

## La tipicidad como función de garantía en el derecho penal canónico

Dr. Miguel M.F. Repetto Rolon

### Abstract:

La tipicidad como función de garantía del injusto canónico para evitar el error de tipo y de prohibición y su relación con el principio de legalidad aquí tratados es una cuestión actual al hallarse en pleno proceso de reforma el Libro VI del Código. La exigencia del tipo penal resulta no sólo porque define la acción prohibida en su aspecto externo e interno; sino que también califica a la antijuridicidad y a la culpabilidad que debe corresponderse con el delito tratado. Así aquél despliega su función dogmática autónoma al describir los elementos cuyo desconocimiento excluyen el dolo. El principio de legalidad aunque exige en materia represiva la descripción normativa previa del reproche penal y la previsión de la sanción; en sede canónica, admite también como compatibles al precepto penal y al tipo abierto del can. 1399 pero prohíbe la punición discrecional y no justificada por parte de la Autoridad.

*The typicity as a guarantee function of the canonical unjust in order to avoid the type and prohibition error and its relation with the principle of legality treated here is a current issue when the Book VI of the Code is in the process of being reformed. The requirement of the criminal type results not only because it defines the prohibited action in its external and internal aspect; it also qualifies the unlawfulness and the culpability that must correspond to the crime that is being treated. Thus the former displays its autonomous dogmatic function by describing the elements whose ignorance excludes malice. The principle of legality although it demands in repressive matter the previous normative description of the criminal reproach and the forecast of the sanction; in canonical seat, also admits as compatible to the penal precept and the open type of can. 1399 but prohibits discretionary and unjustified punishment by the Authority.*

### Keywords:

Tipicidad-legalidad- error -salus animarum-dolo-discrecionalidad

*Tipicity-legality-error -salus animarum-malice-discretion*

### 1. Introducción

Los trabajos de reforma del libro VI del CIC invitan a la reflexión sobre la necesidad o no de acuñar los delitos en tipos penales. Esto implica también debatir cómo juega el principio de legalidad en el ordenamiento canónico: si es útil o debe ser librada a la discrecionalidad de la autoridad la decisión de determinar si la conducta desplegada constituye un delito o una infracción disciplinaria; y si se debe aplicar o no una pena.

El pensamiento del P. Wernz<sup>1</sup> expuesto en los albores de la elaboración de la primera codificación, adquiere plena actualidad pues auguraba que el futuro Código se basara en los

<sup>1</sup> Cf. *Ius Decretalium*, Libreria Glachetti, Filii et Soc., Prati 1913, VI, 16-17, n. 7 *in fine*.

principios del derecho penal y que los delitos individuales con sus respectivas penas fueran propuestos en un orden sistemático para despejar cualquier duda e incertidumbre intolerable en el derecho represivo.

Aspiración que seguramente estará presente en la reforma; la que incluso podría tipificar otras conductas aún no previstas en el Código como es el caso del encubrimiento que aparece como una acción diversa a otras formas de complicidad y a los delitos de omisión.

## 2. El derecho penal canónico

Partimos afirmando que la Iglesia tiene un derecho originario de castigar<sup>2</sup> con verdaderas penas<sup>3</sup> a los fieles que cometen delitos. Este derecho tiene como contrapartida su obligación de asegurar la efectiva tutela de los diversos bienes jurídicos<sup>4</sup> eclesiales a Ella confiados. La naturaleza jurídica del derecho penal canónico se evidencia al hallarse presente la coercibilidad como una de las notas reveladoras propias de todo derecho represivo. Astigueta refiere que ésta se evidencia en dos momentos: el primero antes del delito cuando reafirmando la propia misión de instrumento de salvación, constituye un tipo penal como descripción de lo que considera contrario a su propia naturaleza. El segundo, después de la comisión del delito cuando se impone la pena que si bien su aplicación es la *ultima ratio* evidencia lo que ha llamado su medicinalidad. Es decir, la curación del «fiel delincente, hombre imagen de Dios, herido por el pecado, pero miembro de una comunidad de salvados»<sup>5</sup>. Ciertamente ello es así, y en lo que nos atañe, porque la conciencia del ilícito está referida al tipo; y al ser éste divisible siempre tiene que extenderse a la prohibición que está en la base de la figura correspondiente<sup>6</sup>.

Por tanto sostenemos que hay un verdadero derecho penal en la Iglesia, aunque difiera de los ordenamientos estatales<sup>7</sup> y no se haya expuesto aún sistemáticamente una teoría general del injusto. Esto conlleva a que la reflexión se deba ubicar en la trilogía esencial «ley-delito-pena»; pues si alguno de ellos estuviera ausente podríamos estar abandonando el campo estrictamente penal para ingresar en el disciplinar o en alguna zona de intersección entre ambos<sup>8</sup>.

La dogmática jurídicopenal, a partir de los aportes de Liszt y Binding sobre la estructura tripartita del delito, resulta de utilidad para analizar el ilícito canónico; pues toda conducta punible supone una acción típica, antijurídica y culpable; la cual, en su caso, deberá cumplir además con los presupuestos de punibilidad<sup>9</sup>.

<sup>2</sup> Cf. A. CALABRESE, *Diritto penale canonico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 1996<sup>2</sup>, 85.

<sup>3</sup> Cf. G. MICHIELS, *De delictis et poenis*, Societatis S. Joannis Evangelistae Desclée et Socii, Parisii-Tornaci-Romae-Neo Eboraci 1961, I, 18-19.

<sup>4</sup> El bien jurídico es el ideal que se incorpora en el concreto objeto de ataque [cf. C. ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid 1997<sup>2</sup>, I, 63].

<sup>5</sup> D.G. ASTIGUETA, *Medicinalità della pena canonica*, "Periodica" 99 (2010) 251-304.

<sup>6</sup> Cf. G. STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte General. El hecho Punible*, Hammurabi, Buenos Aires 2005<sup>4</sup>, I, 299.

<sup>7</sup> Cf. V. DE PAULIS - D. CITO, *Le sanzioni nella Chiesa: commento al Codice di diritto canonico, libro VI*, Urbaniana University Press, Città del Vaticano 2000, 104-105.

<sup>8</sup> Cf. G. JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid 1997, I, 70-74.

<sup>9</sup> Cf. C. ROXIN, *Derecho Penal*, I, 192-194.

El Código actual no define qué debe entenderse por delito. Es por eso que los autores en general se remiten al can. 2195 §1 CIC 17 que lo describía como una violación externa de la ley –por acción u omisión<sup>20</sup>–, moralmente imputable, capaz de perturbar el orden social eclesial y que llevase aneja una sanción canónica aunque fuera indeterminada<sup>21</sup>. Esta conceptualización nos permite diferenciarlo de otras infracciones que también imponen sanciones<sup>22</sup> que se avecinan a las penas sin serlo<sup>23</sup>.

El marco teórico es fundamental porque si nos detenemos en la primera diferenciación, vemos que el concepto de tipicidad que se relaciona con el de legalidad –pero que no se agota en ésta– adquiere una nueva dimensión en el ámbito eclesial. No sólo va a estar vinculado a la esfera de libertad del fiel cristiano (can. 221 § 3 CIC); sino que también se entrelazará íntimamente con su salvación (can. 1752) y requerirá la necesidad impostergable que la ley le deje conocer qué es lo prohibido y cuál es la pena prevista (can. 1321 § 1).

Entonces, al considerarlo realmente derecho penal deberá sujetarse a ciertos postulados técnicos contruidos por la doctrina penal moderna; pues si fuera meramente disciplinar, tendría otras exigencias diversas y menores en donde la discrecionalidad de la autoridad asume una mayor intervención al estar en juego sólo el bien de la institución. Esa extrapolación deberá respetar los principios generales del ordenamiento canónico.

### 3. La tipicidad canónica

La cuestión central de la discusión consideramos que se centra en la tipicidad y sólo colateralmente en la disputa si rige o no el principio de legalidad. Es decir, si las acciones consideradas disvaliosas –y que exceden el marco de la simple infracción– deben ser acuñadas en tipos penales. De afirmarse tal exigencia será necesario abordar tanto el error de tipo cuanto el de prohibición<sup>24</sup>, porque se relacionan íntimamente con los elementos estructurales del delito.

Ambos Códigos han mantenido como regla la descripción típica de las conductas en determinados delitos pero han dejado abierta la posibilidad sancionatoria en los cann. 2222 § 1 CIC 17 y 1399 CIC. Sin embargo, como veremos, de estas normas no puede extraerse la conclusión que ello implica negar la necesidad de tipificar las conductas que la Iglesia considera disvaliosas y sujetas a una pena. Es más diríamos que todo lo contrario.

El concepto de tipo, en sentido estricto, se refiere a las circunstancias de hecho que fundamentan el ilícito; siendo su núcleo –al menos en los delitos de acción– la descripción de la acción prohibida, en su aspecto externo e interno que hace distinguir el tipo objetivo

<sup>20</sup> Cf. F. WERNZ, *Ius Decretalium*, 13, n.13.

<sup>21</sup> Cf. G. MICHIELS, *De delictis et poenis*, I, 77.

<sup>22</sup> La distinción entre pena y sanción puede partir de considerar a la primera como proveniente de un delito en sentido estricto; mientras que la segunda comprendería a otra clase de violación que en ciertos casos podría ser equiparada al primero (cf. A. VERMEERSCH – J. CREUSEN, *Epitome*, III, n. 383).

<sup>23</sup> Es el caso de la dimisión del religioso cuando es expulsado de un Instituto de Vida Consagrada por haber caído en las previsiones de los cann. 694 § 1 y 696 § 1 CIC. El problema se presenta cuando la sanción disciplinaria puede tener tanto el carácter de pena como de medida de seguridad; ya que podría conculcar el principio *non bis in idem* (cf. G. JAKOBS, *Derecho Penal*, I, 70-74) – de entenderse aplicable en el derecho canónico – como en el can. 695.

<sup>24</sup> Cf. G. STRATENWERTH, *Derecho Penal*, I, 277.



del subjetivo respectivamente<sup>15</sup>. En cuanto a los elementos del tipo, la doctrina autorizada los clasifica en objetivos, subjetivos y normativos. El primero se refiere a la descripción de la conducta en su aspecto puro; mientras que el segundo alude a que el tipo puede requerir un determinado propósito o finalidad en el autor cuando dirige su acción<sup>16</sup>. Y el elemento normativo, expresa un juicio de valor para formar el juicio necesario, como ocurre con las definiciones que se contienen muchas veces fuera de los Códigos Penales pero dentro de los ordenamientos jurídicos<sup>17</sup> y que fundamentan la aplicación de una pena.

La tipicidad es necesaria porque no sólo define la acción sino que califica a las otras partes del injusto como a la antijuridicidad y a la culpabilidad que debe corresponderse con el delito tratado<sup>18</sup>. De allí que podamos hablar, en este último caso, de una culpabilidad típica, en sus facetas dolosa o culposa. Para Mezger<sup>19</sup>, la presencia de la tipicidad ya denota la antijuridicidad; y rescatando los llamados elementos subjetivos del delito se aparta de la regla de que éste estuviese fundamentado exclusivamente por factores objetivos-externos como lo postulaban Liszt y Beling. Es por eso que sostiene que no puede prescindirse del lado subjetivo de la conducta y que debe entrar a jugar en este aspecto el dolo y la culpa.

Esta estructura también se ve reflejada en el Código Canónico pues en el aspecto objetivo se encuentran los elementos de hecho de la infracción externa de una norma; en el subjetivo está dado en que esa conducta se ha desplegado dolosa o culposamente; y en el normativo se fundamenta que la violación debe llevar aneja la sanción correspondiente.

El Código de 1917 definía al dolo como la intención deliberada de quebrantar la ley; y acogía el error de prohibición cuando afirmaba que a éste último se opone, por parte de la inteligencia, la falta de conocimiento y por parte de la voluntad, la falta de la libertad (can. 2200 CIC 17). En relación a la culpa preveía el error culpable en ignorar la ley como también la omisión de la diligencia debida (can. 2199 CIC 17).

El Código actual dispone que sólo está sujeto a pena quien actuó deliberadamente; pero quien lo hizo por omisión de la debida diligencia no debe ser castigado, salvo que la ley o el precepto dispongan otra cosa como en el can. 1389 § 2. Los autores han expresado su perplejidad sobre esta última cuestión al compararlo con los derechos estatales y concluyen que sólo se demostraría la inclinación del legislador hacia la benignidad penal<sup>20</sup>. Consideramos que la respuesta podría ser otra si se parte desde la estructura del dolo. Es decir del conocimiento y de la voluntad de realizar el tipo objetivo. Y en vistas a las consecuencias, el dolo será la regla y la imprudencia la excepción; por cuanto, en el primer caso, el autor es consciente que su conducta puede aparecer como la realización dolosa del tipo de las circunstancias del hecho al momento de la ejecución; y sin embargo dirige su voluntad a la ejecución de dicho acontecer típico<sup>21</sup>. El autor actúa dolosamente cuando tiene la voluntad consciente de realizar el tipo penal en sus elementos objetivos indispensables

<sup>15</sup> Cf. *Ibid.*, I, 141.

<sup>16</sup> Cf. C. ROXIN, *Derecho Penal*, I, 414-415.

<sup>17</sup> Cf. G. JAKOBS, *Derecho Penal*, I, 347-356.

<sup>18</sup> Cf. E. BELING, *La doctrina del delito-tipo*, Depalma, Buenos Aires 1944, 5-6.

<sup>19</sup> Cf. E. MEZGER, *Die subjektiven Unrechtselemente*, GerS, T 89 (1924) 207-ss en G. STRATENWERTH, *Derecho Penal*, I, 165.

<sup>20</sup> Cf. J.L. SANCHEZ-GIRÓN, *El proyecto de reforma del derecho penal canónico, "Ius Canonicum"* 54 (2014) 567-602.

<sup>21</sup> Cf. G. STRATENWERTH, *Derecho Penal*, 168-184.

para producir el hecho disvalioso previsto. Mientras que la imprudencia sólo es punible cuando así se lo establece expresamente; y que seguramente ocurrirá cuando aquella fue temeraria<sup>22</sup>. Sin embargo, la decisión de dejar librada la punición de la culpa en ciertos delitos a determinar entendemos que no se justifica en el Código Canónico porque justamente es el propio can. 1321 § 1 el que luego de sentar la regla seguidamente realiza la excepción disponiendo imperativamente el principio opuesto de punibilidad antes proclamado.

Por último, consideramos que la exigencia de la tipicidad se diferencia del principio de legalidad; porque, como lo sostenía Beling, uno hace referencia a la necesidad de adecuación de un hecho a una definición preexistente; mientras que el segundo es una exigencia política referida a la definición misma. Así distinguía la «tatbestandsmäßigkeit» que es la adecuación del hecho a la definición de la «typizität» principio por el cual se requiere que los delitos se encuénen en tipos<sup>23</sup>.

La definición legal de todo delito debe ser formulada en tipos, es decir en estructuras cerradas; porque el fiel cristiano tiene derecho a no ser sancionado con penas canónicas, si no es conforme a la norma legal (can. 221 § 3 CIC). Esto exige la descripción de la conducta disvaliosa prohibida a tenor del can. 1321 § 1 en función del can. 1752 CIC. Ello porque, como lo sostuvo Beling, no debe asignársele al tipo sólo su cometido sistemático sino que debe reconocérsele su función de garantía y su significado para la regulación del error de prohibición; considerándolo en su faz objetiva y libre de toda valoración<sup>24</sup>; pues la relación subjetiva del autor con el hecho sólo le interesaba desde el punto de vista de la culpabilidad<sup>25</sup>. Al garantizar la taxatividad de la ley penal, sólo la determinación del tipo penal en el derecho positivo constituirá un delito<sup>26</sup>. Esto no quiere decir que no puedan existir otras clases de infracciones que incluso se las puedan equiparar en algunos aspectos.

Ciertamente estas cuestiones tendrán su desarrollo cuando abordemos el contenido del can. 1399; pero adelantémonos a decir que lo consideramos un tipo penal abierto —o en blanco según la denominación de Binding— que como todos los de su género requieren para su determinación de una norma integradora como sucede en los códigos estatales modernos.

### 3. El error de tipo y de prohibición

La clasificación entre el error de tipo y el de prohibición es sostenida por la mayoría de la doctrina penal. Básicamente se las diferencia en que el primero recae sobre los llamados elementos del tipo objetivo y tiene por consecuencia eliminar el dolo; permitiendo sólo considerar una posible tipicidad en la faz culposa cuando el error es vencible. Mientras el segundo, se encuentra en la naturaleza antinormativa y antijurídica de la acción; la que puede ser considerada en sentido estricto (antinormativo) y de permisión (sobre la justificación).

El error de tipo elimina el dolo (tipo subjetivo) mientras que el de prohibición se aloja en la teoría de la culpabilidad. A diferencia del primero, «el sujeto conoce todas las

<sup>22</sup> Cf. G. JAKOBS, *Derecho Penal*, II, 380-383.

<sup>23</sup> Cf. E. BELING, *La doctrina del delito-tipo*, 20-25.

<sup>24</sup> Cf. C. ROXIN, *Derecho Penal*, I, 278-279.

<sup>25</sup> Cf. G. STRATENWERTH, *Derecho Penal*, I, 163.

<sup>26</sup> Cf. G. JAKOBS, *Derecho Penal*, II, 189.



circunstancias del hecho y actúa por tanto dolosamente en el sentido antes enunciado, no obstante considerar permitido su hecho. Si en ese caso el sujeto cree que su comportamiento está permitido, se trata de un error de prohibición, que deja intacto el dolo y que únicamente en caso de ser invencible excluye la culpabilidad y con ello la punibilidad [en cambio] el error de tipo no afecta por tanto al conocimiento o desconocimiento de la antijuridicidad, sino tan sólo al de las circunstancias del hecho»<sup>27</sup>. En otras palabras, en este último caso es la falta de representación exigida por el dolo que no tiene nada que ver con el conocimiento de la antinormatividad ni de la antijuridicidad que sólo tiene efectos en la exclusión de la culpabilidad. En el error de tipo se desconoce una circunstancia que pertenece al tipo legal. Ese conocimiento que falta y que excluye el dolo típico hace referencia al elemento intelectual del dolo<sup>28</sup>. Abarca las circunstancias que constituyen el tipo como categoría sistemática (la acción, su modalidad, el resultado, las cualidades del autor y los presupuestos materiales relevantes para la imputación)<sup>29</sup>.

«El dolo en el derecho penal vigente, está concebido desde las perspectiva del saber, es decir del conocimiento del sentido social no de la prohibición jurídica; en cambio cuando el error se refiere a la antijuridicidad de la acción típica, se trata de un error de prohibición aún cuando se refiera a una circunstancia del hecho que bajo la apariencia de un elemento individual incluya en sí el juicio de antijuridicidad como tal»<sup>30</sup>. Este último supuesto es el que prevé el can. 1323, 2º que exime de pena a quien ignoraba sin culpa que estaba infringiendo una ley o un precepto. A la ignorancia se le equiparan la inadvertencia y el error. El sujeto cree que su comportamiento está permitido por eso excluye la culpabilidad y con ello la punibilidad; pero a diferencia del error de tipo, la acción desplegada es típica pero no punible porque el legislador ha justificado su obrar en esas circunstancias.

Estas disquisiciones ya eran conocidas por los canonistas, como lo atestigua el *Magister* cuando sostenía que la ignorancia invencible –que era cuando se ejerció la debida diligencia– anula la culpabilidad del acto ilícito, voluntario, libre y con conocimiento. Mientras que la ignorancia vencible tenía por efecto disminuir la responsabilidad del sujeto (C. XXII, q. 2, c. 3). El can. 1324 § 1 CIC así lo establece, cuando sin eximir de pena permite atenuar la prevista en la ley o en el precepto al disponer: «8º por quien errónea pero culpablemente juzgó que concurría alguna de las causas de justificación del can. 1323 nn. 4 o 5». E incluso «9º por quien, sin culpa ignoraba que la ley o el precepto llevaban aneja una pena». En el primer caso es un error de tipo porque la suposición equivocada de circunstancias justificantes excluyen el dolo, sea que se opte por la teoría de los elementos negativos del tipo o la restringida de la culpabilidad; ya que la acción es conforme a derecho. En cambio, en el segundo supuesto, la acción es típica, antijurídica y culpable, pero el legislador permite atenuar la sanción si ignoraba sin culpa que la norma preveía una pena.

En relación al can. 1399 la canonística no se ha puesto de acuerdo sobre su naturaleza jurídica. Entendemos que puede ser considerado un tipo penal en blanco, al ser una norma sancionatoria abierta, que debe ser integrada con otra pero siempre que la infracción sea grave e idónea para causar escándalos. Sólo en estos supuestos se habilita a que esta figura sea integrada en el caso concreto para poder aplicar una pena. Al hallarse ubicada bajo la

<sup>27</sup> C. ROXIN, *Derecho Penal*, I, 459.

<sup>28</sup> Cf. *Ibid.*, 458-459.

<sup>29</sup> Cf. *Ibid.*, 476-477.

<sup>30</sup> Cf. *Ibid.*, 463.

rúbrica «norma general», nos está indicando que el bien jurídico tutelado se encuentra indeterminado y disperso en el propio ordenamiento canónico.

Dada la categorización que le hemos asignado participará también de la discusión de la doctrina penal moderna respecto de la delimitación del error de tipo y de prohibición antes referidos al contener sólo una norma sancionatoria general que requiere su integración con otras disposiciones para determinar la acción disvaliosa concreta. Es decir el tipo y la conminación de pena están separados de modo tal que primero debe completarse el correspondiente supuesto de hecho con la acción interpretativa y luego determinar la pena acorde a la gravedad y naturaleza de la violación. Podríamos afirmar que en este caso, un error sobre la existencia de la norma integradora o la suposición de una causa de justificación inexistente es un error de prohibición; mientras que el error sobre circunstancias del hecho de la norma integradora al excluir el dolo pasa a ser un error de tipo<sup>31</sup>. La solución en estos supuestos, que más se adapta a la propia naturaleza del derecho de la Iglesia, es sosteniendo la unidad de la antijuricidad en su ordenamiento jurídico en donde se encuentran inmersas ambas normas. Tal como sostiene Engisch, las fundamentaciones de deberes jurídicos y las exclusiones del injusto tienen eficacia general; pero al ordenamiento jurídico siempre le queda intacta la posibilidad de vincular a un injusto concreto sólo algunas de las consecuencias posibles<sup>32</sup>.

Es prudente pues que el canon se mantenga porque la Iglesia siempre debe contar con la libre disponibilidad de sancionar ciertos hechos cuando aparece violado gravemente el derecho divino o el eclesástico en la medida que sean idóneos para causar escándalos. Además si el Legislador ha permitido que quien posee potestad ejecutiva pueda imponer preceptos penales con penas determinadas tipificando así la infracción ¿por qué no aceptar esta clase de normas que incluso existen en los ordenamientos estatales donde imperan rígidamente los principios de reserva, de legalidad y de división de poderes?

Esto no implica negar que la regla sea la tipificación de los diversos delitos con sus respectivas penas y que el juzgador deba ajustarse a ellas para componerlas según las circunstancias atenuantes y agravantes verificadas en cada caso.

##### 5. El principio de legalidad canónica

En el Código de 1917 coexistían dos principios bien definidos: el de legalidad (can. 2195 § 1) y el de discrecionalidad (can. 2222 § 1). En cambio, en el actual algunos autores entienden que tímidamente se ha establecido el principio de la normatividad legal; pues junto a la necesidad de una norma legal previa (can. 1321 § 2), se sostiene que existe el principio contrario en el can. 1399 que legitima el de la discrecionalidad considerándolo como una norma general de interpretación que cierra el libro sexto del texto vigente. No compartimos esta posición, porque la regla codicial es la tipicidad en la esfera penal y por tanto el can. 1399 tiene que ser considerado como un tipo penal abierto en cuanto a su determinación concreta. Esto implica la necesidad de que su eventual integración esté justificada y exista la previsión de una pena aunque sea indeterminada.

<sup>31</sup> Cf. *Ibid.*, I, 465-466.

<sup>32</sup> Cf. C. ROXIN, *Derecho Penal*, I, 571.



El principio de legalidad, muchas veces es resistido por la canonística porque entiende que sólo rige en el derecho secular y que no tendría andamiaje en el ámbito de la Iglesia pues dejaría a un sinnúmero de ilícitos libre de represión al ser casi imposible su determinación previa. Es más se ha sostenido que este principio es ajeno al derecho canónico y que recién nació en tiempos del liberalismo. Sin embargo la regla *nulla poena sine lege poenali praevia* ya estaba presente entre el derecho de la Iglesia<sup>33</sup> y se la encuentra en Ivo de Chartres bajo la formulación *illae causae a iudicibus ecclesiasticis minime audiantur quae legibus non continentur*<sup>34</sup>. El *Decretum Gratiani* también recoge esta noción (D.1 de poen. c.14) que adquiere desarrollo con Juan de Andrés cuando aborda el tema de la analogía. Postulaba el gran canonista laico que si entra en juego el *periculum animarum*, la norma penal de odiosa se convierte en favorable y es susceptible de interpretación analógica jurídicamente hablando<sup>35</sup>. Temática luego abordada por Francisco Suárez quien sostiene que cuando la ley es favorable y odiosa al mismo tiempo, no siempre se ha de preferir el favor al odio o viceversa; sino que prudentemente hay que pensar en las circunstancias de la materia, de la intención y sobre todo del bien común<sup>36</sup>.

De Paolis considera que «ceterum principium iuris naturalis non est nulla poena sine lege poenali sed nulla poena contra innocentem»<sup>37</sup>. Esto no implica que no acoja el principio de legalidad en sentido amplio; sino que sólo lo objeta en el aspecto formal al menos como resulta formulado en el derecho penal liberal. Considera que el can. 221 § 3 es un principio de procedimiento sin que ello implique negar una posibilidad de que sea considerado también como formando parte del derecho penal sustancial<sup>38</sup>. Sin embargo, estas apreciaciones no le impiden reconocer que deba existir una tipificación de los delitos con sus respectivas penas<sup>39</sup>.

Entendemos que la descripción típica de lo prohibido –y no el principio de legalidad– es el que garantiza de manera directa e inmediata que el sujeto pasivo de la ley, conozca a ciencia cierta, o lo más certeramente posible, no sólo que sus actos violan una norma prohibitiva que lleva aneja una pena evitando así el error de prohibición<sup>40</sup>; sino también los elementos del hecho criminal para no caer en un error de tipo.

Michiels, luego de consignar que se equivocan quienes creen que en el Código se ha sancionado el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege poenali praevia* en sentido

<sup>33</sup> Cf. D. GIACCHI, "Precedenti canonistici del principio del "Nullum crimen sine praevia lege poenali" en *Studi in onore di Francesco Scaduto*, Carlo Cya, Firenze 1936, I, 435-449.

<sup>34</sup> Cf. A. GARCÍA Y GARCÍA, *Historia del derecho canónico. Primer Milenio*, Calatrava, Salamanca 1967, 420-421.

<sup>35</sup> Cf. IOANNIS ANDREAE, *In quartum decretalium librum novella commentaria*, fol. 60 r., n. 5; fol. 22 v., n. 9, Venetiis 1581 en P. FEDELE, "Nihil aliud est aequitas quam Deus" en *Etudes d'Histoire du Droit Canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, Sirey, Paris 1965, I, 80.

<sup>36</sup> Cf. *Tratado de las Leyes y Dios Legislador*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1968, V, 2, 12.

<sup>37</sup> *Theologia et ius in systemate poenali*, "Periodica" 75 (1906) 221-254.

<sup>38</sup> Cf. *Le sanzioni*, 98.

<sup>39</sup> V. DE PAOLIS, *Coattiva, potestà* en *Nuovo dizionario di diritto canonico*, C. CORRAL — V. DE PAOLIS — G. GHIRLANDA (ed.), San Paolo Edizioni, Cinisello Balsamo 1993, 184-185.

<sup>40</sup> La responsabilidad del autor por el error se ha de determinar de su conducta si se deduce claramente un grado insuficiente de reconocimiento del derecho positivo; teniendo en cuenta siempre que el autor no sea responsable del error (cf. G. JAKOBS, *Derecho Penal*, II, 674-681). En contra: G. STRATENWETH, *Derecho Penal*, I, 179-185.



rigurosísimo y absoluto; postula el de *nullum crimen, nulla poena sine sanctione poenali praevia* porque entiende que la ley no es la que debe ser previa sino la sanción<sup>41</sup>.

Por el contrario, Herranz<sup>42</sup> es partidario de acoger la regla de manera absoluta conceptualizándola como la sujeción de la Autoridad al derecho en el ejercicio del poder, de modo tal de evitar tanto el abuso del poder como la renuncia al ejercicio de la autoridad. Para este autor<sup>43</sup>, el principio *nulla poena sine lege*, supone también la abolición de las penas indeterminadas y de las no conminadas previamente con el fin de tutelar así a los fieles contra la posibilidad de un juicio arbitrario. Posiciones que pueden y deben ser armonizadas.

Es cierto que el can. 1321 § 1 no habla en forma expresa que esa ley o precepto deben ser previos al hecho que se le enrostra como requisito para que exista responsabilidad criminal; pero consideramos que lo presupone incluso en el can. 1399 si nos atenemos a una interpretación armoniosa de ambas normas. Esto era justamente, lo que los doctores se disputaban antes de la sanción del Código de 1917<sup>44</sup>. Pero luego de su promulgación, es innegable que el elemento jurídico ha sido plasmado, sea que la disposición provenga de la ley —de manera expresa o a través de la norma integradora— o del precepto; entendiéndolo a la ley penal siempre como norma positiva concreta no natural<sup>45</sup>. Si la Iglesia pretende que su derecho penal sea de esta naturaleza, y no meramente disciplinar, no puede renunciar como regla a esa descripción típica en su sistema represivo; porque además estaría estableciendo por vía elíptica la retroactividad de la ley penal y negando otros principios que ella misma proclamó expresamente aplicables<sup>46</sup>. Esto no implica desconocer el derecho que posee de sancionar mediante un tipo abierto ciertas infracciones graves capaces de producir daño a la comunidad; pues, como lo sostenía De Paolis<sup>47</sup>, por la propia naturaleza de su potestad coactiva debe estar siempre en condiciones de penar los crímenes contra su unidad y su misión, aunque no se hubieran formalizado en leyes en sentido formal.

Por tanto, puede acogerse el principio de legalidad en el ámbito eclesial en cuanto exige en materia represiva como regla sustancial la descripción normativa previa del reproche penal y la previsión de la sanción; vedando la punición libre y no justificada; pero admitiendo también la figura abierta del can. 1399 y la existencia del precepto penal (can. 1319) como compatibles con el derecho constitucional canónico. Así se tutelan ambos derechos: El del fiel cristiano a no ser sancionado arbitrariamente y el de la autoridad a reprimir todo ataque al bien público eclesial.

A pesar de que el can. 1399 causa perplejidad entre los canonistas es deseable que el Supremo Legislador no lo suprima pues estaría privándose de una norma penal abierta de suma importancia para proteger todos los bienes jurídicos existentes difusamente en su ordenamiento. Ambos tipos —abierto y cerrado— comparten un denominador común por ser

<sup>41</sup> Cf. G. MICHELS, *De delictis et poenis*, II, 165.

<sup>42</sup> Cf. J. HERRANZ, *Studi sulla nuova legislazione*, Giuffrè, Roma 1990, 120.

<sup>43</sup> Cf. *Ibid.*, 137.

<sup>44</sup> Cf. F. ROBERTI, *De delictis et poenis. De delictis in genere*, Pont. Institutum Utriusque Iuris, Romae 1938<sup>2</sup>, II, 54-55.

<sup>45</sup> Cf. *Ibid.*, 68, n. 47.

<sup>46</sup> Cf. cann. 9, 16 § 2, 18, 1313 § 1 y § 2, 1326, 1362, 1363, etc.

<sup>47</sup> Cf. *Le sanzioni*, 106.

delitos penales propiamente dichos que tienen por fin resguardar el bien de la comunidad<sup>48</sup>; y se diferencian de las meras sanciones disciplinarias, porque éstas tienen como objeto tutelar el bien particular de la Institución. Esto hace que en los primeros haya unidad de infracción y no en el segundo caso; que exista la taxatividad en aquellos y no éstas últimas; que sea indispensable la determinación de tipos represivos en el penal mientras que en el disciplinario la descripción sea sólo un medio para la eficacia preventivo-especial, etc.,<sup>49</sup>.

Ciertamente, podríamos interpellarnos ¿si no sería aconsejable delimitar la infracción a través de la norma integradora que debe incorporarse a la norma penal abierta reduciendo la concreción por medio de la interpretación que permite sean completados por los elementos del contexto social, para así formar una totalidad que no es otra cosa que un substrato completo del injusto?<sup>50</sup>. Sí, pero en el ordenamiento eclesial será sumamente dificultoso, por eso se realizará por excepción en casos graves que sean idóneos para causar escándalo. Al entrar a jugar el bien jurídico particular atacado permitirá la integración legal del injusto concreto. Esta es la exigencia del can. 1399 para que se complete la descripción típica pues tanto la gravedad cuanto el escándalo mismo surgirán de la norma integradora. El canon utiliza el plural *scandala* porque al ser un tipo penal abierto indica que el bien tutelado por aquella abarca a todos los escándalos que pudiera provocar la infracción de una ley divina o eclesiástica no determinada expresamente en el Código pero existente en el ordenamiento canónico. La figura está describiendo un ilícito penal de resultado, que incluso admite la tentativa, que permite la urgente actuación de la autoridad. El escándalo está considerado aquí en sentido jurídico<sup>51</sup> porque se refiere a la lesión de la sociedad misma<sup>52</sup> según la naturaleza y el carácter de cada infracción particular. Respecto de la gravedad, no está colocada sobre la imputabilidad sino en la materia misma de la violación. Es decir en su ataque a aquél bien protegido, debiendo la autoridad meritar la intensidad de la turbación –e incluso la propia condición del sujeto pasivo– y el daño que puede producir en la comunidad con criterios objetivos de valoración.

## 6. Conclusión

Sólo un derecho penal en el que la conducta prohibida es descripta lo más exactamente posible mediante tipos permite que éstos cumplan con su función de garantía y que desplieguen su función dogmática autónoma de describir los elementos cuyo desconocimiento excluyen el dolo<sup>53</sup>. En otras palabras, se debe expresar en la descripción típica, en forma precisa y fácilmente comprensible los términos de la prohibición y la pena.

Si bien, la regla es la tipicidad formal el ordenamiento canónico debe permitir que la Iglesia reprima otras infracciones comprendidas en el tipo penal abierto del can. 1399; pues debe tener siempre la posibilidad de sancionar una grave infracción de una ley divina o eclesiástica que ha producido un daño (escándalo) al bien público de la Iglesia o que es capaz de hacerlo. Los límites de la discrecionalidad, la que siempre debe ser justa, razonable,

<sup>48</sup> Cf. A. VERMEERSCH — J. CREUSEN, *Epitome Iuris Canonici*, Mechliniae-Romae, H. Dessain, Brugis-Bruxellis, 1940, III, n. 383.

<sup>49</sup> Cf. G. JACOBS, *Derecho Penal*, I, 70-74.

<sup>50</sup> Cf. *Ibid.*, II, 196-197.

<sup>51</sup> Cf. D.G. ASTIGUETA, *Lo scandalo nel CIC: significato e portata giuridica*, "Periodica" 92 (2003) 589-651.

<sup>52</sup> Cf. G. MICHELS, *De delictis et poenis*, I, 73-74.

<sup>53</sup> Cf. C. ROXIN, *Derecho Penal*, I, 141-170.

proporcional y conforme a derecho, están dados no sólo en el tipo de pena a aplicar sino también en la acción de interpretación integradora del ilícito.

Además, como se dijo, si se admite que quien posee potestad ejecutiva pueda imponer un precepto penal creando un tipo no previsto, ¿por qué no puede acogerse el can.1399 que encuentra en la norma integradora la totalidad de los elementos del injusto canónico para cerrar dicho tipo represivo para proteger el bien público eclesial?