objetos material y jurídico. En cambio, existen otros que sólo en casos especiales son requeridos expresamente en el tipo legal, como los medios de ejecución, referencias de lugar y tiempo, referencias especiales, referencias a elementos normativos referencias a elementos subjetivos, etc. En consecuencia, conviene analizar el delito de vagancia y malvivencia de acuerdo con lo anteriormente expuesto:

a).—SUJETOS. En atención a la *calidad del sujeto activo*, conviene

8.—Semanario Judicial de la Federación, Tomo XCIII, García Hernández Ladislao.

establecer si el delito de vagancia y malvivencia es un delito de sujeto común indiferente, o por lo contrario de sujeto propio o exclusivo. Asimismo, si de acuerdo con el sujeto pasivo, se configura un delito *personal* o *impersonal*.

Todavía más, partiendo del sujeto activo y en cuanto a su número, es necesario establecer si el delito ya citado, es un delito unilateral o *monosubjetivo* o *plurisubjetivo* o colectivo.

El delito de vagancia y malvivencia, en relación a la calidad del *sujeto activo*, es un delito de *sujeto común* o *indiferente*, ya que puede ser realizado por cualquiera y no por determinada categoría de personas; es decir, todos los seres racionales pueden, en un momento dado, quedar comprendidos dentro del concepto de sujeto activo a que hace referencia el artículo 255 del Código Penal vigente. En este mismo aspecto, cabe señalar que, de acuerdo con el *sujeto pasivo*, el delito de vagancia y malvivencia debe considerarse como un delito *impersonal*, dado que el *sujeto pasivo* es la sociedad, pues en atención a su estructura se elimina toda posibilidad de que el pasivo pueda serlo una persona física.

En orden al número de sujetos que intervienen en su comisión, atendiéndose al contexto de la disposición del artículo 255, lógico es considerar que la vagancia y malvivencia es un delito unilateral, individual o monosubjetivo, ya que se requiere, para su integración, la participación de una sola persona.

b).—**LA CONDUCTA O HECHO.**—Respecto a este elemento objetivo, su estudio quedó debidamente agotado en el capítulo precedente.

c).—**OBJETO MATERIAL Y OBJETIVO JURIDICO.**—El objeto material es aquel sobre el cual recae la actividad física del sujeto activo, pudiendo serlo una persona o una cosa. Es claro que en la vagancia y malvivencia no existe objeto material, pues como se ha expresado antes, la conducta omisiva que integra el delito, no recae sobre ninguna persona física u objeto material. El objeto jurídico o bien tutelado ha quedado ya determinado plenamente al identificarlo con la sociedad, con las limitaciones explicadas oportunamente.

Entre los elementos no comunes a todos los tipos, pueden citarse los siguientes.

a).—**MEDIOS O INSTRUMENTOS DE EJECUCION.** El tipo que se examina no contiene referencia alguna a medios comisivos, pues como oportunamente se expresó la conducta que perfecciona el delito es eminentemente omisiva. La sola alusión a los medios de ejecución, evoca la naturaleza material del delito, ausente en el tipo de vagancia y malvivencia, cuyo carácter formal excluye hablar con toda propiedad de "medios comisivos".

b).—**REFERENCIAS DE LUGAR Y TIEMPO.**—El texto del Artículo 255 del Código, no señala referencias, de ninguna especie, respecto a circunstancias de lugar y de tiempo de ejecución del delito.

c).—**REFERENCIAS A ELEMENTOS NORMATIVOS.**—En ciertos tipos penales resultan indispensables algunas referencias de carácter norma-

tivo, pues éstas delimitan en ellos el carácter antijurídico de la conducta o del hecho. En el artículo 255 Penal vigente, que se refiere a la vagancia y al mal vivir, encontramos las siguientes expresiones que constituyen elementos normativos del tipo: "sin causa justificada" y "tengan malos antecedentes".

4.—CLASIFICACION DEL DELITO EN FUNCION AL TIPO

En atención al tipo, el delito de vagancia y malvivencia puede ser:

a).—TIPO AUTONOMO E INDEPENDIENTE.—Puede ser calificado como tal por tratarse de un tipo que tiene vida funcional propia dentro del sistema o catálogo de delitos.

b).—TIPO ANORMAL.—Según Jiménez de Asua, un tipo es normal cuando encierra una mera descripción objetiva; en cambio, si el tipo incluye, además, elementos subjetivos, normativos, o ambos, será de tipo *anormal*. (9). El delito de vagancia y malvivencia es un tipo anormal porque en su contenido se encuentran elementos normativos como son las referencias a la ausencia de una causa justificada y a la necesaria existencia de los "malos antecedentes" del sujeto.

c).—TIPO SIMPLE.—La vagancia y malvivencia integra un *tipo simple* porque "tutela un solo bien jurídico". (10).

d).—TIPO DE FORMULACION CASUISTICA.—El tipo penal previsto en el Artículo 255 del Código, puede ser considerado como de formulación casuística, pues en él, el legislador ha acumulado detalles innecesarios en la estructura de la hipótesis delictiva, esencialmente en el párrafo segundo, en el cual se ha pretendido una interpretación contextual de lo que en el ámbito penal debe entenderse como "malos antecedentes".

e).—FUNDAMENTAL O BASICO.—Es fundamental o básico ya que la "lesión de bien jurídico basta por sí sola para integrar un delito". (11).

5.—ATIPICIDAD

La *atipicidad* es el aspecto negativo de la tipicidad y surge cuando, por ausencia de algún elemento del tipo en el hecho, no se integran totalmente los elementos descritos en el tipo legal. Fernando Castellanos dice que "la atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo". (12).

Pueden considerarse, como casos específicos de atipicidad: a).—La ausencia de la calidad exigida en el sujeto activo; b).—La ausencia de la calidad exigida en el sujeto pasivo; c).—La ausencia del objeto jurídico o ma-

9.—Tratado, III, Pág. 792.

10.—Jiménez Huerta. Ibidem. pp. 103 a 108.

11.—Jiménez Huerta. Ob. cit., p. 97.

12.—Ob. Cit. p. 225.

terial; d).—La falta de las referencias espaciales o temporales exigidas en el tipo legal; f).—La falta del medio comisivo específico requerido en la ley, y g).—La ausencia de las exigencias subjetivas del tipo. (13).

De acuerdo con esta clasificación, conviene analizar los casos de atipicidad que pueden darse en el delito de vagancia o malvivencia.

a).—**FALTA DE CALIDAD EN EL SUJETO ACTIVO.**—Antes de analizar esta causa de atipicidad, en relación al delito que me ocupa, conviene señalar que no existe precisión en el término, pues mientras Jiménez de Asúa, la llama falta de sujeto activo, otros juristas, como Ranieri, prefieren llamar, a esta especial disconformidad entre la conducta o el hecho con el tipo, *falta de calidad en el sujeto*.

El artículo 255, implícitamente, establece una calidad en el sujeto activo, supuesto que quien mediante conducta omisiva, consistente en no dedicarse a un trabajo honesto, se hace acreedor a la penalidad prescrita en el tipo, debe tener necesariamente "malos antecedentes". El reunir en su persona la circunstancia de haber sido identificado como delincuente habitual o peligroso contra la propiedad o explotador de mujeres, o traficante de drogas prohibidas, toxicómano o ebrio habitual, taurín o mendigo simulador o sin licencia, coloca al autor como sujeto "cualificado" ésto es, que el tipo penal establece una "calidad" en el activo, lo cual excluye a todo aquel que no reúna en su persona las citadas circunstancias. Será por tanto, una hipótesis atípica en el delito de vagancia y malvivencia, la ausencia de la calidad exigida por la ley en el aspecto activo.

b).—Siendo el delito en examen, de carácter *impersonal* respecto al sujeto pasivo, por identificarse éste con la sociedad, *lógicamente* no puede originarse en él ninguna situación atípica por ausencia de una calidad inexistente por cuanto al pasivo de la infracción.

c).—De igual manera, no conteniendo el tipo penal del Artículo 255 del Código, ninguna referencia temporal ni especial, así como tampoco requerimiento de algún medio comisivo, excluyéndose la posibilidad de causas de atipicidad por tales motivos.

d).—Tampoco el tipo de vagancia y malvivencia contiene elementos subjetivos referidos a la antijuridicidad y por ello no puede darse la especial atipicidad por ausencia, en el hecho, de la exigencia respecto a tal clase de elemento.

13.—La Ley y el Delito. p. 298.

CAPITULO V

LA ANTIJURIDICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO

SUMARIO 1.—La Antijuridicidad de la vagancia y malvivencia, 2.—Causas de Justificación: a).—Legítima Defensa. b).—Estado de Necesidad c).—Cumplimiento de un deber. d).—Ejercicio de un Derecho.

1.—LA ANTIJURIDICIDAD DE LA VAGANCIA Y MALVIVENCIA.

Cuando penalmente se integra una conducta humana, se establece su relevancia jurídica según sea típica, antijurídica y culpable. De ello se infiere que la *antijuridicidad* es el segundo elemento del delito que será objeto de estudio, en el análisis dogmático del tipo de vagancia y malvivencia.

Se ha dicho que no siempre que una conducta típica viola una norma penal, debe considerarse antijurídica. La antijuridicidad presupone una valoración, sobre la conducta típica, para que ésta pueda ser declarada o no contraria a Derecho.

Mezger dice que "sólo es correcto concebir el injusto como una lesión del orden objetivo del Derecho, como una perturbación de la manifestación de voluntad reconocida y aprobada por el Derecho". (1). Luis Jiménez de Asúa sostiene que "provisionalmente puede decirse que la Antijuridicidad es lo contrario al Derecho. Por tanto, el hecho no basta que encaje descriptivamente en el tipo que la Ley ha previsto, sino que se necesita que sea antijurídico, contrario al Derecho. Pero éste nada profundo nos expresa, y es una de tantas definiciones tautológicas. Es una de esas traducciones en frase distinta como la respuesta que nos da el Médico cuando consultamos un dolor de cabeza: "Es una cefalalgia". No se ha hecho más que traducir al griego lo que el profano dijo en lenguaje corriente". (2).

Carrara define a la antijuridicidad como "La infracción de la Ley del Estado". (3).

1.—Tratado de Derecho Penal. Tomo I. pp. 332-333. 2ª Edic. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1955.

2.—La Ley y el Delito.—p. 267. Edic. Editorial Hermes. México, Buenos Aires. 1963.

3.—Citado por Luis Jiménez de Asúa. Loc. Cit. p. 269.

Contrario a este concepto se expresa Carlos Binding por cuanto estima que el delito no es lo contrario a la Ley, sino el acto que se ajusta a lo previsto en la Ley Penal, argumentando que quien mata a un hombre no hace otra cosa que realizar un hecho en todo acorde con el artículo pertinente del Código Penal que define el homicidio. (4).

Soler en Argentina afirma que "no basta que una conducta sea típica, sino que es necesario también que constituya una violación del Derecho, entendido en su totalidad". (5). Franz Von Liszt aceptando una tesis dualista, dice que "es formalmente Antijurídica la acción que infringe una norma estatal, un mandato o una prohibición del orden jurídico y materialmente antijurídica, la acción que encierra una conducta socialmente dañosa. La materialidad de la antijuridicidad se halla concretamente en la lesión de un bien jurídico o en el peligro de que sea lesionado". (6).

Como se ve, Liszt sostiene la tesis de una antijuridicidad formal y otra material; con la primera se da una oposición a la Ley; la segunda, o sea la material, se constituye por la lesión o peligro a los bienes jurídicos de la sociedad.

De acuerdo con todas las definiciones anteriormente transcritas se está frente a una antijuridicidad formal en el delito de vagancia y malvivencia cuando el sujeto activo transgrede con su conducta el Artículo 255 de nuestro ordenamiento represivo; y se integrará la antijuridicidad material cuando el vago o malviviente, con su actitud deliberadamente delictiva, ha lesionado los bienes jurídicos de la sociedad, materia de tutela en la Ley.

2.—CAUSAS DE JUSTIFICACION

Si bien la antijuridicidad es lo contrario al Derecho, o sea la contradicción o conflicto entre un hecho y la aspiración del Derecho, produciéndose con ese motivo una lesión al interés jurídico (aspecto positivo de la antijuridicidad) conviene estudiar, como se ha venido haciendo, el aspecto negativo de este elemento del delito, o sea la ausencia de antijuridicidad, situación que también recibe el nombre de *causas de justificación*.

No toda conducta que lesione un interés, aún cuando sea típica debe ser delictiva; aún con esas circunstancias, desde su origen puede ser lícita en virtud de estar fundada en normas jurídicas que le dan ese carácter y que la fundamentan en presencia del Derecho.

Castellanos Tena dice al respecto que: "las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una

4.—Citado por Luis Jiménez de Asúa. Loc. Cit.

5.—"Derecho Penal Argentino". Tomo I. p. 343. Buenos Aires, 1955.

6.—"Tratado de Derecho Penal". Tomo II. p. 324.

conducta típica". (7). Porte Petit las define diciendo que "existe una causa de licitud cuando la conducta o hecho, siendo típicos, son permitidos o facultados por la Ley". (8).

Generalmente las causas de justificación las fundamenta la doctrina en atención al interés. Mezger encuentra la naturaleza del injusto en la lesión de intereses, expresando: "o desaparece por determinado motivo el interés que en otro caso sería lesionado por el injusto (principio de la ausencia del interés), o surge frente a dicho interés otro de más valor que transforma en conducta conforme al Derecho lo que en otro caso hubiera constituido un injusto (principio de interés preponderante)". (9).

Jiménez Huerta parece aceptar la tesis de Mezger cuando argumenta que "resulta imposible pensar en la existencia de causas impositivas del nacimiento de la antijuridicidad que no sean encuadrables en el principio de la ausencia de interés o en el del interés socialmente preponderante". (10).

Ahora bien, la ausencia del interés, según Mezger, "supone el abandono consciente de los intereses por parte del que legítimamente tiene la facultad de disposición sobre el bien jurídico". (11). En consecuencia, el consentimiento, sea en forma expresa o presunta del ofendido, para que se realice la conducta o hecho que de otra manera constituiría delito, siempre formara un caso de atipicidad y no una causa de licitud.

Excluido el consentimiento, habremos de considerar, para nuestro estudio, las causas de licitud cuya razón y existencia radica exclusivamente en el "interés preponderante", que como ya dijimos se origina, para estar de acuerdo con Mezger, cuando un interés es desplazado por otro de más valor. Así, las causas de justificación que la doctrina señala son:

- a).—Legítima Defensa,
 - b).—Estado de Necesidad,
 - c).—Cumplimiento de un deber y
 - d).—Ejercicio de un Derecho.
- a).—Legítima Defensa:

Para Jiménez de Asúa, la legítima defensa es "la repulsa de la agresión antijurídica, actual e inminente, por el atacado o por terceras personas, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la proporcionalidad de los medios". (12). Este concepto doctrinal resulta adecuado ya que comprende los elementos que caracterizan a la legítima defensa, según lo dispuesto en el Artículo 15, fracción III del Código Penal del Distrito y Territorios Federales.

7.—Lincamientos o elementales de Derecho Penal. p. 235. 3ª Edic. Editorial Jurídica Mexicana. México 1965.

8.—Apuntes de la clase de Derecho Penal de la Facultad de Derecho. México 1962.

9.—Tratado.—Tomo I P. 409.

10.—La Antijuridicidad, p. 118. Imprenta Universitaria. México. 1952.

11.—Tratado.—Tomo I. p. 414.

12.—La Ley y el Delito, p. 363.

En el delito de vagancia y malvivencia no se puede encontrar ausencia de antijuridicidad en función a la legítima defensa. Ya dijimos que las causas de licitud tienen por objeto, esencialmente, salvaguardar el interés preponderante; la legítima defensa supone desde luego un interés preponderante y legítimo, frente a otros ilegítimos que pretende hacer valer el sujeto que ataca. En ninguna circunstancias la actividad del vago y del malviviente podrá considerarse como un interés legal y, mucho menos, un interés preponderante en relación a la sociedad, de ahí que no se presente la legítima defensa.

b).—Estado de Necesidad.

Supone esta causa de justificación la coexistencia de dos intereses opuestos en conflicto, pero protegidos por el Derecho; siendo imposible esta subsistencia, el Derecho tiene que optar por sacrificar uno de ellos, que será, en todo caso, el de menor contenido y entidad.

Cuello Calón considera, sobre este particular, que el estado de necesidad es "una situación de peligro actual e inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede ser evitado mediante la lesión de bienes también jurídicamente protegidos, pertenecientes a otra persona". (13).

En relación al delito en estudio, el problema quedaría simplificado en determinar hasta qué punto la vagancia y el mal vivir no traspasa la esfera de la ilicitud, contraponiéndose al otro interés respecto del cual sería la sociedad el titular.

Nuestra realidad social manifiesta al vago como al individuo que, inclusive, puede tener domicilio fijo y hasta un patrimonio; se ha dicho también que, materialmente, el vago no hace nada prohibido por la ley (sin considerar, que, ésta le prohíbe ser vago), basándose en que si bien existe el derecho de trabajar, también el de no trabajar, encontrándose para ello un apoyo legal que descansa en el Artículo 4o. Constitucional que dice: "A ninguna persona podrá impedírsele que se dedique a profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos"; o sea, consecuentemente, que el vago con su no hacer nada, no contraviene ningún imperativo legal, puesto que si bien no hace nada lícito, tampoco hace nada ilícito, o sea que no hay ninguna oposición de intereses en el caso.

Contrariando estas ideas, de las que pudiera desprenderse la existencia de hipótesis de intereses en conflicto, y afirmando una vez más que el tipo delictuoso de vagancia y malvivencia recoge un *estado peligroso*, pensamos que de ninguna manera puede darse una ausencia de antijuridicidad por estado de necesidad.

c).—Cumplimiento de un Deber.

La doctrina y la Ley han considerado que la conducta ejecutada por man-

13.—Derecho Penal I. p. 342.

lato de una ley o con fundamento en la misma, aún cuando en ocasiones recaiga o se produzca en detrimento de intereses protegidos, no es antijurídica. Confirma lo antes expuesto Quintano Ripolles, cuando establece que "en esta causa de justificación opera una colisión de dos deberes que se resuelve en el predominio del más categórico y más digno de protección, como el deber concretamente exigido por la Ley, la función o el cargo". (14). Jiménez de Asúa dice que "toda regla jurídica que ordena o permite la lesión o la amenaza de un bien jurídico ordinariamente protegido para el derecho, excluye por sí misma, el carácter delictuoso del acto que en su nombre se realizó". (15).

En cuanto al delito que nos ocupa, no puede concebirse la eliminación de antijuridicidad a virtud del cumplimiento de un deber, siendo fácil comprender que la vagancia no puede practicarse en atención a un deber legal que asista al sujeto.

d).—Ejercicio de un derecho:

Esta causa de justificación requiere un análisis detallado, ya que por algunos aspectos pudiera pensarse que el vagabundaje no es otra cosa que el ejercicio de un derecho, pudiendo invocarse aquello de que si existe el derecho de trabajar, también existe el de no trabajar. Se piensa en tales casos en aquellos vagos, con patrimonio, cuya única ocupación es el ocio, el disfrute de sus bienes a que tienen derecho por pertenecerles o el vagar sin rumbo fijo como distracción, pudiendo apoyarse esa tesis del ejercicio de esos derechos en los artículos 4o. y 5o. de la Constitución General de la República.

Aunque es cierto que el ejercicio de un derecho excluye la ilicitud de la conducta, debe en cada caso comprobarse que la conducta exterioriza la existencia de un derecho y que su ejercicio se verifica precisamente en los términos autorizados por la Ley. El ejercicio indebido del propio derecho constituye un actuar ilícito, por más que se invoque la existencia del derecho.

El ejercicio de un derecho, tiene como límite la extensión del derecho de otro y, en la valoración acertada que se haga de la naturaleza de los intereses en conflicto, podrá determinarse si opera debidamente el ejercicio de un derecho como causa de antijuridicidad.

Basado en este principio y dando relevancia al interés social, creemos que esta causa de justificación no tiene operancia en el delito de vagancia y malvivencia, ni tratándose de los vagos con patrimonio, pues es precisamente en esta clase de sujetos, "niños bien", como lo demuestra la realidad, donde se encuentran mayores posibilidades para delinquir, pues generalmente estos sujetos vegetan a la sombra de las prostitutas son aficionados asiduos a centros de vicio, tales como billares y los llamados "cafés de existencialistas" donde se convierten en degenerados, tahures profesionales, mendigos simuladores, lenones, pro-

14.—Comentarios al Código Penal, I, p. 138.

15.—Tratado de Derecho Penal IV, p. 501. Editorial Losada, S. A. Buenos Aires, 1952.

xenetas, toxicómanos, ebrios consuetudinarios, pistoleros y criminales repug-
nantes; individuos que significan un atentado diario contra la propiedad e in-
cubadores genuinos de los delitos sexuales con todas las variantes, vagos por
vicio, que exhiben cínicamente sus peculiaridades defectuosas, rechazando to-
do lo lícito, tratando de justificar su *status*, en un peregrino e infundado con-
cepto de legalidad.

CAPITULO VI

CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD

SUMARIO 1).—El carácter imputable del sujeto. 2).—La culpabilidad. 3).—Teorías sobre la Culpabilidad. 4).—Especies de Culpabilidad. 5).—Culpabilidad en la Vagancia y Malvivencia. 6).—Causas de Inculpabilidad: a).—Error de hecho esencial e invencible. b).—Error de derecho. c).—No exigibilidad de otra conducta 7).—Inculpabilidad en la Vagancia y Malvivencia.

1.—CARACTER IMPUTABLE DEL SUJETO

No solamente la conducta debe ser típica y antijurídica para ser considerada como delictuosa, sino que requiere además ser culpable. Antes de la culpabilidad es preciso analizar, en primer lugar, lo que en doctrina se ha considerado su presupuesto indispensable o antecedente lógico-jurídico; *el carácter imputable del sujeto*.

Para que exista el delito es necesario un acto humano y que ese acto emane de la voluntad del hombre, es decir, que sea ordenado por éste como sujeto capaz de dirigir sus actos dentro del orden jurídico, contando para ello con la capacidad de entender y de querer normalmente. Un concepto preciso sobre la imputabilidad es externado por Porte Petit quien refiriéndose a la imputabilidad argumenta que "Si ésta viene a ser el nexo psíquico que une el resultado con el autor, es evidente que el autor para actuar como causa psíquica de la conducta, ha de gozar de la facultad de querer y conociendo será susceptible de captar los elementos ético e intelectual del dolo". (1).

Será imputable, según atinada opinión de Carrancá y Trujillo, "todo aquel que posea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente por la Ley, para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responde a las exigencias en la sociedad humana". (2).

De lo dicho anteriormente se comprende que son elementos integrantes de la imputabilidad: a).—La capacidad para dirigir los actos dentro del orden

1.—Importancia de la Dogmática Jurídica Penal. p. 45. México, 1954.

2.—Derecho Penal Mexicano. I. p. 222. Edit. Robredo. México, 1955.

jurídico. b).—La capacidad de entender y de querer esos actos, y c).—Que el sujeto esté dotado de salud y desarrollo mental al tiempo de la ejecución del acto.

Nuestra legislación no reglamenta en forma especial la imputabilidad, pero a *contrarium sensum* puede inferirse de la disposición que enumera las causas legales de inimputabilidad, consignadas en el Artículo 15 de nuestro Código Penal, en su fracción 11, así como otras disposiciones complementarias diversificadas en el Código. La fracción 11 del Artículo referido declara libre de responsabilidad penal a quien se hallare, al cometer la infracción, "en un estado de inconsciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental e involuntario de substancias tóxicas, embriagantes o enervantes, o por un estado tox infeccioso agudo o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio". Como se observa, el Código Penal no hace referencia al padecimiento de enfermedad permanente como causa excluyente de responsabilidad, lo que a nuestro juicio constituye un grave error, pues en un código de factura moderna debe considerarse, junto al trastorno mental transitorio, al trastorno mental permanente y a la inmadurez mental o minoría de edad.

Por último, de los dispositivos que se refieren a la imputabilidad se desprende que el imputable, para ser sujeto de procedimiento penal común requiere: a).—Ser mayor de 18 años. b).—Tener capacidad psíquica mental, y c).—Conciencia y libertad para decidir los propios actos.

2.—LA CULPABILIDAD

Mezger la define diciendo que "es el conjunto de presupuestos de la pena que fundamentan, frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica". (3). Jiménez de Asúa, por su parte opina que "en el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica". (4). Por otra parte, Ignacio Villalobos sostiene que "La culpabilidad, genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente, por indolencia o desatención, nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa". (5).

3.—TEORIAS SOBRE LA CULPABILIDAD

Dos son las teorías que la doctrina ha elaborado, encaminadas a fijar la naturaleza de la culpabilidad: a).—La Teoría Psicológica y b).—La Teoría normativa.

3.—Tratado de Derecho Penal. II, p. 1. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid 1949.

4.—La Ley y el Delito. p. 352.4a. Edic. Edit. Hermes. México, Buenos Aires. 1963.

5.—Derecho Penal Mexicano. p. 272. Edit. Porrúa. 1960.

a).—*Teoría Psicológica*: Esta teoría, considerada como la tradicional, concibe a la culpabilidad "como la relación subjetiva que media entre el autor y el hecho. En consecuencia, supone el análisis de la situación interna del sujeto; la culpabilidad reside en él; es la fuerza moral subjetiva del delito, dentro de la terminología Carrariana". (6).

En esta teoría se atribuye todo lo subjetivo a la culpabilidad, valiéndose de ese principio para afirmar que ésta no podría ser otra cosa que la relación psíquica del sujeto con el resultado. Esta tesis, como es de suponerse, ha merecido críticas tanto de los juristas alemanes, quienes han puesto como la más evidente quiebra de la teoría psicológica el caso de la culpa inconsciente o sin representación. Jiménez de Asúa es acertado cuando dice: "La imputabilidad sí es psicológica; pero la culpabilidad es valorativa, puesto que su contenido es un reproche. No cabe, a pesar de lo que supone Radbruch, lo psicológico puro". (7). Por su parte, Antolisei opina sobre esta teoría que: "Un comportamiento psíquico que no contraiga un deber que le haya sido impuesto al agente, no puede, en efecto, constituir ni dolo ni culpa". (8).

b).—*Teoría Normativa*: Esta teoría afirma que la culpabilidad no sólo consiste en el nexo psicológico mencionado, sino también injusto. Antolisei, encuentra la esencia de la culpabilidad en una relación de contradicción entre la voluntad del sujeto y una norma jurídica (9), permitiéndose hacer notar que las dos teorías por ningún concepto excluyen recíprocamente, conteniendo ambas un *quid* de verdad: La concepción psicológica acierta en cuanto encuentra, en la voluntad culpable, un fenómeno psicológico; en tanto que la concepción normativa acierta cuando afirma que este elemento es siempre una manifestación de voluntad distinta de aquella a que el sujeto se hallaba obligado, definiendo la culpabilidad al decir que es "La actitud contraria al deber de la voluntad que ha dado origen al hecho material requerido para la existencia del delito". (10). No obstante, debemos advertir que la mayoría de los juristas, entre ellos, Jiménez de Asúa, Mezger, Cuello Calón, etc. definen la culpabilidad influenciados por la concepción normativa.

4.—ESPECIES DE LA CULPABILIDAD.

Tradicionalmente se ha considerado al DOLO y a la CULPA como las únicas formas de la culpabilidad. Sin embargo, algunos juristas señalan como tal también a la Preteritencionalidad.

En principio se ha dicho que, cuando en una conducta, el Autor encausa su voluntad hacia la ejecución de un hecho típico y antijurídico, habrá dolo, en tanto que la culpa queda caracterizada en aquellos casos en que, sin pretenderse el resultado típico y antijurídico, éste se produce debido a que el

6.—Sebastián Soler. Derecho Penal Argentino. II p. 15. Buenos Aires. 1956.

7.—Ob. Cit. p.p. 354-55.

8.—Manual de Derecho Penal. p. 241. Edit. Uteha. Buenos Aires. 1960.

9.—Ob. Cit. p. 241.

10.—Antolisei. Ob. Cit. p. 242.

sujeto actúa con imprudencia o negligencia. Para los penalistas que admiten la preterintencionalidad como forma de culpabilidad, dicha especie se presenta cuando el resultado producido va más allá de la intención delictuosa del agente.

a).—*El Dolo*. Luis Jiménez de Asúa expresa que existe el dolo "cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias del hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica". (11). —Wekzekm por su parte opina que "dolo es conocimiento y querer de la concreción del tipo". (12). A su vez, Fernando Castellanos Tena, afirma que el "dolo consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico". (13).

A pesar de existir infinidad de definiciones sobre el dolo, todas ellas se construyen tomando como base sus elementos constitutivos, plenamente reconocidos, a saber:

a).—*El Conocimiento* o elemento intelectual, y

b).—*La Voluntad* o elemento volitivo.

De las diversas clases de dolo de que la doctrina se ocupa, sólo habremos de analizar las que consideramos más importantes:

a).—Dolo Directo,

b).—Dolo eventual y

c).—Dolo de consecuencia necesaria.

Habrá *dolo directo* cuando la voluntad del sujeto se manifiesta dirigida directa y conscientemente al resultado delictuoso. Castellanos Tena dice a este respecto: Dolo directo "es aquel en que el sujeto se representa un resultado y lo quiere". (14). El dolo eventual, según el mismo autor comentado, se da "cuando el agente se representa como posible un resultado delictuoso, y no obstante tal representación, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias". (15). El dolo de consecuencia necesaria es aquel que se representa cuando queriendo un resultado se produce otro como consecuencia fatal.

b).—*Culpa*. La culpa, como hemos visto, constituye la segunda forma o especie de la culpabilidad. Se advierte aquí, como en el dolo, la existencia de varios conceptos sobre esta figura, atendiendo también a diferentes teo-

11.—Ob. Cit. p. 365.

12.—Derecho Penal. p. 74. Buenos Aires. 1956.

13.—Lineamientos Elementales de Derecho Penal. p. 245. Edit. Jurídica Mexicana, México. 1959.

14.—Ob. Cit. p. 246.

15.—Ibidem. p. 246.

rias. (De la Previsibilidad, la de la Evitabilidad y la del Defecto en la Atención). Jiménez de Asúa define la culpa diciendo que "es la producción de un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no sólo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendría, sino también cuando la esperanza de que no sobrevendría ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor que se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo". (16).

La culpa puede manifestarse en dos formas o especies:

- a).—Culpa con representación, con previsión o consciente, y
- b).—Culpa sin representación, sin previsión o inconsciente.

La primera existe, según Castellanos Tena, "cuando el agente ha previsto el resultado como posible, pero no solamente no lo quiere, sino que abriga la esperanza de que no ocurrirá". (17). En tanto que la otra aparece "cuando no se prevé un resultado que es previsible. Hay voluntariedad de la conducta causal, pero no hay representación del resultado que es de naturaleza previsible". (18).

c).—Preterintencionalidad: Esta tercera forma de culpabilidad según algunos, trata de conjugar en una conducta tanto al dolo como la culpa y de ahí que su esencia sea mixta. Esta forma ha sido muy combatida, argumentándose que la conducta es dolosa o es culposa, pero que no puede encerrar coetáneamente ambas formas. Porte Petit, quien acepta esta forma, dice que "La infracción preterintencional existe cuando se causa un daño mayor que aquel que se quiso causar, con dolo directo respecto al daño querido y culpa con representación o sin representación, con relación al daño causado". (19).

5.—CULPABILIDAD EN LA VAGANCIA Y MALVIVENCIA

En el caso del delito objeto de este estudio, la culpabilidad opera *dolosamente*, pues tanto el vago como el malviviente actúan conociendo la significación de su conducta y proceden voluntariamente a realizarla. Dice la disposición del artículo 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"; el no dedicarse a un trabajo honrado, sin que para ello exista causa justificada es situación que conoce y quiere el sujeto, a pesar de lo cual omite la acción esperada.

En cuanto a las clases de dolo en este delito, puede darse el *dolo directo* ya que el sujeto, acepta voluntariamente la omisión constitutiva, teniendo además la conciencia de que no media circunstancia alguna que justifique su

16.—Ob. Cit. p.p. 371-2.

17.—Ob. Cit. p. 253.

18.—Ibidem. p. 253.

19.—El Delito de Estupro.—Sergio Escalante Padilla.

conducta. Creemos que en este delito, atendiéndose su estructura típica, no funciona otra forma de culpabilidad que el dolo directo, excluyéndose las otras clases de dolo antes examinadas.

6.—CAUSAS DE CULPABILIDAD: a).—Error de hecho esencial e invencible. b).—Error de Derecho. c).—No exigibilidad de otra conducta.

La inculpabilidad constituye el aspecto negativo de la culpabilidad. Se reputa inculpable al sujeto, cuando siendo capaz, no puede reprochársele su conducta debido a que obró mediante error, o bien porque especiales circunstancias que rodearon su conducta impidieron la realización de otra diversa. "La definición más usual dice —Jiménez de Asúa— consiste en decir que tales causas de exculpación son las que excluyen la culpabilidad, evidente tautología que sin superarla del todo podríamos aclarar diciendo que son las que absuelven al sujeto en el juicio de reproche". (20).

En doctrina se consideran como causas de inculpabilidad:

a).—El error, y

b).—La no exigibilidad de una conducta.

El error fundamentalmente consiste en una idea falsa, en un defecto del conocimiento, pues aunque éste existe no corresponde a la realidad; por ello se dice que esta causa de inculpabilidad es de esencia psicológica.

El error se clasifica en a).—Error de hecho y b).—Error de Derecho. El primero se divide a su vez en esencial y accidental; abarcando este último: la *aberratio ictus* (error de golpe), la *aberratio in persona* (error en la persona) y la *aberratio delicti* (error en lo deseado).

a).—Porte Petit define al error esencial diciendo que es aquel en que "el sujeto actúa antijurídicamente creyendo actuar jurídicamente, o sea que hay desconocimiento de la antijuridicidad de su conducta y por ello constituye, como antes dijimos, el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo". (21). Ahora bien, "se dice que el error es invencible, cuando no deriva de culpa; de tal modo que, aún con el concurso de la debida diligencia, no hubiera podido evitarse". (22).

b).—Se ha dicho que el *error de derecho* recae sobre una regla de derecho, en tanto que el error de hecho versa sobre hechos jurídicos, es decir, sobre las condiciones exigidas en el hecho para la aplicación de una regla jurídica, (23). En consecuencia, se duda si el error de Derecho, en nuestra Ley, se considera causa de inculpabilidad, en atención al principio de que la ignorancia de las leyes a nadie Beneficia. Creemos que, aún cuando el artículo 90. del Código Penal, en sus fracciones III y IV hace referencia al error de

20.—Ob. Cit. p. 389.

21.—Cfr. Cit. Castellanos. Tena. Ob. Cit. p. 263.

22.—Eusebio Gómez. Tratado de Derecho Penal. I. p. 544. Buenos Aires, 1939.

23.—Cfr. Jiménez de Asúa. Ob. Cit. p. 392.

derecho, no contiene norma alguna que nos haga pensar en su admisión legal como causa inculpable.

c).—No exigibilidad de otra conducta; No obstante que esta causa de inculpabilidad ha originado divergencias de criterio, ya que se dice que no se ha establecido con precisión su naturaleza jurídica, apoyan el funcionamiento de esta forma de inculpabilidad penalistas como Porte Petit, Pavón, Vasconcelos y Alba Muñoz.

Se consideran como casos específicos de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, el temor fundado, el encubrimiento de parientes y allegados y el estado de necesidad, por ser éstas las formas recogidas por la Ley.

7.—INCULPABILIDAD DE LA VAGANCIA Y MALVIVENCIA

Hemos convenido aceptar en este estudio que la vagancia y la malvivencia constituyen estados peligrosos y que éstos según Antolisei, se dan "cuando el comportamiento del agente es tal que haga considerar probable la realización de un resultado temido; y se tiene peligrosidad del delincuente cuando la persona es tal que haga considerar probable que ella cometa acciones perjudiciales". (24). Asimismo, hemos hecho la consideración de que los sujetos referidos, por su actitud peligrosa producto de su estado atávico predilectivo, sus costumbres degeneradas y viciosas, la falta de sentido moral y ético y la disposición a la holgazanería, se encuentran a un paso de cometer violaciones a la Ley.

Aún cuando afirman algunos juristas, que en la vagancia no se está en delito prácticamente, ya hemos dicho en capítulo anterior, aceptando la tesis de Almaraz Harriz, que en el estado peligroso, la reincidencia es el único apoyo científico para declarar en concreto la responsabilidad y para individualizar las penas con precisión en estos casos y de ahí que no podamos aceptar que el vago y el malviviente actúen por error o por un defecto del conocimiento, más aún cuando se les comprueba, a la mayoría de ellos, la existencia de malos antecedentes, los cuales constituyen el antecedente necesario para que la conducta omisiva, de no dedicarse a una actividad honesta, constituya el delito.

Lo anteriormente afirmado nos lleva a negar el funcionamiento en el delito de vagancia y malvivencia, de las conocidas causas de inculpabilidad.

24.—Cfr. Cit. Enrico Altavilla. La Culpa. p. 599. Edit. Temis. Bogotá, 1956.

CAPITULO VII

LA PUNIBILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO

SUMARIO 1).—La punibilidad en general. 2).—Condiciones objetivas de Punibilidad en el Delito de Vagancia y Malvivencia. 3).—Excusas Absolutorias en el delito de vagancia y malvivencia.

1.—LA PUNIBILIDAD EN GENERAL

“La punibilidad no es, como muchos creen, la pena que se impone por el Estado al autor del hecho delictuoso, sino la amenaza que de la pena, en un orden general, establece la norma penal. Es una reacción estatal mucho más enérgica que en las infracciones civiles o de índole distinta a la penal. En esta materia, el Estado obra drásticamente conminando la ejecución de ciertas conductas con la amenaza de aplicación de las penas”. (1).

Los penalistas discuten con pasión si la punibilidad constituye un elemento esencial del delito, o bien si sólo es su consecuencia.

Estas corrientes han trascendido igualmente al ámbito del Derecho Penal Mexicano, singularizándose en forma muy marcada en dos distinguidos penalistas: Porte Petit, uno de ellos, afirma que la punibilidad es un elemento del delito, en tanto Villalobos le niega ese carácter. El primero dice: “Para nosotros que hemos tratado de hacer dogmática sobre la ley mexicana, procurando sistematizar los elementos legales extraídos del ordenamiento positivo, es indudable que la penalidad es un carácter del delito y no una simple consecuencia del mismo. El artículo 7 del Código Penal que define el delito como el acto u omisión que sancionan las leyes penales, exige implícitamente la pena legal y no vale decir que sólo alude a la garantía penal “*nulla poena sine lege*”, pues tal afirmación es innecesaria, ya que otra norma del total ordenamiento jurídico, el artículo 14 constitucional, alude sin duda de ninguna especie a la garantía penal. Tampoco vale negar a la penalidad el rango de carácter del delito con base a la pretendida naturaleza de las excusas absolutorias. Se dice que la conducta ejecutada por el beneficiario de una excusa

1.—Castellanos Tena. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. p. 277 Edit. Jurídica, Mexicana, 1959.

de esa clase, es típica, antijurídica y culpable y, por tanto, constitutiva de delito, que no es penada por consideraciones especiales. Sin embargo, cualquiera que sea la naturaleza de la excusa absolutoria, es obvio que, respecto a nuestra legislación, imposibilita la aplicación de una pena, de suerte que la conducta ejecutada por el beneficiario de ella, en cuanto no es punible, no encaja en la definición del delito contenida en el artículo 7 del Código Penal". (2). Por el contrario, Villalobos sostiene que la definición del delito queda completa al considerarlo como "el acto humano típicamente antijurídico y culpable", excluyendo la mención de la punibilidad, que no es para él elemento del delito. "La pena —prosigue el autor comentado— es la reacción de la Sociedad o el medio de que ésta se vale para tratar de reprimir el delito; es algo externo al mismo, y, dados los sistemas de represión en rigor, su consecuencia ordinaria. Un acto es punible porque es delito; pero no es delito porque es punible". (3).

La mayoría de los juristas acepta esta última corriente y, al aceptarla también nosotros, pensamos que cuando una conducta se manifiesta y se considera delictiva, lo es siempre que llene los requisitos de tipicidad, antijuridicidad, y culpabilidad; la penalidad, de ninguna manera debe considerarse como elemento del delito: es una consecuencia de la integración del mismo.

2.—¿CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD EN EL DELITO DE VAGANCIA Y MALVIVENCIA?

Maggiore, establece en forma precisa en qué radica la esencia de las condiciones de punibilidad, expresando al efecto:

a).—"Las condiciones de punibilidad son solamente suspensivas, no resolutivas.

b).—La condición de punibilidad supone un delito completo en todos sus elementos esenciales; si alguno de éstos falta, no habrá delito, aunque la condición se verifique.

c).—Si no se verifica la condición de punibilidad, el delito no es punible, ni siquiera como intentado. También la tentativa supone la verificación de la condición.

d).—No es punible la participación o el favorecimiento de un delito condicional, cuya condición de punibilidad no se haya verificado.

e).—El momento consecutivo del delito condicional coincide, no con la consumación efectiva, sino con la realización de la condición; por eso la prescripción empieza a contarse desde ese momento". (4).

2.—Importancia de la Dogmática Jurídica Penal, p. 59. México, 1954.

3.—Noción Jurídica del Delito.—p.p. 28-29. México, 1952.

4.—Derecho Penal. I. p. 282. 5o. Edic. Temis, Bogotá, 1954.

Castellanos Tena considera que las condiciones objetivas de penalidad no son elementos del delito, pues si las contiene la descripción legal, se tratará de elementos o partes del tipo; si no está en tal caso entonces constituirán meros requisitos ocasionales y, por ende, accesorios, fortuitos. (5).

Acordes con los criterios anotados, consideramos que el hecho delictuoso previsto en el artículo 255 no requiere, para ser punible, la realización de ninguna condición objetiva de punibilidad; es decir, que en la referida disposición, la pena no está condicionada por ninguna circunstancia extraña. En el dispositivo mencionado, el legislador estableció la pena de seis meses a tres años de prisión "a quienes no se dediquen a un trabajo honesto sin causa justificada y tengan malos antecedentes", pero sin subordinar la aplicación de la referida pena a ninguna circunstancia externa que pudiera considerarse condición objetiva de punibilidad.

3.—EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Las excusas absolutorias constituyen el aspecto negativo de la punibilidad, y, si hemos dicho que esta última no es elemento integrante sino consecuencia del delito, lógico es pensar que las excusas absolutorias tampoco alteran la existencia del delito.

Castellanos Tena afirma en relación a las excusas absolutorias que "son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena". (6) Jiménez de Asúa opina "que son causas de impunidad o excusas absolutorias las que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna, por razones de utilidad pública". (7).

Las excusas absolutorias, según se desprende de las definiciones anteriores, hacen impune el hecho delictivo y ésto por conveniencia, tanto para el Estado, como para la Sociedad, obedeciendo a razones políticas y sociales.

4.—¿EXCUSAS ABSOLUTORIAS EN EL DELITO DE VAGANCIA Y MALVIVENCIA?

El dispositivo en estudio no consigna ninguna excusa absoluta. Creemos que ello se debe a que la ley ha considerado inexistente razón de impunidad y sí por otra parte la necesidad de la sanción.

5.—Ob. Cit. p. 281.

6.—Ibidem. p.p. 281-82.

7.—La Ley y el Delito. p. 433 Edit. Hermes. México. Buenos Aires, 1959.

CAPITULO VIII

FORMAS DE APARICION DEL DELITO

SUMARIO: 1).—El *Iter criminis* y sus fases. 2).—La preparación, la tentativa y la consumación en el delito de vagancia y malvivencia. 3).—El curso de delitos.

1.—EL ITER CRIMINIS Y SUS FASES

Todo delito se inicia en la mente del hombre y para llegar a su consumación recorre un camino; a este proceso, en términos jurídicos se le llama **ITER CRIMINIS**.

Generalmente se señalan dos fases en el *iter criminis*: *interna* una y *externa* la otra. La primera comienza con la *ideación* o concepción delictuosa; se trata de una especie de tentación que prosigue con una deliberación, o sea el "balanceo" mental en que el individuo se resiste al abandono de la idea y a su realización; por último, viene la etapa más importante en esta fase, o sea la *resolución* o *determinación*, momento que consiste en tomar la decisión para cometer el delito. La etapa externa abarca también varios momentos, el primero de ellos es la *resolución manifestada*, o sea la exteriorización de la idea criminosa; viene en seguida lo que se le llama fase de *preparación* "a través de los cuales el agente se apresta a violar el mandamiento" (1) termina esta segunda etapa externa con los *actos ejecutivos* y la *consumación*. Los actos ejecutivos suelen, a veces, quedar en una tentativa, momento del que nos ocuparemos a continuación.

2.—LA PREPARACION, LA TENTATIVA Y LA CONSUMACION EN EL DELITO DE VAGANCIA Y MALVIVENCIA

Hay ocasiones en que la ejecución queda inconclusa al no consumarse el delito por causas ajenas a la voluntad del agente, surgiendo así la figura jurídica que se conoce con el nombre de *tentativa*; cuando la actividad se interrumpe *voluntariamente*, habrá desistimiento o arrepentimiento. Vasconcelos

1.—Remo Pannain. Manuale di Diritto Penale. p. 403. Parte General. Roma 1942.

señala como elementos del arrepentimiento activo: a).—Una voluntad inicial de causación del resultado, b).—Realización de todos los actos de ejecución, c).—Una actividad eficaz voluntaria para impedir el resultado y d).—La no verificación de dicho resultado. (2).

Coello Calón afirma que "cuando habiendo dado comienzo a la ejecución se interrumpe ésta por causas ajenas a la voluntad del agente, surge la figura jurídica de la tentativa" (3) y establece los siguientes elementos de la misma:

a).—Intención de cometer un delito determinado;

b).—Que haya un principio de ejecución del delito, es decir, que hayan comenzado a ejecutarse los actos propios y característicos del delito; y

"c).—Que la ejecución se interrumpa por causa independiente de la voluntad del agente." (4).

En doctrina se aceptan dos clases de tentativas; la inacabada y la acabada. Hay delito frustrado o *tentativa acabada* cuando el autor ejecuta todos los actos necesarios y adecuados para consumir el delito, es decir, cuando el agente agota el proceso ejecutivo del delito, sin que éste llegue a consumarse por causas independientes o ajenas a su voluntad. Por ello Coello Calón afirma la existencia de esta clase de tentativa "cuando el agente ha hecho cuanto sea necesario para su consumación, sin que ésta llegue a producirse". (5). La *tentativa inacabada* tiene lugar cuando se ha iniciado la ejecución del delito, quedando interrumpida sin embargo, por causas ajenas a la voluntad del autor.

En cuanto a la consumación Coello Calón dice que "el delito está consumado cuando se han realizado todos los actos materiales de ejecución del delito y se han lesionado efectivamente el bien jurídico objeto de la protección penal". (6).

La doctrina en general está acorde en que la tentativa solamente tiene operancia en los delitos dolosos, materiales, complejos y los de comisión por omisión.

Al clasificar el delito de vagancia y malvivencia en orden a la conducta, concluimos en que se trataba de un delito de omisión, el cual se caracteriza por la violación de una norma preceptiva a virtud de la conducta omisiva, por la inactividad o la abstención del agente; es decir, el infractor no hace lo que debe hacer. Siendo así, la tentativa no tiene operancia en el delito de vagancia y malvivencia, por tratarse de un delito de omisión. Por su propia naturaleza, este tipo de delito impide la operancia de la tentativa en todas sus

2.—La Tentativa, p. 114. Ed. Porrúa. México. 1964.

3.—Derecho Penal. I. p. 528. 9a. Edic.

4.—Coello Calón. Ob. Cit. I. p. 529.

5.—Coello, Calón. Ibidem. Cit. I. p. 530.

6.—Cfr. en Coello Calón. Ibidem. I. p. 536.

formas, pues si el delito se configura por la mera abstención, es decir, que no precisa de un resultado material con la sola omisión, con la enejecución del mandamiento debido se llena la previsión típica. La vagancia y malvivencia es delito formal que carece de proceso ejecutivo y por ello en él la tentativa no puede funcionar.

3.—EL CONCURSO DE DELITOS

Cuando un mismo sujeto infringe varios preceptos penales, se está en presencia de lo que en términos jurídicos se llama "concurso de delitos". Esta figura jurídica puede darse en dos formas: *ideal* o *formal* y *real* o *material*. En el primer caso, una sola conducta viola varias normas penales; en tanto que el concurso real o material se da cuando el agente comete varios delitos mediante varias conductas, sin que sobre ninguno de ellos se hubiera dictado sentencia. Dice el artículo 58 del Código Penal: "Siempre que con un solo hecho ejecutado en un solo acto, o con una omisión, se violen varias disposiciones penales que señalen sanciones diversas, se aplicará la del delito que merezca pena mayor, la cual podrá aumentarse hasta una mitad más del máximo de su duración" regulándose en el dispositivo del concurso ideal. En cuanto a la segunda forma de concurso, o sea el real o material, dice el artículo 18: "Hay acumulación siempre que alguno es juzgado a la vez por varios delitos, ejecutados en actos, distintos si no se ha pronunciado antes sentencia irrevocable y la acción para perseguirlos no está prescrita".

Son varias las razones y beneficios que se obtienen en el caso de la acumulación, pues independientemente de la economía procesal, se facilita al juzgador conocer mejor la personalidad del infractor y así realizar en forma más justa su función de aplicar la Ley.

Se conocen, en el Derecho positivo, tres sistemas encaminados a aplicar la pena cuando se trata del concurso real, a saber:

a).—Acumulación material. En este sistema, las penas que corresponden a cada delito se suman y se aplican en su totalidad.

b).—Corresponde al sistema en que la pena del delito mayor absorbe a los demás.

c).—El de acumulación jurídica, en el cual se aplica la pena del delito más grave, pero con la posibilidad de aumentarla en presencia de los demás delitos y tomando en consideración la personalidad del delincuente.

El Código penal mexicano establece que en caso de acumulación (Artículo 64), se impondrá la sanción del delito mayor la cual podría ser aumentada hasta la suma de las sanciones de los demás delitos, pero sin que la pena pueda exceder de treinta años, debiéndose además tomar en cuenta, al individualizar la sanción, las circunstancias del artículo 52.

A nuestro parecer, tanto el concurso ideal o formal, como el concurso

real o material pueden concurrir, en el delito de vagancia y malvivencia, con otros delitos pudiéndose señalar en el primer caso la situación del vago o del malviviente que cometen los delitos de robo, homicidio, etc. En cuanto al concurso real o material en el delito de vagancia y malvivencia, puede también operar puesto que un vago y malviviente generalmente comete actos distintos y configura varios delitos como los que se tipifican contra el patrimonio, lenocinio, tráfico de drogas prohibidas, juegos prohibidos, falsificación, etc., es decir los delitos acumulados pueden ser homogéneos o heterogéneos.

BIBLIOGRAFIA

- A. Quintano Repollés.—COMENTARIOS AL CODIGO PENAL.
- Almaraz Harris, José.—TRATADO TEORICO Y PRACTICO DE DERECHO PENAL.
- Altavilla Enrico.—LA CULPA. 1956.
- Carrancá y Trujillo, Raúl.—CODIGO PENAL ANOTADO.—1960.
- Carrancá y Trujillo, Raúl.—DERECHO PENAL MEXICANO. 1955.
- Castellanos Tena, Fernando.—LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL. 1959.
- CRIMINOLOGIA. LOS EQUIVALENTES DEL DELITO.
- Cuello Calón, Eugenio.—DERECHO PENAL.
- DICCIONARIO ENCICLOPEDICO ILUSTRADO DE LA LENGUA CASTELLANA.—Editorial Sopena Argentina, S. A.
- Escalante Padilla, Sergio.—EL DELITO DE ESTUPRO.
- Gómez, Eusebio.—TRATADO DE DERECHO PENAL.
- Jiménez de Asúa, Luis.—TRATADO DE DERECHO PENAL.—Buenos Aires, 2a. Edición.
- Jiménez de Asúa, Luis.—LA LEY Y EL DELITO. 3a. Edición.
- Jiménez Huerta.—LA ANTIJURIDICIDAD. 1952.
- Jiménez Huerta.—LA TIPICIDAD.
- Manzini, Vicenzo.—TRATADO DE DERECHO PENAL.—Buenos Aires, 1948.
- Marichalar y Manrique.—HISTORIA DE LA LEGISLACION CIVIL DE ESPAÑA. 1862.
- Mendieta y Núñez, Lucio.—EL PROBLEMA AGRARIO EN MEXICO. 1946.
- Mezger, Edmundo.—DERECHO PENAL.—Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
- Sodi, Demetrio.—NUESTRA LEY PENAL, 1917.
- Soler, Sebastián.—DERECHO PENAL ARGENTINO. 1951.
- Pallares, Jacinto.—HISTORIA DEL DERECHO MEXICANO. PARTIDAS. LEY IV. Tit. XX.

Pavón Vasconcelos, Francisco.—NOCIONES DE DERECHO PENAL MEXICANO.—Editorial Jurídica Mexicana, 1961.

Porte Petit, Celestino.—APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL, 1960.

Porte Petit, Celestino.—IMPORTANCIA DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA PENAL, 1954.

Remo Pannain.—MANUALE DI DIRITTO PENALES, Roma, 1942.

Vallan, C. Jorge.—LA CIVILIZACIÓN AZTECA. FONDO DE CULTURA ECONOMICA,

Villalobos, Ignacio.—DERECHO PENAL MEXICANO.

Villalobos, Ignacio.—NOCION JURÍDICA DEL DELITO.

LEYES CONSULTADAS

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

LOS CODIGOS ESPAÑOLES, Madrid, 1848.

LOS CODIGOS ESPAÑOLES, Madrid, 1850.

CODIGOS PENALES de 1871; de 1929; de 1931; LOS ANTEPROYECTOS DE 1949 Y 1958.

EL PROYECTO TIPO DE 1963.

INDICE

CAPITULO I ANTECEDENTES HISTORICOS:

SUMARIO: 1.—Introducción. 2.—México Precortesiano. 3.—México Colonial. 4.—México Independiente. 5.—Códigos Penales de 1871; de 1929; de 1931. 6.—Los Anteproyectos de 1949 y 1958. 7.—El Proyecto Tipo de 1963.

CAPITULO II CONSIDERACIONES GENERALES

SUMARIO: 1.—CONCEPTO DE VAGANCIA Y MALVIVENCIA. 2.—RAZONES PARA INCLUIR EN LOS CODIGOS ESTE DELITO.

CAPITULO III ESTUDIO DOGMATICO

EXAMEN ANALITICO DE LOS ELEMENTOS ESPECIFICOS DEL DELITO

SUMARIO: 1.—Los presupuestos del delito en general. 2.—¿Presupuestos del delito o de la conducta en el tipo de vagancia y malvivencia?. 3.—Efectos por la ausencia del presupuesto. 4.—La conducta y el hecho. 5.—La conducta requerida por el tipo. 6.—Ausencia del resultado en el delito de vagancia y malvivencia. 7.—Clasificación de este delito en orden a la conducta.

CAPITULO IV ESTUDIO DOGMATICO EXAMEN ANALITICO DE LOS ELEMENTOS ESPECIFICOS DEL DELITO

SUMARIO: 1.—La Tipicidad. 2.—El bien Jurídico tutelado. 3.—Elementos del tipo. 4.—Clasificación del delito en función al tipo. 5.—Atipicidad.

CAPITULO V LA ANTIJURIDICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO

SUMARIO: 1.—La Antijuridicidad de la vagancia y malvivencia. 2.—Causas de justificación: a).—Legítima Defensa. b).—Estado de Necesidad. c).—Cumplimiento de un deber. d).—Ejercicios de un Derecho.

CAPITULO VI CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD

SUMARIO: 1.—El carácter imputable del sujeto. 2.—La culpabilidad. 3.—Teorías sobre la Culpabilidad. 4.—Especies de Culpabilidad. 5.—Culpabilidad en la Vagancia y Malvivencia. 6.—Causas de Inculpabilidad: a).—Error de hecho esencial e invencible, b).—Error de derecho. c).—No exigibilidad de otra conducta. 7.—Inculpabilidad en la Vagancia y Malvivencia.

CAPITULO VII LA PUNIBILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO

SUMARIO: 1.—La punibilidad en general. 2.—Condiciones objetivas de Punibilidad en el Delito de Vagancia y Malvivencia. 3.—Excusas Absolutorias en el delito de vagancia y malvivencia.

CAPITULO VIII FORMAS DE APARICION DEL DELITO

SUMARIO: 1.—El Iter criminis y sus fases. 2.—La preparación, la tentativa y la consumación en el delito de vagancia y malvivencia. 3.—El concurso de delitos.