

UNIVERSIDAD DE LAS AMERICAS (UDLA)

FACULTAD DE DERECHO

LA DESPENALIZACIÓN DE LA VAGANCIA Y LA MENDICIDAD EN LA LEGISLACIÓN SUSTANTIVA PENAL ECUATORIANA

TRABAJO DE TITULACIÓN PRESENTADO EN CONFORMIDAD A LOS
REQUISITOS PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADO DE LOS
JUZGADOS Y TRIBUNALES DE JUSTICIA DEL ECUADOR

PROFESOR GUIA: DR. ARTURO DONOSO

AUTOR: FERNANDA PAMELA PEREZ ESCOBAR

2007

AGRADECIMIENTOS

En la vida hay momentos en que se necesita de un guía, un amigo que nos llene de sabios consejos, por esta razón no puedo olvidar a quienes me apoyaron en el desarrollo de esta investigación, para ellos mi profundo agradecimiento.

A la Universidad de las Américas por acogerme, abriéndome sus puertas para que en ella me formara, no solo en el campo intelectual, sino en el moral, ético y espiritual, de la que quedo muy agradecida por cumplir esta labor y mas aún por dejarme el compromiso de ser una mujer encargada de aportar y así fomentar un país mejor.

Dr. Arturo Donoso, catedrático universitario y profesor guía para la elaboración del presente trabajo de titulación.

A mis padres por ser los pilares principales en mi formación.

A todos ellos mi sincera gratitud y aprecio

DEDICATORIA

A mi padre David, a mi mamita Fabiola, a mis hermanos Christian y Josué por ser los pilares fundamentales en mi vida, y la razón para seguir adelante, gracias por todo su apoyo incondicional.

RESÚMEN

Sociológicamente se considera que la aplicación de las teorías económicas en un Estado provoca desajustes económicos y sociales en las personas que lo componen como norma general. Pero como excepción se establece también que dentro de la sociedad existen personas psicológicamente disminuidas que no ven la realidad de la vivencia diaria igual que los demás, a quienes técnicamente se los considera “alienados”, dentro de un estado mental caracterizado por una pérdida del sentimiento de la propia identidad. De esta calidad de personas se ocupa el presente trabajo, cuando por su comportamiento impredecible, pretende constituirse en una preocupación para el respeto a los derechos de los demás.

En consecuencia en el presente trabajo tratamos este tema en cuatro capítulos: El primer capítulo dedicado a la evolución como tipo de delito “vagos y mendigos” en nuestros códigos penales de: 1837, 1872, 1906 y 1938; donde analizamos como nuestra sociedad observaba y calificaba este tipo de conducta, y cuales de estas tenía connotación en el campo penal.

En el segundo capítulo analizamos la evolución de las penas para este tipo de delitos conceptuados como vagos y mendigos, en la que unas veces la consideran como delito que atenta contra la seguridad pública como en los códigos de 1872, 1889 y 1938, o como con mas certeza a esta tipología de delito se lo despenaliza como tal y se la recoge como mera contravención de policía, como constaba en el código penal de 1906.

En el capítulo tres estudiamos a esta institución penal vagos y mendigos en el ámbito internacional, donde analizamos dentro del derecho continental correspondiente a Latino América; códigos penales de Colombia, Perú y Venezuela; y en algunos Códigos europeos de Finlandia Bélgica y Hungría como también en Estados Unidos.

En el capítulo cuarto nos dedicamos a objetivizar la inconstitucionalidad de los artículos 383, 384 y 385 del Código Penal ecuatoriano vigente, y que son los que tipifican puntualmente estas conductas, base del presente trabajo.

En este desarrollo concluimos que esta tipología tiene que ser despenalizada, y objetivizada en el campo administrativo, si buscamos eficiencia en este control.

ÍNDICE O TABLA DE CONTENIDO:

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I.

1. Evolución de la Institución “Vagos y Mendigos” en nuestros códigos penales de 1837, 1872, 1889, 1906 y 1938.

- 1.1 Penalogía evolutiva para la Institución “Vagos y Mendigos”

CAPÍTULO II.

2. Estudio sociológico – jurídico de la Institución “Vagos y Mendigos”
 - 2.1. Interpretación Socio Económica de la Etiología de este Delito
 - 2.2. Factibilidad de las Medidas Administrativas y Particulares para erradicar las causas de este Delito.
 - 2.3. Es un delito de peligro o un delito calificado por el resultado.

CAPÍTULO III

3. La Institución Penal: Vagos y Mendigos” en el Derecho Internacional
 - 3.1. En Latinoamérica: (Colombia, Perú y Venezuela).
 - 3.2. En algunos Códigos Penales Europeos (Finlandia, Bélgica, Hungría).
 - 3.3. En Estados Unidos.

CAPÍTULO IV

- 4.1. La Inconstitucionalidad de los Arts: 383, 384 y 385 del Código Penal Ecuatoriano
- 4.2. Juzgamiento Policial o Administrativo, de las conductas

“Vagos y Mendigos”

4.3. CONCLUSIONES

4.4. RECOMENDACIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN:

Todo trabajo dedicado a razonar sobre la actividad humana, necesariamente tiene que partir desde una retrospectiva, u antecedente que nos permitan centrar, dentro de una creencia como solución evolutiva en una sociedad determinada; y este repaso es más útil, cuando se trata de circunscribir a una sociedad dentro de parámetros jurídicos. Nada es mas cierto, que el quehacer jurídico, elevado a la categoría de emisión demiúrgica, tanto por su finalidad inmediática de “orden en la sociedad”, como mediática en busca de nuevas realidades, en torno a su perfeccionamiento como cuerpo civilizado.

En este orden de ideas, abordemos a la primera “Gran Civilización” que relacionó un acto humano con un valor determinado en torno a los efectos positivos o negativos dentro de los intereses de sus semejantes.

Así: el antiguo Oriente, representa la primera etapa de la sociedad humana que contiene la forma general del Estado y del Derecho. Caracterizándole, la absorción de la individualidad por la sustancia material de la comunidad. Ideas como en el antiguo imperio chino:

Donde el jefe del estado lo es todo, el súbdito nada. Las órdenes del emperador son leyes absolutas y gozan de una obediencia ciega. No existía un verdadero contraste entre la libertad subjetiva y la ley, y tampoco existía una verdadera moralidad. La Imputabilidad penal es una imputabilidad meramente física y objetiva. Sin que exista distinción alguna entre el hecho y la simple proposición, entre el Dolo, la Culpa y el caso fortuito. La responsabilidad es colectiva, comprendiendo a la familia, con los

ascendientes y descendientes e incluso se extiende, en ocasiones, a los amigos y conocidos. Las penas degradantes y feroces, predominantemente corporales, pueden ser dirigidas contra cualquier objeto e incluso contra los cadáveres...¹

En la India, tales condiciones, no tienen mayor cambio; admitían que el hombre no es virtuoso por naturaleza, pero podía llegar a serlo, solamente por el temor a los castigos. Puesto que está escrito que los hombres que han descontado la pena por sus delitos van al Cielo limpios de toda mancha, puros como los que sólo realizaban buenas acciones. La responsabilidad en la India también era colectiva y reversible: los hijos responden por los padres y los padres por los hijos, aparte que los suplicios eran también arbitrarios y feroces.

En la civilización babilónica, se exige a través del tiempo por el Código de Hammurabi, elaborado aproximadamente 2250 años A.C., en cuyo cuerpo de leyes, se toma conciencia de las exigencias sociales de la justicia, al consistir su propia función en: "procurar la permanencia de la paz y en regir la patria mediante el orden".

La evolución cultural, en estos pueblos, vuelve mas clara la distinción entre individuo y colectividad, entre moralidad subjetiva y moralidad sustancial, aunque la idea de la penalidad, tiene un carácter predominantemente religioso, objetivo y colectivo, criterio que a medida que se aproxima a las Civilizaciones mediterráneas, la responsabilidad se va transformando en subjetiva y personal.

La civilización Griega, no es, como la vida oriental, una ciega sumisión, en Grecia es donde el pensamiento especulativo se diferencia por primera vez de la fé y de la

¹ COSTA, Fausto; EL DELITO Y LA PENA EN LA HISTORIA DE LA FILOSOFÍA; Talleres: de la "Carpeta S.A."; México D.F.; 295 páginas.

tradición religiosa. “La escuela Jónica concibió la Justicia como una “necesidad física”, la escuela eleática como una necesidad derivada del puro ser del pensamiento”, y la Pitagórica como “la recta razón simbolizada en el cuadrado”.²

Es el procedimiento que regia en Grecia el origen de muchas instituciones procesales que preexisten hasta la actualidad, en nuestra legislación formal a cargo de legisladores como: LICURGO DRACON.

En Atenas, funcionaba la asamblea (Ecclesia) del pueblo, como el más alto organismo de administrar justicia, y reservado para el conocimiento privativo de ciertos delitos políticos, que tengan que ver con la existencia del Estado. No ofrecían garantías para el acusado, ni se regia por sistema predeterminado alguno. El areopago, fue el más famoso y conocido tribunal de Atenas; los Affetas, que era un tribunal constituido por 51 personas que juzgaban delitos no permitidos, y los Eliastas, que era un tribunal popular, constituido hasta por seis mil, elegidos anualmente por sorteo.³

Por su parte, el derecho penal del pueblo de Israel hallase contenido principalmente en los Cinco primeros libros del Antiguo Testamento, atribuidos a Moisés y denominados Pentateuco, donde el derecho de castigar es una delegación del poder divino, “ya que el delito, es una ofensa a Dios”.

² COSTA, Fausto; “EL DELITO Y LA PENA EN LA HISTORIA DE LA FILOSOFÍA”; Talleres: de la “Carpeta S.A.”; México D.F.; 295 páginas.

³ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge Dr.; “EL PROCESO PENAL”; Tomo I; Editorial NOMOS LTDA. CRA; Bogota-Colombia; 556 páginas.

En los orígenes del Derecho Penal Romano, se encuentran huellas de la venganza del Talión de la composición, de la pena sacra y religiosa hasta llegar a la pena pública, impuesto con la finalidad de conservar la tranquilidad pública.

El derecho penal romano no llegó a alcanzar la elevación de su derecho Civil, considerándose como causas de esta menor perfección la distinción entre los delitos públicos y los privados, a consecuencia de la cual estos, que eran verdaderos delitos, fueron regulados como meras injusticias de derecho Civil.⁴

Sin embargo, esta apreciación del Derecho Penal, conserva gran importancia porque “arrancaron el derecho a los dioses y lo trajeron sobre la tierra”.

Fue el derecho penal de la Iglesia, y el derecho canónico, los que introdujeron en aquella concepción penal, un profundo sentido espiritualista, que dio a los conceptos de imputabilidad, de delito y de pena, un considerable valor subjetivo, procreando nuevos principios sobre la responsabilidad (basado en la causalidad psíquica) y formando el criterio de la responsabilidad moral.

Estos derechos: el derecho penal romano, el germánico y el Canónico, constituyeron las bases de las legislaciones penales europeas durante la edad media. En unos países predominó el derecho romano, en otros el germánico, pero en todas partes se mezclan entre sí, cambiando y transformándose sin cesar, presentándose, así esta época como una de las principales características la falta de consistencia y estabilidad.⁵

⁴ CUELLO CALON, Eugenio; “DERECHO PENAL”; IX Edición; Editora Nacional; México; 1976; 788 páginas.

⁵ CUELLO CALON, Eugenio; “DERECHO PENAL”; IX Edición; Editora Nacional; México; 1976; 788 páginas.

En la baja edad media, adquirió cada vez mayor predominio, el derecho penal romano, porque sobretodo, era la fuente a la que acudían ampliamente los jueces para fundamentar sus sentencias, especialmente “El Digesto y el Código de Justiniano” conformando un derecho penal común, fijado por la Jurisprudencia.

En los tiempos modernos, el derecho penal occidental, tuvo una gran renovación, por la enorme influencia del libro de Beccaria, que encontró un gran multiplicador en la Revolución Francesa. Con sus principios humanitarios recogidos en la: Declaración de los Derechos del Hombre; estableciendo principios penales y procesales constitutivos de garantías indivisibles que han pasado después a los códigos penales y procesales modernos.

Pero es con la práctica penal, donde se pudo alcanzar una madures Filosófico - Doctrinaria, en un relativo espacio de tiempo, organizando a las sociedades, alrededor de normas punibles que observaban a la persona y no solamente a la gravedad de la acción.

En este cometido parafraseemos los pensamientos de forjadores del actual derecho, como lo conocemos en nuestros días.

La filosofía de las diversas escuelas jurídicas penales, se dirigían a reproducir los grandes modelos griegos, pero fue el HUMANISMO, la concepción que devolvió al individuo la conciencia de su poder creador. Era a través de ella, cuando el sujeto, que antes parecía oprimido, conquistaba de golpe la conciencia de su propia e ilimitada libertad.

Con el renacimiento, el individuo se pone en relación con la naturaleza que la rodea. El hombre comenzó a incluir a la naturaleza en su propio horizonte. En consecuencia humanismo y renacimiento, pusieron en lucha al platonismo, el pitagorismo, el epicureismo, y el estoicismo con el Aristotelismo, resurgiendo del olvido el método empírico, y elevando al conocimiento humano del campo de las Ciencias Naturales al de la filosofía aplicada; y sobresale: Tomas Moro con su "Utopía", donde concibe la ciudad ideal sin tribunales criminales, persuadido de que la vigencia del Comunismo haría, imposible los delitos. Tomaso Campanella, al publicar su libro "Ciudad del Sol" reconoce la necesidad de las leyes penales y asigna a las mismas una función esencialmente ética. Francisco Bacon, irrumpe, con su moderna teoría: "de la TUTELA JURIDICA", que es ejercida por el derecho público, mediante la pena. La Reforma con: Lutero, Giordano Bruno y Calvino, deja al descubierto la debilidad del "Libre Arbitrio", como base de la responsabilidad. Relegándole a un rango inservible, en el campo de la justicia.

Con el auge de las Ciencias Experimentales, se ponen de relieve el "Método Intuitivo" incluso para las investigaciones Filosóficas del cual fueron sus pioneros: Hugo Grocio quien fué el primero que se lanzó a tratar la materia jurídica de un modo autónomo y sistemático, quien demostró "que no es necesario deducir el derecho de un principio trascendente puesto que posee su origen natural en un principio interior del hombre". Principio que Grocio descubrió en la sociabilidad, donde se derivan los principios secundarios, donde se halla el fundamento del orden jurídico, con sus ideas rectoras del: Respeto a lo ajeno, restitución de lo debido, cumplimiento de los contratos, reparación del mal y retribución penal.

Tomas Hobbes, en su "Leviatan" imagino al Estado como un "hombre artificial, construido sobre el natural por la propia perfección", donde: "el hombre busca la paz

y para conseguirla se ve constreñido a renunciar al: derecho de todos sobre todo y a ponerse de acuerdo con sus semejantes. Surgiendo así el CONTRATO SOCIAL que supone la constitución de un poder político capaz de garantizar su observancia”.⁶

De este modo, la teoría contractual, formulada vagamente por Epicuro, intuida por Lucrecio, y por Horacio, repensada por Grocio, encuentra en el pensamiento de Hobbes una clara ratificación. Para Hobbes, el “derecho de castigar”, no se funda en la renuncia de los derechos, sino en el hecho de que la organización política al heredar el derecho, sobre todo y sobre todos, como correspondía a los particulares en el estado de naturaleza, adquirió también la facultad de defender óptimamente, la seguridad y prosperidad generales.

A la par de la corriente empírica, representada por Bacon y Hobbes, venia gestándose la Corriente Metafísica, siendo su fundador Rene Descartes, para quien “el pensamiento era superior al ser y optó como método de análisis “La duda metódica”; por su parte Benito Spinoza, aunque perteneció a esta corriente metafísica, negó la existencia de la libertad de querer, porque “los hombres piensan y sienten ser libres porque mientras son conocedores de las propias acciones, no lo son de las causas que las determinan”. Con tal premisa, la responsabilidad lejos de fundarse sobre la ilusoria libertad de querer, se basa sobre la necesidad social que sucedió a la necesidad natural al formarse el Estado Político.

En atención al fin y la medida de la pena, Jhon Locke, sostiene, que para conocer el origen del derecho de castigar “hay que considerar que el mal deviene del derecho de causarla a quien viola la ley de la naturaleza, y asume sólo carácter de pena

⁶ COSTA, Fausto; “EL DELITO Y LA PENA EN LA HISTORIA DE LA FILOSOFÍA”; Talleres: de la “Carpeta S.A.”; México D.F.; 295 páginas.

cuando tiende a impedir que se cometan otros delitos en el Futuro...”, y en relación al fin de la pena; manifiesta: “impedir al culpable la reincidencia en el delito, mediante el arrepentimiento y el temor y disuadir a los demás, por el ejemplo, de imitarlo...”

Cesar Beccaria, recogiendo estos criterios como antecedentes, estipula; que el derecho penal se deriva, de la necesidad de defender el depósito de la salud pública e incluso se identifica en su extensión con el depósito mismo, que como hemos visto esta constituido por la suma de las mínimas porciones de libertad a que los particulares fueron constreñidos a renunciar. Un derecho de castigar más basto no sería ya un derecho sino un abuso. Y en relación a los fines de la pena, le asigna dos únicos fines: impedir que el reo cometa otro delito y alejar a los demás de imitarlos. De lo cual se establece el límite de la pena: que produzca un sufrimiento que exceda sólo y en la mínima cantidad posible al placer que el delincuente se promete obtener del delito porque un mínimo de exceso hace que la pena alcance infaliblemente su fin, mientras que un exceso mayor, además de hacer ilegítima la pena, constituiría una crueldad inútil.

Romagnosi, por su parte, aplicando a sus estudios de derecho criminal aquel “método filosófico, que Bonnet adoptara en su “ensayo analítico de las facultades del alma”, nos otorga como corolario suyo, un derecho de defensa propio de la sociedad, en cuyo ejercicio la sociedad concurre a la defensa de sus miembros particulares con el fin de conservar ella misma el estado de agregación”. Este derecho de defensa social o defensa indirecta, y no el de “defensa individual”, no es otra cosa que el derecho de castigar.

Finalmente es con Hegel, donde la serie de los grandes sistemas de la filosofía moderna, llegó a su término. Todo el siglo XVIII, fue un esfuerzo para colocar en el individuo el centro de gravedad del Estado y la conclusión de ello fue: “la declaración

de los derechos del hombre” y la conformación de la escuela Clásica del Derecho Penal, con ello se consideraron; deducciones extremas del individualismo abstracto; como la consagración del principio “NULLA POENA SINE LEGE”, el cuidado de definir los delitos en particular y la reflexiva investigación de los hechos, para eliminar las “Dudas Interpretativas”, la introducción en los Códigos de las garantías de la defensa, acompañadas de las sanciones de nulidad del procedimiento.

Fue el prestigio de las ciencias como: “La antropología y la Psiquiatría” y sus irrupciones última en el Derecho Penal; la que con cuyos análisis lograron desplazar el centro de investigación “del Delito al Delincuente”, a esta orientación se le reconoció como Positiva.

Con esta escuela, el fundamento del derecho de Castigar paso a segunda línea, al considerarse como: “una reacción natural del organismo colectivo contra una forma de actividad anormal de una parte de sus componentes. Concepción que prescinde de todo concepto de justicia moral, adaptándose, con la escuela utilitaria.

El célebre penalista italiano: Enrico Ferri, ilustró con su obra: “Sociologia Criminale” al mundo penal, en la cual arribo a las siguientes conclusiones: que la psicología positiva ha demostrado que el llamado Libre Albedrío es puramente una ilusión subjetiva, que la antropología criminal prueba, mediante hechos, que el delincuente no es un hombre normal, sino que constituye una clase especial; que las estadísticas demuestran como el origen, aumento, disminución y desaparición de los delitos depende, en su mayor parte, de razones distintas de las penas establecidas por los Códigos y aplicadas por los magistrados; por ello consideraba que el derecho penal, debiera ser considerado como “una rama de la sociología” y fundado sobre los datos de tres disciplinas preliminares: la psicología, la antropología; y la estadística, para lo cual la Sociologia hubiera debido dividirse en dos ramos, la una comprensiva de la

actividad humana normal; y la otra de la actividad humana anormal. Y esta última rama, con la apelación de sociología criminal, hubiera debido absorber y suplantar el derecho penal.

A este punto de evolución, observamos cuantas instituciones tuvieron que ser superadas, ante el conocimiento científico, en nuestro campo Penal. Atrás, muy atrás quedó, el derecho penal sancionador a título de mera venganza, y es ya cosa superada el determinar la responsabilidad solamente en consideración al daño provocado; actualmente no hay legislación penal en la tierra, que mire solo al delito y su resultado, y que se mida la pena solamente en consideración al mal causado, sin reparar en el fin de la norma penal, cual es, la de observar conductas humanas, valorar las mismas, y adecuar medidas de seguridad aplicables al imputable, con el objeto de limitar su temibilidad, resocializándole y devolviéndole a la sociedad y a su familia como un elemento óptimo o positivo.

Ante esta conclusión, regresemos lo andado, con el objeto de aplicar estas medidas de conocimiento, y conceptos, en nuestros cuatro códigos penales, que en su momento morigeraron las conductas de nuestros nacionales, desde el inicio de nuestra independencia política.

LA DESPENALIZACIÓN DE LA VAGANCIA Y LA MENDICIDAD EN LA LEGISLACIÓN SUSTANTIVA PENAL ECUATORIANA

CAPÍTULO I:

1. Evolución de la Institución “Vagos y Mendigos” en nuestros códigos penales de 1837, 1872, 1906 y 1938.

El marco de las ideas penales, en nuestro medio y en la alta edad colonial, estaban determinados por el Derecho de la Metrópoli – España, para aquel entonces y comienzos del Siglo XIX, la legislación española penal estaba contenida en la novísima recopilación, con plena influencia: Romana y Germana, y como derecho supletorio: Las Partidas; disposiciones que provenían desde la edad media, caracterizadas por su severidad y dureza, mismas que contrastaban con el derecho penal humanitario que con ideas innovadoras daban paso a un derecho penal cuyo centro era: la persona, y que recién se conjeturaba a tal que, el comentarista español: Pacheco, calificaba tal exacerbación como: “Todos los absurdos, todas las crueldades que distinguían nuestra legislación criminal de hace seis siglos, Todos ellos han llegado en su completa crudeza hasta el siglo presente”.⁷

De la etapa Colonial, habiendo alcanzado nuestra independencia política de la metrópoli española, fruto de nuestra autonomía para legislar nuestros propios Códigos, el 14 de Abril de 1837, en la presidencia del insigne ecuatoriano e ideólogo

⁷ CUELLO CALON, Eugenio; “DERECHO PENAL”; IX Edición; Editora Nacional; México; 1976; 788 páginas.

americano Don Vicente Rocafuerte, se legisla nuestro primer Código Penal, con 586 artículos, comprendidos en un: Título preliminar que se ocupa de la parte subjetiva del delito, es decir del culpable y su graduación; de una Primera Parte o de los delitos contra intereses públicos, y una Segunda Parte, o de delitos contra derechos de los particulares.

Este código contiene todos los avances progresistas doctrinarios a la época, puesto que Rocafuerte, legislador de este cuerpo de leyes, recogió sus experiencias como patriota internacional con sus vicisitudes en su Quito natal, a raíz del 10 de Agosto de 1809. Del escape de la Cárcel de Madrid por defender los derechos Americanos en 1814; la persecución de Lima en 1819, los escapes en México, cuando combatió la Monarquía de Iturbide, sus observaciones en Filadelfia y Nueva York durante su estadía diplomática de 1822 y 1823; que lo llevan a identificarse con el pensamiento positivista de la criminología, compenetrándose además de las hondas teorías sobre el delito y el delincuente, como se recoge en su pensamiento.

Emprendo con tanta más satisfacción este utilísimo trabajo, cuanto he viajado por esas naciones, y que penetrado de que no hay libertad sin justicia, ni buena administracion de justicia sin carceles bien entendidas y manejadas, he visitado con alguna atención casi todas las que están establecidas en Europa y en los Estados Unidos del Norte. No pretendo decir nada nuevo, nada que no este ya escrito, sabido, recomendado y publicado por los filántropos Howard, Buxton, Lord Suffild, Lyancour, Villarme, Fry, Guerney, y Cuningham.⁸

⁸ ROCAFUERTE, Vicente; “ENSAYO SOBRE EL NUEVO SISTEMA DE CÁRCELES”; México; Imprenta de Galvan de Manzano, 1830; 37 páginas.

Este cuerpo de leyes penales, dedica su “CAPITULO V, del título Quinto, Parte Primera” Art., 317 y siguientes a la tipología de los “vagos y mendigos” dentro de: los delitos contra la moral pública; y los conceptúa como:

Son vagos:

1. Los que no tienen domicilio fijo o teniéndole, no tienen medios conocidos de subsistencia.
2. Los que perteneciendo a algún oficio o profesión, no le ejercen habitualmente.
3. Los que con pretexto de vender a la mano mercaderías o efectos de tienda, o fondo ajeno, vagan por las calles sin oficio u ocupación conocida.

Art. 318. Los vagos, declarados tales, serán destinados a una casa de trabajo o en su defecto a una casa de reclusión por el tiempo que los jueces respectivos estimen necesarios, para que se dediquen a algún oficio, con tal de que no exceda de un año y cumplido que sea el término de su condena, quedará por un año bajo la vigilancia de las autoridades.

Art. 319. Los que por vagos hubieran sido destinados a alguna casa de trabajo o reclusión, si después de haber salido de ella reincidieren en la vagancia, serán destinados a los mismos establecimientos por término doble del que antes hubieren estado, y cumplido, serán confinados a un pueblo determinado, distante cinco leguas a lo menos, del lugar en que hubieren sido aprehendidos como vagos.

Art. 320. Los declarados vagos que fueren de otro domicilio diverso de aquel en que fueren aprehendidos, serán, después que hayan cumplido el tiempo

porque fueren destinados a la casa de trabajo o reclusión, enviados a sus respectivos domicilios o vecindarios, allí quedarán por un año bajo la vigilancia especial de las autoridades.

SECCION SEGUNDA

DE LOS MENDIGOS:

Art. 321. Cualquier persona que se hallare mendigando en un lugar en que hubiere establecimiento público, o donde puedan acogerse los impedidos de trabajar, será castigado con un arresto de 8 a 30 días, y cumplido el término de su condena, será conducido al hospicio o establecimiento respectivo.

Art. 322. En los lugares donde no hubiere establecimiento o donde pueden acogerse los impedidos de trabajar, solo se permitirá mendigar a estos siempre que tengan permiso para ello de los corregidores o funcionarios públicos encargados de la policía, y que lleven una tablilla al pecho que denote ser de los que puedan mendigar: los que de otra suerte mendigaren, serán castigados con arreglo al artículo anterior.

Art. 323. Jamás se concederá el permiso de que habla el artículo anterior a las personas sanas, o cuya lesión o enfermedad no sea incurable, sino a los lisiados o estropeados incurables, que se hallen absolutamente impedidos de dedicarse a género alguno de trabajo, y el corregidor o funcionario encargado de la policía que lo hiciere pagará una multa de veinticinco a cien pesos, y será apercibido.

Art. 324. Los ciegos y lisiados que necesiten de lazarillo para andar, no podrán tener como tal a ningún mayor de 12 años, y serán obligados a dar parte a los corregidores o funcionarios encargados de la policía, de los

lazarillos que tuvieren, para que se tome razón de sus nombres y se expresen en las licencias que dieren para mendigar, y el que lo contrario hiciere, será arrestado por tres a quince días.⁹

Por su parte en la legislación positiva constitucional de nuestro país al año de 1835, misma que estaba vigente a la promulgación del Código Penal de 1837, al Referirse al Art. 12. de estas normas constitucionales prescribe:

“Art. 12.- los derechos de ciudadanía se suspenden: 4to por ser vago declarado, ebrio de costumbre o deudor fallido...”¹⁰

En relación al Código Penal de 1872 indicaremos que se divide en 2 libros; el primero dedicado: A las infracciones y penas en general”; y el segundo libro que se ocupa de las infracciones y de su represión en particular. En este segundo libro, TITULO VI, dedicado a “Crímenes y delitos contra la seguridad Pública”; capítulo V, se tipifica a los delitos: “De los vagos y mendigos”; y en el Articulado se recoge:

Art. 358. Son vagos aquellos que no tienen domicilio fijo, ni medios de subsistencia, y que sin enfermedad o lesión que los imposibilite, no ejerzan habitualmente oficio ni profesión.

Art. 359. Los vagos serán puestos bajo la vigilancia especial de la policía, por un año a lo menos y tres a los más.

⁹ “CÓDIGO PENAL DE 1837”; palacio de Gobierno; 17 de Abril de 1837; Imprenta del Estado; 100 páginas.

¹⁰ TRABUCCO, Federico; “CONSTITUCIONES DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR”; Imprenta Nacional; 1979; II Edición; Quito - Ecuador; 518 páginas.

Art. 360. Todo mendigo o vago que hubiere sido aprehendido disfrazado de cualquier modo, será castigado con una prisión de ocho días a dos meses.

Art. 361. Serán castigados con tres meses a un año de prisión: los vagos o mendigos que hubieren sido encontrados llevando certificados o pasaportes falsos, o que fingieren lesiones o enfermedades.

Los que hubieren sido encontrados llevando armas o mendigando hubieren amenazado con un ataque a las personas o propiedades o ejercido un acto violencia contra aquellas.

Los que fueren encontrados provistos de limas, ganzúas u otros instrumentos propios, ya sea para cometer robos u otros crímenes o delitos, ya para procurarse los medios de entrar en las casas...¹¹

En relación a la norma constitucional vigente a la expedición de este código y que regula la institución “vagos y mendigos”, tenemos la constitución de 1869, sancionada por el Presidente Dr. Gabriel García Moreno; que en el Art. 13 se indicaba: “...los derechos de ciudadanía se suspenden, #3ro: Por ser ebrio de costumbre, tahúr de profesión, vago declarado, o tener casa de juegos que prohíbe la ley...”. Aunque en el Art. 95 que trata de las Garantías de los ciudadanos, encontramos. ... “Todo individuo se presume inocente y tiene derecho a conservar su buena reputación, mientras no se le declare delincuente conforme a las leyes...”¹²

Contradicción Constitucional con el Derecho positivo penal, que se mantiene desde estos albores del Derecho Nacional Ecuatoriano, pero que no existe en el Código de

¹¹ “CÓDIGO PENAL DE 1872”; Palacio de Gobierno; 19 de Agosto de 1872; Quito -Ecuador; Impreso en New York.

¹² TRABUCCO, Federico; “CONSTITUCIONES DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR”; Imprenta Nacional; 1979; II Edición; Quito - Ecuador; 518 páginas.

1837, y la Constitución política de 1835, cual es el hecho de que, se presupone sin juicio anterior a que las personas “Son vagos”, cuando no tienen domicilio fijo, ni medios de subsistencia, o que no trabajan a pesar de no soportar, enfermedad o lesión; mientras que el mandamiento garantizador constitucional nos aclara: “Todos son inocentes mientras no se les declare delincuentes conforme a las leyes”. A la vez que el Art. 12 de esta Constitución, estipula que: “los derechos de ciudadanía se suspenden: 4to: Por ser vago declarado, ebrio de costumbre o deudor fallido...” con un claro tinte del Delito por el resultado, prototipo de la escuela alemana.

El Código Penal de 1889, por su parte también se divide en dos libros, el primero dedicado “De las infracciones y penas en general”, y el libro segundo que trata de las diversas tipologías de los Delitos, bajo el epígrafe: “De las infracciones y de su represión en particular”; y dentro de este libro II, bajo el título “De los crímenes y delitos contra la seguridad pública”, capítulo V se puntualiza como delito la “Vagancia y la Mendicidad”, bajo el siguiente articulado:

Art. 356. Son vagos los que no tienen domicilio fijo, ni medios de subsistencia, y que, sin enfermedad o lesión que los imposibilite, no ejercen habitualmente oficio ni profesión.

Art. 357. Los vagos serán puestos bajo la vigilancia especial de la policía, por un año a lo menos, y tres a lo más.

Art. 358. El mendigo o vago que hubiere sido aprehendido disfrazado de cualquier modo, será castigado con prisión de 8 días a 2 meses.

Art. 359. Serán castigados con prisión de tres meses a un año los vagos o mendigos que hubieran sido encontrados llevando certificados o pasaportes

falsos, o que fingieren lesiones o enfermedad. Los que hubieran sido encontrados llevando armas, o mendigando hubieren amenazado con un ataque a las personas o propiedades, o ejercido un acto de violencia contra aquellas.

Los que fueren encontrados provistos de limas, ganzúas u otros instrumentos propios, ya sea para cometer robos u otros crímenes o delitos, ya para procurarse los medios de entrar en las casas...¹³

Por su parte, la constitución política que regía para este cuerpo de leyes sustantivas penales, era la de 1883, en su Art. 12, al tratar de la suspensión de los derechos de ciudadanía, ya no recoge, como una de las causas de la misma, la de ser vago o mendigo declarado; como también al tratar de las garantías, en el Art. 15 de este mismo cuerpo de leyes constitucionales, recoge el principio de “INOCENCIA CONSTITUCIONAL”.¹⁴

Nuestro penúltimo cuerpo de leyes sustantivas penales, es el correspondiente a 1906, dictado por la Jefatura Suprema de Eloy Alfaro, que de acuerdo al tratadista Dr. Francisco Pérez Borja y a su sabio entender nos explica: “que aunque en él se dice: Que es inaplazable la necesidad de reformar y poner en armonía las leyes ecuatorianas, sin embargo el código actual, si modificó en parte el de 1889, es casi igual a este y con pocas variantes, el de 1872. Este último tomado casi literalmente de Código belga de 1870, el cual tuvo como base el Código Penal Francés de 1810”.¹⁵

¹³ “CÓDIGO PENAL DE 1889”; Palacio de Gobierno, Imprenta del Estado; 1889; 148 páginas.

¹⁴ TRABUCCO, Federico; “CONSTITUCIONES DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR”; Imprenta Nacional; 1979; II Edición; Quito - Ecuador; 518 páginas.

¹⁵ PEREZ BORJA, Francisco; “APUNTES PARA EL ESTUDIO DEL CÓDIGO PENAL”; Tomo I; Quito - Ecuador; Talleres OFFSET de la Facultas de Jurisprudencia, Ciencias políticas Sociales; 487 páginas.

Este Código Penal se divide en dos partes, la primera llamada sintética que trata de las infracciones en general; y otra, llamada analítica que recoge los hechos que están considerados como: Crímenes y delitos.

Como característica de este Código penal, observamos la sustitución de “Título” por “Libro”, con una variación netamente semántica.

Pero en lo que si se reforma realmente, es cuando se ha legislado un verdadero Código de Policía, con las infracciones denominadas “CONTRAVENCIONES”, que era materia del título último de los Códigos anteriores, y que ahora es parte de un Código preventivo y especializado.

En consecuencia, en tal Código de Policía, Art. 89, Capítulo XVI, se refiere a los Vagos y Mendigos; así:

Art. 89. Los que careciendo de bienes o rentas propias suficientes para la subsistencia y que sin enfermedad o lesión que se les imposibilite para el trabajo, no se dedicaren habitualmente al ejercicio de una profesión, arte, oficio, u ocupación lucrativa, serán considerados como vagos.

Art. 90. Los vagos serán destinados por la policía a un establecimiento industrial por un término que no pase de seis meses.

En caso de fuga o de reincidencia serán destinados al trabajo por un año, en un establecimiento correccional.

Art.91. No serán considerados como vagos los pordioseros o mendigos que acreditasen ante la policía la imposibilidad física que tuvieran para todo trabajo, los cuales serán destinados a un establecimiento de beneficencia.

Art. 92. Los intendentes y comisarios de policía son también competentes para juzgar a prevención, a los tinterillos y empíricos, y penarlos con una multa de diez a doscientos sucres.¹⁶

Por su parte, en la misma norma constitucional; con un modernismo claro, recogido en la Constitución de 1906; Art. 15, se prescribe: “Los derechos de ciudadanía se suspenden: #3ro.- Por interdicción judicial; y en los demás casos que determinen las leyes”¹⁷. Con lo que queda definitivamente superado la contradicción de: anteponer, al reconocimiento judicial en sentencia ejecutoriada, la calidad de “Vago y Mendigo”, con la simple evocación de esta calidad.

Finalmente analicemos, la institución vagos y mendigos, en el Código penal de 1938, mismo que fuere promulgado el 22 de Marzo de 1938, bajo la presidencia del Gral. Alberto Enríquez Gallo, que con múltiples reformas, rige hasta el actual momento. Este código ya se divide en tres libros; el Primero: que se especializa en cuantificar la “responsabilidad de las personas, en las infracciones, y de las penas en general”; el libro Segundo, que recoge la descripción típica de los delitos en específico, y finalmente el libro Tercero, que trata de las “Contravenciones de Policía” determinados en grados y de manera independiente.

Y es en el “Libro Segundo”, dentro del TITULO V “De los delitos contra la seguridad pública”, en el capítulo IV; donde se trata, “De los vagos y los mendigos”, al tenor siguiente:

¹⁶ Registro Oficial # 924: Año III; Quito, viernes 28 de Octubre de 1904; Administración del Sr. Gral. Leonidas Plaza Gutiérrez; Páginas: 9477 a 9491.

¹⁷ TRABUCCO, Federico; “CONSTITUCIONES DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR”; Imprenta Nacional; 1979; II Edición; Quito - Ecuador; 518 páginas.

Art. 358. Son vagos los que no tienen domicilio fijo ni medios de subsistencia y los que sin enfermedad o lesión que les imposibilite, no ejercen habitualmente oficio o profesión.

Art. 359. Los vagos serán puestos en un establecimiento industrial o remitidos a una colonia agrícola penal, por un año a lo menos, y tres a los más, y estarán bajo la vigilancia especial de la autoridad, por el mismo tiempo.

Art. 360. El mendigo que hubiere sido aprehendido disfrazado de cualquier modo o fugare del establecimiento o colonia, en la que le hubiere colocado la autoridad, será reprimido con prisión de dos meses a un año.

Art. 361. Serán reprimidos con prisión de tres meses a un año:

- Los vagos o mendigos que hubieran sido encontrados llevando certificados o pasaportes falsos o que fingieren lesiones o enfermedades.
- Los vagos o mendigos que hubieren sido encontrados llevando armas o hubieren amenazado con un ataque a las personas o propiedades, o ejerciendo un ato de violencia contra aquellas; y
- Los vagos o mendigos que fueren encontrados provistos de limas, ganzúas u otros instrumentos propios, ya sea para cometer robos u otros delitos, ya para procurarse los medios de entrar en las casas”.¹⁸

¹⁸ “CÓDIGO PENAL ECUATORIANO DE 1938”; Palacio de Gobierno; Imprenta Nacional; Gobierno del General G. Alberto Enríquez Gallo; 1938; 160 páginas.

Pero mientras se encontraba vigente este Código Penal, seguía vigente la misma Constitución Política de 1906, con las consiguientes garantías analizadas al citar el Código de 1906, a tal, que el tratadista Dr. Ramiro Borja y Borja aclara:

Siendo el Código de 1906 antecedente del de 1938, las fuentes de aquel vincúlase con éste, por lo que Jiménez de Asúa sostiene que: En suma la vieja estructura del belga pervive todavía con novedades tomadas del Código argentino y del fascista de 1930, acaso de este último procede la preocupación legislativa sobre la causalidad, aunque se ha reemplazado el sistema italiano de la “Equivalencia de condiciones, por un régimen de “Causación corregida por la culpabilidad de fórmula no muy nítida”. Las medidas de seguridad no existen más que embrionariamente por lo que el Código ecuatoriano no puede ser filiado como político – criminal”.¹⁹

Clara ha sido la sucesión de influencias doctrinarias, en nuestra legislación penal ecuatoriana, lejos quedó la consideración meramente objetiva de “verle” a la institución vago y mendigos como “algo prejuizado”, donde solo bastaba la simple endilgación, sin mas preámbulo, para la aplicación de la pena correccional inmediata.

Sin embargo, aunque ha sido valioso este desarrollo, no es menos cierto, que es un error el seguir manteniéndolo con la categoría de Delito, a una conducta ajena al “Dolo” que es la calidad que persigue toda norma penal, y que se vislumbró con buena técnica al separar en un Código de Policía Administrativo, estas conductas de “vago y mendigo”, como ya sucedió en el Código Penal de 1906.

¹⁹ BORJA Y BORJA, Ramiro; “CÓDIGO PENAL ECUATORIANO”; Exposición de motivos y texto de su reforma, Talleres gráficos Minerva; 1961; 138 páginas.

1.1. Penalogía evolutiva para la Institución “Vagos y Mendigos”

De la observación de los cinco Códigos Penales, precitados observamos las siguientes particularidades:

2.1. El legislador, lo considero como un delito contra “la moral pública”, como en el caso del Código Penal de 1837.

2.2. Posteriormente, se pretendió encasillarlo dentro de los delitos que atentan contra la “seguridad pública”, como en los casos de los Códigos de: 1872, 1889 y finalmente hasta el día de hoy en el Código penal de 1938.

2.3. Pero hay una legislación de carácter ecléctica, que sigue una técnica que va a la par, del objetivo del presente análisis, y es que en el Código penal de 1906 donde la noción de “Vagos y Mendigos” se despenaliza como delito, y se lo recoge como “Contravención de Policía”, en un cuerpo de leyes especializado a parte del Código Penal, con una clara concepción preventiva.

2.4. Parafraseando las razones por las que el Código de 1837, instituyo el delito en análisis, como un delito contra la “Moral Pública”, observemos que a excepción del “Proxenetismo y la Bigamia”, y los demás actos, no son mas que contravenciones de Policía, así; el uso de las palabras u acciones obscenas, el uso de escritos y pinturas deshonestas, los que se casan sin obedecer las formalidades, la conducta del hijo licencioso, o de las mujeres reacias al marido, o la presencia de juegos prohibidos. Por este motivo, el legislador de aquel entonces, ante la exigua gravedad de esta conducta, las esquematizó en actos contra la ética social, con sanciones que van

desde el internamiento en casas de trabajo, hasta que se dediquen a algún oficio, a la vez que se les destinaba a la “vigilancia de las autoridades”.

Definitivamente, en relación a nuestra materia, este código cuya autoría lo tiene en Vicente Rocafuerte, gracias a sus amplias prácticas y observaciones en Europa, EEUU, México y Latinoamérica, lo sitúa en la justa medida para su rehabilitación, es decir: la vigilancia de la autoridad, y la enseñanza de un oficio. En consecuencia, a pesar de la gran falta de Metodología en el momento de tipificar los delitos, es certero en cambio, al escogitar la medida administrativa que tenga por fin reintegrarle al “vago y mendigo” a la sociedad, como elemento útil a la misma.

2.5. Esta apreciación es antagónica con la que presentan nuestros códigos penales de: 1872, 1889 y finalmente el vigente con algunas reformas de 1938, cuando, a esta institución “vagos y mendigos la tratan entre los: “Delitos que atentan contra la Seguridad Pública”; constante entre ellos específicamente: “las asociaciones ilícitas, conservación indebida de explosivos, intimidación, instigación para delinquir, apología del delito, incendio y otras destrucciones, deterioros y daños, delitos contra los medios de transporte y comunicación, piratería, salud pública, quebrantamiento de condena y algunas ocultaciones”.

Apreciamos que el legislador, para esta tipificación tomó en consideración, la Prevención del Delito como medio de lucha contra la delincuencia; a parte de que pretende interrumpir el accionar del iter criminis de manera genérica, en su atentado contra los derechos de personas no determinadas, atentado que se distingue, por su dolo manifiesto, como constituye el hecho primario de formar una asociación con un solo acto exteriorizado, “el pretender transgredir un derecho de las personas o de sus

propiedades; como también en el caso de atemorizar a las personas de manera proyectada, el hecho de amenazar sin llegar a ejecutar las mismas; o en el caso de quien estimula a cometer un delito, o ensalza el sujeto activo del mismo.

Y es en este estado de PREVENCIÓN, cuando se intercala como tipología de delito la caracterización de; Vagos y Mendigos, con la singularidad, de que, siendo el mero porte o tenencia de Certificados o pasaportes falsos inocuo para nuestro Derecho Penal, en el caso, de que si porten los “vagos y mendigos”, es suficiente causa para su incriminación, o el hecho de portar armas a excepción de las de fuego, que es contravención tratándose de cualquier persona, en este caso, es un acto punible. El simple porte de limas y ganzúas, con los que se les sorprende a diario a los antisociales, a quienes, no se les conoce, domicilio ni trabajo fijo, y que sin embargo jamás ha sido sentenciado nadie por este hecho. Más aún, es inverosímil el hecho del “Mendigo disfrazado de cualquier modo”, y no menos sorprendente el que alguna vez, se haya abierto causa, por este evento. Es decir, estas normas son el caso patético de “letra muerta”, en relación a las observancias de las mismas.

2.6. Finalmente, es en el Código penal de 1906, sancionado por el Gral. Eloy Alfaro, donde con vislumbramiento de largo alcance, y aplicando las, en aquel entonces novísimas ideas Sociopolíticas, con mas tinte pragmático que técnico, cuando se separan entre varias instituciones del Código penal, la de “Vagos y mendigos”, llevándole a un Código de prevención como es el de Policía; ambición que constituyó un adelanto aunque nada certero, en las medida de que, las autoridades encargadas de ejecutar tal “Código de Policía”, nada conocían de reeducación y del trato y manejo de establecimientos industriales o correccionales para adultos; pero ya no con la idea del simple enclaustramiento con el común de los presos.

Pero cuando hablamos de “deficiencias de personalidad” sometidas a terapias de reeducación, hemos abandonado el campo penal, para adentrarnos al Socio - Educativo.

CAPITULO II

2. Estudio sociológico – jurídico de la Institución “Vagos y Mendigos”.

Al estudiar los factores que originan esta “anomalía social” que infecta a nuestra sociedad actual, los estudiosos de la Sociología y Criminalística indican que mas bien es la: inadaptación social del individuo antes que una especie de forma delictual, lo que transparentan estas conductas, por lo que por lógica simple, no se puede juzgar aisladamente este fenómeno, sino en relación y consideración, de las influencias sociales procreadas por la crisis en que se desenvuelve, nuestra sociedad.

Examinemos pues en este trabajo tales factores de manera específica, determinantes para procrear tierra fértil, para el aparecimiento de este fenómeno psico - social, que vincula a todas las Naciones.

Sociedad: El filosofo italiano: Arturo Santero, aclara:

La sociedad no es culpable de tal o cual crimen, pero crea el terreno propicio al no proporcionar al niño lo necesario para su expansión normal, el menor no solo exige protección, sino que demanda asistencia en su desarrollo y la satisfacción de sus necesidades fundamentales. En consecuencia, este mal “vagos y mendigos” nada les ofrece, ni les puede ofrecer, tanto en el plano ideológico como sobre el práctico o material.²⁰

²⁰ SABATER, Antonio; “GAMBERROS, HOMOSEXUALES, VAGOS Y MALEANTES”; Editorial Hispano Europa; Barcelona - España; 1962; 587 páginas.

Y no es nada aventurado aseverar que nuestra colectividad, es ahora producto de contradicciones y desajustes sociales donde hemos visto: denigrarse públicamente todas las instituciones, a nuestros líderes “morales y políticos” acusarse mutuamente de ser vulgares ladrones y rateros; el concepto mismo de familia, paulatinamente se ha ido separando, desintegrándose, conjuntamente con sus valores tradicionales.

Estas realidades, explican la crisis moral de hoy, en referencia a la destrucción de valores, indiscriminación del bien y del mal; desaparición del sentido de la responsabilidad y de la culpa, la disolución de la conciencia del deber.

Educación: No es una novedad, el hablar de la crisis de nuestra educación, a pesar que la misma descansa en la ideología de la igualdad, y de la igualdad de oportunidades para todos; los analistas educativos se preguntan, si con el actual proceso de cambios sociales, se ha destruido el mecanismo mediante el cual una generación comunicaba a la siguiente sus valores y sus creencias. Dentro de este reparto de culpa, recae en el cine, las revistas y la televisión: graneros de antivalores, que confunden a una sociedad, que de tiempo a tras camina sin brújula. La gran confluencia de comunicaciones sociales, que a la vez ensanchan el campo de las informaciones, dejan en riesgo, el esfuerzo de la reflexión personal a tal que se llega a afirmarse que:

La vida moderna febril e intranquila, de agitación, de ruido, de movilidad creciente, de medios de comunicación masivos, contrasta con los géneros de vida tradicionales en los cuales la permanencia y la estabilidad de los tratos humanos, eran generadores de una verdadera cultura popular, aparte de que provoca un desgaste nervioso, palpable en el aumento de la Neurosis, de

estados depresivos, ansias y obsesiones, que hacen necesarios existentes y calmantes, curas de sueño, etc.²¹

La Familia: Las condiciones en que se desarrolla la persona dentro de la familia influyen notoriamente sobre su carácter, siendo que esa persona tiene mayores probabilidades de delinquir cuanto mas desfavorables sean las condiciones de la vida familiar. Observamos que la familia ha perdido sus valores tradicionales, la fe, su vida moral, intelectual y afectiva. La vorágine de la vida y economía contemporánea despliega a cada uno de sus miembros fuera del hogar; cada uno hace su vida; apenas hay contacto entre ellos, y ante esta realidad llegan a no tener nada en común.

Finalmente entre estos factores exógenos no se puede dejar aparte el hacinamiento, ya que la escasez de viviendas obligan a ocupar habitaciones pequeñas, oscuras, infectas, sin luz, sin aire, que además de conformar un elemento generador de vicio, de decadencia moral, presiona para que la persona perturbe sus sentidos, embruteciéndolo, hasta que pierda cualquier idea de superación personal.

Contando con estos factores, ya en tiempos de ROMAGNOSI, anticipándose a las conclusiones de la Sociología penal, intento reunir en tres grupos a las causas del delito: "...defectos de educación, defectos de subsistencia y defectos de justicia"²²; para lo cual indicaremos que en relación a los defectos de educación y de subsistencia, hemos dejado graficado en líneas anteriores, por lo que en este punto reflexionaremos sobre los "Defectos de la Justicia", como causa del delito; así:

²¹ SABATER, Antonio; "GAMBERROS, HOMOSEXUALES, VAGOS Y MALEANTES"; Editorial Hispano Europa; Barcelona - España; 1962; 587 páginas.

²² INGENIEROS, José; "CRIMINOLOGÍA"; VII Edición; Talleres Gráficos Argentinos; Buenos Aires; 1919; 318 páginas.

Muchos autores y tratadistas del Derecho penal, están de acuerdo en determinar, que el estancamiento del derecho penal, es resultado de sus antagonismos y contradicciones con las nociones científicas novísimas en todas las ramas de la cultura psicológica y sociológica, lo que ha resultado en graves efectos de orden práctico que lo hacen cada día mas alejado de sus fines. Este hecho es el generador del desfase existente entre el principio de la disciplina penal represiva, y la dedicación de la “Defensa Social” contra el delito, que finalmente desemboca, en los errores en las respectivas sentencias judiciales.

De otra parte a la luz de la experiencia sintetizamos que, la piedra angular del Derecho estatal para castigar, es la presunción de: la inmanencia o presencia del Libre Albedrio en la actividad psíquica de la persona, por el cual, la misma es libre de actuar y elegir entre el bien o el mal; esta presencia del libre albedrío descontada determinaba la atribuidad o atribución del pretendido acto delictivo a su autor, a título de Culpa, y por lo tanto se dilucidaba, que tal actuación, por la presencia del libre albedrío, era cometido con: intención, libertad, conciencia, y la voluntad de realizarlo; y en consecuencia tal acto delictuoso, debe ser castigado, haciendo del castigo un ejemplo para el mismo y para los demás. Esta es en suma la idea cardinal que preside la función punitiva: se castiga al delincuente por tener LIBRE ALBEDRIO y ser responsable en consecuencia de su delito. Este es el criterio con la que la legislación penal actual nuestra, fundamenta la *imputabilidad del delincuente*.

Pero, cual es la tendencia actual, para determinar el criterio de Responsabilidad; filosóficamente parafraseando a tarde se recoge el siguiente acerto:

La responsabilidad de una persona ante otra, supone reunidos dos condiciones: primera; que exista cierto grado de semejanza social entre

ambos; segunda, que la primera causante del daño incriminado, haya continuado siendo idéntica así misma. "Criterio que evoluciona, restringiendo a cuanto acto no reúna esta doble condición de semejanza y de identidad; la primera con relación al agregado social, la segunda con relación al individuo mismo."²³

Por esto, la ausencia de "Semejanza Social" determinó la restricción de la responsabilidad a los individuos de la especie humana, en el sentido de que no podía haber responsabilidad, en seres que no tenían intención de realizar actos delictivos.

Finalmente, en relación a la "Identidad Personal", se considera que para que el delincuente fuera culpable de su acto, este debía representar una forma de actividad conforme a su carácter; es decir: que necesariamente debía estar en posesión de su "Libre Albedrío", acompañado este por la facultad de querer o no realizar el acto; quien no podía quererlo no debía considerarse responsable.

Esta idea de simple sentido común, pero a la vez tan importante, demoró generaciones para que constituya parte del acervo técnico de Jueces y Abogados, y aún constituye un mito en los círculos semicultos.

Sin embargo, es la tendencia actual, el que los Códigos eximan de responsabilidad a los locos y alienados, aunque de manera genérica; donde se contempla otros estados que ponen al hombre en situación de no ser idéntico a si mismo, haciéndole actuar en disconformidad con las naturales tendencias de su carácter. Como es el caso de los vagos y mendigos entre otros.

²³ INGENIEROS, José; "CRIMINOLOGÍA"; VII Edición; Talleres Gráficos Argentinos; Buenos Aires; 1919; 318 páginas

2.1. Interpretación Socio Económica de la Etiología de este Delito.

Los vigentes Artículos: 383, 384 y 385 del Código Penal, no formulan dentro de los conceptos de: vagos y mendigos una apreciación específica de los mismos, debido a que se tendría que subsumir dentro de tal tipología, conductas de difícilísima evolución, porque definitivamente la ociosidad y la mendicidad, presentan mayor variedad que las que puedan prever las leyes.

En la práctica encontraremos fácilmente, la más extraña unión, entre una exuberante posesión de bienes o rentas, de la mano de una inmoral e impúdica vagancia, como es el caso del pudiente que vive de la usura; o también encontramos a aquellas personas, que sin tener bienes de ninguna naturaleza, peor los de fortuna, carezcan accidentalmente de trabajo u ocupación, sin que esa anómala situación provenga de su voluntad.

La vagancia: ...”escribe Ruiz Funes; no es necesariamente el resultado de una causalidad económica. No hay el vago, sino los vagos. No es posible referir su origen a la posibilidad de subsistir. En su etiología entran otras situaciones y disposiciones, desde el instinto de aventura hasta el automatismo ambulatorio, desde la santa pobreza o la creencia religiosa, hasta la devoción artística. El vago puede ser un hombre genial, un refractario, un asocial, un enfermo mental o un delincuente. Por lo que sería injusto considerar como vagos a todos los que aparentemente no trabajan.²⁴

²⁴ SABATER, Antonio; “GAMBERROS, HOMOSEXUALES, VAGOS Y MALEANTES”; Editorial Hispano Europa; Barcelona - España; 1962; 587 páginas.

El Derecho al trabajo es de origen Constitucional, pero existen formas de trabajo donde impera el lado intelectual, y aún el sentimental, y que por lo tanto no presentan las características de una labor común. Ante esto vale el citar que la Vagancia, es el repudio al trabajo, el prototipo del vago es la persona estéril para la producción: es a este tipo de seres, los que estando sanos no quieren trabajar, y mas bien se dedican a una vida ociosa y nómada, las que algunas legislaciones consideran como una “presunción de peligrosidad sin delito”; pero para otras constituyen una efectiva peligrosidad social, por lo que, para llegar a esta disyuntiva es necesario investigar sus orígenes, y la personalidad del sujeto.

En nuestro medio, nuestro pueblo observa, como, con que facilidad, asoman gigantes fortunas personales, provenientes del contrabando, blanqueo de dineros provenientes del narcotráfico, venta del voto de nuestros inefables diputados, sobornos en el servicio público, libertades desvergonzadas y sentencias civiles insólitas en nuestra función judicial; nuestro pueblo formado dentro de nuestra deficiente educación y por lo tanto, sin una sólida formación moral, prefieren aventurarse en el camino de sus señuelos aunque para esto, le signifique la pérdida de sus últimas raíces de vida ordenada, que le fuera impartida en el seno familiar.

En relación a los mendigos, caracterizados por pedir socorros públicos o privados, se les considera menos grave que la vagancia, ya que tender la mano para ser socorridos, no constituye ningún atentado a los derechos individuales y/o sociales, mientras que el hecho de vagar sin domicilio, ni medio de subsistencia, y de no ejercer un oficio o profesión, es una denigración para el ser humano.

En doctrina, se considera: “el estado de peligrosidad sin delito; el estado al que llegan ciertos sujetos que pueden llegar a constituir un verdadero peligro para los demás y para ellos mismos, resultado al que se llega cuando su insuficiencia se encuentra

unida a la insuficiencia del medio social, y los riesgos de la miseria y del abandono vienen a sumarse a los peligros de la tendencia a degenerar, porque la peligrosidad procede de factores orgánicos y ambientales.

Por estos motivos, los tratadistas consideran casi imposible, dar un concepto exacto, a tal que Felipe Crispigny, partiendo de teorías subjetivas define a la peligrosidad indicando: "Es la capacidad de una persona para que devenga probablemente en autora de un delito..." En cambio para Sebastián Soler, formula la peligrosidad partiendo de teorías negativas y la considera: "Como un concepto erróneamente trasportado al Derecho penal y que, en realidad, solo puede y debe apreciarse en los individuos que aparecen ante un tribunal, porque entonces han cometido una acción tipificada como delito".²⁵ Por su parte Enrico Ferri, representante de la doctrina positiva, y que es la concepción de "peligrosidad" que recogen nuestros artículos: 383, 384 y 385 del Código Penal, identifica al peligro "con la conducta criminal, con cualquier conducta criminal y con todas las conductas criminales. Peligrosidad y delito quedan así fundidos en un solo concepto..."²⁶

Con lo mencionado podemos concluir que la "peligrosidad" es: solo un mero cálculo de probabilidades y una presunción que pretende basarse en una apreciación Médico - Psicológico de la personalidad, apreciación que de ninguna manera llega a un grado de precisión suficiente para determinar normas científicas y comprobadas, que puedan utilizarse con suficiente seguridad y como concreto elemento de juicio, constituyendo un peligro evidente para la seguridad personal a causa de su indeterminación. Y sin embargo de esta insuficiencia, bajo un claro atentado al principio de Legalidad, se pretende restringir o anular derechos y valores individuales

²⁵ SOLER, Sebastián; "LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA PELIGROSIDAD PREDELICTUAL"; Editorial Atlántida; Córdova; 1926286 páginas

²⁶ SABATER, Antonio; "GAMBERROS, HOMOSEXUALES, VAGOS Y MALEANTES"; Editorial Hispano Europa; Barcelona - España; 1962; 587 páginas.

consagrados en el Art. 23 numeral 3; correspondientes a la Igualdad ante la Ley; en el numeral 26: de la Seguridad Jurídica; numeral 27: el Derecho al Debido Proceso; y Art. 24 numeral 7; presunción de inocencia; y 17 sobre la tutela jurídica; recogidas en nuestra Constitución Política vigente.

2.2. Factibilidad de las Medidas Administrativas y Particulares para erradicar las causas de este Delito.

Recordemos el precedente filosófico general, de la razón para la aplicación de las penas, y nos remontamos a Platón (428-348 A.J.C), principalmente a sus diálogos, en “La República; las leyes, Georgias, Protragoras”, especialmente en este último, donde estima que es posible en la naturaleza del hombre, un cambio para mejorar, y en vista de ello propone diferentes especies de sanciones, considerando la distinta perversidad de la intención delictiva, ya que considera al delito: signo de que el alma del sujeto esta enferma y ve en la pena la medicina adecuada para la oportuna curación psicológica. Puesto que la pena purifica al delincuente siendo un bien para el, ya que la impunidad es el mayor de los males.

Por su parte Aristóteles (384-322 A.J.C.) miro a la pena como una Medicina, en virtud de ser contrario al mal del delito y el temor del mal de la pena; partía en su concepción recogiendo el hecho de que los hombres son mas obedientes a la necesidad que a la razón, mientras que la pena es un acto de necesidad que solo es bueno en cuanto es necesario.

Cesar Beccaria, (1738 -1794 D.C.) el gran Milanés, al construir el derecho penal como ciencia autónoma, adoptando las doctrinas del contrato social y de la utilidad aclaraba:

Que mejor es prevenir los delitos que castigarlos, este es el fin principal de toda buena legislación; pero los medios empleados hasta ahora son; por lo común, falsos y opuestos al fin propuesto. Prohibir una multitud de acciones indiferentes no es prevenir los delitos que de ellos puedan surgir, sino crear otros nuevos; es decidir a capricho la virtud y el vicio que se nos predicen eternos e inmutables. ¿A que quedaríamos reducidos si hubiera de prohibirnos todo lo que pueda inducirnos al delito...?. Seria necesario privar al hombre del uso de sus sentidos. Por un motivo que impulsa a los hombres a cometer un verdadero delito, hay mil que los inducen a cometer aquellas acciones indiferentes que las malas legislaciones llaman delito; y si la probabilidad de los delitos es proporcional al número de los motivos, ampliar la esfera de los delitos es aumentar la probabilidad de cometerlos.²⁷

El maestro: Luís Jiménez de Asúa, (1889-1970 D.C.) critica a la naturaleza de las penas sentenciando que: las penas como “viejísimos” instrumentos al servicio del “vetusto derecho punitivo”, han probado repetidamente su fracaso retributivo en la lucha contra el crimen; la pena con carácter de retribucionista, al no llegar a metas mas fecundas, ni preocuparse de ellas, fueron la causa del fracaso del viejo sistema punitivo.

De ese argumento, los sostenedores de la escuela: Política-Criminal, han acogido en sus planes de reforma penal a lado de las penas de caduco fin, las: Medidas de Seguridad, encargadas de enmendar a los susceptibles de corrección. Y como enfatiza este inmortal profesor español Jiménez de Asúa:

²⁷ BECCARIA, Cesare; “DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS”; IV Edición; Editorial Temis S.A.; Bogota – Colombia; 1998; 126 páginas.

De esta reforma y dualidad fundamental, arrancan del respectivo método: las de Imputabilidad y estado peligroso; delito fenómeno natural; delito ente jurídico; pena y medida de seguridad; represivo el uno y asegurativo el otro; en el primer caso, sería objeto de reglamentación las viejas ideas de: Imputabilidad y de pena; en el segundo se regularían jurídicamente: la peligrosidad, y la medida asegurativa; por esto se sugirió la publicación de dos códigos: Un código penal edificado sobre la retribución, y un “Código Preventivo”, construido sobre la prevención especial, comprensivo de las medidas profilácticas.²⁸

En síntesis, es contundente el acerto, de que la penalización de los tipos: “Vagos y mendigos”, constituyen dos confusiones en la lucha por prevenir la Comisión de otros delitos. Estas dos situaciones, parten de una “precalificación” de hecho, sin que se haya investigado la realidad del Sub - índice, ni sus características, peor sus causas, lo que se produce al mezclar una Ciencia Causal - Explicativa, como es la Criminología, (que es la que se encarga del análisis y combate de estas anomalías sociales), con una ciencia cultural normativa, como es el derecho, lo que produjo un resultado híbrido e infecundo, porque como lo asegura Jiménez de Asúa; “El aplicar el método experimental, a las normas jurídicas, abominando de lo jurídico, es un imposible...”²⁹

El recoger estas dos tipologías dentro del contexto punitivo, ha hecho que, por su indeterminación, jamás en nuestro medio, se haya procesado peor sentenciado, alguna conducta, así presentada hasta el día de hoy, realidad de ningún asombro, si es que aceptamos que estos dos comportamientos anormales, constituyan

²⁸ JIMENEZ DE ASUA, Luís; “TRATADO DE DERECHO PENAL”; Tomo II; IV Edición; Editorial Losada S.A.; Buenos Aires; 1439 páginas.

²⁹ JIMENEZ DE ASUA, Luís; “TRATADO DE DERECHO PENAL”; Tomo II; IV Edición; Editorial Losada S.A.; Buenos Aires; 1439 páginas.

desajustes sociales, antes que delito, como antes fue considerado “El adulterio”, actualmente con acierto, derogado como delito.

2.3. Es un delito de peligro o un delito calificado por el resultado.

Partamos indicando que la escuela Dogmática conceptúa al delito como: “un acto típicamente antijurídico, imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, y que se halla conminado con una pena o, en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella...”³⁰ Requisitos necesarios que debe presentar una conducta humana, para que tenga connotación en el campo jurídico penal, de cuyo concepto se establece que: ninguno de estos elementos es independiente de los demás, cada uno de ellos esta incluido en la formación de los demás, ya que cada uno se incluye en el otro y todos juntos son presupuestos de la pena.

Pero para nuestro estudio y subtítulo, lo que por ahora nos interesa, es el primer elemento, es decir “el acto”, al que se lo define como: “Manifestación de voluntad y que mediante una acción produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin modificar ese mundo externo, cuya mutación se aguarda entendiéndose entonces como “Acto”, no el punto inicial de la conducta del sujeto, sino mas bien la “ESTACION TERMINAL DE UN PROCESO INTERNO”

A su vez el “Acto”, esta formado por tres elementos, y son: Manifestación de la voluntad, resultado y nexa causal entre los dos primeros nombrados.

³⁰ JIMENEZ DE ASUA, Luís; “TRATADO DE DERECHO PENAL”; Tomo III; IV Edición; Editorial Losada S.A.; Buenos Aires; 1439 páginas.

Ahora precisemos que es: Manifestación de la Voluntad, a lo que se reconoce como: “El cambio en el mundo exterior, causado por la manifestación de la voluntad, o la no mutación de ese mundo externo por la acción esperada y que no se ejecute. Y finalmente, Relación de Causalidad; es el nexo causal entre la conducta del ser humano y el resultado sobrevenido, de tal manera, que si se suprime tal acto, no se produce el resultado concreto.

De estos componentes del Acto, solo nos interesa, la manifestación de la voluntad y el resultado. A la manifestación de la voluntad, se le considera:”como la noción del acto o conducta deducida de la vida real identificándolo con el comportamiento del hombre ante el mundo circundante, tanto en su faz positiva, de actividad corporal, como en su faz negativa, de inactividad o inercia. (En la que se excluye todo juicio de valor cultural, toda referencia normativa).³¹ Criterio que se recoge en el Art. 10 de nuestro Código penal vigente que reza:”Son infracciones los actos imputables sancionados por las leyes penales, y se dividen en delitos y contravenciones según la naturaleza de la pena peculiar...”³²

Pero si bien entonces, nuestro Código Penal, con sus raíces en el Código Penal Belga, con reminiscencias en el Código Italiano, y con preceptos de neto corte español, se encuadra, como se recoge en el mencionado Art. 10, dentro de la teoría de la Causación, donde la acción u omisión siempre han de ser cosas externas, cosas que se refieren a su autor, no meramente al círculo de sus ideas, porque la intención sola, el pensamiento, la mera voluntad, no basta nunca para constituirse en delito.

³¹ JIMENEZ DE ASUA, Luís; “TRATADO DE DERECHO PENAL”; Tomo III; IV Edición; Editorial Losada S.A.; Buenos Aires; 1439 páginas.

³² “CÓDIGO PENAL ECUATORIANO”; Corporación de Estudios y Publicaciones; Talleres de la Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito – Ecuador; 2000; 108 páginas.

Y, si esto es así, no entendemos la razón doctrinaria para que el legislador al tipificar los Arts: 383, 384 y 385 de nuestro Código Penal, como constan conceptuados confunden la manifestación de voluntad con el resultado, cayendo la concepción doctrinaria de Edmundo Mezger, conocido como la “Acción Finalista” que califique a estos delitos como de: “predominante actividad o formales y con ello, destinan al resultado unido a la manifestación de la voluntad, como parte del “Tipo” antes que del “Acto” como hemos estado analizando, y con ello, en relación a estos 3 artículos premencionados, la teoría tradicional de la culpabilidad, del dolo, y de la culpa, quedan totalmente aniquiladas, vemos también, en este análisis, al requisito de la “intención” que tampoco esta formando parte de la culpabilidad, sino de la manifestación de la voluntad, y como tal intención bajo esta óptica sería la base del tipo de lo injusto, la intención resulta así un elemento subjetivo del tipo legal, que no de la culpabilidad.

Y, en relación al “Resultado”, y al remitirnos nuevamente a la doctrina, observamos que al hablar del resultado se manifiesta que: “Es la fuerza física del delito considerada en su consecuencia: consiste en el daño causado a otro con la acción”. Daño que puede ser: Efectivo, Potencial y de Peligro; siendo efectivo; cuando se ha producido la pérdida del bien atacado; Potencial: cuando si no se ha producido el acto tiene potencia, para ocasionarle, consecuentemente, en este caso existe violación completa de un derecho.

Para nuestro estudio, tenemos que diferenciar entre el: Daño potencial y el Peligro (incluso el peligro es de dos especies: El Peligro Temido; que nunca es causa para la violación de un derecho, así; el mal perfil psicológico y los gustos de una persona; y otro es el Peligro Corrido, que es causa inminente para que en un momento dado, se efectivice una violación a un derecho), en donde peligro: “Es el estado en que, bajo

determinadas circunstancias, públicas o conocidas solo por el autor, en el momento de la manifestación de la voluntad, se da la posibilidad inmediata de que devenga su infracción”.³³

De esto deducimos que, el Peligro Temido, nunca puede dar a lugar a la incriminación de índole penal; y el Peligro Corrido, puede dar lugar a la “Imputación por Tentativa” dadas algunas circunstancias. En consecuencia, el daño potencial, tiene los mismos efectos jurídicos que el peligro corrido.

Pero en el caso que nos ocupa, la tipificación del Art. 383 del Código Penal ecuatoriano, sometido a la luz del presente análisis, solo transparenta un peligro temido, y a título de mera presunción de hecho, y no jurídico y que por lo tanto no puede ser objeto de incriminación, o acto sancionado con una pena.

Contando con este antecedente, en relación a las prescripciones de los Arts. 384 y 385, concluimos que constituyen verdaderas discriminaciones, en contra de tales categorías de humanos, en relación a “vagos y mendigos”, puesto que el Art. 341 de este mismo cuerpo de leyes sustantivas penales recoge en su tipología “el que usa dolosamente documento falso” y no meramente al portador; porque en esta situación: como tenedor, aún no ha hecho demostración ninguna de acto doloso, y es esta intención lo que interesa al campo penal.

Caso igual dilucidamos con el “porte de armas, amague de ataque a personas y propiedades, o acto de violencia contra personas”, cuyo resultado no pase de 3 días de curación e impedimento físico para el trabajo, conductas que para el resto de ecuatorianos, constituyen contravención de policía recogidos en los Arts. 604, numerales 15 y 54”...los que dispararen armas de fuego, sin necesidad, dentro de las

³³ JIMENEZ DE ASUA, Luís; “TRATADO DE DERECHO PENAL”; Tomo III; IV Edición; Editorial Losada S.A.; Buenos Aires; 1439 páginas.

poblaciones, en las plazas, calles o paseos públicos. Serán además, comisadas dichas armas..." y "...los que llevaren consigo armas prohibidas: o las permitidas, sin la correspondiente autorización escrita; debiendo ser comisadas las primeras, si no constituye delito" respectivamente. O, como constan tipificadas en el Art. 607 Ibidem, numerales: 3, sobre las heridas causadas a terceros "...los que voluntariamente hirieren o dieran golpes a otro, causándole enfermedad o incapacidad para el trabajo personal, que no pase de tres días..." o en el caso del mismo Art. 607 pero en el numeral 7, que trata sobre el ataque a bienes y propiedades "...los que hubieren deteriorado cercas urbanas o rústicas pertenecientes a otro, cualquiera que sean los materiales de que estuvieran hechas, cuando el valor del daño no exceda de Cien sucres..." o finalmente, tratándose del ataque a personas, constante en el mismo fundamento legal, pero en el numeral 10; así "Todo el que ultrajare de obra a una persona con bofetadas, puntapiés, empujones, fuetazos, piedras, palos o de cualquier otro modo, pero sin ocasionarle enfermedad o lesión, ni imposibilitarle para el trabajo, sin perjuicio de la acción de injuria, en los casos en que hubiere lugar".

O en el caso del Art. 385 del mismo Código sustantivo Penal ecuatoriano que recoge "...el mendigo que hubiere sido aprehendido disfrazado de cualquier modo, o que fugare del establecimiento en que le hubiere colocado la autoridad, será reprimido con prisión de dos meses a un año...", el legislador en este caso parte de un acto preconstituído, pero no declarado, cual es el reconocimiento vía sentencia de última instancia, de la calidad de "Mendigo", y que la persona sub - indice en este acto aún no es calificada como tal, y si no hay tal calificación, nos encontramos ante un neto acto prejudicial, cuya falta de procedimiento y decisión en firme, obstaculiza la prosecución legal de este enjuiciamiento, y mas aún si pretendemos partir de un juzgamiento anterior por el cual se destino se reeducación en un "presunto establecimiento".

Este es un delito, por sus connotaciones imposible de darse en la realidad, pero lo que no nos deja duda, es que, esta omisión atropella a las normas del debido proceso y a la seguridad jurídica, contempladas en el Art: 23, #26 y 27; y Art. 24 # 7 y 17 de la Constitución Política vigente que rezan:

Se presumirá la inocencia de toda persona cuya culpabilidad no se haya declarado mediante sentencia ejecutoriada...” y”...Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión.

El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

CAPITULO III

3. La Institución Penal: Vagos y Mendigos” en el Derecho Internacional.

Hasta fines del siglo XX, el Estado para cumplir con su objetivo de defensa de sus connacionales, en presencia de este fenómeno social, comprendidos dentro del concepto de “vagos y mendigos” que se irrumpen por los desajustes sociales, no tenían mas instrumentos que el Derecho Penal y su consiguiente medio de coerción, cual es la pena, en su doble naturaleza: represiva y preventiva, para combatirla, pero que a la luz del estado actual, observamos que no fue idónea; mas bien resultó insuficiente para combatir este estado “predelictivo sin delito”.

Ante esta necesidad, irrumpieron las “medidas de seguridad”, como una especie de “sanción preventiva”, cuyo antecedente obviamente no es el delito; sino la mera probabilidad de su comisión, ya que la pena en general no es adecuada para ello, puesto que aquí se analiza: no el acto por él ejecutado, sino el estado del posible agente. El norte de esta innovación era el que estas medidas consigan lo que la pena no podía conseguir.

Para Eugenio Cuello Calón, al tratar este punto, aclara

Actualmente para que el derecho penal realice eficazmente su labor de defensa social y jurídica contra el delito, se completa con medidas de otro género: con Medidas Preventivas y con las llamadas Medidas de Seguridad, de las cuales las medidas de seguridad recae sobre la: peligrosidad Post

delictual y la medida preventiva, obra sobre la peligrosidad social o **Antedelito**.³⁴

Sin embargo, para la escuela positiva, entre penas y medidas de seguridad, no hay diferencia alguna, la identidad es completa, porque tanto unas como otras presuponen un acto criminoso, las dos parten del acto como el índice revelador de la personalidad criminosa, ambos propugnan la defensa social, las dos se fundamentan en la autoridad del Estado; y tienen un mismo procedimiento, ante los mismos órganos conllevando iguales garantías fundamentales; a tal que bien pueden aplicarse unas por otras o viceversa, mientras que a las Medidas Preventivas, mas bien la ubican “dentro de la esfera de la administración”, y aplicables solamente a sujetos peligrosos; No Delincuentes, (gentes de vida disoluta, entre otros).

Para este mismo tratadista, al analizar en el campo internacional esta conducta dice:

Actualmente a la “Mendicidad y la Vagancia”, en las legislaciones penales de los países democráticos la comprenden como estados antisociales permanentes, por la cual los mendigos, vagabundos y afines se consideran como seres socialmente peligrosos, y por lo tanto considerados como verdaderos delincuentes, susceptibles de medidas de prisión y medidas postcarcelarias. Actualmente se halla en descrédito este sistema de castigo, pues se reconoce que la prisión; ni intimida ni causa ningún efecto beneficioso sobre los vagabundos y mendigos.³⁵

³⁴ CUELLO CALON, Eugenio; “DERECHO PENAL”; IX Edición; Editora Nacional; México; 1976; 788 páginas.

³⁵ CUELLO CALON, Eugenio; “DERECHO PENAL”; IX Edición; Editora Nacional; México; 1976; 788 páginas

Es de data reciente, la aplicación en estos seres, a un tratamiento reformativo, llegando a un extremo hasta el extrañamiento, por el tiempo que dure el tratamiento en casas de trabajo, para lo cual, internacionalmente, se los ha separado en tres categorías o grupos:

1. Inválidos y enfermos a quienes se aplican medidas de hospitalización y de asistencia.
2. Mendigos y vagabundos accidentales (por crisis de trabajo, etc.), a los que también se les aplican medidas de asistencias.
3. Mendigos y vagabundos profesionales, para quienes se dispone el internamiento en casas de trabajo.

De igual forma, es de aceptación multinacional, en todos los países, que en base de una irrestricta aplicación del "Principio de Legalidad" para la determinación de "Vago o Mendigo" se requiere que se pruebe formalmente que el sujeto pertenece a una de estas categorías, y la misma se recoja en una declaración judicial previa de peligrosidad.

En Latinoamérica: (Colombia, Perú y Venezuela).

Partamos indicando que toda Latinoamérica a excepción de Haití, responde a la cultura iberoamericana, pero si bien es cierto que a nivel de esta superestructura, tenemos una identidad mayoritaria, desde el Río Grande, al Sur de Estados Unidos, hasta la Patagonia en Argentina, sin embargo observamos que en relación a nuestra legislación penal, otra es la suerte que hemos corrido, así tenemos legislaciones penales, con profundas influencias del código penal francés, como los de Haití y República Dominicana; otros con influencia del Código Penal Belga, que aunque de acuerdo a los comentaristas es "mejor estructurado que el código penal Napoleónico-

Francés”, que lo adopto el Código de nuestro país el Ecuador, al que se ha hecho modificaciones “que empeoran su sistema y que responden a la legislación italiana...”³⁶

Del Código Penal español, recibieron influencias el código penal de: Bolivia, Nicaragua, El Salvador, Honduras, Guatemala, Paraguay, Cuba, México, del código penal Italiano, tomo raíz el de Uruguay, Panamá y Venezuela.

De raigambre Positivista (Escuela positiva), tenemos el Código penal Colombiano y también el de Cuba, en los cuales, se considera “la mayor o menor peligrosidad”, para aplicar la sanción al delincuente, recogido no como doctrina, sino en norma jurídica concreta.

El código penal peruano, que es uno de los más evolucionados de esta parte del mundo, y obedece a criterios: político - criminales, al adoptar un régimen doble de imputabilidad y estado peligroso y de penas medidas de seguridad, que se recogía en el Código Penal Suizo, y del cual viene influyendo a los nuevos códigos penales de: México, Uruguay, Brasil, Costa Rica y Venezuela.

Valga el acotar que estas innovaciones: político - criminales avanzaron solo en el papel y no en la práctica, quedando tales medidas de seguridad inanimadas por falta de recursos económico - técnico, y por sobre todo, como lo reconocen profesores y comentaristas de Derecho penal sudamericano; “Estos nuevos códigos no responden a nuestras normas de cultura”.

³⁶ JIMENEZ DE ASUA, Luís; “TRATADO DE DERECHO PENAL”; Tomo I, II y III; IV Edición; Editorial Losada S.A.; Buenos Aires; 1439 páginas.

Si parafraseamos la ley penal colombiana, tenemos en su libro I; capítulo II; al hablar de las “Medidas de Seguridad”, en su Art. 61 se recoge. “Son Medidas de Seguridad:

- a. Para los delincuentes a que se refiere el Art. 29: la reclusión en un manicomio criminal o en una colonia agrícola especial. La libertad vigilada; el trabajo obligatorio en obras o empresas públicas. La prohibición de concurrir a determinados lugares públicos.
- b. Para los delincuentes a que se refiere el Art. 30: la libertad vigilada, la reclusión en una escuela de trabajo o en un reformatorio.

Art. 65.- El trabajo en obras o empresas públicas consiste en someter al intoxicado por el alcohol o por una droga venenosa cualquiera a la obligación de prestar su trabajo en determinadas obras o empresas señaladas al efecto por intoxicados que salgan del manicomio o de la colonia agrícola especial, o aplicarse exclusivamente en los casos de infracciones leves o contravenciones.

Art. 66.- La prohibición de concurrir a determinados lugares públicos consiste en privar a los intoxicados por el alcohol o por alguna sustancia venenosa, del derecho de concurrir a los establecimientos abiertos al público, donde se expendan bebidas alcohólicas, y a lugares donde se considere que se comercie clandestinamente con sustancias narcóticas, o donde las condiciones de ambiente, la índole de las personas que suelen congregarse etc. Puedan impulsarlos a cometer infracciones.

Art. 76.- Siempre que una de las causas o motivos del delito haya sido el uso immoderado de bebidas alcohólicas, el juez deberá imponer al responsable como pena accesoria, la prohibición de entrar, por un término de 6 meses a 3

años, una vez cumplida la condena, a cualquier lugar o establecimiento donde se expide dicha clase de bebidas.

Art. 77.- En todos los establecimientos destinados al cumplimiento de penas o medidas de seguridad se clasificarán y mantendrán en departamentos separados en grupos de reclusos que se encuentren en condiciones síquicas y físicas afines, para lo cual se tendrá principalmente en mente el hecho cometido, la vida anterior del condenado y sus capacidades para el trabajo.³⁷

De otra parte, en el código penal peruano; tenemos que en su título IV, bajo el título "Penas, medidas de seguridad y otras medidas". En su Art. 38: " En los casos en que se impusiere al condenado obligaciones especiales, el juez cuando parezca necesario, podrá exigirle caución de buena conducta.

El juez podrá exigir garantía suficiente de no delinquir al que hubiere amenazado a otro con un delito e hiciere temer fundadamente su perpetración, o al que habiendo sido condenado antes por delito contra la vida, el cuerpo y la salud manifestara formalmente su intención de reincidir. Estas obligaciones especiales según las condiciones personales, familiares y sociales pueden referirse a la residencia, la prohibición de permanecer fuera de la casa durante la noche, la prohibición de asociarse a personas de mala fama, de frecuentar despachos de bebidas alcohólicas y, en general, el deber de observar conducta intachable.

Art. 42.- Tratándose de delitos reprimidos con prisión que fueren consecuencia de desarreglo o de la ociosidad en que hubiere vivido el culpable, puede el

³⁷ SABATER, Antonio; "GAMBERROS, HOMOSEXUALES, VAGOS Y MALEANTES"; Editorial Hispano Europa; Barcelona - España; 1962; 587 páginas.

juez después de informarse de la educación y de los antecedentes de este, si lo cree susceptible de habituarse al trabajo, suspender condicionalmente la ejecución de pena y colocarlo por el mismo tiempo de la condena en una sección especial de una escuela de artes y oficios o en una casa destinada exclusivamente a la educación por el trabajo...³⁸

Finalmente observemos, como la legislación venezolana, enfrenta este problema predelictual:

ESTATUTO DE VAGOS Y MALEANTES.- CAPITULO I, Art.1.- Los vagos y maleantes, para su corrección y como medida de defensa social, serán sometidos al régimen de Seguridad plantado en el siguiente estatuto:

Art. 2.- Se consideran vagos:

- a. Los que habitualmente y sin causa justificada no ejerzan profesión u oficio lícitos y que por tanto constituyan una amenaza para la sociedad,
- b. Los que aún ejerciendo profesión, destino u oficio o poseyendo bienes o rentas, viviesen o completasen sus recursos personales a expensas de personas dedicadas a la prostitución, o por el ejercicio de actividades ilegítimas, entendiéndose como tales, a los efectos de este estatuto, las que tienen por objeto actos considerados como atentatorios de la moral y las buenas costumbres.
- c. Los timadores y petardistas de oficio,
- d. Los que habitualmente transiten por calles o caminos promoviendo la ociosidad y otros vicios.

³⁸ SABATER, Antonio; "GAMBERROS, HOMOSEXUALES, VAGOS Y MALEANTES"; Editorial Hispano Europa; Barcelona - España; 1962; 587 páginas.

- e. Los que habitualmente pidan limosna para imágenes, santuarios y otros fines religiosos, sin la licencia eclesiástica y el visado de la autoridad de la policía; y los que con pretexto benéfico y filantrópico especulen con la buena fé del público, levantando contribuciones.
- f. Los que habitualmente induzcan o manden a sus hijos, parientes o subordinados que sean menores de edad a mendigar públicamente y los que en general se valgan de menores para el mismo fin o exploten igualmente a enfermos y lisiados.
- g. Los que fingieren enfermedad o defectos orgánicos para dedicarse a la mendicidad.

CAPITULO II.- De las medidas correccionales:

Art. 4.- Para corregir o poner a recaudo los vagos y maleantes a que se contrae el presente estatuto, las autoridades competentes dictaran y aplicaran en la forma establecida en los artículos siguientes, las medidas que a continuación se expresan:

- a. Amonestación, con la obtención de la promesa, por parte del amonestado de corregir y dedicarse al trabajo.
- b. Envío, bajo custodia, en los casos que lo requieran, a la ciudad o pueblo de origen, con previo aviso a la autoridad respectiva para su vigilancia.
- c. Internación en una casa de reeducación y trabajo.
- d. Obligación o prohibición de residir por tiempo conveniente en un lugar o parte determinado del territorio del Estado, Distrito Federal, o Territorio Federal en donde se hubiese tramitado el procedimiento.
- e. Internación en una colonia de trabajo, fija o móvil.
- f. Sumisión a la vigilancia de la autoridad. La vigilancia tendrá carácter tutelar y de protección y será ejercido por las autoridades designadas para el efecto. Esta medida podrá ser reemplazada por caución de conducta, pero no

podrán ser fiadores sus ascendientes, descendientes o cónyuges. La acción educativa para la readaptación social de aquellos individuos que requieren especial tratamiento, se hará siempre bajo las indicaciones de la técnica Médico Social y en sitios debidamente acondicionados.

Art. 7.- A los individuos internados en Colonias Agrícolas Correccionales, en casas de corrección o de trabajo o en colonias de trabajo, tan luego como hayan adquirido hábitos de disciplina y de trabajo y se dediquen a este de buen grado, podrá la autoridad de quien depende fijarles una retribución, de acuerdo a lo que disponga en los reglamentos.

Art. 8.- Para el debido cumplimiento del presente estatuto, el Gobierno Nacional, creará las casas de corrección y de trabajo, las colonias agrícolas correccionales o las colonias de trabajo que fueren necesarias y a su sostenimiento contribuirán los Gobiernos de los Estados, Distrito Federal, y Territorios Federales, en la forma en que convengan con el ejecutivo Federal.

Art. 9.- En las Colonias Agrícolas Correccionales los internados serán ocupados en los distintos cultivos de la tierra que permita la región, y en el aprendizaje técnico, en lo posible de la agricultura. También se enseñara a los que revelen aptitudes especiales las artes y oficios que tengan más inmediata relación con la industria agrícola.

CAPITULO III.- Del Procedimiento:

Art. 17.- La averiguación prevista en este estatuto, y su decisión en primera instancia, corresponde a la primera autoridad Civil del Distrito en los Estados, a los Prefectos de Departamentos en el Distrito Federal y a los Jefes Civiles de

Departamentos en los territorios Federales. Sin embargo en las capitales de los Distritos de los Estados, en las capitales de los territorios Federales, donde hubiere oficina del Servicio de Investigación Nacional corresponderá al respectivo jefe el conocimiento del asunto de primera Instancia...

Art. 21.- De la decisión dictada podrá apelar el indiciado, dentro de las 24 horas después de notificado, para ante el Gobernador del respectivo Estado, ante el Gobernador del Distrito Federal o ante el Gobernador del Territorio Federal según el caso.

Art. 23.- Cuando la pena impuesta por el Gobernador respectivo excediere de dos años, el expediente pasará a la consideración del Ministro de Justicia, quien aprobará el procedimiento si no encontrare objeción que hacer. En caso contrario decidirá en definitiva la conducente.

CAPITULO IV.- Del tribunal de conducta y de la libertad condicional:

Art. 28.- En los establecimientos de que trata el presente Estatuto funcionará un tribunal de conducta que tendrá las atribuciones y deberes señalados en este capítulo y los que fije el respectivo Reglamento. Dicho tribunal estará integrado por el Director, quien lo presidirá; el Subdirector, quien actuará como Secretario con voz, pero sin voto; el Médico, el Capellán, un maestro de instrucción de primera y el principal alcalde, quienes ejercerán de vocales con voz y voto.³⁹

³⁹ SABATER, Antonio; "GAMBERROS, HOMOSEXUALES, VAGOS Y MALEANTES"; Editorial Hispano Europa; Barcelona - España; 1962; 587 páginas.

De lo citado en estas tres legislaciones latinoamericanas, puntualizamos que tanto la colombiana como la peruana, siguen prescribiendo tales medidas de Seguridad, para “vagos y mendigos” en su Código sustantivo penal, es decir continúan pretendiendo domeñar este desajuste social por medio de la Coerción estatal, dejando que sea la pena o título de represión la que obligue al sub - índice a que recompongan su conducta, pretenda por esta vía la reinserción en la sociedad. Trato diferente amerita su: “Estatuto de Vagos y Maleantes” venezolano, donde esta conducta errada de los “vagos y mendigos” son tratados de manera administrativa, fuera del campo: Delincuencial - penal, con autoridades predispuestas a buscar la razón por la cual el examinado “ABORRECE” o no tiene predisposición para el trabajo. Por lo que “a - priori”, pensamos que por esta orientación se encuentra la solución para esta irregularidad social.

En algunos Códigos Penales Europeos (Finlandia, Bélgica, Hungría).

En Finlandia, país nórdico de Europa, y uno de los más aventajados actualmente en cuanto a orden y disciplina social, tenemos que para tipificarle a una conducta como de: “Vago y Mendigo” considera al individuo que no tiene ningún problema: físico o mental, pero que no tienen ocupación ni medios suficientes de subsistencia y que sin embargo es vagabundo a excepción que “se comprueba que esta buscando trabajo”. Quedan también inmersos en esta ley los indigentes o no entregados al hábito de mendigar, o aquellos que lucran con medios contrarios a la moral o a las buenas costumbres. O también, esta legislación considera vagabundo al individuo sin problemas de ninguna índole, no errante, pero habituado a no trabajar, y que para sobrevivir requiere de la asistencia pública.

Ante estos hechos fácticos, esta legislación finlandesa, combate estas conductas: en primer orden remitiéndole al vagabundo a su lugar de origen, o auxiliándole para su curación en un hospital.

Pero si estas primeras medidas son insuficientes, y el vagabundo constituye un peligro para sí, u otros, se aplican medidas de seguridad consistentes en:

- a. Internamiento en establecimientos de trabajo, y
- b. Internamiento en casa de trabajo penal, estos establecimientos de trabajo se hallan bajo el control del “Ministerio de Asuntos Sociales” y tienen por lo tanto, un carácter preponderante administrativo...”, a diferencia de las casas de trabajo penal que existen colocadas bajo el control y dirección del Ministerio de Justicia, y que por lo tanto tienen un régimen similar al carcelario...”⁴⁰, que en su imposición se considera la más grave, y que puede llegar a ser de carácter indeterminada, tras de cuya ejecución, queda sometido a vigilancia de la autoridad hasta por tres años.

En Bélgica, esta en vigencia una “Ley de Defensa Social” desde 1930, en base de un tratamiento tutelar de los menores delincuentes y abandonados, el de defensa contra los seres peligrosos “...tendencia que se recoge ya que en las leyes contra vagabundos y mendigos de 27 de noviembre de 1891, reformado en 1897 y contra la embriaguez pública, de agosto de 1887...”⁴¹

De esta legislación emergen como los principios las más importantes: la convicción de que el anormal es el autor del hecho delictivo; por lo que esta ley de defensa social, considera tres categorías de anormales psíquicos: Dementes, débiles

⁴⁰ SABATER, Antonio; “GAMBERROS, HOMOSEXUALES, VAGOS Y MALEANTES”; Editorial Hispano Europa; Barcelona - España; 1962; 587 páginas.

⁴¹ JIMENEZ DE ASUA, Luís; “TRATADO DE DERECHO PENAL”; Tomo I, II y III; IV Edición; Editorial Losada S.A.; Buenos Aires; 1439 páginas.

mentales y desequilibrados graves; los primeros de los nombrados son sujetos de esta ley de Defensa Social, cualquiera que sea la importancia de su demencia. Los otros dos grupos nombrados son sometidos a estos internamientos cuando han perdido el control de los actos. La residencia, trabajo, tutela moral y vigilancia psiquiátrica del liberado, esta a cargo de una "Comisión Especial de Defensa Social".

Por su parte en Hungría, las medidas de seguridad han sido introducidas por leyes especiales aparte de su Código Penal. Así la ley XXI de 1913, al dedicarse sobre "vagabundos peligrosos", dispone su internamiento en casa de trabajo, quedando sometidos a esta ley, no solo los propiamente vagos, sino también algunas categorías de delincuentes después de haber cumplido la pena impuesta.

En Estados Unidos.

No existe un Código Penal codificado en Estados Unidos; como lo que en el continente europeo y en Latinoamérica llamamos ley, no existe en la administración de justicia estadounidense. En este país se llama el "Común Law", "donde se funden antiguas reglas clásicas, fragmentos del derecho Romano, doctrinas, casuísticas plasmadas en las sentencias de los tribunales, y va siendo creado por el juez mediante su labor de casos (Case Law), que no corresponde realmente a lo que con propiedad se llama jurisprudencia, si bien se aproxima a aquello..."⁴²

Esta forma de administrar justicia, ausente de una unidad legal, ha engendrado en esta nación un caos mayor. De toda forma, la característica de las legislaciones norteamericanas, es la tendencia a la enmienda del reo y su más típica fórmula encarna en la "sentencia indeterminada".

⁴² JIMENEZ DE ASUA, Luís; "TRATADO DE DERECHO PENAL"; Tomo I, II y III; IV Edición; Editorial Losada S.A.; Buenos Aires; 1439 páginas.

Sin embargo, ante la dificultad de que se conozcan todos los estatutos vigentes y las colecciones de sentencias de las Supremas Cortes, recogidas en los “Derechos de Casos”, que delega en Estados Unidos mas importancia que el derecho escrito y emanado del Poder Legislativo; actualmente, todos estos obstáculos han sido reconocidos, pero aunque no están conformes con la idea de que tengan que abandonar los tradicionales métodos estadounidenses, muestran su simpatía por que se reconozca la importancia en dividir en una parte especial sus legislaciones penales, como se recoge en la legislación europea.

En la práctica, casi todos los Estados americanos disponen de manicomios especialmente destinados al internamiento de los enfermos mentales autores de infracciones y absueltos a causa de su enajenación mental; y en relación a los “vagos y mendigos”, la mayoría de Códigos Penales norteamericanos, solo sancionan con penas cortas de prisión, cuyo máximo es normalmente de dos meses. Aunque “independientemente de esta medida ineficaz, existen otros asistenciales que les procura ayuda en dinero, albergue o trabajo. En otros estados existen Colonias agrícolas para vagos y mendigos validos donde deben permanecer por tiempo indefinido, con un máximo prefijado en la ley...”⁴³

⁴³ SABATER, Antonio; “GAMBERROS, HOMOSEXUALES, VAGOS Y MALEANTES”; Editorial Hispano Europa; Barcelona – España; 1962; 587 páginas.

CAPITULO IV

4.1. La Inconstitucionalidad de los Arts: 383, 384 y 385 del Código Penal Ecuatoriano.

Antes de analizar la razón de esta inconstitucionalidad, valga el parafrasear el enunciado de Cesar Beccaria, gran maestro italiano, conocedor de la naturaleza humana, cuando interpreta: “el derecho de castigar” y elocuentemente manifiesta: “No es de esperar ventaja alguna duradera de la política moral, sino se funda en los sentimientos indelebles del hombre. Toda ley que se aparta de ellos, encontrará siempre una resistencia (en contra) que vence a la postre; de igual manera que una fuerza, aunque mínima, si es continuamente aplicada, vence cualquier violento movimiento comunicado a un cuerpo...”⁴⁴, por esta razón, si el fin del Derecho Penal, fuere el de sancionar una conducta, con una pena, el fin de la pena, no es el de atormentar y afligir a un ser sensible, ni el de deshacer un delito ya cometido; puesto que el fin aceptado por todas las escuelas penales, no es otro que el de impedir al reo que realice nuevos daños a sus conciudadanos, y el de aportar a los demás de que los hagan iguales, en consecuencia, las penas indica Becaria, ” deben elegirse en tal forma que, guardada la proposición, produzca la impresión mas eficaz y duradera en los ánimos de los hombres y la menos atormentadora sobre el cuerpo del reo...”⁴⁵.

Para luego finalizar esta aleccionadora puntualización aseverando: el hecho de que para que una pena consiga tal efecto, es suficiente que el mal de la pena supere al

⁴⁴ BECCARIA, Cesare; “DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS”; IV Edición; Editorial Temis S.A.; Bogotá – Colombia; 1998; 126 páginas.

⁴⁵ BECCARIA, Cesare; “DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS”; IV Edición; Editorial Temis S.A.; Bogotá – Colombia; 1998; 126 páginas.

bien que nace del delito, ya que en ese exceso del mal se tiene que calcular la “inhabilidad” de la pena y la pérdida del bien que el delito produciría.

Finalmente este maestro intemporal, al aconsejar la mejor manera para prevenir los delitos indica:

”Mejor es prevenir los delitos que castigarlos. Este es el fin principal de toda buena legislación, que es le arte de conducir a los hombres al máximo de la felicidad, o al mínimo de la infelicidad posible... prohibir una multitud de acciones indiferentes no es prevenir los delitos que de ellos puedan surgir, sino crear otros nuevos; es decir a capricho la virtud y el vicio, que se nos predicán eternos e inmutables”.⁴⁶

Basta este pequeño preludio, en este capítulo, para reconocer, que ciertos actos, al tipificarlos como punibles y tratarlos como delitos, sancionados con una pena, buscando suprimir tal conducta como expresión social, nunca fué el medio adecuado, mas bien sociologicamente causo el efecto inverso, sea por un inadecuado manejo carcelario, por falta de apoyo técnico para su tratamiento, antes, durante y por encierro, o simplemente porque de manera miope, las autoridades competentes toman como un fin la pena, y hasta allí avanza su guardianía en función de la sociedad.

Efecto inverso, se manifestaba, porque en vez de disuadir al “vago o al mendigo”, para que deje su obsecuente conducta en el vicio y la indolencia tornándose en un ser útil para sus semejantes, al mismo; se lo abisma contaminándole con

⁴⁶ BECCARIA, Cesare; “DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS”; IV Edición; Editorial Temis S.A.; Bogota – Colombia; 1998; 126 páginas.

aprendizajes delictivos que a lo mejor jamás tuvo oportunidad de conocerlos, antes, de su sanción por su estafalaria conducta personal.

En consecuencia, revisemos nuestra Constitución política vigente, como norma incontrastable sobre la forma que garantiza frente a su sociedad, la manera que obliga a subordinados y autoridades, para evitar que incidan en el deterioro económico - social, que es la matriz de donde emerge la calidad de “vagabundo y mendigo”, así:

En su Art. 3, # 5, se estipula:

”Son deberes primordiales del Estado; #5: Erradicar la pobreza y promover el progreso económico, social y cultural de sus habitantes...”⁴⁷; deber que se relaciona, con lo que prescribe el Art. 16 ibidem:”...el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución”.⁴⁸

O como ordena su observancia de manera imperativa, a objeto de que esta erradicación de la pobreza y respeto sumo a los Derecho Humanos, en el Art. 18, 3er párrafo:”No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por estos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos ...Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales...”⁴⁹. Criterio que se refrenda al enumerar los Derechos Civiles recogidos en el Art. 23 de esta Carta Magna, particularmente en su numeral tercero:

⁴⁷ “CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR”; Asamblea Nacional Constituyente; 1998; Editores PUDELECO S.A.; 153 páginas.

⁴⁸ “CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR”; Asamblea Nacional Constituyente; 1998; Editores PUDELECO S.A.; 153 páginas.

⁴⁹ “CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR”; Asamblea Nacional Constituyente; 1998; Editores PUDELECO S.A.; 153 páginas.

Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades...”⁵⁰ Por lo tanto, creyendo el supuesto de que estas normas aquí recogidas son de común y diaria observancia, particularmente por los encargados de ponerlos en práctica, este mismo cuerpo de leyes considera en su Art. 97 # 20; como deber y responsabilidad del ciudadano ecuatoriano, sin distingo:...“No ser ocioso, no mentir no robar...”⁵¹

Este es el normaje Constitucional que emplea nuestro Estado, para eliminar la indigencia, superar la pobreza, mejorar la calidad de vida y distribuir equitativamente la riqueza, respetar los derechos humanos, y constituir a los nacionales, iguales ante la ley; veamos si estos preceptos se cumplen en los Arts. 383, 384 y 385 de nuestro Código Sustantivo Penal. Así:

Art. 383.- Son vagos los que no tienen domicilio fijo ni medios de subsistencia, y los que, sin enfermedad o lesión que les imposibilite, no ejercen habitualmente oficio o profesión...”⁵²

Precepto legal el premencionado, que conceptúa y tipifica para nuestra legislación penal; que debemos entender dentro del concepto de “Vago”; pero, a primer análisis: observamos, que el hecho de: no tener domicilio fijo, como también el no tener medio de subsistencia, o el no trabajar normalmente, a pesar de ser un sujeto apto, por no presentar dolencia alguna, NO ES DELITO para nuestra legislación penal, puesto que tal artículo, se queda solamente en el enunciado, no sanciona con pena alguna

⁵⁰ “CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR”; Asamblea Nacional Constituyente; 1998; Editores PUDELECO S.A.; 153 páginas.

⁵¹ “CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR”; Asamblea Nacional Constituyente; 1998; Editores PUDELECO S.A.; 153 páginas.

⁵² “CÓDIGO PENAL ECUATORIANO”; Corporación de Estudios y Publicaciones; Talleres de la Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito – Ecuador; 2000; 108 páginas.

al que así actúa. En consecuencia, valga la digresión: necesariamente, de manera prejudicial tenemos que evidenciar en última instancia en vía Civil la existencia de tal conducta; debemos dar por descontado, que el estado, con relación a aquel súbdito, cumplió con sus deberes de: sacarlo de la pobreza, prodigándole fuente de trabajo: estable, digna y remunerada, que mire a mejorar su calidad de vida, y por lo tanto este cumpliendo con una de sus funciones de justicia al distribuir equitativamente la riqueza y como consecuencia de la misma: elevarlo a la categoría de: "iguales ante la ley".

Si en este proceso prejudicial, se justificara, que el Estado, cumplió de esta manera, relevándose de cualquier responsabilidad, en la anómala conducta del Sub - índice, tal calificación Civil definitiva de "Vago", será la antesala, para que sea objeto de: medidas de seguridad predelictivas.

Pero, si no existe tal digresión anterior, como podemos justificar con la omisión, la irresponsabilidad del Estado por su falta de actuación, y sin embargo, dar por descontado que: el sujeto en ciernes es "vago", porque simplemente no tienen domicilio peor con características de fijo, y tampoco tiene trabajo, peor estable, a pesar de ser saludable

Esta norma así concebida, constituye simplemente un claro atropello a los Derechos Humanos, de aquella persona, que contradictoriamente el Estado considera como uno de sus "deberes primordiales". El asegurar y vigilar su vigencia, como lo recoge el Art. 3, # 2 de la Constitución Política vigente.

Aparte de este análisis legal, podemos además, impetrar con certeza de que en nuestros juzgados, hasta el día de hoy, no ha existido un solo trámite que busque calificar en última instancia como "Vago"; a un connacional.

De otra parte, si partimos de la acepción de que: lo prescrito en el Art. 383 ibidem es solamente una norma “enunciativa”, a probarse dentro de un mismo proceso, dirigido contra quien lleva certificados o pasaportes falsos, o que simulara enfermedad o lesión, o, contra quien amagó ataque a persona o propiedad ; o portaba: lima o ganzúa, etc.; o contra el disfrazado, que además resultara ser mendigo; establezcamos que a parte de que dejamos de lado, la primigenia responsabilidad del Estado para centrar la realidad “vago o mendigo”, observamos que en relación a la parte subjetiva de esta tipología, los hechos fácticos recogidos en los Arts. 384 y 385 de nuestro Código Penal, constituyen la excepción a la clasificación de las infracciones en: Dolosa y Culposa recogido en el Art. 14 del mismo cuerpo de leyes y Art. 32 y 33 ibidem, puesto que, a tales conductas de los “vagos y mendigos”, materia de este estudio, se les califica “A priori”, es decir: se parte de un hecho valorado como culpable, por lo que en relación a estos dos artículos de excepción: no siendo conductas Dolosas (porque no hay designio de Causar daño por el simple hecho de ser: Vago o Mendigo), o Culposa, (por que no sabemos, ni lo sabremos jamás en un proceso penal, si la conducta de “enemigo de trabajo”, es por su negligencia, imprudencia e impericia). Art. 14 del Código Penal.

Finalmente, en la hipótesis de que el vago o mendigo sea sancionado con pena conculcatoria de libertad, como consta legislado; esta pena le resocializará tanto, a tal, que le devuelva al camino del trabajo, la responsabilidad y la reflexión. La respuesta obviamente negativa nos otorga, nuestra cruda realidad penitenciaria, a la que la prensa la reconoce con singular acierto como: la escuela del Delito.

En consecuencia: los tres artículos tantas veces mencionados en este acápite, giran como ruedas de molino sin eje ni dirección dentro de nuestro contexto sustantivo penal, no solamente por inconstitucional como queda dicho, sino por que para procurar un enjuiciamiento, bajo estas premisas tendríamos que reformar el Art. 14

de la Ley penal, indicando para el futuro, que las infracciones, no solamente son: Dolosas o Culposas, sino también de Resultado como excepción el presente caso, donde el juzgador entra a conocer el proceso con un ánimo preconcebido y de segundo valor, cual es la Culpabilidad, desplazando a las normas del debido proceso, prescrita en el Art. 24 de la Constitución Política del Estado, como son en particular: su numeral séptimo. "Se presumirá la inocencia de toda persona cuya culpabilidad no se haya declarado mediante sentencia ejecutoriada".⁵³

4.2. Juzgamiento Policial o Administrativo, de las conductas "Vagos y Mendigos".

Si bien es cierto que es inconstitucional, mantener como una conducta activa de Delito, la circunstancia de constituirse "A priori" como: "Vago o Mendigo", no es menos real que ante la presencia de este anómalo proceder, la sociedad, no puede quedarse recogida de hombros a título de que tal actuación esta fuera del orden punible.

Por esto, toda sociedad que pretende verdaderamente "luchar": contra el estado peligroso de sujetos desadaptados, están "actualizando" sus viejas prácticas penales, ya que, "no todos los individuos que realizan actos de los que se consideran como DELITOS, ya por las leyes, ya por la doctrina, ya por las personas en general pertenecientes a un círculo social determinado, son delincuentes; encontrándose en esta situación, los menores de edad, los idiotas, cretinos e imbéciles, los alcoholizados, los epilépticos, los vagos, los miserables y otros muchos mas".⁵⁴

⁵³ "CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR"; Asamblea Nacional Constituyente; 1998; Editores PUDELECO S.A.; 153 páginas.

⁵⁴ DORADO MONTERO, Pedro; "BASES PARA UN NUEVO DERECHO PENAL" Madrid; 1923; Editorial CALPE; 197 páginas.

Los tratadistas en materia penal, niegan la calidad de delincuente, a los premencionados, por cuanto en su conducta, no existen como venimos sosteniendo el elemento vital para que su acto u omisión tenga connotación penal, y este elemento es la VOLUNTARIEDAD.

Por este motivo, desde hace mucho tiempo atrás en este campo, viene visualizándose, un procedimiento judicial y otro administrativo, el primero que no se puede hacer uso del procedimiento discrecionalmente, sino que han de hacerlo precisamente con sujeción estricta a lo preceptuado por las normas, en consecuencia no puede imponerse mas castigos que los que ellos recojan; y el segundo en donde ocurre justamente todo lo contrario que en el procedimiento judicial, ya que en el campo administrativo las autoridades, no están sujetas a parámetros preestablecidos, actúan con gran libertad, y casi siempre sin sujeción a normas predeterminadas en la ley, donde tenga total acogida las “providencias provisionales y de duracion indeterminada”, pudiendo ser rectificadas y sustituidas por otros, en la medida del resultado obtenido.

Este nuevo enfoque, se trasluce por la aplicación de las ideas que influyen en los avances de las disciplinas experimentales como: Antropología, psicología, sociología, antropología criminal, psicología criminal, sociología criminal, recogidas dentro de la gran tendencia alemana reconocida como: “Política Criminal”, cuyo mejor representante fue el genial: Franz Von Liszt, de cuyo concurso se colige, la prescripción de todas las penas innecesarias o inútiles para la consecución del fin que se busca en ella, y la selección, en cambio de las medidas que mejor se adopten al mismo.

En este sentido, son proverbiales por su eficacia, los jueces de paz ingleses y belgas, quienes gozan de grandes atribuciones discrecionales, para tratar casos, como los de

“Adultos vagos”, donde:” Cuando las leyes les estorban para hacer el bien, las dejan a un lado y en nombre de la justicia y equidad, introducen una jurisprudencia contra ley. Llegando a prescribir el uso de penas contra niños, jóvenes y vagos, sustituyéndoles con medidas de tutela y preservación, y este con un procedimiento administrativo”.⁵⁵

Pero es obvio, como lo afirma José Ingenieros. “Dentro de la actual legislación penal, fundada en los principios de la escuela clásica, es imposible o peligroso la aplicación de las doctrinas de la Criminología Científica...”⁵⁶, menos no se diga en nuestro medio, como analizará Luís Jiménez de Asúa, al observar nuestra ley sustantiva penal donde encontró que:

Las medidas de seguridad no existen más que embrionariamente, por lo que el Código ecuatoriano no puede ser filiado como: POLITICO - CRIMINAL. Solo se legisla sobre “el hospital de alienados” (Art. 34) para el loco o demente, como en los códigos mas antiguos; y la “casa de educación (Art. 38) para sordomudos” (inexistente diríamos conocedores de nuestra realidad)⁵⁷.

En consecuencia tal peligro de error judicial, al aplicar novísimas teorías a nuestra realidad, es latente.

A buen entendedor, estamos buscando soluciones para nuestro problema conceptualizado en “Vagos y Mendigos”, con la vieja pena represiva y retributiva, buscando a través de la degradación al de por si degradado que se redima. Con esta

⁵⁵ DORADO MONTERO, Pedro; “BASES PARA UN NUEVO DERECHO PENAL” Madrid; 1923; Editorial CALPE; 197 páginas.

⁵⁶ INGENIEROS, José; “CRIMINOLOGÍA”; VII Edición; Talleres Gráficos Argentinos; Buenos Aires; 1919; 318 páginas.

⁵⁷ JIMENEZ DE ASUA, Luís; “TRATADO DE DERECHO PENAL”; Tomo I, II y III; IV Edición; Editorial Losada S.A.; Buenos Aires; 1439 páginas.

legislación desconocemos al “ser”, solo juzgamos el acto, y luego nos alarmamos que nuestras medidas expiatorias, no morigeren los males endémicos de nuestra sociedad.

El procesamiento a los calificados en decisión de última instancia como “Vagos y Mendigos”, necesariamente tiene que ser ante una autoridad administrativa, y bajo medidas reeducativas de conformidad a la personalidad del administrado y para esta realidad necesariamente tenemos que abandonar la competencia penal.

4.3. CONCLUSIONES:

Habíamos manifestado, que a la Institución “VAGOS – MENDIGOS” se les debía tratar en el campo: Sociológico – Educativo – Regeneratorio, y esta presentación recogida en el: “planteamiento del problema”, constante en mi “anteproyecto para trabajo de titulación”, como una hipótesis a través del presente trabajo, hemos confirmado nuestra apreciación, por lo que es definitivo; se deben derogar los Arts: 383, 384 y 385 del Código Penal actual, y establecer políticas estatales: Socio Administrativas para que se vislumbren soluciones a éste problema social, que no es penal.

Para esta terminante conclusión, siempre debemos partir del acerto que nuestra ley penal, es un Código basado en los 2 grandes parámetros de la: voluntad y conciencia, con sus características del: dolo y la culpa, y sus niveles intermediarios de: preterintencionalidad e inintencionalidad, condiciones inmanentes en el delito, por lo que al encontrarnos ante conductas que tienen ausente esta motivación, o mejor expresado, que tales calidades de “vagos y mendigos” devienen de personalidades psicológicamente disminuidos a tal que esta azarosa realidad, aquí objetivizada, no

es consecuencia de su voluntad, y por lo tanto aquí no existe un proceder u omisión que sea de competencia penal.

De otra parte, el mantener como delitos activos, la nueva conceptualización de estos aspectos extravagantes de nuestra sociedad, subvierte la garantía constitucional de: “presunción de inocencia, mientras no exista sentencia en calidad de cosa juzgada, que destruya tal presunción”, que es la base fundamental del Derecho Penal subjetivo, democrático y científico. Contradicción que se encuentra recogida como “Derecho positivo” no solamente en nuestra legislación sustantiva penal, sino en todo el orbe, como hemos visto en los capítulos destinados a analizar los Códigos penales: Iberoamericanos, anglosajones y europeos.

Así mismo, en este análisis concluyente, sinteticemos la paradoja de pretender considerar a las conductas “vagos y mendigos” como “conductas predilectuales” de inminente peligrosidad, acorde a la teoría positivista, italiana de: Enrico Ferri; pero esta disquisición: necesario es mencionar, que en la Hipótesis legal prescrita en el Art. 383 del Código Penal, como está redactada; parte de una causa prejudicial, cual es la “Justificación” es decir, el hecho de que actúe así, “sin causa justificada”, ya que a la luz de los derechos Constitucionales de las personas, específicamente lo prescrito en el Art. 23 # 8, ésta goza del Derecho de “Honra o la buena reputación”, presunciones legales que tienen que ser desvirtuadas por juicio anterior y de naturaleza Civil. Por consiguiente, vale el precisar: no se puede considerar como “Conductos predelictuales o peligroso, a los motivadores de éste análisis por su flagrante inconstitucionalidad manifiesta.

4.4. RECOMENDACIONES:

Es de interés del presente trabajo, que se reconozca la calidad de: personalidades psicológicamente disminuidos a los sujetos conocidos como “vagos y mendigos” y como tales, ser catalogados dentro de los grupos vulnerables, entre otros, a los que se refiere el Art. 53 constitucional, y que prescribe:” El Estado garantizará la prevención de las discapacidades y la atención y rehabilitación integral de las personas con discapacidad, en especial en casos de indigencia. Conjuntamente con la sociedad y la familia asumirá la responsabilidad de su integración social y su equiparación de oportunidades”

Con estos antecedentes de Derecho, y en función de que estas conductas que motivan este trabajo, constituyen una patología de disminución del entendimiento o de la voluntad, a objetivarse vía pericia: Médica legal, a partir de la cual, se determina, que las calidades de: vago y mendigo, no son materias del Campo penal preventivo o general, sino mas bien de ayuda social Estatal, a través de sus Instituciones médicas de prevención de salud y rehabilitación integral, y más aún cuando las mismas provienen de personas indigentes.

Esta teoría invocada en éste trabajo, es fruto de la contemplación del actuar humano, en el que la regla general es el amor al trabajo, a través del cual la persona se dignifica, y encuentra su camino hacia la perfectibilidad, a tal que cabe la aclaración que hace Platon, cuando sentencia:” Solo el enfermo del alma puede Rehuir al trabajo, porque sólo el trabajo santifica y es la vía para comunicarse con los dioses”

Por lo mismo, constituye una verdad de Perogrullo, el hecho de que el Estado “propenda a eliminar la desocupación y considere al trabajo un: derecho y un deber

social, como también asegure educación, trabajo y empleo, salud, alimentación” pero que sin embargo, no tenga políticas que tornen realidad estos enunciados y que más bien no persigan nominándolos como delitos, a estas actividades psico - biológicas olvidadas.

Por estos motivos, como aporte de la presente tesis de manera concreta, esperando que este modesto análisis, sea fuerza suficiente para que se deroguen los Arts. 383, 384 y 385 del Código sustantivo penal Ecuatoriano, recomiendo se actúe en este sentido, por acción directa de la legislatura o del H. Tribunal Constitucional por encontrarse tal pre-mencionado normaje, con carácter de inconstitucional, como hemos concluido, en el acápite correspondiente.

BIBLIOGRAFÍA:

- COSTA, Fausto; “EL DELITO Y LA PENA EN LA HISTORIA DE LA FILOSOFÍA”; Talleres: de la “Carpeta S.A.”; México D.F.; 295 páginas.
- ZAVALA BAQUERIZO, Jorge Dr.; “EL PROCESO PENAL”; Tomo I; Editorial NOMOS LTDA. CRA; Bogota-Colombia; 556 páginas.
- ROCAFUERTE, Vicente; “ENSAYO SOBRE EL NUEVO SISTEMA DE CÁRCELES”; México; Imprenta de Galvan de Manzano, 1830; 37 páginas.
- “CÓDIGO PENAL DE 1837”; palacio de Gobierno; 17 de Abril de 1837; Imprenta del Estado; 100 páginas.
- TRABUCCO, Federico; “CONSTITUCIONES DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR”; Imprenta Nacional; 1979; II Edición; Quito - Ecuador; 518 paginas.
- “CÓDIGO PENAL DE 1872”; Palacio de Gobierno; 19 de Agosto de 1872; Quito -Ecuador; Impreso en New York
- “CÓDIGO PENAL DE 1889”; Palacio de Gobierno, Imprenta del Estado; 1889; 148 páginas.
- PEREZ BORJA, Francisco; “APUNTES PARA EL ESTUDIO DEL CÓDIGO PENAL”; Tomo I; Quito - Ecuador; Talleres OFFSET de la Facultas de Jurisprudencia, Ciencias políticas Sociales; 487 páginas.

- Registro Oficial # 924: Año III; Quito, viernes 28 de Octubre de 1904; Administración del Sr. Gral. Leonidas Plaza Gutiérrez; Páginas: 9477 a 9491.
- “CÓDIGO PENAL ECUATORIANO DE 1938”; Palacio de Gobierno; Imprenta Nacional; Gobierno del General G. Alberto Enríquez Gallo; 1938; 160 páginas.
- BORJA Y BORJA, Ramiro; “CÓDIGO PENAL ECUATORIANO”; Exposición de motivos y texto de su reforma, Talleres gráficos Minerva; 1961; 138 páginas.
- SABATER, Antonio; “GAMBERROS, HOMOSEXUALES, VAGOS Y MALEANTES”; Editorial Hispano Europa; Barcelona - España; 1962; 587 páginas.
- INGENIEROS, José; “CRIMINOLOGÍA”; VII Edición; Talleres Gráficos Argentinos; Buenos Aires; 1919; 318 páginas.
- SOLER, Sebastián; “LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA PELIGROSIDAD PREDELICTUAL”; Editorial Atlántida; Córdoba; 1926286 páginas.
- BECCARIA, Cesare; “DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS”; IV Edición; Editorial Temis S.A.; Bogota – Colombia; 1998; 126 páginas.
- JIMENEZ DE ASUA, Luís; “TRATADO DE DERECHO PENAL”; Tomo I, II y III; IV Edición; Editorial Losada S.A.; Buenos Aires; 1439 páginas.

- CUELLO CALON, Eugenio; “DERECHO PENAL”; IX Edición; Editora Nacional; México; 1976; 788 páginas.
- “CÓDIGO PENAL ECUATORIANO”; Corporación de Estudios y Publicaciones; Talleres de la Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito – Ecuador; 2000; 108 páginas.
- “CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR”; Asamblea Nacional Constituyente; 1998; Editores PUDELECO S.A.; 153 páginas.
- DORADO MONTERO, Pedro; “BASES PARA UN NUEVO DERECHO PENAL” Madrid; 1923; Editorial CALPE; 197 páginas.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; “MANUAL DE DERECHO PENAL “; Buenos Aires; Quinta Edición; Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera; 1987; 765 páginas.
- “JUSTICIA Y SOCIEDAD”, Hacia un mejor servicio público de justicia; Octubre de 1999; 123 páginas.