

IN SPRAV DE ET PRO

# Revista

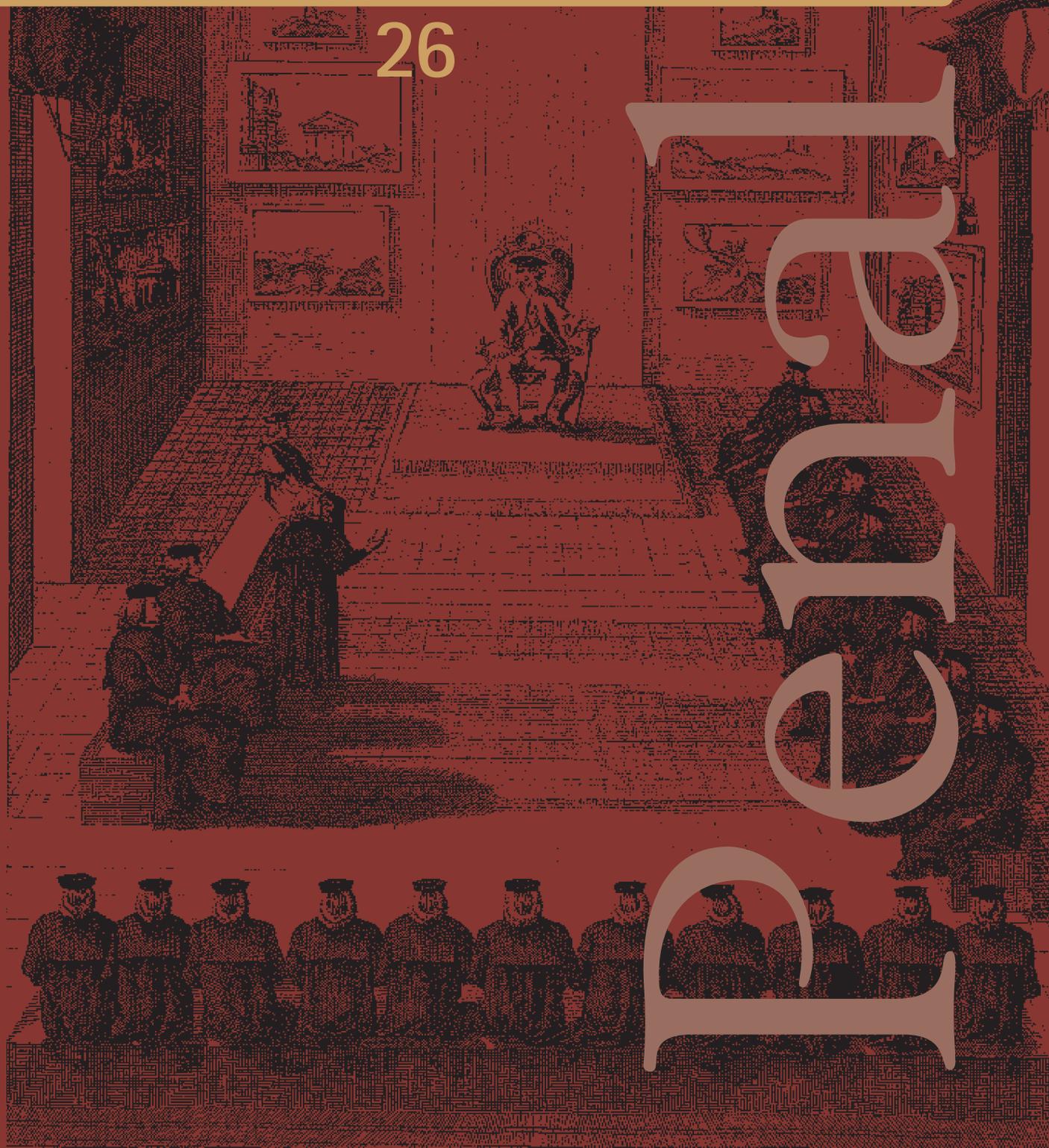
Julio 2010

26

Revista Penal

Julio 2010

# Penal



# Revista Penal

Número 26

## Sumario

---

### Doctrina

- Responsabilidad penal de los entes colectivos: una revisión crítica de las soluciones penales por *Manuel A. Abanto Vásquez* ..... 3
- ¿Qué significa «intención de destruir» en el delito de genocidio?, por *Kai Ambos* ..... 46
- Una explicación criminológica del genocidio: la estructura del crimen y el requisito de la «intención de destruir» por *Kai Ambos* y *María Laura Böhm* ..... 65
- Derechos Humanos y Derecho Penal. Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones por *Ignacio Berdugo Gómez de la Torre* y *Ana Isabel Pérez Cepeda* ..... 79
- La corrección de los padres a los hijos: consecuencias jurídico-penales de la reforma del art. 154 del Código Civil por *Miguel Díaz y García Conlledo* ..... 101
- La reforma procesal penal francesa en curso. El informe de la Comisión Léger por *Iñaki Esparza Leibar* ..... 130
- Los orígenes ideológicos del Derecho penal del enemigo, por *Francisco Muñoz Conde* ..... 139
- Denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios (artículo 196 del C.P.): discusiones doctrinales y jurisprudenciales, por *Pedro Ángel Rubio Lara* ..... 151
- Deconstruyendo la culpabilidad, por *Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro* ..... 164
- La responsabilidad por actos riesgosos de gestión en las sociedades de capital: Un estudio de derecho comparado por *Stanisław Tosza* ..... 177
- **Sistemas penales comparados:** Principio de Justicia Universal ..... 187
- **Bibliografía:** Notas bibliográficas, por *Francisco Muñoz Conde* y *Juana del Carpio Delgado* ..... 235
- **Crónica**
- VII. Seminario Internacional del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, por *Salvador Herencia Carrasco* ..... 257
- **Fe de erratas** ..... 263



Universidad de Salamanca



Cátedra de Derechos Humanos  
Manuel de Lardizábal

### **Dirección**

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
ferreolive@terra.es

### **Comité Científico Internacional**

Kai Ambos. Univ. Göttingen  
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha  
David Baigún. Univ. Buenos Aires  
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca  
Wilfried Bottke. Univ. Augsburg  
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg  
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra  
George P. Fletcher. Univ. Columbia  
Luigi Foffani. Univ. Módena  
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha  
Vicente Gimeno Sendra. UNED  
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense  
José Luis González Cussac – Univ. Jaume I<sup>º</sup>  
Winfried Hassemmer. Univ. Frankfurt

Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla  
Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III  
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide  
Enzo Musco. Univ. Roma  
Francesco Palazzo. Univ. Firenze  
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa  
Claus Roxin. Univ. München  
José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha  
Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg  
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz  
Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg  
John Vervaele. Univ. Utrecht  
Joachim Vogel. Univ. Tübingen  
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

### **Consejo de Redacción**

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela).

### **Sistemas penales comparados**

Martin Paul Wassmer y Lars C. Berster (Alemania)  
Luis Fernando Niño (Argentina)  
William Terra de Oliveira y Alexis Couto de Brito (Brasil)  
Felipe Caballero Brun (Chile)  
Shizhou Wang (China)  
Alvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)  
Walter Antillón y Roberto Madrigal (Costa Rica)  
Adán Nieto Martín y (España)  
Dimitris Ziouvas (Grecia)  
Alejandro Rodríguez Barillas (Guatemala)  
Angie Andrea Arce Acuña (Honduras)  
Luigi Foffani (Italia)

Manuel Vidaurri Aréchiga (México)  
Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)  
Carlos E. Muñoz Pope (Panamá)  
Victor Prado Saldarriaga (Perú)  
Barbara Kunicka- Michalska (Polonia)  
Federico de Lacerda Da Costa Pino (Portugal)  
Ana Cecilia Morún (República Dominicana)  
Svetlana Paramonova (Rusia)  
Baris Erman (Turquía)  
Wolodymyr Hulkevych (Ucrania)  
Pablo Galain Palermo (Uruguay)  
Jesús Rincón Rincón (Venezuela)

ISSN: 1138-9168

Dep. Legal: B-28.940-1997

[www.revistapenal.com](http://www.revistapenal.com)

Suscripciones: Marcial Pons  
Departamento Suscripciones  
[revistas@marcialpons.es](mailto:revistas@marcialpons.es)  
Tel: 0034 913043303  
Fax: 0034 913272367



## La corrección de los padres a los hijos: consecuencias jurídico-penales de la reforma del art. 154 del Código Civil

Miguel Díaz y García Conlledo

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de León\*

Revista Penal, n.º 26.— Julio 2010

*A Santiago Mir Puig, de quien tanto he aprendido*

**RESUMEN:** *En el presente trabajo se estudia la influencia de la última reforma del art. 154 del Código Civil sobre el tradicionalmente llamado derecho de corrección paterna, en concreto, sobre su operatividad en supuestos de utilización de violencia física. Se concluye que esa reforma ha dejado claro que tal derecho (y la justificación correspondiente) no existe para esos casos. Sin embargo, una excesiva intromisión del Derecho penal en supuestos de corrección moderada y proporcionada puede derivar en una criminalización excesiva de la familia que puede resultar contraproducente para ésta y para el propio interés del hijo menor, como señalan numerosas voces. Se repasan y valoran las diversas soluciones que en España y Alemania se han propuesto para evitar esos extremos y se opta, pese a las dificultades que sobre todo el art. 153 CP plantea, por el recurso a la exclusión de la tipicidad penal (aunque el hecho no sea conforme a Derecho) a través del principio de insignificancia.*

**PALABRAS CLAVE:** *Corrección paterna. Maltrato físico. Violencia en el ámbito familiar. Familia. Hijos. Menores. Justificación. Ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber. Estado de necesidad. Exculpación. Exclusión de la punibilidad. Exclusión de la tipicidad penal. Principio de insignificancia.*

**ZUSAMMENFASSUNG:** *In vorliegender Untersuchung wird der Einfluß der letzten Novellierung des Art. 154 des spanischen Zivilgesetzbuches auf das herkömmlicherweise sogenannte elterliche Züchtigungsrecht analysiert, insbesondere auf seine Anwendung auf Fälle körperlicher Gewalt. Ergebnis der hiesigen Überlegungen ist, dass die Reform nun klars-*

\* El presente trabajo se enmarca en los proyectos de investigación SEJ2007-60312 (Ministerio de Educación y Ciencia, ahora Ministerio de Ciencia e Innovación, en parte con fondos FEDER), LE017A08 (Junta de Castilla y León), de los que soy investigador principal, y en otro del Gobierno de Navarra, del que es investigadora principal la Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales y de cuyo equipo investigador formo parte. El primer esbozo de este trabajo se presentó como ponencia en el XI Seminario Interuniversitario de Derecho Penal. Simposio Internacional en Homenaje al Prof. Mir Puig con motivo de su Doctorado *honoris causa*, Universidad de Alcalá, 10 y 11 (11) de junio de 2008. La ponencia dio lugar a un fructífero debate en el que intervinieron (o me hicieron observaciones con posterioridad) los Profs. Santiago Mir Puig, Diego-Manuel Luzón Peña, Javier de Vicente Remesal, José Manuel Paredes Castañón, Enrique Peñaranda Ramos, Inés Olaizola Nogales, Ignacio Gallego Soler, Víctor Gómez Martín, José Manuel García Sobrado, Jaime Lombana Villalba y Virxilio Rodríguez Vázquez. Aunque no señale y responda expresamente a cada observación, todas me han sido de gran utilidad y las he tenido en cuenta en la redacción posterior del trabajo. Una vez concluido el trabajo, ha empezado a tener algún eco en la doctrina penal la reforma del Código Civil que se trata en él y, sobre todo, se ha creado una polémica mediática y social en torno al caso sucedido en Pozo Alcón (Jaén), sobre el que han recaído la sentencia del Juzgado nº 3 de lo Penal de Jaén de 26-11-2008 (JUR 2009/34972) y la de la Audiencia Provincial (SAP) de Jaén de 22-1-2009 (ARP 2009/10), así como el indulto del Consejo de Ministros por Real Decreto (RD) 606/2009, de 8 de abril, en lo que se refiere a la pena accesoria de prohibición de aproximarse a la víctima (desde luego la condena no es novedad y se ha producido en otros casos, y ni siquiera lo es la petición de indulto, como veremos). He intentado tener ambas cosas en cuenta, añadiendo consideraciones al trabajo sin cambiar su estructura, y aprovechando para actualizar la jurisprudencia. Agradezco también a los Profs. Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez la traducción del resumen y las palabras clave al alemán y al inglés.

*tellt, dass kein solches Recht (und entsprechende Rechtfertigung) für dergestaltige Sachverhalte vorliegt. Trotzdem kann eine übermäßige Intervention des Strafrechts in Fälle begrenzter und verhältnismäßiger Züchtigung zu einer Überkriminalisierung des familiären Bereichs führen, die für diesen allgemein und auch für das minderjährige Kind, wie aus vielen verschiedenen Richtungen moniert wird, schädliche Wirkungen zeitigen kann. Die Lösungen, die in Spanien und Deutschland zur Vermeidung beider Extrempositionen vorgeschlagen worden sind, werden dargestellt und bewertet. Trotz der diesbezüglichen Schwierigkeiten, die insbesondere aus Tenor von Art. 153 spanZGB entstehen, wird hier trotz Rechtswidrigkeit der Tat für eine Tatbestandsausschlußlösung kraft Bagatelldelikt (Geringfügigkeitsprinzip) eingetreten.*

**SCHLÜSSELWORTE:** Elterliches Züchtigungsrecht. Körperliche Mißhandlung. Gewalt im familiären Bereich. Familie. Kinder. Minderjährige. Rechtfertigung. Rechtsausübung und Pflichterfüllung. Notstand. Schuldausschluß. Strafbareitsausschluß. Ausschluß strafrechtlicher Tatbestandsmäßigkeit. Bagatellgrundsatz oder Geringfügigkeitsprinzip.

**ABSTRACT:** *This essay explores the influence of the latest reform of art. 154 of the Spanish civil Code over the so-called parental right to discipline. More specifically, over the use of a parental right to corporal punishment. The outcome is that the reform made it clear that such a right (and its justification) does not exert its influences in those cases. Yet, an excessive intrusion of criminal law in cases involving moderate and proportional discipline may derive in overcriminalizing the family context. This could run against the family itself and the interests of the minor, as many scholars have already pointed out. The essay reviews and appraises the various solutions that have been proposed in Spain and Germany. In the end we conclude that, despite the difficulties posed by art. 153 of the Spanish penal code, the best option is to acknowledge a lack of an element of the crime due to the irrelevance principle, although the act is actually not permitted by law.*

**KEYWORDS:** Parental discipline. Child battering. Domestic violence. Children. Minors. Justification. Exercising a right. Carrying out a duty. Duress. Precluding punishment. Precluding an element of the crime. Principle of irrelevance.

**SUMARIO:** I. Introducción y planteamiento. II. El ejercicio legítimo de un derecho (y el cumplimiento de un deber). III. Estado de necesidad y otras causas de justificación y exculpación. IV. La atipicidad de la conducta. V. La propuesta de lege ferenda de ROXIN: la introducción de una causa personal de exclusión de la punibilidad. VI. El propio punto de vista: la exclusión de la tipicidad penal. VII. Conclusión.

### I. Introducción y planteamiento

El art. 154 del Código Civil (CC) rezaba hasta hace pocos meses: «Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre./La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad y comprende los siguientes deberes y facultades:/1º. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral./2º. Representarlos y administrar sus bienes./ Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten./Los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el

auxilio de la autoridad. Podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos». Hasta 1981, el inciso final rezaba «corregir y castigar». Por su parte, conforme al art. 155 CC, «Los hijos deben:/1º. Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre./2º. Contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella». Por su parte, el art. 268 CC establecía, respecto de la corrección, lo mismo que el art. 154 para los tutores en el ejercicio de su cargo.

De aquí se había derivado tradicionalmente, aunque cada vez de forma más restrictiva<sup>1</sup>, la existencia de un derecho

1 Sobre la evolución de la regulación civil y de la trascendencia penal del llamado derecho de corrección, v. por ejemplo las consideraciones de la SAP Sevilla 14-1-2004 (ARP 2004\69). Recientemente, HURTADO YELO, Entre el derecho de corrección y el delito de malos tratos. Hacia la búsqueda de una solución intermedia, en: Actualidad Jurídica Aranzadi (AJA) 788 (2009), 2, 4. También en otras normas se alude a la corrección; así, el Código de Familia de Cataluña (Ley 9/1998, de 15 de julio) establece en su art. 143.3 que «El padre y la madre pueden corregir a los hijos en potestad de forma proporcionada, razonable y moderada, con pleno respeto por su dignidad y sin imponerles nunca sanciones humillantes ni que atenten contra sus derechos. Al objeto, pueden solicitar excepcionalmente la asistencia e intervención de los poderes públicos». Este precepto, en un artículo que curiosamente lleva por título «Deberes del padre y de la madre», introduce elementos más limitadores de la facultad de corrección que el art. 154 CC, si bien todos ellos pueden derivarse de otras normas, básicamente constitucionales.

o facultad (para algunos, incluso un deber) de padres y tutores a corregir razonable y moderadamente a sus hijos<sup>2</sup>.

Pues bien, la Disposición final primera de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional

2 V., entre otros (con referencia a los artículos del CC correspondientes a cada periodo histórico y con distinto grado de amplitud, tendiendo a la restricción en los tiempos más recientes), FERRER SAMA, Comentarios al Código Penal I, 1946, 241; ANTÓN ONECA, Derecho Penal I. Parte general, 2ª ed. Anotada y corregida por Hernández Guijarro y Beneytez Merino, 1986 (respetando el texto original de la 1ª ed., 1949) 283 ss.; SÁNCHEZ TEJERINA, Derecho Penal Español I. Introducción y Parte general, 5ª ed., 1950, 243; QUINTANO RIPO-LLÉS, Compendio de Derecho Penal I, 1958, 255, quien habla de «ligeras lesiones», aunque en 256 aduce que en general el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de deber «únicamente serán alegables como excusa, siempre y cuando que al usarse o ejercitarse no constituyeren acciones penadas por la ley»; Curso de Derecho penal I, 1963, 390, con la misma consideración general en p. 289; en Comentarios al Código Penal, 2ª ed., puesta al día por GIMBERNAT ORDEIG, 1966, no se ocupa específicamente del derecho de corrección, pero vuelve a establecer la misma consideración general en p. 141; CÓRDOBA RoDA, Las eximentes incompletas en el Código Penal, 1966, 283; Art. 8.11, en: CÓRDOBA RODA/RODRIGUEZ MOURULLO, Comentarios al Código penal I (Artículos 1 a 22), 1972, 362; DEL ROSAL/RODRÍGUEZ RAMOS, Compendio de Derecho Penal Español (Parte General), 1974, 172; PUIG PEÑA, Cumplimiento de un deber, en: Nueva Enciclopedia Jurídica (NEJ) VI, 1975, 161; Derecho Penal. Parte General, 7ª ed., con la colaboración de ORTIZ RICOL, 1988, 312 s.; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado de Derecho Penal IV. El delito. Segunda parte, 3ª ed, 1976, 574; DEL ROSAL, Tratado de Derecho Penal Español (Parte General) I, 2ª ed. revisada y corregida por COBO, 1976, 846; GIMBERNAT ORDEIG, Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español, 1979, 68; CUELLO CALÓN, Derecho Penal I. Parte General 1º, 18ª ed., revisado y puesto al día por Camargo Hernández, 1980, 395; ORTOS BERENQUER, Malos tratos al cónyuge y a los hijos menores, en: Tirant lo Blanch. Publicaciones Jurídicas, noviembre 1983, 16 (aludiendo a las limitaciones del derecho de corrección, pero exigiendo también cierta gravedad en el maltrato para concederle relevancia penal); GÓMEZ BENÍTEZ, Teoría Jurídica del Delito, Derecho Penal, Parte General, 1984, 390 s.; ARROYO DE LAS HERAS, Manual de Derecho Penal \*\*. El delito, 1985, 415 s.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, Derecho Penal, Parte General. Teoría jurídica del delito, 2ª ed., 1986, 252; CEREZO MIR, La eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP) 1987, 284 s.; Curso de Derecho Penal español, Parte General II, 6ª ed., 1998, 310 s.; MANZANARES SAMANIEGO, en: MANZANARES SAMANIEGO/ALBÁCAR LÓPEZ, Código Penal (comentarios y jurisprudencia), 2ª ed., 1990, 110 s.; SÁINZ CANTERO, Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 3ª ed., 1990, 585; ARROYO DE LAS HERAS/MUÑOZ CUESTA, Delito de lesiones, 1993, 149 s.; CUELLO CONTRERAS, El delito de violencia habitual en el seno de la familia y otras relaciones análogas de afectividad, en: Poder Judicial (PJ) 32 (1993), 13, 14 (sólo para las faltas de malos tratos de obra y con exclusión del delito de violencias habituales en la familia); más dudoso es si admite la justificación para alguna clase de maltrato físico en El Derecho Penal español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito, 3ª ed., 2002, 905; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, Derecho Penal Español, Parte General, 18ª ed., 1995, 512 s.; DÍAZ ROCA, Derecho Penal General. Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, 1996, 154; MORA ALARCÓN, Suma de Derecho Penal. Parte General y Especial, 1996, 91 (aunque parece dejar fuera el empleo de violencia o intimidación); VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Nuevo Código Penal comentado (Ley 10/1995, de 23 de noviembre), 1996, 66; RODRÍGUEZ MOURULLO, Art. 20, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/JORGE BARREIRO (coord.), Comentarios al Código Penal, 1997, 108; GRACIA MARTÍN, Art. 153, en: DIEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (coords.), Comentarios al Código Penal. Parte Especial I. Títulos I a IV y faltas correspondientes, 1997, 470 s.; PUENTE SEGURA, Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal, 1997, 276 s.; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, Derecho Penal. Parte General, 5ª ed., 1999, 476 s.; GANZENMÜLLER ROIG/ ESCUDERO MORATALLA/FRIGOLA VALLINA, La violencia doméstica. Regulación legal y análisis sociológico y multidisciplinar, 1999, 286 ss. (aunque citan a autores que no admiten la justificación por el derecho de corrección al menos para la violencia sobre hijos, no resultándome del todo claro si asumen esa postura); MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, La intervención del Derecho penal en los castigos a los hijos: un análisis comparado, en: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC) 01-07 (1999) ([http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_01-07.html](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-07.html)), 2, 4 (v. también La responsabilidad penal y civil del docente. Especial referencia al derecho de corrección y a la omisión del deber de vigilancia, en: Actualidad Penal —AP— 1999, 763, 766, 767, aunque en referencia en parte al docente, lo que resulta mucho más cuestionable); La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado, 2001, 280 ss., 291 ss.; La violencia habitual en el ámbito doméstico y la causa de justificación de obrar en el ejercicio legítimo de un derecho, en: MORILLAS CUEVA (coord.), Estudios penales sobre violencia doméstica, 2002, 270 s., 282 s., 284 s.; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ/ROMA VALDÉS, Derecho Penal (Parte general), 1999, 69 s.; ROMEO CASABONA, Los delitos contra la integridad corporal y la salud, en: El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López (LH-Torio), 1999, 939 (con exclusión de la justificación por derecho de corrección para el delito de ejercicio de violencia física habitual); Ejercicio del derecho o profesión, en: LUZÓN PEÑA (dir.), Enciclopedia Penal Básica (EPB), 2002, 636 (aunque en Ejercicio del derecho o profesión, en: Enciclopedia Jurídica Básica —EJB— II, 1995, 2678, sólo admitía la eximente incompleta); DOLZ LAGO, Violencia doméstica habitual: mitos y realidades, en: La Ley (LL) 2000-3, 1782 (excluyéndolo para el delito de ejercicio de violencia habitual en el ámbito doméstico); GARCÍA ÁLVAREZ/ DEL CARPIO DELGADO, El delito de malos tratos en el ámbito familiar, 2000, 77, 89 (no para el ejercicio de violencia habitual, pero sí para hechos aislados, que, si están justificados, no podrán computarse para el delito de ejercicio de violencia habitual); OLIVARES ÁLVARO, Código Penal comentado. L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, 2000, 54 (excluyendo la justificación de conductas constitutivas del delito del art. 153 de la época); JAÉN VALLEJO, Delito de violencia doméstica: ¿insuficiencia del Derecho penal?, en: Actualidad Jurídica Aranzadi 534 (2002), 2 (si bien señalando que hoy hay que «interpretar muy restrictivamente»); SERRANO BUTRAGUENO, Art. 20, en: DEL

MORAL GARCÍA/SERRANO BUTRAGUEÑO (coords.), Código Penal (Comentarios y jurisprudencia) I, 3ª ed., 2002, 434 s.; DE LAMO RUBIO/GANZENMÜLLER ROIG/ESCUDERO MORATALLA/FRIGOLA VALLINA, Tratamiento penal y procesal de la violencia en el ámbito familiar. Análisis jurídico de las últimas reformas y de las propuestas de reforma, 2002, 78 (con exclusión del ejercicio de violencia habitual); MAYORDOMO RODRIGO, Aspectos criminológicos, victimológicos y jurídicos de los malos tratos en el ámbito familiar, 2003, 12, 122-124; UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, La eficacia justificante de los derechos. Análisis de la exigencia de ejercicio legítimo de un derecho (20.7º CP) desde una perspectiva constitucional, 2003, 25; BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN, El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del Código Penal español, en: CALVO GARCÍA (coord.), La respuesta desde las instituciones y el Derecho frente al problema de la violencia doméstica en Aragón, 2004, 161 s. (aunque no, con matices, para el ejercicio habitual de violencia); COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, Instituciones de Derecho penal español. Parte general, 2004, 162; CONDEPUMPIDO FERREIRO, Contestaciones de Derecho penal al programa de Judicatura. Parte general, 3ª ed., 2004, 192, aunque sin dejar claro si abarca el uso de la fuerza; Contestaciones de Derecho Penal al Programa de Judicatura. Parte Especial, 4ª ed., 2004, 78; LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, Derecho Penal español. Parte General, 7ª ed. 2004, 321; MIR PUIG, Derecho Penal. Parte General, 7ª ed., 2004, 485 (8ª ed., 2008, 491); ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, Compendio de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial), 2004, 180; Compendio de Derecho Penal (Parte General), 2008, 175; POMARES CINTAS, en: ZUGALDÍA ESPINAR (dir.)/PÉREZ ALONSO (coord.), Derecho Penal. Parte General, 2ª ed., 2004, 599; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, Manual de Derecho Penal I. Parte General, 2005, 190; MORALES PRATS, Art. 20.7º, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), Comentarios al Nuevo Código Penal, 4ª ed., 2005, 205 s. (pero excluyendo la violencia física con relevancia típica, por comprometer la dignidad de la persona); BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, Lecciones de Derecho Penal. Parte General, (2ª ed.), 2006, 289; FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, El derecho de corrección, en: BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN (coords.), La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género, 2006, 205 ss., con muchos matices y limitaciones y anunciando desde un primer momento (205) que «la tradicional tolerancia al recurso a medios correctivos violentos —bofetadas, azotes— por parte de padres y tutores frente a menores de edad y pupilos parece encontrarse hoy en peligro de extinción» (v. además, especialmente, 214, 225 s.); JUDEL PRIETO, en: SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (coord.), Manual de Derecho Penal I. Parte General, 4ª ed., 2006, 238 («alcance muy limitado cuando no irreal dada la normativa de la violencia en el ámbito familiar») (5ª, 2008, 238); RODRÍGUEZ RAMOS, Compendio de Derecho Penal. Parte general, con la colaboración de RODRÍGUEZ RAMOS LADARIA, 2006, 143; SERRANO TÁRRAGA, El derecho de corrección de los padres sobre sus hijos y el delito de violencia doméstica, en: LASARTE (dir.)/MORETÓN/DONADO/YÁÑEZ (coords.), Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI. Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia. Ponencias y Comunicaciones, Madrid 27-29 Junio 2005, 2006, 641 ss. (parece que excluyendo las violencias físicas —y muchos otros comportamientos—, especialmente desde la entrada en vigor de la Ley Integral contra la Violencia de Género); DÍEZ RIPOLLÉS, Derecho Penal Español. Parte general. En esquemas, 2007, 284 s.; GONZÁLEZ CUSSAC/MATALLÍN EVANGELIO/ORTS BERENGUER/ROIG TORRES, Esquemas VI. Derecho Penal. Parte General, 2007, 86; MAGRO SERVET, Violencia Doméstica y de Género. 285 preguntas y respuestas, 2007, 91 (aunque no queda claro si excluye todo ejercicio de violencia física del ámbito del derecho o sólo la habitual y la ejercida en el supuesto de una sentencia que cita); MÉNDEZ ÁLVAREZ, Art. 20, en: ARROYO ZAPATERO/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/FERRÉ OLIVÉ/GARCÍA RIVAS/SERRANO PIEDECASAS/TERRADILLOS BASOCO (dirs.), Comentarios al Código Penal, 2007, 125; QUINTERO OLIVARES, Parte General del Derecho Penal, con la colaboración de MORALES PRATS, 2007, 409 (aunque nunca para violencia física constitutiva de infracción penal); AGUILERA RODERO, Análisis sobre el contenido personal de la patria potestad en el progenitor, en: Actualidad Civil (AC) 2008, especialmente en lo que afecta al Derecho penal: 1242 (por cierto, este trabajo se publica una vez producida la reforma del art. 154 CC por la Ley de Adopción Internacional, pero no tiene en cuenta tal reforma); LUZÓN CUESTA, Compendio de Derecho Penal. Parte general, 18ª ed., 2008, 127 (sin recoger tampoco la reforma del CC); MORILLAS CUEVA, Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Volumen I. Teoría jurídica del delito. Nociones generales. El delito doloso: Juicio de antijuricidad, 2008, 304 ss., si bien considera que, dada la redacción actual del art. 153 CP (y otros) y la reforma civil de que tratamos en este trabajo, «es evidente y limita, todavía más, casi en una línea de inaplicabilidad, el ya difícilmente invocado derecho-facultad de corrección como causa de ejercicio legítimo de un derecho sobre resultados del tipo penal»; SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAILLO, Derecho Penal. Parte Especial, 13ª ed., 2008, 130, 1125, sólo para malos tratos del art. 617.2 CP (siguen fundándolo, entre otros, en los arts. 154 y 268 CC); SÁENZ DE PIPAÓN Y DEL ROSAL, Derecho de corrección de los padres y Derecho penal, en: Revista de Derecho Penal (RDP) 28 (2009), 74 s. y *passim*, antes y después de la reforma del art. 154 CC (si bien utiliza argumentos que apuntan también a la exclusión de la tipicidad); HURTADO YÉLO, AJA 788 (2009), 1 ss. (*passim*), incluso después de la última reforma del art. 154 CC (aunque también con consideraciones apoyadas en la atipicidad por insignificancia o en la interpretación restrictiva del art. 153 CP). En la jurisprudencia no demasiado antigua, v. Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 13-4-1982 (RJ 1982\2090) (negando la justificación en el caso concreto); SAP Tarragona 21-11-1994 (ARP 1994\438) (se habla del derecho de corrección y se aprecia en el caso de un educador de una menor sometida a tutela); Barcelona 17-11-1995 (ARP 1995\1214); Málaga 30-3-1998 (ARP 1998\1784); Badajoz 18-11-1998 (ARP 1998\5136); Córdoba 19-4-1999 (ARP 1999\1592) (lo aprecia en el caso concreto pero lo niega en general para el delito de ejercicio habitual de violencia doméstica o afín, pues cree que faltaría el ánimo de corregir); Jaén 22-9-1999 (ARP 1999\3352) (habla de deber y niega la justificación en el caso concreto); SAP Valencia 6-4-2000 (ARP 2000\1608) (en relación con una falta de vejaciones injustas); A Coruña 30-11-2000 (JUR 2001\175031) (en realidad no dice expresamente que exista el derecho de corrección con eficacia penal, pero puede deducirse de la negación de su concurrencia en el caso concreto: «...la actitud, el contexto y los precedentes fueron tan excesivos, exagerados, vejatorios, humillantes y desproporcionados que invocar el derecho de corrección, aunque sea en un contexto de defensa en juicio, es literalmente un intolerable sarcasmo»); Zaragoza 10-5-2001 (JUR 2001\213021) (negándolo para el delito

(BOE 29 de diciembre), según su Exposición de Motivos, «aprovecha el evidente vínculo que une la adopción con la protección de los menores para abordar la reforma de los artículos 154, 172, 180 y 268 del Código Civil. Además de mejorarse la redacción de estos preceptos, se da respuesta de este modo a los requerimientos del Comité de Derechos del Niño, que ha mostrado su preocupación por la posibilidad de que la facultad de corrección moderada que hasta ahora se reconoce a los padres y tutores pueda contravenir el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989»<sup>3</sup>. Esta Ley se aprobó con la discrepancia del PP, PNV y CiU<sup>4</sup>. El nuevo art. 154 CC reza: «Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres./La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos,

de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica./Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades:/1º. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral./2º. Representarlos y administrar sus bienes./Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten./Los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad». De modo que, aparte de la mención a los padres, en vez de al padre y a la madre (parece que en atención a la posibilidad de matrimonios homosexuales, aunque podría discutirse la redacción), se introduce la exigencia del ejercicio de la patria potestad «con respeto a su integridad física y psicológica» y se suprime la mención de la facultad de «corregir razonable

de ejercicio habitual de violencia doméstica); SAP Sevilla 11-6-2001 (JUR 2001\304911) (negándolo para un supuesto de ejercicio habitual de violencia familiar, aunque no queda claro si sólo para el caso concreto o en general); Islas Baleares 19-9-2001 (JUR 2001\316151) (reconoce al padre el derecho de corrección, aunque el supuesto de la SAP nada tiene que ver con esta cuestión); Madrid 2-3-2003 (ARP 2004\669) (admite la existencia de derecho de corrección, pero niega su ejercicio en el caso concreto); Sevilla 14-1-2004 (ARP 2004\69) (lo niega en el caso concreto); Córdoba 9-3-2004 (JUR 2004\126721); Soria 12-4-2004 (ARP 2004\264) (no lo aprecia en el caso concreto); Valencia 6-6-2005 (JUR 2005\163740) (parece reconocerlo en general, pero no apreciarlo en el caso concreto, aunque queda la duda de si excluye en general toda corrección violenta); Alicante 2-3-2006 (JUR 2007\43440) (que incluso lo aprecia en el caso concreto —un bofetón—, aunque contradictoriamente apela a otra sentencia, señalando que «es más que discutible que el mencionado derecho a corregir a los hijos implique que pueda pegárseles, que pueda aplicárseles castigos físicos»); Barcelona 2-5-2006 (JUR 2007\187625) (negándolo en el caso concreto por ser la hija mayor de edad); Asturias 26-7-2006 (JUR 2006\210253) (negándolo en el caso concreto por desproporción y quedando la duda de si excluye toda violencia); Valladolid 3-1-2007 (JUR 2007\74559) (negándolo en el caso concreto y cabiendo la duda de si excluye del derecho cualquier agresión); Barcelona 17-10-2007 (JUR 2008\33581) (excluyendo el maltrato físico, aunque admitiendo la atipicidad del muy leve por el principio de insignificancia, y negando cualquier operatividad en el caso); Huelva 30-10-2007 (JUR 2008\57372) (negándolo en el caso concreto y mencionando, en referencia al art. 154.2 CC «la polémica vigencia de este precepto, denunciada como difícilmente compatible con la regulación de la patria potestad en el Derecho comunitario europeo»); Córdoba 17-1-1008 (JUR 2008\218264) (lo admite claramente, si bien da respuesta confusa al tratamiento del exceso, e incluso a la naturaleza de la exención); Bizkaia 29-11-2007 (JUR 2008\29500); Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de Jaén 17-5-2005 (JUR 2006\62551). Aunque se alega el derecho de corrección sobre una hija menor de la pareja del imputado, el TS no entra a discutir el tema en STS 19-3-2007 (RJ 2007\2848). En ocasiones es difícil saber si una determinada resolución judicial reconoce el derecho de corrección y con qué límites en general; así sucede por ejemplo en la SAP Barcelona 10-12-2004 (JUR 2005\60455), que se limita a negar su concurrencia en el caso concreto (lo que, por cierto, resulta evidente): «Ninguna duda razonable le cabe a este tribunal acerca de que el derecho de corrección de unos padres hacia sus hijos en modo alguno puede amparar comportamientos violentos y coactivos como el inicialmente denunciado por Emilia, y mucho menos si tenemos en cuenta que al ser ya mayor de edad, sus progenitores carecían de legitimación para constreñir su libre albedrío sobre el alcance y contenido de las relaciones interpersonales que ella considerara oportuno mantener, con independencia de su estado civil de soltera o casada». V. también, por ejemplo, SAP Bizkaia 6-3-2006 (JUR 2006\154543), en que más bien parece apuntarse a la no apreciación de la justificación en el caso concreto, sin pronunciamientos generales. En la publicación de la ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS, Malos tratos al menor, socialmente aceptados, con la colaboración del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Secretaría General para la Seguridad Social, Dirección General de Acción Social, 1985, 25, se reconoce la «facultad-deber» de corregir, aunque con exclusión del amparo de la violencia física.

3 Según informa FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, en: BOLDOVA/RUEDA (coords.), La reforma, 2006, 212 s. n. 25, existía una propuesta de 13 de septiembre de 2005 de la ONG Save The Children y del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid de reformar el art. 154 CC excluyendo el ejercicio de violencia en la educación, iniciativa que ya poseía precedentes que se citan en el mismo lugar. También ROMERO RODRÍGUEZ, El delito de malos tratos habituales y el derecho de corrección: ¿una causa de justificación?, en: Anuario de Justicia de Menores (AJM) IV (2004), en su alegato a favor de acabar con toda violencia, aunque sea simbólica, de padres sobre hijos (v. por ejemplo 240), cita las manifestaciones de esa ONG (238 s.), las críticas del Comité de los Derechos del Niño (237) a las que se hará referencia y la legislación sueca (238), que prohíbe toda violencia familiar. Y la SAP Huelva 30-10-2007 (JUR 2008\57372) señala, en referencia al art. 154.2 CC, «la polémica vigencia de este precepto, denunciada como difícilmente compatible con la regulación de la patria potestad en el Derecho comunitario europeo».

4 V. muy resumidamente DE TORRES PEREA, Reforma de los arts. 154 y 268 Cc: El derecho del menor a una educación libre de toda medida de fuerza o violencia, en: LL 2008-1, 1672 (en p. 1673, resumen de los argumentos empleados por los defensores parlamentarios de la reforma).

y moderadamente a los hijos». La reforma del art. 268 CC se produce de forma idéntica en relación con los tutores<sup>5</sup>.

Del art. 154 CP (obviaré desde ahora la mención a los tutores) derivaban la doctrina y jurisprudencia tradicionales un derecho de corrección con trascendencia penal, pues estimaban que algunos de las infracciones penales que aparentemente cometían los padres con su corrección (un bofetón, tirón de orejas, pellizco, prohibición de salir de casa o de la habitación durante un tiempo, etc.) podrían quedar, si se daban ciertos requisitos, justificados por el ejercicio legítimo del derecho de corrección, si bien es verdad que cada vez han surgido más voces discrepantes al respecto.

Pues bien, con la reforma de los citados artículos del CC, los medios de comunicación se apresuraron a señalar cosas como que «El bofetón queda fuera de la ley. El Congreso aprueba eliminar el último resquicio legal del castigo físico infantil» (Diario El País de 21 de diciembre de 2007). Si ello es así, parece que no se podría apelar al ejercicio de ningún derecho (inexistente) para justificar las eventuales infracciones penales antes señaladas (y, por cierto, si existía el derecho de corrección que amparara

algunas conductas incluidas en el tenor de ciertos tipos penales y se suprime, se habrá ampliado la responsabilidad penal mediante una ley no orgánica). El objeto de las presentes reflexiones es comprobar si ello es así o, si, aun no existiendo tal derecho, el que los hechos se produzcan, con determinados requisitos, con la finalidad de corregir a los hijos puede tener alguna trascendencia penal.

Un hilo conductor de mi exposición será el de que, pese a la evidente tendencia a la proscripción del maltrato físico y psíquico aun dentro de la familia y con fines correctores, lo que parece encajar en las más recientes corrientes pedagógicas<sup>6</sup>, tampoco me parece que beneficie de manera clara a la familia y al menor, sino más bien al contrario, el criminalizar en cierta medida excesiva las relaciones de padres e hijos por hechos de violencia física o psíquica de escasa entidad, con finalidad y carácter de corrección<sup>7</sup>.

Seguramente puedan ayudar al debate sobre la nueva situación en España las reflexiones de la doctrina penal alemana<sup>8</sup>, pues en Alemania<sup>9</sup> se produjo hace no mucho tiempo una modificación de la situación legal, que en cierta medida puede recordar a la acontecida en España, aunque desde luego parece más rotunda<sup>10</sup>. Efectivamente, la Ley

5 Sobre el contexto evolutivo en materia de patria potestad y de facultad de corrección en que se enmarca la reforma, v. DE TORRES PEREA, LL 2008-1, 1673.

6 V. un resumen de las supuestas desventajas de cualquier maltrato para un niño, con ulteriores referencias, por ejemplo, en ROMERO RODRÍGUEZ, AJM IV (2004), 239 (desde una posición militante a favor de la tolerancia cero en la aplicación de cualquier violencia, aunque se simbólica, sobre los niños: 240). Sobre la perspectiva psicológica del maltrato y su relación con los diferentes modelos de familia, v. el resumen de DE TORRES PEREA, LL 2008-1, 1673 ss., con ulteriores referencias. Ampliamente, por ejemplo y con ulteriores referencias, GÓMEZ DE TERREROS, Los profesionales de la salud ante el maltrato infantil, 2ª ed., 1997; SIMÓN RUEDA/LÓPEZ TABOADA/LINAZA IGLESIAS, Maltrato y desarrollo infantil, 2000. V. también la publicación de la ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS, Malos tratos al menor, socialmente aceptados, 1985.

7 ROXIN, Die strafrechtliche Beurteilung der elterlichen Züchtigung, en: Juristische Schulung (JuS) 2004, 177 (=La calificación jurídico-penal de la corrección paterna, trad. de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/MARTÍNEZ CANTÓN, en: Revista de Derecho Penal y Criminología —RDPCr— 16, 2005, 235); Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4ª, 2006, 804 s., habla de conflicto y de problemática político-social de la regulación alemana.

8 Sobre el Derecho comparado en relación con la corrección paterna, v., entre otros y con distinto grado de actualización a día de hoy, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, RECPC 01-07 (1999), 2 ss.; Violencia doméstica, 2001, 283 ss.; en: MORILLAS CUEVA (coord.), Violencia doméstica, 2002, 275 ss.; ALESSIO, El derecho de corrección de los padres, <http://www.calp.org.ar/producciones/Decopad.pdf>, 4 ss.; MAIORINO, Elterliches Züchtigungsrecht und Strafrecht in rechtsvergleichender Sicht (tesis doctoral, Colonia), 2003, especialmente 16 ss.; ROMERO RODRÍGUEZ, AJM IV (2004), 238, sobre la legislación sueca. Amplio y abarcando más que la regulación en cada país es el estudio de BUSSMANN, Verbot familialer Gewalt gegen Zinder. Zur Einführung rechtlicher Regelungen sowie zum (Straf-)Recht als Kommunikationsmedium, 2000, 316 ss., con especial referencia Suecia (322 ss.) y la antigua República Democrática Alemana (331 ss.).

9 Muy interesante resulta el amplio estudio que en Alemania realiza BUSSMANN, Verbot familialer Gewalt, 2000, en que analiza las posibilidades de influencia del Derecho en los problemas sociales, precisamente de la mano del de la violencia familiar sobre los niños, con amplias referencias empíricas, pedagógicas y jurídicas, con la conclusión (entre otras) de que debe desaparecer el llamado derecho paterno de corrección, como posteriormente (Das Recht auf gewaltfreie Erziehung als juristischer und empirischer Sicht, en: Familien Partnerschaft Recht —FPR— 2002, 289 ss.), también con datos empíricos, además de la discusión jurídica) ve confirmado que sucede con la reforma del BGB de 2000, a la que concede alto valor simbólico y asimila a la regulación sueca (que prohíbe todo maltrato), abogando (290) por una interpretación doctrinal y jurisprudencial más unitaria que consolide en la sociedad la conciencia jurídica correspondiente.

10 Un resumen de la evolución de la situación legal en Alemania puede verse en, entre otros, KELLNER, Die Ächtung der Gewalt in der Erziehung nach neuem Recht, en: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2001, 796 s.; OTTO, Rechtfertigung einer Körperverletzung durch das elterliche Züchtigungsrecht, en: Juristische Ausbildung (Jura) 2001, 670 s.; Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre, 7ª ed., 2004, 137; SALGO, Vom langsamen Sterben des elterlichen Züchtigungsrecht, en: Recht der Jugend und des Bildungswesens (RdJB) 2001, 283 s.; NOAK, Zur «Abschaffung» des elterlichen Züchtigungsrecht aus strafrechtlicher Sicht, en: Juristische Rundschau (JR) 2002, 402 ss.; ROXIN, JuS 2004, 178 (=RDPCr 16, 2005, 233 ss.); AT I, 4ª, 2006, 804. En el presente trabajo no es posible citar exhaustivamente la abundante doctrina alemana que se ha ocupado (mucho más que en España) del tradicionalmente llamado derecho de corrección; me limitaré a citar algunos trabajos recientes, aunque tampoco todos los recientes.

para la proscripción de la violencia en la familia, en vigor desde el 3 de noviembre de 2000, da una nueva redacción al § 1631 II del Código Civil alemán (BGB): «Los hijos tienen derecho a una educación sin violencia. Los castigos corporales, las lesiones psíquicas y otras medidas degradantes son ilícitas». Originariamente ese § rezaba: «El padre puede emplear medios adecuados de corrección contra el hijo en virtud del derecho de educación», si bien una ley de 1958 extendió el derecho de corrección a los dos progenitores y otras personas y una ley de 1980 prohibió las medidas degradantes de educación en el mismo § BGB. Por fin, la Ley de reforma de la filiación, de 16 de diciembre de 1998, había redactado el precepto que nos ocupa del siguiente modo: «Las medidas degradantes de educación, especialmente los maltratos físicos y psíquicos, son ilícitas». Pese a todo, algunos excluían del maltrato pequeños castigos físicos con finalidad educativa. La redacción dada al precepto en el año 2000 parece ser aún más rotunda en la exclusión de toda violencia. Por ello, la doctrina alemana se ha planteado si a día de hoy todo castigo corporal (e igualmente en lo que se refiere a la lesión psíquica o a las medidas degradantes), aun con finalidad educativa y de carácter moderado, constituye un delito de los §§ 223<sup>11</sup> ss. del Código penal alemán (StGB) (delitos de lesiones), o, si cabe alguna forma de exclusión o modificación de la responsabilidad penal. En los materiales legislativos relativos

a la actual redacción del § 1631 II BGB se sugiere que todo castigo físico que pueda considerarse maltrato puede dar lugar a una «persecución penal por los §§ 223 ss.» StGB, aunque a la vez se señala que «El fin del proyecto de ley es la proscripción de la violencia en la educación sin la criminalización de la familia», lo que deja la cuestión algo abierta.

Por fin, señalaré que, incluso quienes defienden la existencia del derecho de corrección como causa de justificación en España, por los requisitos que exigen a éste, no apreciarán la eximente completa ni incompleta cuando no exista necesidad abstracta de corregir y sólo la incompleta cuando el medio correctivo sea desproporcionado. Eso supone, centrándonos en los castigos corporales que, en definitiva, será difícil la justificación de hechos graves constitutivos de delito, centrándose más bien la discusión en las faltas<sup>12</sup>, en principio, entre las dolosas, básicamente las del art. 617 CP. Sin embargo, primero la Ley Orgánica (LO) 11/2003, de 30 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (en vigor desde el 1 de octubre de ese año) y después la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en vigor desde el 29 de junio de 2005), dieron al art. 153 CP su actual redacción<sup>13</sup>, considerando delito el menoscabo psíquico o la lesión no definidos como

11 Es en concreto en relación con el § 223 con el que se plantea básicamente la cuestión. Este § reza: «Lesión física o corporal./1. El que maltrate física o corporalmente a otra persona o la dañe en su salud, será castigado con pena de prisión de hasta cinco años o con pena de multa./2. La tentativa es punible».

12 Así, por ejemplo, GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 1984, 390; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TÓCILDO, PG, 2ª, 1986, 252; CEREZO MIR, ADPCP 1987, 284 s.; PG II, 6ª, 1998, 310 s. (sólo malos tratos de obra); CERVELLÓ DONDERIS, El delito de malos tratos: su delimitación con el derecho de corrección, en: PJ 33 (1994), 61 (aunque sin rotundidad, planteando incluso que nunca haya justificación; v. también pp. 59, 63 s.); RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, PG, 18ª, 1995, 513; PUENTE SEGURA, Circunstancias, 1997, 277 (implícitamente); MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, RECPC 01-07 (1999), 4 (v. también AP 1999, 766, 767, en referencia al docente, lo que resulta mucho más cuestionable); Violencia doméstica, 2001, 291 ss.; en: MORILLAS CUEVA (coord.), Violencia doméstica, 2002, 280 ss., 285; DE LAMO RUBIO/GANZENMÜLLER ROIG/ESCUDERO MORATALLA/FRIGOLA VALLINA, Tratamiento penal y procesal de la violencia en el ámbito familiar, 2002, 78; UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, La eficacia justificante de los derechos, 2003, 25; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, PG, 2005, 190 (implícitamente); BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, PG, 2ª, 2006, 289; SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, PE, 13ª, 2008, 130, 1125 (sólo la falta del 617.2).

13 La posible incidencia de la configuración actual del art. 153 CP en el tema que nos ocupa ya ha sido puesta de relieve por algunos autores así, aunque sin dejar clara la cuestión, DEL MORAL GARCÍA, Aspectos penales de la violencia doméstica. La actuación del Ministerio Fiscal, en: Encuentros «violencia doméstica» (Consejo General del Poder Judicial), 2004, 469 n. 11, tratando del art. 153 CP, cita una ponencia titulada *Análisis de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre en materia de violencia de género* (2003) de MERLOS CHICHARRO, quien al parecer sugiere la vía del derecho de corrección para evitar el castigo por el art. 153 CP de la ligera bofetada que el padre propina al hijo; añade DEL MORAL GARCÍA: «Desde luego de considerar que el derecho de corrección no puede justificar un maltrato físico, a castigar como delito todo exceso media un abismo y el legislador parece haber dado el salto»; FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, en: BOLDOVA/RUEDA (coords.), La reforma, 2006, 213, quien cree que a partir del momento en que escribe (anterior a la reforma del CC, pero en vigor ya la del art. 153 CP) «la aplicación del derecho de corrección como causa de justificación sobre hijos y pupilos va a quedar a partir de ahora exclusivamente reducida al ámbito del ejercicio de faltas tales como amenazas, coacciones, injurias o vejaciones injustas de carácter leve (art. 620 CP)» (v. también 225 s.); JUDEL PRIETO, en: SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (coord.), PG, 4ª, 2006, 238, señala que el derecho de corrección «tiene hoy un alcance muy limitado cuando no irreal dada la normativa de la violencia en el ámbito familiar» (5ª, 2008, 238); SERRANO TÁRRAGA, en: LASARTE (dir.)/MORETÓN/DONADO/YAÑEZ (coords.), Familia, matrimonio y divorcio, 2006, 643 s.; MORILLAS CUEVA, PG II, 2008, 307, muy claramente, mencionando también la reforma civil y dejando en prácticamente inaplicable el derecho de corrección (308); SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, PE, 13ª, 2008, 130, con menos explicación (v. también 1125). CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Contestaciones PE, 4ª, 2004, 78, señala que el tipo del art. 153 puede plantear problemas en relación con la causa de justificación del derecho de corrección, pero acaba admitiendo que quedan fuera del tipo las correcciones esporádi-

delito en el CP o el golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, tratándose de una de las personas del art. 173.2 (ejercicio de violencia habitual en el seno de la familia y supuestos afines, que aquí interesa menos; aunque difícilmente pueda considerarse que el supuesto derecho de corrección justifica o al menos excluye la conducta de este delito en sí, el maltrato de los padres, si en cada acto estuviera justificado o de alguna forma excluido de la responsabilidad penal, no podría constituir el habitual

pese a su reiteración<sup>14</sup>), que abarca entre otros a los hijos (art. 153.2: prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días privación del derecho a la tenencia y porte de armas y privación de un año y un día a tres años, y, si el juez o tribunal lo considera adecuado al interés del menor, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, etc., de seis meses a tres años). Si el hijo menor es persona especialmente vulnerable, se aplicará el n.º 1 del art. 153, con lo que la

cas, no habituales, supuestos «socialmente aceptados y legitimados» por los arts. que conocemos del CC, siempre que se trate de una corrección razonable y moderada; HURTADO YELO, AJA 788 (2009), 9, quien pese a todo mantiene la ausencia de castigo para las correcciones violentas sin lesión, aludiendo al derecho de corrección (incluso después de la reforma del art. 154 CC), si bien con argumentos que apuntan a la atipicidad y a la interpretación restrictiva del art. 153 CP. La SAP Madrid 26-2-2007 (JUR 2007\174426) alude, entre otras cosas, a la actual configuración de los delitos de los arts. 153 y 173 para negar la posibilidad de justificación de conductas violentas mediante la apelación al derecho de corrección; implícitamente (pues no cita el artículo, pero se refiere a él), SAP Barcelona 9-3-2007 (JUR 2007\244502), si bien admite supuestos de atipicidad (que luego mezcla de modo confuso con la justificación). También la sentencia del Juzgado n.º 3 de lo Penal de Jaén de 26-11-2008 (JUR 2009\34972), en caso de Pozo Alcón, señala cómo el CP (y la reciente doctrina jurisprudencial) han ido exacerbando hasta le LO 1/2004 la protección en el ámbito familiar excluyendo del amparo del derecho de corrección los malos tratos de los padres a los hijos, incluso antes de la última reforma del art. 154 CC (si bien admite supuestos de insignificancia); lo viene a confirmar, en el mismo caso, la SAP Jaén 22-1-2009 (ARP 2009/10), que habla de doctrina «casi unánime» de las Audiencias Provinciales. Sin embargo, por ejemplo, la SAP Bizkaia 29-11-2007 (JUR 2008\29500) aprecia la justificación por ejercicio del derecho de corrección del delito del art. 153. Admite expresamente la justificación para el art. 153 y otros tipos de lesiones, aunque no para el art. 173.2 DIEZ RIPOLLÉS, PG, 2007, 284 s. Precisamente en relación con el art. 153 CP plantea las posibilidades de exclusión de la tipicidad (no de justificación) DE TORRES PEREA, LL 2008-1, 1676 s.

14 En este sentido y parece que minoritariamente, GRACIA MARTÍN, en: DIEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (coords.), Comentarios PE I, 1997, 470 s. (subrayando que no está justificado el tipo de ejercicio de violencia habitual en sí, sino que, estándolo los actos individuales, no concurre aquí). Le siguen GARCÍA ÁLVAREZ/DEL CARPIO DELGADO, Malos tratos, 2000, 77, 89 (sin decir expresamente que se adhieren a la opinión de GRACIA MARTÍN); MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Violencia doméstica, 2001, 300 s., 283 s.; en: MORILLAS CUEVA (coord.), Violencia doméstica, 2002, 283 s., 285 (sin cita de GRACIA MARTÍN); FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, en: BOLDOVA/RUEDA (coords.), La reforma, 2006, 219. En contra de su argumentación, entre otros, CEREZO MIR, PG II, 6ª, 1998, 311 n. 83, por entender que la habitualidad es inadecuada al fin correccional (este autor señala en la *Adenda* a la obra citada, de julio de 2007, 14, que la argumentación de GRACIA MARTÍN es previa a las últimas reformas penales en materia de violencia doméstica o por razón de sexo); siguen a CEREZO MIR BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN, en: CALVO GARCÍA (coord.), La respuesta desde las instituciones y el Derecho, 2004, 161 s., si bien matizan, en el sentido de GRACIA MARTÍN, que los actos de violencia singulares amparados en la causa de justificación del derecho de corrección no podrán ser tenidos en cuenta para integrar la habitualidad, aunque la práctica prolongada de esa forma de ejercer el derecho de corrección acabaría haciendo que las prácticas no fueran moderadas y razonables y podrían integrar la habitualidad. Tampoco admiten que pueda haber justificación en supuestos de habitualidad, a modo de mero ejemplo y entre otros muchos (de alguno de los cuales se da cuenta en otras notas del trabajo), CUENCA I GARCÍA, La violencia habitual en el ámbito familiar, en: Revista Jurídica de Cataluña (RJ-Cat) 1998, 657, 658; ROMEO CASABONA, LH-Torío, 1999, 939 (sin referencia a GRACIA MARTÍN en este punto); RODRÍGUEZ GÓMEZ, El delito de malos tratos en el ámbito familiar, en: DIEGO DÍAZ-SANTOS/SÁNCHEZ LÓPEZ (coords.), Hacia un Derecho penal sin fronteras, 2000, 85 (sin referencia a GRACIA MARTÍN); DE LAMO RUBIO/GANZENMÜLLER ROIG/ESCUDERO MORATALLA/FRIGOLA VALLINA, Tratamiento penal y procesal de la violencia en el ámbito familiar, 2002, 78 (sin referencia a GRACIA MARTÍN); MAYORDOMO RODRIGO, Malos tratos, 2003, 128 s. (sin referirse concretamente a la opinión de GRACIA MARTÍN); MAGRO SERVET, Violencia Doméstica y de Género, 2007, 91 (sin mayores explicaciones y sin referencia a GRACIA MARTÍN); SERRANO TÁRRAGA, en: LASARTE (dir.)/MORETÓN/DONADO/YÁÑEZ (coords.), Familia, matrimonio y divorcio, 2006, 645 (sin referencia a GRACIA MARTÍN y citando a CUENCA I GARCÍA); AGUILERA RODERO, AC 2008, 1242. Sin mencionar el delito de ejercicio habitual de violencia, excluye de la impunidad los supuestos de violencia mínima correctora si no son hechos aislados y no habituales HURTADO YELO, AJA 788 (2009), 9, n. 31. Aunque en el texto he asumido la opinión de GRACIA, advierto que no profundizo en el tema, que no es el propósito de este trabajo y que es desde luego discutible. La razón aducida por CEREZO contra la tesis de GRACIA es desde luego digna de reflexión, sobre todo si se interpreta de una manera objetiva: la violencia habitual no es medio adecuado para la corrección, y no de manera subjetiva como que no quepa violencia habitual con finalidad correctora por parte de quien la practica (v., sin embargo, SAP Córdoba 19-4-1999, ARP 1999\1592, que considera que en los supuestos de ejercicio habitual de violencia doméstica falta el «animus corrigendi»; también SAP Bizkaia 29-11-2007, JUR 2008\29500; Asturias 26-7-2006, JUR 2006\210253; menos claro está si se refiere a la ausencia de tal ánimo por definición, en el caso concreto o a la incompatibilidad del derecho de corrección con el delito de ejercicio habitual de violencia doméstica la SAP Sevilla 11-6-2001, JUR 2001\304911: «...con entidad suficiente para colmar la antijuridicidad de la conducta incorporada en su descripción típica, que por supuesto es, además, ajena a las motivaciones propias del derecho de corrección insito en la patria potestad que respecto de Carmen y Raquel ejercía el acusado»).

pena será de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad, coincidiendo las dos penas siguientes y pudiendo ser la duración de la privación de la patria potestad, tutela, etc. de hasta cinco años, con las posibilidades de agravación y atenuación, en ambos casos, de los números 3 y 4 respectivamente del art. 153 CP<sup>15</sup>, además de la preceptiva (y, por ello, muy discutible) pena accesoria de prohibición de aproximarse a la víctima, con-

forme al art. 57.2 en relación con el art. 48.2 CP, que puede resultar contraproducente<sup>16</sup>. A continuación paso a analizar los posibles fundamentos de exclusión de la sanción por este precepto del progenitor que corrige con un castigo corporal (con las características que mencionaremos) a su hijo menor<sup>17</sup>. Esta reciente regulación del CP debe ser también tenida en cuenta en el tema que nos ocupa.

15 Ni en el art. 153 ni en el 173.2 CP se especifica que las conductas delictivas correspondientes se lleven a cabo «con cualquier fin», es decir, no se proclama expresamente la irrelevancia de los fines con que se ejerce la violencia, como sí sucedía en el art. 425 CP 1944/73, tras su reforma por LO 21-6-1989, con lo que se consideró que era posible que se pretendiera excluir el ejercicio de cualquier violencia incluso con finalidad correctora, si bien no se excluyeron otras interpretaciones. V., al respecto, entre otros, COBOS GÓMEZ DE LINARES, Artículo 425, en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), Código Penal Comentado, 1990, 806; en: COBOS GÓMEZ DE LINARES/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS, Manual de Derecho Penal. Parte especial I, 1990, 178; DEL ROSAL BLASCO, El tipo de violencias en el ámbito familiar o tutelar, en: COBO DEL ROSAL (dir.)/BAJO FERNÁNDEZ (coord.), Comentarios a la legislación penal XIV 1º, 1992, 374; Violencias y malos tratos en el ámbito familiar o tutelar, en: LATORRE LATORRE (coord.): Mujer y Derecho Penal. Presente y futuro de la regulación penal de la mujer, 1995, 162 s.; en: COBO EL ROSAL (coord.), Derecho Penal Español. Parte Especial, 2ª ed., 2005, 227; GUALLART DE VIALA, La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud, 1992, 111 s.; ARROYO DE LAS HERAS/MUÑOZ CUESTA, Delito de lesiones, 1993, 149 s.; CUELLO CONTRERAS, PJ 32 (1993), 14; CERVELLÓ DONDERIS, PJ 33 (1994), 58 ss., 63 s.; CUENCA I GARCIA, RJCat 1998, 655; GANZENMÜLLER ROIG/ESCUDERO MORATALLA/FRIGOLA VALLINA, La violencia doméstica, 1999, 266 s.; ROMEO CASABONA, LH-Torío, 1999, 939; ACALE SÁNCHEZ, El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar, 2000, 178; CORTÉS BECHIARELLI, El delito de malos tratos familiares. Nueva regulación, 2000, 19 ss.; MESTRE DELGADO, La exigencia de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supralegales de justificación penal, 2001, 46 s.; NÚÑEZ CASTAÑO, El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad, 2002, 54 s.; MAYORDOMO RODRIGO, Malos tratos, 2003, 123 s.; GARCIA ARÁN, Art. 173.2, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), Comentarios al Código Penal. Parte Especial I, 2004, 262 (quien por cierto descarta que el derecho de corrección pueda justificar un atentado a la integridad moral de los hijos); TAMARIT SUMALLA, Art. 173, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), Comentarios PE, 6ª, 2007, 267. V. también SAP Córdoba 12-2-1999 (ARP 1999\254), que niega la posibilidad de empleo de violencia física como medio de corrección (analiza un supuesto de agresiones a la mujer, constitutivas de violación y de ejercicio habitual de actos de violencia doméstica, pero en este punto se refiere al maltrato de cualquier miembro de la familia. La Circular 2/1990 de la Fiscalía General del Estado sostuvo la compatibilidad del art. 425 CP con la justificación por el ejercicio del derecho de corrección, siempre que se cumplieran los requisitos de éste.

16 Prohibición que incide claramente en la vida del menor y que puede ser, en el marco que nos ocupa, una importante consecuencia criminalizadora de la familia y, en los supuestos de familias estructuradas y casos no graves de corrección, algo perjudicial para el propio menor si se aplica (como no tendrá otro remedio el juez si aprecia el delito del art. 153 CP). Así vienen a reconocerlo la SAP Jaén 22-1-2009 (ARP 2009710) y el propio indulto parcial del Consejo de Ministros por RD 606/2009, de 8 de abril, en el famoso caso de Pozo Alcón (Jaén). También se acude a la vía del indulto parcial para esa pena en otras resoluciones, anteriores y posteriores a la citada, aunque sin su eco mediático, como las SAP Barcelona 2-5-2006 (JUR 2007/187625) y 16-2-2009 (ARP 2009/442), si bien desconozco si finalmente se concedió (v., sin embargo, SAP Jaén 18-5-2009, JUR 2009/353887, que señala que la pena no es facultativa y el juez ha de imponerla con independencia de sus consecuencias, sin plantear siquiera la posibilidad de solicitar indulto). Esta vía del indulto es cuando menos paradójica (por no usar palabras más fuertes): los mismos que promueven que sea legalmente de aplicación obligatoria y no rectifican pese a las múltiples observaciones sobre la dudosa idoneidad de ese carácter conceden indultos para evitar las consecuencias negativas a que conduce precisamente la falta de flexibilidad (impuesta por ley) en su aplicación.

17 Las soluciones que se exponen y discuten a continuación no son las únicas posibles para eliminar la criminalización indeseable de la familia en supuestos de corrección física moderada, sino que cabe otra al menos: la del indulto, que, como acabamos de ver en la n. anterior, ha sido ya utilizada, si bien de modo parcial. Mi opinión sobre tal solución (al margen de que arregle las peores consecuencias en un caso concreto) se ve en la n. anterior, a lo que debo añadir que, además, no es una solución general y tiene otros inconvenientes (por ejemplo, en relación con la eventual participación de otras personas, como el otro progenitor, para el que habría que solicitar también el indulto si se cree favorable al interés del menor y la familia). Como uno de los casos en que se ha concedido indulto parcial es el tan aireado mediáticamente, sucedido en Pozo Alcón (Jaén), aprovecho esta nota para exponerlo, advirtiendo que el revuelo causado por el caso se debe a que, por alguna razón, ha trascendido a los medios de comunicación, pues no se trata desde luego de la primera condena en casos similares y ni siquiera de la primera petición de indulto, como hemos visto. Los hechos que se dan como probados en las sentencias que citaré son textualmente los siguientes: «En la mañana del día 6 de octubre de 2006 la acusada Cecilia, encontrándose en el domicilio familiar, sito en C/..., nº ... de Pozo Alcón (Jaén) recriminó a su hijo Luis María, de diez años de edad, a través del lenguaje de signos que entendió dicho hijo, que no había hecho los deberes del colegio, a lo que éste respondió tirándole una zapatilla y corriendo a encerrarse en el cuarto de baño, yendo tras él la acusada quien, a pesar de la oposición de menor, consiguió abrir la puerta, cayendo este al suelo, el cual levantó agarrándolo del cuello dándole seguidamente cuando se halaba sobre el lavabo un tortazo por detrás en la cabeza, lo que hizo que se golpeará en la nariz y sangrara. Nada más llegar a clase

su tutor percibió rastros de sangre en la nariz del niño y le preguntándole qué le había pasado éste le contó que su madre le había agarrado del cuello y dando un bofetón, por lo que observando que tenía además el cuello un poco morado lo llevó a la Dirección del Centro que a su vez lo trasladó al Centro de Salud de la localidad, emitiendo la Doctora que lo atendió un parte médico que reflejaba contusiones y hematomas en cuello y mejilla aparentemente inferidas por su madre al sujetarlo del cuello y restos hemáticos en nariz, lesiones que necesitaron una sola asistencia facultativa, tardando tres días en curar, sin impedimento para sus ocupaciones habituales». La sentencia del Juzgado nº 3 de lo Penal de Jaén de 26-11-2008 (JUR 2009/34972), en procedimiento abreviado procedente del Juzgado de Instrucción nº 2 de Cazorla, considera que los hechos constituyen un delito de maltrato en el ámbito familiar del art. 153.2 y 3 CP, aplicando la rebaja del nº 4 de ese art. en atención a las circunstancias concurrentes (carácter difícil y desobediente del menor, nerviosismo, comportamiento previo del menor, no prueba —aunque se dice «no ausencia de prueba»— de la personalidad violenta de la madre y del uso frecuente por ésta de la violencia física sobre su hijo como método educativo) y negando que la conducta estuviera amparada en el derecho de corrección (señalando expresamente que en el momento de los hechos estaba vigente el art. 154 CC en su versión anterior, de la que se solía derivar ese derecho). Parte de la base de que el CP «ha ido exacerbando la protección en el ámbito familiar» hasta la LO 1/2004 y que en la misma línea estaría la doctrina jurisprudencial, de modo que los malos tratos a los hijos no están amparados por el derecho de corrección. A la apelación por la defensa a la mentalidad social tolerante con los castigos físicos a niños como elemento educativo, opone que «ello sólo podría llevar a considerar atípicas por insignificantes conductas correctivas físicas de muy leve intensidad, sin usar instrumentos ni causar lesión por aplicación del principio de la insignificancia». En cuanto al dolo de lesionar, cree que existió dolo eventual, pues la madre «tuvo que prever las consecuencias lesivas que se produjeron y sin embargo las aceptó y actuó». Tampoco aprecia relevante la situación de nervios, pues no conduciría a un estado mental que anule las facultades intelectivas y volitivas. En consecuencia, impone a la madre la pena de prisión de cuarenta y cinco días y privación de tenencia y porte de armas de seis meses, así como a la accesoria de prohibición de aproximarse a menos de 500 metros de su hijo por tiempo superior en un año a la pena de prisión impuesta. Tanto el Ministerio Fiscal como la representación de la acusada interponen recurso de apelación, que son resueltos por la SAP Jaén 22-1-2009 (ARP 2009/10). Esta SAP desestima el recurso de la defensa, entre otras razones que aquí interesan menos (entre las cuales estaría la irrelevancia para la concurrencia de la conducta típica del art. 153 CP de la sordomudez de los padres y el comportamiento desobediente y agresivo del hijo, la existencia o no de una situación de dominación o desigualdad, etc.), en que el simple hecho de golpear al niño ya constituye la conducta típica del art. 153 CP, sin que pueda cuestionarse la existencia de dolo (se trataría de «actos intencionados y no imprudentes o faltas de cuidado, por más que su objetivo fuera el de reprender al niño su conducta, constituyendo actos de agresión física tanto el cogerle por el cuello para levantarlo del suelo, como el golpe o manotazo en la parte de atrás de la cabeza que reconoce le propinó, golpeándose el niño contra el lavabo y sangrando por la nariz»), y en la enfatización de argumentos de la sentencia recurrida, como la falta de amparo por el derecho de corrección del castigo físico aun antes de la última reforma del art. 154 CC (que ratificaría lo anterior), como se aprecia en la «ya casi unánime doctrina referida en sentencias de Audiencias Provinciales», aun reconociendo que algunas SAP excluyen el castigo en supuestos de hecho de insignificancia de la acción (cachete o azote en las nalgas, simple bofetada sin intención de producir menoscabo físico por su levedad, sin causar lesión y con finalidad correctiva de comportamiento insolente, violento o agresivo del hijo menor, con actuación proporcionada), lo cual parece aceptar, si bien invocando el principio de intervención mínima y no apreciando que el caso enjuiciado sea uno de éstos. Señala que «a los padres les asiste el derecho de recabar el auxilio de la autoridad, como aún dispone el art. 154 del C. Civil». En cuanto a la pena de prohibición de aproximación señala que, sean cuales sean sus consecuencias, es de imposición obligatoria, quedando sólo la vía de la concesión del indulto sobre la misma, que la Audiencia solicitará conforme al art. 4.3 CP. Añade que las especiales circunstancias del caso ya han sido tenidas en cuenta en la sentencia de instancia al aplicar, como solicitaba el Ministerio Fiscal, el nº 4 del art. 153 CP. La SAP hace incluso una referencia a la reacción social suscitada por la sentencia de instancia, que, entre otras cosas motivó la aportación a la causa de multitud de firmas solicitando que la acusada no vaya a prisión; considera la SAP «normal que sin conocer su motivación y la norma penal que la fundamenta, pueda causar cierta perplejidad a algunos sectores de la sociedad que no acaban de entender ni asumir, desde una tradición y costumbres en las que se aceptan como normales e incluso habituales tales conductas, esto es las bofetadas, azotes o cachetes, a veces sobre niños de corta edad, so pretexto de su corrección y educación, que los hechos por los que condena dicha sentencia son perfectamente incardinables en el delito de maltrato en el ámbito familiar que se aplica en la misma», sin que ello sea tenido en cuenta en la condena. Sin embargo, la SAP estima el recurso del Ministerio Fiscal, que alega un error en la aplicación de la pena por el Juzgado de lo Penal; la pena debería modificarse para ser de 67 días de prisión y un año y 67 días de prohibición de aproximación; la SAP entiende que tiene razón el Ministerio Fiscal, pues tal pena es la que se deriva de aplicar el tipo agravado del nº 3 del art. 153 CP, por producirse el hecho en el domicilio familiar, y la rebaja del nº 4 del mismo art., y reforma la pena en tal sentido manteniendo el resto de los pronunciamientos de la de instancia, pero proponiendo el indulto de la pena de prohibición de aproximación (art. 4.3 CP) y la suspensión de su ejecución (art. 4.4 CP), con la siguiente justificación: «Su aplicación puede producir consecuencias perjudiciales para los dos hijos menores de la acusada, que se encuentran a su cargo durante la mayor parte del tiempo al trabajar el padre durante la semana fuera de la localidad. Es claro que si dicha prohibición sólo afecta a uno de ellos, se produciría una indeseada separación de los hermanos, o incluso una situación de desamparo provocada por la aplicación imperativa y rigurosa de una norma penal que en el caso, no grave y aislado en el seno familiar, la Sala considera no resultaría proporcionada, ni aún necesaria a los efectos de la finalidad de la misma, de reeducación y protección de la víctima». El indulto de la citada pena fue acordado por el Consejo de Ministros y concedido por RD 606/2009, de 8 de abril (BOE de 9 de mayo). Este caso ha sido comentado muy recientemente, con una valoración hiper-

crítica de las resoluciones judiciales recaídas, por SÁENZ DE PIPAÓN Y DEL ROSAL, RDP 28 (2009), 74 ss. Los argumentos de esta autora, muchos de los cuales se expondrán y valorarán en diversas notas del presente trabajo, para oponerse a las sentencias del caso son múltiples: considera inocua e inoperante la última reforma del art. 154 CC (74 s.), con lo que parece pronunciarse a favor de la pervivencia del derecho de corrección, incluso violenta, considera imprudente la conducta de la madre y cree que la finalidad educativa excluye el dolo (75 s.), plantea la posible concurrencia de un error de prohibición, que, por recaer sobre el fundamento de ésta, conduciría al art. 14.1 CP y a la impunidad (76), requiere para el tipo del art. 153 CP desequilibrio de fuerzas y conciencia y voluntad de servirse de ello (76), apela, con mayor o menor fortuna terminológica, a argumentos que apuntan a la exclusión de la tipicidad o de la punibilidad, como el principio de intervención mínima (76), el recurso a medidas alternativas al Derecho penal, como la mediación familiar (77), el objeto de protección de la norma y el art. 268 CP (77 s.), o la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados (78), pone de manifiesto el sinsentido de la aplicación de la pena dos años después de sucedidos los hechos, lo que la haría inútil e incluso contraproducente (77) y, por fin, considera vulnerada la seguridad jurídica al considerar contradictoria la apelación del Ministerio Fiscal para solicitar una pena más grave y a la vez señalar la desproporción del castigo y apuntar la vía del indulto, en vez de utilizar las posibilidades que le brinda el principio acusatorio (78). Valoraré brevemente a continuación algunos de estos argumentos, en concreto, los que no menciono en otras partes de mi trabajo. En cuanto a la distancia entre la pena y el hecho, parece que tiene bastante razón, si bien ello ocurre en múltiples ocasiones (aunque es verdad que en supuestos como éste, resulta especialmente absurda la aplicación tardía de la pena. Igualmente parece sorprendente la actuación del Ministerio Fiscal (y seguramente de la propia Audiencia), aunque no sé si ello tiene que ver con la seguridad jurídica; en todo caso, el principal culpable de la situación es el legislador, que obliga a la imposición de la pena de prohibición de aproximarse (quien impulsa —aunque no crea— esa norma es además quien después indulta). Mucho más discutibles me parecen los argumentos relativos a la ausencia de dolo: es verdad que la lesión por el golpe en el lavabo podría ser imprudente y no basta para dar por probado el dolo (eventual) el razonamiento del Juez de lo Penal de que la madre «tuvo que prever las consecuencias lesivas que se produjeron y sin embargo las aceptó y actuó» (argumento no exclusivo de esta sentencia: v., por ejemplo, SAP Barcelona 17-10-2007, JUR 2008/33581), pues parece que la presunta aceptación se produce por el mero hecho de actuar, en cuyo caso sería imposible apreciar desde esta perspectiva supuestos de imprudencia consciente: la aceptación (si este es el criterio adecuado para caracterizar el dolo eventual) hay que probarla. Pero ello (que, como veremos, no deja de ser importante en las sentencias, en mi opinión) no impide que las conductas de maltrato (agarrón del cuello y pescozón) sean claramente dolosas y que basten para integrar el tipo del art. 153 CP, a lo que parece referirse, con razón, la SAP. Tampoco hay razón alguna para entender excluido el dolo por la finalidad educativa o correctiva (ésta, a lo sumo, podrá llevar a pensar que lo que se hace es lícito, lo cual será cierto o errado según se acepte o la existencia de un derecho de corrección violenta y según los límites que se le fijen). Más discutible es si el tipo del art. 153 CP exige una situación de dominación (que habría de ser abarcada por el dolo), aunque su tenor no parece indicarlo y tendría que tratarse de una restricción interpretativa que habría que fundamentar, y si dicha situación se da en éste y otros casos de corrección (pues tampoco parece totalmente incompatible con ésta; si lo fuera, desde luego, podría ser una forma de extraer los casos de corrección moderada y no desproporcionada del art. 153 CP). Al margen de lo anterior y con independencia de otras cuestiones concretas, resulta difícil pronunciarse sobre la corrección final de las resoluciones judiciales citadas sin la intermediación que en ellas se tuvo respecto del relato de hechos (aunque éstos no eran ya demasiado cercanos) y las declaraciones y circunstancias de sus protagonistas. Si fueran correctas, el recurso al indulto de la pena de prohibición de aproximación puede paliar uno de los efectos más contraproducentes de ella, pero no resuelve el problema con carácter general, como ya he manifestado. Como se comprobará en este trabajo, estoy básicamente de acuerdo en que, tras la última reforma del art. 154 CC, no existe un derecho de corrección violenta de los padres sobre los hijos; incluso tiendo a pensar que se podía considerar excluido antes de ella y que la solución de los casos que deben quedar fuera del alcance del Derecho penal está en la vía de la exclusión de la tipicidad, como admiten las sentencias (al margen de que se esté de acuerdo o no en los supuestos concretos que citan). La cuestión es por tanto fijar los límites de la corrección moderada y proporcionada y, por tanto, insignificante, cosa que no pretendo en este trabajo, y comprobar si el caso queda dentro de esos límites o no (o, en su caso, si se trata de un exceso que pudiera dar lugar a una eximente incompleta, o que se pudiera apreciar una mera falta), algo difícil de precisar sin la cercanía al hecho y sus protagonistas a que me refería antes. Sin embargo, sí opino que en ambas decisiones ha pesado bastante, seguramente demasiado, el resultado producido por el golpe con el lavabo y cabe plantearse al menos si la decisión habría sido la misma si el golpe no se hubiera producido. El no conocer mejor los hechos me impide pronunciarme sobre si en el caso se dan los requisitos de moderación y proporcionalidad necesarios y la insignificancia en relación con el tipo del art. 153 CP. En todo caso, los hechos están en el límite; normalmente diría que sujetar, aunque sea por el cuello, y dar un pescozón correctivo podría excluirse del citado art., pero en el caso parece que el agarrón del cuello fue especialmente violento, dadas las señales que dejó, y podría argumentarse que el pescozón fue excesivo, muy fuerte, como indica el que el niño se golpeará con el lavabo. Pero, especialmente esto último, es una mera elucubración, pues no sabemos a qué distancia se encontraba el lavabo ni la magnitud del impacto contra él, que podría indicar la violencia del golpe, pues el sangrado nasal se produce en muchas personas sin necesidad de un fuerte golpe. Sin embargo, me parece, como he dicho, que el resultado lesivo del golpe en lavabo resultó en sí mismo (no como indicativo de la violencia del pescozón), de importancia para las sentencias (que apelan en su admisión de supuestos de atipicidad a la ausencia de lesión). Y ello sí que me parece incorrecto, pues, como he dicho, respecto de esa lesión no está probado el dolo (ni siquiera eventual, como afirma la primera sentencia), sino que todo apunta a que se trata de un hecho fortuito o, a lo sumo, imprudente, y en ningún caso constitutiva de delito (ni de falta) e incapaz de integrar el tipo del art. 153 (que se refiere a lesiones dolosas), si bien sí parece que encajarían en el tenor literal de éste, como he

### II. El ejercicio legítimo de un derecho (y el cumplimiento de un deber)

El art. 20.º CP reconoce expresamente una causa de justificación que exime de pena al «que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo». Si bien aisladamente se ha defendido la existencia de un deber<sup>18</sup> de corregir a los hijos o, más bien, de un derecho-deber<sup>19</sup>, el propio tenor del anterior art. 154 CC, en que se basaba la existencia de ese deber, o en su caso, derecho de corrección, rezaba «podrán», lo que no parece indicativo de un deber, sino más bien de una facultad<sup>20</sup> de los padres (así además parecía indicarlo la inicial referencia a deberes y facultades y el contenido de los que se señalan posteriormente)<sup>21</sup>. Parece normal además que

no se imponga a los padres, pues puede no ser necesario, el deber de acudir a la autoridad o de corregir razonable y moderadamente a sus hijos, si bien es verdad que la facultad se relaciona con el deber de educar a los hijos. En todo caso, parece claro que no existe ni ha existido un deber de corrección violenta.

Así, lo más frecuente ha sido entender que de la anterior redacción del art. 154 CC (y según algunos, también de una norma consuetudinaria) derivaba el derecho de corrección que ampararía ciertas conductas con encaje literal en un tipo con la justificación del ejercicio legítimo de un derecho. Naturalmente, este derecho se ha entendido de forma restrictiva, con apoyo en los términos «razonable y moderadamente» empleados por el precepto civil. Por un lado, prácticamente se reconocía esta justificación bá-

dicho, el agarrón y el pescozón. En definitiva, creo que la lesión producida por el golpe en el lavabo, que es la que parece más llamativa y que tengo la impresión que condiciona bastante las sentencias, es precisamente la que no debería haberse tenido en cuenta. Todo ello con las reservas a que me he referido.

18 Aguilera Rodero, AC 2008, 1242 (no aborda la cuestión expresamente, pero se deduce de sus expresiones, aunque también habla de «potestad»: 1240, y de «*ius corrigendi*»: 1241). Aunque la sentencia no tiene que ver con el tema que nos ocupa, parece referirse a la corrección como un deber la SAP Murcia 10-2-1999 (ARP 1999\693): «... no incluyéndose en el ámbito penal los deberes de tener a los hijos en su compañía ni el deber de corrección a los mismos»; Jaén 22-9-1999 (ARP 1999\3352) (niega la justificación en el caso concreto); Toledo 13-11-2000 (ARP 2000\2657) (se refiere expresamente al ejercicio de deber, aunque utiliza la expresión «derecho de corrección», en el caso de actuación violenta de profesor sobre alumno, negando la eximente completa o incompleta); Ciudad Real 14-7-2001 (ARP 2002\270) («...un malentendido deber de corrección del padre hacia los hijos...»); SAP Girona 3-7-2002 (ARP 2002\614) («...acontecimientos de esta índole sucedidos cuando eran pequeños, no derivados del deber de corrección de los padres sobre los hijos, sino absolutamente desproporcionadas incluso con la aplicación de la disciplina más férrea...»); Asturias 26-7-2006 (JUR 2006/210253) (aunque también habla de derecho, negándolo en el caso concreto). Curiosamente el Código de Familia de Cataluña (Ley 9/1998, de 15 de julio) establece que «El padre y la madre pueden corregir a los hijos en potestad de forma proporcionada, razonable y moderada, con pleno respeto por su dignidad y sin imponerles nunca sanciones humillantes ni que atenten contra sus derechos. Al objeto, pueden solicitar excepcionalmente la asistencia e intervención de los poderes públicos» (lo que parece referirse a una facultad) en el nº 3 de su art. 143, que lleva por rúbrica «*Deberes del padre y de la madre*».

19 Ya FERRER SAMA, Comentarios I, 1946, 241, quien hablaba del ejercicio de derechos «que por otra parte constituyen verdaderos deberes al ser complemento de la función educativa», o ANTÓN ONECA, DP, 2ª, 1986 (1ª, 1949), 283, quien señala que «el derecho de corrección procede de un deber que compete a padres, tutores y educadores, por lo que podría ser incluido en el ... cumplimiento del deber». Más recientemente, CUELLO CALÓN, PG 1º, 18ª, 1980, 395; ARROYO DE LAS HERAS, DP \*\*, 1985, 416, siguiendo a FERRER SAMA; CUELLO CONTRERAS, PJ 32 (1993), 13, 14; PG, 3ª, 2002, 905; CERVELLÓ DONDERIS, PJ 33 (1994), 59, 60, apelando a estudios civiles; MUÑOZ CONDE/MARTOS NÚÑEZ, Ejercicio del cargo y cumplimiento del deber, en: EJB II, 1995, 2676; Ejercicio del cargo y cumplimiento del deber, en: LUZÓN PEÑA (dir.), EPB, 2002, 634 (aunque rechazan que el derecho-deber pueda justificar el uso de violencia, salvo casos de legítima defensa, apelando además a la tipificación del delito de ejercicio habitual de violencia doméstica o afín); PUENTE SEGURA, Circunstancias, 1997, 276; DE LAMO RUBIO/GANZENMÜLLER ROIG/ESCUADERO MORATALLA/FRIGOLA VALLINA, Tratamiento penal y procesal de la violencia en el ámbito familiar, 2002, 78; MAYORDOMO RODRIGO, Malos tratos, 2003, 127 (aunque otras veces habla sólo de derecho); LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, PG, 7ª, 2004, 321, que consideran que se da una mezcla de las dos partes de la eximente del art. 20.º CP, si bien finalmente existe un derecho; MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), Comentarios, 4ª, 2005, 206, aunque no admitiendo finalmente la eximente completa ni incompleta para el empleo de violencia con relevancia típica, por comprometer la dignidad humana. La SAP Bizkaia 29-11-2007 (JUR 2008\29500) señala: «El derecho de corrección de los padres respecto de los hijos que contempla el art. 154 del CC es en realidad una manifestación de su deber y función de educación»; aunque la sentencia nada dice respecto de esa denominación, a ella se refiere el recurrente en el caso de la SAP Madrid 29-3-2007 (JUR 2007/272045). De «facultad-deber» (que en un mal ejercicio se convierte en «derecho-poder») habla la publicación de la ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS, Malos tratos al menor, socialmente aceptados, 1985, 25. Se oponen especialmente a la consideración de la corrección como deber o derecho-deber COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG, 5ª, 1999, 476.

20 Se habla a veces de «derecho función»: así, por ejemplo, SAP Córdoba 9-3-2004 (JUR 2004\126721); Madrid 29-3-2007 (JUR 2007/272045), que habla de derecho y también de función y facultad; Madrid 26-9-2007 (JUR 2007/353748), que finalmente prefiere hablar de facultad; SAP Bizkaia 22-7-2008 (JUR 2008/388482). MORILLAS CUEVA, PG II I, 2008, 305.

21 V., entre otros, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG, 5ª, 1999, 476; FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, en: BOLDOVA/RUEDA (coords.), La reforma, 2006, 208.

sicamente para faltas, si bien, como hemos señalado, en las relaciones paterno-filiales ahora la posible justificación debería plantearse frente al delito del art. 153 CP. Y, por decirlo de modo muy resumido, se venía exigiendo (como, en todo caso, no puede ser de otra manera), además de finalidad correctora, que la conducta correctora fuera necesaria para la corrección del hijo y adecuada o proporcional, interpretando la moderación y razonabilidad exigidas en el CC. Estas exigencias son básicas en el tema que analizamos, pues vienen a fijar los límites del supuesto derecho; sin embargo, no me ocuparé aquí de ellas, sino que las daré

por supuestas, por ser la finalidad de este trabajo constatar si el cambio de CC posee consecuencias penales. Dicho de otro modo: lo que aquí se examine se refiere sólo a las violencias que normalmente se han considerado amparadas por el derecho de corrección (o por los diferentes modos de excluir la responsabilidad penal utilizados por otros autores) y no a otras<sup>22</sup>.

Pues bien, ya antes de la reforma del art. 154 CC (y concordante), diversos autores y algunas resoluciones judiciales negaban que la violencia pudiera estar amparada en ningún derecho de corrección<sup>23</sup> y algunos a lo sumo lo

22 Sobre este importante tema de los límites, v., entre otros, FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, en: BOLDOVA/RUEDA (coords.), La reforma, 2006, 212 ss., con ulteriores referencias doctrinales y jurisprudenciales. En Alemania también los límites del derecho de corrección se fijan con criterios objetivos y subjetivos: que exista una razón suficiente para la corrección, por un concreto comportamiento deficiente del niño, que objetivamente la corrección esté indicada (sea necesaria y adecuada) para conseguir el fin educativo, y que subjetivamente esté guiada por una voluntad educativa (v., por ejemplo, el resumen de REICHERT-HAMMER, StGB § 223 a. Zu den Grenzen der elterlichen Züchtigungsbefugnis. Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 21-11-1986 -4Str 605/86, en: Juristen Zeitung —JZ— 1988, 620, quien considera, sin embargo, que tales criterios deben rechazarse, y defiende en relación con la corrección paterna una solución intermedia siguiendo a GÜNTHER, como más adelante veremos). V., entre otras, SAP Tarragona 21-11-1994 (ARP 1994/438) (aunque en referencia a la corrección por un educador de una menor sometida a tutela).

23 Así, DEL ROSAL BLASCO, en: COBO DEL ROSAL (dir.)/BAJO FERNÁNDEZ (coord.), Comentarios LP XIV 1º, 1992, 374; en: LATORRE LATORRE (coord.): Mujer y DP, 1995, 163, en relación con la violencia física y el tipo de ejercicio habitual de violencia en el ámbito doméstico o afín, aunque parece que con tendencia a generalizar; sin embargo, en COBO DEL ROSAL (coord.), PE, 2ª, 2005, 227, excluye la justificación para el delito de ejercicio habitual de violencia doméstica o afín, pero, respecto de los supuestos de ejercicio aislado de violencia, dice que, aparte de los hechos insignificantes que quedan sin relevancia penal, rige el régimen general de aplicación de la eximente; CERVELLÓ DONDERIS, PJ 33 (1994), 59, aunque no manifiesta una posición rotunda en p. 61 (sólo regiría respecto de faltas o nunca); v. también 63 s.; en El delito de coacciones en el Código Penal de 1995, 1999, 61 ss., considera muy excepcional la justificación del ejercicio de violencia por un derecho de corrección, utilizando argumentos constitucionales sobre todo (aunque también se apela al principio de insignificancia en relación con determinadas coacciones: 61 s.); MUÑOZ CONDE/MARTOS NÚÑEZ, EJB II, 1995, 2676; en: LUZÓN PEÑA (dir.), EPB, 2002, 634 (salvo casos de legítima defensa, y usando como argumento adicional la tipificación del delito de ejercicio habitual de violencia doméstica o afín); ROMEO CASABONA, EJB II, 1995, 2678, admitiendo sólo la eximente incompleta (apela para la restricción a la tipificación de la falta agravada del art. 582 y del delito del art. 425 CP de la época); sin embargo, en LUZÓN PEÑA (dir.), EPB, 2002, 636, admite la justificación (aunque señala también que los límites del ejercicio del derecho se han restringido y apela a la falta del art. 617.2 y al delito del art. 153 CP del momento) siempre que se den las notas de moderación y razonabilidad o necesidad y adecuación al fin correccional, manteniendo la eximente incompleta para los excesos; en LH-Torío, 1999, 939, excluye del derecho de corrección el ejercicio de violencia física habitual; CUENCA I GARCÍA, RJCAt 1998, 657 ss., argumentando que los casos que encajan en una descripción típica rebasan siempre el requisito de moderación del derecho de corrección que establece el Derecho civil (si bien excluye algunos casos a través del principio de insignificancia); OLMEDO CARDENETE, Art. 20.7, en: COBO DEL ROSAL (dir.), Comentarios al Código Penal CP II. Artículos 19 a 23, 1999, 612 s.; El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial, 2001, 127 (aunque admite, como veremos, la atipicidad de algunas conductas mediante el principio de insignificancia); ACALE SÁNCHEZ, Malos tratos, 2000, 182 s. (si bien admitiendo, como veremos, ciertos supuestos de atipicidad); RODRÍGUEZ GÓMEZ, en: DIEGO DÍAZ-SANTOS/SÁNCHEZ LÓPEZ (coords.), Hacia un Derecho penal sin fronteras, 2000, 85 (aunque en referencia al tipo de ejercicio habitual de violencia); MESTRE DELGADO, Ejercicio legítimo de un derecho, 2001, 49 s., 177 (admitiendo también supuestos de atipicidad); CUELLO CONTRERAS, PG, 3ª, 2002, 905 (no menciona faltas, sino lesiones y malos tratos del art. 153 CP de la época, por lo que queda alguna duda de si no cabe la justificación de alguna conducta más leve de violencia, aunque expresa la incompatibilidad de las conductas citadas «con el más estricto concepto de educación que quepa pensar»); en su trabajo anterior en PJ 32 (1993), sí parece admitir la justificación de las faltas de malos tratos de obra (13), si bien la excluye para el delito de violencias habituales en el ámbito familiar (14); GÓMEZ NAVAJAS, ¿Existe una protección penal adecuada frente a los malos tratos? Consideraciones sobre los artículos 153 y 173.2 del Código Penal, en: RUBIO (coord.), Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres. Guía de argumentación para operadores jurídicos, 2004, 99, si bien puede generar cierta confusión al señalar que «el derecho de corrección no puede entrar en consideración como causa de justificación cuando se produzcan excesos en el ejercicio de la autoridad paterna» (admite por lo demás supuestos de irrelevancia penal); ROMERO RODRÍGUEZ, AJM IV (2004), 233 ss., especialmente 235, 240; MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), Comentarios, 4ª, 2005, 206 (acepta la posible eximente completa o incompleta del derecho de corrección, pero no para violencia física con relevancia típica, por comprometer la dignidad humana); MUÑOZ CONDE, Teoría general del delito, 4ª ed., 129 (salvo supuestos de legítima defensa); MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, Derecho Penal. Parte General, 7ª ed., 2007, 338 (salvo en supuestos de legítima defensa y apelando, entre otras cosas, a los arts. 153, 173 y 617 CP); QUINTERO OLIVARES, PG, 2ª, 2007, 490 (admitiendo el derecho de corrección, pero nunca para violencia física constitutiva de infracción penal). V. lo dicho

supra n. 2 para GANZENMÜLLER ROIG/ESCUADERO MORATALLA/FRIGOLA VALLINA y para MAGRO SERVET. Poco clara es la posición de CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Contestaciones PG, 3ª, 2004, quien, tras aceptar la existencia de un derecho de corrección, señala que «hoy, tras la creación del delito de violencias físicas habituales a familiares próximos —art. 153— el uso de la fuerza en el derecho de corrección puede entrar en conflicto con tal tipo delictivo o con la falta de maltrato a familiares del art. 617, último párrafo»; sin embargo, parece admitir la justificación de conductas del art. 153 CP (ya en 2004) en Contestaciones PE, 4ª, 2004, 78. Tampoco me parece del todo clara la opinión de SERRANO TÁRRAGA, en: LASARTE (dir.)/MORETÓN/DONADO/YÁÑEZ (coords.), Familia, matrimonio y divorcio, 2006, quien tilda de «excesiva» (642) la posición que excluye del derecho de corrección todo acto violento, pareciendo que admite que pueda extenderse a los no constitutivos de lesión (y a otros actos de amenazas, coacciones, etc.); sin embargo, al repasar los tipos de los arts. 153, 173.2 (en éste en todo caso) y 620.2º CP, rechaza el amparo de los malos tratos (y otras conductas) por el derecho de corrección, tras la entrada en vigor de la Ley Integral contra la Violencia de Género (643 ss.). V. la apreciación general de QUINTANO RIPOLLÉS, *supra* n. 2. Tras la reforma del CC a la que nos estamos refiriendo, declara inexistente el derecho de corrección, aunque excluye muchas conductas del tipo penal (en concreto del art. 153 CP), De TORRES PEREA, LL 2008-1, 1676 s. La SAP Córdoba 12-2-1999 (ARP 1999\254) señala el fin de corrección no justifica el ejercicio de violencia física y que los excesos en la corrección son antijurídicos (el caso de que se ocupa, violación y ejercicio habitual de violencia sobre la mujer por parte del marido, en realidad no plantea problemas relacionados con un supuesto derecho de corrección); la SAP Alicante 3-3-2004 (ARP 2004\47), aunque no se ocupa de un supuesto que pudiera tener relación con la corrección, señala que ya en la reforma de 1999 (LO 14/1999, de 9 de junio) en relación con el inciso final del art. 617 se introduce una agravación de la pena de la entonces falta: «Y ello se fijó así por la especial protección que quiere otorgar el derecho penal a las relaciones familiares y por tanto el especial rechazo con que se consideran las agresiones a personas de la propia familia, así como por la mayor indefinición de la víctima, no siendo excusa el ejercicio del derecho de corrección que puede corresponder a los padres» (con ello no parece excluirse el derecho de corrección, pero sí su carácter justificativo de hechos violentos). En esta sentencia se apoya la SAP Alicante 9-7-2004 (JUR 2004\309363), del mismo ponente, añadiendo además que en el caso concreto se rebasó ampliamente la proporcionalidad exigida por el derecho de corrección (y parece que aceptando el cachete como medida correctiva, aunque sin fundamentar especialmente por qué). Interesante (y mencionada por otras) es la SAP Barcelona 19-9-2005 (ARP 2005\522), que, además de considerar que en el caso no hay proporcionalidad entre el comportamiento y la medida correctora y que el derecho de corrección no se puede entender delegado por los padres en los maestros, señala: «Al respecto hay que hacer constar que es más que discutible que el mencionado derecho a corregir a los hijos implique que pueda pegárseles, que pueda aplicárseles castigos físicos. Corregir significa, en la acepción que aquí nos interesa y según el Diccionario de la Lengua, advertir, amonestar, reprender, conceptos que suponen que el fin de la actuación es conseguir del niño que se porte bien, apartarle de una conducta incorrecta, educarle, en definitiva. Por otra parte, no hay que olvidar que este derecho ya viene limitado por el propio texto legal cuando se dice que dicha corrección será razonable y moderada. Si desgraciadamente en tiempos pasados se pensó que un castigo físico podía quedar incluido en este derecho, hoy día las cosas han cambiado y todos los profesionales están de acuerdo en que los castigos físicos no son pedagógicos y sólo sirven para extender y perpetuar conductas violentas. Precisamente para erradicar las consecuencias de estos antecedentes nos hemos visto obligados en nuestra sociedad actual a legislar introduciendo en la recientemente aprobada LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la violencia de Género disposiciones como el art. 4.2 que establece que la educación tanto infantil como primaria contribuirá al aprendizaje y desarrollo de la resolución pacífica de los conflictos, lo que se contradice abiertamente con el derecho que invoca el apelante». La SAP Alicante 2-3-2006 (JUR 2007\43440) apela a la citada SAP Barcelona 19-9-2005 (ARP 2005\522), señalando que «es más que discutible que el mencionado derecho a corregir a los hijos implique que pueda pegárseles, que pueda aplicárseles castigos físicos», pero, sin embargo, considera amparada la conducta en el caso concreto —un bofetón— por el derecho de corrección. Excluye los hechos de violencia la SAP Madrid 29-11-2006 (JUR 2007\75560), máxime cuando la víctima, como en el caso, es mayor de edad, señalando además que incluso un cachete encajaría en el art. 153 CP. Rotundamente contraria a admitir que el derecho de corrección pueda justificar conductas violentas es la interesante SAP Madrid 26-2-2007 (JUR 2007\174426), con amplias exposiciones (incluso de doctrina científica) y razonamientos; v. también las SAP Madrid 29-3-2007 (JUR 2007\272045) y 26-9-2007 (JUR 2007\353748), con referencia a la evolución histórica y otras interesantes. Contraria también, aunque admitiendo supuestos de atipicidad (que mezcla de modo confuso con la justificación), la SAP Barcelona 9-3-2007 (JUR 2007\244502); excluye del derecho de corrección el maltrato físico la Barcelona 17-10-2007 (JUR 2008\33581), si bien admite que el castigo queda excluido en virtud del principio de insignificancia para supuestos muy leves (que no son los del caso enjuiciado); SAP Bizkaia 22-7-2008 (JUR 2008\388482); sentencia del Juzgado nº 3 de lo Penal de Jaén de 26-11-2008 (JUR 2009\34972), en el caso de Pozo Alcón, manifestando, aun antes de la última reforma del art. 154 CC, la exacerbación por el CP de la protección en el ámbito penal y la jurisprudencia en tal sentido excluían ya los malos tratos a hijos del amparo del derecho de corrección, si bien admite supuestos de insignificancia; lo confirma en el mismo caso la SAP Jaén 22-1-2009 (ARP 2009\10), que habla de doctrina «casi unánime» de las Audiencias Provinciales; SAP Jaén 18-5-2009 (JUR 2009\353887), que, además señala que tras la última reforma del CC, se ha suprimido el derecho de corrección y que, anteriormente, ya no amparaba el castigo físico, «de acuerdo con la ya casi unánime doctrina referida en sentencias de distintas Audiencias Provinciales». También ya en 1985 la publicación de la ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS, Malos tratos al menor, socialmente aceptados, 1985, 25, excluía de la justificación por la «facultad-deber» de corregir la violencia física (denunciando vacíos legales que permitían que se convirtiera en un «derecho-poder» «que permite todo tipo de sevicias e ineficacias).

admitían para justificar sólo atentados más leves como pequeñas injurias o vejaciones de carácter leve, por ejemplo. Se entendía que la educación de un hijo excluía el ejercicio de violencia sobre él, por mucho que tuviera fines correctivos, y se apoyaba lo anterior en las más recientes corrientes pedagógicas que estiman innecesaria y contraproducente cualquier violencia en la educación e incluso, como hemos visto que menciona la Ley modificadora del CC, en textos internacionales.

La cuestión resultaba discutible, pero no era descartable la existencia del citado derecho justificante. Fuera como fuera lo anterior, lo cierto es que el propio panorama normativo ha cambiado. No es ya que el CP español considerara típicos los malos tratos de obra sin lesión, es decir, la violencia de muy pequeña escala, sino que desde la redacción del art. 153 CP por la LO 11/2003 y la Ley Integral contra la Violencia de Género de 2004 antes citadas, parece clara la voluntad legal de considerar muy grave (delictiva en sentido estricto) la violencia en el ámbito de la familia, incluso la no constitutiva de lesión (con independencia de la valoración que esta decisión legislativa merezca). Esto ya suponía un indicio de que la ley española quiere desterrar toda violencia de la familia. Pero todavía se podía argumentar la justificación de la conducta al amparo del ejercicio legítimo de un derecho, con fundamento en los conocidos preceptos del CC y, en su caso, en el Derecho consuetudinario, aduciendo que existe una clara diferencia entre la violencia (aun mínima) sin sentido y la ejercida para corregir de forma razonable y moderada a un hijo.

Pero la reforma del art. 154 CC creo que acaba de dar al traste con la justificación a través del ejercicio legítimo de un derecho. La *voluntas legislatoris* de excluir toda violencia en el ejercicio de la patria potestad (y la tutela) queda claramente manifestada en la Exposición de Motivos de la Ley, que habla de la facultad de corrección que se reconoce «hasta ahora» y de la posibilidad de que ésta contravenga, como había advertido a España más de una vez el Comité de Derechos del Niño<sup>24</sup>, el art. 19(1) de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reza: «Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo». Pero es cierto que la voluntad del legislador, aun siendo indicativa, máxime en una norma tan reciente (del final de diciembre de 2007), no es decisiva, sino que hay que examinar el contenido de la Ley.

Pues bien, en el nuevo art. 154 CC, se produce, por un lado, la supresión precisamente del párrafo en que se

apoyaba el derecho de corrección, lo cual es muy significativo, aunque tal vez no decisivo, pues se podría seguir argumentando que la ley civil guarda silencio, pero el Derecho consuetudinario lo consagra y hasta acaso derivarlo del derecho a la educación reconocido en el art. 27 de la Constitución española (CE)<sup>25</sup>, que tal vez comprenda el derecho de los padres a educar a sus hijos, aunque no está nada claro, de igual modo que el art. 39.2 CE sólo habla del deber de asistencia de padres a hijos, donde tampoco es seguro (aunque no descartable) que se incluya el derecho y el deber de educarlos. En todo caso, tanto la Exposición de Motivos de la Ley como la supresión del pasaje citado resultan, seguramente por tener en mente la eliminación del maltrato físico o psíquico como medida educativa, exageradas, pues dan la impresión de que hacen desaparecer toda facultad correctora (aun no violenta) de los padres, lo que resulta absurdo y nadie sostendría (en este sentido, el informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley de Adopción Internacional y una enmienda al Proyecto presentada por el Grupo Vasco). Parece razonable, en orden a la educación de los hijos, que exista el derecho de los padres a corregirlos (aunque sea sin violencia), pues, de lo contrario (y con realismo), parece difícil desarrollar la tarea educativa de los progenitores. De otra parte, resultando en diversas situaciones los padres garantes en relación con actuaciones de los hijos, parece absolutamente sensato que puedan corregirlos (aunque sea sin violencia). Por tanto, más que desaparición del derecho de corrección, habría que hablar en su caso, de desaparición del derecho de corrección mediante violencia, aunque sea moderada.

Sin embargo, más relevante aún que la supresión del inciso citado (que lo es), resulta la nueva referencia al ejercicio de la patria potestad con respeto a la integridad física y psicológica de los hijos. Se podrá argumentar, en apariencia de un modo excesivamente formalista, que la integridad física sólo se menoscaba cuando hay una lesión en sentido estricto y no un mero maltrato de obra (zarandeo, bofetada, pellizco, etc.). El argumento no es baladí, pues un legislador consciente y competente debe utilizar los términos adecuadamente y hablar de integridad física o psíquica parece suponer un *plus* respecto de cualquier violencia que puede no afectar a tal integridad. Por otro lado, el propio CP tiene en cuenta con carácter general (aunque con notables excepciones en el ámbito de la violencia familiar y afín) la existencia de menoscabo de la integridad física o psíquica o el mero maltrato de obra en la delimitación de los delitos y faltas de lesiones (aunque no es exactamente ése el criterio delimitador). No obstante, dado que también se suprime toda mención a la facultad de corrección razonable y moderada y que la finalidad del legislador parece tender a la proscripción de toda corrección violenta (y, si se quiere, considerando la frecuente falta de precisión

24 Apuntando además que el CP español sanciona toda violencia ejercida contra los niños, por lo que el castigo físico no es legal: así lo recoge ROMERO RODRIGUEZ, AJM IV (2004), 237, con referencia más concreta.

25 Así, aproximadamente, añadiendo referencias a otros textos, sobre todo internacionales, y al propio art. 154 CC, SÁENZ DE PIPAÓN Y DEL ROSAL, RDP 28 (2009), 74 s.

de nuestro legislador, incluso en relación con preceptos penales, que no es el caso), dejaré de lado en lo que sigue este argumento basado en la literalidad del nuevo art. 154 CC. Lo que no cabe es apelar al Derecho consuetudinario, pues éste no puede contradecir una norma legal bastante clara, si bien es cierto que menos rotunda que el ya citado § 1631 BGB, frente al cual, sin embargo, todavía se mantienen opiniones que sostienen en Alemania, por diversas vías, la posibilidad de utilizar algún tipo de violencia para los casos que analizamos, si bien no se habla ya siempre de derecho de corrección<sup>26</sup>, y en ciertos casos se traspasa el problema de la justificación al ámbito de la tipicidad<sup>27</sup>.

Así, algunos autores alemanes, como ROELLECKE<sup>28</sup> o NOAK<sup>29</sup>, han considerado inconstitucional el § 1631 II BGB por vulnerar el derecho paterno de educación reconocido en el art. 6 II del la Ley Fundamental o Constitución alemana (GG), que reza: «El cuidado y la educación de los hijos son el derecho natural de los padres y el deber primordial de su incumbencia. Por su ejercicio vela la comunidad estatal». Para empezar, es dudoso si ello sería fácilmente trasladable al Derecho español, que no cuenta con un precepto constitucional tan claro, pues el art. 27 CE parece más bien consagrar el derecho pasivo a la educación y no el de los padres y el art. 39.2 sólo habla del deber de asistencia de padres a hijos, si bien tal vez quepa incluir el deber y el derecho de educación de éstos en él. Pero, al margen de ello, el derecho y deber de educación de los padres no puede ser ilimitado y, si las orientaciones pedagógicas actuales e incluso, en su caso, el sentir social (y la tendencia legal en el Derecho de muchos países de nuestro entorno) consideran innecesario y contraproducente en

todo caso el empleo de violencia en la educación y la ley así lo consagra, malamente podrá decirse que ésta contraría el derecho de educación, sino que más bien fijaría sus límites hasta donde resulta adecuado, cosa que no pueden hacer los padres a su aire, sino que, como dispone el precepto constitucional alemán, por el ejercicio del deber de educación vela la comunidad estatal<sup>30</sup>.

HOYER<sup>31</sup> intenta en Alemania contrarrestar la excesiva criminalización de la familia en la nueva situación legal proponiendo una interpretación restrictiva del § 1631 II BGB. Argumenta que, si bien el § 1631 II BGB otorga al hijo el «derecho a una educación sin violencia», la referencia la guarda paterna en el § 1631 I BGB se extiende no sólo al derecho de educación, sino que además se confiere a los padres el derecho de cuidar, custodiar y determinar la residencia del hijo. Según esta opinión, estas tres facetas no se verían alcanzadas por la prohibición de violencia, de modo que cuando el maltrato se dirige al cuidado o la custodia del hijo y no a su educación, para evitar que el hijo ponga en peligro bienes propios (al correr hacia una carretera o jugar con fuego) o de terceros, estaría justificado. En España, la reforma legal, en todo caso, no ha excluido el derecho de corrección respecto de algunos de los contenidos de la patria potestad (educar) y no de otros (por ejemplo, velar), por lo que no parece fácil trasladar el argumento. Pero es que además, como ha señalado ROXIN<sup>32</sup>, el § 1631 II BGB prohíbe el castigo físico y no sólo el castigo físico con fines educativos, no se pueden deslindar las facetas educativas de las otras y la distinción contradiría los fines de la Ley para la proscripción de la violencia en la familia y los principios en que se basa<sup>33</sup>.

26 Aunque a veces sí: v., además de alguno de los autores que se cita en lo que sigue, por ejemplo, KINDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 2002, 337 s.; *Strafrecht. Besonderer Teil I. Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft*, 2ª ed., 2005, 72; *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*, 2ª ed., 2005, § 223, nm. 14 (576), antes de los §§ 32-35 nm. 61 (199 s.), para casos leves o mínimos y excluyendo de la tipicidad ciertos supuestos que no alcanzarían el maltrato. También, aunque quizá más dudoso PAEFFGEN, *Strafgesetzbuch Nomos Kommentar* (NK) 2, 2ª ed., 2005, nm. 29 s. (3890 s.), excluyendo también de la tipicidad casos que, en una reducción teleológica del concepto de maltrato, no lo alcancen.

27 Como ya se ha dicho, no se pretende una total exhaustividad en relación con la doctrina alemana, ni siquiera la reciente. Pero cabe señalar que existen otras opiniones además de las que se citan al hilo de la exposición que sigue en el texto. Así, por ejemplo, aunque antes de la última reforma del § 1631 II BGB, pero después de la penúltima, hay que entender que conduce a la exclusión de la responsabilidad penal en igual medida que antes de esa reforma (aunque probablemente no ya a través de la justificación por el derecho de corrección, si bien nada de ello lo expresa el autor) la consideración de MORITZ, *Die wichtigsten Neuregelungen im Kindschaftsrecht*, en: *Juristische Arbeitsblätter* (JA) 1998, 709, de que «es importante ... entender el § 1631 II como norma jurídico-civil y mantenerse en el plano valorativo del Derecho civil».

28 ROELLECKE, *Keine Hiebe — und die Liebe? — Zur Gewalt als Erziehungsmittel*, en: *NJW* 1999, 338, muy crítico con el entonces proyecto de la coalición socialdemócrata-verde de prohibir toda violencia en la educación familiar, que llega a tachar de simbólico.

29 NOAK, *JR* 2002, 406, 408.

30 En este sentido, ROXIN, *JuS* 2004, 178 (=RDPCr 16, 2005, 236); *AT I*, 4ª, 2006, 805. Contra ROELLECKE, KARGL, *Das Strafrecht der elterlichen Züchtigung* (§ 223 StGB), en: *Neue Justiz. Zeitschrift für Rechtsentwicklung und Rechtsprechung in den Neuen Ländern* (NJ) 2003, 59.

31 HOYER, *Im Strafrecht nichos Nenes? — Zur strafrechtlichen Bedeutung der Neufassung des § 1631 II BGB*, en: *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* (FamRZ) 2001, 524 s. (reconociendo la proscripción de medidas violentas de educación y la desaparición de la causa de justificación del derecho paterno de corrección: 523).

32 ROXIN, *JuS* 2004, 179 (=RDPCr 16, 2005, 238 s.); *AT I*, 4ª, 2006, 807 s.

33 Contra lo que considera el intento de HOYER de interpretación del § 1631 II BGB conforme a la Constitución, NOAK, *JR* 2002, 407. También contra HOYER, SALGO, *RdJB* 2001, 289 (hablando de «estrambóticas contorsiones dogmático-jurídicas»).

Por fin, otros autores alemanes como BEULKE<sup>34</sup> (y WESSELS/BEULKE<sup>35</sup>) y KÜHL<sup>36</sup> sostienen, aunque con diferencias sistemáticas importantes, que la impunidad de la corrección paterna violenta sólo desaparece cuando las violencias constituyan además una medida degradante<sup>37</sup>. Pero, como señala ROXIN<sup>38</sup>, el § 1631 II BGB declara ilícitos los «castigos físicos ... y otras medidas degradantes», de modo que la ley incluye los primeros en las segundas en todo caso<sup>39</sup>, concediendo a los hijos el «derecho a una educación sin violencia», lo que se vería confirmado por los materiales legislativos de la última reforma<sup>40</sup>. Sin resultar

tan clara, la reforma española del art. 154 CC, sin mencionar las medidas degradantes (proscritas por el art. 15 CE), habla del respeto a la integridad física y psicológica del hijo, sin excepciones (salvo que se quiera adoptar la interpretación restrictiva antes señalada, basada en el término integridad), y de acuerdo con lo que declara la Exposición de Motivos de la Ley de Adopción Internacional y lo que parece fue la razón de ser de la reforma.

La conclusión es por tanto que es más que dudoso que un supuesto derecho de corrección haga conforme a Derecho el ejercicio de violencia en la educación de los hijos<sup>41</sup>, por

34 Ya antes de la última reforma del § 1631 II BGB (después de la penúltima), BEULKE, *Züchtigungsrecht — Erziehungsrecht — strafrechtliche Konsequenzen der Neufassung des § 1631 Abs. 2 BGB*, en: *Festschrift für Ernst-Walter Hanack (Hanack-Fs)*, 1999, especialmente 547 ss., trasladando el problema de la justificación a la exclusión del tipo y apoyándose expresamente ya en la prohibición por el § 1631 II BGB de medidas de educación «degradantes» (548). Después de la última reforma del precepto citado, BEULKE, *Neufassung des § 1631 Absatz 2 BGB und Strafbarkeit gemäß § 223 StGB — Darf der Erziehungsberechtigte in Ausnahmefällen eine «maßvolle Ohrfeige» erteilen?*, en: *Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie, Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber (Schreiber-Fs)*, 2003, 37 ss.

35 WESSELS/BEULKE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 37ª ed., 2007, 139.

36 En: LACKNER/KÜHL, *StGB Kommentar*, 25ª ed., 2004, § 223, nm. 11 (919 s.); KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 2005, 266 ss., especialmente 268, 271, 272 (6ª, 2008, 291 ss., especialmente 293, 294, 297, 298), manteniendo la existencia de derecho de corrección para los casos que señala. Siguiendo a KÜHL, MARXEN, *Kompaktkurs Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2003, 99, y expresamente a LACKNER/KÜHL, KREY, en: KREY/HEINRICH, *Strafrecht. Besonderer Teil: Studienbuch in systematisch induktiver Darstellung. Band 1. Besonderer Teil ohne Vermögensdelikte*, 13ª ed., 2005, 134, excluyendo además del tipo penal del § 223 StGB casos muy leves que no llegarían a representar un maltrato. Contra el mantenimiento de este derecho (causa de justificación) por KÜHL se manifiesta el mismo BEULKE, Schreiber-Fs, 2003, 36.

37 Especialmente en relación con las coacciones hace apelaciones constitucionales que podrían recordar a éstas CERVELLÓ DONDERIS, *Delito de coacciones*, 1999, 61, 62 s., aunque parece inclinarse por la inadmisibilidad del derecho de corrección, salvo en supuestos de insignificancia, y algunos excepcionales, que no concreta y que, en todo caso, tienen un límite absoluto en la dignidad humana.

38 ROXIN, *JuS* 2004, 178 (=RDPCr 16, 2005, 236 s.); *AT I*, 4ª, 2006, 806. Contra BEULKE también HILLENKAMP, *Der praktische Fall — Strafrecht: Das Aufnahmeeritual und Seine Folgen*, en: *JuS* 2001, 165; LILIE, *StGB Leipziger Kommentar Großkommentar (LK)*, 11ª ed., 2001 (redacción 15-12-2000), § 223, nm. 10 (46); NOAK, *JR* 2002, 407 s. (contra lo que considera el intento de WESSELS/BEULKE de una interpretación conforme a la Constitución del § 1631 II BGB); BUSSMANN, *FPR* 2002, 291 s.; JOECKS, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (MK)* 3, 2003, § 223, nm. 65 (749) (aunque le da la razón en otro aspecto: nm. 66 -749-); KARGL, *NJ* 2003, 59.

39 En el mismo sentido HOYER, *FamRZ* 2001, 522; TRÖNDLE/FISCHER, *StGB uns Nebengesetze*, 54ª ed., 2007, § 223, nm. 18 a (1457); FISCHER, *StGB und Nebengesetze*, 55ª ed., 2008, § 223, nm. 18 b (1532). Cree que el tenor del nuevo precepto ha aclarado algo, pero no del todo la cuestión SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER, *StGB Kommentar*, 27ª ed., 2006, § 223, nm. 20 (1908), nm. 19 (1907 s.). Contra el argumento literal, el propio BEULKE, Schreiber-Fs, 2003, 38 s.

40 Desechan también la posibilidad interpretativa analizada OTTO, *Jura* 2001, 671 (si bien, a juzgar por lo que opina del tenor literal del § 1631 II BGB en la reforma de 1998, no aceptaría el argumento literal: 670 s.), HORN/WOLTERS, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK)* II, 7ª ed., 2003, § 223, nm. 13 (10).

41 Descarta la justificación, aunque no supuestos en que pueda faltar la tipicidad, DE TORRES PEREA, *LL* 2008-1, 1676 s. Alcanza, en lo que se refiere a la justificación, un resultado cercano, pero no idéntico, sobre la base de la actual redacción del art. 153 CP y la reforma del art. 154 CC, MORILLAS CUEVA, *PG II I*, 2008, 307 s., quien no llega a desechar del todo la justificación por el derecho de corrección, pero cree que está «casi en una línea de inaplicabilidad» (en p. 308 n. 635 cita en ese sentido y desde la perspectiva civilista un trabajo de MORILLAS FERNÁNDEZ en prensa), sin que plantee otras posibles respuestas al problema. Por el contrario, SÁENZ DE PIPAÓN Y DEL ROSAL, *RDP* 28 (2009), 74 s., considera, a efectos penales, «inocuo e inoperante el hecho de la derogación del último inciso del artículo 154 del Código Civil» y no comparte la explicación de tal derogación en la Exposición de motivos de la Ley 54/2007, entendiendo que el derecho de corrección (incluso física) se deriva del art. 27.1 y 3 de la Constitución, del art. 2 del Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y del propio art. 154 CC, en cuanto consagran el derecho a la educación y el derecho y el deber de los padres de educar a los hijos; señala que «si los padres educan y forman, inevitablemente, también disciplinan, corrigen y castigan», correspondiéndoles a ellos la elección de objetivos y medios para ello. La posición de esta autora me parece correcta en cuanto que, como ya he dicho, no es concebible (o lo es muy difícilmente) una educación sin corrección y, por lo tanto, la última reforma del art. 154 CC no puede pretender eliminar todo derecho de corrección de los padres, pero, sin embargo, se excede al entender que el Derecho no pueda excluir ciertas conductas correctivas, como las violentas, delimitando así el alcance del derecho; yo creo que lo hace claramente en la citada reforma del art. 154 CC y hace bien; otra cosa son

pequeño que sea, por lo que habrá que seguir examinando si existen otras vías de exclusión de la responsabilidad penal, pues, si no las hay, con la exclusión del amparo en el derecho de corrección, es decir, con la prohibición del uso de toda violencia hacia los hijos, incluso con fines educativos y con un ejercicio razonable y moderado, se estaría introduciendo el Derecho penal (incluso con posible privación de libertad<sup>42</sup>) en una relación familiar que, por lo demás, puede ser buena. Si al padre que da un pescozón al hijo que está disparando a peatones desde la terraza de su casa con una pistola de aire comprimido o un tirachinas le sometemos a una investigación penal, a un proceso y a una responsabilidad de este género, probablemente la sociedad consideraría

excesiva la respuesta y, sobre todo, se haría más daño que beneficio a la relación familiar, criminalizándola, y a la propia educación del hijo. Por eso debemos seguir investigando.

Por fin, se podría sostener de manera un poco forzada que en los supuestos de corrección existe una necesidad en abstracto de corregir (facultad que los padres siguen teniendo, por mucho que se haya suprimido el conocido inciso del art. 154 CC), si bien toda violencia, por nimia que sea, resultaría innecesaria y desproporcionada en concreto, con la consecuencia de que se puede apreciar la eximente incompleta de ejercicio legítimo de un derecho<sup>43</sup>. Ello suavizaría la respuesta penal, pero no evitaría la indeseable criminalización de las relaciones familiares en supuestos

las consecuencias penales de la reforma, que aquí analizamos (de todas formas esta autora, 76 ss., utiliza argumentos que apuntan también a la exclusión de la tipicidad). También después de la reforma HURTADO YELO, AJA 788 (2009), 5, 9, cree que sigue existiendo el derecho paterno de corrección aunque no se reconozca expresamente en la ley; se trataría de «un derecho autónomo que forma parte de los derechos incluidos en el ejercicio de la patria potestad» y que es preciso para educar (lo que puede ser correcto); no obstante, en lo que se refiere a algunas correcciones violentas de pequeña intensidad utiliza argumentos que tienen más bien que ver con la atipicidad y la interpretación restrictiva del art. 153 CP, aunque las relacione con el derecho de corrección (9). En la sentencia del Juzgado nº 3 de lo Penal de Jaén de 26-11-2008 (JUR 2009/34972) parece estar implícito que la última reforma del art. 154 CC impide amparar cualquier maltrato a hijos en el derecho de corrección, cosa que cree que ya sucedía por la exacerbación de la protección del ámbito familiar en el CP y en la jurisprudencia reciente correspondiente; lo confirma, en el mismo caso, la SAP Jaén 22-1-2009 (ARP 2009/10). La SAP Barcelona 16-2-2009 (ARP 2009/442), además de rechazar que el supuesto concreto pudiera estar amparado por ningún derecho de corrección, señala respecto de éste que «ha sido restringido más si cabe tras su última modificación». La SAP Jaén 18-5-2009 (JUR 2009/353887), además de negar que el castigo físico tuviera cabida en el derecho de corrección plasmado en el art. 154 CC antes de la última reforma, señala que éste «ha sido incluso suprimido como tal derecho en el Código Civil».

42 Y, por cierto, a través de un ley ordinaria y no orgánica.

43 Sobre los elementos esenciales e inesenciales de la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho, en relación con el derecho de corrección, v. por todos, con ulteriores referencias FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, en: BOLDOVA/RUEDA (coords.), La reforma, 2006, 217 ss. (téngase en cuenta que se trata de un análisis anterior a la reforma del CC). El tratamiento del exceso (si no se llegaba a malos tratos impropios de una corrección) a través de la eximente incompleta se postula desde antiguo en doctrina y jurisprudencia: v., al respecto, ANTÓN ONECA, DP, 2ª, 1986 (1ª, 1949), 284; CÓRDOBA RODA, Eximentes incompletas, 1966, 283; en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, Comentarios I, 1972, 362, con ulteriores referencias; más recientemente acepta sólo la eximente incompleta ROMEO CASABONA, EJB II, 1995, 2678; sin embargo, en LUZÓN PEÑA (dir.), EPB, 2002, 636, admite supuestos de justificación completa y sigue postulando para los excesos la aplicación de la eximente incompleta; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG, 5ª, 1999, 477; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, RECPC 01-07 (1999), 4 (v. también AP 1999, 767, en referencia al docente, lo que resulta mucho más cuestionable); Violencia doméstica, 2001, 292 (aunque excluye también la eximente incompleta si falta el fin educativo); MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ/ROMA VALDES, PG, 1999, 70 (o mera atenuante); MAYORDOMO RODRIGO, Malos tratos, 2003, 127; SERRANO TÁRRAGA, en: LASARTE (dir.) MORETÓN/DONADO/YÁÑEZ (coords.), Familia, matrimonio y divorcio, 2006, 646 (cree que, si los excesos son muy graves, podrá apreciarse una circunstancia atenuante por analogía, sin mayores precisiones). En la jurisprudencia relativamente reciente, SAP Badajoz 18-11-1998 (ARP 1998\5136); Córdoba 19-4-1999 (ARP 1999\1592) («a salvo que el exceso sea muy grave»); Córdoba 9-3-2004 (JUR 2004\126721); Alicante 2-3-2006 (JUR 2007/43440), distinguiendo según falte la necesidad en abstracto del uso de violencia (no hay eximente ni completa ni incompleta) o la necesidad en concreto (eximente incompleta); Bizkaia 29-11-2007 (JUR 2008\29500) («a salvo que el exceso sea muy grave»); Córdoba 17-1-1008 (JUR 2008/218264) (confusa en cuanto que cita otra sentencia —la ya citada de la SAP Alicante— que propugna la eximente incompleta en caso de falta de necesidad en concreto del uso de violencia y, sin embargo, trata el exceso que afirma haber en el caso como sólo merecedor de una respuesta civil y no penal). Sin embargo, en un supuesto de exceso, no aprecia eximente completa ni incompleta la SAP Málaga 30-3-1998 (ARP 1998\1784); la SAP Córdoba 12-2-1999 (ARP 1999\254) declara que «los excesos en la corrección son antijurídicos» (lo cual no excluiría de por sí la eximente incompleta; expresa también que la finalidad correctora no justifica el empleo de violencia física, lo que no descarta por sí solo una eximente incompleta; sin embargo, el conjunto del razonamiento parece inducir a creer que no habría ni siquiera justificación parcial; el caso concreto enjuiciado no plantea problemas, pues se trata de violación y ejercicio habitual de violencia sobre la mujer, en que en realidad ningún papel puede desempeñar un supuesto derecho de corrección); la SAP Toledo 13-11-2000 (ARP 2000\2657) niega la eximente completa y la incompleta por extralimitación en el medio empleado y por ello falta de proporcionalidad en un supuesto de corrección violenta de profesor sobre alumno (supuesto obviamente diferente del de la corrección paterna); también en otras sentencias se habla de exceso, pero no se aplica ninguna clase de eximente: por ejemplo, SAP Barcelona 17-10-2007 (JUR 2008/33581). A veces se admite la eximente incompleta, pero se excluyen de ella determinados casos: por ejemplo, además de la cita de CÓRDOBA, GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 1984, 390 s.; PUENTE SEGURA, Circunstancias, 1997, 277 (excluye de la eximente completa y de la incompleta las violencias

en que en nada las beneficia. Por otra parte, se podría argumentar que, dada la regulación legal, quien utiliza violencia nunca ejerce (no es que ejerza de manera excesiva) un derecho por no ser posible la corrección por ese medio, negando así tanto la eximente completa como la incompleta (por decisión legal). La cuestión es discutible, pero, en todo caso, abandonaré esta vía interpretativa, pues sigue plantando, como he dicho, el problema de una posible criminalización excesiva de la familia.

Para cerrar este apartado, señalaré que, incluso si se considera que no existe un derecho de corrección con violen-

cia, es posible que quien la ejerce de manera razonable y moderada, crea que está ejerciendo un derecho o incluso cumpliendo un deber. Ello puede ser especialmente frecuente en un país como el nuestro en que la reforma legal restrictiva es muy reciente y en el que, según la prensa (Diario El País de 14 de diciembre de 2007), el 56 % de la población cree que a veces hay que pegar para educar. Tal error sería sobre la propia existencia o los límites del derecho de corrección paterna, por lo que habría de ser tratado como error de prohibición<sup>44</sup>, conforme a lo dispuesto por el art. 14.3 CP. Como tal error será normalmente venci-

físicas constitutivas de lesión dolosas o imprudentes); CERVELLÓ DONDERIS, Delito de coacciones, 1999, 63 (con límite absoluto en la dignidad humana); GRACIA MARTÍN, en: DIEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (coords.), Comentarios PE I, 1997, 471 s.; OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), Comentarios CP II, 1999, 613 s. (aunque parece más bien negarla); MIR PUIG, PG, 7ª, 2004, 485, 486 (8ª, 2008, 491,492); MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), Comentarios, 4ª, 2005, 206 (no acepta la eximente completa ni incompleta para el empleo de violencia física por comprometer la dignidad humana, pero sí para otros supuestos). Plantea la posibilidad de eximente incompleta, pero la rechaza para los actos aislados y para los habituales de violencia CUENCA I GARCIA, RJCAt 1998, 658 s. Debe tenerse en cuenta, en relación con los excesos, que, con anterioridad a su reforma por LO 8/1983, de 25 de junio, el último párrafo del art. 420 CP 1944/73, establecía, en relación con las lesiones graves agravadas por parentesco próximo o por concurrir las circunstancias del asesinato, que «no están comprendidas en el párrafo anterior las lesiones que el padre causare al hijo, excediéndose en su corrección» (sobre la punición en otros textos históricos de la muerte o lesiones por un exceso en el derecho de corrección, v. CERVELLÓ DONDERIS, PJ 33, 1994, 51 s.; MAYORDOMO RODRIGO, Malos tratos, 2003, 121 s.). La supresión de ese párrafo en la reforma citada y la nueva redacción que se dio al art. 583.2º CP condujeron a algún autor a pensar que la voluntad del legislador era excluir del derecho de corrección todo tipo de malos tratos de obra o de palabra, entendiéndose que, sin embargo, ello era inadmisibles: así, CEREZO MIR, ADPCP 1987, 284 s., apelando a las «concepciones ético-sociales realmente vigentes en la sociedad» (a las normas de cultura hacía referencia ya ANTÓN ONECA, DP, 2ª, 1986 -1ª, 1949-, 284 s., aunque CEREZO, ADPCP 1987, 284 n. 38, considera el concepto que él usa «más restringido y preciso» que éste) para mantener la vigencia del ejercicio del derecho en ciertos casos de maltrato físico; en una obra posterior, PG II, 6ª, 1998, 310, cree que en la agravación entonces vigente de la falta del art. 617.2 por ciertos grados de parentesco o situación similar o convivencia volvía a verse la voluntad del legislador de excluir del ejercicio legítimo del derecho cualquier maltrato físico a los hijos, si bien sigue considerando que ello conduce a consecuencias inadmisibles y apela a la voluntad objetiva de la ley para mantener la justificación de ciertos supuestos leves. En la *Adenda* a esta obra, de julio de 2007, 14, incluye ya la referencia al art. 153 CP (además de en el texto, con una nota 77 bis), pero sin modificar su argumentación posterior. Siguiendo a CEREZO, SERRANO BUTRAGUEÑO, en: DEL MORAL GARCIA/SERRANO BUTRAGUEÑO (coords.), CP I, 3ª, 2002, 434.

44 V. la reflexión de ROELLECKE, NJW 1999, 338. V. también CUELLO CONTRERAS, PJ 32 (1993), 14; HILLENKAMP, JuS 2001, 165; HORN/WOLTERS, SK II, 7ª, 2003, § 223, nm. 15 (12) (v. también nm. 16 -12-); BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN, en: CALVO GARCÍA (coord.), La respuesta desde las instituciones y el Derecho, 2004, 164; LACKNER/KÜHL, StGB, 25ª, 2004, § 223, nm. 12 (921). Es curioso cómo CUENCA I GARCIA, RJCAt 1998, 659, plantea la posibilidad de este error de prohibición, que afectaría a la culpabilidad, y lo considera no descartable, pero, pese a entender que la letra de la ley lo permite, cree que «no sería recomendable su aplicación, porque el comportamiento descrito en el art. 153 CP» (a la sazón, ejercicio habitual de violencia doméstica o afín) «no puede ser objeto de disculpa alguna; como tampoco cabe que las víctimas tengan que sufrir una sobredisciplina, y ello se traduzca en un beneficio para el agresor». Discrepo radicalmente de esta autora, que, en su loable compromiso contra la violencia familiar, propone en definitiva suponer la culpabilidad completa en todo caso (la haya o no). Ciertamente, esta posición extrema no es tampoco muy lejana de la tónica general reflejada en las leyes (y seguramente en la conciencia social, si bien no del todo espontánea) de nuestro país (no así seguramente en la mayoría de la doctrina penal e incluso de la aplicación judicial) de aplicar cada vez mayor dureza sobre todo en relación con la violencia por razón de sexo (aunque no se ha llegado al extremo de suponer siempre la culpabilidad completa), sin reflexionar lo suficiente sobre la eficacia de las medidas penales ni sobre la proporcionalidad de éstas, de modo que en este ámbito no me parece descabellado hablar *hasta cierto punto* (lo subrayo) de un «derecho penal de enemigos», del cual creo que se debe huir en todo caso y en todos los ámbitos, por muy antipática y repugnante que pueda resultar una determinada clase de delincuencia, como sin duda lo es la de la violencia machista. Apunta también la posibilidad de error de prohibición en supuestos de ejercicio habitual de violencia sobre los hijos MAYORDOMO RODRIGO, Malos tratos, 2003, 129. SÁENZ DE PIPAÓN Y DEL ROSAL, RDP 28 (2009), 76, mantiene la posibilidad (no alegada por nadie ni mencionada en las sentencias correspondientes) de un error de prohibición en el caso de Pozo Alcón, aunque curiosamente cree que, «por afectar al fundamento de ésta (*scil.* de la prohibición), nos llevaría al núm 1 del artículo 14 del Código Penal y, por ende, a la impunidad»; por otro lado, tal invocación del error de prohibición por esta autora resulta sorprendente, puesto que parece defender la existencia de un derecho de corrección violenta, en cuyo caso quien la ejerciera creyéndose autorizado a ello no erraría (si bien es cierto que muchos argumentos de esta autora apuntan también a la exclusión de la tipicidad). En la STS 3-10-1996 (RJ 1996\7046), el TS niega la existencia de un error de prohibición sobre el derecho de corrección (que se pretende haber ejercido sobre una hermana), «pues no es permisible la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente. En otras palabras, y

ble, la criminalización innecesaria y contraproducente de la familia no se evita con esta solución. No entro aquí en la cuestión del error sobre los presupuestos objetivos del derecho de corrección violenta, si es que se admite éste, que, en mi opinión, sería un error de tipo<sup>45</sup>.

### III. Estado de necesidad y otras causas de justificación y exculpación

Según relata ROXIN<sup>46</sup>, HEINRICH, en su ejercicio de habilitación munitives inédito, propone una nueva solución: admitir excepcionalmente el castigo físico, en sí prohibido y punible, conforme a los principios del estado de necesidad justificante para dos grupos de casos. En primer lugar, para los supuestos en que el hijo sea tan obstinado que no resulte posible ya una actuación educativa sin violencia<sup>47</sup>. Y, en segundo lugar, para aquéllos en que el educador ya no es capaz de actuar educativamente sin violencia. Las ventajas del castigo físico serían sustancialmente preponderantes (mientras se mantengan en los límites tradicionales del derecho de corrección) frente a la posibilidad de que el hijo vaya a parar a un vacío educativo.

ROXIN<sup>48</sup> rechaza esta solución, porque en esos supuestos el legislador prevé en el Código Social alemán (SGB)

amplias medidas educativas de asistencia a niños y jóvenes para esos supuestos y la Ordenanza Procesal alemana (StPO) ofrece posibilidades de sobreseimiento que pueden ir ligadas a la colaboración con las instituciones sociales de atención a menores y jóvenes, dentro del principio de oportunidad y los modelos diversificadores (desjudicializadores). Por ello no se daría el requisito del § 34 StGB, regulador del estado de necesidad justificante, de que exista un «peligro no conjurable de otro modo». A ello añade ROXIN que el legislador alemán considera humillante todo castigo físico, que, por lo tanto, atentaría contra la dignidad humana, no siendo «un medio adecuado ... para conjurar el peligro», como exige el § 34, 2º inciso, StGB<sup>49</sup>.

El art. 20.5º CP concibe en España el estado de necesidad de forma muy amplia, por lo que quizá el resultado para los casos excepcionales (que no son los generales del tradicional derecho de corrección) que propone HEINRICH no sea igual que en Alemania. No estoy seguro de si en España las medidas de asistencia social a menores y jóvenes (o incluso las medidas de la Ley Penal de Responsabilidad de los Menores, si el menor cometiera hechos delictivos) tienen el mismo alcance que en Alemania, pero existen, si bien la aplicación del principio de oportunidad del § 153 StPO<sup>50</sup> no tiene parangón en nuestra legislación. No obs-

---

como acertadamente señala el Fiscal, no cabe invocarlo cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico que a todo el mundo le consta están prohibidas pues su ilicitud es notoriamente evidente» (las conductas llevadas a cabo sobre la hermana eran de notoria gravedad); tampoco aprecia el error de prohibición alegado por la defensa sobre el «deber de corrección» (aunque el tribunal habla de derecho de corrección) la SAP Cádiz 30-11-2005 (ARP 2006/172).

45 Sobre el error sobre los presupuestos de la causa de justificación del ejercicio del derecho de corrección, v. FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, en: BOLDOVA/RUEDA (coords.), *La reforma*, 2006, 221. 4; sobre posibles errores, MIR PUIG, PG, 7ª, 2004, 485 s. (8ª, 2008, 491 s.); PUENTE SEGURA, *Circunstancias*, 1997, 279. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, AP 1999, 767; *Violencia doméstica*, 2001, 292 s., se plantea problemas de error sobre el curso causal o de lesiones preterintencionales en el ejercicio (violento) del derecho de corrección (también del docente, que considera justifica ciertas faltas, aunque ello resulta mucho más cuestionable aún que en el caso de los padres); parece seguir a esta autora en relación con los padres ROMERO RODRÍGUEZ, AJM IV (2004), 236 (si bien es dudoso que esta otra autora admita la justificación de ninguna parte de la conducta, dada su defensa de la tolerancia cero ante cualquier conducta violenta o agresiva de los padres). DOLZ LAGO, LL 2000-3, 1782, no aclara de que clase de error habla, pero, en relación con el delito de violencia doméstica habitual, indica: «No parece que en esta conducta pueda tener incidencia la eximente de responsabilidad criminal del art. 20.7, que se refiere al que obre en el ejercicio legítimo de un derecho, en relación con el derecho de corrección inherente a la patria potestad establecido en el art. 154 último párrafo del Código Civil, salvo que se reconduzca por la vía del error (art. 14 del Código Penal), el cual, en todo caso, sería vencible».

46 ROXIN, JuS 2004, 179 (=RDPCr 16, 2005, 239); AT I, 4ª, 2006, 808.

47 Aunque no quiero vincular el fenómeno estrictamente con el tema del trabajo, entre otras cosas porque no lo he estudiado y la relación sería muy compleja e iría más allá de la corrección paterna de la que aquí en general me ocupo, no cabe la menor duda de que no sólo hay casos de menores difíciles de corregir y educar, sino otros que van más lejos, como demuestra el creciente (aunque según el estudio que cito a continuación, afortunadamente no muy frecuente y no creciente de forma alarmante) fenómeno de la agresión practicada por menores sobre otros miembros de la familia convivientes en el hogar. A título de mero ejemplo, v. el reciente estudio de CUERVO GARCÍA/FERNÁNDEZ MOLINA/RECHEA ALBEROLA, *Menores agresores en el hogar*, en: *Boletín Criminológico* 106 (2008), 1 ss.

48 ROXIN, JuS 2004, 179 (=RDPCr 16, 2005, 239 s.); AT I, 4ª, 2006, 808 s.

49 Sobre las dificultades de apreciar en general en supuestos de corrección paterna estado de necesidad, KARGL, NJ 2003, 62.

50 Sobre éste, en relación con el tema que nos ocupa, v. por ejemplo GÜNTHER, *Die Auswirkungen familienrechtlicher Verbote auf das Strafrecht. Erläutert am Beispiel der neuen Diskussion um ein elterliches Züchtigungsverbot durch § 1631 Abs. 2 BGB*, en: *Festschrift für Hermann Lange (H. Lange-Fs)*, 1992, 884 ss. (considerando problemáticas estas soluciones); BEULKE, *Hanack-Fs*, 1999, 545; Schreiber-Fs, 2003, 36 s. (también críticamente); BUSSMANN, *Verbot familiärer Gewalt*, 2000, 431 ss. (en general sobre posibilidades procesales, y de diversión, 418 ss.); HOYER, *FamRZ* 2001, 521; SALGO, *RdJB* 2001, 290; ss. (insistiendo especialmente en las medidas de ayuda y jurídico-sociales); NOAK, *JR* 2002, 405; HORN/WOLTERS, *SK II*, 7ª, 2003, § 223, nm. 13 (11), quienes creen que sirve de poco *de lege lata*. Crítico con las posibilidades procesales y de diversión, KARGL, NJ 2003, 63 s., considerando que las circunstancias a favor de los padres que corrigen con maltratos físicos pueden contemplarse en la medición de la pena.

tante, el requisito del estado de necesidad que podría faltar en España en estos casos es el de subsidiariedad, por lo que se podría aplicar al menos la eximente incompleta, si bien nuevamente ello no solventa la inconveniencia de una criminalización excesiva de las relaciones familiares.

Por supuesto, puede haber casos de violencia sobre los hijos que se encuentren amparados por un estado de necesidad<sup>51</sup> u otras causas de justificación<sup>52</sup> (por ejemplo, la le-

gítima defensa<sup>53</sup>, si un hijo está a punto de disparar contra alguien y un progenitor lo impide con un fuerte empujón que causa traumatismos al menor). E igualmente podrán venir en consideración causas de exclusión (o disminución) de la culpabilidad<sup>54</sup> como el miedo insuperable o el trastorno mental transitorio. Pero ello realmente no afecta al tema que nos ocupa, pues tales posibilidades están abiertas también para terceros.

51 V., por ejemplo, los que plantea en relación con el delito de ejercicio habitual de violencia doméstica o afín GRACIA MARTÍN, en: DIEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (coords.), Comentarios PE I, 1997, 473 (aunque, para él, siempre como estado de necesidad disculpante; personalmente defendiendo la tesis de que el estado de necesidad, al menos en el Derecho español, es siempre justificante). Respecto del delito de ejercicio de violencia física habitual de la época se refiere a la imposibilidad de justificación «salvo tal vez por un repetido y por ello improbable estado de necesidad (p. ej., para impedir los reiterados comportamientos suicidas del sujeto pasivo)» ROMEO CASABONA, LH-Torío, 1999, 939. MIR PUIG, PG, 7<sup>a</sup>, 2004, 486 (8<sup>a</sup>, 2008, 492), plantea casos de corrección necesaria y proporcionada de niños por terceros que estarían amparados por la adecuación social o por un estado de necesidad, sin que sea necesaria la delegación o el consentimiento expreso de padres o tutores. TRÖNDLE/FISCHER, StGB, 54<sup>a</sup>, 2007, § 223, nm. 17 (1456); FISCHER, StGB, 55<sup>a</sup>, 2008, § 223, nm. 18 (1531), creen que en los supuestos de corrección paterna normalmente no se dan los presupuestos del estado de necesidad justificante. No me parece correcta (por la generalidad de su primera parte) la afirmación de ARROYO DE LAS HERAS, DP \*\*, 1985, 415, de que «es indudable que los hechos realizados en virtud del llamado derecho de corrección podrían encuadrarse en supuestos de estado de necesidad e incluso, en determinados casos, de legítima defensa». V. también, por ejemplo, PUIG PEÑA, NEJ VI, 1975, 161; PG, 7<sup>a</sup>, 1988, 313. La defensa alega, además de un error de prohibición, un posible estado de necesidad en el caso de la SAP Cádiz 30-11-2005 (ARP 2006\172), si bien el tribunal no entra a analizar esta causa de justificación.

52 MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Violencia doméstica, 2001, 289 s.; en: MORILLAS CUEVA (coord.), Violencia doméstica, 2002, 280 s., refiriéndose a la legítima defensa y al estado de necesidad; JOECKS, MK 3, 2003, § 223, nm. 67 (749); StGB Studienkommentar, 6<sup>a</sup> ed., 2005, § 223, nm. 19 (404), habla del estado de necesidad y, en su caso, legítima defensa; MAYORDOMO RODRIGO, Malos tratos, 2003, 126 (estado de necesidad y legítima defensa, aunque de modo muy restrictivo); SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER, StGB, 27<sup>a</sup>, 2006, § 223, nm. 21 (1908), considera que cabe la justificación en casos de corrección violenta (con ciertos requisitos) en situaciones próximas a la legítima defensa o al estado de necesidad; DE TORRES PEREA, LL 2008-1, 1676, menciona el estado de necesidad y la legítima defensa.

53 Único caso que admiten expresamente MUÑOZ CONDE/MARTOS NÚÑEZ, EJB II, 1995, 2676; en: LUZÓN PEÑA (dir.), EPB, 2002, 634; MUÑOZ CONDE, Teoría general del delito, 4<sup>a</sup>, 2007, 129; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 7<sup>a</sup>, 2007, 338.

54 TRÖNDLE/FISCHER, StGB, 54<sup>a</sup>, 2007, § 223, nm. 18 a (1457); FISCHER, StGB, 55<sup>a</sup>, 2008, § 223, nm. 17 (1531), creen que las cuestiones relativas a la culpabilidad individual han de tenerse en cuenta en la medición de la pena, pero no pueden fundamentar ni un «espacio libre» dogmáticamente poco claro ni una restricción procesal de la perseguibilidad por razones político-criminales. En la jurisprudencia no muy lejana, la SAP Valencia 4-2-1998 (ARP 1998\877) absuelve a un profesor que propinó dos bofetadas a un alumno muy difícil, pese a no haber derecho de corrección, por concurrir en el profesor la eximente de trastorno mental transitorio; la SAP Sevilla 14-1-2004 (ARP 2004\69) niega la justificación por derecho de corrección en el caso concreto, pero aprecia como atenuante muy cualificada la de arrebató u obcecación. En el caso de la SAP Soria 12-4-2004 (ARP 2004\264), la defensa alega «infracción del art. 20.3 CP, toda vez que la actuación del apelante estuvo guiada por una finalidad correctora o educativa vinculada al modelo de formación asumido por el apelante a partir de su ambiente social y familiar» (no alude directamente al derecho de corrección, sino a la eximente, excluyente de la culpabilidad, que ampara al «que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad»); la SAP niega que concurren los requisitos del ejercicio legítimo del derecho de corrección y añade: «...tampoco es posible afirmar que el acusado Sr. Benito se vea afectado por una grave alteración de la conciencia de la realidad que permita la aplicación de la eximente del art. 20.3<sup>o</sup> CP, toda vez que esta circunstancia de exención de la responsabilidad criminal exige la concurrencia de una situación de carencia de aptitudes críticas para el normal desenvolvimiento u orientación en la convivencia social que deriva de la incomunicación padecida por el sujeto desde su nacimiento o infancia con respecto a su entorno social, de manera que se haya producido un erróneo o distorsionado conocimiento de los elementos de la cultura que regulan la interacción social: valores, normas y pautas de comportamiento vigentes (por ejemplo, sentencias del Tribunal Supremo de 20-4-1987, 14-3-1987 y 18-10-1993 y 24-2-1999); y lo cierto es que en el presente caso no concurre prueba alguna de la existencia de alteraciones en la percepción vinculadas a algún defecto sensorial que sean determinantes de una grave alteración de la conciencia de la realidad en el sujeto activo de los diversos delitos de maltratos, lesiones y violencia doméstica habitual. Resulta evidente, en este sentido, que la sola circunstancia de que el Sr. Benito actúe guiado por una concepción asimétrica de la unidad familiar, que descansa en una relación posesiva del cabeza de familia hacia los restantes integrantes de dicha unidad familiar, y por una visión ya superada del ejercicio del derecho de corrección sobre los hijos comunes menores de edad no es suficiente para apreciar la circunstancia eximente del art. 20.3<sup>o</sup> CP en los términos pretendidos en el escrito de interposición del recurso de apelación, aún cuando pueda valorarse a los efectos de individualización de la pena al amparo de las previsiones del art. 66.1.6<sup>a</sup> CP en su redacción vigente».

### IV. La atipicidad de la conducta

Diversos autores españoles (y algunas decisiones de los tribunales<sup>55</sup>), incluso entre quienes negaban ya antes de la

reforma del CC la existencia de una causa de justificación de ejercicio del derecho de corrección para amparar los malos tratos, acuden, sobre todo, a la atipicidad de las conductas leves de corrección, a través de la adecuación social<sup>56</sup>

55 La SAP Barcelona 9-3-2007 (JUR 2007/244502) niega la legitimidad de los castigos físicos en la educación del menor, si bien señala: «No obstante, sabido es que las Leyes deben interpretarse atendiendo a la necesidad social del tiempo en que deben ser aplicadas (art. 3.1 del Código Civil) y por ello no podemos hacer abstracción de los vestigios culturales que todavía permanecen en nuestra sociedad relativa al castigo físico a los menores por haberse considerado aceptable hasta tiempos relativamente recientes uno de los elementos necesarios para una correcta política educativa./ Por ello, y desde esta perspectiva, solo podría considerarse atípica la conducta correctiva de muy leve intensidad sin utilizar ningún tipo de instrumento y sin causación de lesiones de entidad en el menor, por aplicación del principio de la insignificancia o de la intervención mínima del Derecho Penal». Sin embargo, a la hora de aplicar este razonamiento para absolver en el caso concreto, con cierta confusión sistemática al menos, vuelve a mencionar el derecho de corrección y la justificación: «En consecuencia la conducta del acusado que tras reprender a su hija de 17 años la conducción imprudente de una motocicleta y ser insultado por ella gravemente la coge por la blusa y zarandea ligeramente puede considerarse, como lo sería también una 'colleja' comprendida dentro de los conceptos de razonabilidad y moderación establecidos en la legislación civil para justificar el derecho de corrección que ostentan los padres sobre los hijos sometidos a su potestad. En este caso no estimamos que el acusado se excediera en su derecho de corrección puesto que ante los insultos que recibía de su hija cuando le recriminaba su conducta simplemente la cogió por la blusa y zarandea ligeramente, mas cuando la leve erosión en el cuello que sufrió la hija del acusado no consta se produjera en ocasión de tal conducta, sino que lo más probable es que se produjera al empujarse mutuamente por un lado la hija María Luisa y la madre de ésta y por otro el acusado cuando la esposa del acusado se interpuso entre padre e hija./ Por ello estimamos que los hechos realizados por el acusado respecto de su hija no son constitutivos del delito del art. 153.2 y 3 del Código Penal al no estimarse que la intención del acusado fuera la de atentar la integridad física de la hija con su conducta de cogerla por la blusa y zarandearla ligeramente, sino que estaba justificada por la intención de corregirla ante los continuos insultos que recibía de ella»; en términos idénticos (al margen de la confusión señalada) apela al principio de insignificancia para supuestos muy leves (que no aprecia en el caso) la Barcelona 17-10-2007 (JUR 2008/33581), que niega la justificación del maltrato físico. La SAP Córdoba 17-1-1008 (JUR 2008/218264) acepta la capacidad justificante del derecho de corrección y cree que en el caso concreto concurre un exceso en el mismo que sólo debe ser tratado por el Derecho civil y no por el penal (pese a que cita otra sentencia que aboga por la exigente incompleta), apelando al principio de intervención mínima (más correcto sería aludir al de insignificancia) y al juicio de la sociedad, si bien todo ello para entender que el hecho (un leve pescozón) está «cobijado en la exigente el artículo 20.7 del Código Penal, de obrar el acusado en ejercicio de un derecho, so pena de dejar sin contenido el artículo 154 del Código Civil antes citado, en su redacción entonces vigente». La sentencia del Juzgado nº 3 de lo Penal de Jaén de 26-11-2008 (JUR 2009/34972), en el caso de Pozo Alcón, descarta que el derecho de corrección amparara malos tratos a hijos ni siquiera antes de la última reforma del art. 154 CC; sin embargo, frente a la apelación de la defensa a la existencia de una mentalidad social que acepta el castigo físico a los niños como elemento educativo (lo que parece referirse, si no a la adecuación social, sí a la tolerancia social, supuestos también de posible exclusión de la tipicidad, como veremos más adelante), señala que «ello sólo podría llevar a considerar atípicas por insignificantes conductas correctivas físicas de muy leve intensidad, sin usar instrumentos ni causar lesión por aplicación del principio de la insignificancia». En el mismo caso, descarta también la justificación por el derecho de corrección, aun antes de la última reforma del art. 154 CC, la SAP Jaén 22-1-2009 (ARP 2009/10), que, citando otras SAP que excluyen la responsabilidad penal en supuestos de corrección violenta, señala que tales SAP «concluyen que efectivamente algunos supuestos de hecho en los que la insignificancia de la acción, como puede ser un cachete o azote en las nalgas o una simple bofetada sin intención alguna de producir un menoscabo físico por su levedad y que no causan lesión propinadas con intención de corregir un comportamiento insolente, violento o agresivo por parte del hijo menor que hace proporcionada tal acción, no merecen reproche penal, —que no olvidemos sólo podría ser calificado como el delito de maltrato en el ámbito familiar contemplado en el artículo 153, conforme a las modificaciones legislativas en la materia—, Justificándose la absolución en la impunidad del hecho por aplicación del de intervención mínima», estimando que tales circunstancias no concurren en el caso enjuiciado, que conocemos.

56 A veces la referencia a la adecuación social se vincula con la justificación por el ejercicio legítimo de un derecho: así, MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, REPCP 01-07 (1999), 4 4 (v. también AP 1999, 766, en referencia al docente, lo que resulta aún más cuestionable), para quien la justificación del art. 20.7 CP sólo alcanzará a «aquellas conductas constitutivas de falta que tengan adecuación social, es decir, que sean aceptadas en nuestro contexto social y cultural como medios idóneos para educar»; similar impresión ofrece MAYORDOMO RODRIGO, Malos tratos, 2003, 125 s. (aunque no me queda claro si se refiere en este pasaje sólo a las correcciones por terceros). Aunque no lo aplica al problema que nos ocupa, podría intentarse una solución del mismo a través de la propuesta, basada también en las aportaciones de otros autores, de CEREZO MIR, PG II, 6ª, 1998, 98, de excluir «de los tipos de lo injusto las conductas socialmente adecuadas» «mediante una interpretación teleológica restrictiva». No está claro si se refiere a la adecuación social, pero tal vez sí, además de a la justificación, para excluir el castigo por el art. 153 CP (en 2004) CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Contestaciones PE, 4ª, 2004, 78: «El carácter esporádico y no habitual de este tipo de correcciones permite excluir del tipo tales supuestos *socialmente aceptados* y legitimados para los padres por el art. 154 CC y para los tutores por el 268, siempre que la corrección sea razonable y moderada» (la cursiva es mía).

y del principio de insignificancia<sup>57</sup> (TAMARIT I SUMALLA<sup>58</sup>, CUENCA I GARCIA<sup>59</sup>, OLMEDO CARDENETE<sup>60</sup>, ACALE SÁNCHEZ<sup>61</sup>, MESTRE DELGADO<sup>62</sup>, GÓMEZ NAVAJAS<sup>63</sup>, y, ya tras

la reforma del CC, un civilista como DE TORRES PEREA<sup>64</sup>). Esta solución de la atipicidad<sup>65</sup> se orienta en la que considero dirección adecuada, pero debe ser sometida a alguna

57 Especialmente en relación con el delito de coacciones apela a este principio CERVELLÓ DONDERIS, Delito de coacciones, 1999, 61 s., aunque conectándolo con la justificación, y estimando finalmente que sólo muy excepcionalmente existe un derecho de corrección, que en todo caso encontraría un límite absoluto en la dignidad humana: 62 s. (a lo largo del presente trabajo se hacen referencias a la posición de esta autora, que no siempre resulta del todo definida, aunque sí tendente a la negación o admisión muy limitada de la justificación por el ejercicio del derecho de corrección). También DEL ROSAL BLASCO, en: COBO DEL ROSAL (coord.), Derecho Penal Español. Parte Especial, 2ª ed., 2005, 227, admite la existencia de hechos insignificantes y, por tanto, sin relevancia penal, en relación con actos aislados de violencia (en los que, si no son insignificantes, regiría el régimen general de la exigente de ejercicio de un derecho; en otras obras parece excluir la justificación). Por lo demás, se mencione expresamente o no el principio, su aplicación parece que es la que hacen diversos autores alemanes, como, por ejemplo, LILIE, LK, 11ª, 2001 (redacción 15-12-2000), § 223, nm. 10 (45); u OTTO, Jura 2001, 671, que consideran que la última reforma del BGB ha terminado con el derecho de corrección violento, excluyan del castigo correcciones físicas que no puedan ser valoradas como intervenciones físicas o corporales relevantes, poniendo como ejemplo OTTO el cachete en el trasero; v. también por ejemplo BUSSMANN, FPR 2002, 291 (partidario de la desaparición de toda violencia en la familia, pero admitiendo aparentemente casos de insignificancia); JOECKS, MK 3, 2003, § 223, nm. 65 (749); Studienkommentar, 6ª, 2005, nm. 19 (404); HORN/WOLTERS, SK II, 7ª, 2003, § 223, nm. 14 (11); SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER, StGB, 27ª, 2006, § 223, nm. 20 (1908); WESSELS/BEULKE, AT, 37ª, 2007 (que, además, admiten la impunidad de otros supuestos, como sabemos) (ya antes de la última reforma, BEULKE, Hanack-Fs, 1999, 546; después de la última, BEULKE, Schreiber-Fs, 2003, 30); TRÖNDLE/FISCHER, StGB, 54ª, 2007, § 223, nm. 17 (1456); FISCHER, StGB, 55ª, 2008, § 223, nm. 18 (1531) (los dos últimos refiriéndose a intervenciones táctiles sin dolor).

58 TAMARIT I SUMALLA, La reforma, 1990, 178 s., acudiendo al principio de insignificancia en el marco del antiguo art. 425 CP anterior (ejercicio habitual de violencia doméstica o afín), y señalando que podría plantearse la justificación por el ejercicio del derecho de corrección, pero con mucha cautela (sólo para los casos de insignificancia) para no vaciar el contenido del art. 425 arruinando sus objetivos político-criminales; en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), Comentarios PE, 6ª, 2007, 267.

59 Siguiendo a TAMARIT, CUENCA I GARCIA, RJCat 1998, 658 (sólo para los actos aislados, que podrían encajar en la falta del art. 617.2 de la época y no para el ejercicio habitual de violencia doméstica o afín), excluyendo del término «violencia física» algunas conductas (cita como ejemplo «unas simples bofetadas aisladas» propias del normal desempeño de la responsabilidad educativa según el contexto social) a través del principio de insignificancia, y advirtiendo (con razón) de que ha de procederse con suma cautela.

60 OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (dir.), Comentarios CP II, 1999, 613; El delito de violencia habitual, 2001, 127 s., en virtud del principio de insignificancia y sólo para la falta del art. 617.2º CP de la época (ni siquiera para la del art. 617.1º).

61 ACALE SÁNCHEZ, Malos tratos, 2000, 183, admitiendo, tras negar la posibilidad de justificación por ejercicio legítimo de un derecho, la atipicidad de ciertas conductas (cita los «meros cachetes»), atendiendo «a los principios de adecuación social en el ámbito de la imputación objetiva o ya en el ámbito del injusto, de lesividad y de insignificancia».

62 MESTRE DELGADO, Ejercicio legítimo de un derecho, 2001, 49 s., 177.

63 Siguiendo a TAMARIT, GÓMEZ NAVAJAS, en: RUBIO (coord.), Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres, 2004, 99, apelando a «los principios de adecuación social, de lesividad y de insignificancia».

64 DE TORRES PEREA, LL 2008-1, 1676 s., desechando la justificación por ejercicio legítimo de un derecho, pero excluyendo el tipo (en concreto habla del art. 153 CP) en virtud de una interpretación teleológica, de consideraciones de imputación objetiva y de la irrelevancia en virtud de los «principios de adecuación social, lesividad y de insignificancia».

65 Que en alguna medida puede intuirse también en otros autores, incluso en quienes, como MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), Comentarios, 4ª, 2005, 206, no admiten la exigente completa ni incompleta para supuestos de empleo de violencia física *con relevancia típica*, lo que puede dar a entender que hay alguno que no la posee. E incluso SÁENZ DE PIPAÓN Y DEL ROSAL, RDP 28 (2009), quien considera inocua e inoperante a efectos penales la última reforma del art. 154 CC (74 s.) y parece mantener la existencia de un derecho de corrección incluso violenta, utiliza argumentos que apuntan a la exclusión de la tipicidad; así su apelación al principio de intervención mínima (76), su búsqueda de soluciones alternativas al Derecho penal, como la mediación familiar (77), sus reflexiones sobre el objeto de protección de la norma (77 s., si bien aquí podría apuntar más bien o, al menos, también, a la exclusión de la punibilidad), o su mención de la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados (78). Igualmente HURTADO YELO, AJA 788 (2009), 9, mantiene el no castigo de las correcciones violentas sin lesión apelando al derecho de corrección, cuya existencia no dependería del reconocimiento legal expreso (5, 9), pero apoyándose, entre otros (la existencia del propio derecho de corrección, el «más mínimo sentido común»), que «en el acto de corregir a un hijo dándole un cachete o similar no existe una intención de agredir, sino de corregir, de tal forma que existiendo dicha intención, precedida de una situación previa de tensión por un comportamiento provocador o desobediente de un hijo, no se puede hablar de que estemos ante un delito de malos tratos», argumento éste discutible, pues podría extenderse a mayores violencias, que este autor excluye, y no está clara la incompatibilidad de las dos intenciones; poco después habla de falta de intención de lesionar) en argumentos que apuntan a la atipicidad o a la interpretación restrictiva del art. 153 CP (tras explicar la solución de acudir al principio de insignificancia: 8 s.), a saber: principio de intervención mínima del Derecho penal, el que el propinar el azote o cachete «se debe considerar un hecho insignificante» (añade que porque «no hay intención de lesionar»), el que «parece que la expresión 'maltrato de obra' va dirigida más bien a una actuación

matización. En primer lugar, habrá que explicar por qué la conducta es socialmente adecuada o insignificante, cuando existen tipos penales que castigan en España cualquier maltrato sin lesión (la falta de malos tratos y, sobre todo, en el caso de los hijos, el art. 153 CP, que lo hace de modo no leve además). Y, por otra parte, aunque esto no puede ser achacado a los autores citados, da la impresión a veces de que, cuando la conducta es *ya atípica*, ni siquiera hay que entrar en el análisis de la justificación, como si la atipicidad fuera *previa y más* que la justificación, cuando es (al menos en muchos casos) precisamente lo contrario<sup>66</sup>. A ello volveré al proponer mi propia solución.

### V. La propuesta de *lege ferenda* de ROXIN: la introducción de una causa personal de exclusión de la punibilidad

En Alemania, ROXIN llega a la conclusión de que no existe un derecho de corrección que ampare los malos tratos físicos<sup>67</sup>. Para casos especiales, como los citados por HEINRICH, cree que las posibilidades de diversión dan una respuesta adecuada al problema, si bien ello ya podía hacerse igualmente con el Derecho anterior a la reforma<sup>68</sup>. Sin embargo, considera que el sometimiento a un proceso penal y la consiguiente posible condena (pero incluso aunque no la haya) en los casos de familias «normales»,

con relaciones paterno-filiales afectuosas y aporoblemáticas en general, en supuestos en que un niño normalmente educado realiza por entretenerse acciones como disparar a los transeúntes con un peligroso tirachinas o insultar a la madre con palabras procaces y es por ello corregido con un bofetón o un castigo moderado, además de ser la corrección humanamente comprensible, provocan más inconvenientes para la convivencia familiar que ventajas, por suponer una sobrecriminalización de las relaciones familiares<sup>69</sup> (idea que se halla en otros autores cuyas propuestas ya se han explicado y que también orienta la solución que aquí se propone). Por ello, por razones de política familiar (extrapenales), y ante la imposibilidad de resolver satisfactoriamente la cuestión *de lege lata*, propone una solución *de lege ferenda*, consistente en la introducción de una causa personal de exclusión de la punibilidad para los casos de mala conducta del menor en el caso concreto, en que se corrija moderadamente por motivos educativos<sup>70</sup>.

La propuesta de ROXIN, aun orientándose en la dirección adecuada, me parece que puede ser objeto de discusión, en primer lugar porque no resuelve el problema *de lege lata* y se está a expensas del futuro legislador para encontrar una solución (esta crítica es, obviamente, relativa); en segundo lugar, porque creo, como enseguida explicaré, que desde el propio Derecho penal puede excluirse la responsabilidad penal del progenitor (si bien pueden ser tenidos en cuenta,

que revela brutalidad en el comportamiento, tratando de forma despectiva a una persona, utilizando la fuerza. En el caso de los azotes o cachete, estamos ante una actividad de reprensión, correctora dentro de un marco de convivencia, que no puede asimilarse a un maltrato de obra. El Derecho penal, desde sus orígenes, ha considerado que éste debe intervenir sólo ante los hechos más graves que ocurren en la sociedad, y ha sido tradicional hasta nuestros días el que el Derecho penal se inmiscuya lo menos posible en los conflictos familiares, y en este caso ante hechos nimios, en un contexto de corrección, aislados en el tiempo, el Derecho penal no debe de intervenir (*sic*), considerándolos, pues, insignificantes y, por ende, atípicos». Pero véase cómo vuelve a mezclar esa atipicidad por insignificancia con el derecho de corrección cuando en la misma p. 9 concluye: «Aquellos actos que sin causar lesión, y al amparo del derecho de corrección, puedan consistir en hechos tales como un azote, cachete o bofetón, pueden considerarse como atípicos siempre que tengan esa finalidad correctiva, se amparen en situaciones previas de tensión con los menores y sean situaciones aisladas».

66 Probablemente esto late, por ejemplo, en la argumentación de FERNÁNDEZ IBAÑEZ, en: BOLDOVA/RUEDA (coords.), La reforma, 2006, 217, para rechazar el recurso a la atipicidad a través de la adecuación social o el principio de insignificancia.

67 ROXIN, JuS 2004, 178, 179 (=RDPCr 16, 2005, 237, 240); AT I, 4ª, 2006, 809 (v. el significativo título del apartado en p. 803: «Ya no existe la causa de justificación del derecho de corrección»). En este punto, debido a la evolución legislativa alemana, la opinión de ROXIN cambia respecto de AT I, 3ª, 1997, 683 ss. (=Derecho Penal. Parte General I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, traducción de la 2ª ed. alemana -1994- de LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/DE VICENTE REMESAL, las páginas citadas, en concreto, de LUZÓN PEÑA, 1997, 751 ss.), donde se hablaba del «derecho de corrección» y se exponían sus límites, aun considerando «pedagógicamente deseable que se renuncie al castigo corporal como medio de educación familiar» (AT I, 3ª, 1997, 684 =PG I, 1997, 752). En el mismo sentido, PESCHEL-GUTZEIT, Es ist geschafft: Gewalt in der Erziehung is verboten!, en: FPR 2000, 231 s., insistiendo además en la importancia de las medidas de ayuda (v. ya antes Gewalt gegen Frauen und Kinder, en: FPR 2000, 56); HILLENKAMP, JuS 2001, 165; KELLNER, NJW 2001, 797; LILIE, LK, 11ª, 2001 (redacción 15-12-2000), § 223, nm. 10 (44, 45); OTTO, Jura 2001, 671; Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre, 7ª, 2004, 137 (ya antes de la última reforma —y después de la penúltima— del BGB: Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte, 5ª ed., 1998); SALGO, RdJB 2001, 288, 289 s. y *passim*; BUSSMANN, FPR 2002, 289 ss.; BEULKE, Schreiber-Fs, 2003, 36; JOECKS, MK 3, 2003, § 223, nm. 61 (747), 62 ss. (748 s.); Studienkommentar, 6ª, 2005, 19 (404); HORN/WOLTERS, SK II, 7ª, 2003, § 223, nm. 13 (10) s. (11 s.); KARGL, NJ 2003, 57 ss., 63; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER, StGB, 27ª, 2006, § 223, nm. 16 (1907) (con las excepciones ya citadas); TRÖNDLE/FISCHER, StGB, 54ª, 2007, § 223, nm. 18 (1457); FISCHER, StGB, 55ª, 2008, § 223, nm. 18 a (1532).

68 ROXIN, JuS 2004, 179 (=RDPCr 16, 2005, 241); AT I, 4ª, 2006, 809.

69 ROXIN, JuS 2004, 179 s. (=RDPCr 16, 2005, 241); AT I, 4ª, 2006, 809.

70 ROXIN, JuS 2004, 180 (=RDPCr 16, 2005, 241 s.); AT I, 4ª, 2006, 810. Sobre su concepción de las condiciones objetivas de punibilidad y las causas de exclusión de la punibilidad como casos de prioridad de finalidades extrapenales, v. ROXIN, AT I, 4ª, 2006, 1042 ss. (=PG I, 1997, 977 ss.).

sin duda, los motivos extrapenales aducidos); y, por fin, porque con otra solución se evitan algunas dificultades que presenta la exclusión personal de la punibilidad, como la de que no alcanza a eventuales partícipes (teniendo en cuenta además que el partícipe puede ser el otro progenitor, al que no alcanzaría la exclusión personal de la punibilidad, salvo que así se dispusiera legalmente).

## VI. El propio punto de vista: la exclusión de la tipicidad penal

En mi opinión, el problema se puede resolver satisfactoriamente acudiendo a la categoría de las causas de exclusión de la tipicidad penal, tal y como las concibe entre nosotros LUZÓN PEÑA<sup>71</sup>. Este autor distingue, dentro de las causas de atipicidad en sentido estricto (es decir, aquellas que no incluyen las causas de justificación), aquellas que excluyen ya el tipo indiciario de aquellas otras que excluyen la tipicidad o el injusto penal, que son las que aquí nos interesan. En palabras de LUZÓN PEÑA<sup>72</sup>, son supuestos «en que la conducta formalmente encaja en la descripción legal y materialmente sí que afecta de un modo jurídicamente no irrelevante a bienes jurídicos, por lo que en principio parece que concurre el tipo estricto, indiciario de la antijuridicidad, con lo cual tradicionalmente se ha considerado que, si no concurre una causa de justificación, se puede afirmar que es una acción típica y antijurídica ... Sin embargo, recientemente un sector viene sosteniendo con razón que, aunque no llegue a haber causas de justificación, pueden concurrir circunstancias que operen como causas, tácitamente sobreentendidas en el sentido de los tipos penales, de restricción y por tanto de exclusión de la tipicidad penal: porque aunque haya una perturbación o lesión de bienes jurídicos que sea en principio jurídicamente relevante, sin embargo no es lo *suficientemente grave* como para considerarse *jurídicopenalmente relevante*; por tanto la conducta será de algún modo antijurídica, pero no es penalmente típica y antijurídica». De este modo puede hablarse de conductas antijurídicas, no conformes a Derecho, y sólo penalmente atípicas (la atipicidad no es

«más» que la justificación). La diferencia con las causas de justificación es que en las de exclusión de la tipicidad sólo se exime de responsabilidad penal, subsistiendo la antijuridicidad (el carácter prohibido) en otra rama del Derecho, mientras que, si concurre una de las primeras, la conducta es plenamente conforme a Derecho y permitida con carácter general. Por lo demás, las consecuencias<sup>73</sup> en materia de exclusión de la responsabilidad criminal en sentido amplio, participación, error y legítima defensa son idénticas en ambos casos, siendo la principal diferencia que frente a una actuación amparada por una causa de atipicidad penal cabe estado de necesidad defensivo, que no se debe admitir frente a muchas causas de justificación, al menos frente a las que excluyen no sólo el desvalor de acción, sino también el de resultado.

Pues bien, precisamente creo que lo que concurre en los supuestos de corrección violenta razonable y moderada es precisamente una causa de exclusión de la tipicidad. Enseguida veremos cuál y por qué. De este modo la conducta violenta correctora será (civilmente) antijurídica, pero no constituirá delito, con lo que se consigue la que parece ser la política deseable en la materia: se envía el mensaje de que están prohibida legalmente la violencia en la educación y, por lo tanto, debe realizarse una educación sin violencia, pero, a la vez, no se criminalizan en exceso las relaciones familiares.

Previamente debo decir que esta concepción coincide en buena medida con la que sustenta GÜNTHER en Alemania, hablando de causas de exclusión del injusto penal (si bien hay diferencias de cierto calado en las que aquí no podemos detenernos<sup>74</sup>). Pues bien, precisamente respecto del tradicional derecho paterno de corrección, GÜNTHER<sup>75</sup> propone acudir a una de estas causas, consiguiendo también el deseable efecto que se acaba de mencionar. ROXIN, reconociendo que el resultado es bueno, niega validez a la propuesta porque rechaza la construcción de GÜNTHER por falta de fundamento legal, señalando que «cuando alguien realiza el tipo del § 223 mediante un maltrato físico, su punibilidad existente en principio sólo puede ser excluida a través de causas de justificación, de exculpación o

71 Sobre la concepción general de las causas de atipicidad de este autor, v. LUZÓN PEÑA, Causas de atipicidad, en: EJB I, 1995, 983 ss.; Causas de atipicidad y causas de justificación, en: LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (coords.), Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal, 1995, 21 ss.; Curso de Derecho Penal. Parte General I, 1996, 558 ss.; Causas de atipicidad, en: VALDÁGUA (coord.), Problemas fundamentales de Direito Penal, 2002, 111 ss.; Causas de atipicidad, en: LUZÓN PEÑA (dir.), EPB, 2002, 237 ss. En las siguientes citas de este autor me remitiré sólo a la obra que considero más fácilmente accesible, o sea, PG I, si bien las ideas que se mencionan pueden encontrarse en todas las obras citadas.

72 LUZÓN PEÑA, PG I, 1996, 563 (v. también pp. ss.).

73 V. LUZÓN PEÑA, PG I, 1996, 564 s.

74 V. LUZÓN PEÑA, PG I, 1996, 563 s.

75 GÜNTHER, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, 1983, 353 ss., con anterioridad a las últimas reformas del Derecho civil y para supuestos en que la antijuridicidad general no esté ya excluida por las normas constitucionales o civiles; H. Lange-Fs, 1992, 877 ss., 889 ss., especialmente 899 ss.; SK I, 6ª ed., 1998, antes del § 32, nm. 63 (29 s.), también para casos no permitidos por las normas civiles. Siguiéndole, REICHERT-HAMMER, JZ 1988, 618 s., 621, también antes de las últimas reformas civiles, y rechazando el recurso a la adecuación social y al principio de insignificancia (y proponiendo medidas alternativas y de diversión en ciertos casos en que concurra un injusto típico: 621 s.); HORN, SK II, 6ª, 1997, § 223, nm. 13 -8 s.- (también antes de la última reforma).

de exclusión de la punibilidad legalmente establecidas<sup>76</sup>. Si faltan éstas, no puede ser tarea del juez crear causas supraleales adicionales de exclusión del injusto penal. Ello contradiría el principio de determinación legal de la pena<sup>77</sup> (añade ROXIN que, como sabemos, tampoco sirve aquí la invocación del art. 6 II 1 GG). No es éste el lugar para discutir si tiene razón ROXIN frente a la concepción general de GÜNTHER<sup>78</sup>, pero sí para decir que no hay inconveniente en apreciar causas de exclusión de la tipicidad no derivadas directamente de las palabras de la ley, sino de principios generales limitadores del Derecho penal (como el del su carácter fragmentario y de *ultima ratio*), del Derecho consuetudinario, del mismo modo que, en mi opinión, no hay inconvenientes para apreciar causas de justificación por analogía. Cuando se trata de restringir o excluir la responsabilidad penal (por razones materiales convincentes), no sufren las garantías materiales que derivan del principio de legalidad penal. El propio ROXIN admite el principio de insignificancia como causa de atipicidad (sin ese nombre exactamente, pero con ese contenido)<sup>79</sup>, si bien entiende que se trata de supuestos en que no se lesiona el bien jurídico protegido<sup>80</sup>.

Corresponde, pues, justificar mi propuesta señalando qué causa de exclusión de la tipicidad concurre. Cuando se habla de atipicidad (en el sentido más frecuente en la doctrina, que no es idéntico al utilizado aquí), se menciona con frecuencia, también en el caso de la corrección paterna, la adecuación social. No cabe aquí hacer precisiones respecto de esta figura, que puede constituir, cuando se

trata de adecuación social y jurídica, una causa de justificación, mientras que, como podría ser el caso del que aquí hemos partido, si existe, pese a la valoración social de la conducta como correcta, una prohibición por otra rama del Derecho (aquí el Derecho civil), estaríamos ante una causa de exclusión de la tipicidad<sup>81</sup>. En todo caso, aunque pueda ser mayoritaria la contemplación social de esta conducta como adecuada, tampoco es fácil entender que se considere correcta, pues las opiniones están divididas, las más recientes tendencias pedagógicas excluyen toda violencia de la educación, la sensibilidad social empieza a virar en el mismo sentido, etc., por lo que considero preferible no fundamentar la exclusión de la tipicidad penal a través de la adecuación social<sup>82</sup>.

Otra vía menos dificultosa la constituye la apelación a la tolerancia social<sup>83</sup>. Parece que una mayoría de la población, si no totalmente correcta, considera tolerada o tolerable la conducta paterna violenta correctora si se ejerce de modo razonable y moderado. La apelación a esta causa de exclusión de la tipicidad tampoco constituiría el intento de destipificación total de una figura típica, que supondría aceptar una derogación del Derecho penal por una costumbre contraria a la ley, lo que no puede admitirse. Y ello no es así, pues en el art. 153 CP quedarían múltiples supuestos de maltrato de padres a hijos, sin finalidad correctora y sin las características de razonabilidad y moderación que deben caracterizar la corrección para que pueda excluir la tipicidad. Sin embargo, se trata de una causa de exclusión de la tipicidad que no es generalmente aceptada y que, ade-

76 El propio GÜNTHER, H. Lange-Fs, 1992, 901, sugiere para evitar problemas (que realmente no considera existentes) la introducción en el § 223 1 StGB de una causa de exclusión del injusto penal del «privilegio paterno de educación».

77 ROXIN, JuS 2004, 178 (=RDPCr 16, 2005, 237 s.), AT I, 4ª, 2006, 806 s. Contra esta solución también BEULKE, Hanack-Fs, 1999, 544 s.; BUSSMANN, Verbot familiärer Gewalt, 2000, 399 ss.; FPR 2002, 291; HILLENKAMP, JuS 2001, 165; HOYER, FamRZ 2001, 523 s.; LILIE, LK, 11ª, 2001 (redacción 15-12-2000), § 223, nm. 10 (45 s.); NOAK, JR 2002, 403; HORN/WOLTERS, SK II, 7ª, 2003, § 223, nm. 13 (11) (aunque a veces se les cita como favorables a ella: v., por ejemplo, ROXIN, JuS 2004, 178 n. 13 =RDPCr 16, 2005, 237 n. 13; si lo era, como hemos visto, HORN, SK II, 6ª ed., 1997, § 223, nm. 13 -8 s.-); KARGL, NJ 2003, 62 s.

78 La construcción de GÜNTHER puede verse ampliamente en su ya citado libro *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983. La crítica general (no centrada en la corrección paterna) a la construcción de GÜNTHER puede verse en ROXIN, *Die notstandsähnliche Lage — ein Strafunrechtsausschlussgrund?*, en: *Festschrift für Dietrich Oehler*, 1985, 183 ss. (sobre la situación similar al estado de necesidad, en sus diversas manifestaciones); *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschlussgründen*, en: *JuS 1988*, 431; AT I, 4ª, 2006, 600 s., 784 s. (=PG I, 1997, 557, 730 s.).

79 ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., 1973 (=Política criminal y sistema del Derecho penal, traducción de la 1ª ed. alemana -1970- de MUÑOZ CONDE, 1972, 53).

80 ROXIN, AT I, 4ª, 2006, 298 s. (=PG I, 1997, 296 s.), hablando de una «interpretación restrictiva orientada hacia el bien jurídico protegido» en relación con «acciones insignificantes y socialmente toleradas de modo general», considerando demasiado inespecífica la fundamentación en la adecuación social.

81 V. al respecto LUZÓN PEÑA, PG I, 1996, 561 s., 567.

82 REICHERT-HAMMER, JZ 1988, 618, rechaza el recurso a la adecuación social, por el peligro que supone en la perpetuación de las correcciones violentas, su contradicción al nuevo derecho de guarda de las personas, y porque el injusto sobre un hijo no puede depender del porcentaje de padres que peguen a sus hijos (en todo caso, este autor aboga, como sabemos, por la exclusión del injusto penal); KARGL, NJ 2003, 60, también es crítico con la adecuación social, basándose en parte en datos empíricos; FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, en: *BOLDOVA/RUEDA* (coords.), *La reforma*, 2006, 217, rechaza el recurso a la adecuación social porque cree que casa mal con la general desvaloración de determinados maltratos en el ámbito doméstico (pero acepta la justificación de la conducta como ejercicio legítimo de un derecho si se cumplen los requisitos de moderación y proporcionalidad, cuando se considera preponderante el interés educativo frente al levemente atacado de la integridad física).

83 Entendida como lo hace LUZÓN PEÑA, PG I, 1996, 566 s.

más, plantea algunas dificultades de constatación y es variable con el cambio de las concepciones sociales (aunque esto puede afectar a todas las restricciones típicas), por lo que, no rechazándola de plano, prefiero acudir, para fundamentar mi postura, al principio de insignificancia<sup>84</sup>.

Conforme al principio de insignificancia, no serán penalmente típicas conductas que encajen en la literalidad de un tipo penal y que sean susceptibles de alguna desvaloración jurídica (excluyendo así la justificación, la plena conformidad a Derecho), pero cuyo grado de injusto en el caso concreto sea mínimo, insignificante, dado que, como señala LUZÓN PEÑA<sup>85</sup>, «conforme a su carácter fragmentario las conductas penalmente típicas sólo deben estar constituidas por acciones gravemente antijurídicas, no por hechos cuya gravedad sea insignificante». Contra la exclusión de la tipicidad a través de este principio se podría alegar que el CP español considera falta e incluso, en el seno de la familia, delito (del art. 153) conductas violentas leves como los malos tratos de obra, que por lo tanto no pueden ser considerados insignificantes<sup>86</sup>, so pena de producir una derogación inadmisiblemente de tipos aprobados (con mayor o menor acierto) por el legislador. Pero esta argumentación no vale para rechazar lo que aquí se propone. Pues no se trata de derogar todo castigo del maltrato de obra a hijos, sino precisamente sólo de aquellos supuestos en que éste se realiza con una finalidad correctora (menor desvalor

subjetivo de acción) y de un modo razonable y moderado (menor desvalor objetivo de acción). Es más, fijándonos en el art. 153 CP, las razones de considerar tan grave la conducta de menoscabo psíquico o lesión no definidos como delito o el maltrato de obra, en las que aquí no podemos detenernos, seguramente quedarán excluidas en los supuestos de corrección paterna razonable y moderada, en la que ni de modo remoto se ponen además en peligro otros bienes jurídicos. Y, en todo caso, de considerar incluidos los supuestos de corrección moderada y proporcional en el art. 153 CP, se los estaría igualando a otras conductas cuya gravedad parece sin duda mayor y se los sancionaría con una pena que, desde luego, parece desproporcionada<sup>87</sup>.

Esta solución puede coincidir con posibles intentos de interpretación teleológica restrictiva de los concretos tipos penales aparentemente aplicables<sup>88</sup>, si bien la literalidad de éstos (mencionando, por ejemplo, el maltrato de obra, expresión de gran amplitud, que hace difícil excluir las conductas de que aquí nos ocupamos, aunque se podría intentar defender que la violencia mínima y ponderada con finalidad educativa no es un *mal* trato<sup>89</sup>, si bien ello podría contradecir precisamente lo que la nueva redacción del art. 154 CC quiere establecer; me parece mejor aceptar que hay un mal trato, pero que no alcanza relevancia penal) hace, en mi opinión, más difícil esta vía argumentativa. Por lo demás, lo que aquí se propone es limitar el alcance de esos

84 Rechaza la aplicación de este principio (que denomina «principio de bagatela») REICHERT-HAMMER, JZ 1988, 618, por la importancia de las consecuencias psíquicas que para un niño o un joven puede tener un bofetón fuerte, si bien es partidario, como sabemos, de la exclusión del injusto penal.

85 LUZÓN PEÑA, PG I, 1996, 565 (v. también p. s.).

86 Así MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *Violencia doméstica*, 2001, 278 s.; en: MORILLAS CUEVA (coord.), *Violencia doméstica*, 2002, 268 s. (aunque señala que «lamentablemente» algunos hechos bagatela no se pueden excluir de la tipicidad); FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, en: BOLDOVA/RUEDA (coords.), *La reforma*, 2006, 217 (quienes, como sabemos, aceptan en cambio la justificación por el ejercicio legítimo de un derecho cumplidos ciertos requisitos).

87 La desproporción de la pena del art. 153 CP para ciertas conductas se reconoce incluso fuera de la cuestión del tradicionalmente llamado derecho de corrección. Así, por citar solo algunos ejemplos, ASUA BATARRITA, *Los nuevos delitos de «violencia doméstica» tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre*, en: *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones. Cuadernos penales José María Lidón 1* (2004), 227, señala críticamente: «Y contemplaremos el procesamiento de la madre que pierde los nervios y propina un bofetón a su hijo, en el ‘domicilio común’ (!), a la que tendrá que imponerse una pena de prisión como mínimo de 7 meses y medio —que obviamente podrá suspenderse, pero lo que es más grave, a la que acompañará la pena obligatoria de ‘alejamiento’ durante, al menos, 1 año y 7 meses y medio (art. 57 y art. 48 reformados por LO 15/2003). Un despropósito manifiesto»; GARCÍA ARÁN, Art. 153, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial I*, 2004, 120, señala: «Un bofetón o un empujón aislados cometidos sobre determinadas personas (por ejemplo, un hijo menor) pueden ser acreedores de una pena de tres meses a un año de privación de libertad, conclusión que viola el principio de proporcionalidad de las penas y que sólo puede ser evitada si se restringe la aplicación a supuestos en que exista, al menos, peligro para la salud física o mental, puesto que nos encontramos ante un delito de lesiones» (téngase en cuenta que hoy la pena podría ser mayor si el hecho encaja en el art. 153.1 CP, aunque también cabe la rebaja del art. 153.4, si bien a menudo concurrirá la cualificación del nº 3 de ese art., por tener lugar los hechos en el domicilio común); y GONZÁLEZ RUS, en: COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 2ª ed., 2005, 158, dice en referencia al art. 153 CP: «El incremento de gravedad que supuso la reforma de 2003 y que ha consolidado la de 2004, convirtiendo simples faltas en un delito castigado con penas de prisión de hasta un año, por el simple hecho de que el sujeto pasivo de las mismas son unas concretas personas, constituye una violación palmaria del principio de proporcionalidad».

88 Aparte de otras, cabría la de exigir en el tipo del art. 153 CP una situación consciente y voluntaria de dominación; sin embargo, como he apuntado *supra* n.17, no tengo claro que, incluso de propugnarse esa interpretación, tal situación no fuera compatible con conductas objetiva y subjetivamente correctivas.

89 En este sentido, como sabemos, recientemente, HURTADO YELO, AJA 788, 2009, 9, excluyendo del «maltrato» ciertas conductas correctivas violentas mínimas sin lesión.

tipos, pero acudiendo a principios generales. Es más, cabe una solución intermedia que condujera a una interpretación restrictiva del tipo del art. 153 CP, dejando subsistente la falta que corresponda. Pues bien, aunque considero que la apelación al principio de insignificancia alcanza para excluir toda tipicidad penal, también podría sostenerse que al menos alcanza para excluir la tipicidad como delito, si bien no la falta, alcanzando el mismo resultado apuntado<sup>90</sup>.

La apelación para oponerse a mi solución a una afectación de derechos humanos, por lo dispuesto en el art. 19(1) de la Convención sobre los Derechos del Niño me parece insuficiente. En primer lugar porque no cualquier afectación (de cualquier entidad) de derechos humanos tiene por qué constituir una infracción penal. En segundo lugar porque algunos de los términos del citado artículo pueden interpretarse de modo que queden excluidos los casos que nos ocupan: así, «perjuicio» (entendiendo que se produce un beneficio) o «abuso» (entendiendo que no hay tal), si bien es más difícil restringir «malos tratos». Y, en tercer lugar y sobre todo, porque el citado artículo dispone, como hemos visto, que los Estados Parte adopten «todas medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas» para proteger al niño de las conductas recogidas en

él, pero, en ningún caso, exige que se trate de medidas penales, de modo que el legislador español cumpliría con el precepto proscribiendo la violencia educativa o correctiva (como hace la nueva versión del art. 154 CC), sin necesidad de convertir en delito la que se ejerza con los límites conocidos.

Por otra parte, tratándose de la protección de hijos menores, la expansión del Derecho penal que supondría el castigo de cualquier violencia familiar, incluso mínima y orientada a la corrección, aparece como más simpática que en otros sectores, en los que a veces la afectación de bienes jurídicos puede ser mayor, pero en los que se critica (muy a menudo con razón) la tendencia expansiva del Derecho penal. Sin embargo, quiero dejar claro que, por antipático que parezca restringir preceptos legales en principio dirigidos a la protección de los hijos (o del cónyuge, por ejemplo), éstos no escapan a principios generalmente admitidos del limitación del *ius puniendi*. Pero, además, existen las razones varias veces señaladas en el sentido de que una excesiva criminalización de la familia podría acabar redundando en un perjuicio y no en un beneficio para el menor. En todo caso y para que quede claro y no se malinterprete la alusión a la insignificancia de las conduc-

90 Algunos argumentos sistemáticos (con trasfondo valorativo) no me parecen concluyentes en uno u otro sentido. Así, por ejemplo (y al margen de lo que se piense de los tipos penales que se citan), podría pensarse que un CP que, como el nuestro, castiga como delito el maltrato con ensañamiento e injustificado de animales domésticos (art. 337) y como falta el abandono de animales domésticos (art. 631.2), no puede excluir de su ámbito ninguna clase de violencia sobre personas, especialmente menores. Sin embargo tal conclusión sería precipitada por diferentes motivos. Entre ellos puede mencionarse que en los dos supuestos señalados se exige que se cause la muerte o lesiones que produzcan un grave menoscabo físico (art. 337) o un posible peligro para la vida o la integridad (art. 631.2) del animal, haciéndose hincapié en el delito en que nos hallemos ante un maltrato con ensañamiento (y entendiéndose que, aun así, cabe la justificación). Se hace por tanto hincapié en la gravedad del resultado y, en definitiva, parece que en la crueldad que implican las conductas descritas. En los supuestos que analizamos en el presente trabajo pueden verse afectados bienes jurídicos de mayor relevancia en cuanto que se trata de personas, pero la crueldad y los graves resultados están excluidos por definición de la corrección moderada y razonable con fines educativos, por lo que la comparación se hace difícil (y, repito, ello al margen de que se comparta o no el criterio legislativo de criminalizar las conductas relativas a animales domésticos vistas). Otro argumento sistemático que podría utilizarse (así lo hace recientemente SÁENZ DE PIPAÓN Y DEL ROSAL, RDP 28, 2009, 77 s.) es la apelación a la exención de responsabilidad penal por ciertos delitos patrimoniales, si no concurre violencia o intimidación, entre determinados parientes (art. 268 CP). Por un lado, podría decirse que algunos de los hechos para los que se establece la exención son más graves (así lo demostrarían las penas con que se conminan) que los que analizamos en relación con la corrección paterna, por lo que, si para ellos se exime de responsabilidad penal, con más razón habría que hacerlo en los casos de corrección violenta, en que también razones de política familiar podrían desaconsejar la punición. Sin embargo, en sentido contrario puede aducirse precisamente que, cuando la ley quiere excluir la punibilidad por razones de índole familiar, lo hace expresamente (y, en ese sentido, si se estima que la naturaleza de las dos exenciones es similar o igual, habría que pedir, como ROXIN, la inclusión *de lege ferenda* de una causa de exclusión de la punibilidad para los casos de corrección). Y, por otra parte, el art. 268 CP excluye precisamente de su ámbito los supuestos en que se utilice violencia o intimidación, siendo precisamente los actos violentos (aunque mínimamente) de corrección aquellos cuya inclusión o exclusión de la responsabilidad penal estudiamos. Por otra parte, aunque no ha llegado a materializarse, parece que ha estado alguna vez en mente del Gobierno (y su mayoría parlamentaria) el suprimir la exención del actual art. 268 CP, a juzgar por la propuesta de sustitución de la citada exención por la mera exclusión de la perseguibilidad de oficio de esos hechos contenida en el Proyecto de reforma del CP de 15 de enero de 2007 (cuya Exposición de Motivos considera suficiente la restricción de la perseguibilidad para el respeto de las finalidades de política familiar que subyacen al precepto), decaído con el fin de la anterior legislatura, si bien es cierto que los textos prelegislativos posteriores (el último el Proyecto de reforma del CP de 27 de noviembre de 2009) parecen haber olvidado esa pretensión reformista. Pero es que, en todo caso, aunque en ambos supuestos estén implicadas razones de política familiar, en el caso de la corrección no son las únicas que operan, por lo que la naturaleza no debería ser la de la exclusión de la punibilidad, sino que se observan elementos que implican una menor gravedad de los hechos que debe conducir, según lo aquí sostenido, a la exclusión de la tipicidad penal (o, como mínimo, a la de la tipicidad delictiva, si se considera que debe subsistir su carácter de falta, cosa que aquí no se comparte).

tas estudiadas: no se dice que éstas sean insignificantes en general; es más, sostengo que están prohibidas. Lo que definiendo es que no son lo suficientemente significativas para constituir infracción penal, no alcanzan la gravedad que este orden requiere. Algo que, por cierto y como hemos visto, comparten también autores opuestos a la justificación por ejercicio legítimo de un derecho. Y, desde luego, como muchos otros, pero éste especialmente, el tema y su contemplación jurídico-penal no están cerrados para el futuro y es posible que la sensibilización social llegue a ser tan grande (entre otras cosas, mediante medidas como declarar prohibida en todo caso la violencia educativa, como aquí se sostiene) que se considere de alta dañiosidad social cualquier violencia educativa, por mínima que sea, en cuyo caso se modificaría la solución aquí propuesta (se trataría de una conducta más grave para la convivencia social según los parámetros del momento). Pero, hoy por hoy, ello no es así. Pero, en todo caso, aunque la importancia de la conducta llegara a contemplarse como mayor, parece que la pena del actual art. 153 CP seguiría resultando desproporcionada, por ejemplo, para un mero maltrato de obra, por lo que podría recurrirse al razonamiento aquí sostenido para defender la exclusiva aplicación de una falta, o, como mínimo, recurrir siempre a la posibilidad de atenuación del art. 153.4, o bien habría que aclarar el tema mediante una modificación legal.

Todavía una precisión más: si se admite la posibilidad aquí sólo apuntada (y dejada de lado) de que, en los supuestos de corrección violenta que cumplan los requisitos tradicionalmente impuestos al derecho de corrección, si bien no concurre la eximente completa de ejercicio legítimo de un derecho (causa de justificación), sí cabe la apreciación de una eximente incompleta, por concurrir la necesidad abstracta de corregir, resultando inadecuado el medio corrector, dada la disminución del injusto de la conducta, quizá resulte también posible, según los casos, considerar insignificante el injusto restante, o completar la exclusión de la tipicidad penal a través de la tolerancia social.

## VIII. Conclusión

En conclusión, opino que, tras la reforma del Código Civil por la Ley de Adopción Internacional, resulta difícil (como sucede en otros países) justificar, o sea, declarar conformes a Derecho, ciertas conductas con encaje en la literalidad de los tipos penales, bajo el manto del ejercicio legítimo de un derecho de corrección razonable y moderada<sup>91</sup>. Sin embargo, entiendo que es posible excluir de la tipicidad penal estos supuestos. Con ello, se llega a una solución adecuada, en tanto se declara el carácter prohibido de la corrección violenta, aunque sea razonable y moderada, y, con ello, se preconiza una educación sin violencia, pero a la vez no se criminalizan en exceso las relaciones familiares en supuestos en que éstas se pueden calificar de normales e incluso de excelentes, en que la intervención del Derecho penal podría ser contraproducente e incluso perjudicial para el propio menor.

Obviamente, en este trabajo no se han abordado todos los temas tratados tradicionalmente al hilo del derecho paterno de corrección, pues se pretendía sólo comprobar si éste sigue existiendo y, de no ser así, cuál debe ser la respuesta penal en esos casos. Y tampoco se han cuestionado (aunque de ello se podría debatir) la decisión legislativa de modificación del CC ni las recientes corrientes pedagógicas que a ella parecen subyacer. En todo caso y partiendo de lo deseable de una educación sin violencia, dejo a modo de reflexión final la de si las correcciones violentas moderadas suponen para la educación de los hijos algo más grave que el tan frecuente «aparcamiento» de éstos frente al televisor durante horas para que no den lata, o una educación ultrapermisiva en que el menor no conoce límites a sus deseos de actuación y de posesión de bienes materiales, con la desaparición de un mínimo principio de autoridad y una filosofía que resalte la necesidad del esfuerzo para educarse.

91 Las conductas violentas, por lo tanto, están prohibidas. Las consecuencias jurídicas de la prohibición (civil) de esas conductas no pueden ser analizadas aquí (respecto de las posibilidades en el Derecho civil, v. DE TORRES PEREA, LL 2008-1, 1675 s. —autor que, dejando claro que no existe derecho de corrección, excluye de la tipicidad penal ciertas conductas violentas, como sabemos, pero que, además, en las pp. citadas y en otros pasajes —1676, 1677— parece excluir del ilícito civil ciertas «técnicas coercitivas»). En todo caso y como mínimo, las nuevas normas civiles tendrán al menos un sentido programático con orientación a la desaparición de toda violencia en la educación. SÁENZ DE PIPAÓN Y DEL ROSAL, RDP 28 (2009), 74 ss., quien considera inoperante e inocua a efectos penales la última reforma del art. 154 CC, aclara que ello no significa «aprobar los castigos violentos y desproporcionados, ni abogar por impunidad de la brutalidad», sino buscar la solución, «al menos para los supuestos relevantes y contradictorios con los principios a que debe responder» el Derecho penal, fuera del Derecho penal, citando como ejemplo las posibilidades de la mediación familiar (77).