

Astigueta, Damián

Las circunstancias agravantes de la pena

Anuario Argentino de Derecho Canónico Vol XXIII, Tomo I, 2017

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Astigueta, D. (2017). Las circunstancias agravantes de la pena [en línea]. *Anuario Argentino de Derecho Canónico*, 23(1). Disponible en:
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/circunstancias-agravantes-pena-astigueta.pdf> [Fecha de consulta:.....]

LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES DE LA PENA

DAMIÁN ASTIGUETA

SUMARIO: I. Introducción. II. Prenotanda. III. Circunstancias agravantes de la punibilidad. IV. Reincidencia. V. Dignidad y abuso de autoridad. VI. Culpa próxima al dolo y otras circunstancias. VII. Conclusión.

RESUMEN: el derecho penal canónico posee una normativa sobre las circunstancias agravantes de una pena. Se destacan como agravantes la reincidencia, el abuso de autoridad y la culpa próxima al dolo. Sin embargo, habrá que recordar que el delito, como violación externa de una ley, la imputabilidad, la punibilidad y la responsabilidad son la base para determinar estos u otros agravantes y su consideración judicial.

PALABRAS CLAVE: pena; delito; agravantes; autoridad.

ABSTRACT: Criminal canon law has specific regulations about the aggravating circumstances of punishment. Relapse, abuse of authority, and guilty close to malice are three important ones. Nevertheless, we have to consider that the felony as an external infringement of a law, the imputability, the objective condition of punishment and the responsibility are the basis in determining these or others aggravation and their judicial consideration.

KEY WORDS: punishment; felony; aggravation; authority

I. INTRODUCCIÓN

Cuando se estudia el derecho de las sanciones del Libro VI, especialmente si se han hecho antes estudios jurisprudenciales, se puede pasar superficialmente sobre las circunstancias agravantes, tal vez porque la norma parece ser bastante clara. Sólo después de confrontarse con los delitos y la aplicación concreta de la

ley en los procesos se cae en la cuenta de que existen muchos puntos oscuros y un poco difíciles de abordar.

Es por esto que hemos encarado el estudio de las circunstancias agravantes con la intención de ofrecer un poco de luz sobre la reflexión de la doctrina y como sugerencia práctica para quien debe aplicar la norma. El camino que nos proponemos supone retomar en primer lugar los conceptos fundamentales del tema, un estudio de las circunstancias en general y más particularmente de aquellas que más nos interesan, para luego reflexionar sobre los problemas que presentan cada una de ellas en concreto.

II. PRENOTANDA

Veamos, entonces, los conceptos fundamentales sobre los que apoya toda la temática: el delito, la imputabilidad, la punibilidad y la responsabilidad.

1. Delito

En el Código actual, a diferencia del anterior, no hay una definición de delito. Sin embargo, los elementos esenciales se pueden encontrar fácilmente en el contenido del canon 1321 que en el primer párrafo indica: «Nadie es castigado, a menos que la violación externa de una ley o precepto, por él cometida, le sea gravemente imputable por dolo o por culpa»¹.

Los elementos presentes en la descripción de la norma son: un acto externo, la violación de una norma o un precepto, y la posibilidad de la imputabilidad por dolo o por culpa².

Un primer elemento del delito es la *violación externa* de una ley o un precepto. La violación comporta especialmente una acción realizada en el mundo

1. CIC 83 can. 1321 § 1: *Nemo punitur, nisi externa legis vel praecepti violatio, ab eo commissa, sit graviter imputabilis ex dolo vel ex culpa*. CCEO can. 1414 § 1. *Poenis is tantum subicitur, qui legem poenalem vel praeceptum poenale violavit aut deliberate aut ex graviter culpabili omisione debitae diligentiae aut ex graviter culpabili ignorantia legis vel praecepti*. CIC17 can. 2195 § 1: *Nomine delicti iure ecclesiastico, intelligitur extema et moraliter imputabilis legis violatio cui addita sit sanctio canonica saltem indeterminata*.

2. Para un desarrollo del tema se puede ver V. DE PAOLIS - D. CITO, *Le sanzioni nella Chiesa. Commento al Codice di Diritto Canonico. Libro VI, Manuali* 8, Città del Vaticano 2000, pág. 90, y A. CALABRESE, *Diritto Penale Canonico*, Città del Vaticano 1996², pág. 33.

físico perceptible de los sentidos³. Se tiene que notar que externo no se opone a oculto, sino a interno, es decir, a aquella representación de la acción que ocurre sólo dentro de la persona y que es penalmente irrelevante⁴. Externo no quiere decir necesariamente que la acción tenga que ser percibida por otros, a menos que así lo establezca la norma por algunos delitos (canon 1330).

La violación como acción externa, consiste ya sea en una acción *positiva* de hacer lo que la norma prohíbe, o en una acción *negativa* consistente en el omitir lo que la norma o la regla mandan⁵.

El delito para ser tal tiene que haber sido perfeccionado, por tanto queda excluida la tentativa de delito o el delito frustrado, contemplado en el canon 1328. Además, cuando se habla de delito, siempre se tiene en cuenta que no se trata de la violación en abstracto como cuando se observan las figuras previstas en los cánones 1364 a 1399, sino de la acción que es sometida a un proceso y a un examen en todos sus elementos y ha sido atribuida a una persona o autor individuado como responsable de tal acción.

2. Violación externa “gravemente imputable”

Como afirma De Paolis, aquí se trata de ver los requisitos para que una violación de la ley pueda ser imputable a una persona como autor merecedor de una sanción. Se trata, añade, de un criterio de atribución. La *imputabilidad* es aquella propiedad del acto en virtud de la cual esa acción puede ser reconducida a la libre y consciente voluntad del sujeto⁶.

3. Cf. *De delictis et poenis. Commentarius libri V codicis Iuris canonici*, I, Parissis – Tornaci – Romae – Neo Erboraci 1961, pág. 70.

4. Durante los trabajos redaccionales del texto del can. 1321, la especificación de la exterioridad fue muy discutida. Cf. *Communicationes* 8 (1976) 175.

5. Cf. G. MICHIELS, *De delictis et poenis*, I..., pág. 71. “*La dottrina canonistica distingue tra reati omissivi con evento e reati omissivi senza evento, Si ha il primo caso qualora affinché si verifici l’omissione delittuosa occorre che questa sia seguita dall’evento lesivo previsto dal legislatore quale elemento costitutivo del delitto. Tale omissione è altresì definitiva come omissione spuria o impropria o viene anche classificata col termine di reato commissivo mediante omissione poiché si è in presenza di un evento ben determinato ottenuto attraverso un’omissione*”. V. DE PAOLIS - D. CITO, *Le sanzioni nella Chiesa...*, pág. 92.

6. Cf. V. DE PAOLIS - D. CITO, *Le sanzioni nella Chiesa...*, pág. 93. Algunos autores no parten del acto para definir la imputabilidad sino del actor. En este sentido afirma C. Ventrella Mancini: “*L’imputabilità giuridica è la capacità attuale di porre in essere azioni rilevanti per il diritto penale e valutabili ai fini della punibilità. Essa si pone in relazione ad un soggetto, che manifesta la sua capacità in un concreto atto di volere e come tale diventa destinatario degli effetti giuridici*”.

Como sabemos, para ser atribuible al sujeto la imputabilidad debe poder responder a varias cuestiones. La primera de ellas toca al autor, y aquí nos preguntamos *¿quién es el autor de este hecho?* No basta la constatación de la existencia de un acto ilícito para abrir un proceso. El autor es un elemento indispensable para que el acto ilícito pueda ser objeto de un proceso, porque la pregunta que el juez tendrá que contestar es *si tal persona ha cumplido tal acto*. Tenemos que verificar que el autor *físico* del acto sea una determinada persona. Se trata del primer nivel de la imputabilidad, como relación entre un individuo y un acto por el cual deberá responder. Todavía en este nivel no se habla de delito, sino sobre todo de un acto ilícito. Se trata de lo que comúnmente se denomina *imputabilidad física* o relación entre el acto físico y su autor en su aspecto más externo o mecánico. Sin embargo en este nivel aún hablamos de un “acto” del hombre y no un acto humano, que es tal justamente porque se reconoce a la persona la capacidad de relacionarse con sus actos por un proceso interior de decisión⁷.

Una vez determinada la relación física entre el acto y su autor, se pasa a considerar el proceso interior de decisión. Un requisito fundamental para que se pueda hablar de un “acto humano”, es decir, un acto fruto de un proceso decisional, es que la persona sea *libre*.

Se considera que el autor de un acto es libre cuando su acción ha sido el resultado de una deliberación en la que han intervenido su *conocimiento* y su *voluntad*, es decir, que la persona supo lo que hacía y lo quiso hacer. Éste es el nivel de la imputabilidad *psicológica* en el que el juez afirma que tal persona supo y quiso realizar tal acción. La persona tiene que manifestar la capacidad de percibir cómo es la realidad y de actuar de acuerdo a motivaciones claras que demuestren que es una persona sana.

La imputabilidad llamada *moral* es la que atribuye a un individuo un acto que es juzgado como bueno o malo, según la ley escrita en el corazón del hombre⁸. Como consecuencia, el juicio sobre la moralidad del acto como bueno o malo, se configura como resultado de un juicio de valor o anti valor del autor del acto. Aunque hemos separado la moralidad del acto del aspecto psicológico, es evidente que son dos elementos que se verifican simultáneamente: la volun-

preordinati dall'ordinamento a tutela dei propri interessi”. en *L'elemento intenzionale nella teoria canonistica del reato, Collana di studi di diritto canonico ed ecclesiastico. Sezione canonistica* 031, Torino 2002, pág. 39.

7. La verificación del autor físico es relevante durante el proceso porque produce la inversión de la carga de la prueba, como establece el can. 1321 §3. Sobre el tema de la imputabilidad puede verse A. D'AURIA, *L'imputabilità nel diritto penale canonico*, Collana Tesi Gregoriana/ Serie Diritto Canonico, Roma 1997.

8. Cf. G. MICHELIS, *De delictis et poenis*, I..., pág. 91.

tad no quiere otra cosa que lo que subjetivamente percibe como bueno, aunque objetivamente esté en error. Sin embargo, como hemos dicho antes, la búsqueda del bien o el mal presente en el acto tiene que ser juzgado según la objetividad del acto como bueno o malo. Por lo tanto la imputabilidad moral supone la imputabilidad física y psicológica (acto libre, voluntario y consciente) del sujeto, que, además, se conforma al bien o al mal⁹.

Por último, la tradición reconoce un último nivel de la imputabilidad, llamada *jurídica*, que exige que para determinar la existencia de un delito la persona debe ser consciente de violar una ley. Se intenta confrontar el acto, en su aspecto físico, psicológico y moral, con una decisión de la autoridad, previa al acto mismo que se ha configurado en una ley penal, en un tipo penal. Tal conformidad o diferencia es la que llamamos imputabilidad jurídica¹⁰.

Las condiciones para la existencia de la imputabilidad jurídica son: que la persona haya llevado a la práctica el delito (imputabilidad física), que haya sido consciente de su actuar y lo haya querido libremente (imputabilidad psicológica), que haya actuado con un conocimiento mínimo de la ley que está violando gravemente y que ella tiene una pena anexa¹¹. La gravedad del acto a diferencia de la imputabilidad moral, es ofrecida en primer lugar, por la ley misma, puesto que ésta previamente establece el delito, los actos censurables que se deben evitar, los tipos penales. En segundo lugar, la gravedad del acto es definida por el grado o el modo en que la intención y la voluntad del delincuente intervienen en el proceso generador del acto.

No se trata efectivamente del conocimiento exacto de la norma que se está violando ni de la voluntad explícita de transgresión, sino solamente de la conciencia *saltem en confusso*, es decir, que la persona conozca la índole antijurídica de sus acciones¹². Esta nota formula expresamente que el delito, para ser tal, sólo exige que el autor tenga al menos la conciencia de hacer algo prohibido por la ley.

9. Cf. D. ASTIGUETA, *Il diritto penale in dialogo con la psicologia e la morale*, en *Periodica* 103 (2014) 341-367.

10. “La imputabilidad jurídica supone un concepto previo: la *antijuridicidad*, que es a su vez una cualidad de la acción por la que ésta, en virtud de su previa tipificación como delito, es valorada como contraria al orden social justo”. Á. MARZOA, “T. III. *Del sujeto pasivo de las sanciones penales*”, en Á. MARZOA, J. MIRAS Y R. RODRÍGUEZ-OCAÑA (ed.), *Comentario exegético al código de derecho canónico*, Vol. IV/I, Pamplona 2002³, pág. 272.

11. Se debe tener en cuenta que el CIC 17 no hablaba de imputabilidad grava sino de imputabilidad moral. Si bien los redactores han cambiado la terminología se mantiene el significado tradicional. Cf. *Communicationes* 8 (1976) 175.

12. En este sentido afirmaba Michiels: “*ex parte intellectus, cognitio previa, idest tum cognitio legis contra quam ponitur actus seu scientia obligationis legalis, non vero hujus legis indolis poenalis, tum deliberatio seu advertentia actualis ad characterem antijuridicum actus externi positi*”

3. La punibilidad

Un elemento importante por nuestra presentación es la *punibilidad*. El concepto puede tener dos sentidos diferentes: a) en primer lugar, que una acción que es contraria a la ley merece una sanción; b) un segundo significado hace referencia a la posibilidad o no de aplicar una sanción ya que no a todos los actos ilícitos se pueden aplicar penas, como los casos en que concurren circunstancias eximentes.

Como queda claro, la punibilidad en el primer sentido supone que el delito haya sido atribuido a un sujeto; por tanto no se puede decir que como tal pertenezca al concepto de delito, como lo es en cambio la imputabilidad.

4. La responsabilidad

Sin embargo, tenemos que hacer referencia a otro elemento: la *responsabilidad*. El término responsabilidad proviene del latino *responsum* (ser capaz de dar una respuesta) y puede ser entendido como el conocimiento que una persona debe tener de que sus actos generan consecuencias que pueden ser atribuibles al acto y, por lo tanto, al autor. Además, la responsabilidad puede ser concebida como opuesta a la negligencia: se dice que una persona es responsable cuando cumple diligentemente sus tareas.

Debemos tener en cuenta que la responsabilidad del autor de un delito también se verifica cuando la acción ilícita ha sido cumplida en secreto, porque tendrá que “contestar” de ella a Dios. Obviamente, en el plano social la persona será llamada a contestar delante de otros hombres, especialmente por la violación cumplida, a través del reproche social¹³.

A diferencia de la punibilidad, la responsabilidad es un elemento que “precede y es consecuencia” del delito, en base a la cual la acción ilícita puede y tiene que ser juzgada. De hecho cada fiel tiene la obligación de custodiar diligentemen-

ideoque prevo ejusdem effectus anti-juridici”. Più avanti aggiunge: “Sedulo tamen notetur, quod juxta doctrinam in c. 2000 § 1 expressam dolus agentis essentialiter consistit, non in actu rationis, idest in conscientia criminis seu in cognitione effectus anti-juridici actus contra legem positi, sed in actu voluntatis, idest in intentione positiva a voluntate agentis deliberate et libere elicita ponendi actum externum, qui cognoscitur legi contrarius; conscientia criminis sane est conditio quedam intrinseca ad intentionem, ideoque ad dolum praerequisita, non est tamen per se sola ipsius doli constitutiva”. De delictis et poenis, I, 110-111

13. “La punibilidad es la que delimita el contenido de la responsabilidad penal”. Á. MARZO, “T. III. Del sujeto pasivo de las sanciones penales”..., pág. 285.

te la comunión con la Iglesia (canon 209 § 2). Tal diligencia supone el conocimiento de los deberes y derechos inherentes al estado jurídico al que pertenece el fiel. En este sentido precede al delito ya que se supone que el fiel, siempre en función del oficio que le toca desarrollar, conozca cuáles son sus deberes y derechos. Se sigue del delito, ya que la punibilidad deberá tener en cuenta muchos elementos antecedentes y concomitantes al delito (calidad del fiel) instrucción, oficio, etcétera, para atribuir una pena justa. En este sentido se puede decir que cuanto mayor sea la formación, la dignidad y las responsabilidades del fiel (entendidas como sus deberes específicos, que exigen cierta diligencia), mayor será el peso de su responsabilidad (entendido como el llamado a asumir las consecuencias de sus actos)¹⁴.

III. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES DE LA PUNIBILIDAD

1. Circunstancias en general

Un elemento vinculado estrechamente con el delito y la imputabilidad son las circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la punibilidad. De Paolis afirma que “estas circunstancias son condiciones objetivas o subjetivas en las que el sujeto se encuentra al obrar; circunstancias que pueden aumentar, disminuir o hasta excluir el grave imputabilidad moral y jurídico y por consiguiente el estado de culpabilidad del sujeto que ha infringido la ley”¹⁵.

La primera consecuencia de esta afirmación es que las circunstancias en cierta manera, actúan de “puente” entre el tipo penal y el acto cumplido por la persona, porque obvia “el contraste entre la figura legal, genérica e indiferencia-

14. En relación afirma justamente García Barberena cuando niega (hablando de la reincidencia) que las circunstancias pueden agravar la responsabilidad y no la imputabilidad y que en el CIC no se pueden separar los dos conceptos porque el segundo es fundamento del primero. Sin embargo la mayor responsabilidad no viene sólo de la norma sino de la mayor imputabilidad moral. Cf. T. GARCÍA BARBERENA, *Circunstancias agravantes*, en ID, *Comentarios al Código de Derecho Canónico. Con el texto legal latino y castellano*. IV (último). Cánones 1999-2414, Madrid 1964, pág. 262.

15. Prosigue el autor: “*Questa caratterizzazione del delitto, dipende dalla circostanza, anche definita come quantità morale o soggettiva del delitto in quanto tende proprio a stabilire in concreto la rilevanza e quindi la gravità soggettiva di quanto commesso a prescindere dal tipo de norma violata e dall'ampiezza delle conseguenze anti giuridiche della propria condotta. Per questo si può parlare anche di grado di colpevolezza del soggetto in quanto le circostanze arrivano a determinare in concreto lo stato di responsabilità personale in cui si trova il reo e quindi di riprovevolezza sociale del suo operato, prendendo in considerazione per lo più elementi soggettivi e psicologici nel quale il delinquente si è trovato ad agire*”. V. DE PAOLIS - D. CITO, *Le sanzioni nella Chiesa...*, pág. 156.

da por típica e incolora, y el hecho concreto que asume una más tenue e intensa coloración por presentar particulares modalidades”¹⁶.

La primera pregunta que nos tenemos que hacer es en qué momento del razonamiento del juez se introduce la consideración de las “circunstancias”. Si tenemos en cuenta que el tipo previsto por el Código contiene todos los elementos que permiten considerar una conducta en relación a la ley, las circunstancias aparecen como un algo *accidental* al crimen¹⁷. Su intervención aparece para determinar en qué medida un elemento influye en la imputabilidad y, en consecuencia, sobre la punibilidad. En este sentido podemos decir que, aunque las circunstancias estén ligadas al delito, éstas pueden no ser relevantes para determinar la existencia o no del mismo. En definitiva, una vez establecida la presencia del delito se consideran las circunstancias para la determinación de la pena.

Una segunda pregunta, que aparece como una consecuencia del razonamiento anterior, es si todas las circunstancias son realmente tales. Si tenemos en cuenta que las circunstancias influyen en la punibilidad para determinar el *quantum* de la pena, aquellas llamadas “eximentes” no son realmente circunstancias sino *causas* que excluyen la “antijuricidad” del hecho (como cuando actúa un menor de dieciséis años o cuando se actúa bajo temor grave, canon 1323, 1º y 4º), o bien excluye un elemento en el entendimiento o en la voluntad del autor¹⁸. Tenemos que afirmar como principio que, si faltara cualquier elemento constitutivo de la voluntad deliberada (conocimiento y libertad), no podríamos hablar de exclusión de la punibilidad sino de la imputabilidad¹⁹.

Para que se pueda hablar de circunstancias, se tienen que verificar dos elementos: a) uno negativo, que supone que ellas no son, y “tienen que no serlo”, un elemento esencial de un tipo penal concreto; si así fuera no poseerían carácter general²⁰; b) un segundo requisito, de carácter positivo, es que las circunstancias

16. A. SANTORIO, *Circostanze del Reato (Diritto Penale Comune)*, en *Nuovo digesto italiano*, III Cat-Cond, Torino 1937, pág. 264.

17. Cf. T. PADOVANI, *Circostanze del reato*, en C. A. CANNATA ed alt. (ed.), *Digesto delle discipline penalistiche : diritto penale, diritto processuale penale, diritto penale del lavoro, diritto penale commerciale, diritto penale della navigazione, diritto penale tributario, diritto penale e processuale penale militari, diritto penale e processuale penale comparati, medicina legale e criminologia*, Vol. II C-Conco, Torino 1987⁴, pág. 188. En el mismo sentido B. F. PIGHIN, *Diritto penale canonico*, Manuali 3, Venezia 2008, pág.180.

18. Cf. A. SANTORIO, *Circostanze del Reato (Diritto Penale Comune)*..., pág. 265.

19. Cf. V. DE PAOLIS - D. CITO, *Le sanzioni nella Chiesa...*, pág. 158.

20. Distintos tipos penales, como se verá más adelante, contienen elementos que agravan la pena, pero los integran en la descripción del reato y, en este sentido, se habla de circunstancias agravantes impropias.

siempre afectan la punibilidad del crimen, aunque se trate de circunstancias atenuantes²¹.

2. Circunstancias agravantes

Tenemos que detenernos ahora en las circunstancias que constituyen el centro de nuestra reflexión: *las circunstancias agravantes*. Si en las circunstancias eximentes no existe delito porque falta algún elemento a la imputabilidad o porque así la ley lo determina (can. 1323 § 1, 1º), en las atenuantes aun cuando había suficiente uso del intelecto y la voluntad, éstas estuvieron de algún modo interferidas por un factor que no nos permite de hablar de plena imputabilidad. El canon 1325, por otro lado, se refiere a aquellas circunstancias que incluso apareciendo como atenuantes, en realidad no lo son, porque el culpable las ha utilizado para eximirse de la pena.

¿Cuál es el fundamento de las circunstancias agravantes? Tenemos que partir del hecho que el delito ha sido cumplido con la plena intención y voluntad por el culpable. En este sentido, como ya hemos señalado antes, son accidentales al delito, en cuanto no pertenecen al tipo penal, y hacen concreto el delito, mostrando una mayor implicación subjetiva del autor.

No es fácil determinar en qué consiste este elemento subjetivo. Ciertamente no se puede decir que aumenta la imputabilidad, porque ésta ya es suficiente sin tener en cuenta circunstancias agravantes. Se podría decir que el culpable se coloca delante de la ley de modo tal de expresar un tipo de desprecio al orden jurídico y a su función social respecto de la salvación de las almas. Aunque la conciencia y la voluntad resten inalteradas, como hemos dicho, aumenta la culpabilidad del responsable por un mayor demérito o reproche social sobre el acto cumplido, que se funda en una cualidad personal o a modo de actuar²². Creemos que en el fondo estas causas muestren la *peligrosidad* del culpable²³.

Como se puede observar, se trata de una valoración que hace el juez no de la imputabilidad, ni de los elementos presentes en el tipo penal, sino de algunas

21. Cf. T. PADOVANI, *Circostanze del reato...*, pág. 189.

22. Cf. V. DE PAOLIS - D. CITO, *Le sanzioni nella Chiesa...*, pág. 168. Amor Ruibal distingue aquellas que tienen fundamento en la cualidad de la persona (dignidad del delincuente, de la víctima y la autoridad), de aquellas que se fundan en una actitud especial del reo (premeditación y reincidencia). Cf. *Derecho penal de la Iglesia católica según el Código canónico vigente*, Vol. I, Madrid 1910, pág. 371.

23. Cf. A. AMOR RUIBAL, *Derecho penal de la Iglesia católica*, Vol. I..., pág. 378.

características propias del culpable o de su actuar que aumentan la responsabilidad y la necesidad de una pena mayor²⁴.

La doctrina distingue las circunstancias agravantes entre *intrínsecas* o *especiales*, cuando forman parte del tipo penal como un modo de actuar como en el canon 1370 §§ 1-2 que considera la violencia física contra el Romano Pontífice o contra un Obispo cuando es puesta en acto por un clérigo y no por otro fiel²⁵; o bien *extrínsecas* o *comunes* cuando consisten en un elemento que se encuentra fuera de la descripción de la figura penal (por ej. la reincidencia), es decir, cuando aquel elemento se aplica desde afuera al tipo penal como las circunstancias consideradas al canon 1326²⁶. Sólo estas últimas son consideradas como causas agravantes.

Debemos agregar que, si bien se trata de un elemento subjetivo, la ley no quiere perderse en los meandros de la interioridad del culpable y se refiere a circunstancias que puedan ser objetivamente cuantificables o verificables²⁷. Los distintos ordenamientos penales presentan una lista bastante larga de circunstancias posibles, más la Iglesia ha querido determinar solo tres: *la reincidencia, el abuso de oficio y la culpa próxima al dolo* (canon 1326).

Por su parte el Código de Cánones para las Iglesias Orientales ha adoptado un sistema peculiar –decimos “abierto”– en cuanto el canon 1416 considera la reincidencia como la primera situación agravante y deja abierta la posibilidad

24. Algunos autores sin embargo fundan las circunstancias agravantes en el aumento de la imputabilidad. Cf. S. ROBERTI, *De delictis et poenis*, Vol I., Roma 1933, pág. 164; M. CONTE A. CORONATA, *Institutiones Iuris Canonici*, IV - *De delictis et Poenis*, Taurini – Romae 1955, pág. 44; F.R. AZNAR GIL, *Comentario al c. 1326*, en J. L. ACEBAL ed altri (ed.), *Código de Derecho Canónico. Edición bilingüe comentada por los profesores de la Facultad de Derecho canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca*, Madrid 2001¹⁷, pág. 695.

25. Se debe tener en cuenta que a veces estos elementos presentes en las normas pueden ser agravantes en relación al lugar (can. 1395 § 2) o en función de la víctima (can. 1370) o del modo de desarrollo de la acción (especial crueldad) o de las consecuencias (escándalo), etc. Cf. F. X. WERNZ-P. VIDAL, *Ius Canonicum*, VII *Ius poenale ecclesiasticum*, Romae 1937, pág. 117.

26. Cf. A. SANTORIO, *Circostanze del Reato (Diritto Penale Comune)*..., pág. 268, G. MICHELS, *De delictis et poenis*, I..., pág. 250.

27. En este sentido agrega Pighin: “Questo discorso, logico in teoria, è di difficile applicazione nella prassi penale, perché si infrange contro gli scogli della misurazione, pressoché impossibile, della colpevolezza. Non esistono metri esterni atti a valutare in modo inconfutabile i processi interiori di un delinquente. Pertanto il Legislatore ha preferito ripiegare su criteri oggettivamente verificabili, per poter individuare le ipotesi che portano a punte estreme l'imputabilità per un comportamento delittuoso. I parametri adottati dipendono fondamentalmente dal grado elevato sia della riprovazione per il reo che della deplorazione sociale del reato. *Diritto penale canonico*..., pág. 180.

de que el juez pueda considerar otras circunstancias del crimen para aumentar la pena basándose en la práctica y en la doctrina común²⁸.

IV. REINCIDENCIA

1. Historia

El término reincidencia no es utilizada por el Código. Etimológicamente significa “recaída” e indica la situación del culpable que después de una condena con decreto o sentencia por una pena *ferendae sententiae* o una declaración de una pena *latae sententiae*, comete otro delito establecido por la ley canónica²⁹.

Ya en el derecho romano se tuvo en cuenta la reiteración de los delitos conocida como *consuetudo delinquendi*, por la agravación de la pena. En este ámbito sólo fue considerada la reincidencia especial, es decir, la repetición del mismo tipo de delito. En el derecho germánico la reincidencia específica sólo fue considerada para algunos delitos como el robo, el delito de falso, perjurio, etcétera³⁰. En el derecho canónico, esta figura fue recibida como aplicada a todos los delitos de la misma especie y también a los de distintas especies. Esta última, que coincidía con la reincidencia general, en cuanto indicaba un menor respeto hacia la disciplina eclesiástica revelando una mayor malicia³¹, no era conocida como reincidencia sino como *relapsus* por los casos de herejía o pertinacia para otros delitos³².

En la actualidad todos los ordenamientos han incorporado este instituto, pero no sin obstáculos entre los estudiosos. La escuela positivista niega la reincidencia en cuánto significa una injusticia hacia el culpable, quien ve aumentar la

28. Nos parece que la reglamentación de la materia en el CIC aparece más detallada y articulada. Cf. V. DE PAOLIS, “*Commento al c. 1416*”, en P.V. PINTO (ed.), *Commento al Codice dei Canonici delle Chiese Orientali*, Città del Vaticano 2001, pág. 1121.

29. Cf. L. CHIAPPETTA, *Il codice di Diritto canonico. Commento giuridico pastorale*, Vol. II, Napoli 1988, pág. 446.

30. Cf. G. MICHIELS, *De delictis et poenis*, I..., pág. 265.

31. Cf. F.X. WERNZ-P. VIDAL, *Ius Canonicum*, VII..., pág. 120.

32. Cf. A. AMOR RUIBAL, *Derecho penal de la Iglesia católica*, Vol. I..., pág. 377. Añade luego: “En las Decretales no solo se reconoce el hecho de la reincidencia como digno de pena, sino que se establece reiteradamente la gradación que se debe seguir en las penas para cualquiera que recaer en el mismo delito, y en especial para el clérigo que persistiese en la delincuencia (deposición, y si no hubiese enmienda, excomunión; y luego “contumacia crescente”, anatema, y por fin “*si in profundum malorum veniens contempserit*”, se entrega al brazo secular”. *Ibid.*, págs. 377-378

pena con motivo de un crimen que ha tenido ya su pena, como si el aumento de la pena por el segundo delito se sumara al del primero ya castigado³³.

El Código de 1917 previó la reincidencia en el canon 2208 § 1, que establecía: “Es reincidente en sentido jurídico, quien, después de haber sido condenado comete de nuevo un delito del mismo género y esto en circunstancias tales de hechos y principalmente de tiempo, que prudentemente puede conjeturarse su pertinacia en la mala voluntad”³⁴.

En el Código vigente, en cambio, el texto aparece con algunas diferencias en el canon 1326 § 1, “El juez puede castigar más gravemente de lo que la ley o la regla establecen: 1) a quien después de una condena o declaración de pena, continúa delinquiendo de tal manera, que por las circunstancias pueda prudentemente inferirse su pertinacia en la mala voluntad”. De la comparación entre los dos textos nos ocuparemos más adelante.

2. Tipos, requisitos y fundamento de la reincidencia

A lo largo de la historia se reconocen dos formas diferentes de reincidencia: a) general, cuando el culpable comete otro delito de diferente género que el primero, b) especial, cuando el culpable recae en un delito del mismo tipo que el primero³⁵.

Para que exista la reincidencia es necesario que se cumplan ciertos *requisitos* sin los cuales no se puede reconocer este instituto³⁶. En primer lugar, aunque parece obvio, tiene que haber identidad de autor. La reincidencia no es modificada por la presencia de cómplices, necesarios o menos, basta que el autor principal sea la misma persona³⁷.

Un segundo requisito es que se haya realizado un delito y que haya recibido una condena de parte de la autoridad eclesiástica. No interesa si el primer de-

33. Cf. G. MICHIELS, *De delictis et poenis*, I..., pág. 267.

34. 2208 § 1: “*Recidivus sensu iuris est qui post condemnationem rursus committit delictum eiusdem generis et in talibus rerum ac praesertim temporis adiunctis ut eiusdem pertinacia in mala voluntate prudenter conici possit*”.

35. Para M. Conte A Coronata solo aquella específica se puede considerar verdadera reincidencia. Cf. *Institutiones Iuris Canonici*, IV..., pág. 46.

36. Se debe tener en cuenta que estos requisitos se aplican tanto a la reincidencia específica como a la general. Cf. S. ROBERTI, *De delictis et poenis*..., pág. 178.

37. No se daría en el caso en el cual el primer delito el reo era autor principal y en el segundo mero cómplice no necesario, porque esté último no participa directamente de la voluntad principal del delincuente. Es sólo una ayuda.

lito ha sido condenado a través de sentencia o de decreto, o si la sentencia ha sido constitutiva o declarativa, basta que haya sido objeto de examen procesal y de reproche por un juez o superior. Ni siquiera es importante que la pena del primer delito haya sido cumplida total o parcialmente³⁸. Por lo tanto, el delito tentado o frustrado (canon 1329), no puede ser considerado para determinar la reincidencia. Menos aún, cuando se han realizado, *a modum unius*, muchos delitos ordenados los unos a los otros³⁹.

En tercer lugar, un segundo delito que sea objeto de un proceso. A este punto no podemos no afrontar un problema previo en relación al tipo de delito que se tiene que considerar. En el canon 2208 § 1 del Código Píobenedictino, se decía expresamente que el segundo delito tenía que ser del mismo género que el primero. No se afirmaba que debían ser iguales, si no que del mismo género (de orden sexual, a ej.). ¿Por qué? Porque de este modo era más fácil verificar el tercero de los requisitos que era la pertinacia en la mala voluntad.

El canon 1326 § 1, 1^o ofrece un texto ligeramente diferente al precedente, porque no determina explícitamente a cuál tipo de reincidencia se refiere⁴⁰. Examinando los muchos comentarios sobre el canon nos encontramos con dos posiciones diferentes: a) un primer grupo afirma que no habiendo elegido el código el tipo específico sustenta la reincidencia genérica⁴¹; b) un segundo grupo, de opinión contraria, afirma que aquí el Legislador, aunque no haya determinado el tipo de reincidencia, ha querido introducir la reincidencia especial, en continuidad con el anterior ordenamiento⁴². Para sustentar esta opinión se basa en dos argumentos, el primero que la reincidencia general –que aparecía en el canon 2208 § 2 del Código de 1917– es retomada en el canon 1346, por tanto en el canon 1326

38. Cf. F.X. WERNZ-P. VIDAL, *Ius Canonicum*, VII..., pág. 125.

39. Cf. A. CALABRESE, *Diritto Penale Canonico...*, pág. 78. En este caso se trata más de concurso real o de cúmulo de delitos.

40. Cf. A. BORRAS, *Le nouveau droit ecclésial. Commentaire du code de droit canonique. Livre VI*, Paris 1990, pág. 32.

41. De esta opinión son: F.R. AZNAR GIL, *Comentario al c. 1326...*, pág. 695; A.G. URRU, *Punire per salvare. Il sistema penale nella Chiesa*, Roma 2001, pág. 69. Wernz-Vidal presente el problema en relación a la cualidad, la cantidad y el grado del derecho y afirma que todos los delitos pertenecen al mismo género penal, que luego pueden ser reagrupados según los títulos distintos o según el bien que protegen. Cf. F. X. WERNZ - P. VIDAL, *Ius Canonicum*, VII..., pág. 68. Se debe decir que a veces no se entiende bien qué entienden los autores por “género”, como por ejemplo Amor Ruibal que dice que el CIC 17 se decide por la genérica en el can. 2208. Cf. *Derecho penal de la Iglesia católica*, Vol. I..., pág. 881.

42. F. NIGRO, *Commento al c. 1326*, en P.V. PINTO (ed.), *Commento al Codice di Diritto Canonico*, Città del Vaticano 2001², pág. 775; Á. MARZOA, T. III. *Del sujeto pasivo de las sanciones penales...*, pág. 329; B. F. PIGHIN, *Diritto penale canonico...*, pág. 181.

sólo se considera aquella especial; el segundo es que, puesto que se trata de una norma penal, tiene que ser interpretada restrictivamente.

No parece que los argumentos presentados sean concluyentes. En primer lugar porque el canon 1346 que dice: “Cuando un reo haya cometido varios delitos, si parece excesiva la acumulación de penas *ferendae sententiae*, queda a la prudente discreción del juez el atemperar las penas dentro de unos límites equitativos”. Como se puede observar el canon no trata de la reincidencia sino de otro instituto que es el *cúmulo* o *concurso real de delitos*, el que se verifica cuando el juez debe examinar por primera vez, un conjunto de delitos en el proceso y tiene que determinar la pena a aplicar⁴³. No se trata de delitos que se han ocasionado después de una sentencia condenatoria sino de delitos que todavía no han sido juzgados y que el Código indica cómo tienen que ser tratados en su conjunto⁴⁴. El canon 2208 § 2, por otra parte, tenía una redacción ambigua, y del solo hecho que constituía un segundo párrafo (mientras en el §1 se trató de la reincidencia específica) se asumió que se trataba de reincidencia general⁴⁵. Actualmente, el Legislador, retomando un texto parecido en la reforma, pero colocándolo en el ámbito de la aplicación de la pena, vuelve más clara la consideración de la norma como *concurso* y no como reincidencia general.

En todo caso, deducir que, ya que el canon 1346 asume la reincidencia genérica (que en nuestra opinión es el concurso real), el canon 1326 tenga que interpretarse en el sentido que establece la repetición específica no aparece con suficiente fundamento.

Tanto menos nos parece que se pueda fundar en la interpretación estrecha de la norma según el can. 18. En nuestra opinión la interpretación estrecha se limita a las palabras mismas de la norma, la cual, no estableciendo la reincidencia

43. Es verdad que algunos comentadores del CIC 17 identificaban la reincidencia genérica con el cúmulo de delitos, cf. L. MIGUÉLEZ DOMÍNGUEZ, *Comentario al c. 2208*, en L. MIGUÉLEZ DOMÍNGUEZ - S. ALONSO MORÁN - J. LÓPEZ ORTÍZ, *Código de Derecho Canónico y Legislación complementaria*, Madrid 1962, pág. 779), pero si examinamos la doctrina penal civil observamos que se distingue entre acumulación y concurso real de delitos y reincidencia. Cf. J. J. BUSTOS RAMIREZ - H. HORMAZABAL MALAMBRÈE, *Lecciones de derecho penal*, Vol I *Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena*, Madrid 1997, pág.203. Se puede ver también G. BONI, *Il diritto penale della città del Vaticano. Evoluzioni giurisprudenziali*, en G. DALLA TORRE - G. BONI (ed.) *Il diritto penale della Città del Vaticano. Evoluzioni giurisprudenziali, Collana di scienze giuridiche e sociali. Sezione Scuola di alta formazione in diritto canonico, ecclesiale e vaticano 002*, Torino 2014, pág. 85, nota. 225.

44. El can. 2208 § 2 establecía: “*Qui pluries deliquerit etiam diverso in genere, suam auget culpabilitatem*”. Por eso los autores han entendido que ésta no era una verdadera reincidencia (cf. T. GARCÍA BARBERENA, *Circunstancias agravantes...*, pág. 261.

45. Michiels hace notar cómo también la reincidencia general aumenta la pena y que esto frecuentemente es omitido. Cf. *De delictis et poenis*, I ..., pág. 268.

especial, nos hace interpretar las palabras exactas donde se determina la genérica (al menos no se dice nada de una reincidencia especial)⁴⁶. Interpretar que se trata, siguiendo el argumento presentado, de reincidencia específica nos parece ser una interpretación más bien “restrictiva” y que estrecha, es decir, le da un alcance menor al texto de lo que el significado natural posee⁴⁷.

Retomemos el tema de los requisitos. El cuarto elemento que tiene que verificarse es la existencia de la *pertinacia* en delinquir. El nexos moral o psicológico es el verdadero *quid* del agravante. La doctrina es unánime en poner de relieve la importancia de este elemento para que no se tome solo en consideración la mera repetición como fundamento por el aumento de la pena. Evidentemente se tienen que valorar varios factores para deducir la actitud del culpable, entre los que el “tiempo” tiene un peso importante: “no se puede hablar de reincidente en el caso de un culpable que comete un segundo delito a notable distancia de tiempo del primero y que en este período ha observado una conducta correcta y sin antecedente penal”⁴⁸. En este sentido parece fundada la opinión que sugiere considerar como criterio el tiempo previsto por el código por la prescripción de la acción criminal porque da un parámetro objetivo al juez (canon 1363)⁴⁹.

Otro criterio de juicio puede ser la pertenencia de los crímenes al mismo género. En primer lugar, se debe tener en cuenta que la reiteración de delitos del mismo tipo vuelve más fácil la determinación de la reincidencia, sin embargo eso no es absoluto puesto que la mera repetición puede ser producida no por la mala voluntad sino por una debilidad especial; pensamos en una dificultad de carácter afectivo en los crímenes sexuales, por ejemplo⁵⁰.

Un último punto respecto a la reincidencia es que el código no dice nada sobre la reiteración de delitos, no una sino varias veces, después de otras tantas

46. “Donde la ley no distingue, no debemos distinguir nosotros”, afirma el conocido aforismo jurídico.

47. En este punto, es difícil entender la opinión de A. Calabrese cuando afirma: “*Non è certo se sia necessaria la specifica, oppure se sia sufficiente la generica. I commentatori hanno opinioni diverse. Stante il dubbio, sembra necessaria la recidività specifica, per il principio generale secondo il quale nella materia penale va usata l’interpretazione stretta*”, cf. *Diritto Penale Canonico...*, pág. 75. De acuerdo a lo expuesto, no se distingue el *dubbio*, y mucho menos que pueda justificar esta posición.

48. L. CHIAPETTA, *Il codice di Diritto canonico*, II..., pág. 446. De la misma opinión es W.H. WOESTMAN, *Ecclesiastical Sanctions and the Penal Process. A Commentary on the Code of Canon Law*, Ottawa 2000, pág. 36.

49. Cf. T. GARCÍA BARBERENA, *Circunstancias agravantes...*, pág. 262.

50. Cf. F.X. WERNZ-P. VIDAL, *Ius Canonicum*, VII..., pág. 125. En el mismo sentido también A. CALABRESE, *Diritto Penale Canonico...*, pág. 77.

condenas. En esta situación aún más el juez deberá, a nuestro aviso, tener en cuenta continuas recaídas para determinar si se concreta la presencia de una verdadera reincidencia o una profunda debilidad, que lo llevará a considerar otras medidas más allá de la pena⁵¹.

Resta la pregunta sobre el fundamento de la agravación de la pena en los casos de reincidencia. El fundamento de la reincidencia se encuentra en la pertinacia en el delinquir manifestado por la repetición del crimen. Además se hace evidente un respeto menor por el orden jurídico, una mayor maldad y mayor peligro espiritual por la comunidad. Se puede también considerar que, dada la reiteración del crimen, la pena establecida para el primer delito no ha sido suficiente para hacer desistir el delincuente de su mala voluntad⁵².

V. DIGNIDAD Y ABUSO DE AUTORIDAD

El canon 1326 §1, 2º prevé como agravante de la pena dos situaciones diferentes: cuando el reo es constituido en *dignidad* y cuando el acusado ha *abusado de la autoridad o del oficio* para cometer el delito.

1. Dignidad: historia

El derecho romano clásico ya previó la diferencia de la pena teniendo en cuenta la dignidad, pero en sentido inverso a cómo está hoy prevista. De hecho, en condiciones parecidas, era castigado con una pena más grave el siervo que el hombre libre, para que pueda restar sumiso. Durante el imperio se aplicaban multas más severamente a los *humiliores* que a los *honestiores*. En oposición a este principio, a veces los delitos eran castigados más gravemente teniendo en cuenta la especial condición del culpable, como en el caso de delitos cometidos por un militar de alto rango, por clérigos o por magistrados. En la Edad Media contaba la diferencia de dignidad en la aplicación de penas de tipo físico a los aristócratas y magistrados.

51. Cf. A. AMOR RUIBAL, *Derecho penal de la Iglesia católica*, Vol. I..., pág. 881. Se debe distinguir la reincidencia de los delitos continuados, permanentes y habituales. Estos implican una única voluntad de delinquir, un desarrollo de las acciones en conexión la una con la otra de modo de crear un solo acto ilícito. Aún cuando los hemos presentado juntos, existen sutilezas que hacen posible distinguirlos.

52. Cf. F.X. WERNZ-P. VIDAL, *Ius Canonicum*, VII..., pág. 123.

El derecho canónico, si bien rechaza la distinción de dignidad entre los fieles (canon 208), reconoce la necesidad de castigar más gravemente a quien está revestido de dignidad o de un oficio en el caso cometa un delito⁵³.

2. Cuando el culpable es constituido en dignidad

La primera situación ocurre cuando el culpable es constituido en dignidad. La dignidad es una cualidad que reviste una persona que la vuelve destinataria de una consideración mayor de parte de los otros miembros de la sociedad o la Iglesia⁵⁴. La dignidad es reconocida a las personas como señal de una virtud que en ellos se encuentra, y puede coincidir o no con un oficio en la Iglesia.

El canon se limita a una descripción un poco vaga, puesto que no determina cuáles son los cargos y oficios que otorgan la dignidad al poseedor, aún más porque la norma parece referirse a una “posición de particular prestigio, que suscita público respeto para el dignatario⁵⁵”.

Surgirá justamente de esta mayor consideración, el gran abismo que se ocasiona entre la estima y el delito, que vuelve el escándalo más profundo cuando esta persona delinque⁵⁶. Supuesta una mayor formación y erudición en el reo, se espera que posea una mayor conciencia de las consecuencias de sus acciones⁵⁷.

El canon actual sólo tiene en cuenta la dignidad del culpable abandonando la cualidad de la víctima como circunstancia agravante, porque se ha creído que se encuentra suficientemente protegido en los distintos tipos penales (por ejemplo el canon 1370) y en la circunstancia agravante⁵⁸.

53. Cf. S. ROBERTI, *De delictis et poenis...*, pág. 167. Sobre la historia de este instituto se puede leer C. PAPALE, *Brevi considerazioni in ordine ai delitti di cui al can. 1389§§1-2*, en *Antonianum* LXXXIII (2008) 452-454.

54. Cf. A. BORRAS, *Le nouveau droit ecclésial...*, pág. 33.

55. B.F. PIGHIN, *Diritto penale canonico...*, pág. 183. De hecho, el Roberti identificaba entre ellos a los “Príncipes, Cardenales, Legados Pontificios y Obispos”. Cf. S. ROBERTI, *De delictis et poenis...*, pág. 168.

56. Cf. D. ASTIGUETA, *Lo scandalo nel CIC: significato e portata giuridica*, en *Periodica* 92 (2003) 599. Resulta interesante lo que ha hecho notar W. Molinski. Cuando la acción que provoca el escándalo proviene del interior de la sociedad, muchas veces puede producir la relajación de las defensas, de la disciplina, mientras que cuando el ataque proviene del exterior, provoca la consolidación del grupo. Cf. W. MOLINSKI, *Scandalo* en K. RAHNER (ed.) *Sacramentum mundi*, Vol. 7/8, Brescia 1977, pág. 384.

57. Cf. S. ROBERTI, *De delictis et poenis...*, pág. 166.

58. Cf. *Communicationes* 16 (1984) 41. Chiappetta manifestaba su desacuerdo con esta decisión, indicando que “el juez pueda, al menos en casos muy especiales, tomar en cuenta también la

3. Abuso de autoridad

La segunda hipótesis prevista por la norma es la persona que ha abusado de la autoridad o del oficio para delinquir.

La razón de esta circunstancia es evidente: la autoridad y el oficio son constituidos para el bien de los fieles (canon 145) y el servicio al bien común (cánones 223 § 1 y 1752); por tanto el empleo de las ventajas que estos encargos pueden ofrecerle al culpable utilizadas para delinquir va directamente contra la finalidad del mismo oficio. En ciertos casos el abuso ha sido previsto por el Legislador como tipo penal (cánones 1386 y 1389), en otros casos sirve como motivo para agravar la pena⁵⁹.

La norma exige que quien delinque:

- a) *goce de autoridad o tenga un oficio en la Iglesia*, entendido como “cualquier cargo, constituido establemente por disposición divina o eclesiástica, que haya de ejercerse para un fin espiritual”. No pienso que se pueda afirmar que aquí se comprenda también la autoridad civil, sino sólo aquella eclesiástica y entendida según el canon 135 como ejercicio de la potestad de gobierno en sentido general, ya que el abuso de potestad de orden es considerado en otros tipos penales (cánones 1378-1380, 1384);
- b) se haya *servido* de la autoridad o de los derechos al oficio para delinquir;
- c) que no se trate de un elemento sustancial del delito;
- d) aunque la ley no lo prevé, expresamente, se tiene que entender que lo agravante es personal, es decir, no se extiende a los cómplices, salvo que éstos sean coautores o cómplices necesarios, canon 1329, y también revistan un cargo en la Iglesia⁶⁰.

dignidad de la persona golpeada por un acto delictivo y considerar esta circunstancia como causa agravante”. *Il codice di Diritto canonico*, II..., pág. 446. Nos parece que esta afirmación no tiene fundamento, por cuanto será la ley o el decreto el que podrá crear nuevas circunstancias (can. 1327) y no la sentencia del juez. Esta posibilidad sólo está prevista para las causas atenuantes, tal como dice el can. 1324 § 1, 10°.

59. Cf. A. BORRAS, *Le nouveau droit ecclésial...*, 33. Roberti hacía notar cómo la dignidad del reo a veces era parte constitutiva de los hechos, a veces era considerar circunstancia agravante de manera especial y, finalmente, era considerada agravante de manera general. Cf. *De delictis et poenis...*, pág. 167. También T. GARCÍA BARBERENA, *Circunstancias agravantes...*, pág. 258.

60. Cf. T. GARCÍA BARBERENA, *Circunstancias agravantes...*, pág. 258. Mientras el delito de abuso está contemplado sólo en el can. 1389 § 1 del CIC, es aplicado en dos situaciones diversas en la Instrucción *Dignitas Connubii* en relación al abuso de los “jueces y otros adjuntos y colaboradores del tribunal que cometen un acto ilícito contra el encargo a ellos confiado, sean castigados

4. Problema: diferencia entre el tipo penal del canon 1389 § 1 y el agravante del canon 1326

Mientras se examina la circunstancia en general, todo parece muy claro. El problema se encuentra cuando en algunos procesos, especialmente sobre abusos sexuales de menores, el culpable es acusado no sólo de haber cometido el delito previsto por el canon 1395 § 2, sino también de abuso de potestad (canon 1389 § 1) “con” el agravante del canon 1326.

Puede ser de ayuda hacer una comparación entre las dos normas:

<p><i>Can. 1326 §1 El juez puede castigar con mayor gravedad que la establecida en la ley o en el precepto:</i></p> <p><i>2° a quien está constituido en alguna dignidad, o abusó de su autoridad u oficio para cometer el delito</i></p>	<p><i>Can. 1389 § 1. Quien abusa de la potestad eclesiástica o del cargo debe ser castigado de acuerdo con la gravedad del acto u omisión, sin excluir la privación del oficio, a no ser que ya exista una pena establecida por ley o precepto contra ese abuso.</i></p>
---	--

Como se puede observar el abuso de potestad cae bajo la previsión de dos normas diferentes, una de las cuales es un tipo penal (canon 1389 § 1). Por lo tanto, el abuso constituye el núcleo de la actividad castigada y el otro sólo un agravante (canon 1326 § 1, 2°). Esto supone que el delito ha sido cometido sumándose el abuso como un accidente, un elemento secundario. Si tenemos en cuenta que raramente un sacerdote no tiene un oficio o un encargo en la Iglesia, generalmente se le podrían aplicar ambas normas a todos los delitos cometidos por él, más allá del tipo penal centro problema. Por ejemplo, si un cura mintiera en la confección de un documento, podría ser castigado por el delito de falso, por abuso de potestad (canon 1389 §1) y abuso de autoridad (can. 1326).

Pareciera que el Legislador ha cometido un desliz en la previsión de las normas o bien que no se comprende bien cómo las dos normas puedan interactuar entre sí y con los otros delitos.

según la ley” (art. 75) y en el art. 111 §1: “Los abogados y procuradores que hayan cometido un acto ilícito contra el encargo a ellos confiado, sean castigados según la ley”. Resulta interesante observar que mientras en ambos artículos se alude al can. 1389, no se menciona nunca el can. 1326. Cf. J. A. RENKEN, *The Penal Law of the Roman Catholic Church. Commentary on Canons 1311-1399 and 1717-1731 and Other Sources of Penal Law*, Ottawa 2015, pág. 316.

El primer punto que nos ha sorprendido en esta reflexión, es el silencio que se constata en la doctrina al respecto. Al explicar ambas normas, casi todos los autores parecen repetir la misma reflexión. Por otro lado, la mayor parte de los estudios no hacen la comparación de modo explícito, tratando de encontrar el límite de cada norma y el modo de aplicarlas.

Formalmente las normas examinan al *abuso*, es decir, cada actividad que va más allá de cuanto la ley prevé para el desarrollo de un oficio⁶¹.

El delito contemplado se realiza en el ejercicio de la autoridad o potestad, del oficio o encargo⁶². Las normas tienen en cuenta todo el abanico de actividades abusivas en estos campos. Resulta claro en el caso del delito que se trata siempre de potestad de gobierno, por cuantos los abusos en el ejercicio de la potestad de santificar parecen ser castigados por el canon 1384 –además porque no se ve cómo se pudiera aplicar el agravante al abuso de potestad sacerdotal⁶³–. En fin, en ninguna de las normas exige que se haya causado daños a los fieles⁶⁴.

Como se ve, en todos estos aspectos las normas son casi idénticas y esto puede llevar sin duda a la confusión antes señalada.

¿Dónde se encuentra, por lo tanto, una diferencia entre las normas, que nos permita justificar su presencia simultánea en el Código y darles un empleo más correcto?

Creemos que el texto puede darnos una ayuda. Mientras en el tipo penal se condena el abuso en sí mismo (*Ecclesiastica potestate vel munere abutens*), en la circunstancia, el abuso de la potestad o el oficio es considerado un “medio” para delinquir (*autoritate aut officio abusus est ad delictum patrandum*)⁶⁵. Mientras

61. “*Abusus potestatis, [...] est quilibet usus cuiusvis pote-statis ecclesiasticae sive ordinis, sive iurisdictionis qui sit contra leges ethicae christianae vel contra ius sive naturale sive positivum*”. M. CONTE A CORONATA, *Institutiones Iuris Canonici*, IV, pág. 695.

62. “*L’attività tutelata è riferita sia a un ufficio ecclesiastico –incarico costituito stabilmente per disposizione divina o ecclesiastica, da esercitarsi per un fine spirituale (cfr. can. 145, §1)– sia a mansioni delegate che a ministeri laicali istituiti, poiché l’accezione dell’espressione “munere”, utilizzata dal testo latino, è più ampia del concetto di “ufficio”, adottato nella terminologia dalla versione italiana, forse per assonanza nominalistica con l’analogo reato previsto nell’ordinamento italiano*”. B.F. PIGHIN, *Diritto penale canonico...*, pág. 440.

63. ¿Se podría pensar en un párroco que por simonía celebra un sacramento (can. 1380)?

64. Cf. B. F. PIGHIN, *Diritto penale canonico...*, pág. 440. “*This could be done either by acting deliberately contrary to one’s duties in fulfilling an office, ministry or position, or by deliberately not acting when required to do so in the fulfillment of one’s office, ministry or position*”. W.H. WOESTMAN, *Ecclesiastical Sanctions and the Penal Process...*, pág. 132-133

65. “*L’abusare del proprio ufficio o della propria autorità, infatti, è previsto anche come circostanza aggravante nel can. 1326 n. 2 (sic), qualora tale condotta sia stata posta in essere al fine di compiere un diverso delitto*”. C. PAPAIE, *Brevi considerazioni...*, pág. 456.

en la primera situación el delincuente “observando” las normas propias del oficio o encargo, las lleva a un extremo tal que llega a desnaturalizar su sentido, en la segunda nos parece que el delincuente, aprovechando de tener autoridad o un oficio, comete un delito, ligado o no, a la naturaleza del oficio. En el primer caso actúa contra el oficio mismo y su finalidad; en el segundo, aprovecha el encargo como una oportunidad para cometer el delito⁶⁶. En el primer caso, la violación del tipo penal es dolosa (quiero el abuso); en el segundo, el dolo se dirige hacia un objeto diferente del oficio (quiero otra cosa) que se perfecciona con el cumplimiento del delito en la circunstancia del oficio. Mientras el tipo penal prevé una pena obligatoria, la circunstancia deja a la discreción del juez la agravación de la pena.

A fin de explicar más claramente la diferencia entre las normas proponemos algunos ejemplos. En primer lugar aquellos referidos al tipo penal del canon 1389 § 1. Un profesor puede y tiene que interrogar al alumno para conseguir una clara visión de lo que ha aprendido durante las lecciones y durante su estudio. El profesor que, sintiendo una aversión hacia el alumno, lo interrogara hasta poderlo desaprobado, evidentemente se mueve dentro de los límites del oficio pero la reiterada interrogación lo lleva a desnaturalizar la potestad recibida. Un oficial de curia que retardara a propósito la redacción de un decreto por motivos no puramente pertinentes al oficio, cometería un abuso de oficio.

Vemos ahora ejemplos de la circunstancia agravante. Si el mismo profesor, como expresión de su compromiso académico, llamara en su oficio a una estudiante a la cual le hiciera luego propuestas deshonestas o incluso la tocara libidinosamente, estaría actuando en un contexto del oficio pero más allá de lo que comporta el encargo mismo. El mismo oficial que en el horario de atención al público de la curia, se aprovechara del paso de personas para vender drogas (ejemplo un poco extremo) actuaría fuera de sus tareas pero en la “situación” de cumplir su oficio⁶⁷.

Teniendo en cuenta estos ejemplos, nos parece que un sacerdote que abusa sexualmente de un niño, aunque lo hace en el ámbito del oficio, dirección espiritual, atención académica, etcétera, debería recibir la pena prevista por el canon 1395 § 2 más el abuso de oficio previsto por el canon 1326 §1, 2º, sin tener cuenta canon 1389 § 1.

Con estos ejemplos nos parece haber ilustrado claramente la diferencia entre el tipo penal y la circunstancia, justificando su presencia simultánea en el Código y dando criterios de aplicación de las normas para evitar una duplicación

66. Cf. A. URRU, *Punire per salvare*,pág. 240.

67. Estos dos ejemplos nos llevan a la relación existente entre la solicitud “en la” confesión y el mismo acto cometido “con motivo” o “con pretexto” de la confesión.

no querida por el Legislador, especialmente en los casos en que están implicados sacerdotes.

VI. CULPA PRÓXIMA AL DOLO Y OTRAS CIRCUNSTANCIAS

1. Culpa próxima al dolo⁶⁸

Si bien la situación contemplada por el canon 1326 § 1 no presenta un particular problema interpretativo –como sí lo hacen las primeras dos circunstancias estudiadas–, nos detendremos en el tema a fin de presentar una reflexión completa sobre el tema.

El texto establece: “3° al reo que, cuando se haya establecido una pena para un delito culposo, previó lo que habría de suceder, y sin embargo omitió las cautelas para evitarlo que hubiera empleado cualquier persona diligente”.

El marco interpretativo de esta norma es el canon 1321 § 2, el cual determina que los delitos imputables a título de culpa no deben ser castigados, salvo que lo diga expresamente la ley.

Normalmente la culpa se configura cuando se pueda prever, *saltem en confuso*, el efecto criminal y que, una vez previsto, se lo pueda evitar⁶⁹. Si no se pudo prever o evitar no estamos en el campo de la culpa sino del caso fortuito o de la fuerza mayor, las cuales eximen de la imputabilidad⁷⁰.

En esta circunstancia se prevé que el culpable, conociendo la norma y con la intención de evitar la pena por el delito culposo, elige no utilizar los medios que un hombre prudente y diligente habría usado para prever y evitar el acontecimiento previsto⁷¹.

Un punto que no se tiene en cuenta frecuentemente es que esta persona demuestra un conocimiento de la ley bastante profundo, cosa que no es usual entre los fieles. En este sentido podemos considerar el culpable “responsable” en virtud de una mayor formación.

68. En este título seguimos la fuente presente en el CIC 17, can. 2203 § 1, que afirmaba que en estos casos la culpa se asemeja al dolo.

69. Cf. A. CALABRESE, *Diritto Penale Canonico...*, pág. 50.

70. CIC17 can. 2203 § 2: *Casus fortuitus qui praevideri vel cui praeviso occurri nequit, a qualibet imputabilitate eximit.*

71. Esta circunstancia se aplica también cuando se utilizan medios que no son idóneos para evitar el efecto criminal, porque un hombre prudente no los hubiera utilizado. Cf. A. CALABRESE, *Diritto Penale Canonico...*, pág. 79.

El fundamento de este agravante se encuentra en el “cuasi” dolo que el delincuente demuestra en querer también los efectos del acto criminoso y, en este sentido, en la actitud de querer utilizar la ley en su ventaja personal, por lo tanto de sentirse superior a la ley⁷².

2. Otras causas

Querría presentar brevemente algunas otras causas que están presentes en la tradición y en las propuestas de reforma del Libro VI.

En primer lugar la *premeditación*, entendida como movimiento pasional artificioso y frío para delinquir: “*propositum, frigido pacatoque animo susceptum, moram habens et occasionem querens, ut crimen vel exoptatum finem perpiciat*”⁷³. El Código no lo considera como circunstancia agravante.

T. García Barberena nos ofrece una lista de otras circunstancias que proponemos para la lectura de esta materia: la *perfidia o felonía* del delincuente que actúa con una especial maldad; la *astucia o fraude* utilizados para perjudicar a la víctima (concepto cerca del dolo considerado en el canon 1098); el cometer el delito por un *precio o recompensa*; el *ensañamiento* entendido como una especial crueldad en el actuar que da a entender que el autor goza viendo sufrir a la víctima yendo más allá de lo normal en el delinquir; el abuso de confianza, etc.⁷⁴.

El canon 1325 considera una serie de circunstancias que normalmente son eximentes o atenuantes de la pena, pero puesto que son puestas para delinquir, no tienen que ser tenidas en cuenta. Enumera entre estas el actuar bajo la ignorancia crasa o supina o afectada, o bien el producir un estado de embriaguez u otras perturbaciones de la mente, o bien el excitar la pasión y favorecerla para delinquir. En nuestra opinión en esta norma se pone de manifiesto la opción del Código por una legislación misericordiosa, dado que tiene en cuenta tales circunstancias sólo como atenuantes, nunca como agravantes.

En este sentido se ha propuesto en los trabajos de reforma del actual Libro VI la posibilidad de considerar como agravante una cuarta circunstancia: la de aquel que, para delinquir, produce intencionalmente un estado de embriaguez o perturbación de la mente. Se trata, como en el caso de la culpa cercana

72. Cf. B.F. PIGHIN, *Diritto penale canonico...*, pág. 182.

73. Definición del Romagnoni, citada por A. AMOR RUIBAL, *Derecho penal de la Iglesia católica*, Vol. I..., pág. 373.

74. Cf. T. GARCÍA BARBERENA, *Circunstancias agravantes...*, pág. 263.

al dolo, de los que para engañar al juez utilizan la ley para “producir” una situación eximente⁷⁵.

VII. CONCLUSIÓN

Después de haber examinado las causas agravantes presentes en el canon 1326 y tratado de dar una respuesta a las preguntas que nos hemos hecho a lo largo de nuestro estudio sólo nos queda considerar si la lista presentada en la norma es sencillamente una enumeración de situaciones que no tienen ninguna relación entre de ellas o, por el contrario, si podemos encontrar un vínculo común.

Aparentemente las circunstancias previstas por el Legislador no tienen relación entre ellas, pero si tenemos en cuenta lo que hemos presentado creemos de poder decir que existe un nexo común a todas. Es evidente que el Legislador ha tomado en consideración tres situaciones que manifiestan en lo inmediato tres aspectos diferentes: el primero nos dice que la pena no ha logrado sus objetivos de sanar el escándalo, restaurar la justicia y el arrepentimiento del culpable (canon 1341); el segundo concierne a quien, no teniendo en cuenta la mayor responsabilidad que su autoridad o su oficio exigen, se vale de ellos para obrar el mal; el tercero desprecia las consecuencias dañinas de sus actos no actuando diligentemente.

En todas las circunstancias sin embargo se manifiesta una actitud ante el ordenamiento jurídico. No se trata sólo del bien particular que la persona ha lesionado con el delito sino también de algo común a estas circunstancias, es decir, de la lesión al orden en general, el desprecio por el sentido de la ley en función de su objetivo sobrenatural, el descuido del daño ajeno producido por el escándalo. En todo se muestra el factor *peligro* que pone a riesgo todo el orden social porque demuestra en qué medida estas personas no tienen en cuenta el bien de los otros.

Para finalizar debemos hacer notar que el Legislador no ha querido que estas circunstancias sean consideradas en modo obligatorio y ha elegido dejar la decisión a la discreción del juez, para evitar aplicaciones mecánicas de las penas. Por otro lado, en presencia concomitante de circunstancias que sean atenuantes de la pena, a nuestro parecer éstas deberían pesar más que las agravantes, porque nos inducen a creer que de algún modo el delincuente no ha actuado con plenitud de intelecto o voluntad.

75. Esta propuesta ha sido objeto de muchos elogios y también refutaciones, señalando que no siempre se trata de querer hacer jugar la ley, sino el propio miedo.