

## ELEMENTOS DE JUICIO EN EL MOMENTO DE LA SENTENCIA

A lo largo del proceso que lleva a la sentencia o al decreto, el superior o el juez deben tomar una serie de decisiones que permita al proceso llegar a su fin natural. Los criterios para actuar en dichos momentos no son sólo subjetivos, aunque siempre haya una dimensión importante de subjetividad en la decisión. Nos proponemos ir desgranando los elementos objetivos de la decisión en función de responder a la pregunta: ¿Qué se sanciona en los distintos caso que pueden presentarse en los tribunales, en relación a los delitos? La realidad que subyace a nuestra cuestión es la que se presenta cuando el sujeto admite los hechos acaecidos, es decir, la acción externa, pero niega todo tipo de intencionalidad delictiva. ¿Se puede castigar? Si no se castiga, dado que no hay intencionalidad, ¿se deben tomar medidas? ¿Cuál es el fundamento jurídico de tales medidas?

Nos damos cuenta que entramos en un terreno muy amplio, y el desafío, dada la cantidad de materia que se presenta, será siempre sintetizar para no perder el sendero que las preguntas nos han presentado.

Tomaremos como centro de nuestra atención la sentencia o el decreto administrativo decisorio, porque son el modelo que luego podremos trasladara a otras decisiones a lo largo del proceso (Investigación previa, decreto conclusivo, etc.).

### 1. El delito

Un primer punto que tenemos que tener en cuenta es qué es lo que se castiga. La respuesta es aparentemente clara, se castiga la violación externa de la ley gravemente imputable a título de dolo o culpa (c. 1321), en otras palabras: el delito. Se me permita ir paso a paso en los elementos de la decisión para ir viendo las distintas etapas de la formulación del juicio final: la sentencia. En general estos pasos no se realizan conscientemente, o en modo separado, sino más bien se llega a la respuesta final en lo que aparentemente es un solo paso.

Resulta evidente que el centro de la afirmación del c. 1321 es la imputabilidad. Tradicionalmente se considera la imputabilidad como una cualidad del acto que posibilita que sea atribuido a un sujeto, el cual, comprobada tal relación, podrá ser llamado a responder por el daño que el delito comporta.

Por lo tanto, el juez en el momento de la sentencia debe comprobar la existencia de un acto externo que haya sido puesto en violación de la ley, ya sea en modo positivo cuando la ley prohíbe realizar un acto (acción), ya sea en modo negativo cuando la misma obliga a realizar una acción (omisión). Sin la presencia real del acto externo de un sujeto no hay decisión posible. Por lo tanto, primera afirmación del juez será: *tal acto existe y es contrario a la ley*.

#### 1.1 Imputabilidad física e psicológica

Pero esto no basta. El acto, para tener relevancia jurídica, debe poder ser relacionado con un actor concreto. No bastaría la constatación de un ilícito para realizar un proceso. El sujeto es un elemento indispensable para que el acto ilícito pueda ser parte de un proceso, porque la pregunta que el juez deberá responder es si tal persona realizó tal acto. Se trata del primer nivel de la imputabilidad, como relación entre un acto y un sujeto, en el cual se responde quién cometió el delito. En este caso la afirmación del juez será: *tal persona realizó tal acto*. Aún en este nivel no se habla de delito, o al menos no en manera absoluta. Se trata de lo que comúnmente se denomina la imputabilidad física, o la relación entre el acto físico y su autor en su aspecto más externo o mecánico. Si la relación permaneciera sólo en este nivel se debería hablar de un “acto del hombre” y no un acto humano, porque justamente se reconoce en la persona la capacidad de relacionarse con sus actos a través de un proceso interno de decisión.

Una vez determinada la relación física se pasa al proceso interno 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 es libre cuando su acción fue el resultado de una deliberación en la que intervino su conocimiento y su voluntad, es decir, que la persona sabía lo que hacía y lo quería hacer. Este es el nivel de la imputabilidad psicológica en la que el juez afirma: *tal persona sabía y quería realizar tal acción*. Evidentemente los elementos enunciados son considerados en su realidad común y no totalizante, es decir, la libertad para actuar supone que, aun estando influenciado por algunos condicionamientos internos y externos, la persona goza de la suficiente autonomía para determinar sus actos. No debemos tampoco pensarse en una conciencia tal que pueda tener en cuenta todos los efectos posibles de un acto, sino al menos de aquellos que una persona prudente debe tener en una cierta situación. Lo mismo se puede decir de la voluntad, en cuanto se requiere que la persona tienda a la acción en un proceso normal de búsqueda.

## 1.2 La imputabilidad moral

Hasta aquí hemos enunciado los elementos fundamentales del actuar humano, pero esto no basta para verificar la existencia de un delito. La persona actúa por un fin el cual, en general, es percibido como algo bueno para él. Una madre se ocupa de su hijo porque lo ama y porque considera que es lo normal demostrar tal amor. Este acto es percibido como un bien a poner en práctica. Un ladrón sustrae cosas que pertenecen a otros porque considera esto como un beneficio para sí. Tal beneficio es un bien para él, que obviamente no le gustaría sufrir como víctima, por lo tanto, no se engaña diciendo que no produce un mal a otros, lo cual está presente en el horizonte de su acción.

La imputabilidad llamada moral es la que se adjudica a un sujeto como su autor, en función de una ley moral que indica a la persona como buena o mal, porque su acción es conforme o no a tal ley moral que indica dónde está el bien y dónde está el mal. Como resulta claro, el juicio sobre la moralidad del acto actúa como un juicio de mérito o desmérito de la persona actuante. Aunque hemos separado la moralidad del acto del aspecto psicológico, es evidente que son elementos que perciben en modo simultáneo: la voluntad no quiere sino aquello que percibe como bueno. Como hemos dicho para el nivel anterior, también aquí la búsqueda del bien o del mal ínsitos en el acto, deben ser juzgados según la objetividad del acto que normalmente es percibido como bueno o malo. Por lo tanto la imputabilidad moral supone la imputabilidad física y psicológica (acto libre, voluntario y consciente) que además se adecua al bien o al mal.

Se inserta aquí un nuevo elemento: la responsabilidad. Los actos buenos o malos implican que la persona será llamada a *responder* a terceros por tales actos. No se trata entonces solamente de la relación entre el sujeto y el acto, sino también entre estos dos elementos y otra u otras personas. Esta distinción supone que, aun cuando el acto sea secreto y oculto, el hombre deberá responder al menos en el tribunal de su conciencia a Dios. Obviamente en el plano social, la persona será llamada a responder ante otros hombres, especialmente por el mal cometido.

¿Cuáles son los elementos presentes en la imputabilidad moral cuya mayor o menor presencia determinará el grado de responsabilidad del sujeto?

En todo lo que estamos presentando, relativo al mérito o demérito del acto, es evidente que nos interesa aquellos actos que actúan el mal, es decir, los *pecados*<sup>1</sup>. Tradicionalmente se distinguen en el pecado, en primer lugar la *materia* debe ser *grave*. Se trata de la objetiva amenaza o daño moral de la norma violada. Cuando la materia es leve no se habla de pecado que será penalmente relevante, lo

<sup>1</sup> Si hablamos de pecado es porque consideramos a la persona delante de Dios y de la Iglesia.

cual excluye la posibilidad de considerar el acto como delito, como diremos más adelante. Tal gravedad puede ser considerada en manera:

a) *objetiva*: es decir, que la gravedad está dada por la materia que protege la norma, la repercusión social de su violación, etc. Es grave aquello es protegido por un tipo penal, por tanto es grave lo que el legislador determina que es tal... en el fondo esta gravedad tiene un aspecto subjetivo importante, dado que depende del legislador, y un aspecto político, según la repercusión social de la violación de la norma, lo cual supone que el legislador puede sufrir los embates de los grupos de presión en un cierto momento. Esta apreciación no quiere afirmar el contrario, es decir, que es enteramente subjetiva y transitoria.

b) *Subjetiva*: se requiere que el sujeto haya intervenido con la suficiente advertencia y deliberación en la comisión del delito. Se requiere además, que la persona tenga como objeto de su intención un objeto malo, un mal, de modo tal que se pueda decir que ese acto es un pecado grave, además de un delito<sup>2</sup>.

Una vez determinada la materia grave, que es una cualidad objetiva del acto, el juez debe adentrarse en la percepción del grado de intervención de los elementos cualificantes del acto moral: plena advertencia (dimensión intelectual) y suficiente deliberación (dimensión volitiva). No se trata simplemente, como en la imputabilidad psicológica, de responder a las preguntas *¿sabía lo que hacía? ¿quería hacerlo?* Sino que deben ser pasadas por la criba del aspecto moral del bien o del mal.

Si nos detenemos en la *plena advertencia* deberemos determinar si la persona que cometió un delito tenía conciencia del fin del acto que estaba realizando. Se define este elemento como el acto mental por el cual la persona se da cuenta de lo que está por hacer o de lo que está haciendo y de la moralidad (como bueno o malo) del acto. No se trata de que la persona que violó la ley tenga la directa intención de violarla o de hacer algo malo, mucho menos una especial maldad en su actuar, sino que es suficiente que la persona, *saltem in confuso*, en un mínimo nivel, sea consciente de hacer algo que no está bien hacer y no quiera evitarlo. En este caso se requiere que la persona quiera el mal.

Esta cualidad del acto puede resultar disminuida por la inadvertencia, la ignorancia o por el error, que son justamente lo contrario o al menos distinto, de la plenitud de la advertencia del fin del acto. La ignorancia, nos interesa aquí sólo aquella sobre los hechos, supone que la persona no conoce el bien o el mal implícito en su acto. No conociendo tal mal no se puede hablar de pecado. Evidentemente la ignorancia puede deber su existencia a causas que dependen o no dependen del sujeto, lo cual hace que sean o no culpables, vencibles o no. Una nueva ley que prohíbe ciertos hechos que no se hace pública, provoca necesariamente la ignorancia invencible, por lo que no se puede calificar tal acto como pecado y tanto menos castigado como delito. Obviamente cuando la ignorancia es vencible puede ser atribuida al sujeto como demérito y no excluir la sanción penal.

El error es el conocimiento parcial y equivocado del bien o del mal por el cual se cree conocerlo cuando en realidad no se lo conoce.

Un último punto que puede ser importante es que todo vicio en la advertencia, que interesa la capacidad de ver el bien o el mal a realizar o a evitar, vicia la intención de la persona, es decir, toca a su voluntad, porque de haber sabido el mal que se estaba realizando no se lo hubiera realizado.

### 1.3 La imputabilidad jurídica

Si se considera como *imputabilidad moral* la virtud del acto que imputa al autor la bondad o maldad del acto que ha realizado, la imputabilidad jurídica da un paso más adelante. El acto realizado,

<sup>2</sup> Es de tener en cuenta que el CIC17 no hablaba de imputabilidad grave sino de imputabilidad moral, lo cual en esencia quieren afirmar lo mismo.

además de su calificación moral, posee una conformidad o disconformidad con la ley. Cuando el acto es conforme a la ley se dice que es un acto lícito. Cuando se trata, además, de la ley penal, además de ilícito tal acto es considerado como delito. Se trata de confrontar el acto, en sus aspectos físico, psicológico y moral, con una decisión de la autoridad, previa al acto mismo, que se ha plasmado en una ley penal, en un tipo penal. Tal conformidad es la que llamamos imputabilidad jurídica.

Los requisitos para la existencia de la imputabilidad jurídica los encontramos en los otros niveles de imputabilidad antes mencionados: que tal persona haya realizado el hecho, considerado malo, con intención deliberada y suficiente advertencia. La diferencia que hace de esta imputabilidad algo distinto de las antecedentes, es la conformidad o no con una ley penal.

Dos son las consecuencias de lo que acabamos de decir: a) la advertencia y la intención tienen que estar dirigidas a la violación de la norma y b) sin imputabilidad moral no hay imputabilidad jurídica, sin pecado no hay delito. De Paolis presenta la relación entre ambos niveles de imputabilidad como el del género (moral) con la especie (jurídica)<sup>3</sup>.

La pregunta que podemos hacernos es si es tan estrecha la relación entre ambos niveles de imputabilidad, por qué no detenernos en el plano moral sin preocuparnos del jurídico. La respuesta es evidente, porque la Iglesia ha considerado, como sociedad de hombres, que ciertos comportamientos nocivos no pueden quedar sólo en el plano del pecado, sino que deben ser considerados profundamente lesivos de la sociedad la cual no puede no intervenir para arrancar el mal de su seno. De la misma manera, la Iglesia ha seleccionado, elegido, luego de una atenta valoración cuáles pecados merecen además una sanción en el foro externo.

¿Bastaría, entonces, que un reo alegase que no tuvo la real intención de hacer lo que hacía, o no le daba el significado que el acto posee para exonerarlo de toda culpa jurídica o para atenuarla? Esto, en el plano moral, o en el plano de la confesión, puede ser tenido en cuenta en el momento de juzgar la moralidad del acto, porque el confesor, por ejemplo, se debe fiar de la conciencia del penitente. ¿Basta esto para el ámbito jurídico?

Para responder a estas preguntas debemos remontarnos a la relación entre ambas imputabilidades. Retomando la reflexión de Michiels en la materia vemos que si bien ambas imputabilidades poseen una estrecha relación no poseen la misma raíz o fundamento. Mientras que la imputabilidad moral se basa sobre la intención de hacer el mal, al menos en líneas generales (*saltem in confuso*), la imputabilidad jurídica no necesita probar la intrínseca maldad del operar, o la maldad del agente. De hecho, cuando se verifica la presencia del dolo penal al cual hace referencia el c. 1321, no se trata de una intención de la voluntad maliciosa de engañar a alguien o de incumplir una obligación contraída, sino simplemente la advertencia e intención de violar una ley<sup>4</sup>.

La razón de tal límite en el concepto de dolo es justamente porque más allá de la prueba de la imputabilidad física y psicológica, el juez se atiene a sólo los actos externos<sup>5</sup>. Es como si la ley exonerara al juez de indagar sobre las intenciones, dejando al imputado romper con la presunción del c. 1321 §3 que supone que cuando la acción ha sido realizada se presume la imputabilidad<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Cfr. V. DE PAOLIS, «La imputabilità dell'atto delittuoso nel libro V del CIC», in *Atti del Colloquio romanistico-canonistico*, Roma 1983, 424.

<sup>4</sup> Art. 931 del Código Civil Argentino: «acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto es toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin»

<sup>5</sup> Los actos, en general, poseen una normal valoración de buenos o malos, legales o ilegales, en modo casi evidente. Puede sin embargo restar siempre un espacio a la ambigüedad de tal valoración, la cual deberá ser determinada posteriormente por el actor cuando querrá probar que en realidad hizo algo bueno (robar por hambre, matar en defensa propia, etc.).

<sup>6</sup> Afirmo el conocido aforismo: *de interno non indicat ecclesia*.

Cuando se habla de la imputabilidad, se establece en el canon en cuestión, que puede ser a título de dolo o de culpa. El dolo, dijimos, se verifica cada vez que el autor quiere violar la ley<sup>7</sup>. Como se puede ver se trata de una moción de la voluntad. Este aspecto *volitivo* consiste en la voluntad actual de la persona de poner un acto determinado: el acto que la ley considera antijurídico<sup>8</sup>. Este es el aspecto más importante del delito. Extrañamente nos encontraremos alguien que manifieste esta voluntad en modo tan claro y determinado. En general, los hechos nos demuestran que los delincuentes manifiestan un desinterés por la ley<sup>9</sup>; pueden saber vagamente que existe la ley, pero pareciera que esto no les sirve como guía de sus actos. Este desinterés a veces adquiere la semblanza de pasiones como: la lúbrico, el odio, la venganza<sup>10</sup>.

Por otro lado, el aspecto *intelectivo* del dolo, como de cualquier acto humano, supone el conocimiento de la ley que se está violando (que existe una ley y que tal es su contenido), exigible a un miembro común de esa sociedad<sup>11</sup>.

A nivel de efecto, es decir, la consecuencia directa en el mundo físico de sus actos, puede ser que la persona sepa y quiera el efecto buscado, o lo busque al menos vagamente. Se trata no sólo de una prescindencia de la ley, sino también de que el efecto querido es, y este es el nexo más fuerte con la imputabilidad moral, es prohibido por la ley, y lo es, porque es malo<sup>12</sup>. El conocimiento del efecto, según mi opinión, debe ser también *saltem in confuso*, porque no faltan los ejemplos en los que los delincuentes que se excusan en la no suficiente advertencia de los efectos de sus actos. El mínimo está dado por el conocimiento de las personas de la misma edad y formación. Puedo no saber estrictamente hablando cuáles son los efectos de un abuso sexual, pero sin duda sé qué es un abuso (al menos en abstracto), que mi comportamiento no es el que comúnmente realizan las personas de mi misma condición, y que quiero obtener tal tipo de placer. Se debe distinguir el objeto del acto de las consecuencias de tal objeto, es decir, que una cosa es lo que busco (busco el placer) y otra cosa los efectos que tal acto se derivan (la lesión al niño, el escándalo a la comunidad). El objeto buscado es el “bien personal” del reo que, como suele suceder, no considera el daño que esto puede producir, o considerándolo no le importa. Es interesante cuanto refiere Michiels cuando dice que, hablando del c. 2000 §1 CIC17, el dolo del agente consiste esencialmente no en el acto de la razón, como conciencia del crimen o conocimiento del efecto antijurídico de los actos puesto, sino en el acto de la voluntad, que libre y deliberadamente pone el acto criminal, conocido como anti jurídico<sup>13</sup>.

El otro título de imputabilidad es la culpa, que nada tiene que ver con la culpabilidad o adjudicación de un acto malo a una persona, sino la negligencia que el autor demuestra en su actuar. Dos notas son propias de la culpa: a) que se trata de un querer el acto, y de no querer el efecto que toda persona normal y común hubiera podido prever, y no ha evitado; b) la negligencia está

<sup>7</sup> El c. 2199 del CIC17 definía el dolo como: «dolus hic est deliberata voluntas violandi legem». Es decir, la voluntad deliberada de violar la ley.

<sup>8</sup> «Voluntas criminosa, qua effectus anti-juridicus directe intenditur seu positive externe ponitur actus, qui legi noscitur contrarius». G. PELLEGRINI, *Ius Ecclesiae Poenalis*, I. De delictis, Roma 1920, 82.

<sup>9</sup> Este desinterés supone de alguna manera que la persona conoce, al menos vagamente, la existencia de la ley.

<sup>10</sup> Cfr. Cf. A. CALABRESE, *Diritto penale canonico*, Città del Vaticano 1996<sup>2</sup>, 44-45, G. MICHELS, *De delictis et poenis*, I, Parisiis-Tornaci-Romai-Neo Eboraci 1961, 112-114

<sup>11</sup> Se note que no hemos hablado del conocimiento de la pena, dado que eso exigiría que el delincuente tenga un conocimiento superior del ordenamiento canónico.

<sup>12</sup> Michiels afirma que el dolo posee dos elementos. En primer lugar el elemento intelectual que supone el conocimiento de la ley que se viola (saber que existe tal ley). No se trata de que se sepa que hay una ley penal, sino simplemente que está mandado hacer o evitar una acción concreta. Además, aún como elemento intelectual, la advertencia del carácter antijurídico del acto tanto como la previsión del efecto anti-jurídico. Pertenece al ámbito de la voluntad tanto la libertad de actuar en el caso concreto, como la voluntad actual positiva de realizar el acto determinado, que se sabe contrario a la ley, como fin y como medio. Cfr. G. MICHELS, *De delictis et poenis*, I, (cfr. nt. 10), 110-111.

<sup>13</sup> Cfr. G. MICHELS, *De delictis et poenis*, I, (cfr. nt. 10), 111.

reservada en el código no como figura menor de los delitos sino como parte del mismo tipo penal, como se puede observar en el c. 1389 §2.

Volviendo nuestros pasos sobre el c. 1321 §3, del cual hicimos una breve mención, el legislador interviene para evitar al juez el engorroso y no menos peligroso ingreso en los meandros de la intención humana. Se parte del presupuesto que se juzga según lo que normalmente los actos nos dicen: que fue realizado, que lo hizo una persona, que esa persona quería realizar lo que hizo. La base de tal suposición es que normalmente las personas sanas actúan libre, consciente y deliberadamente. La presunción establecida por la norma establece que se presume la imputabilidad del acto, es decir, que el autor ha querido realizar la acción. Esto no se debe confundir con la autoría del delito. Se presume la imputabilidad psicológica y física del acto. Acertada la violación de la ley, con tal acto, se determinará si existe el dolo o la culpa. No tocará al juez determinar los límites subjetivos de la imputabilidad moral, porque el mundo del derecho debe basarse sobre actos externos. Tocaré en cambio al imputado, la prueba de la falta de imputabilidad moral y/o jurídica del acto.

Aún aquí necesitamos hacer una precisión. La presunción cae ante la apariencia contraria, no sólo delante de la prueba en contrario. Basta que aparezcan elementos de probabilidad para poner en duda la presunción de la imputabilidad.

#### 1.4 ¿Pecado o delito?

Se suele afirmar que cuando no existe pecado no se verifica el delito. Es cierto, pero conviene hacer una aclaración. Afirmar que todo delito es pecado se apoya fundamentalmente en que la materia elegida para ser protegida penalmente es además, un bien cuyo opuesto es un mal grave.

En este sentido Michiels decía que la imputabilidad moral y la penal siguen un mismo proceso mental para llegar a su juicio sobre la conducta valorada. Esto significa que los elementos de la imputabilidad psicológica se confrontan en el mismo modo con el bien como valor y con el bien protegido por el tipo penal. El superior se hará las mismas preguntas pero en relación a dos objetos de valoración diversos.

Agrega el mismo autor, que no obstante se haga el mismo camino mental, la raíz moral no es un paso previo ni la raíz de la imputabilidad penal. Esto quiere decir que no es estrictamente necesario probar que la persona poseía plena conciencia de cometer un pecado y querer lesionar el bien protegido, para luego probar que quería violar la ley penal. Supongamos que un sacerdote que sostenga que no obedecer al obispo o a su superior no sea una falta grave, o un pecado grave: ¿se le puede aplicar la pena prevista o habrá que respetar su conciencia?

Más allá del valor del fundamento en la doctrina de Michiels, otra pregunta que podemos ponerle al autor: ¿no se podría caer en un mero extrinsecismo o en un mero positivismo si abandonamos la secuencia de las dos imputabilidades? No pienso que se caiga en un mero extrinsecismo del derecho penal si no hay renuncia al análisis de la verdadera intención del autor. Si la persona, sin su culpa no supiera que estaba violando una ley, no podría ser castigado (c. 1323 2º). Todas las circunstancias eximentes de la pena o su atenuación quedan en pie indicando justamente la interioridad de la persona en su intención.

No podemos olvidar que el Superior tampoco actúa como un confesor aunque, como dijimos, procede mentalmente más o menos de la misma manera. La diferencia, dado que se encuentra en el foro externo, es que deberá tener en cuenta la ley, y no sólo el valor, como criterio objetivo de valoración de la acción criminal.

Separar ambas imputabilidades tiene la ventaja de que no tendrá el Promotor de Justicia o el Superior, probar un proceso interior que le es inaccesible, al cual sólo tiene acceso el mismo delincuente.

## 2. Criterios de juicio

De lo que acabo de decir pareciera deducirse un extremo extrinsecismo del derecho: verificada la existencia de la acción se aplica directamente la pena. Ciertamente, el legislador ha querido ofrecer criterios de juicio sobre la imputabilidad para establecer, como hemos hecho referencia, el grado de implicación de los aspectos físicos, psicológicos y morales, para determinar la medida de responsabilidad del reo. A través del análisis las circunstancias eximentes, atenuantes o agravantes, el código ofrece criterios de juicio objetivos, dejando al reo la prueba de la subjetividad psicológica que pueda excluir la responsabilidad penal. Veamos los casos en que la sanción no se debe aplicar.

El primer criterio sería aquellas situaciones en que si bien la persona puede comprender y querer la violación de la ley, es exonerado a priori, por el mismo legislador, de toda responsabilidad penal. Dos son las situaciones contempladas: cuando la persona que delinque en el momento del cometer el delito no ha cumplido los 16 años de edad y cuando la persona que comete el acto actúa movida por el miedo grave (aunque sólo sea relativo) o por necesidad o para evitar un grave perjuicio<sup>14</sup>. En estos casos la persona ya sea por inmadurez o por un acto externo, no posee la plena libertad, por lo tanto, sin entrar en detalles, la ley los declara no punibles. Esto son imputables pero no punibles.

El segundo criterio es la consideración de aquellas circunstancias en que falta la imputabilidad jurídica, por lo tanto no se puede hablar de delito. En este punto encontramos las situaciones en que el reo ignoraba, sin culpa suya, que estaba violando la ley, o actuó bajo el influjo de la fuerza física, o en una situación de fortuito, etc.

Por último, aquellas situaciones en que supone que la imputabilidad jurídica (suponiendo los otros grados de imputabilidad) es inexistente o tan disminuida que no puede afirmarse que se haya cometido un delito. En primer lugar aquellos que usualmente carecen del uso de la razón, aún cuando hubieran cometido el acto cuando “parecían” sanos (c. 1322). A su vez el c. 1323 6º, contempla a quien en ese momento carecía del uso de la razón. En el primer caso, se establece una presunción *iuris et de iure* que no admite prueba en contrario. En el segundo caso, la persona habitualmente sana, carece del elemento psicológico esencial para la imputabilidad. En el primer caso se deberá probar la habitualidad del estado, en el segundo la presencia circunstancial de la demencia<sup>15</sup>.

Las circunstancias pueden no solamente denotar que no existió imputabilidad o esta se encontraba muy disminuida, sino también aquellas situaciones en que el legislador ve allí una mayor imputabilidad. Sería el caso de aquel que es reincidente o aquel que está constituido en dignidad o abusa de su oficio para cometer el delito o, finalmente, quien pretender hacer pasar su delito como culposo. Se trata de tres situaciones en que el reo se supone conoce más de cerca la ley y la utiliza para perpetrar su fin maléfico (c. 1326). En estos casos se recomienda agravar la pena por haber una mayor responsabilidad.

<sup>14</sup> «... a no ser que el acto fuera intrínsecamente malo o redundase en daño de las almas». Can 1323 4º. En estos casos, afirma Marzoa, el legislador supone que por la calidad del acto, el reo será castigado igualmente, pero se lo deberá considerar como causa atenuante de la imputabilidad por cuanto el miedo, la necesidad o el grave incómodo permanecen. Cfr. A. MARZOA, «Comentario al c. 1324», en Á. MARZOA-J. MIRAS Y R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, T. IV/1, Pamplona 2002<sup>3</sup>,320.

<sup>15</sup> Cuando no estando en sus cabales plenamente por una razón que es imputable al reo (embriaguez, drogadicción, etc.), entonces se lo considera como atenuante, siempre que no haya sido provocada para delinquir (c. 1325).

### 3. Aplicación a la sentencia

#### 3.1 Valoración de los hechos

Llegados a este punto me parece importante poner un caso ejemplificativo que nos permita seguir en nuestra reflexión.

Un sacerdote de más de 40 años, que en el momento de preparar la Misa, en la sacristía, estando presente algunos adultos, se ponía a jugar con los monaguillos, tocándoles las partes íntimas. Juego, por otra parte, que suscitaba mucho estupor en los adultos presentes, los cuales fueron los que posteriormente presentaron la denuncia. El acusado admitió los hechos, así como también algunos tocamientos y otras situaciones imprudentes (estar echado viendo televisión en su cama con los niños que vivían en la parroquia) en los que estaban incluidos los menores de edad. La defensa del reo fue, que el juego fue realizado “como una mera imprudencia”, un juego inocente sin ninguna otra intención. El juez de primera instancia lo absolvió haciendo suyas las palabras del reo: se trataba sólo de una imprudencia y nada más.

Las dos respuestas que se pueden dar en este caso son opuestas entre sí. La primera, que fue la del tribunal de primera instancia es la de declarar la inocencia porque falta la intención criminal en la persona. La segunda, que se va haciendo uso en los tribunales, considera la falta en modo objetivo como un pecado contra el sexto mandamiento, procediendo directamente a la condena del reo.

Las dos respuestas nos dejan la sensación de algo incompleto. Afirmar la absoluta inocencia sin más, sin tener en cuenta otros elementos que puedan iluminar la verdadera intención, indicando el acto como algo más serio. En el fondo es un acto de injusticia para con la sociedad y un acto de negligencia en el oficio, limitarse a un análisis tan superficial, compartimentando los hechos, aislándolos entre sí.

Por otro lado, esta decisión deja de tener en cuenta un elemento esencial del acto realizado. Que a pesar de que se lo pueda declarar inocente, queda la posibilidad de que tales actos puedan volver a repetirse, es decir, la peligrosidad demostrada por el reo, del cual la sentencia de primera instancia parece haberse olvidado completamente.

La sentencia contraria que, verificados los hechos procede a la aplicación de la pena nos plantea la pregunta sobre toda la reflexión sobre el valor de la imputabilidad como requisito sine qua non para la aplicación de una pena. Cuando el código determina que la sentencia debe estar fundada en los hechos y en el derecho (cc. 1611-1612), quiere, de alguna manera, que las partes puedan conocer el razonamiento de la decisión para poder impugnar lo que consideren equivocado o injusto, y aceptar con fundamento la justicia aplicada. A mi manera de ver las cosas, se trata de un acto de injusticia para con el delincuente, para determinar con precisión el límite de tal imputabilidad (inmadurez, debilidad, distracción, etc.).

Hay algunos hechos que necesitan aclaración para poder determinar la responsabilidad del autor. En primer lugar la imputabilidad de la acción. Es evidente que la persona quiso tocar los genitales de los monaguillos; quiso besar y tocar a los niños; quiso estar echado en la cama viendo televisión con los niños. Sabía lo que estaba haciendo en cada uno de estos actos. Por lo tanto no podemos decir que faltaba la imputabilidad psicológica.

Tratándose de un sacerdote de una cierta edad, no podía no saber algunas otras cosas. El juego de tocarse los genitales es común entre adolescentes, como una forma de probar fuerzas, de someter al otro, etc. Esta característica es tal que, cuando uno ha crecido, no acepta entrar en el juego. Es más, si alguno intentara hacerlo jugar, seguramente se molestaría con el otro rechazando el intento en forma más o menos fuerte, porque se afirma que “no es propio de la edad”, lo cual quiere decir que



no desea someterse a otros en el juego. De hecho, los adultos presentes en la sacristía donde se producía dicho juego “imprudente” manifestaron inmediatamente su estupor ante la situación.

Si al hecho del juego se agregan los otros hechos bastante más explícitos de besos y tocamientos, como el imprudente yacer con los niños en la misma cama, nos dan la impresión que tal juego comportaba algo más. El indicio es que allí había una suerte de placer buscado. En este punto la imputabilidad comienza a completarse con otros elementos. El acusado sabía cuál era el fin de sus actos y lo quería. Este saber, y he aquí el dilema, tal vez no era del todo consciente. Si esta hipótesis es verdadera, la consecuencia es que a la persona le faltaba el elemento intencional: no busco el placer sino el jugar<sup>16</sup>.

Como hemos dicho anteriormente, la conciencia del acto y la intencionalidad criminal no es necesario que están determinados en el mínimo detalle. Basta una conciencia y una voluntad al menos general sobre el sentido de los actos. Justamente, la edad y la formación son un indicio sobre la conciencia del sentido de ciertos actos, o mejor aún, nos hacen exigir que ciertas actitudes no se verifiquen porque no son propias de ciertas personas. Resultaría extraño que el criminal, con las cualidades que hemos referido, no supiera concretamente sobre la inconveniencia de sus actos, que dicho en otras palabras, que no estaba bien hacerlo, y que haciéndolo, demostraba una intención de hacer algo malo y de ir contra la ley (c. 1395).

Se podría objetar que el acto del reo, el abuso del niño, es un efecto no querido por el autor, como si fuera preterintencional. Este tipo de delito se produce cuando el autor, utilizando medios que no están directamente dirigidos al efecto producido, lo realizan como consecuencia del acto del delincuente. Esta figura penal se utiliza en el derecho estatal para los homicidios, no tanto para los actos de carácter canónico. De todos modos, como respuesta a tal objeción, es importante afirmar nuevamente que el autor sabía qué acto estaba por cumplir (tocamientos, besos, juegos, etc.). Ciertamente sabía que el acto le producía placer, que ese placer era ilícito, y mucho más buscado por un sacerdote. No podía no saber que al menos eran seriamente inconvenientes y/prohibidos. Quiso, sin duda, realizar lo que era inconveniente o prohibido, por lo tanto se configura la imputabilidad jurídica y moral. El daño causado a los niños es un efecto posterior que tendrá que ser evaluado en el momento de determinar las sanciones.

Es importante hacer notar que en estos casos, los abusadores están sometidos a un especie de engaño pensando que el placer no es malo, dado que aparentemente no hay daños físicos o demasiado evidentes. Muchas veces se manifiestan sorprendidos cuando se los acusa, alegando cosas absurdas tales como: “¿por qué se sorprenden tanto si lo hice delante de los padres?” o “aquí se está interpretando en modo exagerado mis acciones”. Este tipo de razonamientos pueden engañar al juez o superior no avezado a interpretar en la misma forma los hechos.

### ***3.2 Medias posibles***

Sabemos que la dinámica del abusador sexual es muy compleja, donde “siempre” entran muchos elementos psicológicos que indican una imputabilidad al menos reducida, tales como la no conciencia de estar haciendo algo malo, la negación de los hechos, etc<sup>17</sup>. No siempre se hace fácil determinar la medida de tal reducción, y no siempre es fácil, aceptar que personas aparentemente normales haya podido actuar con una imputabilidad limitada. Al juez canónico o al superior toca valorar el resultado

<sup>16</sup> Evidentemente aquí no se trata de un acto producto de una compulsión psicológica que quitaría al mismo la libertad necesaria, lo cual excluiría la imputabilidad y sería un circunstancia eximente la pena (c. 1323).

<sup>17</sup> En un caso, el reo manifestaba su estupor delante de su superior ante la rabia de los padres, por haber tocado a sus hijos, aduciendo que lo hacía en presencia de los mismos, como si ello fuera una prueba suficiente para probar que no tenía maldad en sus actos.

de las pericias psicológicas para ver en qué medida la persona pudo actuar en modo consciente y deliberado.

No habiéndose probado la existencia de eximentes el juez o el superior deberán aplicar una sanción canónica o suplirla con una penitencia o diferir la sentencia hasta otro momento más oportuno. En este sentido debería dejar sin castigo sólo aquello que carecieran del uso de la razón o que se encontraban en un momento de demencia momentánea (cc. 1322 y 1323, 6°), cuando el reo actuó bajo el influjo de una compulsión psicológica, pero esto, obviamente esto deberá ser probado en el foro externo.

Un elemento importante en este momento es la calidad de la persona, su historia, su trabajo, etc., así como también la entidad de los delitos realizados. Si nos encontramos con un reo que ha realizado un delito en un único momento y que, más allá de esto, ha vivido una vida “normal” y entregada a su apostolado, no podemos determinar la misma sanción que para el caso de una persona que presenta una serie de delitos distintos, donde el aspecto sexual es sólo un elemento. En este último caso, pareciera que lo mejor es intentar la dimisión del estado clerical, dada la actitud demostrada ante la ley y la voluntad de no cambiar.

En el primero me parece importante detallar algunos elementos que pueden integrar la sentencia o la decisión del juez. En primer lugar el aspecto *privativo*: la pena. Se trata de un acto delictivo que ha producido seguramente daños, y esto merece una respuesta de parte de la comunidad a través de las autoridades. No sería equivocado, si el reo es un párroco, que se le prive del oficio, para evitar que tenga contacto con población a riesgo y para evitar otros posibles escándalos. Se le puede prohibir el contacto con niños, u obligarlo a vivir en un determinado lugar (c. 1336).

El aspecto *reparativo*: el daño. Como dijimos, todo aquel que ha producido un daño está obligado a repararlo de alguna manera. Tocaré al juez o al superior, evaluar el tipo y la cantidad del daño y cuantificarlo en una suma de dinero que tocará al condenado a pagar. Esto, obviamente tendrá en cuenta la situación financiera del reo para evitar que pueda vivir en la indigencia (tengamos en cuenta que ha perdido el oficio).

El aspecto *propositivo*, por llamarlo de alguna manera. Se trata de establecer, en modo más o menos determinado, qué tipo de conducta o qué tipos de ayudas el reo deberá asumir. Por ejemplo se le indica que debe seguir una terapia psicológica, dirección espiritual, etc. Se le puede indicar un curso de formación en el área de su delito, o un trabajo pastoral que le permita vivir su ministerio, con o sin condiciones, etc. El c. 1345 nos ofrece una luz cuando determina la posibilidad de echar mano a “otras maneras” (aliter) para alcanzar el fin de la enmienda del reo. En definitiva, es el fin de la pena el que debe guiar este aspecto propositivo que tiende a afianzar un tendencia diferente en el delincuente que está dispuesto a aceptarla.

Me parece importante, que este último aspecto no sea una mera propuesta, sino la determinación obligatoria bajo apercibimiento de penas canónicas bien determinadas en la sentencia o en la decisión.

Pero, ¿qué sucede cuando se verifica la falta de imputabilidad de un acto que ha producido daños serios? ¿Cómo justificar la posibilidad de medidas a adoptar?

Es evidente que cuando falta la imputabilidad la pena no puede ser impuesta. Esto lo exige la justicia más elemental. Sin embargo dos elementos quedan en pié: el daño producido y la posibilidad de la reincidencia en el delito.

El *daño* es siempre una posibilidad en la vida de las personas y de las comunidades, pero hay ciertos daños que exigen una mayor protección jurídica dada su importancia para la subsistencia de la comunidad. Podemos decir que hay daño de tipo espiritual y daño de tipo material. El primero toca

los aspectos que hacen a la fe y las costumbres. El segundo, a la integridad de las personas (física, psicológica y moral).

Se parte del principio que todo acto que produce daño debe ser reparado, más allá del ámbito en que esto se produce, como lo afirma el c. 128:

*Todo aquel que causa a otro un daño ilegítimamente por un acto jurídico o por otro acto realizado con dolo o culpa, está obligado a reparar el daño causado.*

El daño no es parte del delito, sino una consecuencia del mismo, y como tal debe ser tratado. Su importancia se verifica en el momento de se debe determinar la responsabilidad del delincuente, para acordar posteriormente la sanción a imponer.

De hecho, el código prevé un procedimiento para la acción por el resarcimiento de daños (cc. 1729-1731) que puede ser puesto en acto junto o posteriormente al proceso penal canónico. Este procedimiento debe ser tenido en cuenta siempre, porque cada uno es responsable del daño que causa.

El segundo elemento es la *peligrosidad*. Todo delito indica una cierta tendencia a la repetición porque pone de manifiesto una debilidad en la estructura de la persona, que puede ser psicológica, moral, eclesial, etc.

La peligrosidad podría aparecer como un concepto no jurídico, sin embargo se trata de una categoría utilizada frecuentemente en el código<sup>18</sup>. El peligro puede ser entendido como una situación en la que, sin haberse producido el hecho previsto, puede verificarse con alta probabilidad. El hecho previsto es, más allá de la muerte, un daño serio para la moral, para la integridad de los sacramentos, para la doctrina, etc.

Sin entrar demasiado en detalles, teniendo en cuenta cada reo y cada situación, el juez o el superior tendrán que determinar, con la ayuda de peritos, la posibilidad de que el reo pueda repetir el acto. Ciertamente se podría objetar que tal probabilidad está presente en todo reo. Ciertamente, pero hay ciertos delitos, como por ejemplo aquellos cometidos en el ámbito sexual o en el monetario, que implican una fuerte componente psicológica que, de no ser atacada convenientemente, pueden llevar al reo a delinquir nuevamente.

En este sentido puede sernos de ayuda el c. 1348 que dice: «Cuando el reo es absuelto de la acusación, o no se le impone ninguna pena, puede el Ordinario velar por su bien y el bien público con oportunas amonestaciones u otros modos de su solicitud pastoral, o también, si es oportuno, con remedios penales».

Como se puede ver, se trata de aplicar otras medidas oportunas. El código deja abierta a la determinación de quien conoce mejor la situación, que es el ordinario, las medidas más convenientes a aplicar. Obviamente la medida no es en relación al delito, porque no se puede considerar tal, sino a todo el conjunto de elementos que surgen del mismo, que indican una peligrosidad en el actuar de la persona. En el caso analizado, si hubiera sido declarado inocente, restaba evidente la grande imprudencia del sacerdote, fruto posiblemente de una gran inmadurez.

#### 4. Conclusión

Nos propusimos al inicio mostrar cuáles son los elementos que el juez o el superior deben tener en cuenta en el momento de juzgar sobre un acto delictuoso, para iluminar qué elemento en particular y en qué medida debe ser tenido en cuenta. Dicho elemento es la intención del delincuente,

<sup>18</sup> La mayor parte de las veces en relación a la muerte; un buen número de veces unido a daño o a la moral, o al error o a los sacramentos. Cfr. X. OCHOA, *Index verborum ac locutionum Codicis Iuris Canonici*, Roma 1983, 313-314.

aunque indeterminada, de realizar un acto contrario a ley. Intención que supone la percepción de algo contrario a la ley y, a la vez, considerado como un mal.

Hemos visto que tal intención puede ser disfrazada para una mirada superficial como algo no querido en realidad, confundiendo el daño no querido con el fin del acto. No se puede, como hemos visto, identificar la conciencia del mal a producir con la intención del acto. El fin del acto es, en los caos de abusos, la obtención del placer y no el daño o mal a los menores o a la comunidad.

Tal fin debe ser bien claro, porque más allá de que lo considere un mal o bien, nos interesa porque constituye el núcleo de la *fattispecie* y en donde se basa la determinación de la imputabilidad jurídica

Una segunda pregunta que nos hemos puesto es qué se puede hacer cuando el actor resulta inocente, por una imputabilidad limitada, o por falta de delito. Es evidente que se deberá estimar con precisión más o menos cercana, a través de una real pericia médica, la posibilidad de que la persona recaiga en dichos comportamientos. Si esto es posible y si el escándalo está aun vivo en la comunidad, se deberá proveer para que la persona pueda desarrollar su ministerio con ciertos límites y teniendo en cuenta los efectos de esto sobre la comunidad. Si se trata de una cuestión muy grave, se deberá evaluar si conviene darle residencia en una comunidad terapéutica, de suspenderlo o de pedir su dimisión del estado clerical.

En el fondo nos queda como resultado que a pesar de que las cuestiones penales son difíciles, no podemos renunciar a aplicar el derecho. Que esto exige un esfuerzo de ir creando una reflexión que nos permita tener en cuenta los elementos más importantes del mecanismo de juicio que vayan surgiendo de la práctica. Lamentablemente la falta de jurisprudencia en materia, por inexistente y por no conocida, nos impide ayudarnos de la experiencia de otros. De aquí el desafío de cada tribunal de ir comunicando con otros los resultados obtenidos en materia para ir creciendo en este camino de aplicación de la ley.