

DELITOS CONTRA EL SEXTO MANDAMIENTO CON UN MENOR. ESPECIAL REFERENCIA AL DELITO CON UN MENOR

José BERNAL

SUMARIO: I. *El Código de 1917*. II. *La Instrucción Crimen sollicitationis (1962)*. III. *La regulación de los delitos contra el sexto mandamiento en el CIC de 1983*. IV. *El m. p. Sacramentorum Sanctitatis Tutela, versión modificada de 2010*.

En torno al 2000, y con mayor intensidad en el 2002, muchos fueron los medios de comunicación que dieron a conocer abundantes casos de supuestos abusos de menores por parte de sacerdotes u otros ministros de la Iglesia católica de los Estados Unidos. Se dio noticia de miles de denuncias y se aseguraba que la cantidad de menores que habían padecido este tipo de traumas era muy alta.

Durante el periodo que va desde (1950 a 2002) 4.392 sacerdotes fueron acusados de estar envueltos en sucesos de abusos sexuales a menores. Cifra que representa el 4% de los sacerdotes en activo durante ese tiempo. Hubo aproximadamente 10.667 víctimas notificadas en denuncias. El 81% de las víctimas eran varones; el 78% de las víctimas tenían edades comprendidas entre los 11 y los 18 años. El mayor número de agresiones tuvo lugar en los años 60 y 70. Sin embargo, un elevado porcentaje de denuncias se produjeron muchos años después, en décadas, cuando un amplio índice de ministros “ofensores” había abandonado el ministerio e incluso habían muerto. En ello influyó, sin duda, la cobertura que los medios dieron a la crisis, sobre todo la difusión de los casos más dolorosos y traumáticos, publicándose muchos datos sobre los ofensores más agresivos y reiterativos, y la tibia actuación de algunas autoridades. Por lo que hay que tener en cuenta que el 3% de los sacerdotes acusados acumulaba casi el 30% de las víctimas.¹

¹ Sobre la crisis de la Iglesia en los Estados Unidos, *cf.*: National Review Board, *A Report on the Crisis in the Catholic Church in the United States*, Washington D. C., 2004; John Jay College of

Hubo quien afirmó que la crisis era algo que se circunscribía a la Iglesia de ese país, pero los datos aparecidos posteriormente de lo ocurrido en Irlanda, Alemania, Malta, Australia, etcétera, muestran que las raíces de este triste fenómeno eran más profundas y extensas.

I. EL CÓDIGO DE 1917

La regulación penal de la materia realizada por el libro V del CIC 17 se puede decir que es amplia, en el sentido de que son numerosos los comportamientos, relacionados directa o indirectamente con la castidad y la continencia, que están tipificados como delitos. También se puede hablar de severidad, pues los castigos impuestos son de cierta dureza.

En el caso de los clérigos, se entiende bien que el derecho de la Iglesia pretenda actuar con firmeza y diligencia, pues éstos están obligados, y se han comprometido a dar un testimonio de santidad (“los clérigos deben llevar una vida interior y exterior más santa que los seglares y sobresalir como modelos de virtud y buenas obras”, decía el canon 124), y sobre ellos pesa una especial responsabilidad.

No obstante, los laicos son tratados igualmente con exigencia. Por el bautismo quedan obligados a un tenor de vida plenamente cristiano. Su actuación escandalosa produce un fuerte impacto negativo, especialmente sensible en el periodo de vigencia del anterior Codex, en que la sociedad estaba menos descristianizada. Téngase en cuenta que muchos de los delitos previstos por el código anterior tenían una similar consideración en los ordenamientos estatales, y de hecho, la Iglesia los castigaba una vez que la autoridad civil los condenaba explícitamente mediante una sentencia. Hubiera sido supuesto de un contrasentido que la Iglesia se desentendiera de esas actuaciones ilícitas en tales circunstancias.

Cuando la persona implicada era un clérigo, la Iglesia se reservaba el juicio y castigo de tales delitos en virtud del privilegio del fuero. En los lugares en que éste no era respetado, se tenía en cuenta el castigo impuesto por la sociedad civil, aunque también se actuaba autónomamente, sobre todo si se consideraba que no se había reparado suficientemente el escándalo y restituido el orden público.

Criminal Justice, *The Nature and Scope of Sexual Abuse of Minors by the Catholic Priests and Deacons in the United States 1950-2002. 2006 Supplementary Report*, Washington D. C., 2006; Bernal, José, “Las «Essential Norms» de la Conferencia Episcopal de los Estados Unidos sobre abusos sexuales de menores cometidos por clérigos. Intento de solución de una crisis”, *Ius canonicum* 94, 2007, pp. 677-683.

1. *Los delitos de los laicos*

Los delitos específicos contra el sexto mandamiento estaban incluidos en el canon 2357.² En el § 1 se castigaban el delito cometido con un menor de dieciséis años, el estupro, la sodomía, el incesto y el lenocinio. Estas conductas sólo eran punibles cuando existía una sentencia firme del juez estatal. El § 2 incluía el adulterio y el concubinato. Uno y otro tenían que ser públicos, en el sentido de que debía tratarse de un hecho que “ya está divulgado, o... fue cometido o se halla en tales circunstancias que puede y debe juzgarse prudentemente que con facilidad habrá de adquirir divulgación” (canon 2197 § 1). También era punible cualquier otro delito que no encajara en los tipos anteriores legítimamente condenado por la autoridad secular.

Como puede observarse, únicamente se dejaba de exigir condena civil previa para los delitos de adulterio y concubinato.

2. *Delitos de los clérigos*

Dejando aparte la sollicitación en confesión, tipificada específicamente en el canon 2368, los delitos de la especie que estudiamos estaban contemplados en los cánones 2358 (clérigos minoristas) y 2359 (clérigos *in sacris*).

El canon 2359 § 1³ se ocupaba de los “clérigos *in sacris* concubinarios, sean seculares o religiosos”. Afectaba, por tanto, a los que habían recibido el subdiaconado, el diaconado o el sacerdocio, y por razón del orden recibido, y no de la posible profesión religiosa.

El concepto común de concubinato hace referencia a la convivencia con una mujer *more maritali*. Sin embargo, cuando se trataba de un clérigo, el CIC 17 lo entendía en sentido lato, incluyendo en el tipo penal la situación

² “§ 1. Laici legitime damnati ob delicta contra sextum cum minoribus infra aetatem sexdecim annorum commisa, vel ob stuprum, sodomiam, incestum, lenocinium, ipso facto infames sunt, praeter alias poenas quas Ordinarius infligendas iudicaverit”.

“§ 2. Qui publicum adulterii delictum commiserint, vel in concubinato publice vivant, vel ob alia delicta contra sextum decalogi praeceptum legitime fuerint damnati, excludantur ab actibus ecclesiasticis, donec signa verae resipiscentiae dederint”.

El canon 2353 castigaba al que raptara a una mujer contra su voluntad, o a una menor de edad, aun consintiente, con intención de casarse o con el fin de satisfacer una pasión lujuriosa. El canon 2356 tipificaba el delito de bigamia, es decir, el atentado de matrimonio existiendo un vínculo conyugal previo que lo impedía.

³ “Clerici in sacris sive saeculares sive religiosi concubinarii, monitione inutiliter praemissa, cogantur ab illicito contubernio recedere et scandalum reparare suspensione a divinis, privatione fructuum officii, beneficii, dignitatis, servato praescripto can. 2176-2181”.

del clérigo que “tenga consigo a una mujer sospechosa o de cualquier modo frecuente su trato” (canon 2176). El juicio concreto sobre el grado de sospecha y escándalo que podía originar en trato con una mujer determinada, correspondía al ordinario local (canon 133 § 3). El clérigo contumaz que no se sometía a estas disposiciones, se presumía concubinario (canon 133 § 4). Elemento esencial configurador del delito era la continuidad o repetición de actos; es decir, se debía tratar de una verdadera y propia cohabitación,⁴ aunque no era necesario que ambos vivieran en la misma casa.⁵ El clérigo castigado debía romper inmediatamente la relación concubinaria, alejar a la mujer y reparar el escándalo (canon 2359 § 1). Como se ve por el texto del canon, no era necesario que el concubinato fuera público, como se exigía en el caso de los laicos.

El canon 2359 § 2⁶ incluía cualquier delito contra el sexto mandamiento del decálogo cometido con menores que no hubieran llegado a los dieciséis años de edad, así como los supuestos de adulterio, estupro, bestialidad, sodomía, lenocinio e incesto cometido con los propios consanguíneos o afines en primer grado.

En el texto del canon parece establecerse una distinción entre el delito contra el sexto mandamiento ejecutado a un menor de dieciséis años y los restantes supuestos enumerados tras partícula “vel”. En el primer caso, que se tipifica usando el verbo *admittere* (*si delictum admiserint contra sextum*), se haría referencia a quien cometiera algún delito (un acto sería suficiente) con menores. En los restantes casos, cuya descripción se construye sobre el verbo *exercere* (*vel adulterium, stuprum, exercuerint*), quizá se pensaba que debía tratarse de una conducta más habitual. Sea lo que fuere de ello, parece claro que, en el supuesto de menores, se consideraba suficiente cualquier pecado o abuso para incurrir en las penas correspondientes. El castigo para todos estos delitos era más severo que el establecido en el § 1. Como hemos visto, todas esas conductas eran consideradas delictivas también en el caso de los laicos (*cf.* canon 2357 § 1), excepto la bestialidad, que era castigada por muy pocos ordenamientos seculares, al considerarla un comportamiento calificable moralmente, pero no jurídicamente.⁷

⁴ *Cfr.* Della Rocca, F., *Istituzioni di diritto penale canonico*, Turín, 1961, vol. II, p. 208.

⁵ *Cfr.* García Barberena, T., *Comentario a los cc. 2350-2359*, en Varios autores, *Comentarios al Código de Derecho Canónico*, Madrid, 1964, vol. IV, p. 518.

⁶ “§ 2. Si delictum admiserint contra sextum decalogi praeceptum cum minoribus infra aetatem sexdecim annorum, vel adulterium, stuprum, bestialitatem, sodomiam, lenocinium, incestum cum consanguineis aut affinibus in primo gradu exercuerint, suspendantur, infames declarentur, quolibet officio, beneficio, dignitate, munere, si quod habeant, priventur, et in casibus gravioribus deponantur”.

⁷ García Barberena, T., *Comentario a los...*, *cit.*, p. 521.

En el § 3^o del mismo canon se establecían penas, graduadas según la gravedad de la transgresión, para los que delinquieran de cualquier otra manera contra el sexto mandamiento del decálogo. Se entendía que aquí se incluía el delito simple de fornicación y cualquier otro pecado externo contra el sexto mandamiento, consumado en su género y probado en el fuero externo.⁹

Así, el significado de la expresión “delitos contra el sexto mandamiento” era bastante amplio. Según Salucci, en la expresión “clerici... rei alicuius delicti contra sextum decalogi praeceptum”, utilizada por el canon 2358, había que entender incluidos, aparte de los delitos enumerados en el canon 2357, toda clase de delitos que se puedan consumir contra la castidad¹⁰ (quizá se podría hacer mención aquí, por ejemplo, del “sacrilegio carnal”, que aparecía en todos los elencos de la tradición canónica anterior al CIC 17).

Muchos autores afirmaban que para que se pudiera hablar de un delito de esta especie, debía tratarse de un pecado mortal consumado, externo, realizado con otro o con escándalo público. No se consideraban relevantes a esos efectos, en cambio, los pecados internos o externo-ocultos, cuyo tratamiento se daba en el fuero interno sacramental.¹¹

3. *Delito con un menor*

A. *Acciones incluidas en este tipo delictivo*

La complejidad aumenta cuando nos referimos al delito con un menor de 16 años. Ni el Código ni los autores ofrecen una lista de acciones que encajarían en este delictivo de delitos. Cualquier delito contra el sexto mandamiento descrito anteriormente podría constituir un delito con un menor, pero sin limitarnos a ellos. Los autores, cuando se refieren a este tipo de delitos utilizan frases de contenido muy amplio. Chelodi habla de “corrupción de menores”¹² y Pistocchi¹³ emplea términos semejantes. Por su parte,

⁸ “Si aliter contra sextum decalogi praeceptum deliquerint, congruis poenis secundum casus gravitatem, coerceantur, non excepto officii vel beneficii privatione, maxime si curam animarum gerant”.

⁹ Cfr. Chelodi, Ioanne, *Ius poenale*, Tridenti, 1925, p. 115.

¹⁰ Cfr. Salucci, R., *Il diritto penale*, Subiaco, 1930, vol. II, núm. 289, pp. 257 y 258.

¹¹ Cfr. Wernz, F.X. y Vidal, P., *Ius canonicum*, Roma, 1937, vol. VII, pp. 543 y 544; Conte A Coronata, M., *Institutiones iuris canonici*, Roma, 1955, vol. IV, p. 525.

¹² Chelodi, Ioanne, *Ius Poenale et ordo Procedendi in Iudiciis Criminalibus Iuxta Codicem Iuris Canonici*, Tridentum, 1925, nota 2, p. 113.

¹³ Habla de cualquier crimen de lujuria dirigido a la corrupción de menores. Cfr. Provost, James H., “Offenses against the Sixth Commandment: toward a Canonical Analysis of Canon 1395”, *The Jurist* 55, 1955, p. 647.

Wernz-Vidal afirma que las acciones no se limitan a las enumeradas en el código, exista cópula o no.¹⁴

Para García Barberena, entraría dentro de esta categoría de delitos cualquier acto de inmodestia con personas menores de 16 años, incluyendo la palabra o tocamientos, si son motivados por la lujuria.¹⁵ El elemento clave desde el punto de vista subjetivo es la intención libidinosa.

Hay que tener en cuenta también el denominado *crimen pessimum*. Según Yanguas éste consiste en “quodcumque obscoenum factum externum graviter peccaminosum quomodocumque a clerico patratum vel attentatum cum persona propii sexus”.¹⁶ A efectos penales, se incluían también en el delito ese mismo tipo de acciones cometidas con un impúber de uno u otro sexo y la bestialidad. De acuerdo con el canon 88 §2 del CIC de 1917, un varón era considerado impúber si aún no había cumplido los catorce años de edad, mientras que en el caso de la mujeres el límite era de doce años. Tales delitos estaban reservados al Santo Oficio. Si la víctima era un chico de entre 14 y 16 años, o una chica entre 12 y 16 años, la autoridad competente era el Ordinario.

La interpretación que el Santo Oficio hacía del delito era bastante amplia, en el sentido de que no se requería “un acto completo; una mera tentativa era suficiente y podría incluir acciones incluso consideradas en otro contexto inocentes, como besos o abrazos si no había una causa que los justificara”.¹⁷

Por lo tanto, el delito contra el sexto mandamiento cometido a un menor comprendía un amplio rango de acciones que no se limitaban a las recogidas por el Código Pío Benedictino ni a los elencos ofrecidos por sus comentadores, que no pretendían ser exhaustivos. Tales acciones no se limitaban a los actos con cópula, sino que podían incluir palabras, tocamientos o incluso simples miradas. Eran delitos de una naturaleza bastante imprecisa, los cuales debían ser juzgados caso por caso.

B. *Delimitación del delito contra el sexto mandamiento con un menor*

Para que la acción sea delictiva, el acto ha de ser obsceno, externo y grave. Se ha planteado la pregunta de ¿si la acción ha de constituir necesi-

¹⁴ Cfr. Wernz, F.X. y Vidal, P., *Ius poenale ecclesiasticum*, Roma, 1937, t. VII, p. 547.

¹⁵ García Barberena, T., *Comentarios al Código de Derecho Canónico*, Madrid, 1964, t. IV, p. 520.

¹⁶ Yanguas, A., *De crimine pessimo et de competentia Sancti Officii relate ad illud*, en REDC 1, 1946, p. 428.

¹⁷ Provost, James H., *op. cit.*, p. 648.

riamente un pecado mortal? Por lo que es necesario tener en cuenta que en materias referentes al sexto mandamiento, especialmente cuando está implicado un menor, cualquier violación directa ha de ser considerada grave.¹⁸ Podría decirse que cualquier pecado o acción contra el sexto mandamiento tal y como es entendido en el canon 2359 §2 sería suficiente para hacerse merecedor del castigo allí previsto cuando está involucrado un menor.¹⁹ El canon 2358 establece que “a los clérigos minoristas que sean reos de algún delito contra el sexto mandamiento del decálogo, debe castigárseles, en proporción a la gravedad de la culpa”. Así, la gravedad de la acción misma parece ser algo de poca relevancia. Esto parece reforzar la idea de que cualquier violación era considerada grave.

Cuando hablamos de una acción externa, lo hacemos en oposición a una interna, no a una oculta. Una acción puramente interna no posee relevancia penal. Un delito cometido con un menor no tiene, consecuentemente, que ser público (el canon se focaliza en castigar cualquier comportamiento tendente a la corrupción de menores).

Dentro de la categoría de lo obsceno, cualquier mirada, tocamiento o palabra queda incluido en el tipo delictivo. La acción externa bastaba para presumir la intención libidinosa; en acciones con posible doble interpretación o significado, como un saludo según las costumbres de la cultura y el lugar, por las que un clérigo era acusado de *crimen pessimum*, pesaba sobre éste la carga de la prueba de la ausencia de la intención libidinosa.²⁰

C. Sujeto activo del delito contra el sexto mandamiento con un menor

El Código Pío Benedictino distinguía tres grupos de delincuentes: laicos (canon 2357), clérigos de órdenes menores o minoristas (canon 2358; tonsurados, ostiarios, lectores, exorcistas y acólitos), y los clérigos in sacris (canon 2359; subdiáconos, diáconos y presbíteros). Para los laicos, el Código establecía que para poder imponerle las penas previstas habían de ser conde-

¹⁸ “Omnis directa violatio eiusdem ordinis (moralis sexualitatis) objective sit gravis”. CDF, *Declartio de quibusdam quaestionibus ad sexualem ethicam spectantibus*, 29 de diciembre de 1975, en AAS 68, 1976, pp. 77-96, núm. 10.

¹⁹ Bernal, J., “Regulación de los «delitos contra el sexto mandamiento». El c. 1395”, *Fidelium iura* 13, 2003, p. 55.

²⁰ Cuando hablamos de *crimen pessimum*, para la interpretación del código en lo relativo al dolo, es necesario entender según Yanguas que: “ex parte affectus, in foro externo, posito actu externo, voluntas libidinosa seu dolus praesumitur”. Cuando se trata de actos de doble interpretación “si de crimine pessimo denuntietur, se immunem fuisse a libidinosa affectu probare tenetur”; Yanguas, A., *op. cit.*, pp. 428 y 429.

nados previamente en un tribunal civil por ese delito, excepto en el caso del delito público de adulterio o concubinato. Los clérigos debían ser castigados con mayor severidad, pues este tipo de delitos producían gran escándalo.²¹ Esto era así porque los clérigos estaban obligados a una particular santidad de vida por su Estado²² y a una especial observancia de la castidad.²³ Los clérigos minoristas son tratados aparte de los clérigos in sacris porque no están todavía sujetos a la ley del celibato y están más cercanos a los laicos.²⁴

Al momento de la comisión del crimen, la condición del delincuente es un dato relevante. Como se puede deducir del canon 2207, que trata de circunstancias agravantes, la mayor gravedad del delito de un clérigo se puede deducir de su alta dignidad, del posible abuso de autoridad y del hecho de que la víctima es un menor.

D. *Codelicuentes*

No han faltado quienes han sugerido la posibilidad de tratar a algunos obispos como cooperadores en el delito de abuso de menores en virtud del canon 2209 §7,²⁵ que establece lo siguiente: “el hecho de alabar el delito cometido, participar en sus frutos, ocultar y encubrir al delincuente, y otros actos posteriores al delito plenamente realizado, pueden constituir nuevos delitos, si en la ley están castigados con alguna pena; pero no llevan consigo imputabilidad del delito cometido, a no ser que antes de cometerlo haya mediado acuerdo con el delincuente acerca de aquellos actos”.

Como es sabido, hubo obispos que movieron a otra parroquia a sacerdotes que habían abusado de menores, donde cometieron nuevos crímenes. Estos comportamientos encajarían dentro de las figuras de ocultamiento o encubrimiento, previstos por el citado canon si se demostrara un acuerdo previo entre el obispo y el sacerdote delincuente, pero es algo que parece difícil que ocurriera.

Probablemente tendría más fundamento apelar al canon 2209 §6, sobre los cooperadores negligentes. Dice así: “el que sólo coopera en el delito sien-

²¹ “Severior clericorum punitio quorum delicta in hac materia gravior scandalum inducunt”. Wernz, F. X. y Vidal, P., *Ius poenale...*, cit., p. 548.

²² Cfr. Salucci, R., *Il diritto penale secondo il Codice di Diritto Canonico*, Subiaco, 1930, vol. II, p. 257.

²³ Cfr. Chelodi, Ioanne, *Ius poenale et ordo...*, cit., p. 114.

²⁴ “Nondum imposita est lex coelibatus et quia etiam aliunde laicis viciniore sunt”. *Ibidem*, p. 115.

²⁵ Plante, Thomas (ed.), *Sin against the Innocents: Sexual Abuse by Priests and the Role of the Catholic Church*, Westport, 2004, p. 31.

do negligente en el cumplimiento de su oficio, contrae una imputabilidad proporcionada a la obligación que por razón de su oficio tenía de impedirlo”. El cómplice negligente (o negativo) es el que tiene obligación por el oficio que desempeña de prevenir el delito y no la cumple. Según Michiels, la obligación que impone el oficio en este sentido ha de ser de índole jurídica.²⁶ Tal obligación debe formar parte, al menos parcialmente, del oficio. Desde esta perspectiva, muchos podrían haber sido responsables bajo ese canon por haber sido negligentes en sus deberes, si se prueba que han descuidado su “supervisión” sobre los sacerdotes culpables de abusos de menores.²⁷ Frente a ello habría que hacer dos puntualizaciones. Por una parte hay que distinguir adecuadamente entre obligación moral y jurídica.²⁸ Por otra, el oficio de obispo no está establecido para la vigilancia de los sacerdotes. La perspectiva anterior podría reflejar una visión en la que el obispo es vigilante o inquisidor de toda la actividad de los clérigos. Difícilmente tal visión puede dar razón de la relación existente entre el obispo y sus sacerdotes.

E. *Sujeto pasivo del delito*

Cuando se trata del delito del canon 2359 §2, el sujeto pasivo es siempre el menor de dieciséis años. El que se dé el consentimiento por parte del menor, es algo penalmente irrelevante. El clérigo involucrado de un delito con un menor es culpable de corrupción, y por ello, ha de ser castigado, independientemente de que haya habido consentimiento del menor.

F. *Sanciones*

La pena por el delito del canon 2359 §2 es la más severa en comparación con los delitos contemplados por los cánones 2357 y 2359 §1, algo totalmente acorde con la gravedad del delito.

El laico que cometía este delito con un menor era automáticamente declarado infame por disposición del mismo derecho, pena que sólo podía remitir la Santa Sede (a no ser de que se tratara de un caso oculto, pues entonces también podía remitirla el ordinario para supuestos urgentes; *cf.* canon 2237 §2). El ordinario era legitimado para añadir otras penas (canon 2357 §1).

²⁶ *Cfr.* Michiels, G., *De delictis et poenis*, Parisiis-Tornaci-Romae-Neo Eboracy, 1961, vol. I, p. 361. Él pone el ejemplo de la custodia del tabernáculo por parte del párroco.

²⁷ *Cfr.* Wood, S., *A Practical Commentary on the Code of Canon Law*, Nueva York, 1957, p. 456.

²⁸ *Cfr.* García Barberena, T., *Comentarios al Código...*, *cit.*, p. 270.

A los clérigos de órdenes menores se les imponían penas indeterminadas *ferendae sententiae*, en proporción a la gravedad de la culpa, hasta la expulsión del estado clerical. Es lógico pensar que el delito con un menor sería considerado de la mayor gravedad.

Los clérigos *in sacris* debían ser castigados con suspensión, ser declarados infames, ser privados de cualquier oficio, beneficio, dignidad o cargo que pudieran tener, y en los casos más graves, debían ser depuestos (canon 2359 §2).

II. LA INSTRUCCIÓN *CRIMEN SOLLICITATIONIS* (1962)

En la historia reciente del derecho penal canónico, contemporánea a la crisis de los abusos de los menores en la Iglesia, este documento ha tenido un papel muy relevante por la polémica que ha suscitado. No es fácil hacerse cargo de este hecho, ya que la Instrucción, hasta hace muy poco, era escasamente conocida y comprendida. Su existencia era desconocida para muchos canonistas e incluso obispos. Efectivamente, la *Crimen sollicitationis* fue distribuida con base en la necesidad de ser conocida para su aplicación a casos concretos. El carácter secreto que siempre ha acompañado a este documento (la misma Instrucción era calificada como secreta, debía ser custodiada diligentemente en el archivo secreto de la curia para uso interno, no podía ser publicada y no podía elaborarse ningún comentario sobre ella; los implicados en el proceso por ella diseñado estaban sujetos al “secreto del Santo Oficio”)²⁹ ha sido, sin duda, uno de los factores que más han atraído el interés de estudiosos y curiosos.

Como afirma Coughlin, debido a una descuidada traducción inglesa de la Instrucción que circuló durante la estela de la crisis, algunos interpretaron erróneamente que se exigía el mismo nivel de confidencialidad para los casos del abuso sexual de menores que para los de sollicitación en confesión. Esto dio pie a una afirmación de que la Iglesia había adoptado un procedimiento para el encubrimiento de los abusos sexuales.³⁰

1. *El crimen pessimum*

A. *Definición*

La Instrucción *Crimen sollicitationis* (1962), en su artículo 71 definía el *crimen pessimum* como “quodcumque obscœnum factum externum graviter

²⁹ Sobre la citada Instrucción, *cf.*: Beal, John, “The 1962 Instruction *Crimen sollicitationis*: Caught Red-Handed or Handed a Red Herring?”, *Studia Canonica*, vol. 41, 2007, pp. 199-236.

³⁰ Coughlin, John, *Canon Law*, Nueva York, OUP, 2011, p. 61.

peccaminosum quomodocumque a clerico patratum vel attentatum cum persona propii sexus”. En el artículo 73 establecía que “crimini pessimo, pro effectibus poenalibus, aequiparatur quodvis obscenum factum externum, graviter peccaminosum, quomodocumque a clérigo patratum vel attentatum cum impuberibus eiusque sexus vel cum brutis animantibus (bestialitas)”.

El objeto primario de la definición de *crimen pessimum* era, por tanto, el acto homosexual. Esto ha llevado a algún autor en afirmar que sólo secundariamente y exclusivamente a efectos penales, se puede extender el concepto de *crimen pessimum* al delito de un clérigo contra el sexto mandamiento con un impúber de uno u otro sexo o a la bestialidad.³¹ Sin embargo, el Santo Oficio, en una nota a los Moderadores Supremos de Institutos de Perfección, acerca del modo de proceder contra el religioso reos de *crimen pessimum*, resolvía la cuestión en gran medida. Al ofrecer una definición del delito incluía en él los actos homosexuales y el delito contra el sexto mandamiento perpetrado por un clérigo con un impúber de uno u otro sexo; la bestialidad quedaba fuera.³² En cualquier caso, la discusión no tiene una gran trascendencia práctica, porque el delito entra claramente dentro de la categoría de los reservados a la CDF (antes, Santo Oficio).

B. Configuración del delito

De acuerdo con la praxis del Santo Oficio, desde el punto de vista objetivo, los actos constitutivos del *crimen pessimum* no eran los limitados a actos venéreos completos, sino que también se incluían los denominados “actos imperfectos”, como miradas, besos, abrazos, etcétera, fruto de una intención libidinosa. Desde el punto de vista subjetivo o afectivo, una vez puesto el acto externo, se presume el dolo en el fuero externo.³³

Yanguas hace una triple división de los actos, en la que juega un papel importante la interrelación entre el elemento objetivo y el afectivo-subjetivo. Hay actos que son en sí mismos indiferentes. Hay otros que son por su propia naturaleza libidinosos y excitan la libido. Otros actos no siendo necesariamente en sí mismos libidinosos, pueden excitar fácilmente la libi-

³¹ Beal, John, *op. cit.*, p. 222; *cfi*: Profesores de Salamanca, *Código de Derecho Canónico*, Madrid, 1976, p. 872. Antes de la promulgación de la Instrucción, Yanguas se planteó la misma cuestión, sin llegar a una respuesta clara. *Cfi*: Yanguas, A., *op. cit.*, pp. 429 y 430.

³² *Supremae Sacrae Congregationis Sancti Officii, Notificatio ad Supremos Moderadores Institutum Perfectionis de modo procedendi contra religiosos reos criminis pessimi*, 1 de agosto de 1962, en Ochoa, X., *Leges Ecclesiae*, vol. 3, núm. 3072.

³³ Yanguas, A., *op. cit.*, p. 428.

do, como puede ser un beso o un abrazo como saludo habitual. Un clérigo acusado de *crimen pessimum* en relación a uno de los dos últimos tipos de actos, tendría que probar que no había intención libidinosa o que había justa causa para hacerlos.³⁴

En relación con los actos libidinosos, una justa causa podría ser la necesidad (los realizados por un médico en el tratamiento de un paciente). También tendrían justa causa un apretón de manos, un beso o un abrazo como modo habitual de saludo en una cierta región del cuerpo; incluso un saludo afectuoso dado a un joven en presencia de sus padres. Consecuentemente, “ubi secundum sanum viri prudentis timorataeque conscientiae iudicium actus externus positus nullam fundatam suspicionem libidinosae voluntatis pandit ibi sermo de «delicto» commissio moveri nequit”.³⁵

Como hemos dicho, el acto no tenía que ser completo. El atentado era suficiente para constituirse como delito. Lo importante era el acto realizado por el clérigo, resultando irrelevante la complicidad de la víctima.

C. *Sujeto activo del delito*

El sujeto activo era el clérigo, independientemente de que fuera de órdenes menores o mayores, como queda claro en el artículo 73 de la Instrucción. Los laicos no son tratados como sujetos activos de ninguno de los delitos regulados por la *Crimen sollicitationis*.

D. *Sujeto pasivo del delito*

El sujeto pasivo era cualquier impúber, varón o mujer. Por lo tanto, la delimitación del sujeto pasivo era más estrecha que en el delito contra el sexto mandamiento de un clérigo con un menor de dieciséis años del canon 2359 §2. Como hemos visto, un chico era considerado impúber si no había cumplido los catorce años, una chica, si no tenía los doce años. En consecuencia, si el sujeto pasivo del delito era una chica de trece años o un chico de quince, no estábamos ante un *crimen pessimum*, y por ello, no quedaba reservado al Santo Oficio. Coherentemente con lo anterior, no podemos identificar el *crimen pessimum* con el delito del canon 2359 §2.

³⁴ *Ibidem*, p. 429.

³⁵ *Idem*.

E. Sanciones

Según el artículo 72 del *Crimen sollicitationis*, las penas para aplicar por el *crimen pessimum* eran las mismas que las previstas por el artículo 61 relativo al delito de sollicitación, que a su vez también remite al canon 2368 §1. El mismo artículo 72 establecía que a la hora de determinar las penas contra estos delincuentes había que tomar en consideración, igualmente, el canon 2359 §2.

Las penas contempladas por el artículo 61 eran:

- Suspensión.
- Privación de cualquier oficio, beneficio, dignidad que pudiera tener; privación de voz activa y pasiva.
- Sea declarado infame.
- Deposición.
- En los casos más graves, el clérigo podría ser castigado con la degradación.

Como se ve, el clérigo culpable del *crimen pessimum* podía ser castigado con las penas más graves.

El artículo 62, haciendo referencia al canon 2218 §1, ofrecía una serie de criterios para evaluar la gravedad del delito y proceder al castigo justo, y proporcionado. Recordemos que el artículo 72 declaraba que lo establecido para el *crimen pessimum* era aplicable *mutatis mutandis* en la Instrucción para el delito de sollicitación. Había que tener en cuenta los siguientes factores:

- La cantidad de personas solicitadas y su condición, como por ejemplo, si se trata de un menor o de una persona especialmente consagrada a Dios por votos religiosos.
- La forma de la sollicitación, especialmente si está conectada con falsas doctrinas o un falso misticismo.
- Torpeza no sólo formal, sino también material de los actos cometidos, sobre todo aquellas sollicitaciones con conexiones con otros crímenes.
- La duración de la conducta inmoral.
- Reiteración del crimen.
- Recidiva (recaída) después de una admonición.
- La malicia del solicitador.

Establecía el artículo 63 que a la pena máxima de degradación, que en el caso de los religiosos podía conmutarse por la reducción al estado de hermano laico (converso), sólo se debía acudir como último resorte cuando, consideradas todas las cosas, parezca evidente que el reo con su malicia, el abuso del sagrado ministerio, el grave escándalo para los fieles y daño para las almas, ha alcanzado tal grado de temeridad y de hábito que no parezca haber casi ninguna esperanza, humanamente hablando, de enmienda.

El artículo 64 preveía además algunas posibles sanciones suplementarias. Como puede observarse, no había una única solución para todos y cada uno de los casos de solicitación o *crimen pessimum*. Para llegar a una decisión justa, había que sopesar todos los elementos para que hicieran posible un fallo que garantizara la justicia de todas las partes implicadas. Una vez más se comprueba que la condición de menor era un agravante. Cuanto más joven era el menor, más grave se consideraba el delito, y más severa podría ser la pena. Era tarea del tribunal valorar prudentemente todos los elementos y las pruebas para ajustar lo más posible la justicia al caso concreto.

III. LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA EL SEXTO MANDAMIENTO EN EL CIC DE 1983

1. *El canon 1395*

El código vigente regula estos delitos en el canon 1395, que reza lo siguiente:

Canon 1395 § 1. El clérigo concubinario, exceptuado el caso del que se trata en el can. 1394, y el clérigo que con escándalo permanece en otro pecado externo contra el sexto mandamiento del Decálogo, deben ser castigados con suspensión; si persiste el delito después de la amonestación, se pueden añadir gradualmente otras penas, hasta la expulsión del estado clerical.

§ 2. El clérigo que cometa de otro modo un delito contra el sexto mandamiento del Decálogo, cuando este delito haya sido cometido con violencia o amenazas, o públicamente o con un menor que no haya cumplido dieciséis años de edad, debe ser castigado con penas justas, sin excluir la expulsión del estado clerical, cuando el caso lo requiera.

La fuente reconocida de este canon es el 2359 del CIC de 1917. La primera gran diferencia que se observa con respecto al Código Pío Benedictino es la renuncia al tratamiento y castigo de estos delitos por parte de los laicos, como hacía el canon 2357 del anterior código. Tampoco hay ninguna referencia a los clérigos de órdenes menores, pues éstas fueron suprimidas por

Pablo VI. El canon no tipifica los diferentes delitos contra el sexto tal y como hacía su paralelo 2359 del CIC de 1917, dándose una gran relevancia a la genérica expresión “pecado externo (delito) contra el sexto mandamiento del Decálogo”. Tampoco tiene ya consideración delictiva la comisión de una (única) acción contra el sexto mandamiento, si no está involucrado un menor, o no se ha realizado públicamente o con fuerza o amenazas. El §3 del canon 2359 del CIC de 1917 no tiene una norma paralela en el código de 1983.

Para los autores, la materia de estos delitos sería un pecado contra el sexto mandamiento en tanto que sea externo y constituya un pecado mortal.³⁶ Muchos comentaristas concuerdan en que debe tratarse de un pecado grave.³⁷ De acuerdo con una respuesta del Santo Oficio de 1873, entre los actos externos que constituyen materia de pecado estaban incluidos meros tocamientos, palabras, abrazos, miradas, etcétera.³⁸

El canon está dividido en dos párrafos diferenciados. Todos los delitos que enumera son graves violaciones del sexto mandamiento. En algunos delitos (los del § 1) la gravedad se manifiesta en la prolongación en el tiempo de la situación gravemente ilícita creada (el concubinato, por ejemplo). En otros, la gravedad es valorada por el legislador en relación con una serie de circunstancias que agudizan seriamente el daño producido a otras personas (con un menor de edad, con violencia), a la comunidad (públicamente) y, siempre, al bien común de la Iglesia.

Los delitos castigados en el 1395 §1 son los siguientes:

- 1) El concubinato que consiste en la relación sexual estable, en este caso, de un clérigo con una mujer. El elemento sustancial definidor del delito es la estabilidad y continuidad en el trato carnal o sexual. Es indiferente que la mujer viva bajo el mismo techo que el clérigo o alejada de él. Por otra parte, el canon no exige que se trate de un hecho público. Por tanto, el concubinato oculto ya sería punible.
- 2) También se castiga cualquier otro pecado contra el sexto mandamiento del Decálogo que reúna las siguientes características: *a)* ha de tratarse de una violación externa, a efectos del canon 1321; *b)* una situación permanente, y *c)* escándalo.

³⁶ Núñez, G., *Tutela penal del sacramento de la penitencia*, Pamplona, 2000, p. 53.

³⁷ Arias, J., *Comentario al c. 1395*, en Varios autores, *Código de Derecho Canónico. Edición anotada*, 7a. ed., Pamplona, 2007, pp. 886 y 887.

³⁸ “In materia turpia... comprendi nedum tactus, verum omnia peccata gravia et exterius commissa contra castitatem, etiam illa, quae constituent in meris colloquiis et adspectibus, qui complicitatem important”. SCISO, 28.V.1873. Tomado de Capello, F. M., *Tractatus canonico-moralis, cit.*, vol. II, núm. 417.

Estos delitos deben ser castigados con una suspensión. Si después de ser amonestado, el autor persiste en el delito, se pueden añadir gradualmente otras penas, hasta llegar a la expulsión del estado clerical.

En cuanto al §2, hay que decir que el texto legal parece contener implícita la consideración como delictiva de cualquier violación externa del sexto mandamiento del Decálogo,³⁹ aunque a efectos de punibilidad sólo sean relevantes las que reúnan las características enumeradas a continuación. En el §1 del canon es explícita la identificación entre delito y pecado. Se hace referencia al “clérigo que con escándalo permanece en otro pecado externo contra el sexto mandamiento del Decálogo”; luego añade: “si persiste el delito...”. En la redacción del §2 canon “se nota una cierta tensión: por una parte se califican como delito todas las violaciones externas del sexto mandamiento; por otra, se precisa que se debe tratar de violaciones con determinadas características”.⁴⁰

Para Nigro⁴¹ la materia del delito es la que cae dentro del sexto mandamiento del Decálogo, que abarca todos los actos graves consumados de lujuria, ya sean *iuxta natura* o *contra natura*.

Al determinar qué comportamientos puedan suponer, objetivamente hablando, una violación del sexto mandamiento del Decálogo puede no resultar fácil en algunos casos, especialmente si se hace una interpretación tan extensa como propugnan la mayoría de los autores. El catecismo de la Iglesia Católica afirma que la “tradición de la Iglesia ha entendido el sexto mandamiento como referido al conjunto de la sexualidad humana” (núm. 2336). El tratamiento penal de la cuestión probablemente reclame más matices, pues en un ámbito de límites tan amplios cualquier violación externa de la castidad podría tener la consideración de delito. En algunos periodos históricos, dentro del campo de la teología moral, la apelación al sexto mandamiento del Decálogo implicaba de modo directo y explícito al adulterio, y de modo indirecto o implícito a cualquier ofensa contra la castidad, y así lo expusieron algunos manualistas clásicos.⁴² Esto podría dar pie a una interpretación más estricta, quizá más acorde con la naturaleza del derecho

³⁹ Cfr. Borrás, A., *Les Sanctions dans l'Eglise*, París, 1990, p. 193; Benz, M., *Comentario al c. 1395*, en Benlloch, A., *Código de Derecho Canónico*, 10a. ed., Valencia, 2002, p. 614. Estos autores así parecen considerarlo. Se podrá estar de acuerdo o no, pero el texto da pie a ello.

⁴⁰ Cfr. De Paolis, V., “Delitti contro il sesto comandamento”, *Periodica*, vol. 82, 1993, pp. 305 y 306.

⁴¹ Nigro, F., “Comentario al c. 1395”, en Pinto, P. V., *Commento al Codice di Diritto Canonico*, Roma, 1985, p. 819.

⁴² Para una discusión más amplia en torno a qué comportamientos podrían calificarse moralmente como violación del sexto mandamiento del Decálogo, cfr. Touhey, J., “The Correct Interpretation of Canon 1395: the Use of the Sixth Commandment in the Moral

penal. En cualquier caso, la expresión “delito contra el sexto mandamiento del Decálogo” resulta confusa y de difícil interpretación (y aplicación) en más de un caso.⁴³

Los delitos especificados en el §2 son acciones concretas y no comportamientos habituales o permanentes; acciones que son consideradas de una gravedad especial tanto por el derecho canónico como por la sociedad actual.

En el delito con un menor resulta irrelevante el consentimiento de éste. Si por una parte el código no castiga el pecado externo con un adulto que consiente, no se puede decir lo mismo en absoluto en el caso de un menor.

La palabra “públicamente” no parece referirse a que el hecho se haya divulgado o que por las circunstancias en las que se realizó se estime que se divulgará fácilmente (*cf.*: canon 2197 §1 CIC 17), sino al delito cometido públicamente, en un lugar público o abierto a la gente, aunque sólo lo vean unos pocos y, de hecho, no se divulgue.⁴⁴

El código no castiga explícitamente la relación esporádica que pudiera tener el clérigo con un adulto consintiente o un acto aislado de homosexualidad.⁴⁵

Las penas previstas por estos delitos son todas *ferendae sententiae* preceptivas (“debe ser castigado con penas justas”), sin excluir la expulsión del estado clerical.

2. *Delitos contra el sexto cometidos con un menor*

Cuando nos referimos a los delitos con un menor salen a relucir muchos y nuevos problemas, complejos en muchos casos. Piénsese en la asociación que en numerosos casos se establece entre estas conductas y alteraciones como la pedofilia o la efebofilia. A esto hay que añadir que los actos comprendidos en el tipo delictivo no tienen necesariamente que incluir contacto físico o un abuso directo. Basta con un abuso indirecto, como mostrar

Tradition from Trent to the Present Day”, *The Jurist*, vol. 55, 1995, pp. 592-631. Lüdicke, K., “Comentario al c. 1395”, *Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici*, Essen, 1985.

⁴³ Los obispos de Estados Unidos, en una instrucción de 1995, recomendaban a los tribunales en los casos dudosos, a acudir a los escritos de reconocidos moralistas o pedir orientación para el caso a especialistas. National Conference of Catholic Bishops, *Canonical Delicts Involving Sexual Misconduct and Dimissal from the Clerical State*, Washington, 1995, p. 6.

⁴⁴ *Cf.*: Chiappetta, L., *Il Codice di Diritto Canonico. Commento giuridico-pastorale*, Roma, 1996, p. 686; De Paolis, V., *Delitti contro il sesto...*, *cit.*, pp. 305 y 306.

⁴⁵ Algunos autores se han planteado si dentro de los supuestos previstos en este §2 encajarían figuras como la del acoso sexual, simple manipulación o el engaño. *Cf.*: Provost, J. H., *op. cit.*, p. 662.

pornografía a un menor, la comisión de actos indecentes del clérigo en presencia de un menor, como podría ser el exhibicionismo. Parece que los elementos configuradores serían un “pecado externo” y la edad de la víctima.

El hecho de que el canon 1395 utilice la expresión “pecado externo contra el sexto mandamiento” como referencia a lo que es constitutivo de delito, hace que no se distingan adecuadamente los contornos morales y jurídico-penales del problema. Se comprende entonces que se empleen expresiones como “pecado-delito”⁴⁶ o se hable del pecado externo como equivalente a un delito. Todo delito es pecado, pero no todo pecado es delito sino sólo aquellas acciones que reúnan todos los elementos configuradores del delito.

Cuando nos acercamos a los límites del canon 1395 §2 adquiere sentido la pregunta ¿Son relevantes sólo los pecados mortales o también los veniales? Parecería lógico que la respuesta fuera que lo que hay que tomar en consideración son los pecados mortales. Pero como afirma Touhey,⁴⁷ los actos contra la castidad han sido entendidos por la tradición como objetivamente graves, más aun cuando son externos. Lo anterior es una afirmación que puede resultar iluminadora en el terreno moral, mas en el ámbito canónico-penal parece necesario de discriminación, para saber distinguir la diversa gravedad objetiva y subjetiva de la acción, con vistas, entre otras cosas, a determinar el castigo justo y proporcionado. Hay que tener en cuenta que el canon 1395 §2 habla de castigar al clérigo “con penas justas, sin excluir la expulsión del estado clerical, cuando el caso lo requiera”. El CIC de 1917 declaraba que “en los casos más graves, han de ser depuestos”. Por lo tanto, aun siendo todos los actos graves, algunos lo son más que otros. Un sacerdote que muestra imágenes impúdicas o tiene conversaciones imprudentes con un menor comete una acción grave. Lo mismo se podría decir del que tiene comportamientos exhibicionistas, o muestras desproporcionadas y/o injustificadas de afecto. Y, desde luego, es grave violar a una menor; sin embargo, es posible establecer una gradación entre ellas, más aun con vistas a la imposición de una pena. De no ser así, cualquier acción de este tipo podría ser castigada con la expulsión del estado clerical, basándose en la gravedad moral (genérica) de esas conductas. En la actuación penal hay que basarse en criterios más rigurosos y estrictos.

⁴⁶ Di Mattia, G., “Comentario al c. 1395”, en Marzoa, A. *et al.*, *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, 3a. ed., Pamplona, 2002, vol. IV-1, p. 581.

⁴⁷ Touhey, J., *op. cit.*, p. 623.

3. *Sujeto activo del delito contra el sexto mandamiento con un menor*

El sujeto activo del delito del canon 1395 §2 es el clérigo que comete tales acciones. En general, los delitos del canon 1395 sólo parecen contemplar a un clérigo (diácono, sacerdote u obispo) como autor, ya sea secular o religioso, sin posibilidad de extensión a los laicos.⁴⁸ Algunos han afirmado que también encajaría en el canon 1395 el delito cometido por quien en el momento del crimen no era todavía clérigo. Esta teoría encuentra escaso o nulo apoyo en la mayoría de los comentadores del código. El propio texto del código parece ser un obstáculo claro a esa interpretación: “clericus qui aliter contra sextum Decalogi praeceptum deliquerit...”.

4. *Sujeto pasivo del delito contra el sexto mandamiento con un menor*

El sujeto pasivo del delito es el menor de 16 años, de uno u otro sexo. El canon reproduce el viejo canon 2359 §2 del CIC de 1917. Se han producido algunas modificaciones de relieve en la legislación de la Iglesia sobre este aspecto. En el ámbito de los Estados Unidos de América, el rescripto de 1994 amplió la edad a 18 años. En dicha jurisdicción, el sujeto pasivo es cualquier menor, según la norma del canon 97 §1 del Código, que establece: “la persona que ha cumplido dieciocho años es mayor; antes de esa edad, es menor”. La misma derogación se produjo en Irlanda en 1996. El M. P. *Sacramentorum Sacritatis Tutela* amplió la edad para toda la Iglesia a 18 años.

5. *Algunas cuestiones relevantes (I): algunas circunstancias eximentes y atenuantes*

Cuando tratamos el delito de abuso de menores habremos en detenernos, aunque sea brevemente, en algunos factores que pueden afectar a la imputabilidad de la acción criminosa que han jugado un papel importante a la hora de aplicar las penas correspondientes por el delito contra el sexto mandamiento con un menor.

⁴⁸ No opina lo mismo Chiappetta. Para él, entre los sujetos activos de los delitos del canon 1395 §1 habría que incluir el cómplice del clérigo (Chiappetta, L., *op. cit.*, p. 686). Sin embargo, esta no parece ser la opinión mayoritaria. De Paolis afirma que “le ipotesi delittuose riguardano solo le violazioni compiute da un chierico”. “Non si può pertanto dire che rei delle diverse figure di delitti di cui nel canone sone anche i cooperatori necessari, in forza del can. 1329” (*Delitti contro il sesto...*, *cit.*, p. 298). Profesores de Salamanca, *op. cit.*, p. 729: “el canon tipifica diferentes delitos cometidos por clérigos... El elemento común a todos ellos es que el autor debe ser un clérigo”.

Dentro de las circunstancias atenuantes y eximentes previstas por el Código, nos vamos a fijar sólo en aquéllas que nos parecen de mayor interés para nuestro propósito.

Establece el canon 1322: “se consideran incapaces de cometer un delito quienes carecen habitualmente de uso de razón, aunque hayan infringido una ley o precepto cuando parecían estar sanos”

De lo dispuesto por el canon 1323, nos interesa el núm. 6: “no queda sujeto a ninguna pena quien, cuando infringió una ley o precepto: 6o., carecía de uso de razón, sin perjuicio de lo que se prescribe en los cánones 1324 §1, 2o. y 1325”.

El canon 1324 regula las circunstancias atenuantes de la punibilidad, del que nos concierne lo siguiente: “§ 1 El infractor no queda eximido de la pena, pero se debe atenuar la pena establecida en la ley o en el precepto, o emplear una penitencia en su lugar, cuando el delito ha sido cometido: 1ro, por quien tenían sólo uso imperfecto de razón; 2do, por quien carecía de uso de razón a causa de embriaguez u otra perturbación semejante de la mente, de la que fuera culpable”.

A. *Pedofilia*

Es objeto de discusión el impacto que la pedofilia (un concepto todavía relativamente nuevo en la ciencia médica) pueda tener en las facultades intelectivas y volitivas de un sujeto. Sin embargo, la posibilidad de que ésta pueda disminuir la imputabilidad es un punto crítico en el estudio del delito del canon 1395 §2. Todo parece indicar que cada caso reclamará una delicadísima labor prudencial del juez que deberá tener en cuenta la situación y las circunstancias subjetivas del sujeto que padece estas alteraciones.

Es algo generalmente aceptado que quien sufre estas desviaciones es capaz de entender lo que está haciendo, por lo que, en principio no le sería aplicable el canon 1322.

Está la percepción general de que no son personas totalmente libres en su obrar y que la desviación que padecen podría constituir un genuino trastorno mental. Esto podría dar lugar a un efecto atenuante sobre la imputabilidad y, consecuentemente, sobre la punibilidad. Muchos tribunales son reticentes en aceptar un efecto eximente. Habría que recordar los conocidos casos de John Geoghan y James Porter, ambos condenados en tribunales civiles sin ninguna mitigación.

Parece importante determinar el estado mental de la persona en el momento de actuar. Las opiniones son muy variadas al respecto. Para algunos,

al verdadero pedófilo le resulta muy difícil y, en ocasiones, hasta imposible, resistir a la urgencia que siente de buscar satisfacción sexual. Debido a su escasa capacidad para el autocontrol, el trastorno que padece disminuiría la imputabilidad para un delito canónico.⁴⁹ En algunas parafilias, como por ejemplo el exhibicionismo —se piensa que en ocasiones— como consecuencia de un irresistible impulso que anula completamente las capacidades intelectivas y volitivas del sujeto, sería posible apelar a una circunstancia eximente de la punibilidad que dejaría sin castigo al infractor.

En el caso de la pedofilia, la idea de una desviación como factor totalmente eximente, no es algo aceptado de modo general. La razón es que este tipo de delitos, por su propia naturaleza, generalmente requieren una cierta planificación y gasto de tiempo para buscar o crear la oportunidad para abusar, y el recurso a técnicas de *grooming*, que tienen lugar a lo largo de un periodo de tiempo.⁵⁰ Debido a las numerosas actuaciones que se realizan según un plan y el tiempo que implican, resulta difícil que se pueda apelar con éxito a la circunstancia de que uno estaba actuando bajo un fuerte impulso. Por ello, resulta complicado poder defenderse argumentando que la capacidad volitiva había sido anulada.

Podemos afirmar que en el derecho canónico es aceptado que la pedofilia constituye una grave desviación que puede disminuir, incluso seriamente, la imputabilidad, sin que esto conduzca a aceptar la no-imputabilidad por los delitos cometidos. Podemos encontrarnos con casos en los que un clérigo haya cometido uno o varios delitos con un menor y por lo cual adquiriera una responsabilidad penal ante la ley penal estatal y los tribunales civiles, y consecuentemente sea sancionado. Pero el derecho canónico no puede dejar de reconocer la influencia mitigadora de la imputabilidad de este tipo de trastornos, de modo que el castigo se deberá atenuar.⁵¹ En general, los autores reconocen la dificultad que entrañan estos casos, y por tanto aconsejan a las autoridades competentes que actúen con prudencia en esta área a la hora de

⁴⁹ Doyle, T., "The Canonical Rights of Priests Accused of Sexual Abuse", *Studia Canonica*, vol. 24, 1990, pp. 353 y 354.

⁵⁰ *Grooming* se refiere a un conjunto de comportamientos orientados a atraer a las víctimas para participar en la conducta abusiva, a través del ofrecimiento de regalos o haciendo especiales favores, como ir a eventos deportivos, campamento de vacaciones, estar durante la noche con el sacerdote, permitir o enseñar a conducir a la víctima, dando dinero a la víctima, alcohol o drogas. Por otra parte, muchos crean esas oportunidades e incluso construyen relaciones con la familia de la víctima para ganarse su confianza. Cfr. John Jay College of Criminal Justice, *Causes and Context of Sexual Abuse of Minors by Catholic Priests in the United States, 1950-2010*, p. 102.

⁵¹ The Canon Law Society of Great Britain and Ireland, *The Canon Law Letter and Spirit*, London, 1996, p. 805.

crear modelos de praxis de actuación, y se consulten con psicólogos y otros especialistas antes de actuar penal o disciplinalmente.⁵²

B. *Uso de alcohol y drogas en el abuso de menores*

Dentro del proceso de *grooming*, los sacerdotes abusadores han utilizado una variada serie de elementos “seductivos”, incluyendo drogas y alcohol. En el estudio realizado por el John Jay College se encontró que el uso de alcohol y drogas por los sacerdotes abusadores se incrementó significativamente en los años más álgidos de la crisis de abusos en Estados Unidos (los años setenta y ochenta), mas sólo para las víctimas varones. El aumento del uso de alcohol y drogas por los abusadores fue consistente con el incremento del abuso de varones, y éste era consistente con el incremento de abusos de menores.⁵³

Un dato significativo es que el alcohol y las drogas eran un recurso frecuente no en los pedófilos “fijados”,⁵⁴ que se sienten primariamente atraídos por los niños, sino en los abusadores situacionales o “regressed”.⁵⁵ Donde ha habido uso de alcohol por parte de ambos, sacerdote y menor, como una incitación (incentivo) al menor, es más improbable que la apelación a la intoxicación como atenuante o eximente en la defensa pueda ser usada. No obstante, hay una gran evidencia de que el alcohol es comúnmente usado como desinhibidor. Algunos estudios muestran que entre el 45% y el 50% de los pederastas tenían historias de abuso de alcohol. Muchos estudios dan noticia de la frecuencia de la implicación del alcohol en los pedófilos durante la comisión de sus crímenes. Parece claro que el alcohol sirve como medio de desinhibición para el pedófilo.⁵⁶ En tal caso el uso del alcohol entraría dentro de la que denominaríamos planificación del delito y podría mostrar evidencias de la *mens rea* o mente culpable. Por lo tanto, en muchos casos no resulta fácil considerar la intoxicación alcohólica como un factor totalmente

⁵² Coriden, James *et al.*, *New Commentary on the Code of Canon Law*, Nueva York, 2000, p. 1599.

⁵³ John Jay College, *Causes and Context Report...*, *cit.*, p. 103.

⁵⁴ Son pedófilos fijados aquellos que tienen un exclusivo interés en niños y no en adultos. El “regressed” y situacional tienen interés en niños, y en adultos y generalmente sólo vuelven a los niños en momentos de estrés o ansiedad. *Cfr.* Keller, G., “Sexual Abuse of Minors”, *Human Development*, vol. 7, 1986, p. 30. Citado en Paulson, Jerome, “The Clinical Considerations of Pedofilia: The Bishops Role”, *Studia Canonica*, vol. 22, 1988, p. 112.

⁵⁵ John Jay College, *Causes and Context Report...*, *cit.*, p. 103.

⁵⁶ Keller, G., *op. cit.*, p. 33. Citado en Paulson, Jerome, “The Clinical Considerations...”, *op. cit.*, p. 93.

eximente o excusante. Sin embargo, es cierto que no se puede pasar por alto la posibilidad de la concurrencia de pedofilia con dependencia alcohólica. También en estos supuestos habría que estudiar los diferentes factores caso por caso. Ahora bien, el uso de alcohol no nos podría llevar inmediatamente a la consideración de una causa atenuante, sino que bien podría suponer, por el contrario, una evidencia de un patrón de conducta típico de abuso.

En cualquier caso, hay que ser cautelosos. El comportamiento con un niño en sí mismo no es suficiente para llegar a un diagnóstico de pedofilia, al igual que un incidente o de intoxicación no constituye una prueba clínica de alcoholismo.⁵⁷ Sólo en un 4% de los abusos podemos hablar de verdaderos pedófilos. No se trataba propiamente de una crisis de pedofilia, y por tanto, una defensa basándose en una enfermedad (trastorno) consecuencia de la pedofilia era realmente posible en un número muy limitado de personas. Da la impresión que el abuso de alcohol y drogas ha supuesto un problema mucho más real y, a lo mejor, hubiera merecido una mayor atención.

Dada la gravedad y la mala reputación de estos casos, es difícil que estas circunstancias puedan tener posibilidades de éxito como eximentes. De hecho, en muchos casos, el mero hecho de cometer un delito contra el sexto mandamiento con un menor ha sido considerado como un agravante por la inocencia y la corta edad de la víctima, la dignidad de la que está investido el sacerdote (que demanda de él una particular santidad de vida) y el abuso de poder involucrado. Igualmente, hay que tener en cuenta el grave escándalo que estos crímenes producen en la comunidad y su repercusión en la pérdida de la fe de tantos.

6. Sanciones

Podemos observar un cambio en las penas previstas en el canon 1395, con respecto a aquellas otras del canon 2359 del CIC de 1917. El código vigente parece castigar con más contundencia los delitos del canon 1395 §1 que los del §2. Si bien es cierto que en ambos casos se puede llegar a la pena máxima de expulsión del Estado clerical, en el §1 está prevista una pena de suspensión preceptiva, cosa que no ocurre en el §2, que sólo habla de penas justas. Da la impresión de que el foco de atención se centra al posible escándalo que acarrearían los delitos de concubinato o la permanencia (con escándalo) en un pecado externo contra el sexto mandamiento.

⁵⁷ Doyle, T., "The Canonical Rights of Priests Accused of Sexual Abuse", *Studia Canonica*, vol. 24, 1990, pp. 350 y 351.

Por lo tanto, en una primera aproximación, parecen haberse invertido las prioridades. El concubinato y otros delitos permanentes han pasado a un puesto central, mientras que los otros delitos, sin ser relegados, pierden la prominencia que les atribuía el Código de 1917. El delito contra un menor aparece como último en la enumeración que hace el §2, mientras que en el canon 2359 §2 era mencionado en primer lugar.

Podemos encontrar algún dato de interés en el proceso de redacción del Código de 1983. En realidad, el único debate serio que se dio fue acerca del canon precedente del actual 1395 §1. Algunos de los peritos propusieron que se castigara el concubinato con la pena de excomunión, mientras que otros proponían la pena de suspensión *latae sententiae* si el caso era notorio. Al final quedó más o menos como aparece en el canon 1395 §1. Con respecto al canon 1395 §2 (entonces canon 69 §2), no consta ningún comentario.⁵⁸

Aunque el castigo parezca ser más severo en el canon 1395 §1 que en el canon 1395 §2, hay que dejar claro que la posibilidad de imponer la máxima pena queda en las manos del juez en ambos casos. Algunos han afirmado que las diferentes circunstancias agravantes de los delitos del §2 (públicamente, con violencia, amenazas, con menores) necesitan ser valoradas en cada caso por el juez, y por ello no se prevé una pena determinada *a priori*,⁵⁹ dejando al juez un mayor margen de actuación.

El cambio en la relevancia dada a tales delitos pudo ser causado por el comportamiento inmoral de algunos sacerdotes que proliferó en el periodo posconciliar del Vaticano II. Se produjo un declive general de la moralidad y, quizá, el legislador se vio urgido por la necesidad de corregir esos abusos de una parte del clero, que públicamente parecía hacer desdén del celibato.⁶⁰

Puede resultar extraño que precisamente durante el periodo en que el abuso de menores en su punto álgido, no se tomara ninguna medida para atajar la situación en una ocasión tan propicia, como era la reforma del código. Pero hay que tener en cuenta que estos delitos no fueron denunciados en su mayoría y pasaron, en gran medida, desapercibidos para muchas conferencias episcopales. Consecuentemente, estos delitos pasaron inadvertidos para los redactores del CIC. La evidencia de tales delitos sólo fue plenamente apreciada alrededor de una década después. Por tal motivo, no

⁵⁸ Cfr. "Communicaciones" 9, 1977, p. 316.

⁵⁹ Cfr. Di Mattia, G., *op. cit.*, p. 582; Bernal, J., *Regulación de los delitos...*, *cit.*, p. 64.

⁶⁰ Para Di Mattia, la razón bien pudo ser la protección del consejo evangélico más vulnerable, la castidad, la "perla del sacerdocio católico", que en la época de los trabajos de redacción del nuevo código parecía ser el más severamente amenazado con el surgimiento de la revolución sexual. Cfr. Di Mattia, G., *op. cit.*, p. 580.

debemos ser injustos a la hora de valorar el trabajo que entonces realizaron los redactores.⁶¹

También opinan algunos que el canon 1395 §1 fue dejado más abierto porque el juez tenía que tomar en consideración el eventual castigo de la autoridad civil, tal y como está previsto por el canon 1344, 2, pues los delitos del canon 1395 §2 tienen frecuentemente la consideración de delito civil, al contrario de lo que ocurre generalmente con los del canon 1395 §1.⁶² La ley civil castiga habitualmente todo lo relacionado con la corrupción de menores, pero no la violación de las obligaciones especiales por parte de los clérigos.

En cualquier caso, el texto del canon 1395 parece sugerir que el delito contra los menores ha perdido la prominencia que tenía en el CIC de 1917.

IV. EL *M. P. SACRAMENTORUM SANCTITATIS* *TUTELA*, VERSIÓN MODIFICADA DE 2010

Como es sabido, el *m. p. Sacramentorum Sanctitatis Tutela*, que contiene las *Normae de gravioribus delictis*, fue modificado por decisión del Romano Pontífice el 21 de mayo de 2010, y contiene importantes novedades en la materia que a nosotros nos interesa.

Concretamente, el artículo 6o. dice así:

§ 1. Los delitos más graves contra la moral, reservados al juicio de la Congregación para la Doctrina de la Fe, son:

1o. El delito contra el sexto mandamiento del Decálogo cometido por un clérigo con un menor de 18 años. En este número se equipara al menor la persona que habitualmente tiene un uso imperfecto de la razón.

2o. La adquisición, retención o divulgación, con un fin libidinoso, de imágenes pornográficas de menores, de edad inferior a 14 años por parte de un clérigo en cualquier forma y con cualquier instrumento.

§ 2. El clérigo que comete los delitos de los que se trata en el § 1 debe ser castigado según la gravedad del crimen sin excluir la dimisión o la deposición.

⁶¹ “One must remember that the code was drafted and promulgated in the early in the 70’s and early 80’s somewhat prior to the notable emergence of the scandal of clerical abuse of minors in the United States and elsewhere. At that time, church authorities and canonists were much less aware than today or the broad and complex implications of this tragic development”. Coriden, James *et al.*, *op. cit.*, nota 295, p. 1600.

⁶² De Paolis, V. y Cito, D., *Le sanzioni nella Chiesa*, Ciudad del Vaticano, 2000, p. 361.

1. *El delito contra el sexto mandamiento del Decálogo cometido por un clérigo con un menor de 18 años*

Este delito es el del canon 1395 §2, aunque allí se habla de menores de 16 años. El documento ha introducido modificaciones de relieve.

A. *Sujeto activo*

El sujeto activo es, sin duda, el clérigo, es decir el que ha recibido el sacramento del orden, independientemente de que sea secular o religioso. Si el delito es cometido por un religioso que no ha recibido las órdenes, entonces no estamos ante un delito reservado. Probablemente debido a que hubo a quienes les causó perplejidad tal distinción en materia tan grave, Mons. Scicluna declaró que se estaba estudiando la cuestión de incluir bajo la ley a los religiosos no clérigos.⁶³

En el caso del artículo 6o., §2, el sujeto activo es el clérigo involucrado en la adquisición, distribución o retención de imágenes pornográficas de menores de 14 años para gratificación sexual.

Al hablar de clérigos incluimos tanto obispos como sacerdotes o diáconos. El artículo 1o., §2 establece que: “la Congregación para la Doctrina de la Fe tiene el derecho de juzgar a los Padres Cardenales, a los Patriarcas, a los legados de la Sede Apostólica, a los Obispos y, asimismo, a las otras personas físicas de que se trata en el can. 1405 § 3 del Código de Derecho Canónico”.⁶⁴

B. *Sujeto pasivo*

Hay dos elementos que distinguen este delito del previsto en el canon 1395 §2.

La edad del menor ha sido elevada de 16 a 18 años. Como es sabido, el rescripto de 1994 dado por Juan Pablo II para el territorio de la Conferen-

⁶³ Scicluna, C.J., *Procedure and Praxis of the CDF*, en Dugan, Patricia (ed.), *The Penal Process and the Protection of Rights in Canon Law*, Montreal, 2005, p. 20. No parece haber tenido consecuencias esa preocupación.

⁶⁴ Canon 1405 §3: “está reservado a la Rota Romana juzgar: 1º. a los Obispos en causas contenciosas, quedando firme lo prescrito en el can. 1419, § 2; 2º. al Abad primado, al Abad superior de una Congregación monástica y al Superior General de los Institutos religiosos de derecho pontificio; 3º. a las diócesis o a otras personas eclesíásticas, tanto físicas como jurídicas, que no tienen Superior por debajo del Romano Pontífice”.

cia episcopal de los Estados Unidos, ya había hecho lo propio. La gravedad del delito ha podido motivar el aumento de la edad para toda la Iglesia. La nueva edad ahora incluye a todos los menores sin distinción, pues la mayoría de edad está fijada en ambos códigos eclesiales en 18 años. La nueva legislación está igualmente más en línea con la normativa civil, en la que la edad para el consentimiento, que suele coincidir con la mayoría de edad, es en la mayor parte de los casos de 18 años.

Por tanto, han desaparecido las distinciones que se hacían por edades según las diferentes configuraciones del delito. El *crimen pessimum* contemplaba el delito con un impúber y estaba reservado al Santo Oficio por la *Crimen sollicitationis*. Cuando el menor era un púber por debajo de 16 años (canon 2359 §2 del CIC de 1917 y canon 1395 §2 del CIC de 1983), el delito no quedaba reservado al Santo Oficio (o CDF). Antes de la promulgación de SST, algunos casos de abusos de menores entre 16 y 18 años eran tratados bajo el canon 1399.⁶⁵ Sin embargo, el juez no podía imponer la pena de expulsión del estado clerical u otra pena perpetua, pues el canon 1349 prohíbe la imposición de tales penas cuando la pena prevista es indeterminada.

Una segunda novedad importante es que la persona que habitualmente tiene una carencia de uso de razón, de modo que es habitualmente imperfecto, se equipara al menor. Por lo tanto, bajo este nuevo delito, se puede castigar a una persona con más de 18 años de edad, pero con esa merma del uso de razón. La norma considera que tales delitos cometidos con personas que tienen semejante hándicap mental o psicológico son igual de graves que los cometidos con un menor de 18 años, cuando se trata de ofensas contra el sexto mandamiento. Se entiende que la norma trata de proteger a personas vulnerables frente a abusos en materias en las que su capacidad para el consentimiento está muy afectada.⁶⁶ Resulta razonable y lógica la extensión del delito con un menor a estos casos.

Hay quien ha sugerido que este nuevo delito podría estar incluido en el canon 1395 §2, que castiga los delitos contra el sexto mandamiento cometidos con violencia, independientemente de la edad de la víctima. Según esta interpretación, el delito de abuso de una persona que tiene una carencia de uso de razón entraría dentro de esta categoría.⁶⁷

⁶⁵ “Aparte de los casos establecidos en esta u otras leyes, la infracción externa de una ley divina o canónica sólo puede ser castigada con una pena ciertamente justa cuando así lo requiere la especial gravedad de la infracción y urge la necesidad de prevenir o de reparar escándalos”.

⁶⁶ Cf. Sánchez, J. L. y Girón, Renedo, “Delitos contemplados en las normas «*De Gravioribus Delictis*» del año 2010”, *Estudios Eclesiásticos*, vol. 85, 2010, pp. 731-767 (735).

⁶⁷ Cf. Cito, D., “Las nuevas normas sobre los «delicta graviora»”, *Ius canonicum*, vol. 50, 2010, p. 654.

El canon 99 dispone que “quien carece habitualmente de uso de razón se considera que no es dueño de sí mismo y se equipara a los infantes”. El supuesto que contempla el canon no es el mismo que el de las normas *De Gravioribus Delictis*. El canon habla de quien carece habitualmente de uso de razón, mientras que las normas hablan de quién habitualmente tiene uso imperfecto de razón. No es necesario, por tanto, que la víctima carezca de uso de razón, sino que basta con que tenga un uso imperfecto para que la acción sea constitutiva de delito. Por otra parte, el canon equipara a los que carecen de uso de razón como los infantes, mientras que las normas los equipara al menor. Digamos que el canon va más allá.

Es posible que una víctima que habitualmente tiene uso imperfecto de razón pase por momentos de lucidez o de normal funcionamiento de las facultades intelectivas. No se podría apelar como excusante al hecho de que la acción tuvo lugar en unos de esos momentos lúcidos. Lo determinante no es que la víctima pueda tener momentos de lucidez, sino que su estado es de habitual uso imperfecto de razón. Los casos en los que el uso de la razón ha sido temporal o parcialmente dañado por ingesta de alcohol o drogas no son contemplados por la norma que considera a los que habitualmente tienen uso imperfecto de razón, *a fortiori*, a los que carecen de él. Las causas que conducen a ese uso imperfecto de razón pueden ser variadas. Puede tratarse de una enfermedad psíquica, en sentido estricto. También puede darse el caso de un abuso reiterado de alcohol o drogas que conduzca a una disminución de las facultades intelectivas médicamente demostrable.

En los casos de personas con adicción al alcohol u otras sustancias, pero sin una alteración objetivamente demostrable de las facultades intelectivas, no se puede hablar propiamente de momentos lúcidos para referirse a las situaciones en las que no está bajo el efecto del alcohol, sino simplemente de recuperación o retorno a la normalidad. Estas personas no pueden considerarse incluidas dentro de los sujetos pasivos previstos por la norma.⁶⁸

También podría darse el caso de personas que sufren de senilidad puedan incluirse dentro del sujeto pasivo de este delito.⁶⁹

2. *El delito de adquisición, retención o distribución de imágenes pornográficas de menores de 14 años con un fin libidinoso (o de gratificación sexual)*

Este delito, en su tipificación, es nuevo, pues no estaba contemplado previamente por el CIC de 1917, ni en la Instrucción *Crimen sollicitationis* ni otra

⁶⁸ Papale, Claudio, “I delitti contro la morale”, *Questioni attuali di diritto penale canonico*, Ciudad del Vaticano, Librería Editorial Vaticana, 2012, p. 56.

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 56 y 57.

norma canónica. Hoy día constituye un fenómeno sin precedentes la masiva producción y distribución de imágenes pornográficas, alimentadas en gran parte por el fuerte desarrollo de todo lo relacionado con internet, que hace tan fácil el acceso a estas imágenes. Este delito puede ser cometido en el confortable ambiente del despacho o habitación personal, totalmente en secreto y sin ningún tipo de contacto con el menor. Este hecho podía ser contemplado por el CIC de 1917 y probablemente tampoco por el CIC vigente en el momento de su promulgación.

La pornografía, en cuanto tal, no es mencionada en el CIC vigente, pero constituye una grave ofensa (delito) contra el sexto mandamiento, como se recoge en el catecismo de la Iglesia católica (núm. 2354).

El delito hace referencia a la adquisición, retención o distribución de imágenes pornográficas, mediante cualquier medio o tecnología.⁷⁰

La edad de 14 años que delimita el delito nos sugiere que se pretende perseguir es la verdadera pornografía pedófila. La norma no distingue entre chicos(as). El material pornográfico al que se refiere la norma no se limita al obtenido a través de descargas de internet (que probablemente será el caso más frecuente hoy en día), sino que incluiría cualquier tipo de fotos, videos, DVD's, etcétera.

La doctrina y la praxis reciente eran pacíficas a la hora de aceptar que no era necesario el contacto físico para que el comportamiento resultara punible. Cualquier violación externa del sexto mandamiento en la que esté involucrado un menor es relevante, lo que incluye abusos indirectos o sin contacto, como mostrar a menores pornografía o actos indecentes. Antes de las modificaciones al *m. p. Sacramentorum Sanctitatis tutela*, la praxis de la CDF había establecido que la descarga (downloading), como opuesta a la visita o navegación (browsing), de imágenes pornográficas de internet caía bajo el *delictum gravius*.⁷¹ Mientras que la visita (browsing) a un sitio web con contenido pornográfico puede resultar involuntaria, es difícil aceptar que la descarga (downloading) también lo sea, pues no solamente implica elegir una determinada opción sino que frecuentemente supone un pago mediante tarjeta de

⁷⁰ Consecuentemente, libros o literatura pornográfica que no contenga explícitas imágenes pornográficas no están incluidos en esta categoría. Adquisición, posesión o distribución de dicha literatura no caerían dentro de los delicta graviora. Cfr. Varuvel, G. Dhas, "Modifiche introdotte nelle Norme riguardanti I «Graviora Delicta»", *Apollinaris*, vol. LXXXIV, 2011, p. 362. Ahora bien, nada impide que tales acciones sean punibles por el canon 1395 §2.

⁷¹ Scicluna, C. J., "Sexual Abuse of Children and Young People by Catholic Priests and Religius: Description of the Problem from a Church Perspective", en Pontificia Academia Pro Vita, *Sexual Abuse in the Catholic Church. Scientific and legal Perspectives*, Ciudad del Vaticano, 2004, p. 19.

crédito y el suministro de información personal por el comprador, de modo que deja un rastro que puede conducir de nuevo a él.⁷²

A. Elemento objetivo del delito (I): adquisición de imágenes pornográficas

Implica la adquisición de imágenes pornográficas por cualquier medio. En el caso de posesión de material en soporte informático (“hard copies”), no hay mucha duda al respecto, pues implica fotos, videos, reportajes (DVD’s, CD’s, etcétera). Cuando hablamos de internet nos referimos a la descarga de material pornográfico en el propio ordenador o en cualquier otro dispositivo de almacenamiento (CD, DVD, pendrives). Navegar sin más, no entra dentro del tipo delictivo que nos ocupa, incluso aunque se pruebe que fue intencional (a menos que el clérigo esté mostrando abiertamente el contenido a un menor, en cuyo caso el delito sería tratado bajo el artículo 6o., §1, 1°).

Las imágenes descargadas han de ser pornográficas para que la acción constituya delito. No es suficiente con que el clérigo tenga imágenes de menores de 14 años. Hay casos muy claros, como cuando se ha descargado tales imágenes de una web claramente pornográfica en el propio ordenador. Hay otros casos más dudosos, como podría ser fotos de menores, por ejemplo, de excursión o en la playa, tomadas por el propio clérigo. Por ello, los expertos han establecido una “tipología de imágenes pornográficas de menores”.⁷³ El elemento clave es que estas imágenes involucren a niños en actividades sexuales o en poses o actitudes sexualizadas o sexualizantes. Cuando un clérigo es encontrado con imágenes no explícitamente obscenas (aunque puedan resultar subjetivamente pornográficas para ciertas personas), como, por ejemplo, imágenes de menores en bañador, la certeza moral de la existencia de delito hay que extraerla del conjunto de todos los elementos presentes en el caso. Si hay varias imágenes de niños en bañador, algunas tomadas por el clérigo, otras descargadas de lugares legítimos de internet (equipos de niños nadadores, tiendas de deporte, tiendas de ropa), el clérigo debe dar una razón legítima que explique por qué tiene esas fotos. Aunque en sí mismas no constituyan una prueba de pornografía infantil, tomadas en conjunto y teniendo en cuenta otros elementos, podrían constituir una prueba de la comisión del delito.

⁷² Scicluna, C. J., *The Procedure and Praxis...*, *cit.*, p. 238.

⁷³ Barchak, M., “Child Pornography and the Delict of an Offence against the Sixth Commandment of the Decalogue Committed by a Cleric with a Minor”, *Periodica*, vol. 99, 2011, p. 293.

En el supuesto de descarga de material pornográfico de internet es necesario tener en cuenta algunas circunstancias que pueden presentarse. Pueden darse casos en que lo que se ha querido descargar no es lo que en realidad se ha descargado (sería el caso no tan raro de falsos archivos puestos intencionadamente en internet).⁷⁴ En este caso no hay ningún dolo en la acción, pues no era intención del sujeto bajar de la red lo que realmente se descargó.

La eliminación del material pornográfico que se ha descargado intencionalmente no hace desaparecer el delito. La descarga con pleno conocimiento del contenido es suficiente para constituir el delito, aunque no se haga uso de él y se borre. Es cierto que la eliminación de ese material podrá ser tenida en cuenta como prueba del arrepentimiento.

B. Elemento objetivo del delito (II): la posesión (retención) de imágenes pornográficas de menores

Muchas veces se trata de una necesaria consecuencia de lo anterior: el clérigo que ha descargado el material constitutivo de delito lo tiene o guarda en su posesión.

En el caso de una descarga involuntaria, si el clérigo se percató del carácter pornográfico del material, que no quiso adquirir pero decide conservarlo, entonces se hace culpable del presente delito. Estaremos ante un supuesto de delito de posesión y no de adquisición de pornografía de menores.

Se puede plantear el problema de la posibilidad de acceder a abundantes imágenes en internet a través de programas que comparten archivos (Emule, por ejemplo), galerías de miniaturas, sitios de chat, o sitios legítimos como Facebook o Youtube. Efectivamente, en esos sitios se pueden ver imágenes o videos sin descargarlos. Eso es un desafío a la hora de discriminar si estamos ante un elemento de posesión de pornografía infantil.

También se puede plantear el caso de que una visita no intencionada a un sitio web con imágenes pornográficas deje imágenes en los archivos caché (para una rápida entrada en una posterior visita) del ordenador, aunque no se haya hecho ninguna descarga intencionada. Parece que la culpabilidad surgiría cuando conscientemente se observan esas imágenes almacenadas en los archivos caché.⁷⁵

⁷⁴ Cfr. Papale, Claudio, *op. cit.*, p. 60. El autor cuenta el caso de alguien que quiso bajar un video clásico de Walt Disney, pero accidentalmente se descarga una película pornográfica que tiene nombre falso.

⁷⁵ Barchak, M., *op. cit.*, pp. 336 y 337.

C. *Elemento objetivo del delito (III): la distribución de imágenes pornográficas de menores*

Esta figura incluye dos supuestos: la distribución y la comercialización. El elemento configurativo es que el delincuente posee el material delictuoso y lo pone a disposición de otros, mediante pago o gratuitamente. Algunos opinan que la distribución o divulgación se debe hacer a un número indeterminado de personas o a un número muy amplio.⁷⁶ Sin embargo, ese parece ser el caso de la legislación civil de algunos países, más preocupados por la comercialización, como algo distinto de la mera distribución (lo cual no tiene por qué ser el caso de la legislación canónica).

La presencia de factores comerciales no es rara, ya que muchas veces el pedófilo gasta dinero para adquirir las imágenes que en reiteradas ocasiones él vende de nuevo para compensar su gasto. La distribución, por otra parte, hace referencia al hecho de distribuir estas imágenes con otras personas a través de mail o archivos compartidos. Tanto la comercialización como la distribución son constitutivas de delito.

En los tres casos (adquisición, posesión y distribución) ha de ser probada la intención libidinosa. No obstante, el tercero introduce variantes que lo hacen un tanto peculiar. En el improbable caso de que un clérigo se involucre en la venta de pornografía únicamente por fines comerciales, ¿la comisión del delito dependería de la presencia o no de intención libidinosa por su parte?

Un clérigo que adquiera material pedo-pornográfico para terceros, si se hace con intención libidinosa, cometería delito. Como el lenocinio (o alcahuetear), esa actividad implica servir a la gratificación sexual de otros y supone un grave atentado contra la dignidad del niño.

Algún canonista opina que la adquisición, posesión o distribución de pornografía de menores “virtual” caería fuera del tipo delictivo. Siendo desde luego una acción moralmente reprochable y punible bajo el canon 1395 §2, no encajaría dentro de los *delicta graviora*, ya que no hay un niño real involucrado. De todos modos, habría que estar atento a la legislación estatal, que sí podría considerarlo delito, pudiéndose originar un conflicto entre ambos fueros.

Probablemente, el aspecto más oscuro de este tipo de comportamientos (sobre todo la posesión y distribución) es que se participa en el mercado de la pedofilia (mejor, pederastia) y se ayuda al desarrollo de este mercado creando demanda.

⁷⁶ Cfr. Dhas, Varuvel G., *op. cit.*, p. 364.

D. *Elemento subjetivo*

El elemento subjetivo de este delito hay que delimitarlo en la intención libidinosa por parte del clérigo. En caso de la distribución no parece necesario que el clérigo mismo tenga la intención libidinosa. Es suficiente que distribuya las imágenes a terceras personas como material pornográfico.

En los supuestos de adquisición o posesión, dado que es necesaria la presencia de intención libidinosa, no hay lugar a hablar de falta de la debida diligencia por parte del clérigo. Donde no hay intención, no hay delito. Por lo tanto, la descarga accidental de material pornográfico o la posesión de una película o imágenes desconociendo que el contenido es pornográfico, no son considerados actos delictivos. La posesión de imágenes pornográficas por razón del oficio, merece la misma consideración (por ejemplo, un rector de un seminario que confisca tales imágenes; o un ordinario que maneja material de ese tipo como evidencias para un posterior proceso, dentro del curso de una investigación preliminar por una conducta presuntamente delictuosa de un sacerdote de su diócesis; etcétera).

3. *Sanciones*

El artículo 6o., §2 dispone que el que cometa uno de los *delicta graviora* contra la moral ha de “ser castigado según la gravedad del crimen, sin excluir la dimisión o la deposición”.

El juez tiene un ámbito de amplia discreción para decidir el castigo adecuado en el caso concreto, teniendo siempre abierta la posibilidad de la expulsión del estado clerical.

Los casos pueden ser muy variados y los factores a tener en cuenta, muy diversos. La motivación puede ser pedofílica o efebofílica, atracción homosexual o heterosexual. Es muy distinto el delito cometido con un menor de 12 años que con otro de 17.

En los casos de pornografía por internet, puede ser más difícil la adquisición de pruebas y se hace necesaria la colaboración con las autoridades civiles, dadas las sofisticadas técnicas que se emplean para la detección y persecución de los indicios que se presenten. En cualquier caso, también habrá que distinguir entre el clérigo que tiene pocas imágenes y el que tiene cientos o miles; el que guarda las imágenes para sí o el que las distribuye; el que descarga las imágenes o el que toma las fotos.