

“Perspectiva y codificación de la peligrosidad predelictual en  
España e Iberoamérica en los siglos XIX y XX”

Grado en Criminología

•

Curso académico 2019-2020

Trabajo realizado por Rosa Anna Prohens Morcillo

Dirigido por Javier García Martín

## **Resumen**

El objeto de estudio ha sido la contextualización de la peligrosidad predelictual en España e Iberoamérica entre los siglos XIX y XX. Se ha estudiado, para ello, la evolución normativa de cada una de las categorías que se proponen, como parte de una posible clasificación inicial, para posteriormente “rastrear” su evolución entre los siglos XIX y XX y comparar su diferente regulación en una serie de países iberoamericanos previamente seleccionados. El punto de partida ha sido la existencia de un supuesto modelo peninsular, tal y como afirma la doctrina mayoritaria, para comprobar su veracidad o no respecto a los casos específicos que aquí se estudian. El resultado ha sido la puesta en cuestión de algunos de los presupuestos de ese modelo. De modo que frente al tópico del que la doctrina mayoritaria suele partir, según el cuál ciertos Códigos penales influyeron en otros con independencia de los condicionantes sociales de cada país, se muestra cómo su diferente tratamiento como delitos regulados en el Código o medidas de seguridad, afectaron de manera decisiva a la exclusión de derechos de esos colectivos.

Como conclusión, se ha considerado válida la tesis mayoritaria para algunos casos pero se ha desestimado para otros, llegando a una propuesta alternativa.

**Palabras-clave:** peligrosidad predelictual, vagancia y mendicidad, prostitución, homosexualidad, Iberoamérica.

**Abstract**

The object of study has been the contextualization of pre-criminal dangerousness in Spain and Latin America between the 19th and 20th centuries. To this end, the normative evolution of each of the proposed categories has been studied, as part of a possible initial classification, to later “trace” its evolution between the 19th and 20th centuries and compare its different regulation in a series of previously selected Ibero-American countries. The starting point has been the existence of a supposed peninsular model, as affirmed by the majority doctrine, to verify its veracity or not with respect to the specific cases studied here. The result has been the questioning of some of the budgets of that model. So that in front of the topic from which the majority doctrine usually starts, according to which certain penal Codes influenced others regardless of the social conditions of each country, it is shown how their different treatment as crimes regulated in the Code or security measures, decisively affected the exclusion of rights of these groups.

As a conclusion, the majority thesis has been considered valid for some cases but has been rejected for others, reaching an alternative proposal.

**Key words:** pre-criminal dangerousness, loitering and begging, prostitution, homosexuality, Latin America.

## Índice

1. INTRODUCCIÓN, OBJETIVOS Y METODOLOGÍA.....	8
1.1 Planteamiento.....	8
1.2 Objetivos.....	8
1.3 Metodología.....	9
1.4 Limitaciones.....	11
2. LA PELIGROSIDAD.....	11
2.1 Concepto de peligrosidad en la actualidad.....	11
2.2 Antecedentes del concepto de peligrosidad.....	12
2.3 Las escuelas penales durante los siglos XIX y XX.....	17
2.4 Medidas de seguridad como respuesta a la peligrosidad.....	19
3. LOS COLECTIVOS SOCIALMENTE PELIGROSOS EN ESPAÑA DESDE EL SIGLO XIX HASTA FINALES DEL SIGLO XX.....	32
3.1 Vagancia y mendicidad: sistema dualista.....	32
3.1.1 Un posible modelo para el análisis histórico-jurídico.....	44
3.1.2 Exclusión jurídico-política de la pobreza.....	45
3.1.3 La dignidad como eje de todos los derechos.....	53
3.2 Alcoholismo.....	55
3.3 Homosexualidad.....	55
3.4 La regulación de la prostitución.....	57
4. PELIGROSIDAD Y CODIFICACIÓN EN IBEROAMÉRICA. FUNDAMENTOS SOCIALES Y SU REGULACIÓN.....	61
4.1 México.....	63
4.1.1 Vagancia y mendicidad: de competencia ejecutiva a competencia judicial.....	63
4.1.1.1 Un posible modelo para el análisis histórico-jurídico.....	70
4.1.2 Alcoholismo.....	71

4.2	Venezuela.....	72
4.2.1	Vagancia y mendicidad: sistema dualista.....	72
4.2.1.1	Un posible modelo para el análisis histórico-jurídico.....	75
4.3	Chile.....	76
4.3.1	Vagancia y mendicidad: intento fallido de sistema dualista.....	76
4.3.1.1	Un posible modelo para el análisis histórico-jurídico.....	80
4.3.2	Alcoholismo.....	81
4.4	Bolivia.....	81
4.4.1	Vagancia y mendicidad: sin medidas de seguridad.....	81
4.4.1.1	Un posible modelo para el análisis histórico-jurídico.....	85
5.	ANÁLISIS COMPARADO Y CRÍTICO DE LOS MODELOS.....	85
5.1	Análisis comparado de la vagancia y la mendicidad.....	85
5.1.1	CP español de 1848 y CP federal mexicano de 1871.....	85
5.1.2	CP español de 1928 y CP federal mexicano de 1931.....	90
5.1.3.	CP español de 1848 y CP venezolano de 1897.....	93
5.1.4.	CP español de 1848 y CCRIMINAL brasileño de 1830.....	96
5.2	Análisis comparado del alcoholismo.....	99
5.2.1.	CP español de 1848 y CP federal mexicano de 1871.....	99
5.2.2.	CP español de 1928 y CP federal mexicano de 1931.....	100
5.2.3.	CP español de 1848 y CP venezolano de 1897.....	101
5.2.4.	CP español de 1848 y CCRIMINAL brasileño de 1830.....	102
5.3	Análisis comparado de la homosexualidad.....	103
5.3.1	CP español de 1848 y CP federal mexicano de 1871.....	103
5.3.2.	CP español de 1928 y CP federal mexicano de 1931.....	103
5.3.3.	CP español de 1848 y CP venezolano de 1897.....	104
5.3.4.	CP español de 1848 y CCRIMINAL brasileño de 1830.....	105

5.4 Análisis comparado de la prostitución.....	106
5.4.1. CP español de 1848 y CP federal mexicano de 1871.....	106
5.4.2. CP español de 1928 y CP federal mexicano de 1931.....	106
5.4.3. CP español de 1848 y CP venezolano de 1897.....	107
5.4.4. CP español de 1848 y CCRIMINAL brasileño de 1830.....	107
5.5 Análisis global de los códigos por categorías.....	109
6. CONCLUSIONES.....	111
7. FUENTES.....	115
8. BIBLIOGRAFÍA.....	118
9. INFORME EJECUTIVO.....	124

## **Relación de abreviaturas**

CCRIMINAL: Código Criminal

CP: Código Penal

FTS: Fiscalía del Tribunal Supremo

LeCrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LPRS: Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social

RAE: Real Academia Española

## 1. Introducción, objetivos y metodología

### 1.1. Planteamiento

La vagancia es un concepto indeterminado cuya definición ha ido evolucionando con el paso del tiempo. Sin embargo podríamos decir que hace referencia a un colectivo marginado por su absoluta inconveniencia para la economía, la política, el derecho y la sociedad en general<sup>1</sup>. En cualquier caso, la vagancia – en la que se incluiría desde la discapacidad o la enfermedad mental hasta la falta de trabajo- se ha asociado en toda época con la falta de moral. En el siglo XIX los que pertenecían a este grupo eran personas que no tenían propiedades ni trabajo, es decir, gente sin recursos que a veces también recurría a la mendicidad<sup>2</sup> o a otro tipo de soluciones para cubrir sus necesidades. Los primeros Códigos penales considerarían incluso la vagancia como delito.

Consciente o inconscientemente, se han ido adoptando, a lo largo del tiempo, leyes y medidas<sup>3</sup> para procurar su control y/o extinción. Junto a ellos, otros grupos de personas

1 MARTÍNEZ DHIER, A. “La igualdad jurídica de todos los individuos ante la ley: “La vagancia” en la Constitución de Cádiz”. En *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, Vol. I, no. 5, 2009, p. 68.

2 La RAE (23ª edición, Madrid, 2014) señala que el mendigo es la “persona que habitualmente pide limosna”. Recuperado de <https://dle.rae.es/mendigo>

Según la misma fuente el vago es aquél que es “holgazán, perezoso, poco trabajador” o “dicho de una persona: sin oficio y mal entretenida”. Recuperado de <https://dle.rae.es/vago>

Por lo tanto, la vagancia y la mendicidad no son sinónimos a pesar de que en muchas ocasiones una pueda ir acompañada de la otra. Sin embargo, tenemos que tener en cuenta que los juzgados especiales de vagos y maleantes conocían de otros asuntos no necesariamente relativos a la vagancia como tal, sino que, como posteriormente veremos, juzgaban a personas como las prostitutas o los homosexuales por su peligrosidad social.

Sin perjuicio de la relevancia que tiene considerar la definición actual de estos dos términos, como punto de partida no tomaremos aquéllas, sino las que da el Diccionario de Autoridades (publicado entre 1726 y 1739 por la Real Academia Española, antecesor del diccionario actual) por tratarse de definiciones más contemporáneas a los siglos XIX y XX, y que por tanto se ajustan más a la noción que se tenía en la época. De esta manera, mendigo era “El pobre que pide limosna de puerta en puerta. Sale del Latino *Mendicus*.”. RAE: Diccionario de Autoridades, Tomo IV (1734)., Madrid, Recurso elaborado por el Instituto de Investigación Rafael Lapesa.

Por su parte, vago era “Lo que anda de una parte à otra sin determinacion à ningun lugar. Es del Latino *Vagus*.”. RAE: Diccionario de Autoridades, Tomo VI (1734)., Madrid, Recurso elaborado por el Instituto de Investigación Rafael Lapesa.

Todas las consultas de esta cita se han realizado a fecha de 4 de junio de 2020.

3 En los sistemas dualistas (basados en la aplicación de penas y medidas de seguridad), la pena es una respuesta jurídica más garantista que la medida de seguridad por cuanto que las medidas de seguridad se

consideradas socialmente peligrosas – mendigos, ebrios, homosexuales y prostitutas, entre otros- también han sido objeto de atención por parte del legislador, que ha propuesto diferentes soluciones para atajar la peligrosidad sin delito dependiendo del momento histórico y el contexto espacial considerados. Para llevar a cabo un análisis crítico y por su especial interés de cara a la evolución de la discriminación de colectivos sociales, se ha procedido al “rastreo” de estos colectivos a partir de su categorización entre los siglos XIX y XX, utilizando fuentes contemporáneas a su época. En este sentido, como ha puesto de manifiesto el historiador de derecho penal alemán T. Vormbaum, el fascismo solamente fue una continuación de las tendencias que ya existían en la sociedad en su versión más exacerbada y que, en algunos aspectos, se han mantenido hasta la actualidad<sup>4</sup>.

## **1.2. Objetivos**

Los objetivos principales de este trabajo han sido los que siguen:

- Definir la peligrosidad en su relación con el poder público y analizar su evolución histórica en diferentes contextos.
- Comparar la normativa sobre peligrosidad y vagancia en los países iberoamericanos y España en los siglos XIX y XX.
- Analizar las similitudes y diferencias en las distintas legislaciones, teniendo en cuenta la doctrina al respecto e intentar establecer patrones generales.
- Analizar de forma crítica la evolución de la legislación en este sentido, incidiendo en las discriminaciones y exclusiones.
- Extraer conclusiones.

## **1.3 Metodología**

Para la realización de esta investigación se ha procedido, en primer lugar, a la revisión

regulan al margen del código (leyes especiales o amplias potestades a la Administración) por lo que no suponen las mismas garantías.

4 MUÑOZ CONDE, F. “Recensión: VORMBAUM, Thomas. Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte” (Introducción a la Moderna Historia del Derecho Penal) Polít. crim. Nº 7, 2009, R17, pp. 1-16. p. 16.

de la doctrina para contextualizar y definir la peligrosidad en general y la peligrosidad predelictual en particular, a los efectos de conocer en mayor profundidad los aspectos más importantes de su relación con el poder público y la percepción social de los colectivos analizados en el marco de su país.

Seguidamente, se ha analizado la evolución normativa de los mismos mediante el estudio de los Códigos penales contemporáneos a su época con el objetivo de conocer de qué manera se ha recogido cada categoría y evidenciar las diferencias y similitudes en la codificación propia de los países estudiados, estableciendo modelos siempre que sea posible.

Tomando como punto de partida o hipótesis el cumplimiento de la propuesta de la doctrina mayoritaria, se han comparado los códigos analizados para confirmar o desestimar que dicha propuesta se cumple para los casos concretos que se estudian en este trabajo, procediendo a la búsqueda de los preceptos de interés en cada uno de los códigos y presentando la información en una serie de **tablas** adaptadas, que pretenden clarificar su contenido para una comparación más eficaz. Se entiende por doctrina mayoritaria en este caso la que propone Bravo Lira en “La fortuna del código penal español de 1848”<sup>5</sup>, en el que sugiere entre otras cuestiones que el CP brasileño de 1830 fue el precursor del CP español de 1848 y que a su vez éste tuvo una gran influencia sobre la codificación en Iberoamérica, y afirmando que existió una cultura jurídica común.

Por último, se ha presentado la información más relevante de cada categoría de forma simplificada para compararla e intentar establecer nuevas similitudes y diferencias entre las diferentes regulaciones normativas, para lo cual se ha tenido en cuenta si el número de elementos coincidentes podía considerarse superior al de elementos no coincidentes, sin olvidar que cualquier interpretación siempre tiene un carácter aproximativo.

Para todas estas comparaciones, los instrumentos utilizados han sido **cuadros**

5 BRAVO LIRA, B. “La fortuna del código penal español de 1848: historia en cuatro actos y tres continentes: de Mello Freire y Zeiller a Vasconcellos y Seijas Lozano”. En *Anuario de Historia del Derecho Español*, 23-57. Madrid, 2004.

**comparativos** diseñados para facilitar dicha tarea. Al no existir una metodología generalizada y teniendo en cuenta que no hay un área de investigación concreta de Derecho comparado que la haya determinado, hemos utilizado el modelo de Durán Bernardino<sup>6</sup> desde el Derecho internacional comparado porque nos ha parecido el más conveniente a la hora de presentar la información de forma clara.

## **1.4 Limitaciones**

La limitación principal de este trabajo ha sido la dificultad para encontrar algunos cuerpos normativos no digitalizados ni accesibles que consecuentemente no se han podido incluir en la comparación ni en la propuesta de modelos, por lo que se ha procedido a la señalización mediante guiones (-) en las casillas que no se han podido completar por este motivo, únicamente incorporando la información de la que sí había constancia.

## **2. La peligrosidad**

### **2.1 Concepto de peligrosidad en la actualidad.**

El Código Penal español define en su artículo 95.1.2<sup>7</sup> la peligrosidad criminal como un pronóstico de comportamiento futuro derivado del hecho y de las circunstancias personales del sujeto. Se trata por tanto de la presunción de que una persona probablemente cometerá delitos en el futuro.

Pero esta definición tiene algunas limitaciones si nos queremos referir al concepto de peligrosidad en sentido amplio, ya que nuestro Código Penal solamente hace referencia a la peligrosidad criminal. Para completar la noción de peligrosidad habría que incluir

6 DURÁN BERNARDINO, M., “El derecho comparado en la investigación”. En CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, A.M., *Calidad, docencia universitaria y encuestas: “Bolonía coste cero”*. Granada: Universidad de Granada, 2016.

7 El art. 95.1. del Código Penal español señala que “Las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el capítulo siguiente de este Código, siempre que concurren estas circunstancias: 1.ª Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito. 2.ª Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos.”.

también la peligrosidad social, que, en la clásica distinción de uno de los fundadores de la Criminología, E. Ferri, sería aquella propia de los sujetos que casi han cometido un delito si bien finalmente no lo han llevado a cabo<sup>8</sup>.

La peligrosidad social es un concepto más amplio que el de peligrosidad criminal en tanto en cuanto la peligrosidad social puede referirse a delitos o a daños sociales no delictivos. De esta manera, toda peligrosidad criminal es peligrosidad social – porque el delito siempre implica un daño a la sociedad- , pero la peligrosidad social no siempre será peligrosidad criminal.

Así, podemos concluir que la peligrosidad sería la cualidad de una persona para cometer un delito o un daño, sin que sea necesario que ésta haya delinquirido para ser considerada peligrosa.

Estaríamos hablando de que el Código Penal contempla una sanción para las personas que en un futuro podrían infringir la ley, dando por sentado que es posible realizar un acto de “predicción” y que además va a tener la fiabilidad suficiente como para castigar previamente a una persona. En cualquier caso, ya fuera un caso de falso positivo o de verdadero positivo<sup>9</sup>, castigar por actos futuros no debería ser posible. Una pena o medida de seguridad son consecuencias jurídicas serias que deberían estar fundamentadas en elementos objetivos y garantistas; en ningún caso se deberían considerar ni la predicción del futuro ni la mera probabilidad como tales.

## 2.2 Antecedentes del concepto de peligrosidad

Uno de los primeros autores italianos en tener en cuenta los criterios criminológicos fue R. Garófalo. Él afirmaba que no había que atender a la gravedad del hecho, sino que lo importante era tener en cuenta la “temibilità” para establecer la pena. La “temibilità” era

<sup>8</sup> FERRI, E.: *Principios de Derecho Criminal* (trad. J. A. Rodríguez Muñoz), Madrid, 1933, p. 270.

<sup>9</sup> ARROYO ZAPATERO, L. y cols. *Contra la cadena perpetua*. Castilla- La Mancha, 2016, p. 143. Se ha venido utilizando el valor predictivo para establecer la peligrosidad de los delincuentes y, por ejemplo, concederles la libertad condicional, el permiso de salida o el tercer grado en base a los resultados de los valores post-test. Cabe señalar que la tendencia ha sido a la sobreestimación sistemática de la peligrosidad.

la perversidad constante del delincuente y la cantidad del mal previsto que se debía temer de él<sup>10</sup>. Se podría considerar que la “temibilità”, junto con la idea de resocialización, es, a finales del siglo XIX, la antecesora del concepto de peligrosidad en el siglo XX.<sup>11</sup>

La introducción del concepto de “temibilità” sentó las bases del estado peligroso, y la política criminal en la legislación de “defensa social” introdujo esta idea, como posteriormente analizaremos.

Por su parte, Enrico Ferri, como se ha señalado, distinguió la peligrosidad social (predelictual) de la peligrosidad criminal (postdelictual). De esta manera, podía considerarse que una persona era peligrosa independientemente de que hubiera cometido un delito o falta. La peligrosidad social era el fundamento jurídico de las medidas preventivas, mientras que para valorar la peligrosidad criminal – tras la comisión de un delito- había que atender a la gravedad del delito, los motivos determinantes y la personalidad del delincuente<sup>12</sup>.

Sería necesario, a partir de aquí, delimitar qué características compartían los sujetos peligrosos. A simple vista, podemos decir que serían aquellos que no se ajustaban a la norma social de su contexto. Sin embargo, esta definición no parece ser suficiente y hay que acotarla más.

Si bien es cierto que no hubo desde el principio una única definición del concepto de peligrosidad, no es menos cierto que muchos autores aportaron la suya. Por ejemplo, una de las definiciones más compartidas por los autores de principios del siglo XX fue la de F. Grispigni (1884-1955), penalista fascista italiano perteneciente a la escuela positivista, que señaló que la peligrosidad criminal era “la molto rilevante capacità di una persona a commettere un reato”, conforme a lo cual el autor se refería a que la peligrosidad criminal tenía un componente subjetivo<sup>13</sup>.

10 GAROFALO, R.: *La Criminología* (traducción de P. Dorado Montero), Madrid, La España moderna, 1885, p. 330.

11 FERRI, E.: *Principios...* op. cit., p. 270

12 FERRI, E.: *Ibidem* pp. 272-286.

13 MUÑOZ CONDE, F.: “Algunas notas sobre Filippo Grispigni y el derecho penal fascista”, en *Revista*

El concepto de peligrosidad, tal y como lo conocemos hoy en día – aunque con matices-, se elaboró a principios del siglo XX, y por este motivo hay que tener en cuenta a los autores contemporáneos de la época. Más aún, es la tendencia a mantener bajo sistemas democráticos posteriores a la Segunda Guerra Mundial, algunos de los conceptos penales elaborados entonces y generalmente aceptados, lo que explica los déficits aún constatables en la legislación penal vigente. Uno de los motivos por los que esto sucedió es que algunos autores que tenían la mentalidad propia del fascismo de la Segunda Guerra Mundial como Filippo Grispigni (jurista italiano, 1884-1955) y Edmund Mezger (penalista criminólogo alemán, 1883-1962<sup>14</sup>) continuaron haciendo doctrina, por lo que la tendencia se mantuvo a pesar del cambio a la democracia.

Así, es necesario observar que a principios de los años 20 la peligrosidad acabaría entendiéndose como una característica del delincuente. Representante por excelencia de la corriente positivista, dominante entonces, Grispigni achacó la causa de la peligrosidad a la existencia de una anormalidad psíquica. Y otro autor, el penalista y criminalista alemán F. Von Listz (1851-1919)<sup>15</sup>, de la escuela sociológica alemana, no dudó en relacionar la idea de estado peligroso con la del “delincuente por naturaleza”, vinculando la peligrosidad en general con la enfermedad mental, la vagancia, el alcoholismo y la reincidencia entre otras manifestaciones bajo la premisa de que “no debe pensarse el acto, sino al autor”, extendiendo el estado peligroso en función de las clasificaciones que él establecía, incluso a las personas que aún no habían delinquido<sup>16</sup>.

*de Derecho penal y Criminología*, IV, nº 02, marzo 2014, pp. 205-210.

14 MUÑOZ CONDE, F., “Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo”, pp. 116-123. Valencia: Tirant lo Blanch, 4ª edición, 2003.

15 MARIACA, M.: “Von Listz y el delito en la Escuela sociológica alemana”, 2010. Franz von Listz pertenecía a la escuela sociológica alemana y sostenía que el delito era consecuencia de un conjunto de elementos individuales y externos (físicos y sociales), entre los que destacaba la economía. Esta doctrina rechazaba la antropología como causa única de la delincuencia (en contraposición a la perspectiva biologicista que sostenía Lombroso acerca del delincuente nato) y afirmaba la multicausalidad de la misma.

16 “*El moderno principio defensorista ha transformado radicalmente el viejo Derecho (...) La primera transformación consiste en el abandono del antiguo criterio de responsabilidad e intencionalidad, que se sustituye por la concepción del estado peligroso (...) que el delincuente representa para la sociedad (...) Desde el momento que este estado se comprueba, existe la necesidad de defender a la comunidad social, ya se el acto libre o determinado, ya proceda de un responsable o un incapaz*”. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., “El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el derecho penal moderno”. Madrid: Reus; 1920.

También hubo intentos, a principios del siglo XX, de definir los factores que caracterizarían la peligrosidad. Interesa aquí tomar como referencia, por su importancia, los que indicó L. Jiménez de Asúa (1889-1970), uno de los autores del Código penal republicano 1932, por ser uno de los pioneros en nuestro país en esta materia. Influidos, no obstante, por el positivismo dominante, para él los factores que definían la peligrosidad eran los siguientes: a) La personalidad, en sus vertientes antropológica, moral y psíquica; b) La vida antes de cometer el delito o el acto peligroso; c) El comportamiento que tiene tras el delito o acto peligroso; d) La naturaleza de su motivación; e) El delito o el acto peligroso como tal<sup>17</sup>.

En definitiva, vemos que la idea de peligrosidad no se limitaba a examinar los elementos objetivos (el daño producido), sino que, a principios del siglo XX se examinaba, sobretodo, el contexto que rodeaba al acto, dando en ese momento cada vez más importancia al elemento subjetivo (el delincuente).

En cuanto a la gravedad de la peligrosidad, E. Altavilla -jurista italiano que se interesó por la psicología jurídica y fue discípulo de Lombroso - señalaba que el peligro era *“tanto mayor cuanto menor fue en su delito el concurso de los factores externos”*. Y esta idea la completaría Grispigni al señalar que *“puesto que los factores endógenos pueden ser permanentes o transitorios, y originarios (nativos) o adquiridos... la peligrosidad es tanto mayor cuanto la actual personalidad criminal derive más de factores endógenos permanentes, en vez de transitorios, y originarios (nativos), en lugar de adquiridos”*.

Esta idea de que los factores endógenos y permanentes son indicativo de una mayor peligrosidad se mantiene a día de hoy en parte de la doctrina penal por cuanto que se asocian normalmente con la psicopatía, trastorno mental que se ha tendido a relacionar con la delincuencia debido a que algunos de los criterios diagnósticos<sup>18</sup> de la psicopatía

17 JIMÉNEZ DE ASÚA, L., op. cit. p. 53.

18 Se han tomado como referencia las características propuestas por el doctor Hervey Cleckley que aparecen en su libro *“The Mask of Sanity: An Attempt to Clarify Some Issues About the So-Called Psychopathic Personality.”* Tras las aportaciones de Cleckley en este sentido, el doctor Robert Hare desarrolló un instrumento para la valoración de la psicopatía consistente en una lista de ítems que el psicólogo debía identificar en el paciente y puntuar atendiendo a la intensidad de su presencia, a los efectos de determinar si las características psicopáticas presentes en mayor o menor medida en todos los

son la falta de empatía y de remordimientos, la conducta antisocial, alteraciones en las relaciones interpersonales y en general todo un conjunto de características poco favorables a la conducta prosocial y cuyo origen es, -se entiende-, interno (endógeno) e incurable (permanente) - o al menos no se conoce tratamiento eficaz alguno a día de hoy<sup>19</sup>-. Por lo tanto, parece que las características abstractas que el jurista italiano Grispigni identificaba como más peligrosas a principios del siglo XX se siguen considerando como tales un siglo después, sin perjuicio de los avances y las precisiones pertinentes que se han ido realizando con el paso de los años. En cualquier caso, y por lo que aquí interesa, se siguen asociando directamente con la delincuencia.

En cuanto a la respuesta que debía dar el Derecho a la peligrosidad, las propuestas serían diversas. Baste señalar que para Jiménez de Asúa, cuyas ideas serían muy influyentes en el mundo hispánico, la pena o la medida de seguridad que se aplicara a las personas potencialmente peligrosas debía ser indeterminada<sup>20</sup>, alegando que si el

individuos se reconocía de forma tal en el paciente concreto como para considerarlo un psicópata. Sin ánimo de desarrollar esta cuestión excesivamente, habría que mencionar que la psicopatía actualmente se mide con la escala PCL-R (Hare, 2003, adaptación española por Torrubia, Poy, Moltó, Grayston y Corral 2010), cuya relevancia y vinculación con la delincuencia no podemos no tener en cuenta ya que ha sido utilizada en estudios acerca del entorno carcelario y en el contexto forense. Este instrumento se considera válido (TORRUBIA, Rafael et. al., “Prólogo a la edición española” en Manual PCL-R. Escala de Evaluación de Psicopatía de Hare revisada., Madrid, Tea ediciones, 2010, pp. 236 y ss. ), y las características que en su día mencionó Hare son muy similares a los criterios diagnósticos que hoy en día se recogen en el DSM-5 (Manual Diagnóstico y Estadístico de Trastornos Mentales, quinta edición, elaborado por la Asociación Estadounidense de Psiquiatría), manual de referencia a nivel nacional e internacional junto con la CIE-10. Se usa para predecir el riesgo de conducta criminal, ya sea en cuanto a delitos violentos, o para predecir la reincidencia, o bien para prever posibles conductas problemáticas por parte de los reclusos (Torrubia, R. y Cuquerella, F. (2008). Psicopatía: una entidad clínica controvertida pero necesaria en psiquiatría forense. Revista española de medicina legal. 34(1), 25-35.).

19 Hay escepticismo con respecto a la posibilidad de curar la psicopatía, ya que los tratamientos que existen en la actualidad han demostrado ser no solamente ineficaces sino iatrogénicos (es decir, perjudiciales de cara a la curación de los pacientes porque aunque los profesionales de la salud mental están aplicando adecuadamente los programas diseñados con esta finalidad, éstos están involuntariamente dando pautas a los psicópatas de tal manera que al final del tratamiento no solamente no se han curado sino que han aprendido cómo realizar conductas antisociales con mayor habilidad), lo cual desvirtúa por completo la finalidad del tratamiento.

20 Con respecto a la sentencia indeterminada, Jiménez de Asúa apoyaba esta solución basada en la peligrosidad cambiante de las personas. Así, la pena no se establecería en la sentencia sino posteriormente a la misma, y podría aumentar o disminuir en base a la conducta del reo durante su condena. Este sistema jurídico no se llegó a introducir en España en el siglo XX a pesar de los intentos de este autor, aunque actualmente en EEUU se ha venido utilizando y en España desde la reforma del CP en 2015 también encontramos una figura similar con la introducción de la pena de prisión permanente revisable comprendida en el artículo 140 del CP de 2015, que prevé esta pena para asesinatos graves en los que la víctima tenga menos de 16 años o sea especialmente vulnerable (140.1.1<sup>a</sup>), sea subsiguiente a un delito sexual (140.1.2<sup>a</sup>), el autor pertenezca a grupo u organización criminal (140.1.3<sup>a</sup>) o para asesinatos múltiples (140.2). Otros países como Francia, Italia o Alemania también contemplan en su legislación la prisión permanente revisable, aunque cada país la concreta de

sujeto declarado peligroso no lo era en realidad, sería liberado en seguida porque no necesitaría corrección ni inocuización. También Franz von Liszt estaba a favor de la sentencia indeterminada (para los delincuentes incorregibles<sup>21</sup>).

### **2.3 Las escuelas penales durante los siglos XIX y XX.**

Partiendo de la base de que el Derecho Penal se concibe desde mediados del siglo XIX como una ciencia, es decir, como un conjunto de conocimientos que se obtienen a través de la razón<sup>22</sup>, podríamos decir que con el paso de los años se ha fomentado una idea de “progreso” del Derecho Penal. Esta evolución fue sustentada por las mismas escuelas penales que han estado presentes en cada momento histórico y en cada contexto, ya que estas ideas más filosóficas son las que inspiraban los códigos penales.

Con el fin de entender mejor las ideas subyacentes en la legislación que se estudia en este trabajo y contrastar las similitudes y diferencias que se presentan, expondré brevemente, a continuación, las características de cada escuela penal para posteriormente realizar dicha comparación.

En primer lugar, y frente a lo defendido en su día por Beccaria, se debe recordar que la escuela clásica italiana del siglo XIX, partidaria de la “defensa social”, estaba en contra

una forma distinta. Podríamos asumir que la concepción correccionalista es la que está detrás de esta idea, ya que se contempla la pena como una medida reeducativa que puede modificar la propensión a la delincuencia de los sujetos y es entonces cuando la sentencia indeterminada cobra sentido: cuando el delincuente se resocialice, el castigo podrá cesar, pero mientras no lo haga éste deberá mantenerse. Ha sido ampliamente debatida la constitucionalidad de esta pena en el marco de un estado social y democrático de Derecho en la que el reo debería tener derecho a conocer la pena que se le va a aplicar, siguiendo el principio de seguridad jurídica.

En este sentido, la STC de abril de 2005 sintetizó la doctrina acerca del principio de seguridad jurídica señalando que ésta debía interpretarse “1º Como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados procurando la claridad y no la confusión normativa y 2º Como la expectativa razonable fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho”.

En definitiva, a pesar de que la sentencia indeterminada fue rechazada incluso en el siglo XX, en el siglo XXI hemos incorporado una figura muy semejante en nuestro sistema y cabría cuestionar el avance o retroceso del Derecho Penal en este sentido.

21 Von Liszt, “Der Zweckgedanke im Strafrecht”, en *Strafrechtliche Vorträge* citado en MUÑOZ CONDE, F.: “La herencia de Franz von Liszt” en *Revista Penal México*, núm. 2, julio-diciembre de 2011, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España, pp. 57-73, p. 57.

22 La RAE indica que una ciencia es un “conjunto de conocimientos obtenidos mediante la observación y el razonamiento, sistemáticamente estructurados y de los que se deducen principios y leyes generales con capacidad predictiva y comprobables experimentalmente.”

del contrato social aunque a favor del principio de legalidad; asumía que todas las personas son libres de actuar bien o mal – conforme a su libre arbitrio-. Si actuamos mal se nos debe castigar con otro mal, es decir, una pena. El delito es un mal que es moralmente reprochable y es perjudicial para la sociedad, por lo que tiene que castigarse proporcionalmente al daño producido. No se trata de un sistema preventivo, sino retributivo - por lo que no concibe medidas de seguridad ni cree en la reinserción social-. Su finalidad es proteger los intereses de las clases dominantes - buguesía-, por lo que se defiende ampliamente la propiedad, y a su vez pretende disciplinar a las clases más bajas de la sociedad. Por la concepción moral de la conducta que caracteriza esta escuela, y teniendo en cuenta que, en España todas las Constituciones del siglo XIX, menos la de 1869, declararían la religión católica como religión oficial del Estado, en los momentos de predominio de esta escuela a la hora de influir al legislador, se observa un incremento de las penas asociadas a los delitos religiosos, cuyo castigo es llamativamente duro. Una de las figuras más representativas de la escuela clásica es Carrara.

En cuanto a la escuela correccionalista, a diferencia de la clásica, se centra mucho más en el delincuente e intenta reeducarlo para que se reinerte en la sociedad y corrija su personalidad patológica y perversa - es decir, se mantiene la idea de la moralidad-. La pena no es ahora un mal sino un bien, un derecho a la reeducación (Besserungstheorie), que debe ser individualizada - se podría decir que el juez es una suerte de médico que le da a cada paciente el tratamiento que requiere para su sanación, siendo la pena dicho tratamiento-.

En tercer lugar, la escuela positivista, desarrollada en Italia en la última parte del siglo XIX, también conocida como positivismo criminológico se centra mucho más en la sociología criminal, de tal forma que el delito es un fenómeno que se produce con regularidad y constancia. Asimismo, se tienen en cuenta pseudociencias - que en el pasado se concebían como ciencias, con toda la validez y fiabilidad que supone- como

la frenología<sup>23</sup> o la fisiognomía<sup>24</sup>. A diferencia de la escuela clásica, no consideraba que el ser humano fuese libre de actuar, sino que buscaba identificar los factores que pueden influir en su conducta desviada - es decir, sustituye la idea de libre arbitrio por la de determinismo-, y además se centra especialmente en la peligrosidad que puede entrañar - el delito es la prueba de que el sujeto es peligroso y la extensión y forma de la pena se deben establecer en base al delincuente y no en función del delito que haya cometido-. Se aboga por la sentencia indeterminada para que se ajuste a cuánto de peligroso es cada delincuente, es decir, teniendo en cuenta la proporcionalidad. En relación con la sanción, no subyace una finalidad retributiva, sino preventiva - prevención especial, en este caso-. Tres autores muy importantes partidarios del positivismo criminológico y que en gran medida supusieron el nacimiento de la Criminología moderna fueron C. Lombroso - que es considerado, de hecho, el padre de la Criminología-, E. Ferri y R. Garófalo, ya citados<sup>25</sup>.

## 2.4 Medidas de seguridad como respuesta a la peligrosidad

Las medidas de seguridad se basan en la peligrosidad criminal del sujeto, y su función

23 Era una pseudociencia que estudiaba la forma del cráneo, la cabeza y la cara, y en función de los mismos determinaba el carácter del sujeto, de su personalidad y de sus tendencias antisociales. Actualmente se sabe que no tiene validez, pero autores como Joseph Gall promovieron su influencia - llegó a escribir un libro en 1882 que recogía sus ideas, titulado "Las funciones del cerebro".

24 De forma similar a la frenología, la fisiognomía era una pseudociencia que también pretendía estudiar el carácter de las personas a través del análisis de su aspecto físico y sobretodo de sus rasgos faciales.

25 Lombroso era biólogo y antropólogo. Aportó la teoría del delincuente nato. Ferri era sociólogo. Se le considera el creador de la Sociología criminal y de la Criminología moderna. Desarrolló una teoría para intentar calcular la delincuencia que tendría lugar si se dieran ciertas condiciones sociales. Él introdujo la idea de que las causas del delito son biológicas, sociales y ambientales, distinción que se ha mantenido hasta la actualidad, aunque en ocasiones también se hace referencia a los factores endógenos y exógenos -las causas biológicas serían factores endógenos y en cambio las causas sociales y ambientales conformarían las causas exógenas-, una clasificación introducida por el alemán Naecker.

Garófalo era jurista; según él, la piedad y la probidad son sentimientos que se tienen en mayor o menor medida por razón de nacimiento - de acuerdo con la idea de delincuente nato de Lombroso-, y cuanto más débil sea la presencia de los mismos en un grupo social más cerca de la delincuencia estará. Además, realizó una clasificación de los delincuentes en función de los sentimientos contra los que atentaba cada delito - por ejemplo, los asesinos atentaban contra el sentimiento de piedad y los ladrones contra el de probidad-.

Cada uno de estos autores aportó sus ideas desde el punto de vista de su disciplina.

DA RE, V., y MACERI, S., "La antropología criminal de Lombroso como puente entre el reduccionismo biológico y el Derecho penal (Segunda Parte)". En *Revista de Filosofía y Psicología*, vol. 3, no. 18, pp. 91-108 (2008).

CANEVELLO, P., "Criminología: la evolución del pensamiento internacional". En Centro Argentino de Estudios Internacionales. Recuperado el 17 de junio de <https://www.files.ethz.ch/isn/145593/71%20DI.pdf>

es prevenir el delito<sup>26</sup>.

Durante la época de la Ilustración, la figura que desarrolló el Derecho Penal en España fue Manuel de Lardizábal y Uribe (1739-1820). Defendería la noción utilitaria de la pena, pero añadía que el legislador no debía olvidarse de reparar el acto delictivo cometido<sup>27</sup>. Pero no fue hasta la segunda mitad del siglo XIX cuando apareció la tendencia correccionalista en España - cambio de mentalidad operante en el siglo XIX con respecto a la concepción previa que inspiraba las decisiones del legislador-, que buscaba, como se ha explicado, modificar la voluntad “enferma” de los delincuentes para restablecer el Derecho y satisfacer así la finalidad de la pena<sup>28</sup>. Por último, las aportaciones de P. Dorado Montero (1861-1919) con su tesis acerca del “Derecho protector de los criminales”<sup>29</sup> iban en la línea de la tutela del más débil – el delincuente -, a través de la pena, y ello, una vez más, no por lo que había hecho, sino por lo que era<sup>30</sup>.

A finales del siglo XIX, los positivistas se dieron cuenta de que el sistema que se había venido aplicando hasta el momento no funcionaba: las tasas de reincidencia no bajaban, había una mala gestión de la delincuencia juvenil y además la prisión no servía para reeducar a las personas<sup>31</sup>. Por este motivo, como hemos señalado previamente, se dio el cambio en la mirada hacia la delincuencia: no había que atender al delito sino al delincuente. La prevención general y la retribución ya no eran la forma de frenar la delincuencia<sup>32</sup> sino que el interés se redirigió hacia la prevención especial y los medios preventivos como solución a la peligrosidad del delincuente<sup>33</sup>. De esta manera, los

26 JORGE BARREIRO, A.: *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, Madrid, Civitas, 1976, p. 24.

27 LARDIZÁBAL Y URIBE, M. De: *Discurso sobre las penas*. reimprimido en “REP”. núm. 174, 1966, p. 668

28 SILVELA, L.: *El Derecho Penal español. Estudio en los principios y en la legislación vigente en España*, I, Madrid, 1903, I, pp. 227 y 230.

29 SAINZ CANTERO, J. A.: *La Ciencia del Derecho Penal y su evolución*, Barcelona, 1970, p. 149.

30 DORADO MONTERO, P.: *El Derecho Protector de los criminales*, II, Madrid, 1915, p. 116.

31 GARCÍA VALDÉS, *Régimen penitenciario de España. Investigación histórica y sistemática*, Madrid, 1975, pp. 209 y ss.

32 OCAÑA RODRÍGUEZ, A.: *Las medidas de seguridad en la doctrina*, en *Anuario de la Escuela Judicial*, 1971, pp. 24 y ss.

33 ANGEL, M.: *Penas y medidas de seguridad en Derecho positivo comparado*, en “ADP y CP”, (1956), p. 444.

ordenamientos jurídicos que aplicaban solamente las penas establecidas en los códigos fueron introduciendo paulatinamente las medidas de seguridad y acogiendo de esta manera el modelo dualista<sup>34</sup>.

En este contexto, F. Von Liszt presentó su teoría de la pena-fin, en la que justificaba la utilidad de la pena por su fin de tutelar los bienes jurídicos más importantes, y entendía que el objetivo del Derecho penal era la defensa de los intereses que requieren una mayor protección<sup>35</sup>. Solamente cuando la pena se ajustaba a su fin – proteger dichos intereses- debía considerarse justa<sup>36</sup>. La noción de tutela efectiva de los bienes jurídicos debía ser una de las premisas principales del Derecho. Sin embargo, él no relacionaba en modo alguno la tutela de los derechos humanos con la dignidad, ya que de la dignidad como derecho o bien jurídico no se empezó a hablar hasta después de la Segunda Guerra Mundial. En este sentido, cabe mencionar que la noción de dignidad es un derecho que se introdujo con posterioridad a F. von Liszt: sólo se reconoce en la Declaración de Derechos Humanos del año 1948, en la Constitución italiana de 1947 y en la Constitución alemana de 1949.

Por otra parte, F. Von Liszt afirmaba que la pena debía determinarse en función de sus fines: corregir a los delincuentes corregibles (susceptibles de recuperación); intimidar a los que no necesitan ser corregidos (ocasionalmente no necesitan la pena); e inocular a los incorregibles (no pueden recuperarse)<sup>37</sup>. Las ideas de von Liszt orientaron una política criminal -característica del siglo XX- que supuso un impulso en la creación de las medidas de seguridad. En este sentido, él propugnó la necesidad de luchar contra la delincuencia adoptando una postura interdisciplinar – Antropología, Psicología y Estadística criminal junto con el Derecho Penal- para conseguir una mayor eficacia<sup>38</sup>.

34 El Derecho Penal dualista es aquél que se sirve de la pena y de la medida de seguridad como consecuencias jurídicas del delito, en contraposición al monismo, que es un sistema penal que solamente prevé la pena como respuesta jurídica que se le puede imponer a alguien que ha infringido los preceptos del Código Penal.

Es decir, que las medidas de seguridad se regulan al margen del código con sentido, en general, menos garantista, a través de leyes especiales o atribuyendo importantes facultades sancionadoras a la Administración.

35 LISZT, Fr. v.: *Tratado de Derecho Penal* (trad. Jiménez de Asúa, L. y adicionado por Quintiliano Saldaña), II, 3ª edic., Madrid: Reus, s. f., 2007, p. 9.

36 LISZT, F. v.: *La idea de fin en Derecho penal*, Berlín, 1883, p. 31.

37 LISZT, F. v.: *Ibidem* cit., p. 42.

38 LISZT, F. . v.: *Ibid.* cit., p. 47.

Por su parte, Carl Stooss (1849-1934)<sup>39</sup>, autor en 1893-4 del proyecto de Código penal federal suizo y primero en introducir el concepto de “medida de seguridad”, señaló que algunas personas tienen tendencia a delinquir porque poseen ciertos condicionantes espirituales o corporales. En este caso, las penas no eran suficientes para paliar estas inclinaciones, por lo que se requerían las “medidas de seguridad” para luchar eficazmente contra la criminalidad. Y ello porque la pena atiende al acto cometido, mientras que la medida de seguridad se basa en la condición del sujeto. Por este motivo, la medida de seguridad complementaría a la pena en aquellas situaciones en las que la pena resultaba inadecuada<sup>40</sup>. De esta manera, se sentarían las bases de la política criminal “moderna”<sup>41</sup> que ha condicionado hasta tiempo muy reciente la forma de entender la peligrosidad en el Derecho penal.

Las medidas de seguridad tal como las conocemos hoy en día aparecieron en España por vez primera en el Código Penal de 1928 y, fuera de un Código penal, en la Ley de vagos y maleantes de 4 de agosto de 1933<sup>42</sup>.

En cuanto al Código Penal de 1928, podemos decir que las medidas de seguridad que recogía aparecían bien como consecuencia de delitos o faltas<sup>43</sup> o bien como elemento complementario de la pena<sup>44</sup>. Las medidas de seguridad estaban dispuestas en los arts. 90 y ss.<sup>45</sup>. Cabe mencionar que en este Código Penal de 1928 las medidas de seguridad

39 Señala RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., *Alegato contra las medidas de seguridad*, en Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 31, Fasc/Mes 1, 1978, pp. 5-12, p. 6, nota 9. que Carlos Stoos fue el autor que acuñó el término “medida de seguridad”. Él se inspiró en la política criminal de von Liszt, y estableció un conjunto muy heterogéneo de medidas de seguridad, desde las más asistenciales -curativas o pedagógicas- hasta las que pretendían la inocuización de los más “peligrosos” -más tendentes a delinquir-.

40 STOOS, C.: *Lehrbuch des österreichischen Strafrecht*, Viena-Leipzig 1910, p. 22. citado en JORGE BARREIRO, A. cit. op.

41 EXNER, F. v.: *Die theorie der Sicherungsmittel*, cit., pág. 239. citado en JORGE BARREIRO, A. cit. op.

42 JORGE BARREIRO, A.: cit. op. p. 47-48.

43 En el caso español, una parte importante de las antiguas faltas han pasado a ser delitos leves, y otra parte ahora son sanciones administrativas, ya que en la importante reforma del Código Penal en 2015 se eliminó esta figura

44 Art. 90 del c.p. 1928

45 El Código Penal de 1928 recogía un conjunto de medidas de seguridad, entre las que aparecía – y por lo que aquí importa- el internamiento en asilos o en establecimientos especiales o de trabajo de los alcohólicos, toxicómanos y de los vagos simultáneamente con la pena o después de cumplirla (arts. 90-8º., 104-5 y 133) como medida de seguridad privativa de libertad. También incluía la privación o

tenían carácter judicial, sin embargo eran los gobernadores civiles (administración) los que gestionaban las cuestiones de orden público. Las medidas de seguridad se aplicaban en relación a la peligrosidad del delincuente que ya había cometido un delito o una falta y no por considerar que una persona podía ser peligrosa<sup>46</sup> -excepto en los casos de reinternamiento de un irresponsable en un manicomio si sus actos revelaban peligro social-<sup>47</sup>. Se aplicaban normalmente como accesorias de la pena<sup>48</sup>. Por último, debemos mencionar que este código también proporcionaba, por primera vez, una definición de peligro social criminal en su art. 71.2, que era la siguiente: “*el estado especial de predisposición de una persona, del cual resulta la probabilidad de delinquir*”.

Por lo que respecta a la Ley de vagos y maleantes del año 1933, se trataba de un sistema de prevención consistente en una serie de medidas de seguridad que atendían a la peligrosidad pre y postdelictual de la persona<sup>49</sup>, configurando así una ley defensiva y biológica que daba forma al estado peligroso<sup>50</sup>. Se trataría de una “Ley sobre peligrosidad sin delito”, según uno de sus autores, Jiménez de Asúa<sup>51</sup>, de tal forma que se les podían aplicar las medidas de seguridad a personas que aún no habían cometido delito alguno pero que se consideraba que eran socialmente peligrosas. Las medidas de

incapacitación de derechos civiles (arts. 90-5ª y 100). Recuperado de <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1928/257/A01450-01526.pdf>

46 El art. 90 del CP 1928 señalaba que: “Las medidas de seguridad que, como consecuencia de los delitos o faltas, o como complemento de pena, podrán acordarse...”. Por lo tanto, las medidas de seguridad solamente se podían aplicar cuando había peligrosidad criminal.

47 El art. 97 del CP 1928 indicaba que: “En todo caso en que se decrete el internamiento de un irresponsable en un manicomio judicial o particular, no podrá salir del mismo sin que previo informe de sanidad lo acuerde así el Tribunal, pudiendo decretarse por éste de nuevo su internamiento, de oficio, a instancia del Ministerio fiscal o de la familia del enfermo, si hubiese dado motivo a ello por la realización de actos que evidencien el peligro social.

48 La medida de internamiento en manicomio (art. 90-3 c.p. 1928) y la retención de delincuentes habituales o incorregibles (art. 90-7 c.p. 1928) eran una excepción, ya que no se imponían como medidas accesorias a la pena sino que se aplicaban sin esta última.

49 JORGE BARREIRO, A.: *op. cit.* p. 50.

50 JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Ley de vagos y maleantes. Un ensayo legislativo sobre peligrosidad sin delito*, en RGLJ, t. 163, 1933, p. 577.

51 JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Ibidem* p. 630.

seguridad<sup>52</sup>, no obstante, tenían un carácter judicial (arts. 5 de la L. v. m.<sup>53</sup>. y 55 de su Rto.<sup>54</sup>): las debía imponer el juez en función de la peligrosidad social (art. 2 L. v. m.) y criminal (art. 3 L. v. m.) y estaban sujetas al principio de legalidad (art. 1 y 2 de la L. v. m.)-1.<sup>a</sup>).

En esta ley no se respetaba el principio de seguridad jurídica porque sus preceptos eran muy amplios e indeterminados, por lo que la certeza y la legalidad quedaban en entredicho; por estos motivos esta ley muy probablemente hoy en día se consideraría inconstitucional. Conforme a la tradición iniciada con Beccaria (1738-1794), para que el Derecho penal fuese garantista las definiciones que establecían las normas tenían que determinar el contenido con concreción, no pudiendo tratarse de fórmulas abstractas<sup>55</sup>.

Además, los objetivos de prevención que, en un principio, tenía esta ley no llegaron a alcanzarse porque no se disponía del personal ni de los establecimientos necesarios<sup>56</sup>.

52 Las medidas de seguridad que establecía la Ley de vagos y maleantes eran las que siguen: 1.- *Privativas de libertad*: 1<sup>a</sup> El internado en un establecimiento de régimen de trabajo o colonias agrícolas por tiempo indeterminado que no podrá exceder de tres años (art. 4-1.<sup>a</sup>); 2.<sup>a</sup> El internado en establecimientos de custodia por tiempo no inferior a un año y que no podrá exceder de cinco años (art. 4-2.<sup>a</sup>); 2.- *Restrictivas de libertad*: 1<sup>a</sup> La expulsión de extranjeros del territorio nacional (art. 4-4.<sup>a</sup>); 2<sup>a</sup> La obligación de residir en lugar determinado por el tiempo que establezcan los Tribunales (art. 4-5.<sup>a</sup>); 3<sup>a</sup> La prohibición de residir en lugar o territorio que el Tribunal designe (art. 4-6.<sup>a</sup>); 3.- *Restrictivas de derechos*: 1<sup>a</sup> Obligación de declarar su domicilio (art. 4-5.<sup>a</sup>); 2<sup>a</sup> Sumisión a la vigilancia de la autoridad (art. 4-7.<sup>a</sup>); 4.- *Pecuniarias*: 1.<sup>a</sup> La multa de 250 a 10.000 Ptas. (art. 4-8.<sup>a</sup>) y 2.<sup>a</sup> La incautación y pérdida en favor del Estado, de dinero o efectos (art. 4-9.<sup>a</sup>); y 5.- *Curativas*: El aislamiento curativo en casas de templanza por tiempo absolutamente indeterminado (art. 4-3.<sup>a</sup>).

53 El art. 5 de la Ley de vagos y maleantes indica que: “Las medidas de seguridad sólo podrán ser aplicadas por los Tribunales...”

54 El art. 55 del Reglamento para la aplicación de la Ley de vagos y maleantes indica que: “Las medidas de seguridad serán aplicadas por los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria, con exclusión de toda otra autoridad”.

55 “Cada hombre tiene su punto de vista, y cada hombre en diferentes momentos tiene uno diverso. El espíritu de la ley sería, pues, la resulta de la buena o mala lógica de un juez, de su buena o mala digestión; dependería de la violencia de sus pasiones, de la flaqueza del que sufre, de las relaciones que tuviese con el ofendido y de todas aquellas pequeñas fuerzas que cambian las apariencias de los objetos en el ánimo fluctuante del hombre. Vemos así que la suerte de un ciudadano cambia con frecuencia al pasar por distintos tribunales, y ser las vidas de los miserables víctima de falsos raciocinios o del actual fermento de los humores de un juez, que toma por legítima interpretación la vaga resulta de toda aquella confusa serie de nociones que le mueve la mente. Vemos pues los mismos delitos diversamente castigados por los mismos tribunales en diversos tiempos, por haber consultado no la constante y fija voz de la ley, sino la errante inestabilidad de las interpretaciones.” BECCARIA, C.: Tratado de los delitos y de las penas, Universidad Carlos III de Madrid, Bermejo Castriello M. A. y cols., 2015 (consultado a fecha de 5 de junio de 2020). Disponible en: [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20199/tratado\\_beccaria\\_hd32\\_2015.pdf?sequence=1](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20199/tratado_beccaria_hd32_2015.pdf?sequence=1) p. 23.

56 TERUEL CARRALERO, D.: *Comentarios a la Ley de vagos y maleantes*, Madrid, Imprenta Sáez, 1949, p. 42.

En muchos casos, los tribunales no solían aplicar sus preceptos ya que conforme a la memoria de la fiscalía “*mientras los establecimientos dedicados a la aplicación de las medidas de seguridad no se determinen y adecúen a su función, los Tribunales seguirán siendo reacios a la aplicación de unas medidas que se convierten en verdaderas penas privativas de libertad*”<sup>57</sup>.

Con la llegada de la dictadura franquista el legislador consideró necesario promulgar un nuevo cuerpo legal más adecuado a la ideología política del momento, aunque no derogó formalmente la ley de 1933. La política criminal imperante estaba orientada a conseguir “*el amparo de la Autoridad para el vivir pacífico de los españoles y la eficaz sanción de la Ley para los que se aparten de las reglas de moralidad y rectitud que son norma de toda sociedad iluminada en su marcha a través de los caminos de la historia por los reparadores principios del cristianismo y del sentido católico de la vida*”<sup>58</sup>. Aquellos que se apartaban de la moral “*impedían el vivir pacífico*”, y la forma de repararlos era la religión. El nuevo Código Penal franquista de 1944 estaba muy influenciado por el nacional-catolicismo, incluyendo ideas acerca de la redención de la pena por el trabajo. Había una pugna entre la Falange y la Iglesia en la que, durante los años 30, predominaba el poder de la Falange, sin perjuicio de que la religión fuera siempre fundamental. Por su parte, los regímenes autoritarios que había en Alemania y en Italia<sup>59</sup> inspiraron de forma decisiva la estrategia política que adoptó España durante este período.

La cultura represiva, la militarización, el partido único y el nacionalcatolicismo eran los rasgos que caracterizaban esta nueva etapa contraria a las ideas liberales y modernas<sup>60</sup>, y esto se vio reflejado en un amplio espectro institucional por todo el país, incluyendo

<sup>57</sup> *Memoria de la FTS*, 1967, p. 59 citada en JORGE BARREIRO, A.: *op. cit.* P. 54.

<sup>58</sup> TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *Ideología y valores religiosos en el Código Penal. La reforma (siempre pendiente)*, *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, Nº 10, 1, 2010, p. 414.

<sup>59</sup> El fascismo italiano tuvo una mayor influencia en el Código Penal español de 1944 que el nazismo alemán, según CERESO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal español. Parte General. 1. Introducción*, 6ª edic., Madrid, Tecnos, 2004, pp. 144-145.

<sup>60</sup> La cruzada contra el liberalismo y el avance científico estaba motivada por un intento de que en España prevaleciera por encima de todas las cosas una “civilización cristiana” y en última instancia “el triunfo de la Ciudad de Dios y la Resurrección de España”. PORTILLA CONTRERAS, G.: *Colaboración de la Iglesia católica en la represión penal de la masonería y el comunismo durante el franquismo*, en AA.VV., *Un Derecho penal comprometido. Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 914.

modificaciones en el ámbito educativo, artístico y penitenciario entre otros<sup>61</sup>. Por lo que aquí interesa, serían los eclesiásticos los encargados de la gestión política de las prisiones. A este respecto, Franco opinaba que “*La redención por el trabajo me parece que responde a un concepto profundamente cristiano y a una orientación social intachable*”<sup>62</sup>. El trabajo era la forma de expiarse sus culpas por la conducta inmoral que les había llevado a prisión.

Por su parte, como cabría esperar, “*la mujer deb(ía) ocuparse de los trabajos de casa y prepararse para su futura misión de ser madre*”<sup>63</sup> y no tenía mucha más participación que esa. A la misoginia había que añadirle el racismo, que como es por todos conocido también estuvo muy presente en el nazismo alemán; podría decirse que en Alemania “*el sentido de la pena y del Derecho penal ya no e(ra) la protección de esferas de bienes individuales, sino depuración y a la vez protección de la comunidad del pueblo mediante la separación de los degenerados*”<sup>64</sup>. La dictadura franquista también antepuso el interés del Estado a los derechos individuales (que no existían) mermando los derechos fundamentales de todos los españoles y en especial de los que no encajaban en el modelo nacional-católico que se quería imponer.

Más en concreto, en cuanto a la concepción que se tenía de la Constitución durante la dictadura, las palabras del catedrático procesalista Fenech la resumen de forma clara: “*el desprecio de la mitología constitucional es una piedra sillar de nuestro ideario*” y “*la España nacionalsindicalista rechaza los Derechos fundamentales*”<sup>65</sup>. Por lo tanto,

61 Se modificó la enseñanza para que no se impartiera materia potencialmente contraria a la religión del Estado y para que se concediera una gran relevancia al patriotismo y a los valores franquistas. Muchos intelectuales fueron expedientados, inhabilitados e incluso fusilados porque entrañaban un peligro para el régimen, y tampoco los artistas tenían libertad de expresión (destaca la censura cinematográfica). TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Construcción y enseñanza del Derecho penal del nuevo estado. Los orígenes del Código Penal de 1944”. En *Modelos de Derecho del Trabajo y cultura de los juristas*, Albacete, Bomarzo, 2014, pp. 202- 210.

62 Entrevista a Franco Behemonte, F. concedida a Manuel Aznar Zubigaray, publicada en *El Diario Vasco*, 1 de enero de 1939, reproducida en PÉREZ DEL PULGAR, J.A.: *La solución que España da al problema de sus presos políticos*. Valladolid: Santarén, 1939, p. 9.

63 HERRERA ORIA, E.: *Historia de la Educación Española desde el Renacimiento*, 4ª, Madrid: Veritas, 1941, p. 437.

64 SCHAFFSTEIN: *Das subjektive Recht im Strafrecht*, DRWis 1936, pp. 39, 46., citado en HOYER, A., “Ciencia del Derecho penal y nacionalsocialismo”. En *Revista Penal*, 2009, nº 23, p. 42.

65 FENECH, M.: *La posición del juez en el Nuevo Estado. Ensayo de sistematización de las directrices actuales*. Madrid: Espasa Calpe, 1941, p. 92.

en este periodo cabría solamente hablar de deberes, y no de derechos.

La vuelta a la democracia después del fin de la dictadura franquista fue lenta, y las leyes se fueron adaptando al nuevo contexto poco a poco. Sin embargo, tal y como se señalará más adelante, es posible que el legislador no hubiera olvidado esta forma de concebir los derechos ni siquiera cuando terminó la dictadura.

Durante el franquismo tuvo lugar la reforma parcial de la Ley de vagos y maleantes y la introducción del Código Penal de 1944, y se configuró la Ley sobre peligrosidad y rehabilitación social (LPRS) del año 1970. En esta ley aparecen ambos tipos de estados peligrosos – predelictuales<sup>66</sup> y posdelictuales<sup>67</sup>-.

66 Los supuestos de peligrosidad predelictual que figuran en la LPRS son los siguientes: a) Los vagos habituales (art. 2.1º); b) Los que realicen actos de homosexualidad (art. 2.3º); c) Los que habitualmente ejerzan la prostitución (art. 2.4º); d) Los mendigos habituales y los que viviesen de la mendicidad ajena o explotasen con tal fin a menores, enfermos, lisiados o ancianos (art. 2.6º); e) Los ebrios habituales y los toxicómanos (art. 2.7º); f) Los que, sin justificación, lleven consigo armas u objetos que, por su naturaleza y características denoten su presumible utilización como instrumento, coacción o agresión (art. 2.11º); g) Los que, por la repetida comisión de infracciones de tráfico, dado su número y grave entidad, denoten su peligrosidad para la circulación (art. 2.13º); h) Los menores de veintiún años abandonados por la familia o rebeldes a ella, que se hallaren moralmente pervertidos (art. 2.14º); i) Los que por su trato asiduo con delincuentes o peligrosos sociales, por la frecuentación de los lugares donde se reúnen habitualmente..., revelen inclinación delictiva (art. 2.15º); j) Los enfermos y deficientes mentales que, por su abandono o por la carencia de tratamiento adecuado, signifiquen un riesgo para la comunidad (art. 3).

67 Los supuestos posdelictuales que aparecen en la LPRS son los que siguen: “a) Los rufianes y proxenetas (art. 2.2º); b) Los que habitualmente..., promuevan, favorezcan o faciliten la prostitución, así como los dueños, empresarios, gerentes, administradores, o encargados de locales o establecimiento, abiertos o no al público, en los que con su conocimiento se realicen las indicadas actividades (art. 2.4º); c) Los que promuevan, favorezcan o faciliten la producción, tráfico, comercio o exhibición de cualquier material pornográfico o hagan su apología, así como los que realicen actos de exhibicionismo que atenten a la moral, y los dueños, empresarios, gerentes, administradores o encargados de locales o establecimientos, abiertos o no al público, en los que, con su conocimiento, tengan lugar las actividades expresadas (art. 2.5º); d) Los que promuevan o realicen el ilícito tráfico, fomenten el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o fármacos que produzcan análogos efectos, y los dueños, empresarios, gerentes, administradores o encargados de locales o establecimientos, abiertos o no al público, en los que, con su conocimiento, se permita o favorezca dicho tráfico o consumo, así como los que ilegalmente posean las sustancias indicadas (art. 2.8º); e) Los que con menosprecio de las normas de convivencia social o del respeto debido a las personas, ejecuten actos caracterizados por su insolencia, brutalidad o cinismo, y los que con iguales características impidan o perturben el uso pacífico de lugares públicos o privados o la normal utilización de servicios de esa índole, maltraten a los animales o causen daño a las plantas o cosas (art. 2.9º); f) Los que integrándose en bandas o pandillas manifestaren, por el objeto y actividades de aquéllas, evidente predisposición delictiva (art. 2.10º); g) Los que de modo habitual o lucrativo faciliten la entrada en el país o la salida de él a quienes no se hallen autorizados para ello (art. 2.12º); h) Los que habitualmente utilicen de modo ilegítimo vehículos ajenos (art. 2.13º); i) Los que por la comisión de faltas penales, atendidos el número y la entidad de éstas, revelen inclinación delictiva (art. 2.15º); j) Los condenados por delitos en quienes, por las demás circunstancias que concurran en ellos, sea presumible la habitualidad criminal, previa expresa declaración de su peligrosidad social (art. 4)”.

Al igual que ocurría en la Ley de vagos y maleantes, en la LPRS el criterio de peligrosidad social para la aplicación de las medidas de seguridad era muy vago y podía resultar confuso<sup>68</sup>, lo cual era especialmente grave teniendo en cuenta que se podían imponer medidas de seguridad de internamiento de hasta cinco años en función de dichos presupuestos indeterminados. La ley no daba una definición de peligrosidad social, y tampoco establecía su contenido en ningún artículo específico, aunque parte de la doctrina<sup>69</sup> entendía que estos se podían extraer de algunos presupuestos<sup>70</sup>. Por otra parte, la Fiscalía del Tribunal Supremo señaló<sup>71</sup> que los rasgos principales de la peligrosidad quedaban establecidos cuando se hablaba, por ejemplo, de “*notorio menosprecio de convivencia social*” y “*perjuicio para la comunidad*” (art. 2, sup. 9), “*predisposición delictiva*” e “*inclinación delictiva*” (art. 2, sups. 10 y 15), “*riesgo para la comunidad*” (art. 3) o incluso “*perversión moral*” (art. 2, sup. 14). Estos elementos, vagos cuando menos, y en consecuencia probablemente contrarios a la seguridad jurídica constitucional, eran de índole valorativa, por lo que se dejaba al Juez apreciar su concurrencia o no<sup>72</sup>, acercándose peligrosamente al- o, directamente incurriendo en- la arbitrariedad judicial, que como sabemos, prohibiría la Constitución de 1978<sup>73</sup>.

Donde sí se definía la peligrosidad social era en el Reglamento de la LPRS (art. 4-2º), que establecía: “*la existencia del estado de peligrosidad social se apreciará tomando en consideración la repercusión que el comportamiento del sujeto pueda producir en la comunidad, su personalidad, los elementos ambientales y familiares y los demás a*

68 Conforme a DEL ROSAL, J., “Política criminal de la Ley de Peligrosidad Social”, *Peligrosidad social y medidas de seguridad*. Valencia: Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal, 1974, pp. 131-50, p. 146.

69 Fiscalía del Tribunal Supremo, *Circulares*, cit., pp. 12 y 16. citado en JORGE BARREIRO, A. op. cit. p. 250.

70 Concretamente, se podría deducir de los arts. 2º, 3º y 4º de la LPRS.

71 FTS, *Circulares*, cit., p. 12 citado en JORGE BARREIRO, A. op. cit. p. 250.

72 RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Medidas de seguridad y Estado de Derecho*, en *Peligrosidad y medidas de seguridad*, Valencia, 1974, p. 362. citado en RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: *Derecho penal español. Parte general.*, edición 18ª, Madrid, Dykinson, 1995.

73 La Constitución Española de 1978 establece en su artículo 9.3 la prohibición del arbitrio judicial junto con el principio de legalidad y de seguridad jurídica, por lo que aquí interesa y sin perjuicio de la importancia del resto del precepto. Así, “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.”

*ponderar...*”. Sin embargo, la redacción seguía siendo muy ambigua porque en ningún momento se concretaba a qué se refería la fórmula “*los demás a ponderar*” - fórmula que daba a entender que la interpretación del precepto no estaba sujeta a números clausus y que el Juez podía, al fin y al cabo, considerar lo que le pareciera adecuado en cada caso-, por lo que una vez más la decisión de si un sujeto era socialmente peligroso o no dependía del criterio del Juez de Peligrosidad<sup>74</sup>, con todo lo que esto implicaba para la igualdad y la certeza de los encausados.

En definitiva, al no haber un concepto legal que concretara adecuadamente la peligrosidad social, su apreciación – fundada en los índices de peligrosidad y en el dictamen forense- quedaba prácticamente al arbitrio del Juez de Peligrosidad competente. Además del problema de la arbitrariedad, que ya era grave por sí solo, la situación era incluso peor por cuanto que el Juez actuaba más como acusación pública o como Administración - en cualquiera de los dos casos su posición podría considerarse parcial- que como Juez imparcial, violando así una de las premisas más importantes del debido proceso y asemejándose a un proceso inquisitivo, propio del Antiguo Régimen -que, precisamente, no puede considerarse un proceso porque la instrucción y la acusación no son figuras separadas y por lo tanto el Juez no cumple con el requisito de imparcialidad-.

Los presupuestos de la peligrosidad en esta ley recuerdan bastante a la indeterminación del tipo y a la analogía (en última instancia, la interpretación extensiva del Derecho<sup>75</sup>) propios de las dictaduras, que en definitiva son una vía para ampliar la zona de peligro<sup>76</sup> a los efectos de que toda conducta contraria a la ideología estatal fuera antijurídica, al igual que sucedía en el nazismo, y en la misma línea, la esencia del delito sería la infracción de un deber cuya base se encuentra en la moralidad (en el caso de la

74 El Juez de Peligrosidad y Rehabilitación Social enjuiciaba valorando las características “deficientes” de los acusados, cuya medida de seguridad asignada debía procurar su reinserción social y alejarlos de la perversidad moral. La jurisdicción de peligrosidad se caracterizaba por sus órganos, procedimientos, sentencias, finalidades y medios, que se consideraba que debían ser diferentes a los de la jurisdicción penal. El Juez de Peligrosidad, asistido por un equipo de calificación y tratamiento, determinaba el tratamiento que se le tenía que aplicar al delincuente peligroso en función de sus características. MORENILLA RODRÍGUEZ, J.M.: “La aplicación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social: dificultades prácticas y aproximación a una solución” en ADPCP, 1977, pp. 65-77, p. 69 y ss.

75 HOYER, A., “Ciencia del Derecho penal y nacionalsocialismo”. En *Revista Penal*, nº 23, 2009, p. 50.

76 *ibidem* p. 43.

vagancia, por ejemplo, la omisión del deber de trabajar). La justificación de la analogía se encontraba en el intento de separar la política criminal del Derecho penal tomando como referencia el Derecho civil (rama en la que sí que se permite la interpretación analógica), tal y como se observaba en el Código Rocco de 1930, código fascista italiano firmado por Alfredo Rocco (1875-1935), ministro de justicia del Partido Nacional Fascista de Mussolini.

Con respecto al dictamen forense, cabe señalar que el art. 85 del reglamento de la LPRS<sup>77</sup> concretaba qué debía buscar el médico forense en los investigados peligrosos y hacerlo constar en el informe médico-legal que después el Juez tendría en cuenta. El médico tenía que realizar pruebas distintas en función del tipo de sujeto peligroso de que se tratara; por ejemplo, a los vagos y prostitutas se les hacía un examen psíquico (psicometría). En cambio si eran rufianes se buscaban rasgos de personalidad psicopática, de consumo de alcohol y de drogas, y si eran homosexuales lo que se hacía era analizar sus cromosomas para ver si éstos habían mutado y se había producido una alteración genética que explicara tal “anormalidad”. A los que tenían trastornos mentales se les hacía una evaluación de su trastorno, de la gravedad del mismo y se establecía su tratamiento. Finalmente, de los alcohólicos se estudiaba el nivel de alcoholismo que tenían y el deterioro físico y psíquico consecuente, y de forma muy similar, a los drogadictos el grado de dependencia que tenían, qué la había causado y qué consecuencias -también físicas y psíquicas- les había supuesto su adicción.

Como se ve, la LPRS partía de una idea determinista - propia de la escuela positivista italiana- de que el delincuente es siempre un individuo anormal que está condicionado por sus circunstancias y que por tanto no goza de libre albedrío en lo se refiere a sus

<sup>77</sup> El art. 85 de la LPRS establecía que “1. Además de las condiciones generales señaladas en la investigación de la personalidad, se tendrán en cuenta las particularidades siguientes: a) Vagos y prostitutas: Se pondrá especial atención en el examen psíquico, complementándolo, a ser posible, con la aplicación de métodos asimétricos. b) Rufianes: Se estudiará su personalidad psicopática y eventual degeneración ética debida al alcoholismo, drogas u otras causas. c) Homosexuales: Convendrá distinguir entre las homosexualidades causadas por procesos patológicos o circunstancias de diversa índole y las motivadas por perturbaciones en la biología del sujeto. Se intentará comprobar la existencia de anomalías cromosómicas en cuanto aparezcan presunciones clínicas. d) Enfermos mentales: Se efectuará un diagnóstico provisional de la enfermedad, indicando el grado y la forma de peligrosidad del individuo. e) Ebrios: Se considerará la posible existencia de un alcoholismo sintomático y el grado de deterioro psíquico y somático producido por el alcohol. f) Toxicómanos: Se hará constar la dependencia al tóxico y a los efectos psíquicos y somáticos que éste haya producido, así como las causas determinantes de la toxicomanía.”

actos. Para impedir que el individuo peligroso repita la conducta hay que estudiarlo y encontrar la forma más adecuada de frenar su peligrosidad a través de la aplicación de medidas preventivas útiles. Esto explica por qué el legislador establecía pruebas distintas en función del delito que hubiera cometido cada sujeto peligroso, e investigaba las circunstancias individuales<sup>78</sup> y sociales<sup>79</sup> del mismo para “*la mejor comprensión del comportamiento del sujeto y la previsión de su rehabilitación*”.

Hubo bastantes limitaciones a la hora de aplicar la LPRS; al igual que sucedió con la Ley de vagos y maleantes: la cantidad de establecimientos disponibles a tal efecto era absolutamente insuficiente (apenas 15 en toda España), y tampoco había personal especializado disponible tras la entrada en vigor de la ley<sup>80</sup>. El número de personas sometidas a medidas de seguridad por esta ley fue superior a las que lo habían sido por la L. v. m.<sup>81</sup> Asimismo, la FTS se manifestó con respecto a las dificultades que tenían los Jueces para aplicar estas medidas de seguridad sin recurrir a los establecimientos penitenciarios comunes por los motivos que se han señalado<sup>82</sup>. La derogación de la LPRS tuvo que esperar hasta el año 1995<sup>83</sup> (hace apenas 25 años).

Hoy en día nuestro CP de 1995 sigue previendo medidas de seguridad<sup>84</sup>, pero como respuesta exclusivamente postdelictual aplicable a personas inimputables o semiimputables de cuyos actos se desprende cierta peligrosidad<sup>85</sup> aunque se espera

78 Como se indicaba en el art. 83 de la LPRS, “1. La investigación antropológica, psíquica y patológica del sujeto se llevará a cabo mediante dictamen pericial médico emitido en función de su supuesta peligrosidad. 2. La investigación antropológica tenderá a lograr el diagnóstico biotipológico y cuantos datos de dicha naturaleza se consideren útiles. 3. La psíquica, además de la descripción del carácter y temperamento del individuo, procurará describir cualquier trastorno de esta índole. Cuando exista, se precisará su influencia sobre la conducta social del sujeto y la posible conveniencia de ingresarlo en un establecimiento de preservación. 4. En la exploración patológica, que tendrá por objeto el descubrimiento de cualquier enfermedad orgánica, se utilizarán las técnicas habituales con el auxilio de los medios y pruebas que el caso específicamente requiera.”

79 De acuerdo con el art. 84 de la LPRS, “La información sobre factores familiares y sociales deberá recoger los antecedentes de ese orden que contribuyan a la mejor comprensión del comportamiento del sujeto y a la previsión de su rehabilitación.”

80 BERISTAIN, A.: *Medidas penales en Derecho contemporáneo. (Teoría, legislación positiva y realización práctica)*, Madrid, Reus, 1974, p. 113.

81 *Memoria de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias*, Madrid, 1971, pág. 16.

82 FTS: *Memoria*, 1974, pág. 133.

83 La LPRS fue derogada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

84 Las medidas de seguridad en el CP español de 1995 están establecidas en el Título IV “De las medidas de seguridad”, arts. 95-108.

85 El CP DE 1995 establece en el art. 95.1 en relación a las medidas de seguridad que éstas “se aplicarán

poder prevenirlos con la medida de seguridad. En cualquier caso, la medida de seguridad como respuesta predelictual ha sido eliminada y ya solamente se puede aplicar cuando la persona ha cometido un delito.

### **3. Los colectivos socialmente peligrosos en España desde el siglo XIX hasta finales del siglo XX.**

Como se ha mencionado previamente, los estados de peligrosidad comprenden la peligrosidad social – predelictual- y la peligrosidad criminal – posdelictual-. En este trabajo tomaré como referencia algunos supuestos de peligrosidad predelictual previstos en la LPRS - porque en dicha ley aparecen claramente recogidos los tipos de sujetos peligrosos- para estudiarlos no solamente en el marco de esta ley sino con la idea de “rastrearlos” desde el siglo XIX hasta finales del siglo XX. Los colectivos socialmente peligrosos que se desarrollarán son los siguientes:

- a) “Los vagos habituales” (art. 2.1º LPRS)
- b) “Los que realicen actos de homosexualidad” (art. 2.3º LPRS)
- c) “Los que habitualmente ejerzan la prostitución” ( art. 2.4º LPRS)
- d) “Los mendigos habituales y los que viviesen de la mendicidad ajena o explotasen con tal fin a menores, enfermos, lisiados o ancianos” (art. 2.6º LPRS)
- e) “Los ebrios habituales y los toxicómanos” (art. 2.7º LPRS)

#### **3.1. Vagancia y mendicidad: sistema dualista**

En un contexto en el que el modo de vida adecuado del “hombre de bien” – el único con plenitud de derechos, entre ellos los políticos como el sufragio- consistía en tener una voluntad enfocada a la productividad, a trabajar y a ser constante, los vagos y maleantes eran sujetos totalmente inadaptados<sup>86</sup>. Así las cosas, el hombre “ocioso y

por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el capítulo siguiente de este Código, siempre que concurren estas circunstancias: 1.ª Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito. 2.ª Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos.”

<sup>86</sup> MARTÍN, S.: “Criminalidad política y peligrosidad social en la España contemporánea (19870-1970)”, *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, nº 38, 2009, pp. 861-952,

malentretenido” - es decir, no propietario o sin oficio conocido, sin importar que fuese casado- estaba en completa contraposición respecto al ideal de “hombre de bien” o “buen padre de familia” - el ideal masculino y de trabajo del Código Civil-; sus vicios y su falta de moral eran los responsables de todos los males sociales en general y de la delincuencia en particular.

La sociedad percibía a los vagos como si no fueran ciudadanos, como si solamente los “hombres de bien” tuvieran derecho a ser miembros de la misma. Los ciudadanos debían ser trabajadores, respetar a las autoridades, responsabilizarse de su familia, no sucumbir a los vicios -como la bebida, por ejemplo- y en definitiva ser moralmente “decentes”; en cambio, los vagos eran percibidos como personas totalmente opuestas que por tanto no merecían ser ciudadanos<sup>87</sup>.

Esta concepción social tuvo su reflejo en la ley: la vagancia se usó por vez primera como argumento para restringir los derechos de los ciudadanos en la Constitución de Cádiz de 1812. Del artículo 25 de esta Constitución se desprende que no todos los que habitaban en España eran ciudadanos españoles; la condición de ciudadano podía perderse<sup>88</sup>, entre otras cosas, por ser vago o por perder los propios bienes<sup>89</sup>; para ser un

p. 936.

87 CASTILLO CANCHÉ, J.I.: “El contramodelo de la ciudadanía liberal. La vagancia en Yucatán, 1812-1842” en QUEJADA, S. “Encrucijadas de la ciudadanía y la democracia”. Yucatán: Universidad de Yucatán, 2005, pp. 61-82.

88 “La apreciable calidad de ciudadano español no sólo debe conseguirse con el nacimiento o naturalización en el reino, debe conservarse en conocida utilidad y provecho de la Nación; y por eso se señalan los casos en que puede perderse o suspenderse, para que así los españoles sean cuidadosos y diligentes en no desprenderse de lo que para ellos debe ser tan envidiable”. Discurso preliminar leído en las Cortes al presentar la Comisión de Constitución al proyecto de ella en RICO LINAJE, R.: Constituciones históricas. Ediciones oficiales, Sevilla, Universidad, 1989. Previamente en p. 125: “Las circunstancias que han de concurrir en todo el que quiera ser considerado como ciudadano español han debido merecer atención muy principal...”. Recogido en MARTÍNEZ DHIER, A.: “La igualdad jurídica de todos los individuos ante la ley: “La vagancia” en la Constitución de Cádiz”, *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, Volúmen I, Número Especial Constitución de Cádiz, Julio de 2009, pp.51-71 (disponible en Legal, revista digital: <http://revistasocialesyjuridicas.umb.es/Revista/NUMERO-ESPECIAL.html>).

89 Art. 25 de la Constitución de Cádiz de 1812: “El ejercicio de los mismos derechos se suspende: 1º En virtud de interdicción judicial por incapacidad física ó moral. 2º Por el estado de deudor quebrado, ó de deudor á los caudales públicos. 3º Por el estado de sirviente doméstico. 4º Por no tener empleo, oficio ó modo de vivir conocido. 5º Por hallarse procesado criminalmente. 6º Desde el año mil ochocientos treinta deberán saber leer y escribir los que de nuevo entren en el ejercicio de los derechos de Ciudadano”. Por lo tanto, en la circunstancia cuarta se aprecia la referencia a la vagancia como elemento que suspende los derechos del vago. GÓMEZ RIVERO, R.: *Los Magistrados del Primer Constitucionalismo*, Madrid: Thomson-Aranzadi, 2009.

ciudadano había que ser de “utilidad y provecho de la Nación”. Por lo tanto, estas personas eran consideradas inútiles y por ello no merecedoras de derechos; inferiores, al fin y al cabo. Esto entraría en conflicto directo con el principio liberal de igualdad, que en cualquier caso, Cádiz nunca proclamó.

Lo cierto es que en las primeras décadas del siglo XIX había una gran cantidad de vagabundos; en 1817, bajo el absolutismo de Fernando VII, el Consejo de Castilla mandó a la Real Chancillería de Granada un Auto<sup>90</sup> para intentar controlar a los gitanos – incluidos en la categoría de vagabundos por su carácter nómada-, y éste venía a decir que debido a los males causados por los gitanos, había que restringir su acceso a armas, instrumentos, animales y pasaporte; concretamente había que atenerse a lo dispuesto en otras Reales Cédulas del siglo XVIII, que se consideraban en vigor. Por ejemplo, la Real Cédula de Carlos III de 5 de marzo de 1760<sup>91</sup>, que establecía que los corregidores e intendentes tenían que informar a la Sala de Gobierno si encontraban gitanos, y en este caso, el Ministerio debía informar al pleno del Consejo y en definitiva había que “prender, castigar, y extinguir los Gitanos, Vandidos y Salteadores”. Por si fuera poco, el Gobierno también tenía competencias para fijar en qué sitios podían residir o no los gitanos<sup>92</sup>, así que también estaban sujetos a restricciones en cuanto a su domicilio.

La intención de esta medida no fue otra que la de implantar una política de segregación<sup>93</sup>, que, si bien seguramente ya se venía desarrollando de manera natural en

90 “*Manifestando los males que causaban los Gitanos... pidiendo se adoptase las medidas oportunas para que esta clase de gentes ociosas y perjudiciales no pudiesen usar armas, ni más instrumentos que los precisos para sus respectivos oficios como tampoco tratar ni comerciar en bestias, y que se evitase la facilidad de proveerles las Justicias de pasaporte, que solo les serbian de un salvo conducto para que hagasen de una en otra Provincia, cometiendo inpugnemente sus excesos... encarguen... el mas exacto cumplimiento de todo lo que se previene en las Reales Cédulas expedidas para evitar la vida vagante y reducir á una laboriosa y activa aplicación... a los llamados Gitanos...*”. MARTÍNEZ DHIER, A.: op. cit., p. 63.

91 La Real Cédula de Carlos III de 5 de marzo de 1760, en atención a lo que señala MARTÍNEZ SALAZAR, A.: *Colección de memorias, y noticias del gobierno, y político del Consejo*, Madrid, A. Sanz, 1764 (otra de., en Madrid, B.O.E., 2002) p. 110. Había que “dar puntual noticia... si hai cuadrillas de Gitanos” a la Sala de Gobierno; y p. 113 “También le corresponde dar providencias para prender, castigar, y extinguir a los Gitanos, Vandidos y Salteadores” (Auto 3 y 7. Cap. 3. Lib. 8. Tit. 11, N. R.). Citado en MARTÍNEZ DHIER, A.: op. cit., p. 62.

92 PUYOL MONTERO, J.M.: *El Consejo Real de Castilla en el reinado de Fernando VII*, Tomo I, Madrid: Universidad Complutense, 1992, p.551. Citado en MARTÍNEZ DHIER, A.: op. cit., p. 62.

93 Dentro de la propia estructura social podemos encontrar varias formas de relación entre los individuos que conforman un grupo minoritario y la mayoría. Existen cuatro formas de relación en este sentido: integración, inclusión, segregación y exclusión. En este caso, parece que la dinámica que tenía lugar era

la sociedad por la propia dinámica de la misma, se hizo más patente incluso porque el legislador lo promovió. Sencillamente se estaba reflejando de manera formal una conducta que venía dándose informalmente.

Unos años más tarde, durante el Trienio liberal, el Código penal de 1822 recogió en sus artículos la interdicción de la vagancia y la mendicidad<sup>94</sup>, y las Cortes decretaron<sup>95</sup> el envío de los considerados vagos “... *por vía de corrección a las casas de esta clase, o a las de misericordia, hospicios, arsenales, o cualesquiera otros establecimientos en que puedan trabajar sin hacerse peores ni ser gravosos al Estado, excluyéndose los presidios de África*”. Las medidas establecidas para los vagabundos por este decreto sirvieron de referente para la Ordenanza de Vagos de 1845 y para la definición de vago que recogería el CP de 1848 en su modificación de 1850<sup>96</sup>.

Fue en el año 1845 cuando se dictó una ley especial<sup>97</sup> que regulaba la cuestión de la vagancia (Ordenanza de Vagos de 1845); se trataba de una normativa de policía para controlar y vigilar a las personas que no tenían “arraigo de ninguna especie ni amor al trabajo”<sup>98</sup>. Su objetivo era intimidar a la población para conseguir impulsar a la fuerza

la segregación, ya que como se indica en el texto existían restricciones para el grupo minoritario - no podían vivir en determinadas zonas-, y se sabía que dicho grupo estaba presente aunque su existencia fuera molesta; había preceptos específicos acerca de estos grupos con el objetivo de “controlarlos”. Podría interpretarse que además de esta segregación también había una tendencia hacia la exclusión - a no considerarlos parte de la sociedad-, ya que además de “controlarlos” parece que la finalidad también es “prenderlos, castigarlos y extinguirlos”. Al margen de estas interpretaciones, lo que sí tienen en común ambas formas de relación de la mayoría con el grupo minoritario es la consideración del segundo como anormal, inferior, merecedor de menos derechos. En definitiva, no se entiende que forme parte de la sociedad porque no se ajusta a la norma social, por lo que se le discrimina. Y esto explica por qué el legislador tomó la decisión de establecer medidas especiales para “gestionar” a esta minoría que daban por hecho que de momento seguiría existiendo, en contra de sus deseos.

94 Art.786 del CP español de 1822: “Cualquiera que no estando avecindado anduviere vagando de pueblo en pueblo, vendiendo mercaderías , 6 ejerciendo algun arte ú oficio , será castigado con la pérdida de las mercancías que llevare consigo, y de los instrumentos del arte ú oficio que ejerciere , y ademas si fuere extranjero será espelido del territorio español ; y si fuere español sufrirá de cuatro meses á un año de reclusion.”.

95 Decreto XXVIII de 11 de septiembre de 1820. En: Colección de los Decretos y órdenes generales de la primera legislatura de las Cortes ordinarias de 1820 y 1821, desde 6 de julio hasta 9 de noviembre de 1820. (1821) Tomo VI. Madrid: Imprenta Nacional, pp. 110-111.

96 CASABÓ RUIZ, J.R.: *Actualidad del pensamiento histórico sobre la legislación preventiva*, en Peligrosidad social y medidas de seguridad (La ley de Peligrosidad y rehabilitación social de 4 de agosto de 1970, cit., p. 68. Citado en MARTÍNEZ DHIER, A.: op. cit., p. 57.

97 Real decreto sancionando la ley de vagos. Gaceta de Madrid: núm. 3933, de 21/06/1845, p.2; Departamento: Ministerio de Gracia y Justicia

98 *Cir. Del Ministerio de Gobernación*, 23 marzo 1848.

el trabajo y fomentar el comercio<sup>99</sup>. Algunas de las medidas establecidas en esa ley de 1845 se integraron después en los códigos penales de 1848 y de 1850<sup>100</sup>. A diferencia del siglo XVIII, la vagancia vendría considerada un delito.

Tal fue la influencia de la Ordenanza de Vagos de 1845 sobre el CP de 1850, que los arts. 258-262 de éste no eran sino una copia de lo que decía la primera – de tal forma que una vez promulgado el CP se derogó la Ley de Vagos de 1845 -<sup>101</sup>. Lo que se pretendía con la regulación relativa a la vagancia era “que se ponga en oportuno y eficaz remedio a los males que la ociosidad y la vagancia han producido siempre y que producen... en el orden político y moral”<sup>102</sup>. La vagancia era un peligro para el orden social en general y había que proceder a su erradicación para garantizar el mantenimiento de dicho orden, lo que no debía significar atentar contra los derechos de estos colectivos y limitar las garantías que los protegían.

Tanto el CP de 1848 como el de 1850 contaban con una definición de vagancia, que era la misma en ambos códigos- lo cual no es extraño ya que el CP de 1850 fue una mera reforma en sentido algo más conservador del de 1848, que respondía ya a los ideales del liberalismo doctrinario<sup>103</sup>- El art. 251 del CP48 y el art. 258 del CP50 indicaban que los vagos eran “*los que no poseen bienes o rentas, ni ejercen habitualmente profesión, arte u oficio, ni tienen empleo, destino, industria, ocupación lícita, o algún otro medio*

99 “*La desamortización civil y eclesiástica, la pérdida de las colonias, la libertad del pensamiento, la libertad política, que tanto influye en el hombre, hacen que en España haya un grande espíritu de trabajo, una gran tendencia a variar los hábitos antiguos; y el modo de favorecer esta tendencia es dar una ley represiva, que viene mejor que nunca en este estado de madurez, y que no puede menos de ser eficaz*”. DSC, CD, núm. 88, 3-III-1845, P. 1633. Citado en PAN-MONTOJO, J.: “El trabajo y el mercado de trabajo en las Cortes del primer XIX” en *Revista de Estudios políticos*, nº 93, 1996, pp. 465-486, p. 478.

100 El Título VI del Libro II del CP48 y CP50 estaba dedicado a medidas para la represión de la vagancia y la mendicidad. Las penas previstas eran el “arresto mayor”, la “prisión correccional” y la “sujeción a la vigilancia de la Autoridad”.

101 MARÍA DE VIZMANOS, T. Y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C., *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 154. Citado en MARTÍNEZ DHIER, A.: op. cit., p. 65.

102 Reproducida en CASABÓ RUIZ, J.R., *Actualidad del pensamiento histórico sobre la legislación preventiva*, en *Peligrosidad social y medidas de seguridad (La ley de Peligrosidad y rehabilitación social de 4 de agosto de 1970)*, cit. pp. 72-73. Leído en MARTÍNEZ DHIER, A.: op. cit., p. 63.

103 MARTÍNEZ DHIER, A.: op. cit., p. 65. Según la RAE, el liberalismo doctrinario era una corriente política preponderante en el siglo XIX cuyo fin era la protección de la libertad a través de la fusión de la monarquía y la democracia. A juzgar por el modelo político que tenemos en la actualidad en España, puede pensarse que esta corriente de pensamiento no está del todo superada en el siglo XXI.

*legítimo y conocido de subsistencia, aun cuando sean casados y con domicilio fijo”.*

Al final del periodo isabelino, en 1868, la persecución de la vagancia aún se endureció más<sup>104</sup> para “disminuir el número de delincuentes y... moralizar la sociedad”<sup>105</sup>, equiparándolo al de las infracciones de orden público (rebelión y sedición).

Sin embargo, con la llegada de la Constitución de 1869, que admitiría por vez primera la libertad de cultos<sup>106</sup> y el sufragio universal masculino – es decir, no era necesario ser propietario y católico para tener derecho de sufragio- se derogaron tanto el procedimiento de la Ley de 27 de marzo 1868 para vagos- que apenas estuvo vigente durante medio año aproximadamente-<sup>107</sup> como el título sobre la vagancia y mendicidad, aunque se mantuvo la vagancia en calidad de circunstancia agravante<sup>108</sup>. En concreto, a raíz de la derogación de la Ley de 27 de marzo de 1868 en octubre de ese año, el legislador restableció el art. 258 del CP de 1850 sobre vagancia – que incluía la definición de vago-. El CP de 1870, sin embargo, dejó a un lado la consideración de la vagancia como delito, y pasó a calificarlo como una circunstancia agravante (circ. 23 del art. 10), aun bajo el riesgo de que la penalidad de algunos casos se agravara en exceso<sup>109</sup>. La decisión de que la vagancia fuera un circunstancia agravante podía

104 El art. 1 de la Ley 27 marzo 1868 señalaba que: “El artículo 258 del Código penal será sustituido por el que sigue: Son vagos los varones, aun cuando estén casados y tengan domicilio fijo, que se hallen en cualquiera de los casos siguientes: 1º Los que no poseen bienes ó rentas, no ejercen profesión, ni tienen destino, industria, arte u oficio, ó algún otro medio legítimo y conocido de subsistencia. 2º Los que no tienen oficio, ejercicio, profesión o industria y siendo éstos los únicos medios de atender á su subsistencia, no trabajan habitualmente pudiendo hacerlo. 3º Los que con algún recurso, pero insuficiente para subsistir, concurren de ordinario á casas de juego ú otros lugares sospechosos, sin dedicarse habitualmente á ocupaciones lícitas”.

105 RO. 28 marzo 1868.

106 Art. 20. de la CE de 1869: “La Nación se obliga a mantener el culto y los ministros de la religión católica.”; y Art. 21. “El ejercicio público o privado de cualquiera otro culto queda garantido a todos los extranjeros residentes en España, sin más limitaciones que las reglas universales de la moral y del derecho. Si algunos españoles profesaren otra religión que la católica, es aplicable a los mismos todo lo dispuesto en el párrafo anterior.”

107 D. 19 octubre 1868 por el cual se deroga la Ley de 27 de marzo de 1868.

108 Artículo 10.23 del CP70 en el Cap IV, del Título I del Libro Primero: “Ser vago el culpable. Se entiende por vago el que no posee bienes ó rentas, ni ejerce habitualmente profesión, arte ú oficio, ni tiene empleo, destino, industria, ocupación lícita ó algún otro medio legítimo y conocido de subsistencia, por más que sea casado y con domicilio fijo.”. Recuperado de <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1870/243/A00009-00023.pdf>

109 MARTÍNEZ ALCUBILLA afirma que “Nos parece más justo este principio, aunque también con él hay el inconveniente de agravar demasiado la penalidad de ciertos delitos y casos” en *Diccionario de la Administración Española* Tomo II, Madrid: Alcubilla, 1877, p.332. Citado en MARTÍNEZ DHIER, A.: op. cit., p. 66.

suponer que la pena por un delito fuera mucho mayor que si el delito lo hubiera cometido una persona que no fuera calificada de vaga, por lo que al final lo que se estaba fomentando era una desigualdad en la ley y una desproporción de la pena con respecto al delito.

Por otra parte, el CP de 1870 – en continuidad, como el CP de 1848, con la Escuela clásica- no tenía en cuenta el criterio de temibilidad y tampoco establecía una categorización de los sujetos peligrosos.

Con la llegada de la dictadura de Primo de Rivera se promulgó el Código Penal de 1928 y se extendieron las circunstancias agravantes “por las condiciones del infractor”<sup>110</sup> . Junto a ello, los Tribunales empezaron a utilizar con mayor asiduidad la apreciación de la peligrosidad y la “predisposición a la delincuencia” por motivo de “muy mala conducta”, llevar “una vida depravada”, ser “pendenciero” o por “embriaguez habitual”<sup>111</sup>, expresiones revestidas de prejuicio cuando menos, y bastante poco precisas a decir verdad -mención especial merece la “muy mala conducta”-.

Durante este periodo hubo una intensa represión de los marginados con carácter discrecional y a manos del Gobierno – no por parte de los jueces-<sup>112</sup>, debido a que los estatutos provinciales le daban amplias capacidades para “reprimir los actos contrarios a la religión, a la moral o a la decencia pública” a través de la imposición de multas o “arresto supletorio” en “defecto de pago”<sup>113</sup>. Posteriormente, esta fórmula fue transformada en arresto sustitutorio de quince días en los casos de impago de multas por “actos contrarios a la moral o a la decencia pública”<sup>114</sup>.

El fin de la dictadura de Primo de Rivera supuso la vuelta en 1930 al CP de 1870, aunque por poco tiempo. El régimen republicano, en 1932, eliminó la circunstancia

110 Arts. 67 y ss. del CP28

111 En estos términos se expresaba la fiscalía en un informe que realizó sobre un delito de lesiones en el que el reo terminó siendo condenado a trece años de prisión porque se apreció peligrosidad. GONZÁLEZ RUANO, C., *El crimen de la Gran Vía. Un proceso apasionante sujeto a comentarios y revisión crítica del caso y su proyección social*, Madrid: Justicia, 1929, p. 70 ss. Citado en MARTÍN, S.: op. cit., p. 927.

112 MARTÍN, S.: op. cit., p. 924.

113 Arts. 81.3 y 82.6 de la Ley 21 de octubre de 1868.

114 Art. 22 de la Ley 29 de agosto de 1882

agravante por vagancia, aunque introdujo a cambio, como se ha señalado, en 1933 una ley de peligrosidad sin delito para controlar y reinsertar a los vagos y a los maleantes.

Hasta ese momento, la administración del castigo a vagos y maleantes había sido principalmente de carácter policial, lo cual suponía una gran inseguridad jurídica en este sentido. Por ello, en el año 1933 la Ley de vagos y maleantes pretendió acabar con este problema que se había producido “con grave escarnio del derecho de libertad”. La intención no parecía mala, teniendo en cuenta cómo se había venido tratando la cuestión de la vagancia hasta ese momento - delegando la represión de los marginados en los agentes de policía y concediéndose una gran discrecionalidad, que por la propia naturaleza del concepto, en según qué contextos podría convertirse fácilmente en arbitrariedad-.

La ley de vagos y maleantes tuvo por objeto, según se decía en ella, “corregir el índice de peligrosidad y prevenir los delitos futuros” a través de la “adaptación e inocuización” de las personas “desviadas” para conseguir “defender a la sociedad” y “convertir al peligroso en un elemento útil”<sup>115</sup>.

Dos años más tarde se aprobó el Reglamento sobre vagos y maleantes, norma de rango inferior que amplió el sentido de los estados peligrosos e introdujo la posibilidad de interpretarlos analógicamente – esto es, se admitía la interpretación extensiva de modo que se ampliaba el número de sujetos a los que podía aplicarse: las personas que pudieran considerarse socialmente peligrosas aunque no pertenecieran a las categorías específicamente dispuestas eran susceptibles de ser igualmente castigadas<sup>116</sup>. Por ejemplo, personas que estaban en situación de “paro forzoso” eran vagos también, y los que no tenían una protección social y se veían obligados a mendigar para subsistir eran igualmente personas a las que podía aplicarse esta regulación, atendiendo a dicha interpretación extensiva<sup>117</sup>.

115 JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *La Ley de Vagos*, cit. (n.120), pp. 604-635. Citado en MARTÍN, S.: op. cit., p. 924.

116 Art. 1. G. D. 3 mayo 1935: “Y, en general, todas aquellas personas que por su forma de vida habitual, dedicada a actividades inmorales, demuestren un estado de peligrosidad por analogía con lo dispuesto en la Ley”.

117 MARTÍN, S.: op. cit., p. 928.

La ley de vagos y maleantes, en última instancia, asignó una serie de medidas de seguridad para cada tipo de sujeto peligroso<sup>118</sup>, y supuso que se impusieran internamientos y destierros para nada reeducativos. La forma de proceder en cuanto se detectaba una persona susceptible de ser peligrosa consistía en que las autoridades policiales la ponían a disposición del juzgado de vagos, facilitaban sus antecedentes y lo acusaban. Después el forense dictaminaba si la persona estaba físicamente capacitada para trabajar, se oía al fiscal y el juez emitía la sentencia en base a los hechos probados – que fundamentalmente eran los que había proporcionado la autoridad policial-. Las declaraciones de peligrosidad no estaban, en absoluto, basadas en criterios antropológicos, criminológicos ni psicológicos; el juez que supuestamente debía ser experto en la materia por sus competencias en Antropología y Criminología no contaba con ninguna de dichas competencias y al final lo que se conseguía era una “limpieza automatizada de las calles de todos sus elementos marginales” porque “en el fondo, daban por desperdiciadas para la sociedad las vidas de los pobladores desclasados”<sup>119</sup>.

Tras la Guerra Civil y con la llegada de la dictadura franquista no se consideró necesario derogar la ley. Se mantuvieron estas condiciones, sin perjuicio de su expansión. La novedad fue que se incidió mucho más en la estigmatización a través del discurso médico y psiquiátrico de médicos forenses y carcelarios que legitimaban el encerramiento de los peligrosos con el aval de la ciencia. En mi opinión, lo que ocurrió es que los médicos, sin darse cuenta, incurrieron en lo que se conoce como sesgo confirmatorio<sup>120</sup> y empeoraron más si cabe la forma en que se percibía a los colectivos

118 Así, el art. 6.1º de la Ley de vagos y maleantes señalaba que “A los vagos habituales se les impondrá, para que las cumplan todas sucesivamente, las siguientes medidas: a) Internado en un Establecimiento de trabajo o Colonia agrícola. b) Obligación de declarar su domicilio o residir en un lugar determinado. c) Sumisión a la vigilancia de Delegados”.

Asimismo, en el art. 6.2º de la misma ley se preveían las medidas de seguridad aplicables a los mendigos habituales, que eran las mismas que para los vagos y muy similares a las que se les imponían a los demás sujetos peligrosos.

119 MARTÍN, S.: op. cit., p. 929-931.

120 Se conoce como sesgo confirmatorio o de confirmación el hecho de priorizar información que confirma las suposiciones que desde un principio ya habíamos hecho. Se trataría, dicho llanamente, de buscar lo que uno quiere encontrar porque cree que es eso lo que hay por encontrar (o porque es lo que quiere encontrar). Es decir, consistiría en intentar confirmar las hipótesis propias a través de mecanismos basados en los prejuicios. De esta manera, aunque haya muchos indicios que sugieren que la hipótesis es inviable, pero hay un indicio que sugiere que es viable, aunque el balance de elementos deba resultar en el rechazo de la hipótesis al final la persona se decanta por aceptar la hipótesis. En este caso, en mi opinión, los médicos creyeron desde un principio que los marginados eran personas psicológicamente anormales y

marginales. Lo que la sociedad quería escuchar seguramente condicionó el discurso médico, y a su vez el discurso médico confirmó lo que la sociedad pensaba desde un principio.

Así, todos aquellos inadaptados que entraran en conflicto con “la Familia, la Sociedad y el Estado” eran considerados automáticamente “psicópatas inestables”<sup>121</sup> que tenían un “psiquismo débil”, eran “lábil de estado de ánimo” y por encima de todo “faltos de voluntad” por lo que era muy recomendable recluirllos “en instalaciones adecuadas para devolverlos aptos para el servicio”<sup>122</sup>. Este discurso científico estaba lleno de prejuicios relativos a la moralidad<sup>123</sup>. Para medir la peligrosidad de los “psicópatas desalmados, insinceros, cobardes” que se dedicaban a “negocios inmorales y a toda suerte de actos antisociales” y, frente al período republicano el nuevo régimen atendía a la religión y a la ideología política<sup>124</sup>.

buscaron la forma de demostrarlo, llegando a conclusiones dudosas como las que se recogen en el texto.

121 En la línea de lo mencionado acerca del sesgo confirmatorio, aquí vemos cómo los inadaptados eran tachados sistemáticamente de psicópatas. Hoy en día las aproximaciones que ha realizado la Asociación Americana de Psiquiatría en el DSM-5 en relación a la prevalencia de la psicopatía indican que entre el 0.2% y el 3.3% de la población sufre esta patología, aunque se ha especulado acerca de la cifra y dependiendo del país hay variaciones. En cualquier caso, la cifra que estimaba Robert Hare era del 1%. Parece difícil imaginar que todos los sujetos inadaptados por la razón que fuera padecían psicopatía, ya que además se sabe que en muchas ocasiones los psicópatas están totalmente integrados en la sociedad (psicópatas adaptados) y su capacidad de manipulación les lleva a eludir el sistema de justicia con mayor facilidad que los sujetos no psicópatas; esta capacidad también se manifiesta una vez que han sido encarcelados: “los presos psicópatas mantienen una conducta penitenciaria excelente” - aunque esto depende de si la psicopatía es de tipo 1 (psicopatía) o de tipo 2 (sociopatía), entre otros factores (GARCÍA AUÑÓN, E., *La psicopatía. Responsabilidad penal y penitenciaria*. Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá, 2018, p. 17.

Por lo tanto, incluso estimando la posibilidad de que los inadaptados fueran psicópatas y el sistema de justicia los aprehendiera, es muy probable que su conducta en prisión no denotara peligrosidad alguna que justificara la condena, por lo que no es difícil imaginar que los sistemas basados en la peligrosidad como el de la sentencia indeterminada que se propusieron en su día fallarían estrepitosamente justamente para los sujetos más peligrosos.

122 LÓPEZ SÁIZ, I. y CODÓN, J.M.: *Psiquiatría jurídica penal y civil*, 3ª ed., Burgos: Aldecoa, 1969. Citado en MARTÍN, S.: op. cit., p. 931-932.

123 La inadaptación a la norma social, además de patologizarse por cuanto que todo aquel que no siguiera la norma social estaba enfermo - concretamente, era un psicópata-, también se relacionó con la idea de “locura moral”, que fue un término introducido por James C. Prichard en el año 1835. Excepto los esquizofrénicos y los retrasados mentales, todos los demás trastornados mentalmente eran “locos morales”, de tal manera que, evidentemente, los psicópatas también lo eran. Según se deduce, la normalidad estaba estrechamente relacionada con la moral, y absolutamente contrapuesta a la delincuencia. Siguiendo esta lógica, el delincuente tiene que ser necesariamente anormal, y si es anormal es porque tiene un trastorno; si el trastorno no es la esquizofrenia ni el retraso mental entonces su moral está alterada. Así es como a mi entender se concatenaría esta lógica de pensamiento en la época.

124 GONZÁLEZ LÓPEZ: *Vagabundos*, pp. 307 y 309. Citado en MARTÍN, S.: op. cit., p. 932.

Todo aquél que no se ajustaba al “estado normal” de acuerdo con el buen padre de familia, trabajador, responsable, creyente y productivo era considerado “anormal”. Cumplir con el trabajo jerárquico y practicar la religión católica eran las vías para estar integrado. En caso contrario, había que apartar a esa persona de la vista de los demás<sup>125</sup>.

Incluso se creó un Registro Central de Vagos y Maleantes para tener más controlados a los peligrosos en 1937<sup>126</sup>.

Así siguió la situación hasta 1970, año de publicación de la Ley de peligrosidad y rehabilitación social (LPRS). Esta ley incorporó nuevos estados peligrosos<sup>127</sup>, y pretendía conocer la personalidad biopsicopatológica de los peligrosos. De la redacción de la ley se desprende que el legislador justificaba el hecho de estar castigando a personas por circunstancias subjetivas – no objetivas- y predelictuales porque los técnicos evaluaban<sup>128</sup> a cada persona, asumiendo que las ponderaciones que éstos

125 MARTÍN, S.: Ibidem

126 O. 24 de febrero 1937

127 En la quinta disposición preliminar de la LPRS se indicaba que se iban a añadir nuevos estados peligrosos, que eran los que siguen: “... las nuevas categorías de estados de peligrosidad... por ofrecerse ciertamente como reveladoras de futuras y probables actividades delictivas o de presentes y efectivas perturbaciones sociales... tales como las referentes al ejercicio habitual de la prostitución y al tráfico de estupefacientes; a la situación de los menores de veintiún años en ciertas condiciones de perversión moral y en ausencia de protección familiar; a aquellos que, aun mayores de edad, se agrupan en bandas y pandillas con actividades reveladoras de evidente predisposición delictiva: a los portadores de armas u otros objetos idóneos para la agresión; a los que promuevan o fomenten el tráfico, comercio o exhibición de material pornográfico, y a los autores de inexcusables contravenciones de circulación por conducción peligrosa... (y) los enfermos mentales cuando estuvieren abandonados y sin adecuado tratamiento...”.

128 Actualmente también los psicólogos siguen interviniendo en la práctica forense, no solamente para evaluar la imputabilidad del encausado sino a la hora de estimar el riesgo de que el sujeto cometa más delitos en el contexto de que se le conceda la libertad condicional (es decir, para evaluar la peligrosidad criminal), o incluso para valorar la credibilidad del testimonio durante la causa. Algunas de estas herramientas, incluso a día de hoy son, como mínimo, dudosas; referimos el ejemplo de la CBCA, instrumento diseñado en 1994 por Steller y Köhnken cuya finalidad es la evaluación de la declaración a través de la búsqueda en la misma de ciertos elementos como podrían ser la coherencia, la cantidad de detalles proporcionados y las correcciones espontáneas entre otras muchas (contiene 19 criterios en total). Este instrumento fue diseñado para evaluar las declaraciones de menores víctimas de abuso sexual, para lo cual estaba validada y tenía fiabilidad suficiente. El problema es que el CBCA se ha extrapolado y ahora se usa para evaluar también las declaraciones de adultos en contexto judicial, dando por sentado que en esta otra población también sirve y dándole a los resultados la calidad de una auténtica prueba que puede suponer la condena de una persona inocente. ARCE, R. y FARIÑA, F.: “Peritación psicológica de la credibilidad del testimonio, la huella psíquica y la simulación: el sistema de evaluación global”. Papeles del Psicólogo, 26(92), pp. 59-77. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=778/77809202>.

Con esta breve mención a la realidad de la práctica forense actual por el equipo psicotécnico mi intención es reflexionar acerca de la práctica del equipo psicotécnico de hace cincuenta años, que cabría esperar que fuera más imprecisa con todas las implicaciones que eso supone.

hicieran eran correctas y por tanto el castigo merecido<sup>129</sup>. Había incluso juzgados especiales para conocer los asuntos de vagos y maleantes en toda España, y aunque solo el juez podía formar el expediente, en la práctica se mantenían los arrestos policiales sin intervención judicial; además, el motivo del arresto normalmente solía ser por infracciones contra la propiedad<sup>130</sup>. Por tanto, había en total dos vías para la represión de los vagos y maleantes: el arresto sustitutorio por la policía y las medidas de seguridad por los juzgados<sup>131</sup>. En la medida en que se seguían realizando arrestos en esas condiciones, se aprobó una disposición que admitía los arrestos sustitutorios de uno a treinta días por impago de multas por infracciones contra el orden público – y en definitiva, contra cualquier alteración material “de la paz pública” teniendo en cuenta que el Reglamento para la aplicación de la Ley de vagos y maleantes admitía la analogía<sup>132</sup>.

Esto se traducía en que, por ejemplo, las personas que robaban- o que lo intentaban-, a menudo eran declaradas peligrosas y en vez de aplicarles un proceso judicial ordinario iban al juzgado de vagos. Muchas veces estas personas no podían cumplir la medida de seguridad de no vivir en su ciudad de origen - medida que al fin y al cabo era una especie de destierro<sup>133</sup>- porque no podían cambiar de residencia, por lo que les volvían a

129 En las disposiciones iniciales de la LPRS se señala que uno de sus fines es “Exigir y facilitar, dentro de los procedimientos regidos por esta Ley, la adquisición de un conocimiento lo más perfecto posible de la personalidad biopsicopatológica del presunto peligroso y su probabilidad de delinquir, asegurando a tal efecto que sus condiciones antropológicas, psíquicas y patológicas sean estudiadas por los técnicos y adecuadamente ponderadas. Investigación y valoración que parecen necesarias en el ámbito de unas normas que, por no integrar una ley penal construida objetivamente sobre hechos y tipos de delito, sino una serie de preceptos en función de determinadas categorías subjetivas de peligro, requieren inexcusablemente la prueba bien fundada del estado de peligrosidad del individuo”.

130 Cf. es el caso de Nicasio Domínguez Palacios, que fue encarcelado por apropiarse de unas mantas y harina de un cortijo, en caja AGA 10674. Citado en MARTÍN, S.: op. cit., p. 934.

131 MARTÍN, S.: Ibidem

132 Art. 1. G. D. 3 mayo 1935. Citado en MARTÍN, S.: Ibidem.

133 La prohibición de residir en los lugares que se les señalaran a los vagos recuerda de alguna manera al exilio, cuya forma más extrema sería la exclusión de la comunidad y se retrotrae a la época romana (aunque esta pena no era, evidentemente, para los vagos, sino para otros delincuentes como los homicidas o parricidas). Así, en la Antigua Roma, algunos delitos estaban castigados con el destierro; el condenado pedía sus derechos y con ellos la protección de la comunidad, por lo que cualquiera podía hacer con él lo que quisiera y habitualmente eso suponía la muerte. Por eso, el destierro era la forma más brutal de exclusión (el reo ya no era parte de la sociedad, no tenía derechos y era concebido como inferior por el grupo mayoritario).

Si bien el destierro como tal ya no existe en nuestro Código Penal, es lo cierto que una de las medidas cautelares penales de la orden de protección a la víctima es la prohibición de acercarse (o comunicarse con) ella o sus familiares ( art. 48.3: “La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en

detener por quebrantamiento y les internaban en un centro de trabajo o en una colonia agrícola una y otra vez<sup>134</sup>.

### 3.1.1 Un posible modelo para el análisis histórico-jurídico

Vagancia y mendicidad	Reales Cédulas y Decreto-ley	CP 1822	CP 1848+1850	CP 1870	CP 1928	CP 1932	CP 1944	CP 1995
Aparece recogido	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	NO	NO	NO
Delito/ agravante	Delito	Delito	Delito	Agravante	Delito y agravante	No consta	No consta	NO
Menciones a otras leyes	SÍ	SÍ	SÍ	-	-	SÍ (Reglamento de 1935)	SÍ (Reglamento de 1935)	NO
Ley especial	SÍ (Decreto de 1827)	SÍ (Ordenanza de vagos 1845)	SÍ (Decreto ley de 27 de marzo de 1868)	-	-	SÍ (Ley de vagos y maleantes 1933)	SÍ (Ley de vagos y maleantes de 1933 y luego LPRS de 1970)	NO
Jueces y Tribunales/ Administración	Ambos	Ambos	Ambos	Jueces	Ambos	Ambos	Ambos	NO

En España en un primer momento se excluyeron los vagos y los mendigos en la Constitución de 1812. La regulación tuvo lugar a través de las antiguas Reales Cédulas

cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena).

Esta medida puede asemejarse al destierro en la medida en que si la persona que tiene prohibida la residencia o el acercamiento al lugar donde esté la víctima resulta que tiene su residencia habitual en ese lugar, tiene que irse de allí.

Como podemos ver, parece que el destierro en sus modalidades ha tenido un objetivo distinto en los diferentes momentos históricos: se ha pasado de una concepción más colectiva (apartar al indeseable del resto de la sociedad) a una idea más focalizada (alejar al indeseable de la víctima concreta). Podría entenderse que anteriormente la sociedad como concepto amplio se entendía como víctima de la delincuencia, por lo que había que defenderse a través del destierro; en cambio, ahora la víctima ya no es tanto la colectividad sino la persona concreta, al menos desde el análisis de esta pena en concreto.

134 MARTÍN, S.: op. cit. p. 935.

que ya existían, después mediante el Decreto de las Cortes en 1820 y finalmente con la Ordenanza de vagos del año 1845 (ley especial), todas ellas vías ajenas al Código Penal que daban lugar a una persecución de la vagancia y la mendicidad por la policía que por tanto no se ajustaban al principio de legalidad y eran menos garantistas. Con la introducción del Código penal de 1848 y su reforma en el año 1850 se derogó la Ordenanza de vagos de 1845 y se incluyeron gran parte de sus preceptos en dichos códigos, por lo que la protección de las garantías era mayor. Sin embargo, la ley de 27 de marzo de 1868 volvía a regular esta materia, que luego pasó a formar parte del Código penal de 1870. El siguiente código, el primorriverista de 1928 incluía la vagancia y la mendicidad como agravantes, pero era la administración la encargada de castigar. Finalmente, el Código penal republicano de 1932 eliminó las disposiciones relativas a la vagancia y la mendicidad, dejando su regulación a las leyes específicas (Ley de vagos y maleantes de 1933 y su Reglamento de 1935, sustituidos posteriormente por la Ley de peligrosidad y rehabilitación social de 1970) y dejando por tanto a estos colectivos sin la protección garantista que supone que la regulación esté incluida en el Código Penal.

Por lo tanto, podríamos decir que en un principio la regulación estaba fuera del Código Penal y después se pasó a un predominante sistema dualista.

### **3.1.2 Exclusión política de la pobreza**

En España, en el año 1911 solamente tenía plenitud de capacidad jurídica el “individuo, español, varón y católico”<sup>135</sup>. Esto suponía que no todas las personas se encontraban en igualdad de condiciones con respecto a los derechos de la personalidad - entendidos como derechos inherentes a la persona por el simple hecho de serlo, como por ejemplo la vida o la integridad física- y que por lo tanto aquellos que no cumplieran con las características señaladas estaban excluidas del disfrute de estos derechos en su totalidad.

Durante el Antiguo Régimen aparecieron las primeras constituciones españolas. En ellas se empezaron a establecer formas de inclusión y- por lo que aquí importa- de exclusión

135 Ibidem p. 175.

de derechos a través de las nociones de nacionalidad y extranjería. Mientras que la nacionalidad distinguía a los españoles de los extranjeros, la ciudadanía implicaba el derecho a la participación política. Para tener derecho a la participación política se requería ser español y además ser ciudadano. De esta manera, aunque había soberanía nacional, la soberanía no la tenían todas las personas que vivían en España, sino solamente las que cumplían con los requisitos de nacionalidad - ser español- y ciudadanía - hombres blancos propietarios y católicos-<sup>136</sup>. Así, el sufragio estaba reservado a este colectivo porque el derecho al voto no se concebía como un derecho de todos, sino como una función pública<sup>137</sup> que el Estado otorgaba al colectivo que entendía que iba a defender los intereses de la nación. Esta forma de interpretar a participación política como un derecho - más bien una función política- reservada para los grupos de interés del Estado imperaba en las primeras constituciones no sólo a nivel nacional, sino a nivel internacional: Europa y América compartían esta visión de las cosas<sup>138</sup>. El elemento más importante a la hora de distinguir a los que podían intervenir en política de los que no - al margen del género- era la propiedad. Los propietarios eran a los que el Estado les daba la soberanía, en resumidas cuentas. Esto suponía que aquellos que no eran propietarios no podían defender sus intereses políticos y por tanto la política resultante no les iba a favorecer a ellos.

A pesar de que la Constitución de Cádiz fue la que más había extendido el derecho al sufragio hasta ese momento, ésta era muy restrictiva y se regía por el concepto de propiedad para delimitar la ciudadanía: para ser diputado había que tener una renta anual procedente de “bienes propios” (art. 92), la nación estaba obligada a proteger la propiedad (art. 4) y los empleos municipales estaban reservados para los que fueran ciudadanos (art. 23)<sup>139</sup>.

Pero la condición de ciudadano no solamente era restrictiva, sino que además se podía perder. La propia Constitución de Cádiz establecía que los deudores quebrados o

136 Ibidem.

137 VARELA SUANZES-CARPEGNA, J.: “Propiedad, ciudadanía y sufragio en el constitucionalismo español (1810-1845)” en *Historia Constitucional*, nº 6, 2005, nº 12.

138 GARCÍA MARTÍN, J.: *La exclusión histórico-constitucional de la pobreza (ss. XIX-XX) : dignidad, derechos sociales y/o “derechos de la personalidad”*, Valencia, 2018, p. 179.

139 RICO LINARES, R. “Constituciones históricas”. *Ediciones oficiales*, Sevilla: Universidad de Sevilla, 1989.

deudores a los caudales públicos (art. 25.2), los sirvientes domésticos (25.3) y los vagos (25.4) no tenían derechos políticos porque eran pobres - no tenían autonomía personal, es decir, económica<sup>140</sup>-.

En el Antiguo Régimen, cuando aparecieron las primeras constituciones, la idea de persona estaba ligada al estado civil - mujer/hombre, natural/extranjero y libre/siervo/-. En cuanto a la pobreza, no había un concepto unitario - ni siquiera en 1947, ya que el Diccionario de Escriche tenía varias definiciones de pobre; la capacidad dependía del nivel de pobreza de cada persona, y esto era una característica que se había mantenido desde el Antiguo Régimen.

Aunque de que la idea de pobreza era relativamente similar en el Antiguo Régimen con respecto a los siglos XIX y XX, la vagancia sí que tuvo una evolución: pasó de ser un concepto indeterminado en el Antiguo Régimen a ser un delito en el siglo XIX (CP español de 1848, y antes incluso en el CCrim brasileño de 1830). Antes de la Constitución de Cádiz la vagancia era un concepto muy amplio que incluía a los que no tenían un domicilio fijo, a los que no tenían trabajo y a los que no tenían medios para subsistir. Sin embargo, a partir de la mitad del siglo XIX los vagos eran los que no tenían un medio para vivir lícito y conocido, y de ahí se llegaba a la conclusión de que “el que no posee dinero es delincuente”<sup>141</sup>. La regulación que afectó de manera más importante en esa época a la vagancia fue la siguiente: en 1820 se proclamó un reglamento para que los vagos trabajaran (RD 11-8-1820), el 9 de mayo de 1845 una Ley de procedimiento de causas de vagancia -de contenido más político-y en 1848 el Código Penal - que tipificaba la vagancia como delito y la definía: los que no tenían bienes o trabajo artesanal/industrial conocido<sup>142</sup>-.

La sociedad tenía como eje central la propiedad. Los que no eran propietarios tenían que demostrar que trabajaban, y los vagos necesitaban un certificado del ayuntamiento que

140 PÉREZ LEDESMA, M.: “Ciudadanía política y ciudadanía social: Los cambios del “fin de siglo”, en *Studia historica. Historia contemporánea*, Nº 16, 1998 (Ejemplar dedicado a: la historia transnacional) p. 48.

141 NAVARRO AMANDI, M., “La vagancia, su carácter legal. Misión del Estado respecto a la vagancia” RGLJ, 1879, pp. 422-429 y 632-640, p. 428.

142 Según el art. 251 del CP de 1848 daba igual que la persona estuviera casada o tuviera domicilio fijo, podía incurrir en vagancia aun en estos casos.

lo acreditara; esto podría interpretarse como un derecho penal del enemigo<sup>143</sup>, que castigaba por quien se era y no por lo que se hacía. La Constitución de 1869 amplió los derechos individuales, y esto tuvo un reflejo en el Código Penal de 1870: la vagancia estaba definida igual que en el CP de 1848, pero dejó de ser un delito y pasó a ser una circunstancia agravante (art. 10.23 CP 1870). Conviene mencionar que tanto la Constitución de 1812, como la de 1837 y la de 1845 establecían la catolicidad de la nación y por tanto en dicho contexto no había libertad de culto y la Iglesia tenía un papel muy importante.

Como vemos, hasta la mitad del siglo XIX la dignidad no estaba relacionada con la igualdad. Tanto la igualdad como la libertad estaban en relación con la propiedad, y no con la dignidad. Debido a que el Estado no intervenía para subsanar la pobreza y solamente la caridad voluntaria servía para paliar mínimamente este problema, el número de mendigos y gente sin recurso fue aumentando.

Así como la propiedad había sido el eje central del derecho del siglo XIX, en el siglo XX hubo un cambio en este sentido: el interés se centraba en el trabajo y en las condiciones de los trabajadores. La pobreza había pasado a ser un problema social que se debía resolver con ayuda del Estado, y no sólo gracias a la caridad y el altruismo de quienes se preocupaban por los más desfavorecidos. Los civilistas - obcecados con centrar el Derecho en la propiedad- debían dejar de acaparar el Derecho y dejar paso a los sociólogos, economistas y políticos que aportaran una visión distinta. El hecho de que la pobreza se convirtiera en un problema social - y dejara de ser un problema individual o natural- supuso también un cambio de perspectiva porque la pobreza social empezó a relacionarse con la pobreza obrera - es decir, personas que aunque querían trabajar no encontraban un oficio, por ejemplo los indigentes o los mendigos- cuya solución era darles un trabajo.

Según el constitucionalista Adolfo (González) Posada (1860-1944), vinculado al krausismo y crítico con la Restauración, había que pasar de un derecho privado a un

143 El Derecho penal del enemigo se caracteriza por su cariz autoritario y ha sido utilizado sobretudo en estados totalitarios. Este tipo de política criminal que pretende inocuizar a ciertos delincuentes considerados peligrosos resulta muy estigmatizante y no respeta los principios del Estado de Derecho que limitan el poder del mismo.

derecho público que protegiera los intereses superiores “de la vida, del alimento, del honor, de la salud; en suma de las condiciones universales de la personalidad”<sup>144</sup> sin importar que esos intereses protegidos fueran de una clase social o de otra: había que proteger a los que más lo necesitaran. En sus propias palabras, “*No basta con declarar al pobre poseedor teórico de los derechos políticos y civiles: hay que llevar hasta él el mínimo de los elementos de la vida material*”<sup>145</sup>, es decir, proteger el derecho a vivir dignamente y pueda desarrollar su personalidad libremente - libertad de palabra, de movimiento, etc.- y garantizar la realización de fines económicos esenciales - trabajo y propiedad, por ejemplo-<sup>146</sup> y darle un contenido mucho más social a los derechos de la personalidad.

No había apenas debates acerca de la dignidad, la libertad, el bienestar de los trabajadores y la protección de los derechos de la personalidad, y en cualquier caso, estos fueron interrumpidos por la llegada de la dictadura de Primo de Rivera. Prueba de ello es el art. 58<sup>147</sup> del CP de 1928, en el que se establece la eximente en los homicidios que se cometen para proteger la propiedad - se consideraría legítima defensa de los bienes propios, una causa de justificación-. De este artículo se desprende que, por ejemplo, si alguien entraba de noche y sin permiso en una casa -aunque no sustrajera nada-, el dueño le podía matar y estaba exento de pena; de la misma manera, si una persona incendiaba a propósito una casa ajena el propietario podía matarle también. El CP franquista de 1944 mantuvo estas disposiciones en el art. 8.4<sup>148</sup> con ligeras

144 POSADA, A., “Sobre el aspecto jurídico del problema social” en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 92, 1898, pp. 70-87, p.79 como estudio introductor traducido por Anton MENGER, *El derecho civil y los pobres*, Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1898.

145 POSADA, A., “Fundamentos y significación de la política social” en *La Lectura*, 13, 1913, pp. 14-33, pp. 29-31 y “La noción del deber social” en *La Lectura*, 1905, pp. 1-15.

146 POSADA, A., *Tratado de Derecho político* Edición en un solo volumen de José Luis Monereo, Granada: Comares, 2003, p. 363.

147 De acuerdo con el art- 58 del CP primorriverista de 1928: “No delinquen... 1º El que obra en defensa de su persona, honra o propiedad... Para que la defensa de la propiedad sea legítima es condición que el ataque a los bienes constituya delito, según este Código, y los ponga en grave peligro. Así ha de entenderse en los casos de defensa del domicilio propio contra el ladrón, y contra quien de noche penetre en él sin consentimiento, o en las dependencias del domicilio, si es con empleo de ganzúas o llaves falsas, fractura o escalamiento, y siempre en el caso de incendio, explosión o inundación intencionales”.

148 El art. 8.4 del CP franquista de 1944 establecía dentro de las circunstancias que eximen de la responsabilidad criminal que “Están exentos de responsabilidad criminal:... 4.º El que obra en defensa de su persona o derechos, siempre que concurren las circunstancias siguientes: Primera. Agresión ilegítima., En caso de defensa de los bienes, se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas durante la noche o

modificaciones. Cabría pensar entonces que la vida como bien jurídico tenía el mismo valor sino menos que la propiedad, y las personas directamente afectadas por esta forma de priorizar las cosas eran los que más probablemente iban a atentar contra la propiedad, es decir, los pobres.

Además, en cuanto a los vagos y maleantes el CP de 1928 incluyó más agravantes por las condiciones del infractor en los arts. 67 y ss<sup>149</sup>. de tal manera que los jueces y tribunales tenían en cuenta la peligrosidad y la aparente predisposición a la delincuencia en base al tipo de vida. Esto sería un reflejo de que el interés no estaba tanto en lo que se hacía sino en quién lo hacía, y estaba directamente relacionado con el estado peligroso del que hablaba Jiménez de Asúa<sup>150</sup> - algunos colectivos estaban exentos del disfrute de las garantías del Código Penal-.

Esta situación cambió por completo con la llegada de la Constitución de 1931: por primera vez en el constitucionalismo se reconocía el trabajo como una obligación protegida por las leyes<sup>151</sup>. Este reconocimiento estaba asociado a un programa de política social cuyo objetivo era la protección social de los trabajadores - cuestiones como el seguro de enfermedad, el paro forzoso, salario mínimo, seguro por maternidad y jornada laboral entre otros- para acercarse a la concepción de dignidad que se habían empezado a plantear un siglo antes. Finalmente la dignidad se incluyó por vez primera en la constitución, aunque había muchas dudas acerca de la posibilidad de que fuera un derecho exigible con todas las garantías. A pesar de esto, los jueces y tribunales de la república intentaron hacerlo efectivo. Los juristas dejaron de caracterizarse por el moralismo y empezaron a regirse por ideas más positivistas a la hora de interpretar los casos.

cuando radiquen en lugar solitario.”

149 El art. 67 del CP de 1928 establecía como agravantes por las condiciones del infractor: “Las condiciones personales que agravan la responsabilidad son: 1º La vida depravada anterior del delincuente, en la familia o en la sociedad; ser conocido como provocador o pendenciero o llevar habitualmente armas sin licencia... 5º La ociosidad y la vagancia, que existen cuando el infractor no ejerce habitualmente profesión, arte u oficio, ni tiene empleo, destino, industria, ocupación lícita o algún otro medio legítimo y conocido de trabajo o subsistencia”.

150 JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *El Estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo*, Madrid, Imprenta de Juan Pueyo, 1922, pp. 38-55.

151 El art. 46 de la CE de 1931 establecía que “el trabajo, en sus diversas formas, es una obligación social y gozará de la protección de las leyes”.

Aunque aparentemente se habían dado grandes avances hacia la igualdad y la ciudadanía -que en un principio se extendía ahora a todas las personas-, esto no fue así. La Constitución establecía el trabajo y el derecho a la dignidad de los “trabajadores de toda clase”, con una única excepción: “De este concepto yo sólo excluiría al ocioso inveterado, al vago de oficio, al parásito social”<sup>152</sup>. De esto se deduce que los vagos ni siquiera llegaban a los mínimos para ser considerados una clase social, sino que eran más bien “parásitos” que no merecían tener las garantías establecidas para los demás porque no eran ciudadanos.

Por lo tanto, aunque el CP republicano de 1932 había derogado la agravante por vagancia y esto parecía un avance, un año más tarde entró en vigor la Ley de vagos y maleantes de 1933 que mantuvo la marginación a estas personas desclasadas por razones laborales. La idea de intentar que fueran los tribunales los que se encargaran del conocimiento de estos casos - y no el poder ejecutivo como se había venido haciendo- no era mala: cabría pensar, en un principio, que habría un mayor control y los encausados tendrían más garantías. Sin embargo, las medidas de seguridad por razón de peligrosidad, la indeterminación de las mismas y la cantidad de colectivos distintos que se regían por esta ley eran elementos que difícilmente podrían estar en consonancia con el derecho a la dignidad constitucional, confirmando por tanto que la dignidad de la que hablaba la constitución estaba solamente enfocada al trabajo y no a todos los ámbitos<sup>153</sup>.

La Constitución de 1978 establecía que España era un Estado social y democrático de Derecho<sup>154</sup>, de acuerdo con la tradición doctrinal que inspiró su antecesora, la Constitución de 1931 y tomando como modelo Alemania e Italia<sup>155</sup>. También reconocía la dignidad como principio directamente relacionado con los derechos inherentes inviolables, así como el libre desarrollo de la personalidad<sup>156</sup>; esta mención a la dignidad

152 DSSCC, Sesión de 16 de septiembre 1931, nº39, p. 941. Citado en GARCÍA MARTÍN, J., op. cit., p. 195.

153 GARCÍA MARTÍN, J., op. cit., p. 196.

154 El art. 1.1 de la CE de 1978 indica que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

155 GARCÍA MARTÍN, J., op. cit., p. 198.

156 El art. 10.1 de la CE de 1978 establecía que “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”

como valor, a pesar de ser un principio rector de la Constitución que debía servir como inspiración para el legislador y la Administración en sus actuaciones, no era exigible ante los Tribunales de Justicia<sup>157</sup>. De esta manera, a pesar de que la CE incluye la dignidad como valor, su protección es bastante limitada y de hecho en el debate constitucional apenas se comentó nada acerca de la misma, excepto para restringir incluso más el alcance de su protección, que resultaría siendo parecida a la que establecía la Constitución italiana de 1947<sup>158</sup>.

En definitiva, a la hora de redactar la CE de 1978 no se tuvieron en cuenta los debates que se habían planteado durante los años 20 acerca de la estrecha relación que debería haber entre la dignidad y los derechos sociales, y prueba de ello es que no se estableció una protección superior en este sentido. Más que considerar la dignidad como el eje central del que debían partir los demás derechos, quedó simplemente mencionada como valor inspirador no exigible ante los tribunales -sin perjuicio de que dicha mención sea preferible a la no mención-.

Cabría extraer de todo esto que si bien hace un siglo - en los años 20- hubo un avance considerable hacia una mayor consideración de los derechos sociales y de la dignidad, con la llegada del franquismo éste avance no sólo se detuvo sino que hubo un retroceso, y no ha habido una recuperación desde entonces.

De cara al futuro del constitucionalismo, sería conveniente que la dignidad estuviera directamente relacionada con las condiciones de vida mínimas y que éstas fueran exigibles por todos. Sería especialmente beneficioso para aquellos colectivos más desfavorecidos a los que se les podría garantizar “un cierto control sobre su propia vida, y un espacio vital mínimo, en el que puedan adoptar decisiones que les permitan desplegar su autonomía moral y ejercer otros derechos fundamentales, espacio que no pueden obtener por sus propios medios”<sup>159</sup>.

157 HERRERO R. DE MIÑÓN, M., “Introducción general al contenido y a los principios de la Constitución” en Miguel Martínez Cuadrado, *La Constitución de 1978 en la historia del constitucionalismo español*, pp. 51-65, pp. 80-81.

158 GARCÍA MARTÍN, J., op. cit., p. 200.

159 INDACOCHEA, U., “El derecho al mínimo vital. Un análisis de su posible fundamentación como derecho humano” en Pedro P. Grandes Castro (ed.), *El derecho frente a la pobreza. Los desafíos éticos del constitucionalismo de los derechos*, Lima: Palestra editores, 2011, pp. 259-283, p. 278.

### 3.1.3 Dignidad como eje de todos los derechos

La idea de dignidad humana empezó a tener más importancia a nivel internacional cuando se introdujo como derecho en el año 1948 con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 1)<sup>160</sup>.

La dignidad está íntimamente relacionada con la exigencia de unos mínimos imprescindibles para la vida de todas las personas y a favor de los cuales el Estado - por su condición social- debe intervenir para garantizarlos (art. 9.2 CE)<sup>161</sup>. A pesar de que nos encontramos en un Estado social y democrático de Derecho, nuestra CE de 1978 no incluye una protección de los derechos sociales como derechos fundamentales<sup>162</sup>.

Aunque la Constitución protege los derechos sociales de los individuos y de los grupos y promueve la actuación de los poderes públicos para que la libertad y la igualdad sean reales, en caso de que éstas fueran vulneradas la protección sería considerablemente inferior a la que tendrían si estuvieran consideradas como derechos fundamentales. Por otra parte, la CE también reconoce la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)<sup>163</sup>. Sin embargo, tampoco en este caso la protección es equiparable a la de los derechos fundamentales. De esto se desprende que el legislador no considera que los derechos sociales sean especialmente relevantes, y por lo tanto la dignidad - es decir, la igualdad esencial de todas las personas<sup>164</sup>- tampoco lo es.

**160** La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) reconoce la dignidad como derecho en su art. 1: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”

**161** El art. 9.2 CE establece el carácter social del Estado señalando que “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

**162** Como es por todos conocido, los derechos fundamentales son aquellos comprendidos entre los arts. 14-29 y el art. 30.2 de la CE de 1978, de tal forma que ni el art. 9.2 acerca del carácter social del Estado ni el art. 10.1 que versa acerca de la dignidad tendrían la protección asignada para los derechos fundamentales, por lo que no serían directamente exigibles ante el legislador.

**163** El art. 10.1 CE reconoce la dignidad como derecho al indicar que “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Este derecho no es fundamental, y aunque puede servir para interpretar otros que sí lo son no tendría las garantías asignadas a los derechos fundamentales.

**164** GARCÍA MARTÍN, J.: *La exclusión histórico-constitucional de la pobreza (ss. XIX-XX) : dignidad,*

La importancia de los derechos sociales también alcanzaría el ámbito político; como indicó el republicano F. Garrido en el año 1855 “Sin la conquista de los derechos políticos las clases trabajadoras no alcanzarán nunca sus derechos sociales”<sup>165</sup> (como por ejemplo el acceso al trabajo o a la sanidad) y continuaba señalando que “La sociedad debe al hombre un trabajo, conforme a sus fuerzas y actitudes, cuyo producto baste á satisfacer sus necesidades”. Para alcanzar la autonomía del ser humano sería necesario que el Estado dispusiera las condiciones requeridas para ello, introduciendo una concepción más social y vinculada a la dignidad al Estado liberal<sup>166</sup> para garantizar el cumplimiento de unos mínimos vitales que aseguren la igualdad y la libertad de todos. La dignidad sería una característica intrínseca al ser humano - “no hay hombre sin dignidad”<sup>167</sup>- por el simple hecho de ser persona, sin importar su conducta o su condición, por lo que ésta sería el eje central del que deberían partir los demás derechos.

La capacidad jurídica como “derecho a tener derechos”<sup>168</sup> podría considerarse el fundamento de los derechos subjetivos - que son aquellos que conceden a la persona el poder, la autonomía al fin y al cabo-. Durante el franquismo se tendió a la restricción de los derechos subjetivos precisamente para limitar en todo lo posible la autonomía de las personas -libertad- y trasladar ese poder al Estado -orden social-<sup>169</sup>, y a pesar de que en

*derechos sociales y/o “derechos de la personalidad”*, Valencia, 2018, p. 169.

165 GARRIDO, F.: *La república democrática, federal, universal. Nociones elementales de los principios democráticos, dedicados a las clases productoras*, Madrid, Cuesta-Monier-Baylliere/Lérida, Imprenta y Librería de José Sol, 1855, p.7 y pp. 25-28. Citado en GARCÍA MARTÍN: op. cit., p. 168.

166 De acuerdo como la “utopía krausista” propuesta por Sebastián Martín Martín, *La utopía krausista: autonomía del sujeto (individual y colectivo) en la polémica jurídica española (1870-1900)* en Qf, 43, 2014, I, pp. 481-539. Citado en GARCÍA MARTÍN, J.: op cit., p. 169.

167 GINER, F. y CALDERÓN, A.: *Resumen de Filosofía del Derecho*, Madrid: La Lectura, 1926 (o.c., 14), II, p. 16 citado en GARCÍA MARTÍN, J., op. cit., p. 170.

168 En palabras de Hannah Arendt, Massimo La Torre, *La lucha contra el derecho subjetivo*, Karl Larenz y la teoría nacionalsocialista del derecho, Madrid, Dykinson, 2008, pp. 280-286. Citado en GARCÍA MARTÍN, J.op. cit., p. 173.

169 La idea de contrato o pacto social fue propuesta por Rousseau y ha sido analizada desde varias disciplinas como la filosofía (contractualismo de Hobbes), la sociología o la política. Desde el punto de vista del derecho, el contrato social implica que todos los miembros de una sociedad abandonamos en cierta manera una parte de nuestra libertad - aceptamos tener deberes- a cambio de la obtención de derechos. Este artificio social y modificable que se manifiesta en forma de pacto implica que dejamos de lado nuestro estado individual para conformar un grupo que tiene normas que debemos respetar. Así, las cláusulas del contrato social son los derechos y deberes que aceptamos tener, y el Estado garantiza su cumplimiento a través de instituciones (poder legislativo, ejecutivo y judicial).

Dependiendo del modelo político de Estado que tengamos, el contrato incluirá más derechos que deberes o al revés, y esto porque se concederá a la seguridad y a la libertad - elementos contrapuestos- un peso mayor o menor; por ejemplo, en una dictadura la seguridad y el mantenimiento del orden social serán más

los años 20 y 30 con el krausismo el debate sobre la dignidad parecía que debería haber tenido un mayor calado en las décadas posteriores concediendo a la dignidad una mayor importancia, la dictadura desterró estas ideas y la CE de 1978 no las tuvo muy en cuenta<sup>170</sup>, de tal manera que esta desvalorización de la dignidad se ha mantenido hasta la actualidad.

### **3.2. Alcoholismo**

Los alcohólicos eran personas que habían “sucumbido a los vicios” y debían ser castigadas por ello. La ley de vagos y maleantes de 1933 incluyó dentro de los individuos peligrosos a aquellos que promoviesen “la embriaguez habitual”. Los “ebrios y toxicómanos habituales” eran considerados adictos a los que, a diferencia del resto de peligrosos sociales – a los que se les imponían las medidas de seguridad de “internamiento en un establecimiento de trabajo o colonia agrícola” por tiempo indeterminado de hasta tres años, “prohibición de residir en un lugar determinado”, “obligación de declarar su domicilio” y someterse a “vigilancia de Delegados” de carácter “tutelar y de protección”- se les imponía la medida de seguridad de “aislamiento curativo en Casas de templanza” por “tiempo absolutamente indeterminado<sup>171</sup>”.

### **3.3. Homosexualidad**

La homosexualidad era un concepto que entraba en directa contraposición con la religión católica (religión oficial del Estado hasta 1869), y ésto porque el catolicismo importantes que la libertad y los derechos de sus miembros, mientras que en un sistema anárquico se daría la situación contraria.

El sistema político Español ha recibido una gran influencia dictatorial en el siglo XX con motivo de la dictadura de Primo de Rivera en un primer momento (1923-1930) y ya con posterioridad la dictadura franquista (1939-1975), por lo que gran parte del siglo estuvo marcado por un modelo de contrato social mucho más centrado en el orden social que en las libertades y derechos, provocando, a mi entender, que a pesar del fin de la dictadura no se diera un cambio radical en la mentalidad incluso en el marco de una democracia y tras la entrada en vigor de una nueva constitución en 1978, ya fuera del contexto de la dictadura - aunque solo 3 años después del fin de la misma-.

170 GARCÍA MARTÍN, J.op. cit., p. 174.

171 La idea de indeterminación de la pena (o, en este caso, de la medida de seguridad) está en la línea del correccionalismo, escuela penal muy influyente en España. El delincuente debe seguir privado de libertad hasta que se corrija su moralidad (se entiende que la voluntad del delincuente está pervertida y debe corregirse); en este caso, hasta que el borracho deje a un lado sus “vicios” debe seguir aislado. Abandonar la bebida sería un síntoma de que su moral se ha restituido y de que la medida puede cesar.

prohibía otras relaciones sexuales que no estuvieran destinadas a la procreación dentro del matrimonio legítimo. Por lo tanto, existía una continuación con el Antiguo Régimen en este sentido.

Se podría considerar que la homosexualidad fue objeto de regulación penal en un Código, por vez primera en el año 1848; el legislador entendía que la homosexualidad era una acción deshonesta que ofendía el pudor públicamente, y por tanto la consideraba una falta grave<sup>172</sup>. También el Código Penal de 1850 castigaba la homosexualidad<sup>173</sup>. Posteriormente, en el año 1870 pasó a ser un delito de escándalo público en ofensa del pudor y las buenas costumbres<sup>174</sup>.

Hasta este momento la homosexualidad necesitaba de un comportamiento público para que el código penal la sancionara, tal como se desprende de la propia legislación - “los que públicamente ofendieren” -. Además, en ningún momento se hacía referencia directa a la homosexualidad, sino que se hablaba de “pudor” y “deshonestidad” en general.

Sin embargo, esto cambió con el Código Penal primorriverista de 1928<sup>175</sup>. En este caso ya sí que se hacía referencia expresa a la homosexualidad – definida como “actos contrarios al pudor con personas del mismo sexo”-. Era un delito, y conllevaba la inhabilitación especial para cargos públicos<sup>176</sup>. Eso sí, se requería “escándalo” o

172 Código Penal de 1848, art. 471.1: “Se castigarán con la pena de arresto de cinco a quince días, o una multa de 5 a 15 duros: 1º Los que públicamente ofendieren el pudor con acciones deshonestas”.

173 Código Penal de 1850, art. 482.1.: “Incurrir en las penas de uno a cinco días de arresto, de 4 a 10 duros de multa y represión: 1º Los que públicamente ofendieren al pudor con acciones o dichos deshonestos”.

174 Código Penal de 1870, art. 456: “Incurrirán en la pena de arresto mayor y represión pública los que de cualquier modo ofendieren el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia no comprendidos expresamente en otros artículos de este Código”.

175 Código Penal de 1928, art. 616: “El que, habitualmente o con escándalo, cometiera actos contrarios al pudor con personas del mismo sexo, será castigado con multa de 1.000 a 10.000 pesetas e inhabilitación especial para cargos públicos de seis a doce años”.

176 Parece que lo que se observa es un rechazo hacia la homosexualidad desde el Estado como elemento público ligado a la religión; el hecho de que la homosexualidad solamente se condenara cuando fuera visible para la sociedad podría interpretarse como una forma de intentar evitar que esa realidad se normalizara a ojos de los demás. Es decir, no se estaría condenando la conducta como tal, sino el hecho de que se viera. Cabría pensar que esto era así porque se intentaba frenar que más gente admitiera su propia homosexualidad reprimida (o, según el pensamiento de la época, “se convirtiera” en homosexual), o porque sencillamente su realidad era incómoda para los demás. La pena de inhabilitación especial para cargos públicos va en la misma línea de la ocultación de esta realidad y de la negación del Estado a favorecer al colectivo -en este caso, desde el punto de vista laboral-.

“habitualidad” en la conducta. Con la llegada de la II República, y aunque ya no se hacía referencia a la homosexualidad directamente, ésta seguía estando sancionada en el CP32 (art. 433.1) como un tipo indeterminado de escándalo público<sup>177</sup>. También con el franquismo el Código Penal de 1944 lo mantuvo como delito de escándalo público de tipo indeterminado<sup>178</sup>.

Hasta la introducción de la Ley de vagos y maleantes en el año 1933, la homosexualidad se perseguía por vía gubernativa a través de arrestos<sup>179</sup>. Una vez que, bajo el franquismo, se instituyó el estado de peligrosidad, en 1954 se decidió que debían ser internados en instituciones especiales separados<sup>180</sup> de los demás presos por la conveniencia de proteger la “sana moral” y las “buenas costumbres”<sup>181</sup>.

La LPRS mantuvo esta línea, ya que los homosexuales eran considerados perversos morales que tenían una enfermedad mental. Esto fue así hasta 1978, año en el que finalmente con la aprobación en referéndum de la actual Constitución se derogaron las disposiciones relativas a la homosexualidad sin perjuicio del estigma que, consideramos, se mantiene en la actualidad.

### **3.4. La regulación de la prostitución**

Las prostitutas, al igual que los homosexuales, eran personas que con su conducta ponían en entredicho la función exclusivamente reproductiva atribuida por la religión católica al sexo. Imperaba el modelo de familia patriarcal, y era importante el

177 Código Penal de 1932, art. 433.1: “Incurrirán en las penas de arresto mayor, multa de 500 a 5.000 pesetas e inhabilitación para cargos públicos: 1º Los que de cualquier modo; ofendan al pudor o a las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia, no comprendidos expresamente en otros artículos de este Código,

178 Código Penal de 1944, art. 431.1: “Incurrirán en las penas de arresto mayor, multa de 1.000 a 5.000 pesetas e inhabilitación especial: 1º Los que de cualquier modo ofendan al pudor o a las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia”.

179 BAIDEZ APARICIO, A., *Vagos, maleantes... y homosexuales. La represión de los homosexuales durante el franquismo*, Barcelona: Malhivern, 2007.

180 Como venimos diciendo, parece razonable señalar que lo que se pretendía evitar era el “contagio” de la homosexualidad a las personas heterosexuales (insistimos en que esta lógica hace referencia al pensamiento de la época). Ante ese riesgo de que los anormales pervirtieran la moral de los normales convenía separarlos de ellos (segregación), incluso en la propia prisión, donde se daba por hecho que todos allí eran anormales. Pero los homosexuales eran considerados más anormales si cabe, y por ende, más peligrosos.

181 L. 15 julio 1954.

mantenimiento de su integridad. Además, los principios heteropatriarcales de los que los regímenes constitucionales partían impedían el sufragio femenino y en general la actividad política de la mujer<sup>182</sup> y se consideraba que ésta debía desempeñar únicamente las funciones de reproducción y cuidado de los menores, propias de su profesión – esto es, de “su sexo”-. Se le consideraba inepta para la política por sus “cualidades”: personalidad superficial, irrealista y quebrable<sup>183</sup>.

El legislador se tenía que pronunciar con respecto a este colectivo (evidentemente muy peligroso, según la mentalidad de la época) si no era objeto de regulación. Sin embargo, no lo hizo para proteger la institución familiar, ya que de hecho la prostitución favorecía de alguna manera su estabilidad – en la mentalidad de la época era una forma de mantener los matrimonios teniendo en cuenta que no se permitía el divorcio-. El legislador, fundamentalmente, lo que pretendía era evitar el tráfico de personas y las enfermedades venéreas de transmisión sexual.

El Gobierno, con el fin sobre todo de evitar la propagación de enfermedades, intervino en dos niveles: se dedicó a perseguir la trata y reprimirla, y por otra parte gestionó la actividad de las prostitutas, asegurándose de que las condiciones de salubridad en los burdeles eran las adecuadas, de que sus trabajadoras estaban censadas y su oficio fiscalizado como una actividad económica<sup>184</sup>. El Código Penal de 1870, en atención al modelo reglamentarista, preveía una serie de faltas por incumplir las disposiciones sanitarias de Policía<sup>185</sup>, pero no castigaba el ejercicio de la prostitución en sí, sino solamente los casos de prostitución que no cumplieran los requisitos de sanidad<sup>186</sup>.

182 MARTÍN, S.: op. cit. p. 936-939.

183 NIETO, G.: *La personalidad de la mujer*, “RMI.” IV (1949), pp. 333-340, 455-463. Citado en *ibidem*.

184 MARTÍN, S.: *Ibidem*

185 Código Penal de 1870, art. 596.2.

186 Puede interpretarse que al fin y al cabo interesaba mantener la prostitución porque aunque fuera en contra de la religión se consideraba importante precisamente para mantener la estructura social conformada en base a la propia religión: la monogamia, la sexualidad reprimida y con fines reproductivos, y el matrimonio indisoluble. Esta era la estructura que imponía la religión; sin embargo, no parecía posible llevarla a cabo de forma estricta. Por eso considero que el legislador fue consciente de esta dificultad y decidió no castigar la prostitución pero sí controlar sus efectos más indeseables: la trata (elemento asociado muy negativo pero que en última instancia solamente afectaba a los derechos de las mujeres, y concretamente a mujeres percibidas como inmorales con el doble componente discriminatorio que implica) y más especialmente la propagación de enfermedades transmisión sexual (cuestión que considero que pudo entenderse como más grave porque se ponía en riesgo la integridad física y la reputación de hombres que, al menos de cara al público, daban la imagen de ser “morales”, por lo que su

Posteriormente, el Código Penal de 1928 dedicó un capítulo entero<sup>187</sup> a la persecución de la inducción a la prostitución- proxenetismo-, pero seguía sin castigar la prostitución como tal.

La regulación de la prostitución llegó a su fin en 1935, año en el que el legislador optó por el modelo abolicionista y dejó de admitir la prostitución como “medio lícito de vida”<sup>188</sup>. Concretamente, las prostitutas pasaron a ser objeto de conocimiento de los juzgados de vagos y maleantes. Durante la posguerra, para su reinserción social, en el año 1941 se optó por constituir el llamado “Patronato de la Mujer”<sup>189</sup>, cuya función era la de la “*dignificación moral de la mujer, especialmente de las jóvenes, para impedir su explotación, apartarlas del vicio y educarlas con arreglo a las enseñanzas de la Religión Católica*”. Para ello, esta institución podía tomar “medidas protectoras a favor de las mujeres que se desenvuelvan en medios nocivos o peligrosos”<sup>190</sup>, es decir, la prostitución.

Como vemos, a la mujer se le seguían atribuyendo las cualidades de instinto de maternidad, debilidad, sentimentalismo y subordinación al hombre<sup>191</sup>, y para la

bienestar sí que interesaba más).

187 Se trataba del Capítulo III del Título X del CP de 1928.

188 D. 28 de julio de 1935.

189 El Patronato de Protección a la Mujer era una institución que funcionó en España en el periodo entre 1941 y 1956, es decir, durante la dictadura franquista. Su objetivo era fomentar una moral pública concreta. Las prostitutas eran las principales afectadas por esta institución, ya que eran consideradas contrarias al modelo femenino ideal, moralmente desviadas y enfermas que merecían ser encerradas en reformatorios especialmente designados para reconducir su conducta. Las prostitutas cumplían la función social de proteger la virginidad de las mujeres no desviadas ya que de alguna manera “gestionaban” los impulsos carnales de los hombres y potenciaban su virilidad. ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, C.: “El Patronato de Protección a la Mujer: la construcción de la moralidad pública en España”, Universidad del País Vasco, 2015, p. 1.

Hay que tener en cuenta que las prostitutas eran vistas como deshonestas, pecadoras y viciosas, pero que los hombres que contrataban sus servicios no eran vistos de forma negativa, cuestión que no nos sorprende teniendo en cuenta el marco contextual de la época. En este sentido, la Iglesia veía a las prostitutas como un mal menor que aseguraba de alguna manera que el máximo de mujeres llegaran vírgenes al matrimonio. PRIETO, L., *La prostitución en Andalucía durante el primer franquismo*, Málaga: Baetica, Universidad de Málaga, 2006, p. 670-681.

Por último, es digno de mención que la virilidad que se pretendía reforzar con el mantenimiento de la prostitución incluía tanto a los hombres solteros como a los que ya estaban casados. ROQUERO, C.: “Historia de la prostitución en Euzkadi Herria”, 1ª edición, Tafalla, Txalaparta, 2014. Citado en ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, C., *El Patronato de Protección a la Mujer: la construcción de la moralidad pública en España*, Universidad del País Vasco, 2015, p. 11.

190 D. 6 de noviembre de 1941, artículos 4 y 5.

191 ROURA, A., *Mujeres para después de una guerra: informes sobre moralidad y prostitución en la posguerra española*, Barcelona, Flor del Viento, 1998. Citado en MARTÍN, S.: op. cit., p. 937.

prevención se recurría a la enseñanza de los valores católicos cuando la mujer realizaba conductas desviadas como la prostitución para reeducarlas y reducirlas de nuevo a sus funciones domésticas y reproductoras. En cuanto a la represión, se seguía castigando a los proxenetes y a los inductores<sup>192</sup>.

Cabría preguntarse el motivo de que este abolicionismo no implicara sanciones – no solo medidas de seguridad reeducativas- también para las propias prostitutas. Es posible que de alguna forma, las mujeres, entendidas como menores sujetos a tutela, no fueran consideradas por el legislador como personas responsables de sus propios actos.

A todo esto, las disposiciones sanitarias policiales relativas a la prostitución seguían estando vigentes, y el Código Penal franquista seguía sancionando su incumplimiento<sup>193</sup>. Como se observó que los arrestos quincenales en calabozos de detención no servían para reprimir la prostitución, se crearon unos establecimientos penitenciarios de carácter especial gestionados por las comunidades religiosas encargadas de reeducar a las desviadas. Así, las prostitutas que reincidían en infracciones relacionadas con dicho oficio podían ser ingresadas en estos establecimientos a propuesta del Gobernador civil o de la policía<sup>194</sup>.

Finalmente, en el año 1956 la prostitución se convirtió en una actividad clandestina por considerarse “tráfico ilícito” y se dio orden de cerrar todos los burdeles<sup>195</sup>. Las prostitutas eran sometidas o bien a vigilancia tutelar del Patronato de Protección a la Mujer<sup>196</sup>, o bien se ponían bajo la tutela de los jueces de vagos y maleantes. La LPRS de 1970 también entendía que las prostitutas eran sujetos susceptibles de ser incluidas entre las personas consideradas “peligrosas”<sup>197</sup>.

192 Código Penal 1944, artículo 431.2: “Los que cooperen o protejan la prostitución de una o varias personas, dentro o fuera de España, participando de los beneficios de este tráfico o haciendo de él modo de vivir”.

Y mismo código penal, artículo 438.1: “El que habitualmente promueva, favorezca, o facilite la prostitución o corrupción de persona menor de veintitrés años”.

193 Código Penal de 1944, art. 577.2: “Serán castigados con multa de 5 a 250 pesetas y reprobación privada: 2.º Los que infringieren las disposiciones sanitarias de Policía sobre prostitución”.

194 D. 6 de noviembre 1941, arts. 1 y 3.

195 DL. 3 marzo, STS 22 mayo 1965.

196 O. 23 de abril 1956

197 LPRS, art. 2.4: “Serán declarados en estado peligroso, y se les aplicarán las correspondientes medidas de seguridad y rehabilitación, quienes: A) Resulten probadamente incluidos en alguno de los supuestos de este artículo, y B) Se aprecie en ellos una peligrosidad social.

#### **4. Peligrosidad y codificación en Iberoamérica. Fundamentos sociales y su regulación.**

El siglo XIX fue el siglo de la codificación; este movimiento pretendía frenar las penas excesivas, el arbitrio judicial y los procedimientos abusivos que habían caracterizado las penas medievales y crueles que caracterizaban el derecho; el objetivo era suavizar dichas penas para ajustarlas a los valores de la Ilustración, así como modelar la sociedad conforme a los nuevos valores políticos y de defensa de la propiedad y el orden público de la burguesía. Esto se vio reflejado en varias ramas del derecho – penal, civil, procesal, comercial, etc.- y en diversos contextos – Austria, Francia, Europa continental (Italia, Alemania y países íberos) e Iberoamérica (México y Brasil). El primer código en sentido moderno es el CC francés de Napoleón en 1804, que sirvió para limitar la interpretación judicial y “fossilizar” en algunos aspectos el Derecho.

Pero, sin duda, uno de los textos más influyentes fue el CP español de 1848, cuyos preceptos tuvieron una intensa proyección tanto en la Península Ibérica como en Iberoamérica. Uno de los textos que derivaron del CP español de 1848 fue el CP de Chile de 1874, por ejemplo. Podríamos hablar de tres corrientes: la codificación penal en Europa; el contexto americano – que recibió influencia penal hispánica-; y el modelo español - que se expandió a los países de derecho castellano y portugués, dejando de ser un modelo de código español para pasar a ser uno hispano-americano-<sup>198</sup>.

De acuerdo con la interpretación de Bravo Lira, coincidente con la doctrina mayoritaria, existía una cultura jurídica común en los países hispánicos, y el catolicismo era una de sus bases, cuyas vertientes se unificaron en el Código Criminal do Imperio de 1830 (Brasil)<sup>199</sup>, y en última instancia éste derivó en el CP español de 1848<sup>200</sup>.

Son supuestos del estado peligroso los siguientes: ...<sup>4º</sup> Los que habitualmente ejerzan la prostitución”.

198 BRAVO LIRA, B.: *La fortuna del código penal español de 1848: historia en cuatro actos y tres continentes: de Mello Freire y Zeiller a Vasconcellos y Seijas Lozano* (Anuario de Historia del Derecho Español, Madrid, 2004), pp. 23-57.

199 Vid. CASTRO NECES, M. *Código criminal brasileiro do século XIX: o Brasil entre o moderno e o arcaico*. Brasília: Centro universitario de Brasília, 2014.

200 Ibidem

El CP brasileño de 1830 tomó como referencia el CP austríaco – podría considerarse una reelaboración del mismo, aumentada y corregida- pero lo adaptó al contexto hispanoamericano, y luego otros países hispanoamericanos hicieron su propia versión de dicho CP brasileño; fue un referente importantísimo en la codificación de los países hispánicos.

Por lo que respecta al CP español de 1822, éste mantuvo en buena medida la legislación castellana de las Partidas y del Fuero Real.

El Código Criminal do Imperio do Brasil de 1830 recogía ofensas a la religión y a la moral, así como a las buenas costumbres y también hacía referencia a la vagancia y la mendicidad. Fue un código muy bien recibido en general, y el CP español de 1848 fue prácticamente una reelaboración de éste. Por su parte, el CP español de 1848 fue adoptado por más de quince países, convirtiéndose en patrimonio hispánico común. Si bien es cierto que hubo varios códigos penales posteriores en España – CP de 1870, CP de 1928, CP de 1932, CP de 1944 e incluso CP de 1996-, hay que tener en cuenta que desde le punto de vista formal éstos fueron meras versiones del CP de 1848, aunque entre ellos hay grandes diferencias.

En cuanto a la proyección del CP de 1848 fuera de España, podemos decir que ésta tuvo lugar en Venezuela – CP de 1863 y sus múltiples sucesores hasta 1926- y Chile – CP de 1874- entre otros.

Otros países hispanoamericanos que ya tenían un código antes de la aparición del CP español del 1848 y que lo sustituyeron por uno más acorde a éste fueron México – CP de 1871-, Venezuela- CP de 1897-, Bolivia – CP de 1872-.

Tras el impulso codificador del siglo XIX, cuyo apogeo duró desde el año 1803 hasta el 1917 y cuyos protagonistas fueron el CP brasileño de 1830 y el CP español de 1848, llegó una época de cese de la actividad codificadora de acuerdo con el fin de la Ilustración y que llega hasta la actualidad<sup>201</sup>.

201 Ibidem.

Además de lo dicho, el panorama penal hispanoamericano de los años 50 del siglo XX revelaba que los códigos vigentes en aquél momento tenían diferentes influencias para constituir su contenido; de esta manera, el código mejicano de 1931 estaba inspirado en el CP español primorriverista de 1928. En cuanto a Venezuela, su código se alejaba en gran medida del modelo español, eligiendo el código italiano de 1889 como referencia principal.

Este sucinto análisis a nivel global de los códigos sirve solamente para presentar unas nociones básicas acerca de la tendencia de cada legislación para conocer sus influencias según Bravo Lira.

A continuación se estudiarán algunas modalidades de peligrosidad predelictual en cada uno de estos países. Más adelante se procederá al análisis de su tratamiento legal en algunos países de especial relevancia por lo que aquí respecta, siendo éstos México, Venezuela, Bolivia, y Chile para comprobar hasta qué punto la legislación iberoamericana ha recibido influencia hispánica en el ámbito penal o se ha distanciado de ella para construir un modelo diferente, y establecer en la medida de lo posible las similitudes y diferencias en este sentido.

## **4.1 México**

### **4.1.1 Vagancia y mendicidad: de competencia ejecutiva a competencia judicial**

La vagancia empezó a ser objeto de preocupación en México en el siglo XVI. Ya por aquél entonces había algunas medidas de vigilancia para frenar la vagancia, aunque en ese momento los sujetos más controlados en este sentido eran algunos españoles que habían venido a raíz de la colonización y según el legislador eran una mala influencia para los indígenas. También los indígenas eran objeto de estas medidas y podían ser considerados “vagos”, pero en menor medida, porque tendían a ser vistos como simples

“pobres evangélicos” y no como “vagos”<sup>202</sup>, de tal forma que ante la misma conducta los indígenas tenían menos probabilidades de ser perseguidos que los españoles.

La situación continuó de esta manera hasta el siglo XVIII, en el que hubo un cambio de política: la vagancia ya no era una mera preocupación que se iba controlando superficialmente; ahora las administraciones civiles estaban mucho más centradas en su represión y tenían el respaldo de la ideología borbónica -ordenar la conducta humana- que justificaba sus actuaciones<sup>203</sup>. Para la administración civil y religiosa los vagos eran los causantes de los males de la sociedad porque su estilo de vida era moral y económicamente reprobable, y había que combatirlos - con ordenanzas y cédulas-. Se intentó tener un mayor control de los vagos que había en ese momento a través de listas<sup>204</sup> que el alcalde debía realizar. Incluso los estudiantes, por no tener una ocupación productiva como tal, estaban obligados a conseguir un certificado del rector de su seminario que acreditara que eran estudiantes y no vagos, y la gente que acogía en su casa a personas desconocidas tenía que dar cuenta de ello por escrito<sup>205</sup>; en general, podríamos decir que todo el mundo debía estar registrado en las listas e incluso en algunos casos indicar su domicilio<sup>206</sup>; así, por descarte de los que no estaban apuntados en dichas listas se podía saber quién era vago. Todas estas medidas tenían un mismo objetivo: tener un mayor control de la vagancia y evitar que la gente no trabajara. Esta mentalidad seguía en la línea del orden social y de evitar la vagancia por ser el vicio que desencadenaría otros -el aumento de la delincuencia que tuvo lugar en 1808 se achacó a la presencia de gente “sin oficio ni beneficio”<sup>207</sup>- y con ellos la sociedad quedaría corrupta -o así es como ellos lo veían-. La vagancia era un mal reprobable y no porque

202 Según explica Martín en *Los Vagabundos*, citado en CASTILLO CANCHÉ, J., *El contramodelo de la ciudadanía liberal. La vagancia en Yucatán, 1812-1842* en Encrucijadas de la ciudadanía y la democracia: Yucatán, 1812-2004. Mérida, 2005, p. 61.

203 Ibidem

204 Acorde con las indicaciones del ayuntamiento, cualquier vecino que tuviera en su casa a una "persona desconocida o sospechosa" tenía que notificarlo a las autoridades. Véase Actas de cabildo de Mérida (9 de agosto de 1813), en CAIHY, Manuscritos.

205 Ibidem, p. 64.

206 Bando del gobernador Pérez Valdelomar, indicando recursos a los habitantes para cumplimentar lo ordenado sobre ocupaciones y oficios (17 de diciembre de 1800), en AGEY, Colonial, Bandos y Ordenanzas, vol. 1, exp. 3.

207 Cuaderno copiator del capitán general don Benito Pérez Valdelomar al ayuntamiento de Yucatán (1 de mayo de 1808), en CAIHY, Manuscritos, caja vii, n.º. 13. citado por CASTILLO CANCHÉ, J., *El contramodelo de la ciudadanía liberal. La vagancia en Yucatán, 1812-1842* en Encrucijadas de la ciudadanía y la democracia: Yucatán, 1812-2004. Mérida, 2005, p. 65.

implicara pobreza -esto no tiene por qué ser así, de hecho-. Las leyes también mencionaban a los ricos que se dedicaban a “perder el tiempo” realizando actividades no productivas como pasarse el día en el bar sin trabajar<sup>208</sup>. Con esto se demuestra que el mal no era económico, sino moral. Esta noción es muy importante a la hora de entender la forma de pensar de la época.

Tras la constitución de Cádiz de 1812 los decretos destinados a la represión de vagos pasaron a manos de los ayuntamientos constitucionales. Pero esto fue un cambio poco relevante. Lo que de verdad marcó un antes y un después fue el hecho de que la constitución restringía los derechos políticos a los vagos por no considerarlos merecedores de derechos ciudadanos<sup>209</sup>. Según la mentalidad de la época, estas personas no estaban preparadas para ejercerlos porque social y culturalmente no llegaban a los mínimos. Esto, al fin y al cabo, suponía que los que no trabajaban o tenían un oficio que socialmente no estaba reconocido eran considerados inferiores con respecto a los demás, y no podían intervenir en la política porque no eran ciudadanos. Teniendo en cuenta esta situación, podemos imaginar fácilmente que si un colectivo no tenía derecho al sufragio tampoco podía buscar sus intereses a través del mismo y conseguir fomentar políticas más acordes a su beneficio, por lo que la política difícilmente iba a favorecer a este sector si sus principales votantes estaban vetados por la propia Constitución. De esta manera, vemos que el constitucionalismo no estuvo exento de graves repercusiones para este colectivo.

Después de que México se independizara del dominio español en 1810 la represión de los vagos siguió en la línea de lo que establecía la constitución de Cádiz<sup>210</sup>. Entre los años 1812 y 1842 la vagancia tenía como eje central la propiedad, y dentro de la misma tenía más importancia la parte moral<sup>211</sup> que la económica. Los vagos eran los que no

208 Según señala Martín en *Los vagabundos*, citado por ibidem p. 64.

209 Ibidem pp. 61-62

210 Al igual que había sucedido con la Constitución de Cádiz de 1812, las primeras constituciones del federalismo que reconocían los derechos de los ciudadanos excluían a los vagos del ejercicio de esos derechos. El art. 20 de la Constitución política de 1824 establecía que se suspendían temporalmente “por no tener domicilio, empleo, oficio, o modo de vivir conocido”, y en términos muy similares se expresaba la Constitución política de 1841.

211 El ayuntamiento disponía mediante orden “Que todo hombre debe tener ocupación, oficio o ejercicio conocido de que subsista para no ser gravosa su existencia a la sociedad y no teniéndolo, se le destinará sin excusa según su aptitud e inclinación, bien sea a la labranza, u otro oficio que sepa o quiera, pagándose por su justo precio los respectivos trabajos, y teniendo particular cuidado de que a

tenían una “ocupación honesta” o un “trabajo útil”, y su castigo era la obligación de trabajar para corregir dichas costumbres<sup>212</sup>. Por lo tanto, lo más importante era que el oficio o profesión fuera honesto y útil para que fuera aceptado socialmente. Como podemos ver, a pesar de que México ya se había independizado de España y tenía leyes propias, la influencia de la colonización se mantuvo durante décadas y aunque el legislador estaba emancipado con respecto a España siguió su línea de forma incluso más represiva.

Llama la atención con respecto al castigo de los vagos -obligación de trabajar para corregir su vicio- que éste estaba en total contraposición con la libertad de trabajo que la propia Constitución de Cádiz establecía. ¿Cómo era posible que la Constitución estableciera que los ciudadanos tenían derecho a elegir su trabajo de forma voluntaria y sin que nadie pudiera intervenir en su decisión si las mismas leyes establecían que los vagos serían obligados a trabajar como soldados para el Estado?. La respuesta a esta contradicción se encontraba en el artículo 25 de la misma Constitución, en el que se suspendían temporalmente los derechos del ciudadano a los vagos. Al no ser ciudadanos tampoco tenían derecho a la libertad de trabajo, por lo que se les podía obligar a trabajar en lo que el legislador considerara más útil.

En el año 1820 se promulgó una ley (ley de 11 de septiembre de 1820) que indicaba que había que vigilar a los vagos. Si encontraban a alguno, le sometían a juicio y a partir de ese momento disponían de ocho días para demostrar que tenían un trabajo, y si no lo hacían les enviaban a una casa de corrección, un hospicio, un arsenal o “a cualesquiera otros establecimientos en que puedan trabajar sin hacerse peores ni ser gravosos al estado”<sup>213</sup>.

El legislador de México tomó la determinación de crear la primera Constitución del

los jóvenes desde catorce años de edad se les ocupe y empleen, como va expresado, sí sus padres o tutores no lo hacen, para evitar que desde sus tempranos años se habitúen a la ociosidad, madre de todos los vicios que trastornan el orden.” Véanse Circular de la Diputación Provincial sobre ocupaciones y oficios de los habitantes (1813), en AGEY, *Colonial*, Diputación Provincial, vol. I, exp. 2; Circular a los ayuntamientos sobre la obligación de los habitantes de tener un oficio u ocupación (1813), en AGEY, *Colonial*, Diputación Provincial, vol. I, exp. 3.

212 Ibidem.

213 *Colección de los decretos*, p. 130.

estado de Yucatán en el año 1824. Se creía que para que México fuera un lugar seguro, ordenado y pudiera progresar sus habitantes debían ser buenos ciudadanos, y los vagos no entraban en esa categoría. Por ello la Constitución de Yucatán de 1824 estableció que se procurara su control<sup>214</sup>. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurrió en el periodo borbónico, en la época de la independencia, con la nueva Constitución, los vagos contaban con recursos judiciales para su defensa, un plazo de tiempo para probar que eran inocentes y además podían tener un abogado defensor. Las características de los vagos desde el punto de vista legal consistían en carecer de arraigo<sup>215</sup> residencial, llevar un estilo de vida amoral, no ser productivo y entrañar un peligro social.

A pesar de que la redacción del art. 5 de la Constitución de 1824 era bastante poco precisa y no determinaba exactamente qué se debía entender por “vago”, las leyes sí que tenían un contenido más concreto sobre quiénes eran los vagos. Estos eran los que siguen: los que no tenían trabajo o lo tenían pero no lo ejercían permanentemente; los que tuvieran medios para vivir pero pasaran tiempo en sitios de ocio (por ejemplo, casas de juego); los bebedores habituales y los que mendigaran en sitios públicos. Todos ellos eran considerados vagos, siempre y cuando fueran adultos y pudieran trabajar; también los niños huérfanos, los que habían sido abandonados y los que desobedecían a sus padres. Por último, aquellos que realizaran actividades deshonestas y los que no

214 Según el art. 5 de la Constitución de Yucatán de 1824: “Siendo la ociosidad, la vagancia, y la disipación gravemente ofensivas al orden, seguridad y prosperidad pública, las autoridades políticas y judiciales cuidarán con particular vigilancia y esmero de que en sus pueblos respectivos no haya vagos, ociosos y mal entretenidos, de que todos sus moradores se dediquen precisamente a trabajos útiles y productivos...”

215 El arraigo es un elemento que en España se sigue teniendo en cuenta hoy en día en los procesos penales a la hora de tomar la decisión de aplicar o no la medida cautelar de prisión provisional con el fin de garantizar el buen fin del proceso y más en concreto para asegurar la presencia del encausado en el juicio. Es decir: el arraigo sirve para valorar el riesgo de fuga del investigado. Lo interesante de esto es que se valoran aspectos como la situación familiar, laboral y económica entre otros elementos para estimar el riesgo del que aún no ha sido condenado (su peligrosidad, al fin y al cabo). Por lo tanto, aunque se ha discutido que se deba valorar el nivel adquisitivo que tienen los investigados por ser discriminatorio, es lo cierto que la Lecrim la incluye.

Así, el artículo 503.1.a) establece que “Asegurar la presencia del investigado o encausado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga. Para valorar la existencia de este peligro se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al investigado o encausado, a la situación familiar, laboral y económica de éste, así como a la inminencia de la celebración del juicio oral, en particular en aquellos supuestos en los que procede incoar el procedimiento para el enjuiciamiento rápido regulado en el título III del libro IV de esta ley...”

Por lo tanto, tal como vemos, la ley tiene en cuenta tanto la situación laboral como económica del encausado, y esto no está lejos de suponer una desigualdad en el proceso para los “vagos” de hoy en día. Aunque la ley no establezca una pena por motivo de vagancia, ser vago implica que es más probable que el órgano considere falta de arraigo, y por tanto mayor riesgo (peligrosidad), y en última instancia, prisión provisional.

respetaran a las autoridades también se consideraba que eran vagos.

Al igual que había sucedido antes de la independencia, no existía una diferenciación entre vagancia y mendicidad, y tampoco estaba muy clara la diferencia entre vagancia y desempleo<sup>216</sup>. Por lo tanto poco importaba que la persona no estuviera trabajando aunque quisiera porque no encontraba dónde: era igualmente vago y debía ser corregido.

Si había sospecha de que una persona no estaba realizando una labor productiva, se podía iniciar un proceso judicial contra él por este motivo. No trabajar estaba asociado a la ociosidad como “madre de todos los vicios”, por lo que tenía connotaciones peyorativas en un doble sentido: no trabajar era malo para la sociedad y malo para uno mismo. Por ello el trabajo estaba más asociado a la moralidad que al progreso económico, y en cualquier caso había que corregir la falta de este.

La represión llegó a la cumbre en el año 1827. Ese año se dictó un Decreto de vagos que delegaba en las autoridades municipales y en el poder judicial la persecución de este colectivo, y en 1828 se creó un tribunal especial para vagos (Tribunal de Vagos) que trabajaba con el Ayuntamiento para su represión y enjuiciamiento; cabe mencionar que la mayor parte de los acusados de vagancia eran artesanos desempleados que sufrían las consecuencias de la desintegración gremial<sup>217</sup>. Tras el juicio, los que habían sido declarados vagos pasaban a formar parte del ejército nacional, de tal forma que eran de utilidad para el Estado federal, o eran empleados en la realización de tareas domésticas y económicas. Con este sistema el Estado federal solucionaba dos problemas a la vez: la vagancia y la falta de soldados para la defensa nacional o la carencia de mano de obra productiva en general. En ese momento México estaba intentando fortalecer sus ejércitos. Por este motivo, el gobierno nacional exigía a cada región que aportara un número determinado de personas para suplir los reemplazos militares que se pudieran necesitar y así mantener la soberanía de México. A través de este mecanismo, los vagos

216 CASTILLO CANCHÉ, J., *El contramodelo de la ciudadanía liberal. La vagancia en Yucatán, 1812-1842* en Encrucijadas de la ciudadanía y la democracia: Yucatán, 1812-2004. Mérida, 2005, p. 75.

217 PÉREZ TOLEDO, S.: “Los vagos de la ciudad de México y el tribunal durante la primera mitad del siglo XIX” en *Estudios*, pp. 135-53, citado en *ibidem* p. 62.

dejaban de ser un problema para la convivencia y pasaban a ser útiles para la defensa social.

Tanto las autoridades como los legisladores consideraban que los vagos iban en contra de los valores morales relativos a la institución familiar - matrimonio y respeto a los padres, fundamentalmente-: cuando el ocioso estaba casado se pensaba que probablemente no atendería a sus responsabilidades familiares porque estaba acostumbrado a relacionarse de forma ilícita con la sociedad y por tanto esto se vería reflejado a la hora de relacionarse con su propia familia, y ésta resultaría desatendida y por tanto perjudicada. Por otra parte, si el ocioso estaba soltero y en este sentido no tenía cargas familiares se entendía que seguramente era una persona que daba problemas a sus padres y era “incorregible”<sup>218</sup>. Por lo tanto, daba igual que el vago fuera soltero o casado: era un problema para su familia.

Por lo general, la vagancia - junto con otros elementos marginales- no se asociaba al peligro de revoluciones o motines en Yucatán porque era un estado relativamente estable desde el punto de vista social - no así ciudad de México, donde había mucha tensión social y política porque el sistema republicano era muy cambiante y allí sí que se relacionó a los pobres con el peligro-. Sin embargo, a mediados del siglo XIX sí que se empezó a asociar la vagancia con el peligro<sup>219</sup>.

Si bien es verdad que la vagancia solía relacionarse con la criminalidad por considerarse causante de la misma, como se ha visto ésta no tenía por qué asociarse con la actividad delictiva como tal sino que podía entenderse que simplemente daba lugar a “males sociales”<sup>220</sup> en un sentido más amplio - por ejemplo irresponsabilidad con respecto a la familia, como hemos mencionado-. Sea como fuere - estuviera o no relacionada con la delincuencia-, la vagancia era una lacra social que convenía eliminar y el trabajo era la vía para corregir los vicios.

En el Código Penal Federal mejicano de 1871, en el título XIV acerca de los delitos

218 CASTILLO CANCHÉ, J., *El contramodelo de la ciudadanía liberal. La vagancia en Yucatán, 1812-1842* en Encrucijadas de la ciudadanía y la democracia: Yucatán, 1812-2004. Mérida, 2005, p. 77.

219 Ibidem p. 79.

220 Ibidem p. 80.

contra la economía pública encontramos el capítulo segundo, que está especialmente dedicado a los “vagos y malvivientes”; éste incluye dos artículos, que son el 255<sup>221</sup> y el 256<sup>222</sup> y ambos versan sobre esta materia, actualmente derogados.

En el Código penal mejicano federal de 1931, aparentemente similar al primorriverista español de 1928, constan en el Capítulo II dos artículos bajo el título de “Vagos y malvivientes” en los que se castigan tanto la vagancia como la mendicidad<sup>223</sup>, que coinciden exactamente con los que ya había establecido el CP de 1871 (incluso el número de los artículos es el mismo), pero la pena se reduce considerablemente (en 1871 ser vago y tener antecedentes suponía de 6 meses a 3 años de relegación, mientras que en 1931 por las mismas circunstancias el castigo era de 3 meses a 1 año).

#### 4.1.1.1 Un posible modelo de la vagancia y la mendicidad

Vagancia y mendicidad	Decretos, ordenanzas y cédulas (actas de cabildo)	Circular de la Diputación Provincial sobre ocupaciones y oficios de los habitantes (1813)	Ley de 11 de septiembre de 1820	Decreto de vagos (1827) y Tribunal especial para vagos.	CP 1871	CP 1931
Aparece recogido	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ (derogado)

221 El art. 255 indica que : “Se aplicará la sanción de seis meses a tres años de relegación a quienes:

I. No se dediquen a un trabajo honesto sin causa justificada, y

II. Tengan malos antecedentes. Se estimarán como malos antecedentes para los efectos de este artículo: ser identificado como delincuente habitual o peligroso contra la propiedad o explotador de prostitutas, o traficante de drogas prohibidas, toxicómano o ebrio habitual, tatur o mendigo simulador o sin licencia”

222 Art. 256: “A los mendigós a quienes se aprehenda con un disfraz o con armas, ganzúas o cualquier otro instrumento que dé motivo para sospechar que tratan de cometer un delito, se les aplicará una sanción de tres días a seis meses de prisión y quedarán sujetos, durante el tiempo que el juez estime pertinente, a la vigilancia de la policía.”

223 Art. 255 del CP mejicano de 1931: “Se aplicará la sanción de tres meses a un año de relegación a los que reúnan las circunstancias siguientes:

I.- No dedicarse a un trabajo honesto sin causa justificada, y

II.- Tener malos antecedentes comprobados por datos de los archivos judiciales o de las oficinas policíacas de investigación. Se estimarán como malos antecedentes para los efectos de este artículo ser identificado como delincuente habitual o peligroso contra la propiedad o explotador de prostitutas, o traficante de drogas prohibidas, toxicómano o ebrio habitual, tatur o mendigo simulador y sin licencia.”

Art. 256. del CP mejicano de 1931: “A los mendigos a quienes se aprehenda con un disfraz o con armas, ganzúas o cualquier otro instrumento que dé motivo para sospechar que tratan de cometer un delito, se les aplicará una sanción de tres días a seis meses de prisión, y quedarán sujetos durante el tiempo que el juez estime pertinente, a la vigilancia de la policía.”

Delito/ agravante	-	-	-	-	Delito	Delito
Ley especial	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	NO	NO
Poder judicial/ ejecutivo	Ejecutivo	Ejecutivo	Ambos	Ambos	Judicial	Judicial

En México, al igual que en España, la Constitución de 1812 excluyó a los vagos y mendigos de la ciudadanía. Hasta ese momento, el control que se había llevado se había hecho a través del poder ejecutivo, y se siguió en la misma línea. En 1813 el ayuntamiento perseguía a estas personas de manera muy similar a como se hacía en España pero de forma más represiva si cabe. A pesar de que ya se había independizado, seguía la misma línea que España con leyes como la de 11 de septiembre de 1820. El primer cambio se produjo con la promulgación de la Constitución de 1824, que a diferencia de la anterior y de la tendencia española sí que daba algunas garantías y recursos judiciales a los vagos y mendigos (por ejemplo, el derecho a la defensa por un abogado), aunque el desarrollo del contenido constitucional se realizaba en leyes como por ejemplo el Decreto de vagos de 1827 que delega en la administración y en los jueces el control de estos colectivos, creándose un año más tarde un Tribunal especial para vagos que colaboraba con los ayuntamientos. Finalmente, el Código penal federal mejicano de 1871 incluyó a estos sujetos en su regulación, permitiendo una mayor protección de las garantías hasta su derogación.

#### 4.1.2. Alcoholismo

La embriaguez consuetudinaria también era otra costumbre reprobable que habitualmente se relacionaba con la vagancia, y de hecho los testigos que participaban en los procesos judiciales solían mencionar que el acusado se daba a la bebida para argumentar que esa conducta tenía consecuencias negativas para su familia<sup>224</sup> y para su

224 Por ejemplo, los testigos contra Victoriano Villalobos declararon que su "conducta escandalosa" se debía más que nada a que solía "embriagarse continuamente", y que en una de sus borracheras pegó a su padre "a puñetazos y bofetadas que tuvo que ocurrir a su auxilio para poderlo quitar de las manos." Véase Sumaria promovida por el alcalde del partido de la Sierra Baja, contra Victoriano Villalobos, vecino del mismo pueblo acusado por vagancia (8 de febrero 1828), en AGEY, Justicia, Penal, vol. 2, exp. 21.

vida en general (laboral, por ejemplo)<sup>225</sup>.

Aunque el “ebrio consuetudinario” tuviera un trabajo - y por lo tanto la alcoholismo no estuviera relacionada con la vagancia-, la conducta era igualmente reprochable. Es decir, que no solamente se castigaba al ebrio porque se asumía que era vago al mismo tiempo, sino que la alcoholismo sólo también era merecedora de reproche. Y esto era así porque se decía que si el ebrio estaba casado y trabajaba, se gastaría todo el dinero que ganara en “ese vicio” y por tanto su familia no recibiría dicho salario<sup>226</sup>. Así, el alcoholismo se entendía como una conducta irresponsable y desconsiderada hacia la propia familia.

## **4.2. Venezuela**

### **4.2.1. Vagancia y mendicidad: sistema dualista**

El Código Penal de 1926 fue una reforma del de 1915 y tenía como antecesor el código de 1897, el cual dejó de tomar como modelo el código español. Este código de 1926 era de corte liberal a pesar de que estuvo vigente durante la dictadura de Juan Vicente Gómez (1908-1935).

También puede resultar de interés el Código o Instrucción Médico-Forense de 1878, cuyos preceptos versaban acerca de las relaciones entre el derecho (penal, civil y militar) y la medicina, aclarando las cuestiones médicas que complementan el cuerpo legal.

El primer código de Venezuela (1863) adoptó en su texto una serie de disposiciones sobre la vagancia y la mendicidad que procedían de las leyes colombianas; de la misma manera, dichas disposiciones también fueron incluidas manteniendo la literalidad de la

225 Por ejemplo “(Castillo) trabajó en la carpintería en compañía del C. Centeno, que su conducta fue bastante escandalosa por estar casi siempre embriagado, abandonaba el trabajo y se dedicaba al desenfreno”. Causa seguida por el alcalde del pueblo de Tahdziu contra Estanislao Castillo por vago y ocioso (15 de julio de 1828), en AGEY, Justicia, Penal, vol. 3, exp. 8.

226 CASTILLO CANCHÉ, J., *El contramodelo de la ciudadanía liberal. La vagancia en Yucatán, 1812-1842* en Encrucijadas de la ciudadanía y la democracia: Yucatán, 1812-2004. Mérida, 2005, p. 79.

redacción en la sección segunda de la Ordenanza de Policía Urbana y Rural del Distrito Federal, de 30 de noviembre de 1926, llamada de “vagos y malentretidos”.

Posteriormente se redactó otra ley de “vagos y maleantes” el día 14 de agosto de 1939, que tomaba como referencia la ley de vagos y maleantes española del año 1933<sup>227</sup> y su reglamento en este sentido, tenía la peculiaridad de especificar en cada uno de los veinte tipos mencionados en su articulado si se trataba de vagancia o de mendicidad (siendo siete las categorías de vagos y trece las de maleantes). Esta ley no tenía carácter jurisdiccional, aunque su artículo 28 permitía que los jueces revisaran los fallos policiales; sin embargo, el 15 de julio de 1943 se reformó la ley, eliminando esta disposición que en cierta medida salvaguardaba las garantías de los reos y que al retirarse dotaba a la norma de un carácter estrictamente policial. No obstante, es importante mencionar que solamente se usó para los delincuentes que atentaban contra la propiedad de forma reiterada, por lo que gran parte de los preceptos no llegaron a aplicarse.

En el Código Penal de Venezuela de 20 de octubre de 2000, si bien no hay nada referido a la vagancia, sí que podemos encontrar en el capítulo séptimo “de la mendicidad” del título primero del libro tercero un conjunto de artículos referidos a la regulación de estas materias. De acuerdo con el Código Penal, todo individuo que mendigue estando capacitado para trabajar será arrestado (máximo seis días), y si reincide el arresto podrá aumentar su duración (máximo quince días)<sup>228</sup>. Por lo tanto, la única dispensa prevista en caso de que a uno le encuentren mendigando es la incapacidad laboral, sin embargo, incluso aquellos que no pueden trabajar tienen que seguir las ordenanzas locales porque sino serán igualmente castigados. En el caso de que el mendigo lo sea por orden de un tercero, es decir, que tenga “apariencia de hacer a otro un servicio”, también será castigado en las mismas condiciones, de tal manera que queda patente la desprotección

<sup>227</sup> *El Poder, la mentira y la muerte. De el amparo al caracazo*. Caracas: Tropykos, 1991, p. 61-66.

<sup>228</sup> Art. 504 CP venezolano de 20 de octubre de 2000: “El que, siendo apto para el trabajo, fuere hallado mendigando, será penado con arresto hasta por seis días; y en el caso de reincidencia en la misma infracción, el arresto podrá imponerse hasta por quince días.

Al que no siendo apto para el trabajo, mendigue sin sujetarse a las ordenanzas locales del caso, se le aplicarán las mismas penas.

La contravención no deja de serlo por mendigar el culpable so pretexto o apariencia de hacer a otro un servicio o de vender algunos objetos.”

de estas personas.

Es importante tener en cuenta que actualmente sigue habiendo organizaciones criminales dedicadas a la explotación de personas sin recursos a las que obligan a mendigar, y cabría pensar que de tal forma ocurría y ocurre en Venezuela también. El legislador venezolano decidió igualmente castigar a todos los mendigos, estuvieran “trabajando para otros” o no, de tal manera que estas personas pueden quedar doblemente subyugadas: por el Estado (en cualquiera de los casos) y por sus explotadores (si tales son las condiciones de su actividad). En el CP español reformado en 2015 solamente encontramos una referencia a la mendicidad<sup>229</sup>, y lejos de tratarse de un precepto que establece una pena para los mendigos, únicamente los menciona (en calidad de víctimas) para regular el problema de la trata de personas. Fuera de ese marco relativo a la trata y explotación por trabajos forzados, no hay más menciones a este colectivo en el Código Penal español.

La mendicidad que se realice de forma “amenazadora, vejatoria o repugnante por circunstancias de (...)personas”<sup>230</sup> (llaman la atención los adjetivos utilizados por el precepto, especialmente teniendo en cuenta que también se refiere a personas: se desprende de la redacción que si el mendigo es además repugnante (por ejemplo), su castigo será más grave (arresto máximo de un mes) y si reinciden, aún más grave (arresto de uno a seis meses). Imaginemos el ejemplo de un mendigo tullido<sup>231</sup>, que

229 Art. 177 bis del CP español de 2015: «1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiére, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes:

a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.

230 Art. 505 CP venezolano de 20 de octubre de 2000: “El que mendigue en actitud amenazadora, vejatoria o repugnante, por circunstancias de tiempo, de lugar, de medios o de personas, será penado con arresto hasta por un mes, y de uno a seis meses en caso de reincidencia en la misma infracción.”

231 Esta idea del castigo agravado a los “repugnantes” está relacionada, a mi entender, con una concepción tan antigua como la de la Edad Media, en la que los deformes eran apartados, rechazados y se les tenía incluso miedo porque se les consideraba anormales. Se entendía que eran disidentes en múltiples sentidos (herejía, víctimas de un embrujo, vagos o delincuentes) por el mero hecho de tener alguna discapacidad. Por este motivo en la Edad Media eran objeto de la persecución estatal, y se llegaron a construir ciudades amuralladas para tenerlos allí dentro, alejados de la mirada de los normales. Si bien nada tiene que ver la dureza del trato que recibían estas personas en Edad Media en comparación con este Código Penal venezolano del año 2000, podemos ver que efectivamente la pena es más dura para los

sería, en este caso, sujeto susceptible de ser penado.

En cuanto a la pena, como hemos dicho se trata de un arresto de mayor o menor duración en función del sujeto, del objeto y de las circunstancias. La autoridad competente puede ordenar que el arresto sea ordinario o que se realice en una casa de trabajo o a expensas de una empresa<sup>232</sup>.

Por último, también se establece una pena para los responsables legales o guardadores que permitan que un menor de doce años mendigue por su cuenta o para un tercero. La pena prevista es de arresto (máximo dos meses) o de multa (trescientos bolívares). Si reincide, se pierde la posibilidad de afrontar la sanción pagando una multa y será arrestado (de dos a cuatro meses)<sup>233</sup>.

#### 4.2.1.1 Un posible modelo para el análisis histórico-jurídico

Vagancia y mendicidad	CP 1863 + Ordenanza de Policía Urbana y Rural del Distrito federal (1926)	Ley especial “vagos y maleantes” (1939)	Reforma Ley especial “vagos y maleantes” (1943)	CP 2000 + ordenanzas de policía
Aparece recogido	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ

“repugnantes” que para los que no lo son.

También me gustaría señalar que lo que se hacía en la Edad Media era ocultar a los anormales para que la sociedad no los viera y pretender que no existían, materializando una de las formas de exclusión más graves. Esto era así excepto cuando se les exponía a modo de espectáculo circense para el ocio de las familias o como una manera de concienciar a la gente para que rectificaran sus pecados so amenaza de que Dios les castigara con un ser deforme como aquellos que veían. PADILLA-MUÑOZ, A.: “Discapacidad: contexto, concepto y modelos”, 16 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 381-414, p. 393 y ss.

El castigo en la ley venezolana es el arresto, más grave para los deformes, y durante más tiempo si reinciden. Teniendo en cuenta que muchas veces estas personas son reincidentes (porque su falta de medios o su subordinación con respecto a la organización criminal captadora les lleva a ello), el resultado final es que enlazan un arresto con otro y así el estado los mantiene ocultos y controlados. Como vemos, a pesar de que la evolución con respecto a la Edad Media es clara, podemos encontrar resquicios de la mentalidad del siglo XV (o incluso del siglo V, si consideramos el inicio de la Edad Media) en pleno siglo XXI, lo cual es ciertamente preocupante.

232 Art. 506 CP venezolano de 20 de octubre de 2000: “La autoridad podrá ordenar que la pena de arresto establecida en los artículos precedentes, se cumpla en una casa de trabajo o mediante la prestación de un servicio en alguna empresa de utilidad pública. Si rehúsa el trabajo o servicio, el arresto se efectuará en la forma ordinaria.”

233 Art. 507 CP venezolano de 20 de octubre de 2000: “Todo individuo que hubiere permitido que un menor de doce años sometido a su autoridad o confiado a su guarda o vigilancia, se entregue a la mendicidad o sirva a otro para este objeto, será penado con arresto de hasta dos meses o multa de trescientos bolívares. En el caso de reincidencia en la misma infracción, el arresto será de dos a cuatro meses.”

Delito/ agravante	Delito	-	-	Vagancia (agravante) Mendicidad (falta)
Ley especial	SÍ. Ordenanza de Policía Urbana y Rural del Distrito federal (de “vagos y malentretidos)	SÍ	SÍ	NO
Poder judicial/ ejecutivo	Ambos	Ambos	Ejecutivo	Ambos

El primer código Venezolano de 1863 incluía la vagancia y la mendicidad en sus preceptos, que se recogieron de forma literal en la Ordenanza de Policía de 1926, dejando el control de estas personas sobretodo al poder ejecutivo. En el año 1939 se promulgó la ley de vagos y maleantes que, al igual que en España, también se desarrollaba en un reglamento. Esta ley especial era muy similar a la española de 1933. En 1943 se reformó dicha ley, quitando incluso más garantías: los jueces ya no tenían que comprobar las actuaciones de la administración. Finalmente, el Código penal del año 2000 mantuvo en sus preceptos la vagancia y la mendicidad, desarrollando la regulación en ordenanzas de policía.

Por lo tanto, a pesar de que los códigos venezolanos siempre incluyeron la vagancia y la mendicidad, el desarrollo se dejaba al poder ejecutivo y las garantías se veían restringidas de esta manera, llegando incluso a la promulgación de una ley especial, siguiendo en la línea de España.

### 4.3 Chile

#### 4.3.1 Vagancia y mendicidad: intento fallido de sistema dualista

En Chile solamente hubo un Código Penal a lo largo de los siglos XIX y XX: se promulgó el 12 de noviembre de 1874 y sigue vigente a día de hoy. Dejando al margen las posibles consideraciones que en un primer momento puedan darse al tener en cuenta lo que implica que en pleno siglo XXI se siga utilizando un código redactado hace casi ciento cincuenta años, a continuación se procederá a analizar qué tratamiento se da a la vagancia y a la mendicidad en este país.

Este código dedica en el título sexto (“de los crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares”) un párrafo entero a la cuestión “de la vagancia y mendicidad”, por lo tanto, mientras que en Venezuela solamente se regula la mendicidad, en Chile se regulan tanto la vagancia como la mendicidad.

En cuanto a la vagancia, se establece que los vagos<sup>234</sup> son los que no tienen domicilio ni medios, ni trabajan pudiendo hacerlo. Se les castiga<sup>235</sup> aplicándose la reclusión menor y la vigilancia por parte de la autoridad. Si además de ser vago se le encuentra portando objetos sospechosos (ganzúas, por ejemplo) o disfraces, o si se le observa intentando entrar en un domicilio ajeno desprovistos de una excusa, la pena será más grave<sup>236</sup> (presidio menor y vigilancia por la autoridad).

Si el que ha incurrido en vagancia no lo ha hecho en los términos del artículo 307 (es decir, de vagancia más grave al encontrarse el sujeto portando objetos o en circunstancias sospechosas), puede optar por entregar una fianza<sup>237</sup> y quedar libre. Por lo tanto, podemos ver que el mero hecho de ser vago (no tener domicilio, ni medios ni trabajo) se considera menos peligroso que el hecho de ser vago y además tener objetos o estar en circunstancias que puedan suponer un riesgo<sup>238</sup>.

234 Art. 305 CP chileno de 12 de noviembre de 1874: “Son vagos los que no tienen hogar fijo ni medios de subsistencia, ni ejercen habitualmente alguna profesión, oficio u ocupación lícita, teniendo aptitudes para el trabajo.”

235 Art. 306 CP chileno de 12 de noviembre de 1874: “El vago será castigado con las penas de reclusión menor en su grado mínimo y sujeción a la vigilancia de la autoridad.”

236 Art. 307: “El vago a quien se aprehiere disfrazado o en traje que no le fuere habitual o provisto de ganzúas u otros instrumentos o armas que inspiren fundada sospecha, sufrirá las penas de presidio menor en sus grados mínimo a medio y de sujeción a la vigilancia de la autoridad.

Iguales penas se impondrán al vago que intentare penetrar en casa, habitación o lugar cerrado, sin motivo que le excuse.”

237 Art. 308 CP chileno de 12 de noviembre de 1874: “En cualquier tiempo que el vago a quien se hubieren impuesto las penas de reclusión menor en su grado mínimo y de sujeción a la vigilancia de la autoridad, diere fianza de buena conducta y aplicación al trabajo, será relevado del cumplimiento de su condena. La cuantía de la fianza la fijará el tribunal en la sentencia, no pudiendo bajar de cien pesos ni exceder de quinientos. Esta fianza durará dos años. El fiador tendrá derecho a pedir en cualquier tiempo su liberación, con tal que presente la persona del vago para que cumpla o extinga su condena.”

238 Como hemos comentado previamente, en España a día de hoy se considera desproporcionado detener a un denunciado por delito leve en general, pero si no tiene arraigo (laboral, económico, familiar) se entiende que hay una mayor probabilidad de que se ponga en riesgo el buen fin del proceso (principio de *periculum in mora*) y se le puede detener. La única forma de justificar que no se le detenga al que no tiene arraigo es si presta una fianza. En el caso de Chile, vemos que se les permite dar una fianza a aquellos que solamente son vagos, porque si son vagos y además tienen objetos y están en circunstancias peligrosas para los demás no pueden prestar fianza: tienen que ser apresados.

En cuanto a la mendicidad<sup>239</sup>, se castiga igual que la vagancia (reclusión menor y vigilancia). Hay tres circunstancias que justifican el acto de pedir limosna: que tenga licencia<sup>240</sup> (lícita y vigente) para ello, que el salario que percibe por su trabajo no le baste para subsistir, o que tenga menos de catorce años (en estas últimas dos circunstancias, la autoridad intervendrá aplicando los reglamentos en esta materia para dar protección a estas personas). Si el mendigo, además de serlo, se disfrazo o porta objetos peligrosos o está en circunstancias sospechosas (en los mismos términos que las que hemos mencionado para los vagos<sup>241</sup>), la pena será mayor (presidio menor y vigilancia).

También en el caso de los mendigos se les permite prestar fianza<sup>242</sup> al igual que a los vagos siempre y cuando consigan un trabajo y su conducta sea favorable, y de forma idéntica a cómo se establece para los vagos, no les será posible prestar fianza si su mendicidad iba acompañada de objetos y circunstancias de riesgo, y tendrán que ser castigados con presidio menor y vigilancia.

Por lo tanto, la conclusión es que en Chile el legislador considera que la vagancia y la mendicidad son prácticamente lo mismo (o, al menos, que merecen una pena muy similar).

Además de lo dispuesto en el Código Penal, en Chile también se hizo el “Proyecto de Ley sobre estados antisociales y medidas de seguridad de 1941”, que tomaba como referencia muy importante la ley de “Vagos y Maleantes” de 1933 española. Este proyecto no se promulgó hasta 1954 por la Ley N° 11.625; su título primero contenía 39 artículos (la ley entera abarcaba 67) relacionados con los estados antisociales, es decir,

239 Art. 309 CP chileno de 12 de noviembre de 1874: “El que sin la debida licencia pidiere habitualmente limosna en lugares públicos, será castigado con reclusión menor en su grado mínimo y sujeción a la vigilancia de la autoridad.

Cuando el mendigo no pudiere proporcionarse el sustento con su trabajo o fuere menor de catorce años, la autoridad adoptará las medidas que prescriban los reglamentos”

240 Art. 310 CP chileno de 12 de noviembre de 1874: “La disposición del inciso primero del artículo anterior es aplicable al que bajo un motivo falso obtuviere licencia para pedir limosna, o continuare pidiéndola después de haber cesado la causa porque la obtuvo.”

241 Art. 311 CP chileno de 12 de noviembre de 1874: “El mendigo en quien concurra cualquiera de las circunstancias expresadas en el artículo 307, será castigado con las penas señaladas en él.”

242 Art. 312 CP chileno de 12 de noviembre de 1874: “Lo dispuesto en el artículo 308 es aplicable a los mendigos comprendidos en los artículos 309 y 310.”

con personas temibles antes de que hubieran cometido un delito (peligrosidad predelictual), y se configuraban medidas de seguridad para ellas. Sin embargo, la misma ley ya había previsto que la economía del país no permitiría poner en práctica lo que ella misma disponía; por este motivo, el art. 65 señalaba que *“Mientras se crean o instalan los lugares de detención y las casas de trabajo y colonias agrícolas a que se hace referencia en la presente ley, el Presidente de la República señalará, por decreto, los establecimientos adecuados para la detención y la internación de los antisociales, aún cuando ellos fueren mantenidos por instituciones privadas que los acepten.”*

A fecha de 1992 (casi cuarenta años más tarde desde su promulgación, momento en el que se suponía que tenía que entrar en vigor), ni el Presidente de la República había dictado el mencionado decreto ni las condiciones económicas en este sentido habían mejorado<sup>243</sup>, por lo esta ley nunca tuvo una vigencia efectiva y terminó por ser derogada ese año.

En resumen, esta ley determinaba qué personas estaban sujetas a ella<sup>244</sup>: aquellas que no

**243** “El artículo 67 de la Ley en comento, dispone que su Título I entrará en vigencia 90 días después de la fecha en que el Presidente de la República dicte un decreto que se encuentra regulado en el, artículo 65, del mismo cuerpo legal, en el que se tendría que señalar los establecimientos necesarios para aplicar las normas que la Ley contiene. El decreto referido no ha sido dictado, y consecuentemente, las disposiciones del Título I de la ley 11.625 no tienen vigencia legal ni aplicación práctica. Los establecimientos existentes son inadecuados o a lo menos insuficientes para conseguir la concreción de las disposiciones sobre estados antisociales y medidas de seguridad. La construcción de establecimientos adecuados significa una inversión pública que las circunstancias económicas del país han impedido realizar hasta ahora.”. Moción del honorable senador señor Vodanovic con la que se inicia un proyecto de ley que deroga disposiciones de la Ley nº 11625, sobre estados antisociales y medidas de seguridad. Fecha 08 de enero, 1992. Moción Parlamentaria en Sesión 32. Legislatura 323.

**244** Art. 1 de la Ley número 11625: "Artículo 1º.- Quedan sometidos a las disposiciones del presente Título y sujetos a las sanciones que como medidas de seguridad establece:

1º) Los que no teniendo hogar fijo o viviendo en el de otra persona por mera tolerancia o complacencia, carezcan de medios lícitos de subsistencia y sin estar impedidos para el trabajo, no ejerzan habitualmente profesión u oficio;

2º) Los que sin la competente licencia, pidan habitualmente limosna en lugares públicos o de acceso al público; los que con motivo falso obtengan licencia para pedir limosna o continúen pidiéndola después de haber cesado la causa por la que la obtuvieron; y los que exploten la mendicidad ajena, especialmente, si emplean con tal fin a menores de edad, enfermos mentales, lisiados o defectuosos;

3º) Los que hayan sido condenados por ebriedad más de tres veces en un año y los que sean calificados, previo examen médico, como ebrios consuetudinarios;

4º) Los toxicómanos;

5º) Los que por cualquier medio induzcan, favorezcan, faciliten o exploten las prácticas homosexuales, sin perjuicio de la responsabilidad a que haya lugar, de acuerdo con las disposiciones de los artículos 365, 366, 367 y 373 del Código Penal;

6º) Los que oculten su verdadero nombre, disimulen su personalidad o falseen su domicilio, mediando requerimiento legítimo hecho por la autoridad o sus agentes, y los que utilicen o tengan en su poder documentos de identidad falsos;

tenían hogar fijo o vivían en el de otra persona por mera complacencia o tolerancia, y que careciendo de medios lícitos de subsistencia y sin estar impedidos para el trabajo, no ejercían una profesión u oficio; los que pedían habitualmente limosna en lugares públicos; los toxicómanos, etc. Por otra parte, algunas de las medidas de seguridad<sup>245</sup> previstas para aplacar su temibilidad eran las siguientes: internación en casa de trabajo o colonia agrícola por un tiempo que no podía exceder de cinco años; internación curativa en establecimientos adecuados por tiempo absolutamente indeterminado; prohibición de residir en un lugar o región por un plazo no superior a cinco años, etc.

Se concluyó que esta ley era inconstitucional porque no respetaba los Derechos Humanos establecidos en la Carta Fundamental, concretamente el derecho al debido proceso, la determinación de la conducta y la pena y la presunción de inocencia. Asimismo, también se apuntó que se podría considerar derecho penal del enemigo ya que atiende a motivos predelictuales derivados de las características de la persona y no de sus actos, atentando contra el sistema democrático.

#### 4.3.1.1 Un posible modelo para el análisis histórico-jurídico

Vagancia y mendicidad	CP 1874	Ley sobre estados antisociales y medidas de seguridad (1941)
-----------------------	---------	--

7º) Los que habiendo sido condenados por delitos contra el patrimonio, sean sorprendidos con especies cuyo modo legítimo de adquisición no expliquen satisfactoriamente, o con instrumentos, llaves, mecanismos o artificios habitualmente empleados para la comisión de delitos de robo;

8º) Los que comerciando habitualmente en especies de dudosa procedencia, contravengan las disposiciones legales o reglamentarias relativas a la adquisición o expendio de dichas especies y a su oportuna contabilización, y

9º) Los que hayan reincidido o reiterado en toda clase de hechos punibles en los que sea de presumir la habitualidad criminal.”

245 Art. 1 de la Ley número 11625: “Artículo 3º.- Son medidas de seguridad las siguientes:

1º) Internación en casa de trabajo o colonia agrícola por tiempo indeterminado que no podrá exceder de cinco años;

2º) Internación curativa en establecimientos adecuados por tiempo absolutamente indeterminado;

3º) Obligación de declarar domicilio o de residir en un lugar determinado por tiempo que no podrá exceder de cinco años;

4º) Prohibición de residir en lugar o región determinados por un plazo no superior a cinco años;

5º) Sujeción a la vigilancia del Patronato de Reos que corresponda por un tiempo que no podrá exceder de cinco años;

6º) Caución de conducta por un tiempo que no podrá exceder de cinco años;

7º) Multa de quinientos a cincuenta mil pesos, y

8º) Incautación y pérdida de dinero o efectos.

Nadie puede ser sometido a medidas de seguridad que no estén expresamente establecidas por la ley y fuera de los casos previstos por ella.”

Aparece recogido	SÍ	SÍ (derogada)
Delito/ agravante	Delito	-
Ley especial	NO	SÍ
Jueces y Tribunales/ Administración	Jueces	Ambos

### 4.3.2 Alcoholismo

El Código Penal chileno de 12 de noviembre de 1874 no establece ningún precepto relativo al alcoholismo, sin embargo, la Ley 11625, norma específica para regular la conducta antisocial, sí que establecía que los ebrios consuetudinarios (ya fuera porque habían sido condenados ese mismo año por el mismo motivo o porque lo señalara un médico forense<sup>246</sup>) eran susceptibles de aplicación de medidas de seguridad.

## 4.4 Bolivia

### 4.4.1 Vagancia y mendicidad: sin medidas de seguridad

Tras la independencia de Bolivia (1825), se intentó suavizar la desigualdad propia del Antiguo Régimen para adaptarla a los nuevos ideales igualitarios del siglo XIX de acuerdo con la soberanía nacional y el interés general<sup>247</sup>. Sin embargo, al igual que en España, los que formaban parte del “pueblo” - es decir, los ciudadanos- no eran todos, sino un grupo restringido de personas. Por lo tanto, sólo los ciudadanos tenían derecho al sufragio, mientras que otro grupo de personas - los no ciudadanos- permanecían al margen de la intervención política.

Desde que se promulgó la Constitución de 1839 hasta el año 1952 - en el que tuvo lugar una revolución-, el sufragio era directo, masculino, censitario y alfabeto<sup>248</sup>. Se promulgó

246 Las circunstancias 3ª y 4ª del artículo 1 de la Ley 11625 establece que ebrios y toxicómanos, respectivamente, eran estados antisociales.

247 GUERRA F.: “El soberano y su reino. Reflexiones sobre la génesis del ciudadano en América Latina” en el Coloquio Internacional “The Expansion of Citizenship in Latin America”, Colombia, 1995 (versión preliminar), pág. 9.

248 IRUROZQUI, M., “Ebrios, vagos y analfabetos. El sufragio restringido en Bolivia, 1826-1952” en *Revista de Indias*, vol LVI, núm. 208, Madrid, 1996, p. 699.

otra Constitución posterior a la de 1839- la de 1947-, que seguía sin reconocer el sufragio universal. No obstante, esto no fue un impedimento a la hora de poner en práctica el sufragio universal a partir del año 1952, y con la entrada en vigor de la Constitución de 1961 se formalizó este cambio.

En 1925 para poder votar había que ser ciudadano, residente, honrado y tener buena conducta<sup>249</sup>. El requisito de ciudadanía implicaba que la persona debía ser alfabeta - saber leer y escribir- y tener un trabajo - empleo, industria, ciencia o arte- que no fuera el de sirviente doméstico. Por lo tanto, la propiedad era una característica ligada al sufragio, de acuerdo con los principios liberales que se habían empezado a desarrollar en el siglo XIX, y se concedió cada vez mayor importancia a la renta según se acercaba el siglo XX. La finalidad de esto era conseguir que los votantes fueran “morales”, es decir, que aquellos que habían sucumbido a los vicios como la embriaguez, la vagancia o la conducta indecente no participaran en la voluntad popular porque no tenían el suficiente juicio como para ello, al igual que los analfabetos.

En definitiva, eran las clases populares, los artesanos y los campesinos los que no podían votar porque no tenían recursos ni educación, por lo que su opinión no se tenía en cuenta. La educación - aparentemente garantía de juicio y sabiduría- era lo que permitía que las personas pudieran defender sus intereses y exigirlos frente al Estado mediante su voto<sup>250</sup>. Precisamente por este nuevo interés en la alfabetización, en la década de 1920 se crearon nuevas escuelas indígenas para formar a la población y que ésta pudiera acceder a la vida pública legal<sup>251</sup>.

La educación, la moral y la religión hacían al «hombre moral, al honrado, al trabajador, en una palabra, al buen ciudadano»<sup>252</sup>. A través del trabajo entendido desde el punto de vista del liberalismo, los artesanos intentaban igualar su estatus al del resto de la

249 Así lo establecía el Decreto de 9 de febrero de 1925, según señala VALVERDE CASTAÑOS E.: “Legislación electoral en Bolivia” en *Legislación electoral comparada*. Costa Rica: Educa, 1988, pp. 51-52.

250 IRUROZQUI, M.: op. cit., p. 704.

251 IRUROZQUI, M.: op. cit., p. 712.

252 BARRAGÁN, R.: “La época del artesanado culto: la lucha por la educación y la ciudadanía en la ciudad de la Paz (1845-1855)”, I Coloquio Internacional, El siglo XIX en Bolivia y América Latina, Sucre, 1994 (versión preliminar), pp. 2-19.

población, demostrando su moralidad. Pero el liberalismo tuvo que coexistir con principios tradicionales mucho más autoritarios propios de instituciones como la familia, la iglesia y las corporaciones, por lo que el hecho de que lo tradicional - autoritarismo- y lo novedoso - liberalismo- entraran en contacto dio como resultado interacciones entre los grupos sociales que aunque no derivaron en un conflicto no se habían visto hasta ese momento. Un ejemplo de estas corporaciones más tradicionales que persistieron hasta casi el siglo XX fueron los gremios, que no se prohibieron hasta el año 1880<sup>253</sup>.

Con respecto a los gremios, grupos sociales corporativos de corte más tradicional, se mantuvo un sistema jerárquico: dentro de un mismo gremio los miembros no tenían las mismas condiciones - dependía de la etnia, la independencia económica, el puesto de trabajo concreto y si éste era permanente o temporal, entre otros factores-, y tampoco éstas eran iguales entre gremios. De especial interés resulta mencionar que la etnia era un criterio de diferenciación, ya que oficios como por ejemplo el de sombrerero, zapatero, panadero o carnicero los realizaban los indígenas<sup>254</sup>, mientras que los mestizos tenían otras labores asignadas, prueba de la jerarquía étnica que había.

Con el aumento de la población inmigrante, los artesanos que llegaron al país empezaron a vender sus productos sin pertenecer a ningún gremio y a precios más asequibles<sup>255</sup>; ante esta nueva realidad, los gremios presentaron quejas para intentar frenar la libertad de trabajo y mantener sus privilegios como monopolio. Sin embargo, se terminaron eliminando dichos privilegios y se introdujo la libre competencia. Esto trajo consigo problemas a la hora de definir la posición social de los trabajadores, ya que la jerarquía gremial era lo que diferenciaba unos de otros artesanos y establecía su lugar en la sociedad<sup>256</sup>. Por este motivo, a pesar de la independencia laboral, los trabajadores seguían admirando la jerarquía y la marginación; asumían que para tener

253 IRUROZQUI, M.: op. cit., p. 707.

254 BARRAGÁN, R.: op. cit., p. 113.

255 “En los gremios, la mayor parte ya son provincianos, son campesinos que han desplazado a esa gente que era, se puede decir, el artesanado aristocrático. Ha venido esa corriente, se ha impuesto, y trabajan más barato; trabajan un poco ordinario, pero trabajan en forma artesanal, independiente, y así sucede en el caso de los carpinteros, y especialmente en el de los zapateros y sombrereros”. Zulema LEHM y Silvia RIVERA: “Testimonio de José Clavijo”. En *Los artesanos libertarios y la ética del trabajo*, La Paz: Thoa, 1988, p. 148.

256 IRUROZQUI, M.: op. cit., p. 715.

una mejor posición social debían adquirir las características de la élite: “Tenemos que culturizarnos, tenemos que ser educadas, tenemos que ser ésto, el otro, defendernos, no dejarnos ultrajar”<sup>257</sup>. La gente no quería que se modificaran las leyes para favorecer una ampliación de la ciudadanía y que las clases marginales fueran ciudadanos; eso hubiera implicado reconocer que eran parte de las clases más bajas de la sociedad; preferían ajustarse a los requisitos que había que tener para ser parte del grupo dominante - no marginal-. Esto explica por qué los sectores más bajos no lucharon por sus propios derechos - sufragio universal-, sino que los indígenas pidieron que se crearan más escuelas para poder instruirse y conseguir la ciudadanía. El voto adquirió un mayor valor porque era sinónimo de autoridad. La Constitución de 1880 estableció la gratuidad y obligatoriedad de la instrucción primaria, y a finales del siglo XIX y principios del siglo XX se empezaron a crear escuelas rurales, que primero eran ambulantes y después ya fijas. Cabe señalar que las escuelas fueron acogidas por los indígenas con bastante entusiasmo<sup>258</sup>.

La sociedad se percibía como un ente corporativo, y eso suponía que aquellos que no estuvieran integrados dentro de un grupo social eran excluidos de la misma. Este era el caso de los vagos, vagabundos o mendigos<sup>259</sup>. En 1845 los vagos eran los que no tenían “oficio, ocupación, destino, bienes, rentas ni modo de vivir honesto”<sup>260</sup> que se conociera. Como indica Rossana Barragán, en esta definición encajaban los jornaleros o colonos que no tuvieran una ocupación durante todo el año, los santeros, los adivinos, hechiceros y sorteros, los vagabundos que no disponían de un domicilio concreto, los mal entretenidos - es decir, artesanos “holgazanes”- los sirvientes domésticos y en

257 WADSWORTH, A.C. y DIBBITS, I.: “Declaración de doña Exaltación”. En *Agitadoras de buen gusto. Historia del Sindicato de Culinarias (1935-1958)*, La Paz: Tahipamu-Hisbol, 1989, p. 75.

258 “Se nota verdadero entusiasmo en algunas agrupaciones indígenas que ofrecen su trabajo gratuito a fin de obtener los rudimentos de instrucción primaria a que pueden unirse algunos conocimientos prácticos de agricultura”. Memoria que presenta el Ministro de Justicia e Instrucción Pública ante el Congreso Ordinario de 1900. La Paz: Escuelas Indígenas, 1900.

“No sabemos leer ni conocemos la lengua en la que está escrita la legislación y sin embargo debemos sujetarnos a ella..., sólo queremos la instrucción de los niños aborígenes para que no sufran lo que nosotros sufrimos”. SORIA CHOQUE, V.: “Los caciques-apoderados y la lucha por la escuela (1900-1952)” en CHOQUE, R.; SORIA, V. y cols.: *Educación indígena: ¿ciudadanía o colonización?*, La Paz: Aruwiyiri, 1992, p. 59.

259 GUERRA, F.: op. cit., p. 9.

260 Reglamento de Policía, 10 de junio de 1945. Colección oficial de Leyes, Decretos, Órdenes, Primero de marzo de 1845 al 28 de febrero de 1846, tomo décimo, Sucre, 1863.

algunos casos incluso los aprendices<sup>261</sup>. Estos colectivos se esforzaban por demostrar que eran honrados y trabajadores, que no eran holgazanes y que trabajaban por cuenta propia sin depender de otros. Ejemplo de esto es que en los juicios los artesanos insistían en que tenían un oficio concreto, porque así se les veía como ciudadanos, y no como sujetos desclasados excluidos de la sociedad<sup>262</sup>.

Pero también los menores de edad, las personas que necesitaban tutela, los indios y las mujeres estaban excluidos de la ciudadanía. Esto era así por la concepción corporativa de la sociedad que hemos mencionado previamente, ya que ésta se percibía como una vecindad en la que el padre de familia garantiza el orden cívico<sup>263</sup>.

En 1925 el concepto de ciudadanía había evolucionado bastante debido a la participación popular, de tal manera que los obreros habían pasado a ser ciudadanos con derechos y deberes<sup>264</sup>. Las autoridades eran muy “flexibles” con respecto a la concesión de la ciudadanía para fines electorales, y no había ningún documento exigible para la acreditación de la misma<sup>265</sup>: aquellos que apoyaran las candidaturas de interés o cuyos votos fueran fácilmente manipulables<sup>266</sup> ya podían ser ciudadanos y participar en las elecciones.

#### 4.4.1.1 Un posible modelo para el análisis histórico-jurídico

Vagancia y mendicidad	CP 1834	CP 1972	CP 1999
Aparece recogido	NO	NO	NO
Menciones a otras leyes	NO	NO	NO
Ley especial	-	-	-
Poder ejecutivo/judicial	-	-	-

261 BARRAGÁN, R.: op. cit., p. 14.

262 IRUROZQUI, M.: op. cit. p. 708.

263 Ibidem p. 718.

264 “El obrero es dentro de nuestra nacionalidad un ciudadano que tiene deberes que cumplir y derechos que hacer valer, (que) ha pasado de su calidad de elemento de explotación y de abuso a ser hombre”. “El Partido Republicano y el obrero”, La Reforma, La Paz, 24 de abril de 1925.

265 IRUROZQUI, M.: op. cit., p. 719.

266 “Sólo queríamos que sea voto universal para podernos expresar; nunca hubiéramos creído que los políticos sólo se estaban sirviendo de nuestro voto, porque como trabajadores del campo éramos la mayoría. Más tarde, cuando entendimos todo esto, ya no quisimos votar para estos grupos”. “Testimonio de Antonio Álvarez Mamani”, en Claudia RANABOLDO: *El camino perdido. Biografía del líder campesino Kallawayá Antonio Álvarez Mamani*, La Paz: Semta, 1987, p. 170.

En Bolivia no se promulgó ningún precepto relativo a la vagancia ni a la mendicidad en el Código Penal Santa Cruz de 1834, y tampoco el Código Penal de 1972 establecía nada en este sentido, ni el de 1999. Tampoco hemos encontrado ninguna ley especial.

## 5. Análisis comparado y crítico de los modelos.

Los siguientes cuadros están divididos en columnas que toman en consideración los diferentes Códigos penales promulgados, y en las filas se especifica qué elemento se ha analizado. El objetivo de presentar la información de esta manera es tener una visión más clara de las similitudes y diferencias que existen en la regulación de cada materia para, en última instancia, comprobar si efectivamente la propuesta de Bravo Lira (coincidente con la doctrina mayoritaria) se cumple en cada caso, o si por el contrario existen grandes divergencias entre un código y otro con respecto a los estados de peligrosidad predelictual. Se plantearán las interpretaciones de cada cuadro teniendo en cuenta las características más llamativas. No se interpretará la cuantía de dinero exigida en multas o fianzas cuando exista una diferencia de moneda, ni tampoco la consecuencia jurídica en el caso de que no sea comparable por otros motivos.

### 5.1 Análisis comparado de la vagancia y la mendicidad

#### 5.1.1. CP español de 1848 y CP mexicano de 1871.

Vagancia y mendicidad	CP español 1848	CP mexicano 1871
Aparece en el CP	SÍ (ambos)	SÍ (ambos)
Delito/agravante	Delito (ambos)	Delito (ambos)
Definición de vago	Los que no tienen bienes ni rentas ni trabajo lícito, aunque tengan domicilio y estén casados <sup>267</sup> .	Los que no tienen bienes ni rentas ni trabajo honesto, y no tengan justificación <sup>268</sup> .

267 CP español de 1848. Art. 251. “Son vagos los que no poseen bienes ó rentas, ni ejercen habitualmente profesion, arte ú oficio, ni tienen empleo, destino, industria, ocupacion lícita, ó algun otro medio legitimo y conocido de subsistencia, aun cuando sean casados y con domicilio fijo.”

268 CP mexicano de 1871. Art. 854.: “Es vago: el que careciendo de bienes y rentas, no ejerce alguna industria, arte ú oficio honestos para subsistir, sin tener para ello impedimento legitimo.”

Definición de mendigo	El que pida limosna habitualmente y sin licencia <sup>269</sup> .	El que pida limosna habitualmente y sin licencia <sup>270</sup> .
Pena/medida de seguridad por ser vago	<p>Pena de arresto mayor + 1 año de vigilancia por la Autoridad<sup>271</sup>.</p> <p>Si reincide o cambia mucho de residencia sin autorización, prisión correccional + 2 años de vigilancia<sup>272</sup>.</p> <p>Si además de ser vago se sospecha que intenta delinquir, prisión correccional en grado máximo + 3 años de vigilancia por la autoridad<sup>273</sup>.</p>	<p>Pena de arresto mayor si en 10 días no consigue trabajo o acreditación<sup>274</sup>.</p> <p>Si además de ser vago se sospecha que intenta delinquir, pena de arresto mayor + 3 años de vigilancia por la autoridad<sup>275</sup>.</p>
Pena/medida de seguridad por ser mendigo	<p>Pena de arresto mayor + 1 año de vigilancia<sup>276</sup>.</p> <p>Si además de mendigar se sospecha que intenta delinquir,</p>	<p>Pena de arresto de 1 a 3 meses + 1 año de vigilancia<sup>278</sup>.</p> <p>Si además de mendigar se sospecha que intenta delinquir, pena de arresto mayor + 3</p>

269 CP español de 1848. Art. 256. “El que sin la debida licencia pidiere habitualmente limosna (...)”

270 CP mexicano de 1871. Art. 857. El que sin licencia de la autoridad política pidiere habitualmente limosna (...)”

271 CP español de 1848. Art.252. El vago será castigado con las penas de arresto mayor y de sujecion á la vigilancia de la Autoridad por el tiempo de un año. (...)”

272 CP español de 1848. Art. 252. “(...) Con prision correccional y dos años de vigilancia, si reincidiere.” y Art. 253.: “Los vagos que varían frecuentemente de residencia sin autorizacion competente, serán castigados con las penas de prision correccional y dos años de sujecion á la vigilancia de la Autoridad.”

273 CP español de 1848 Art. 254. “El vago á quien se aprehendiera disfrazado ó en traje que no lo fuere habitual, ó pertretchando de ganzúas u otros instrumentos ó armas que Infundan conocida sospecha, será condenado á las penas de prision correccional en su grado máximo, y tres años de sujecion á la vigilancia de la Autoridad. Iguales penas se impondrán al vago que intentare penetrar en casa, habitacion ó lugar cerrado, sin motivo que lo excuse.”

274 CP mexicano de 1871. Art. 855. “El vago que, amonestado por la autoridad política para que se dedique á una ocupación honesta y lucrativa, no lo hiciere así dentro de diez días, ó no acreditare tener impedimento invencible para ello; será castigado con arresto mayor (...)”

275 CP mexicano de 1871. Art. 862.: “A los vagos ó mendigos á quienes se aprehenda con un disfraz, ó con armas, ganzúas ú otros instrumentos que den motivo fundado para sospecha de que tratan de cometer un delito; serán condenados á la pena de arresto mayor, y quedarán sujetos por tres años á la vigilancia de primera clase. “

276 CP español de 1848. Art. 256. “El que sin la debida licencia pidiere habitualmente limosna, será condenado con las penas de arresto mayor y sujecion á la vigilancia de la Autoridad por tiempo de un año. (...)”

278 CP mexicano de 1871. Art. 857. “(...) será castigado con arresto de uno á tres meses, y quedará por un 100 pesos, por un año, de que en lo sucesivo vivirá de un trabajo honesto. “

	prisión correccional en grado máximo + 3 años de vigilancia por la autoridad <sup>277</sup> .	años de vigilancia por la autoridad <sup>279</sup> .
Licencia para la mendicidad	SÍ	SÍ <sup>280</sup> .
Si la licencia del mendigo es falsa	No será válida y se le castigará igual que a los que no tienen licencia <sup>281</sup> .	No será válida y se le castigará igual que a los que no tienen licencia + el agravante de engaño <sup>282</sup> .
Otras agravantes aplicables en la mendicidad	NO	Mendigar (con licencia) usando injurias, amago o amenaza, pena de arresto menor <sup>283</sup> .  Mendigar (sin licencia) usando injurias/ amago/ amenaza, pena por la injuria/amago/amenaza + arresto 1-3 meses y 1 año de vigilancia <sup>284</sup> .  Mendigar en grupo (indistritamente con o sin

277 CP español de 1848. Art. 258. “El mendigo en quien concurra cualquiera de las circunstancias expresadas en el artículo 254, será castigado con las penas señaladas en él.”, con remisión al Art. 254 del mismo código: “(...) disfrazado ó en traje que no lo fuere habitual, ó pertretchando de ganzáas u otros instrumentos ó armas que infundan conocida sospecha, será condenado á las penas de prision correccional en su grado máximo, y tres años de sujecion á la vigilancia de la Autoridad. Iguales penas se impondrán al vago que intentare penetrar en casa, habitacion ó lugar cerrado, sin motivo que lo excuse.”

279 CP mexicano de 1871. Art. 862.: “A los vagos ó mendigos á quienes se aprehenda con un disfraz, ó con armas, ganzáas ú otros instrumentos que den motivo fundado para sospecha de que tratan de cometer un delito; serán condenados á la pena de arresto mayor, y quedarán sujetos por tres años á la vigilancia de primera clase.

280 CP mexicano de 1871. Art. 858. “Mientras no se establezcan hospicios y talleres especiales para mendigos la autoridad política podrá conceder licencia para pedir limosna á aquellos que le acrediten hallarse impedidos para trabajar y carecer de recursos para subsistir, por sólo el tiempo que duren esas causas.”

281 CP español de 1848. Art. 256. “El que sin la debida licencia pidiere habitualmente limosna, será condenado con las penas de arresto mayor y sujecion á la vigilancia de la Autoridad por tiempo de un año.”

asociado al Art. 257. del mismo código: “La disposicion del párrafo primero del artículo anterior es aplicable al que bajo un motivo falso obtuviere licencia para pedir limosna ó continuara pidiéndola despues de haber cesado la causa por que la obtuvo.”

282 CP mexicano de 1871. Art. 859.: “El mendigo que hubiere obtenido con engaño licencia para mendigar, será castigado como si no la tuviera, considerando el engaño como circunstancia agravante de cuarta clase.”

283 CP mexicano de 1871. Art. 860. : “El mendigo que para pedir empleare la injuria, el amago ó la amenaza será castigado con arresto menor si tuviere licencia para pedir.(...)”

284 CP mexicano de 1871. Art. 860.: “(...) En caso contrario, se le aplicará esa pena por la injuria, el amago ó la amenaza y la del art. 857. Esto se entiende del caso en que con arreglo á este Código no merezca mayor pena por la injuria, el amago ó la amenaza.”

Asociado al art. 857. del mismo código: “El que sin licencia de la autoridad política pidiere habitualmente limosna, será castigado con arresto de uno á tres meses, y quedará por un 100 pesos, por un año, de que en lo sucesivo vivirá de un trabajo honesto.”

		licencia), pena de arresto 2-6 meses <sup>285</sup> .
Fianza vagos	Fianza (50-250 duros) durante 2 años + buena conducta, revoca condena. Es cancelable <sup>286</sup> .  No puede prestar fianza si además de ser vago se sospecha que intenta delinquir <sup>287</sup> .	Fianza (50-500 pesos) durante 1 año + buena conducta, revoca condena <sup>288</sup> .  Si encuentra o retoma oficio, no hace falta que preste fianza, se revoca condena <sup>289</sup> .
Fianza mendigos	Fianza (50-250 duros) durante 2 años + buena conducta, revoca condena. Es cancelable <sup>290</sup> .  No puede prestar fianza si además de ser mendigo se sospecha que intenta delinquir <sup>291</sup> .	NO
Menciones a otras leyes	NO	NO
Ley especial	NO	NO

En cuanto a la vagancia (recogida en los dos códigos como un delito), parece que ambos códigos son muy parecidos en prácticamente todo: tanto la definición (un poco más específica en el caso español), como las penas (similares, si bien algo más duras en España, que prevé además la reincidencia), como las penas accesorias asociadas (de la misma naturaleza aunque con mayor dureza en España) presentan diferencias mínimas. En cuanto a la posibilidad de prestar fianza, en España el tratamiento también es más

**285** CP mexicano de 1871. Art. 861. “Siempre que anden juntos más de tres mendigos pidiendo, se les impondrá la pena de arresto de dos á seis meses aun cuando tengan licencia.”

**286** CP español 1848. Art. 255.: “En cualquier tiempo que el vago á quien se hubieren impuesto las penas de arresto y sujecion á la vigilancia de la Autoridad, diere fianza de aplicacion y buena conducta será relevado del cumplimiento de su condena. La fianza consistirá en la cantidad que fijen los Tribunales en la sentencia, no bajando de 50 duros, ni excediendo de 250, la cual se depositará en un Banco público. Esta fianza durará dos años. El fiador tendrá derecho á pedir en cualquier tiempo su cancelacion y la devolucion de la cantidad depositada, con tal que presente á la Autoridad competente la persona del vago para que cumpla ó extinga su condena. “

**287** El art. 255 del CP español de 1848 exige que el vago haya sido castigado con la pena de arresto + sujeción a vigilancia para que se le pueda dar la posibilidad de prestar fianza. No es el caso de los que han sido aprehendidos vagando de forma sospechosa, a los que se les impone la prisión correccional de acuerdo con el art. 254.

**288** CP mexicano 1871. Art. 855: “ (...)si no diere fianza por un año de 50 á 500 pesos, de que en lo sucesivo vivirá de un trabajo honesto. El arresto cesará en cualquier tiempo en que diere la fianza susodicha, ó cuando acreditare haber aprendido algún oficio, si no lo tenía antes y la falta de él era la causa de la vagancia.”

**289** Ibidem

**290** CP español de 1848. Art. 259.: “La disposicion del artículo 255 es aplicable á los mendigos comprendidos en los artículos 256 y 157. “

**291** Esto es así por los mismos motivos expuestos en la vagancia, debido a la exigencia del art. 255 del CP español de 1848.

duro (no se concedía a los sospechosos de intentar delinquir, era cancelable y la duración era el doble); además no se daba ningún plazo para que el vago encontrara trabajo y se revocara la pena, mientras que en México sí (10 días). Por lo tanto, podríamos decir que la vagancia en ambos códigos se recoge de forma muy equiparable tal y como señala Bravo Lira, si bien el legislador español la condenaba de forma más dura.

En cuanto a la mendicidad, (recogida en los dos códigos como un delito), parece que ambos códigos son muy parecidos también: la definición es idéntica y las penas son iguales si bien un poco más duras en el caso español para cuando se sospecha que el mendigo pretende delinquir. Ambos códigos prevén la licencia, aunque México establece la agravante por engaño si la licencia es falsa y España no. México prevé más agravantes y no permite prestar fianza, mientras que España sí. Por lo tanto, podemos decir que la mendicidad en ambos códigos se recoge de forma muy equiparable tal y como señala Bravo Lira, si bien el legislador mexicano la condenaba de forma más dura.

### 5.1.2 CP español de 1928 y CP mexicano de 1931.

Vagancia y mendicidad	CP español 1928	CP mexicano 1931
Aparece en el CP	SÍ (ambos)	SÍ (ambos)
Delito/ agravante	Vagancia: agravante y falta (contra los intereses generales y régimen de las poblaciones).  Mendicidad: falta (contra los intereses generales y régimen de las poblaciones).	Delitos, ambos (contra el consumo y la riqueza nacionales).
Definición de vago	Los que no tienen trabajo legítimo que le permita subsistir siendo aptos para trabajar <sup>292</sup> .	No tener trabajo honesto sin justificación.
Definición de mendigo	No consta	No consta
Pena/ medida de seguridad por ser vago	Pena: Por ser vago que no trabaja pudiendo hacerlo, pena de arresto	Por ser vago + tener antecedentes (delincuente habitual o peligroso contra la propiedad/ proxeneta/

292 CP español de 1928. Art. 67 (agravante por las condiciones del infractor): “La ociosidad y la vagancia, que existen cuando el infractor no ejerce habitualmente profesión, arte u oficio, ni tiene empleo, destino, industria, ocupación lícita o algún otro medio legítimo y conocido de trabajo o subsistencia. “

	5-30 días <sup>293</sup> + medida de seguridad.  Medida de seguridad: Internamiento en casa de trabajo (simultáneo a la pena o después de cumplirla) <sup>294</sup> por tiempo indefinido <sup>295</sup> .	traficante de drogas/ ebrio o drogadicto habitual/mendigo ilegal), pena de relegación 3 meses- 1 año <sup>296</sup> .
Pena/ medida de seguridad por ser mendigo	Pena: por ser mendigo que no trabaja pudiendo hacerlo, pena de arresto 5-30 días <sup>297</sup> + medida de seguridad.	Por ser vago + tener antecedentes (delincuente habitual o peligroso contra la propiedad/ proxeneta/ traficante de drogas/ ebrio o drogadicto habitual/mendigo ilegal), pena de relegación 3 meses- 1 año <sup>298</sup> .  Si además de mendigar se sospecha

293 CP español de 1928. Art. 813: “El que siendo apto para el trabajo mendigare o llevar vida vagabunda, sin ejercer profesión u oficio, será castigado con la pena de cinco a treinta días de arresto, sin perjuicio de la imposición de la medida de seguridad contenida en el artículo 105 de este Código. “

294 CP español de 1928. Art. 90.8ª: “El internamiento en asilos ó establecimientos especiales ó de trabajo de los alcohólicos, toxicómanos y de los vagos, simultáneamente con la pena o después de cumplirla.”

Asociado al art. 90.8ª, el art. 105 del mismo código: “Asimismo podrán decretar el internamiento del condenado en establecimiento o casa de trabajo, cuando se trate de vagos que hayan cometido delito ó falta, relacionado con su ociosidad ó consecuencia de ella. En dichos establecimiento habrán de permanecer después de cumplida la pena o simultáneamente con ella, si fuese posible por su naturaleza, dedicándoseles a trabajos adecuados á sus aptitudes y capacidad, hasta que se les pueda considerar corregidos de su vicio. El Tribunal sentenciador, tanto en los casos de este artículo como en los del anterior, al decretar el internamiento, fijará los períodos, en los cuales ha de recibir los dictámenes necesarios para acordar la libertad.”

Art. 179. 7ª:”Si el multado fuese declarado vago en la sentencia, y no buscarse o aceptase voluntariamente trabajo, será obligado a trabajar en obras públicas del Estado, Provincia o Municipio, y se le internará en casas o asilos de trabajo, y del jornal que se le asigne, se dedicará la mitad al pago de la multa, empleándose el resto en su manutención o asistencia. Para esto será puesto el penado á disposición del Gobernador civil de la provincia, quien proveerá acerca de su ingreso en el establecimiento correspondiente, o a su alta en los trabajos en que sea posible.”

295 Código penal español de 1928. Art. 206.4ª : “Quedan excluidos de los beneficios de la prescripción de la acción penal o de la prescripción de la pena: (...) Los alcoholizados, toxicómanos y vagos, mientras subsista la necesidad de su internamiento.”

296 CP mexicano de 1931. Art. 255 del CP mejicano de 1931: “Se aplicará la sanción de tres meses a un año de relegación a los que reúnan las circunstancias siguientes:

I.- No dedicarse a un trabajo honesto sin causa justificada, y

II.- Tener malos antecedentes comprobados por datos de los archivos judiciales o de las oficinas policíacas de investigación. Se estimarán como malos antecedentes para los efectos de este artículo ser identificado como delincuente habitual o peligroso contra la propiedad o explotador de prostitutas, o traficante de drogas prohibidas, toxicómano o ebrio habitual, tatur o mendigo simulador y sin licencia.”

297 CP español de 1928. Art. 813: “El que siendo apto para el trabajo mendigare o llevar vida vagabunda, sin ejercer profesión u oficio, será castigado con la pena de cinco a treinta días de arresto, sin perjuicio de la imposición de la medida de seguridad contenida en el artículo 105 de este Código. “

298 CP mexicano de 1931. Art. 255 del CP mejicano de 1931: “Se aplicará la sanción de tres meses a un año de relegación a los que reúnan las circunstancias siguientes:

I.- No dedicarse a un trabajo honesto sin causa justificada, y

II.- Tener malos antecedentes comprobados por datos de los archivos judiciales o de las oficinas policíacas de investigación. Se estimarán como malos antecedentes para los efectos de este artículo ser identificado como delincuente habitual o peligroso contra la propiedad o explotador de prostitutas, o traficante de drogas prohibidas, toxicómano o ebrio habitual, tatur o mendigo simulador y sin licencia.”

		que intenta delinquir, pena de prisión 3 días-6 meses + vigilancia por tiempo indeterminado <sup>299</sup> .
Licencia para la mendicidad	No consta	SÍ
Si la licencia del mendigo es falsa	No consta	Se le castiga como si no tuviera licencia.
Otras agravantes aplicables en la mendicidad	NO	NO
Fianza vagos	NO	NO
Fianza mendigos	NO	NO
Menciones a otras leyes	NO	NO
Ley especial	NO	NO

En cuanto a la vagancia, recogida en México como un delito, y en España como una circunstancia agravante y como una falta, la definición es prácticamente la misma en ambos, aunque es un poco más detallada en España. Las penas son más duras en México, y España prevé medidas de seguridad mientras que México no. En ninguno de los dos códigos se establece la posibilidad de prestar fianza. Por lo tanto, podríamos decir que aunque ambos códigos la recogen de forma considerablemente parecida, el legislador mexicano condena de forma bastante más dura la vagancia.

En cuanto a la mendicidad, recogida en México como un delito, y en España como una falta, no hay una definición en ninguno de los dos códigos. Las penas son más duras en México, y España prevé medidas de seguridad mientras que México no. Con respecto a la licencia para mendigar, no hay ninguna mención en España; en México sí, y se establece que su falsedad se interpreta como la ausencia de licencia. Además, en México se prevén agravantes para la mendicidad y en España no. En ninguno de los dos códigos se establece la posibilidad de prestar fianza. Por lo tanto, podríamos decir que aunque ambos códigos la recogen de forma considerablemente parecida, el legislador mexicano también en este caso condena de forma más dura la mendicidad.

#### **5.1.4. CP español de 1848 y CP venezolano de 1897.**

299 CP mexicano de 1931 Art. 256.: “A los mendigos a quienes se aprehenda con un disfraz o con armas, gánzúas o cualquier otro instrumento que dé motivo para sospechar que tratan de cometer un delito, se les aplicará una sanción de tres días a seis meses de prisión, y quedarán sujetos durante el tiempo que el juez estime pertinente, a la vigilancia de la policía.”

<b>Vagancia y mendicidad</b>	<b>CP español 1848</b>	<b>CP venezolano de 1897</b>
Aparece en el CP	SÍ (ambas)	SÍ (mendicidad)
Delito/ agravante	Delito (ambas)	Mendicidad: falta (contra el orden público)
Definición de vago	Los que no tienen bienes ni rentas ni trabajo lícito, aunque tengan domicilio y estén casados <sup>300</sup> .	NO
Definición de mendigo	El que pida limosna habitualmente y sin licencia <sup>301</sup> .	NO
Pena/ medida de seguridad por ser vago	<p>Pena de arresto mayor + 1 año de vigilancia por la Autoridad<sup>302</sup>.</p> <p>Si reincide o cambia mucho de residencia sin autorización, prisión correccional + 2 años de vigilancia<sup>303</sup>.</p> <p>Si además de ser vago se sospecha que intenta delinquir, prisión correccional en grado máximo + 3 años de vigilancia por la autoridad<sup>304</sup>.</p>	NO

300 CP español de 1848. Art. 251. “Son vagos los que no poseen bienes ó rentas, ni ejercen habitualmente profesion, arte ú oficio, ni tienen empleo, destino, industria, ocupacion lícita, ó algun otro medio legítimo y conocido de subsistencia, aun cuando sean casados y con domicilio fijo.”

301 CP español de 1848. Art. 256. “El que sin la debida licencia pidiere habitualmente limosna (...)”

302 CP español de 1848. Art.252. El vago será castigado con las penas de arresto mayor y de sujecion á la vigilancia de la Autoridad por el tiempo de un año. (...)”

303 CP español de 1848. Art. 252. “(...) Con prision correccional y dos años de vigilancia, si reincidiere.” y Art. 253.: “Los vagos que varían frecuentemente de residencia sin autorizacion competente, serán castigados con las penas de prision correccional y dos años de sujecion á la vigilancia de la Autoridad.”

304 CP español de 1848 Art. 254. “El vago á quien se aprehendiera disfrazado ó en traje que no lo fuere habitual, ó pertretchando de ganzúas u otros instrumentos ó armas que Infundan conocida sospecha, será condenado á las penas de prision correccional en su grado máximo, y tres años de sujecion á la vigilancia de la Autoridad. Iguales penas se impondrán al vago que intentare penetrar en casa, habitacion ó lugar cerrado, sin motivo que lo excuse.”

Penal/ medida de seguridad por ser mendigo	Penal de arresto mayor + 1 año de vigilancia <sup>305</sup> .  Si además de mendigar se sospecha que intenta delinquir, prisión correccional en grado máximo + 3 años de vigilancia por la autoridad <sup>306</sup> .	El que mendiga pudiendo trabajar/ petardea poco dinero/ mendiga porque no puede trabajar pero sin tener licencia/ mendiga para otro, penal de arresto <sup>307</sup> máx. 6 días <sup>308</sup> .  Si reincide, penal de arresto máx. 15 días <sup>309</sup> .
Licencia para la mendicidad	SÍ	No consta
Si la licencia del mendigo es falsa	No será válida y se le castigará igual que a los que no tienen licencia <sup>310</sup> .	No consta
Otras agravantes aplicables en la mendicidad	NO	Mendigar/petardear con amenazas/ vejaciones/ desprecio considerando las circunstancias, penal de arresto máx. 1 mes.  Si reincide, penal de arresto 1-6 meses <sup>311</sup> .
Fianza vagos	Fianza (50-250 duros) durante 2	NO

305 CP español de 1848. Art. 256. “El que sin la debida licencia pidiere habitualmente limosna, será condenado con las penas de arresto mayor y sujecion á la vigilancia de la Autoridad por tiempo de un año. (...)”

306 CP español de 1848. Art. 258. “El mendigo en quien concurra cualquiera de las circunstancias expresadas en el artículo 254, será castigado con las penas señaladas en él.”, con remisión al

Art. 254 del mismo código: “(...) disfrazado ó en traje que no lo fuere habitual, ó pertrechando de ganzúas u otros instrumentos ó armas que infundan conocida sospecha, será condenado á las penas de prision correccional en su grado máximo, y tres años de sujecion á la vigilancia de la Autoridad. Iguales penas se impondrán al vago que intentare penetrar en casa, habitacion ó lugar cerrado, sin motivo que lo excuse. “

307 El arresto podrá efectuarse de acuerdo con el art. 21 del CP venezolano de 1897: “La ley determinará los casos en que los arrestos puedan cumplirse en una casa de trabajo, ó mediante la prestación de un servicio en alguna empresa de utilidad pública.

Si el reo no se presta al cumplimiento de su condena, ó si rehúsa el trabajo ó servicio que se le ha impuesto, el arresto se efectuará en la forma ordinaria.”.

Esta posibilidad se confirma en el art. 464 del mismo código: “La autoridad podrá ordenar que la pena de arresto establecida en los artículos precedentes, se ejecute en conformidad con los modos indicados en el art. 21.”

308 CP venezolano de 1897. Art. 462.: “El que siendo apto para el trabajo fuere hallado mendigando, será penado con arresto hasta por seis días (...).

Al que petardee de oficio pequeñas cantidades de dinero, ó al que no siendo apto para el trabajo, mendigue sin sujetarse á las ordenanzas locales del caso, se le aplicarán las mismas penas.

La contravención no deja de serlo por mendigar el culpable so pretexto ó apariencia de hacer á otro un servicio ó de vender algunos objetos.”

309 CP venezolano de 1897. Art. 462.: “ (...) y en el caso de que reincida, el arresto podrá imponerse hasta por quince días.”

310 CP español de 1848. Art. 256. “El que sin la debida licencia pidiere habitualmente limosna, será condenado con las penas de arresto mayor y sujecion á la vigilancia de la Autoridad por tiempo de un año.”

asociado al Art. 257. del mismo código: “La disposicion del párrafo primero del artículo anterior es aplicable al que bajo un motivo falso obtuviere licencia para pedir limosna ó continuara pidiéndola despues de haber cesado la causa por que la obtuvo.”

311 CP venezolano de 1897. Art. 463.: “El que mendigue o petardee amenazando, vejando ó despreciando por circunstancias de tiempo, de lugar, de medios ó de personas, será penado con arresto de hasta por un mes, y de uno á seis meses en caso de reincidencia.”

	años + buena conducta, revoca condena. Es cancelable <sup>312</sup> .  No puede prestar fianza si además de ser vago se sospecha que intenta delinquir <sup>313</sup> .	
Fianza mendigos	Fianza (50-250 duros) durante 2 años + buena conducta, revoca condena. Es cancelable <sup>314</sup> .  No puede prestar fianza si además de ser mendigo se sospecha que intenta delinquir <sup>315</sup> .	NO
Menciones a otras leyes	NO	SÍ (ordenanzas locales)
Ley especial	NO	NO

En cuanto a la vagancia, España establece que es un delito mientras que Venezuela no la prevé en este código y no hay ningún precepto relativo a esta cuestión. Por lo tanto, la diferencia es muy destacable por cuanto que el legislador venezolano ni siquiera castiga la vagancia y el español sí. Así, no podríamos menos que desestimar la propuesta de la doctrina mayoritaria y señalar que desde nuestro punto de vista estos dos códigos no son comparables en el caso concreto de la vagancia.

En cuanto a la mendicidad, en España se recoge como un delito y en Venezuela como una falta, y solamente la primera la define. Las penas son más duras en el código español, y solamente éste prevé además medidas de seguridad. Por lo que respecta a la licencia, no consta en Venezuela; en España sí, y si es falsa se interpreta como ausente. Solo en España se permitía la prestación de fianza. Por lo tanto, podríamos decir que no

312 CP español 1848. Art. 255.: “En cualquier tiempo que el vago á quien se hubieren impuesto las penas de arresto y sujecion á la vigilancia de la Autoridad, diere fianza de aplicacion y buena conducta será relevado del cumplimiento de su condena. La fianza consistirá en la cantidad que fijen los Tribunales en la sentencia, no bajando de 50 duros, ni excediendo de 250, la cual se depositará en un Banco público. Esta fianza durará dos años. El fiador tendrá derecho á pedir en cualquier tiempo su cancelacion y la devolucion de la cantidad depositada, con tal que presente á la Autoridad competente la persona del vago para que cumpla ó extinga su condena. “

313 El art. 255 del CP español de 1848 exige que el vago haya sido castigado con la pena de arresto + sujeción a vigilancia para que se le pueda dar la posibilidad de prestar fianza. No es el caso de los que han sido aprehendidos vagando de forma sospechosa, a los que se les impone la prisión correccional de acuerdo con el art. 254.

314 CP español de 1848. Art. 259.: “La disposicion del artículo 255 es aplicable á los mendigos comprendidos en los artículos 256 y 157. “

315 Esto es así por los mismos motivos expuestos en la vagancia, debido a la exigencia del art. 255 del CP español de 1848.

es posible establecer de forma rotunda que estos dos códigos sean comparables del todo ya que difieren en algunos puntos. Aunque se puede observar una tónica general, no podemos asegurar que un código sea más duro que otro en el caso de la mendicidad, aunque en mi opinión el legislador español castiga un poco más la mendicidad que el venezolano.

### 5.1.5. CP español de 1848 y CCRIMINAL brasileño de 1830.

Vagancia y mendicidad	CP español 1848	CCRIMINAL brasileño 1830
Aparece en el CP	SÍ (ambas)	SÍ (ambas)
Delito/ agravante	Delito	Delito
Definición de vago	Los que no tienen bienes ni rentas ni trabajo lícito, aunque tengan domicilio y estén casados <sup>316</sup> .	Los que no tienen un trabajo honesto y útil que le permita subsistir <sup>317</sup> .
Definición de mendigo	El que pida limosna habitualmente y sin licencia <sup>318</sup> .	Vagar mendigando habiendo albergues públicos o personas que les acojan/ mendigar no siendo inválidos (aunque no haya trabajo)/ fingir enfermedades/ mendigar en grupo aunque sean inválidos (no cuentan los familiares o cuidadores) <sup>319</sup> .
Pena/ medida de seguridad por ser vago	Pena de arresto mayor + 1 año de vigilancia por la Autoridad <sup>320</sup> .  Si reincide o cambia mucho de residencia sin autorización, prisión	Pena de prisión + trabajo durante 8-24 días.

316 CP español de 1848. Art. 251. “Son vagos los que no poseen bienes ó rentas, ni ejercen habitualmente profesion, arte ú oficio, ni tienen empleo, destino, industria, ocupacion lícita, ó algun otro medio legitimo y conocido de subsistencia, aun cuando sean casados y con domicilio fijo.”

317 Ccrim brasileño de 1830. Art. 295. “No tome a ninguna persona una ocupación honesta y útil, de la cual subsista, después de ser advertido por el Juez de Paz, que no tiene ingresos suficientes (...)”

318 CP español de 1848. Art. 256. “El que sin la debida licencia pidiere habitualmente limosna (...)”

319 C Criminal brasileño de 1838. Art. 296. “Paseando mendigando:

1º En lugares, donde hay establecimientos públicos para mendigos, o si hay una persona, que se ofrece a apoyarlos.

2º Cuando quienes piden limosna trabajan en términos de trabajo, a pesar de que no existen dichos establecimientos en los lugares.

3º Al fingir heridas u otras enfermedades.

4º Cuando incluso las personas discapacitadas mendigan en una reunión de cuatro o más personas, sin ser padre e hijos, y sin incluir en el número de las cuatro mujeres, que acompañan a sus maridos, y los niños, que guían a los ciegos.”

320 CP español de 1848. Art.252. El vago será castigado con las penas de arresto mayor y de sujecion á la vigilancia de la Autoridad por el tiempo de un año. (...)”

	correcional + 2 años de vigilancia <sup>321</sup> .  Si además de ser vago se sospecha que intenta delinquir, prisión correccional en grado máximo + 3 años de vigilancia por la autoridad <sup>322</sup> .	
Pena/medida de seguridad por ser mendigo	Pena de arresto mayor + 1 año de vigilancia <sup>323</sup> .  Si además de mendigar se sospecha que intenta delinquir, prisión correccional en grado máximo + 3 años de vigilancia por la autoridad <sup>324</sup> .	Pena de prisión simple o con trabajo (dependiendo del estado del mendigo) durante 8 días- 1 mes <sup>325</sup> .
Licencia para la mendicidad	SÍ	No consta
Si la licencia del mendigo es falsa	No será válida y se le castigará igual que a los que no tienen licencia <sup>326</sup> .	No consta
Otras agravantes aplicables en la mendicidad	NO	NO
Fianza vagos	Fianza (50-250 duros) durante 2 años + buena conducta, revoca condena.	NO

321 CP español de 1848. Art. 252. “(...) Con prision correccional y dos años de vigilancia, si reincidiere.” y Art. 253.: “Los vagos que varían frecuentemente de residencia sin autorizacion competente, serán castigados con las penas de prision correccional y dos años de sujecion á la vigilancia de la Autoridad.”

322 CP español de 1848 Art. 254. “El vago á quien se aprehendiera disfrazado ó en traje que no lo fuere habitual, ó pertretchando de ganzúas u otros instrumentos ó armas que Infundan conocida sospecha, será condenado á las penas de prision correccional en su grado máximo, y tres años de sujecion á la vigilancia de la Autoridad. Iguales penas se impondrán al vago que intentare penetrar en casa, habitacion ó lugar cerrado, sin motivo que lo excuse.”

323 CP español de 1848. Art. 256. “El que sin la debida licencia pidiere habitualmente limosna, será condenado con las penas de arresto mayor y sujecion á la vigilancia de la Autoridad por tiempo de un año. (...)“

324 CP español de 1848. Art. 258. “El mendigo en quien concurra cualquiera de las circunstancias expresadas en el artículo 254, será castigado con las penas señaladas en él.”, con remisión al

Art. 254 del mismo código: “(...) disfrazado ó en traje que no lo fuere habitual, ó pertretchando de ganzúas u otros instrumentos ó armas que infundan conocida sospecha, será condenado á las penas de prision correccional en su grado máximo, y tres años de sujecion á la vigilancia de la Autoridad. Iguales penas se impondrán al vago que intentare penetrar en casa, habitacion ó lugar cerrado, sin motivo que lo excuse. “

325 C Criminal brasileño de 1830. Art. 296.: “(...) Pena: prisión simple, o con trabajo, según el estado de las fuerzas del mendigo, durante ocho días a un mes.”

326 CP español de 1848. Art. 256. “El que sin la debida licencia pidiere habitualmente limosna, será condenado con las penas de arresto mayor y sujecion á la vigilancia de la Autoridad por tiempo de un año.”

asociado al Art. 257. del mismo código: “La disposicion del párrafo primero del artículo anterior es aplicable al que bajo un motivo falso obtuviere licencia para pedir limosna ó continuara pidiéndola despues de haber cesado la causa por que la obtuvo.”

	Es cancelable <sup>327</sup> .  No puede prestar fianza si además de ser vago se sospecha que intenta delinquir <sup>328</sup> .	
Fianza mendigos	Fianza (50-250 duros) durante 2 años + buena conducta, revoca condena. Es cancelable <sup>329</sup> .  No puede prestar fianza si además de ser mendigo se sospecha que intenta delinquir <sup>330</sup> .	NO
Mención a otras leyes	NO	NO
Ley especial	NO	NO

En cuanto a la vagancia, en ambos códigos se recoge como un delito y en los dos hay una definición de la misma, sin embargo la de España es un poco más detallada. Las penas son más graves en el español, que también las acompaña con penas accesorias, y la fianza solamente se prevé en éste mismo. Por lo tanto, podríamos decir que el código brasileño y el español se parecen bastante, aunque el legislador español castigaba más duramente la vagancia. La redacción del código brasileño es más sucinta.

En cuanto a la mendicidad, tanto en España como en Brasil se recoge como un delito que está definido, siendo la redacción del código brasileño más detallada. Las penas son más duras en el código español, que además las acompaña con penas accesorias y añade el caso de que se sospeche que el mendigo además tiene intención de delinquir. No consta que exista licencia para mendigar en Brasil, mientras que en España sí, siendo

327 CP español 1848. Art. 255.: “En cualquier tiempo que el vago á quien se hubieren impuesto las penas de arresto y sujecion á la vigilancia de la Autoridad, diere fianza de aplicacion y buena conducta será relevado del cumplimiento de su condena. La fianza consistirá en la cantidad que fijen los Tribunales en la sentencia, no bajando de 50 duros, ni excediendo de 250, la cual se depositará en un Banco público. Esta fianza durará dos años. El fiador tendrá derecho á pedir en cualquier tiempo su cancelacion y la devolucion de la cantidad depositada, con tal que presente á la Autoridad competente la persona del vago para que cumpla ó extinga su condena. “

328 El art. 255 del CP español de 1848 exige que el vago haya sido castigado con la pena de arresto + sujeción a vigilancia para que se le pueda dar la posibilidad de prestar fianza. No es el caso de los que han sido aprehendidos vagando de forma sospechosa, a los que se les impone la prisión correccional de acuerdo con el art. 254.

329 CP español de 1848. Art. 259.: “La disposicion del artículo 255 es aplicable á los mendigos comprendidos en los artículos 256 y 157. “

330 Esto es así por los mismos motivos expuestos en la vagancia, debido a la exigencia del art. 255 del CP español de 1848.

indistrino si el mendigo tiene licencia falsa o no la tiene. Por último, solamente en España se prevé la posibilidad de prestar fianza. Por lo tanto, creemos que estos dos códigos son considerablemente similares aunque cabe señalar que el legislador español castiga más duramente la mendicidad que el brasileño.

## 5.2 Análisis comparado del alcoholismo

### 5.2.1. CP español de 1848 y CP mexicano de 1871.

Alcoholismo	CP español 1848	CP mexicano 1871
Aparece en el CP	SÍ	SÍ
Delito/agravante	Falta	Delito (contra el orden público) si es habitual, y falta (de primera clase) si no es habitual.
Definición de alcoholismo	Embriaguez escandalosa <sup>331</sup> .	Embriaguez escandalosa.
Pena/medida de seguridad por ser ebrio	Multa 1-4 duros <sup>332</sup> .	Embriaguez escandalosa habitual <sup>333</sup> , pena de arresto 2-6 meses + multa 10-100 pesos.  Embriaguez escandalosa no habitual <sup>334</sup> , multa 50 centavos-3 pesos.
Desarrollo en otras leyes	NO	NO
Ley especial	NO	NO

El alcoholismo está establecido tanto en el código español como en el mexicano, pero en el español es una falta y en cambio en el mexicano puede ser una falta o un delito dependiendo si concurre la circunstancia de habitualidad, para la que prevé una pena más grave. Las penas son muy similares (multa en ambos casos), aunque el código mexicano está más desarrollado y en un sentido más grave (el alcoholismo habitual no es falta sino delito y tiene una pena mayor). Por lo tanto, los códigos son bastante parecidos pero no podríamos decir que sean equiparables.

331 CP español de 1848. Art. 495. 10º: “(...) 8º. El que escandalizare con su embriaguez”.

332 CP español de 1848. Art. 495. 10º: “Incurrirá en la multa de 1 duro á 4: (...)8º. El que escandalizare con su embriaguez”.

333 CP mexicano de 1871. Art. 923.: “La embriaguez habitual que cause grave escándalo, se castigará con arresto de dos á seis meses y multa de 10 á 100 pesos.”

334 CP mexicano de 1871. Art. 1148.: “Serán castigados con multa de 50 centavos á 3 pesos: I El ebrio no habitual que cause escándalo (...)”

### 5.2.2. CP español de 1928 y CP mexicano de 1931

Alcoholismo	CP español 1928	CP mexicano 1931
Aparece en el CP	SÍ	SÍ
Delito/agravante	Falta (contra la moralidad pública).	Delito (contra la moral pública)
Definición de alcoholismo	Embriaguez molesta para los transeúntes <sup>335</sup> .	No consta
Penal/ medida de seguridad por ser ebrio	Si no es ebrio habitual, multa 25-250 pesetas <sup>336</sup> .  Si es ebrio habitual, pena de arresto 5-30 días + multa 50-500 pesetas <sup>337</sup> .	Si es ebrio habitual, relegación 3 meses-1 año <sup>338</sup> .
Menciones a otras leyes	NO	NO
Ley especial	NO	NO

En los dos códigos se recoge el alcoholismo, aunque en el español es una falta y en el mexicano es un delito. Solamente el español define el alcoholismo, y castiga de forma separada la habitual de la no habitual. En cambio, el mexicano solamente castiga la que es habitual y de forma más grave que su equivalente en el español. En este caso no podríamos decir que ambos códigos sean del todo equiparables.

### 5.2.4. CP español de 1848 y CP venezolano de 1897.

Alcoholismo	CP español 1848	CP venezolano 1897
Aparece en el CP	SÍ	SÍ
Delito/agravante	Falta (contra la moralidad	Falta (contra la moralidad

335 CP español de 1928. Art. 815. “El que se presentare en lugar público en tal estado de embriaguez que produzca molestia a los transeúntes (...)”

336 CP español de 1928. Art. 815.: “ (...) será castigado con la pena de 25 a 250 pesetas de multa (...)”

337 CP español de 1928. Art. 815.: “ (...) Si la embriaguez es habitual, se impondrán las penas de cinco a treinta días de arresto y multa de 50 a 500 pesetas.”

338 CP mexicano de 1931. Art. 255 del CP mejicano de 1931: “Se aplicará la sanción de tres meses a un año de relegación a los que reúnan las circunstancias siguientes:

I.- No dedicarse a un trabajo honesto sin causa justificada, y

II.- Tener malos antecedentes comprobados por datos de los archivos judiciales o de las oficinas policíacas de investigación. Se estimarán como malos antecedentes para los efectos de este artículo ser identificado como delincuente habitual o peligroso contra la propiedad o explotador de prostitutas, o traficante de drogas prohibidas, toxicómano o ebrio habitual, taurín o mendigo simulador y sin licencia.”

	pública)	pública)
Definición de alcoholismo	Embriaguez escandalosa <sup>339</sup> .	Embriaguez escandalosa en sitio público <sup>340</sup> .
Pena/ medida de seguridad por ser ebrio	Multa 1-4 duros <sup>341</sup> .	Embriaguez no habitual, multa máx. 30 bolívares <sup>342</sup> .  Embriaguez habitual, pena de arresto máx. 1 mes (posibilidad de cumplimiento en casa de trabajo o empresa) <sup>343</sup> .
Menciones a otras leyes	NO	NO
Ley especial	NO	NO

El alcoholismo se recoge como una falta en ambos países, y su definición es prácticamente idéntica. La principal diferencia es que el código español solamente prevé una pena para todos los casos (multa), sin embargo el venezolano distingue una pena para el alcoholismo habitual (multa y arresto) y otra para el no habitual (multa), de tal manera que en España se estaría castigando el alcoholismo de forma muy parecida a como se castigaba el alcoholismo de tipo no habitual en Venezuela. Salvando esta diferencia, los códigos en este caso son equiparables.

### 5.2.5. CP español de 1848 y CCRIMINAL brasileño de 1830.

Alcoholismo	CP español 1848	CCRIM brasileño 1830
Aparece en el CP	SÍ	NO

339 CP español de 1848. Art. 495. 10º: “(...) 8º. El que escandalizare con su embriaguez”.

340 CP venezolano de 1897. Art. 497.: “Cualquiera que en un lugar público se encuentre en estado de embriaguez manifiesta, capaz de incomodar ó de escandalizar al público (...)”

341 CP español de 1848. Art. 495. 10º: “Incurrirá en la multa de 1 duro á 4: (...)8º. El que escandalizare con su embriaguez”.

342 CP venezolano de 1897. Art. 497.: “Cualquiera que en un lugar público se encuentre en estado de embriaguez manifiesta, capaz de incomodar ó de escandalizar al público será penado con multa hasta de treinta bolívares (...)”

343 CP venezolano de 1897. Art. 497.: “(...) Si el hecho es habitual, la pena será el arresto hasta por un mes y la autoridad podrá imponer además que se cumpla conforme a alguna de las prescripciones establecidas en el artículo 21.”

Asociado al art. 21 del mismo código: “La ley determinará los casos en que los arrestos pueden cumplirse en una casa de trabajo, o mediante la prestación de un servicio en alguna empresa de utilidad pública. Si el reo no se presta al cumplimiento de su condena, o si rehúsa el trabajo o servicio que se le ha impuesto, , el arresto se efectuará en la forma ordinaria.”

Delito/agravante	Falta	-
Definición de alcoholismo	Embriaguez escandalosa <sup>344</sup> .	-
Pena/medida de seguridad por ser ebrio	Multa 1-4 duros <sup>345</sup> .	-
Desarrollo en otras leyes	NO	-
Decreto/ordenanza/reglamento	NO	-
Ley especial	NO	-

La regulación del alcoholismo en este caso no tendría nada que ver en España con respecto a Brasil ya que como se observa en el cuadro en código español sí que la regula mientras que el brasileño no, por lo que la diferencia es muy evidente.

### 5.3. Análisis comparado de la homosexualidad

#### 5.3.1. CP español de 1848 y CP mexicano de 1871.

Homosexualidad	CP español 1848	CP mexicano 1871
Aparece en el CP	SÍ	SÍ
Delito/ agravante	Falta	Delito (contra el orden de las familias, la moral pública o las buenas costumbres)
Definición de homosexualidad	Acción deshonesta que ofende públicamente el pudor <sup>346</sup> .	Acción impúdica en lugar público o visible <sup>347</sup> .
Pena/ medida de seguridad por ser homosexual	Pena de arresto 5-15 días, o multa 5-15 duros <sup>348</sup> .	Pena de arresto mayor + multa 25-500 pesos <sup>349</sup> .
Menciones a otras leyes	NO	NO
Ley especial	NO	NO

La homosexualidad aparece recogida en ambos códigos, sin embargo en el español es

344 CP español de 1848. Art. 495. 10º: “(...) 8º. El que escandalizare con su embriaguez”.

345 CP español de 1848. Art. 495. 10º: “Incurrirá en la multa de 1 duro á 4: (...)8º. El que escandalizare con su embriaguez”.

346 Código penal español de 1848. Art. 471.1: “(...) Los que públicamente ofendieren el pudor con acciones deshonestas”.

347 CP mexicano de 1871. Art. 787.: “Se impondrá la pena de arresto mayor y multa de 25 á 500 pesos, al que ultraje la moral pública ó las buenas costumbres, ejecutando una acción impúdica en un lugar público, haya ó no testigos, ó en un lugar privado en que pueda verla el público. Se tendrá como impúdica: toda acción que en el concepto público esté calificada de contraria al pudor.”

348 Código penal español de 1848. Art. 471.1: “Se castigarán con la pena de arresto de cinco a quince días, o una multa de 5 a 15 duros (...)”.

349 CP mexicano de 1871. Art. 787.: “Se impondrá la pena de arresto mayor y multa de 25 á 500 pesos, al que ultraje la moral pública ó las buenas costumbres (...)”.

una falta y en el mexicano es un delito contra el orden de las familias, la moral y las buenas costumbres. La definición que dan es prácticamente idéntica, y las penas son más graves en en mexicano, aunque podríamos decir que las similitudes son evidentes.

### 5.3.2. CP español de 1928 y CP mexicano de 1931

Homosexualidad	CP español 1928	CP mexicano 1931
Aparece en el CP	SÍ	SÍ
Delito/ agravante	Delito	Delito (contra la moral pública)
Definición de homosexualidad	Actos contrarios al pudor con personas del mismo sexo + habitualidad/con escándalo <sup>350</sup> .	Exhibiciones obscenas en sitio público <sup>351</sup> .
Pena/ medida de seguridad por ser homosexual	Multa 1.000-10.000 pesetas + inhabilitación especial 6-12 años <sup>352</sup> .	Pena de prisión de 3 días- 4 meses + multa 5-50 pesos <sup>353</sup> .
Menciones a otras leyes	NO	NO
Ley especial	NO	NO

La homosexualidad aparece recogida en los dos códigos y siempre como un delito, si bien la definición española es mucho más concreta y hace una referencia expresa a la homosexualidad mientras que la redacción del código mexicano es más abstracta. Las penas previstas en cada caso son bastante diferentes (multa e inhabilitación en el español; prisión y multa en el mexicano). Teniendo en cuenta la disparidad en la consecuencia jurídica es difícil de decir cuál de los dos códigos castiga más duramente la homosexualidad, ya que en el español no se aplica la prisión sino una multa (más leve, en principio, que la prisión, que sí que se aplica en México), sin embargo la inhabilitación especial del español es muy duradera (6-12 años). En mi opinión es más duro el código mexicano porque prevé la prisión. Por todas estas razones, podríamos

350 Código penal español de 1928. Art. 616: “El que, habitualmente o con escándalo, cometiera actos contrarios al pudor con personas del mismo sexo (...)”.

351 Código penal mexicano de 1931. Art. 200: “(...) al que en sitio público y por cualquier medio ejecute o haga ejecutar por otro exhibiciones obscenas”

352 Código penal español de 1928. Art. 616: “ (...) será castigado con multa de 1.000 a 10.000 pesetas e inhabilitación especial para cargos públicos de seis a doce años”.

353 Código penal mexicano de 1931. Art. 200: “Se aplicarán penas de tres días a cuatro meses y multa de cinco a cincuenta pesos al que fabrique, reproduzca, o publique libros, escritos, imágenes u objetos obscenos, y al que los exponga, distribuya o haga circular. Igual pena se aplicará al que en sitio público y por cualquier medio ejecute o haga ejecutar por otro exhibiciones obscenas”.

decir que estos dos códigos no son muy similares.

#### 5.3.4. CP español de 1848 y CP venezolano de 1897.

Homosexualidad	CP español 1848	CP venezolano 1897
Aparece en el CP	SÍ	SÍ
Delito/ agravante	Falta	Falta (contra la moral pública)
Definición de homosexualidad	Acción deshonesta que ofende públicamente el pudor <sup>354</sup> .	Acción impropia que ofende la decencia pública <sup>355</sup> .
Pena/ medida de seguridad por ser homosexual	Pena de arresto 5-15 días, o multa 5-15 duros <sup>356</sup> .	Pena de arresto máx. 1 mes, o multa 10-300 bolívares <sup>357</sup> .
Menciones a otras leyes	NO	NO
Ley especial	NO	NO

La homosexualidad aparece recogida en ambos códigos como una falta contra la moral pública y su definición es prácticamente igual. La pena también es muy parecida aunque el legislador venezolano prevé una un poco más grave que el español. En este caso podríamos decir que las similitudes son muy evidentes y que los códigos son totalmente comparables.

#### 5.3.5. CP español de 1848 y CCRIMINAL brasileño de 1830.

Homosexualidad	CP español 1848	CCRIM brasileño 1830
Aparece en el CP	SÍ	SÍ
Delito/agravante	Falta	Falta
Definición de homosexualidad	Acción deshonesta que ofende públicamente el pudor <sup>358</sup> .	Acción pública que ofende la moral y las buenas costumbres <sup>359</sup> .

354 Código penal español de 1848. Art. 471.1: “(...) Los que públicamente ofendieren el pudor con acciones deshonestas”.

355 CP venezolano de 1897. Art. 499.: “Cualquiera que se haya presentado en público de un modo indecente, o que con palabras, cantos, gestos, señas u otros actos impropios, ofenda la decencia pública, será penado con arresto hasta de un mes o multa de diez a trescientos bolívares”.

356 Código penal español de 1848. Art. 471.1: “Se castigarán con la pena de arresto de cinco a quince días, o una multa de 5 a 15 duros (...)”.

357 CP venezolano de 1897. Art. 499.: “(...) ofenda la decencia pública, será penado con arresto hasta de un mes o multa de diez a trescientos bolívares”.

358 Código penal español de 1848. Art. 471.1: “(...) Los que públicamente ofendieren el pudor con acciones deshonestas”.

Penal/medida de seguridad por ser homosexual	Penal de arresto 5-15 días, o multa 5-15 duros <sup>360</sup> .	Penal de arresto 10-40 días + multa por la mitad del tiempo.
Menciones a otras leyes	NO	NO
Ley especial	NO	NO

La homosexualidad aparece recogida en ambos códigos como una falta y su definición también es muy similar. La pena es más grave en el caso brasileño, pero en los dos casos se contempla el arresto y/o la multa como consecuencias jurídicas. Podríamos decir que se observa una tónica general evidente entre los dos códigos.

## 5.4 Análisis comparado de la prostitución

### 5.4.1. CP español de 1848 y CP mexicano de 1871.

Prostitución	CP español de 1848	CP mexicano 1871
Aparece en el CP	NO	NO
Delito/ agravante	NO	NO
Definición de prostituta	Mujer pública <sup>361</sup> .	No consta
Penal/ medida de seguridad por ser prostituta.	NO	NO
Menciones a otras leyes	Reglamento de policía <sup>362</sup> .	NO
Ley especial	NO	NO

La prostitución no está recogida en ninguno de los dos códigos, si bien el español remite a una norma administrativa para la regulación de circunstancias que atenten contra las llamadas mujeres públicas, entendidas como víctimas en este caso. Por lo tanto, ambos códigos se asemejan en la ausencia de regulación de esta materia y son comparables por este motivo.

359 Código criminal brasileño de 1830. Art. 280.: “Practicar cualquier acción, que en la opinión pública se considera obviamente ofensiva para la moral y las buenas costumbres; estar en un lugar público. Sanciones: encarcelamiento de diez a cuarenta días; y una multa correspondiente a la mitad del tiempo.”

360 Código penal español de 1848. Art. 471.1: “Se castigarán con la pena de arresto de cinco a quince días, o una multa de 5 a 15 duros (...)”.

361 Código penal español de 1848. Art. 485. 8º: “Se castigarán con la pena de arresto de cinco a quince días, o una multa de 5 a 15 duros: (...) 8º Los que infringieren los reglamentos de policía en lo concerniente a mugeres públicas”

362Código penal español de 1848. Art. 485. 8º: “(...) 8º Los que infringieren los reglamentos de policía en lo concerniente a mugeres públicas”

#### 5.4.2. CP español de 1928 y CP mexicano de 1931

Prostitución	CP español 1928	CP mexicano 1931
Aparece en el CP	NO	NO
Delito/ agravante	NO	NO
Definición de prostituta.	No consta	No consta
Pena/ medida de seguridad por ser prostituta.	NO	NO
Menciones a otras leyes	NO	NO
Ley especial	NO	NO

La prostitución no se establece en ninguno de estos códigos y tampoco consta mención alguna a la misma o a otras leyes que la desarrollen. Por lo tanto, en un principio podemos decir que estos dos códigos son idénticos en cuanto a la regulación de esta materia.

#### 5.4.4. CP español de 1848 y CP venezolano de 1897.

Prostitución	CP español 1848	CP venezolano 1897
Aparece en el CP	NO	NO
Delito/agravante	NO	NO
Definición de prostituta.	Mujer pública <sup>363</sup> .	No consta
Pena/ medida de seguridad por ser prostituta.	NO	NO
Menciones a otras leyes	SÍ. Reglamento de policía <sup>364</sup>	No consta
Ley especial	NO	NO

La prostitución no consta como hecho punible en ninguno de los dos códigos, aunque el español hace una mención al Reglamento de policía. En cuanto a la regulación de esta materia en ambos códigos, podemos afirmar que es ausente y por tanto equiparable.

#### 5.4.5. CP español de 1848 y CCRIMINAL brasileño de 1830.

363 Código penal español de 1848. Art. 485. 8º: “Se castigarán con la pena de arresto de cinco a quince días, o una multa de 5 a 15 duros: (...) 8º Los que infringieren los reglamentos de policía en lo concerniente a mugeres públicas”

364Código penal español de 1848. Art. 485. 8º: “(...) 8º Los que infringieren los reglamentos de policía en lo concerniente a mugeres públicas”

<b>Prostitución</b>	<b>CP español 1848</b>	<b>CCRIMINAL brasileño 1830</b>
Aparece en el CP	NO	NO
Delito/ agravante	NO	NO (atenuante en violación a prostitutas <sup>365</sup> ).
Definición de prostituta.	Mujer pública <sup>366</sup> .	Mujer deshonesta.
Pena/ medida de seguridad por ser prostituta.	NO	NO
Desarrollo en otras leyes	SÍ. Reglamento de policía <sup>367</sup> .	NO
Ley especial	NO	NO

En ninguno de estos dos códigos se considera la prostitución un hecho punible, y las definiciones que dan del término prostituta son muy parecidas también. Por este motivo, se puede decir que los códigos se asemejan totalmente en este sentido.

Tras las comparaciones de los códigos que según la doctrina mayoritaria son más parecidos, a continuación se presentan los resultados de acuerdo con nuestra interpretación en cada categoría. Utilizaremos para ello el símbolo “≈” para indicar “aproximadamente igual a”, y el símbolo “≠” para indicar “no es igual a” en cada una de las comparaciones estudiadas.

Vagancia:

- CP español 1848 ≈ CP mexicano 1871
- CP español 1928 ≈ CP mexicano 1931
- CP español 1848 ≠ CP venezolano 1897
- CP español 1848 ≈ CCRIMINAL brasileño 1830

<sup>365</sup> Código criminal brasileño de 1830. Art. Art. 222.: “Tener relaciones sexuales a través de la violencia, o amenazas, con cualquier mujer honesta. Penas: encarcelamiento de tres a doce años y dotar a los ofendidos.

Si la violada es una prostituta. Sanciones: prisión de un mes a dos años.”

<sup>366</sup> Código penal español de 1848. Art. 485. 8º: “Se castigarán con la pena de arresto de cinco a quince días, o una multa de 5 a 15 duros: (...) 8º Los que infringieren los reglamentos de policía en lo concerniente a mugeres públicas”

<sup>367</sup>Código penal español de 1848. Art. 485. 8º: “(...) 8º Los que infringieren los reglamentos de policía en lo concerniente a mugeres públicas”

Mendicidad:

- CP español 1848  $\approx$  CP mexicano 1871
- CP español 1928  $\approx$  CP mexicano 1931
- CP español 1848  $\neq$  CP venezolano 1897
- CP español 1848  $\approx$  CCRIMINAL brasileño 1830

Alcoholismo:

- CP español 1848  $\approx$  CP mexicano 1871
- CP español 1928  $\approx$  CP mexicano 1931
- CP español 1848  $\approx$  CP venezolano 1897
- CP español 1848  $\neq$  CCRIMINAL brasileño 1830

Homosexualidad:

- CP español 1848  $\approx$  CP mexicano 1871
- CP español 1928  $\neq$  CP mexicano 1931
- CP español 1848  $\approx$  CP venezolano 1897
- CP español 1848  $\approx$  CCRIMINAL brasileño 1830

Prostitución:

- CP español 1848  $\approx$  CP mexicano 1871
- CP español 1928  $\approx$  CP mexicano 1931
- CP español 1848  $\approx$  CP venezolano 1897
- CP español 1848  $\approx$  CCRIMINAL brasileño 1830

### **5.5 Análisis global de los códigos por categorías**

Hemos querido no solamente comprobar las similitudes y diferencias entre algunos de

los códigos mencionados por Bravo Lira, sino también proponer otras relaciones entre los códigos tomando en consideración concretamente la peligrosidad predelictual. Para ello, a continuación se procederá a la comparación de todos los códigos analizados previamente, desglosados esta vez en sencillas categorías para poder ver si según nuestra interpretación existen nuevas similitudes que no se han tenido en cuenta hasta ahora. Se marcará con un mismo color (diferente del rojo) los códigos que aparenten tener una similitud importante en esa categoría predelictual, y se marcarán en color rojo aquellos que sean ostensiblemente diferentes de todos los demás.

### Vagancia:

CP esp. 1848	CP mex. 1871	C brasil. 1830	CP venez. 1897	CP mex. 1931	CP esp. 1928
Delito	Delito	Delito	NO	Delito	Falta
Arresto + vigilancia Reincidencia Sospecha	Arresto  Sospecha	Prisión + trabajo	NO	Relegación	Arresto + trabajo
Fianza	Fianza	Fianza no	NO	Fianza no	Fianza no

- CP español 1848  $\approx$  CP mexicano 1871
- CP venezolano 1897  $\neq$  todos los demás

### Mendicidad:

CP esp. 1848	CP mex. 1871	C brasil. 1830	CP venez. 1897	CP mex. 1931	CP esp. 1928
Delito	Delito	Delito	Falta	Delito	Falta
Arresto + vigilancia Sospecha	Arresto + vigilancia Sospecha	Prisión + trabajo	Arresto + trabajo  Reincidencia	Relegación	Arresto + trabajo Sospecha
Licencia	Licencia	No licencia	No licencia	Licencia	No licencia
Fianza	No fianza	No fianza	No fianza	No fianza	No fianza

- CP español 1848  $\approx$  CP mexicano 1871
- CP español 1928  $\approx$  CP venezolano 1897

### Alcoholismo:

CP esp. 1848	CP mex. 1871	C brasil. 1830	CP venez. 1897	CP mex. 1931	CP esp. 1928
Falta	Delito/falta	NO	Falta	Delito	Falta
No distingue habitualidad	Distingue habitualidad	NO	Distingue habitualidad	Distingue habitualidad	Distingue habitualidad
Multa	Multa/ arresto + multa	NO	Multa/ arresto	Relegación	Multa/arresto + multa

- CP mexicano 1871 ≈ CP venezolano 1897 ≈ CP español 1928
- CCRIMINAL brasileño 1830 ≠ todos los demás

### Homosexualidad:

CP esp. 1848	CP mex. 1871	C brasil. 1830	CP venez. 1897	CP mex. 1931	CP esp. 1928
Falta	Delito	Falta	Falta	Delito	Delito
Arresto/multa	Arresto + multa	Arresto + multa	Arresto/multa	Prisión + multa	Multa + Inhabilitación especial

- CP español 1848 ≈ CP venezolano 1897

### Prostitución:

CP esp. 1848	CP mex. 1871	C brasil. 1830	CP venez. 1897	CP mex. 1931	CP esp. 1928
NO	NO	NO	NO	NO	NO

- Todos ≈ todos

## 6. Conclusiones

Tras el análisis de la comparación de códigos y leyes especiales, en general observamos que se confirma la aportación de la doctrina mayoritaria con respecto a la codificación de la peligrosidad predelictual: en el caso de la vagancia, está recogida de forma muy equiparable en el CP español de 1848 y el CP mexicano de 1871, y de igual manera sucede con la mendicidad. En cuanto a la homosexualidad, comprobamos que efectivamente el CP español de 1848 inspiró el CP venezolano de 1897 tal y como propone B. Bravo Lira, y la prostitución no se ha recogido en ninguno de los códigos analizados por lo que también podría decirse que coincidimos con su aportación.

Sin embargo, discrepamos en algunas cuestiones: en el caso de la vagancia y la mendicidad, el CP venezolano de 1897 no se parece en absoluto al CP español de 1848, y en el caso de la homosexualidad no se asemeja a ninguno de los otros códigos, contradiciendo por tanto de forma implícita la idea de que se parece al CP español de 1848 también aquí. Por el contrario, hemos encontrado que el venezolano es mucho más similar al CP español primorriverista de 1928 (mendicidad, alcoholismo y prostitución) y al CP mexicano de 1871 (alcoholismo y prostitución). Por su parte, éste código mexicano que se supone que se tiene que inspirar en el CP español de 1848 no lo ha hecho de tal forma en todos los casos (alcoholismo), aunque sí en la mayoría. En cuanto al CP mexicano de 1931, de supuesta inspiración primorriverista, no ha mostrado tener un especial parentesco con el mismo en el caso de la homosexualidad. Por último, y por lo que respecta al Código Criminal brasileño de 1830 que debió haber marcado la tendencia de la codificación iberoamericana, no podemos más que desestimar esta afirmación en cuanto al alcoholismo ya que no hemos podido encontrar su inspiración en ninguno de los códigos analizados.

Resulta “preocupante” que se confirme la propuesta mayoritaria para algunos casos y que efectivamente gran parte de la codificación de los países iberoamericanos estudiados esté vinculada al CP español de 1848, que también hemos confirmado para las categorías analizadas que parece tener mucho que ver con el CP brasileño de 1830, así como asegura B. Bravo Lira. Y esto porque éste último código se asemejaba al CP

español de 1822, lo cual implica que la codificación iberoamericana del siglo XIX estuvo marcada por el Antiguo Régimen incluso después de que éste llegara a su fin, manteniendo sus valores y su sistema de creencias (fundamentado en la propiedad y exclusión en función tanto de la propiedad como del trabajo de los desocupados, discapacitados, etc., esto es: sin trabajo conocido) en una sociedad que debería haber avanzado bastante desde entonces y que ya era constitucionalista. Muy grave es el caso de Chile, que tuvo un único Código Penal (del año 1874) y sigue vigente a día de hoy, por lo que independientemente de las reformas que se hayan ido haciendo no podemos obviar que su punto de partida es entonces el Antiguo Régimen.

Otra cuestión “preocupante” de que la doctrina mayoritaria se haya confirmado para muchos casos es que efectivamente el control de la peligrosidad predelictual se trató de forma muy similar en bastantes países, llegando incluso a reproducir de forma equiparable preceptos completos. No deja de sorprender cómo la regulación de una materia es casi igual en países tan diferentes, ya que se supone que el legislador tiene que tener en cuenta la sociedad concreta para la que va a establecer una regulación. No parece posible asumir que la sociedad de todos estos países fuera prácticamente idéntica y por ello el legislador se comportó de tal forma; nos inclinamos más por la idea de que el poder legislativo no tuvo en cuenta las peculiaridades de la sociedad para la que iba a crear normas y se limitó a copiar lo que otros países ya habían establecido, en un acto de vagancia (aquí sí, voluntaria y merecedora de reproche).

Por lo que respecta a las etapas en las que hubo una dictadura en España, se observa un importante retroceso en los derechos otorgados a los ciudadanos (que eran ninguno, más en concreto), basándose en un sistema exclusivamente de deberes. La noción de que los intereses del Estado están por encima de los derechos de los ciudadanos está íntimamente relacionada con la concepción fascista italiana y alemana previa a la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, los juristas que habían vivido el auge de los fascismos (F. Muñoz Conde y T. Vormbaum, por ejemplo) continuaron haciendo doctrina e influyendo en toda Europa mucho después de que las potencias del Eje perdieran su influencia y se diera la transición a la democracia, de tal manera que inevitablemente el legislador democrático traía consigo la mentalidad de los

totalitarismos, razón por la que buena parte de las ideas excluyentes de principios del siglo XX han continuado hasta la actualidad.

En cuanto a los modelos que cada país siguió a lo largo de los siglos XIX y XX para regular la vagancia y la mendicidad, se observa que predominó el sistema dualista que combinaba penas con medidas de seguridad e incluso leyes especiales que concedían amplias facultades a las administraciones para castigar a los “desviados”. Desde el momento en el que el control del orden público se realizaba principalmente por el poder ejecutivo, las garantías de los encausados eran muy inferiores a las que habrían tenido si la regulación se hubiera hecho dentro de los propios Códigos penales, concediendo la competencia para su gestión exclusivamente a los Jueces y Tribunales ordinarios, y no fueron pocas las ocasiones en que esto no sucedió (incluso cuando el poder judicial tenía la competencia, los Tribunales muchas veces no eran ordinarios sino especiales en el peor de los sentidos). Llama especialmente la atención el caso de Venezuela, que no solamente creó una ley especial para vagos y mendigos, sino que en una reforma posterior eliminó la posibilidad de que las resoluciones administrativas pudieran ser revisadas por los Jueces y Tribunales, dejando a los sentenciados totalmente en manos del poder ejecutivo, cuestión en absoluto baladí si se tiene en cuenta que la penalidad podía llegar a ser considerable.

La tendencia a asociar la “desviación” de todos estos grupos marginados con la falta de moral y con la enfermedad mental (psicopatía como “cajón de sastre” asociada a la desviación) justificaba que se les considerara inferiores. Incluso aquellos que querían trabajar pero no encontraban un puesto (porque el Estado no facilitaba los medios para que todo el mundo pudiera acceder al trabajo) eran castigados por ello, con el posterior aval del discurso médico y científico que aseguraba que su peligrosidad se debía a la moral pervertida de la que adolecían, a la supuesta psicopatía que padecían o a las mutaciones genéticas que alteraban su conducta y orientación sexual. Y la solución era inocuizarlos, desatendiendo totalmente la noción de dignidad que llegó solamente a mitad del siglo XX y tampoco caló muy hondo a decir verdad.

Dicho esto, cabe señalar que la exclusión en un primer lugar se regía a lo largo de todo

el siglo XIX por el criterio de la propiedad: aquellos que no eran propietarios se veían desprovistos de protección constitucional de forma expresa: no tener propiedades implicaba no ser ciudadano. La ciudadanía, por lo tanto, era un derecho político que se podía perder y era la clave para tener derechos, y más en específico el derecho a la igualdad. Esta discriminación se materializaba también en la imposibilidad de tener derechos políticos, dejando al colectivo sometido a los intereses de los que sí que eran ciudadanos. A diferencia de lo que sucedía con los derechos civiles (comunes a todos), a los derechos políticos (ciudadanía) sólo acababa accediendo en el s. XIX el varón, blanco, propietario y católico, tal y como lo establecían las Constituciones católicas de toda Iberoamérica (vínculo entre el elemento material y el moral que justificaba la exclusión).

Progresivamente, la exclusión dejó de estar motivada por la propiedad y empezó a centrarse en el trabajo entendido desde una concepción moral muy en consonancia con el importante papel de la religión católica en España e Iberoamérica. Aquellos que no trabajaban, ya fuera porque no podían, o porque no querían, eran considerados inferiores a los demás y debían ser castigados. El legislador entendió que la manera de reconducir su moral débil era hacerles trabajar. Incluso aquellos que en su día habían gozado de reconocimiento social por tener propiedades ahora eran vistos con otros ojos: no importaba que fueran propietarios. Debían trabajar para ser miembros dignos de aceptación por su moralidad. En el sentido presente incluso en la Constitución de la II República española de 1931 que definía la nación como república de trabajadores de todas las clases,

Actualmente el criterio del trabajo ha perdido fuerza y se ha reconducido en otra dirección: muy probablemente estemos ante una etapa en la que la discriminación se basa en la extranjería, y el legislador así lo refleja.

En cualquier caso, la sociedad siempre tenderá al orden en general y a la jerarquía en particular, y si bien los criterios que la determinan irán evolucionando, siempre encontraremos la manera de discriminar a un colectivo para poder hacer patente nuestra superioridad.

## 7. Fuentes

Brasil. Código Criminal brasileño de 1830. Subchefia para Assuntos Jurídicos, 16 de diciembre de 1830.

“Decreto XXVIII de 11 de septiembre de 1820”. En *Colección de los Decretos y órdenes generales de la primera legislatura de las Cortes ordinarias de 1820 y 1821, desde 6 de julio hasta 9 de noviembre de 1820*, VI. Madrid: Imprenta Nacional, 1821.

DORADO MONTERO, P. “El Derecho Protector de los criminales”. En *Revista general de legislación y jurisprudencia* (II), vol. 61, no. 122. Madrid: Recensión, 1915.

España. Código Penal de 1848. Boletín Oficial del Estado, 28 de marzo de 1848, no. 4944.

España. Código Penal de 1850. Boletín Oficial del Estado, 10 de julio de 1850, no. 5823.

España. Código Penal de 1928. Boletín Oficial del Estado, 13 de septiembre de 1928, no. 257.

España. Código Penal de 1944. Boletín Oficial del Estado, 19 de julio de 1944, no. 13.

España. Código Penal de 1995. Boletín Oficial del Estado, 23 de noviembre de 1995, no. 281

España. Ley de Vagos y Maleantes, de 4 de agosto. Gaceta de Madrid, 4 de agosto de 1933, no. 217.

España. Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social. Boletín Oficial del Estado, 4 de agosto de 1970, no. 187.

FENECH, M. *La posición del juez en el Nuevo Estado. Ensayo de sistematización de las directrices actuales*. Madrid: Espasa Calpe, 1941.

FERRI, E. *Principios de Derecho Criminal. Delincuente y delito en la Ciencia, en la Legislación y en la Jurisprudencia* (trad. J. A. Rodríguez Muñoz). Madrid: Reus, 1933.

GAROFALO, R. *La Criminología* (traducción de P. Dorado Montero). Madrid: La España moderna, 1885.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el derecho penal moderno*. Madrid: Reus, 1920.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *El Estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo*. Madrid: Imprenta de Juan Pueyo, 1922.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L. “Ley de vagos y maleantes. Un ensayo legislativo sobre peligrosidad sin delito”. En *RGLJ*, 163, 577-635, 1933.

LISZT, F. v.: *La idea de fin en Derecho penal*. Berlín, 1883.

LISZT, Fr. v. *Tratado de Derecho Penal* (trad. Jiménez de Asúa, L. y adicionado por Quintiliano Saldaña), II, 3ª edic. Madrid: Reus, s. f., 2007.

*Memoria de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias*. Madrid, 1971.

México. Código Penal para el Distrito Federal, de 7 de diciembre de 1871.

México. Código Penal para el Distrito Federal, de 14 de agosto de 1931. México D.F: Talleres gráficos de la nación. Tolsa y Enrico Martínez, 1931.

NAVARRO AMANDI, M. “La vagancia, su carácter legal. Misión del Estado respecto a la vagancia”. En *RGLJ*, 1879.

PÉREZ DEL PULGAR, J.A. *La solución que España da al problema de sus presos políticos*. Valladolid: Santarén, 1939.

POSADA, A. “Sobre el aspecto jurídico del problema social”. En *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 92, 1898, 70-87.

POSADA, A. “Fundamentos y significación de la política social”. En *La Lectura*, 13, 1913.

POSADA, A. *Tratado de Derecho político*. Granada: Comares, 2003.

SILVELA, L. “El Derecho Penal español. Estudio en los principios y en la legislación vigente en España”. En *Revista general de legislación y jurisprudencia*, vol. 51, no.102, 657-659. Madrid: Recensión, 1903.

Venezuela. Código Penal, de 14 de mayo de 1897. Caracas: Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1992.

## 8. Bibliografía

ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, C. *El Patronato de Protección a la Mujer: la construcción de la moralidad pública en España*, Universidad del País Vasco, 2015.

ANCEL, M. “Penas y medidas de seguridad en Derecho positivo comparado”. En *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, t. 3, 443- 454, 1956.

ARCE, R. y FARIÑA, F. “Peritación psicológica de la credibilidad del testimonio, la huella psíquica y la simulación: el sistema de evaluación global”. En *Papeles del Psicólogo*, 26(92), 2005, 59-77. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=778/77809202>.

ARROYO ZAPATERO, L., PÉREZ MANZANO, M., y LASCUARÍN SÁNCHEZ, J.A. *Contra la cadena perpetua*. Castilla- La Mancha, 2016.

BAIDEZ APARICIO, A. *Vagos, maleantes... y homosexuales. La represión de los homosexuales durante el franquismo*. Barcelona: Malhivern, 2007.

BARRAGÁN, R.: “La época del artesanado culto: la lucha por la educación y la ciudadanía en la ciudad de la Paz (1845-1855)”. En *I Coloquio Internacional El siglo XIX en Bolivia y América Latina*. Sucre, 1994.

BECCARIA, C. “Tratado de los delitos y de las penas”. *Universidad Carlos III de Madrid*, Bermejo Castrillo M. A. y cols., 2015. [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20199/tratado\\_beccaria\\_hd32\\_2015.pdf?sequence=1](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20199/tratado_beccaria_hd32_2015.pdf?sequence=1) (Consultado el 5-6-2020).

BERISTAIN, A. *Medidas penales en Derecho contemporáneo. Teoría, legislación positiva y realización práctica*. Madrid: Reus, 1974.

BRAVO LIRA, B. “La fortuna del código penal español de 1848: historia en cuatro

actos y tres continentes: de Mello Freire y Zeiller a Vasconcellos y Seijas Lozano”. En *Anuario de Historia del Derecho Español*, 23-57. Madrid, 2004.

CANEVELLO, P., “Criminología: la evolución del pensamiento internacional”. En *Centro Argentino de Estudios Internacionales*. Recuperado el 17 de junio de <https://www.files.ethz.ch/isn/145593/71%20DI.pdf>

CASTILLO CANCHÉ, J.I. “El contramodelo de la ciudadanía liberal. La vagancia en Yucatán, 1812-1842”. En *Encrucijadas de la ciudadanía y la democracia: Yucatán, 1812-2004*. Mérida, 2005.

CASTRO NECES, M. *Código criminal brasileiro do século XIX: o Brasil entre o moderno e o arcaico*. Brasilia: Centro universitario de Brasília, 2014.

CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal español Parte General*, I, 6ª edic., Madrid: Tecnos, 2004.

DA RE, V., y MACERI, S., “La antropología criminal de Lombroso como puente entre el reduccionismo biológico y el Derecho penal (Segunda Parte)”. En *Revista de Filosofía y Psicología*, vol. 3, no. 18, pp. 91-108, 2008.

DURÁN BERNARDINO, M., “El derecho comparado en la investigación”. En CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A.M., *Calidad, docencia universitaria y encuestas: “Bologna coste cero”*. Granada: Universidad de Granada, 2016.

*El Poder, la mentira y la muerte. De el amparo al caracazo*. Caracas: Tropykos, 1991.

GARCÍA AUÑÓN, E. *La psicopatía. Responsabilidad penal y penitenciaria*. Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá, 2018.

GARCÍA MARTÍN, J.: *La exclusión histórico-constitucional de la pobreza (ss. XIX-XX) : dignidad, derechos sociales y/o “derechos de la personalidad”*. Valencia, 2018.

GARCÍA VALDÉS, C. “Régimen penitenciario de España. Investigación histórica y sistemática”. *Instituto de Criminología*. Madrid, 209 y ss., 1975.

GÓMEZ RIVERO, R. *Los Magistrados del Primer Constitucionalismo*. Madrid: Thomson-Aranzadi, 2009.

GUERRA F.: “El soberano y su reino. Reflexiones sobre la génesis del ciudadano en América Latina”. En el *Coloquio Internacional “The Expansión of Citizenship in Latin America”*. Colombia, 1995.

HERRERA ORIA, E. *Historia de la Educación Española desde el Renacimiento*, 4ª, Madrid: Veritas, 1941.

HERRERO DE MIÑÓN, M. “Introducción general al contenido y a los principios de la Constitución de 1978”. En *Historia del Constitucionalismo Español*. Colectivo coordinado por Miguel Martínez Cuadrado. Madrid: Mezquita.

HOYER, A. “Ciencia del Derecho penal y nacionalsocialismo”. En *Revista Penal*, nº 23, 41-51, 2009.

INDACOCHEA, U. “El derecho al mínimo vital. Un análisis de su posible fundamentación como derecho humano”. En *El derecho frente a la pobreza. Los desafíos éticos del constitucionalismo de los derechos*, Pedro P. Grandes Castro (ed.), Lima: Palestra editores, 259-283, 2011.

IRUROZQUI, M. “Ebrios, vagos y analfabetos. El sufragio restringido en Bolivia, 1826-1952”. En *Revista de Indias*, vol. LVI, no. 208. Madrid, 1996.

JORGE BARREIRO, A. *Las medidas de seguridad en el Derecho español*. Madrid: Civitas, 1976.

LARDIZÁBAL Y URIBE, M. De. *Discurso sobre las penas*. reimprimido en “REP”. no. 174, 1966.

LEHM, Z. y RIVERA, S. “Testimonio de José Clavijo”. En *Los artesanos libertarios y la ética del trabajo*. La Paz: Thoa, 1988.

MARTÍNEZ DHIER, A. “La igualdad jurídica de todos los individuos ante la ley: “La vagancia” en la Constitución de Cádiz.”. *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche* no. 5, 51-71, 2009.

MARIACA, M. “von Liszt y el delito en la Escuela sociológica alemana”, 2010.

MARTÍN, S.: “Criminalidad política y peligrosidad social en la España contemporánea (19870-1970)”.En *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, nº 38, 861-952, 2009.

MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo*, 4ª edición , pp. 116-123. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

MUÑOZ CONDE, F. “La herencia de Franz von Liszt”. En *Revista Penal México*, no. 2, 57-73. Sevilla: Universidad Pablo de Olavide, 2011.

MUÑOZ CONDE, F. “Algunas notas sobre Filippo Grispigni y el derecho penal fascista”. *Revista de Derecho penal y Criminología*, año IV, nº 02, 205-210, 2014.

MUÑOZ CONDE, F. “Recensión: VORMBAUM, Thomas. Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte” (Introducción a la Moderna Historia del Derecho Penal) Polít. crim. no. 7, R17, 1-16, 2009.

OCAÑA RODRÍGUEZ, A. “Las medidas de seguridad en la doctrina”. En *Anuario de la Escuela Judicial*, 24 y ss., 1971.

PADILLA-MUÑOZ, A. “Discapacidad: contexto, concepto y modelos”. En *Revista*

*Colombiana de Derecho Internacional*, 381-414, 393 y ss., 2010.

PAN-MONTOJO, J. “El trabajo y el mercado de trabajo en las Cortes del primer XIX”. En *Revista de Estudios políticos*, nº 93, 465-486, 1996.

PÉREZ LEDESMA, M. “Ciudadanía política y ciudadanía social: Los cambios del fin de siglo”. En *Studia historica. Historia contemporánea*, no. 16, 1998.

PORTILLA CONTRERAS, G. “Colaboración de la Iglesia católica en la represión penal de la masonería y el comunismo durante el franquismo”. En *AA.VV.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

PRIETO, L. *La prostitución en Andalucía durante el primer franquismo*. Málaga: Baetica, Universidad de Málaga, 2006.

RANABOLDO, C. *El camino perdido. Biografía del líder campesino Kallawaya Antonio Álvarez Mamani*. La Paz: Semta, 1987.

RICO LINARES, R. “Constituciones históricas”. En *Ediciones oficiales*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1989.

RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. “Alegato contra las medidas de seguridad”. En *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 31, 5-12, 1978.

RODRÍGUEZ DEVESA, J.M y SERRANO GÓMEZ, A. *Derecho penal español. Parte general*, 18ª. Madrid: Dykinson, 1995.

SAINZ CANTERO, J. A. “La Ciencia del Derecho Penal y su evolución”. En *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, editado por YÁNEZ ROMÁN, P.L. 525-527. Barcelona: Bosch, 1970.

SORIA CHOQUE, V. “Los caciques-apoderados y la lucha por la escuela (1900-

1952)”. En CHOQUE, R.; SORIA, V. y cols.: *Educación indígena: ¿ciudadanía o colonización?*. La Paz: Aruwiyiri, 1992.

TERRADILLOS BASOCO, J.M. “Ideología y valores religiosos en el Código Penal. La reforma (siempre) pendiente”. *Laicidad y libertades: escritos jurídicos*, no. 10, 1, 405-448, 2010.

TERUEL CARRALERO, D. *Comentarios a la Ley de vagos y maleantes*. Madrid: Imprenta Sáez, 1949.

TORRUBIA, R. y CUQUERELLA, F. “Psicopatía: una entidad clínica controvertida pero necesaria en psiquiatría forense”. En *Revista española de medicina legal*. 34(1), 25-35, 2008.

VALVERDE CASTAÑOS E. “Legislación electoral en Bolivia”. En *Legislación electoral comparada*. Costa Rica: Educa, 1988.

VARELA SUANZES-CARPEGNA, J. “Propiedad, ciudadanía y sufragio en el constitucionalismo español (1810-1845)”. En *Historia Constitucional*, nº 6, 2005.

WADSWORTH, A.C. y DIBBITS, I. “Declaración de doña Exaltación”. En *Agitadoras de buen gusto. Historia del Sindicato de Culinarias (1935-1958)*. La Paz: Tahipamu-Hisbol, 1989.

## 9. Informe ejecutivo

Este trabajo analiza cómo se ha ido construyendo el concepto de peligrosidad desde sus inicios hasta finales del siglo XX, tomando en especial consideración la peligrosidad predelictual y partiendo de la categorización que realizó la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970 por ser la culminación del proceso de exclusión, incluyendo la vagancia, la mendicidad, el alcoholismo, la homosexualidad y la prostitución. Para un conocimiento más completo de la relación que han tenido estos colectivos con el poder público se ha procedido al análisis de la regulación normativa en España y en Iberoamérica, contrastando los Códigos penales que el historiador de Derecho Bravo Lira – doctrina mayoritaria- afirmó que tenían importantes similitudes en general, pero en este caso nos hemos centrado en las similitudes y diferencias entre códigos para las categorías de peligrosidad social en particular, a los efectos de comprobar si se cumple su criterio en un análisis más pormenorizado de esos delitos.

Como resultado, hemos obtenido que efectivamente en muchos casos dichos Códigos penales tienen un parecido más que razonable (aunque en algunas categorías no hay relación alguna), lo cual nos lleva a concluir que el legislador de los países iberoamericanos estudiados ha tendido a inspirarse de forma intensa y “preocupante” en el Código Penal español de 1848, que a su vez se asemejaba mucho al brasileño de 1830 y en última instancia al español de 1822. Por lo tanto, y a raíz de los resultados obtenidos, sospechamos que el poder legislativo en cada país que consideramos, no sólo no tuvo en cuenta las particularidades de la sociedad para la que iba a establecer una normativa, sino que además tomó como referencia códigos que mantenían en cierto modo los valores del Antiguo Régimen.

También hemos propuesto para la vagancia y la mendicidad un posible modelo para conocer su evolución normativa en cada país a lo largo de los siglos XIX y XX. Al no existir un método específico en Derecho comparado para realizar esta tarea, hemos tomado como referencia la propuesta desde Derecho internacional comparado de M. Durán Bernardino porque nos ha parecido la más adecuada, y la hemos adaptado a las características y necesidades de este análisis. Como resultado de los datos a los que

hemos tenido acceso, parece que en España e Iberoamérica se ha tendido a seguir un sistema dualista: el control de los vagos y mendigos se realizaba generalmente a través de medidas de seguridad y del propio Código Penal. De esto se desprende que tanto Jueces y Tribunales como el poder ejecutivo tenían competencias para el control del orden público. El problema principal de que se concedieran amplias facultades a la Administración para que sancionara era que las garantías de los encausados se veían mermadas, -siempre entendiendo que regular una materia en un Código es más garantista que dejar al poder ejecutivo la capacidad de sanción-. Por lo general la administración colaboraba con los Jueces y Tribunales para el control de la vagancia y la mendicidad, pero en algún caso se dejó esta materia totalmente en manos de la Administración, sin que el poder judicial pudiera siquiera revisar las resoluciones de ella.

A este problema se añadía el discurso médico-legal que avalaba la marginación de estos grupos por considerarlos psicópatas peligrosos, el hecho de que no se atendía a la dignidad de las personas, y de que se abogaba por la “defensa social” en pos de una sociedad depurada que aspiraba a apartar de la mirada colectiva a los que no encajaban dentro del perfil de ciudadano, esto es: varón, blanco, propietario y católico, posteriormente además trabajador. El resultado era desalentador cuando menos. Los fascismos se encargaron de cercenar los derechos, puesto que no reconocían derechos sino solo deberes en función del interés de la comunidad, en muchos casos sobre fundamentos racistas y de privilegio. Una de las claves es que muchos juristas que vivieron durante el auge de los totalitarismos (T. Vormbaum y F. Muñoz Conde) adquirieron un determinado modo de pensar, que necesariamente tuvo su reflejo en la legislación incluso después de la transición a la democracia tras la caída de las potencias del Eje .

Es importante tener en cuenta el origen de nuestra legislación y entender los valores que están detrás de la misma; por este motivo, entiendo, los análisis evolutivos y comparativos que se han realizado en este trabajo contribuyen a una mejor comprensión del Derecho y de la sociedad que lo inspira. Se ha pretendido no solamente reflejar el tratamiento discriminatorio que padecían las minorías por parte del poder público (y en

última instancia por parte de toda la sociedad, puesto que el poder público supuestamente es un reflejo de ella), sino también conocer hasta qué punto los países se inspiraron en un modelo español para desarrollar su normativa, constatándose que incluso después de la independencia de las colonias la influencia siguió teniendo lugar.

Inicialmente el criterio discriminatorio era la propiedad, pero pronto pasó a ser el trabajo. La percepción de los vagos y mendigos como personas “inferiores” y “peligrosas”, y los consecuentes esfuerzos por erradicarlas no estaban solamente motivados por un objetivo económico, ya que incluso aquellos que pertenecían a clases sociales altas y se pasaban el día holgazaneando podían recibir críticas. La idea de fondo era económico-moral tanto en España como en Iberoamérica, íntimamente relacionada con los valores católicos imperantes en la época -y que, hasta cierto punto, se mantienen hoy en día-.

Considero importante dejar constancia de que es necesario desarrollar una metodología de Derecho comparado generalizada que pueda favorecer la labor de los investigadores a la hora de revisar las aportaciones de otros, ya que en la actualidad faltan modelos. En este trabajo se ha presentado la información de forma esquemática y organizada en tablas y cuadros comparativos, aunque se trata de una primera aproximación que se espera resulte esclarecedora y susceptible de más desarrollo. Para ello es necesario que tanto juristas como criminólogos concedan una mayor atención a estas cuestiones, que pueden resultar de utilidad para la comprensión y el progreso del Derecho, de la Criminología y de la sociedad.