

¿QUEDA ALGO DEL DERECHO DE CORRECCIÓN DE LOS PADRES A LOS HIJOS EN EL ÁMBITO PENAL?*

MIGUEL ÁNGEL BOLDOVA PASAMAR

Profesor titular de Derecho Penal. Universidad de Zaragoza

Resumen: la legislación civil española ha dejado de hacer referencia a la facultad de corrección moderada y razonable de los padres a los hijos. Esto plantea el problema de si las actuaciones de los padres sobre los hijos que tengan un sentido educativo, pero que sean formalmente subsumibles en una figura delictiva del Código penal, habrán de ser castigadas penalmente en todos los casos o no.

Palabras clave: maltrato infantil, castigo razonable, castigo físico, corrección educativa, corrección lícita.

Summary: Spanish civil law does not mention anymore the possibility of moderate and reasonable parental correction. This raises the question of whether the parents' actions on their children with educational aim, but which are formally included in a penal Code as an offense, shall be criminally punished in all cases or not.

Key words: child abuse, reasonable punishment, corporal punishment, educational correction, lawful correction.

* Este trabajo se publica asimismo en el libro-homenaje al Prof. Juan Bustos Ramírez.

I. Introducción.

El derecho o facultad de corrección de los padres a los hijos¹ reconocido desde antiguo en el Derecho Civil ha sido tradicionalmente considerado en el ámbito penal una causa de justificación (subsumible dentro la eximente del ejercicio legítimo de un derecho del art. 20.7.º Cp)², en virtud de la cual quedaban exentos de responsabilidad criminal los padres por los actos que en principio podrían constituir delito o falta (y, por lo tanto, comportamientos típicos, como lesiones, maltrato, detenciones, coacciones, amenazas, etc.) si dichos hechos se realizaban con un fin correccional o educativo, la conducta era necesaria y proporcionada para cumplir con ese fin, y no se producían extralimitaciones o excesos en su ejercicio. De este modo la actuación típica de los padres, más allá de no ser punible ni culpable, era considerada lícita, y por consiguiente, conforme con el ordenamiento jurídico.

¹ Sobre la naturaleza de derecho o de deber del acto de corrección, v. FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *El derecho de corrección*, en «La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género» (Boldova/Rueda coords.), Atelier, Barcelona, 2006, pp. 207 s.

² Aunque admitiendo una evolución cada vez más restrictiva en torno a este derecho, en España la mayoría de la doctrina penal se ha manifestado en este sentido; así, por ejemplo: CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General II*, 6.ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, pp. 309 ss.; BUSTOS/HORMAZÁBAL, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Ed. Trotta, Madrid, 2006, p. 289; MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, 8.ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2008, pp. 492 ss.; CUELLO CONTRERAS, *Derecho Penal Español, Parte General*, 3.ª ed., Dykinson, Madrid, 2002, pp. 905 s.; MORALES PRATS, *Comentarios al Código penal*, Tomo I, Quintero Olivares (dir.), 5.ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 261 s.; QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho Penal*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 479 s. De manera más específica v. CERVELLÓ DONDERIS, *El delito de malos tratos: su delimitación con el derecho de corrección*, Poder Judicial, n.º 33, 1994, pp. 58 ss.; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La intervención del Derecho Penal en los castigos a los hijos: un análisis comparado*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 01-07, 1999 (disponible en Internet: http://criminolnet.ugr.es/recpc/recpc_01-07.html); la misma, *La violencia habitual en el ámbito doméstico y la causa de justificación de obrar en el ejercicio legítimo de un derecho*, en «Estudios penales sobre violencia doméstica», (Lorenzo Morillas Cueva coord.), Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2002, pp. 265 ss.; OLMEDO CARDENETE, *Comentarios al Código Penal, Tomo II*, (Cobo del Rosal dir.), Edersa, Madrid, 1999, pp. 610 ss.; el mismo, *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, Atelier, Barcelona, 2001, pp. 126 y ss. De esta opinión se apartaban Muñoz Conde y García Arán, al estimar que ningún tipo de delito (ya fueran violencias, detenciones o gestos ofensivos) puede quedar justificado por el derecho de corrección como tal derecho. Por tanto, en ningún caso, salvo en los supuestos de legítima defensa, se reconocía como corrección amparable en un derecho la violencia ejercida sobre los hijos; v. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, 7.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 338; igualmente ACALE SÁNCHEZ, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tirant, Valencia, 2000, p. 182. Al margen de la doctrina española, pero en el mismo sentido, ZAFFARONI, *Derecho Penal, Parte General*, 2.ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 637.

Sin embargo, desde el 29 de diciembre de 2007 ha dejado de hacerse referencia en el Código civil a ese derecho o facultad de corrección (contenido hasta entonces en el art. 154 Cc), no obstante lo cual se mantiene su correlato, que no es otro que el deber de obediencia y respeto de los hijos a los padres (art. 155.1.º Cc). Aún con ello, a la vista de la mencionada reforma se pone en entredicho la existencia y vigencia de aquel tradicional derecho en el ámbito penal. De ahí que podamos preguntarnos: ¿Significa esto que ya no es posible pegar, encerrar, amenazar o coaccionar a los hijos en el ejercicio del derecho de corrección sin esperar consecuencias penales?

La transformación durante las últimas décadas de las concepciones ético-sociales en materia de relaciones familiares, los avances de la Pedagogía y la Psicología, así como la evolución de la respuesta jurídica frente al maltrato en el ámbito doméstico y la estricta salvaguarda de los derechos fundamentales de los menores han afectado directamente a la cuestión de la vigencia o no de un derecho de corrección en el que amparar actuaciones de los padres hacia los hijos susceptibles de constituir un hecho típico del Código penal. Es necesario, por tanto, despejar las dudas que surgen respecto a la cabida en el Derecho Penal actual de una causa de justificación basada en el ejercicio del derecho de corrección de los padres a los hijos.

II. Evolución civil y penal en la materia.

El **Código civil** se modificó en sucesivas ocasiones por lo que respecta al reconocimiento de un derecho de corrección de los padres a los hijos.

Originariamente el art. 155 del Cc reconocía al padre, y en su defecto a la madre, respecto de sus hijos no emancipados «*la facultad de corregirlos y castigarlos moderadamente*»³. Es decir, a la facultad de corrección se añadía la facultad de castigo, aun cuando ambas facultades debían ejercerse moderadamente. Esta redacción estuvo vigente hasta la Ley 11/1981, de 13 de mayo. A partir de la entrada en vigor de esta ley (09-06-1981), la nueva redacción dada al art. 154 del Cc albergaba respecto a los padres el reconocimiento de la facultad de corrección, pero ya no la de castigo de los hijos no eman-

³ El art. 156 Cc contemplaba también la posibilidad de impetración del auxilio de la autoridad judicial para imponer a los hijos hasta un mes de detención en establecimiento correccional destinado al efecto, bastando la orden del padre o madre con el Vº Bº del Juez, para que la detención se realizara.

cipados⁴. En el último inciso del citado precepto se indicaba: «*Los padres podrán en el ejercicio de su potestad (...) corregir razonable y moderadamente a los hijos*». En la práctica y para el Derecho Penal al menos la facultad de castigo quedo subsumida en la de corrección, pues a ella se remitían tanto la doctrina como la jurisprudencia para amparar o justificar castigos físicos de naturaleza educativa siempre que fueran moderados y razonables. Sin embargo, desde la Ley 54/2007, de 28 de diciembre (Ley de Adopción Internacional, a través de su Disposición Final Primera), se suprimió del Código civil toda referencia a la facultad de corrección, y en su lugar el art. 154 del Cc establece que «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*». Ni que decir tiene que igual suerte corrió la facultad de corrección de los tutores a los pupilos en el art. 268 del Código civil, en el que no sólo quedó suprimida dicha facultad, sino que también se eliminó el deber de respeto y obediencia al tutor por parte de los sujetos a tutela (aspecto que queda a resguardo para los hijos respecto de sus padres en el art. 155.1.º Cc). En su lugar en el art. 268 del Cc se establece ahora que «*los tutores ejercerán su cargo de acuerdo con la personalidad de sus pupilos, respetando su integridad física y psicológica*». Tales reformas no son más que reflejo y aplicación del principio del interés superior del menor, que ponen de manifiesto una modificación sustancial de las facultades inherentes a la autoridad paterna (y, consecuentemente, también a las del tutor) al modo en que se han venido entendiendo tradicionalmente⁵.

Por su parte, el **Código penal** ha seguido una evolución paralela y, por tanto del mismo signo, aunque de forma completamente independiente a la llevada a cabo por el Código civil, centrándose en particular en las infracciones penales constitutivas de lesiones y malos tratos. Durante más de una centuria los Códigos penales españoles (con la excepción del CP de 1848) contemplaban una cláusula de favor respecto del sujeto activo «padre»⁶ en los supuestos de lesiones

⁴ El concepto de corrección se ha distinguido del de castigo con base en que la función educativa de la corrección no concurre en el castigo, lo que en su momento sirvió para suprimir dicho término del articulado civil en un intento de suavizar la redacción anterior; v. en este sentido, CERVELLÓ DONDERIS, *op. cit.*, p. 59; MAYORDOMO RODRIGO, *Aspectos criminológicos y jurídicos de los malos tratos en el ámbito familiar*, Servicio Editorial UPV, 2003, p. 122.

⁵ V. en términos más drásticos, en lo que se refiere a entender estas modificaciones como una pérdida continuada e inexorable de la autoridad paterna, SERRANO RUIZ-CALDERÓN, *Notas urgentes sobre la abolición del ius corrigendi*, en Libro homenaje al prof. Manuel Cuadrado Iglesias (Francisco Javier Gómez Gállico), Tomo I, Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 804 ss.

⁶ Además, por tanto, se trataba de una referencia de carácter sexista, puesto que

producidas a sus hijos por un exceso en el ejercicio de la facultad de corrección: bien como circunstancia eximente de la responsabilidad [así CP 1822 (art. 658, en el que se reconocía la facultad de corrección como eximente de las lesiones que no dejaran lisiado al hijo⁷)], bien con efecto atenuante sobre la responsabilidad [así CP 1870 (art. 431. 4.º), CP 1932 (art. 423.4.º) y CP 1944 (art. 420.4.º)]. Dicho efecto atenuante se traducía en que no se les aplicaba a los sujetos activos del delito la cualificación prevista en la penalidad de las lesiones graves cuando los sujetos pasivos del delito fueran los ascendientes, descendientes o cónyuges⁸. Este criterio también se mantuvo durante la vigencia del CP 1928 (art. 535), aunque este Código añadía expresamente entre los sujetos activos a la madre y a los abuelos, y entre los pasivos a los nietos [al igual que el CP 1822 (que hablaba de padres y abuelos e hijos y nietos)]. A su vez, el art. 762 del CP de 1928 regulaba un supuesto específico de delitos contra la salud de los menores, en el que se castigaba con una penalidad atenuada (dos meses y un día a un año de prisión y multa de 1.000 a 5.000 pesetas) a los ascen-

originariamente sólo a él se le atribuía la patria potestad de manera directa, algo que corresponde con el origen etimológico de la expresión que se remonta al Derecho Romano. Como manifestación de esta concepción de la patria potestad el Código civil preceptuaba originariamente que «el padre, y en su defecto la madre, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados», redacción que se mantuvo hasta la Ley 11/1981, de 13 de mayo.

⁷ El CP de 1822 establecía en su art. 625 que los padres o abuelos que, excediéndose en el derecho de corregir a sus hijos o nietos cuando cometan alguna falta, «manten a alguno de ellos en el arrebato del enojo, serán considerados siempre y castigados como culpables de homicidio involuntario cometido por ligereza».

⁸ En opinión de Viada, cuando las lesiones graves que se causaren al hijo por el padre, o en su defecto la madre, provengan de haberse excedido en su corrección, deberán castigarse sin la agravación determinada por razón de parentesco, antes bien con la atenuación prevista en la circunstancia mixta común de parentesco; v. VIADA Y VILASECA, *Código penal reformado de 1870 concordado y comentado*, Tomo III, 4.ª ed., Madrid, 1890, p. 85. Por su parte, Groizard aplaudía la previsión legal de que la pena extraordinaria no alcanzara al padre que se excedía en su corrección a los hijos causándoles lesiones, pues la razón era evidente: «el padre al corregir a su hijo no obra con el repugnante dolo que entraña el acto del que ofende y hiere a una persona con él ligada por el estrecho vínculo del parentesco. Su acto, en sí bárbaro y censurable, reconoce, sin embargo, un móvil noble: el deseo de corregir a su hijo. Bueno es, y es ya mucho, que se le haga responsable del mal que cause produciendo en su hijo una lesión grave, pero sería injusto aumentar ese mal revistiéndole de una agravación extraordinaria por una causa o motivo que más que aumentar el delito, lo disminuye»; v. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, Tomo IV, Salamanca, 1891, p. 555. En semejante sentido, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo IV, 3.ª ed. Losada, Buenos Aires, 1976, p. 574, quien haciendo referencia a la opinión de Antón Oneca, señalaba que el hecho de que esta salvedad se consigne en las lesiones graves y no en las menos graves, se explica porque en éstas no se ha previsto la agravante de parentesco y en tal caso tampoco hacía falta la especial mención a la atenuante compensatoria.

dientes y tutores que, abusando del derecho de corregir y castigar moderadamente a los menores que estuvieran bajo su patria potestad o guarda, les maltrataran de modo grave que hiciere peligrar su salud (art. 762).

El siguiente paso en la evolución de la significación penal de los castigos corporales a los descendientes fue la supresión de esa cláusula de favor en los delitos de lesiones en la reforma efectuada en el Código penal, en su versión del Texto Refundido de 1973, por la L.O. 8/1983, de 25 de junio, en la que también se tipificó como falta agravada el maltrato (de palabra o de obra) al cónyuge o a los hijos menores (art. 583.2.º). Es decir, se invirtieron los efectos sobre las penas en consideración a la relación parental, pues se pasó de un trato de privilegio (pena sin agravantes o con tendencia atenuante) a una penalidad agravada al menos a nivel de la tipicidad del comportamiento, tendencia que se consolida y aumenta con el paso del tiempo. Con posterioridad, en el art. 425 de dicho cuerpo legal se tipificó como delito la violencia doméstica habitual y con cualquier fin, incluyendo por tanto también el fin correccional, reforma que llevó a cabo la L.O. 3/1989, de 21 de junio. En esta misma reforma se elevó también la pena de la falta de maltrato en el ámbito de la familia (art. 583, pfo. 2). Con arreglo a ello, el derecho de corrección podía seguir invocándose para justificar las faltas de lesiones y de malos tratos, pero era imposible justificar los delitos habituales contra la integridad corporal o la salud⁹. Asimismo resultaba muy arduo justificar estos mismos delitos producidos con carácter ocasional, pues, como recordaba RODRÍGUEZ DEVESA, este derecho no puede ejercitarse nunca inmoderadamente y no puede por menos de verse una falta de moderación en el hecho de que, a consecuencia de la corrección, la víctima padezca una lesión o mutilación¹⁰. Dicha conclusión era igualmente válida a la vista de la nueva redacción de los delitos de lesiones a consecuencia de la precitada reforma de 1989, cuyo tipo básico, según el art. 420 Cp., exigía a partir de entonces para delimitarlos de las faltas de lesiones que el menoscabo a la integridad corporal o a la salud física o mental requiriera para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico.

⁹ Excepcionalmente, considerando aplicable el derecho de corrección a las violencia domésticas habituales, GUALLART DE VIALA, *La nueva protección penal de la integridad corporal*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, p. 112; ARROYO DE LAS HERAS/MUÑOZ CUESTA, *Delito de lesiones*, Aranzadi, Pamplona, 1993, pp. 143 s.

¹⁰ RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 16.ª ed., Dykinson, Madrid, 1993, p. 163.

El Código penal de 1995 se limitó a contemplar de nuevo el delito de violencia doméstica habitual (art. 153) y la falta agravada de maltrato en el ámbito familiar (art. 617.2, pfo. 2), aunque no mantuvo la cualificación por razón de parentesco en los delitos de lesiones¹¹, habida cuenta de la existencia de la circunstancia mixta de parentesco del art. 23, que por sí sola podría dar ya lugar a una agravación de la pena. La modificación más significativa en esta materia se produjo con la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, a partir de la cual todo maltrato de obra, aun sin causar lesión, de los padres a los hijos (aunque en general en todo el ámbito de la familia) deja de ser considerado una falta y pasa a estimarse como delito —en el nuevo art. 153, mientras el maltrato habitual se incorpora al art. 173.2—, lo cual influye desde luego en el carácter moderado y razonable de la corrección de carácter físico en un sentido claramente negativo. A esta reforma se añade también la de la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, que aumenta las penas de alejamiento y, en concreto, la de prohibición de aproximación a la víctima en las hipótesis —entre otras— de maltrato, convirtiendo a esta última pena en obligatoria por un tiempo mínimo superior a seis meses (si la pena principal es de trabajos en beneficio de la comunidad) o por encima de un año (si la pena principal es la prisión)¹².

Como consecuencia de las referidas reformas penales, actualmente la penalidad del maltrato doméstico ocasional incluye: la prisión o los trabajos en beneficio de la comunidad, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, la prohibición de aproximación a la víctima, así como la posible privación de la patria potestad, con lo que ello implica de ruptura obligada de la convivencia familiar para los casos de los que nos ocupamos¹³. El colofón a las modificaciones legales en materia de violencia doméstica lo pone la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, al establecer una agravación adicional al maltrato por razones de género (cuando el sujeto pasivo del delito es la mujer y el agresor su pareja o expareja masculina), que también incluye alternativamente como sujeto pasivo cualificado a cualquier «persona especialmente vulnerable que conviva con el autor», apar-

¹¹ Se recoge, en cambio, como circunstancia agravante en las lesiones la de que, atendiendo al resultado causado o riesgo producido, la víctima sea menor de doce años o incapaz (art. 148.3.º).

¹² V. más detalladamente *infra*.

¹³ Al margen de otras penas accesorias que pudieran corresponder. Sobre la penalidad del maltrato véase con carácter general RUEDA MARTÍN, *Modernas tendencias punitivas y preventivas en el ámbito de la violencia doméstica y violencia de género*, en «La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género» (Boldova/Rueda coords.), Atelier, Barcelona, 2006, pp. 283 ss.

tado en el que sería posible considerar abarcados en determinadas circunstancias a los menores (con independencia de la condición sexual de los sujetos activo y pasivo), particularmente cuando sean de corta edad. Además, esta última reforma eleva también de falta a delito tanto las amenazas leves como las coacciones leves a la pareja o expareja femenina o a la persona especialmente vulnerable que conviva con el autor (en los art. 171.4 y 172.2 respectivamente), así como también las amenazas leves con armas u otros objetos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, inclusivo de todo el ámbito familiar, análogo o similar (en el art. 171.5)¹⁴.

Como puede observarse estas últimas modificaciones han influido en el ámbito de las tipificaciones, y no en el de las causas de justificación, puesto que en este apartado el Derecho Penal está vinculado generalmente a lo que se disponga en otros sectores del ordenamiento jurídico. En consecuencia, la eliminación de la mención al derecho de corrección del ámbito civil, que en su lugar ha establecido la obligatoriedad de los padres de respetar la integridad física y psicológica de sus hijos, unido a la consideración como infracción especialmente agravada o cualificada (ya no como falta, sino como delito) de cualquier tipo de maltrato —por leve que sea y aunque no cause lesión— en el seno de la familia, hace que resulte completamente infundado invocar una causa de justificación basada en el derecho de corrección en el caso del maltrato y de las lesiones leves —no digamos otras más graves— de los padres a los hijos. En suma, el respeto debido a la integridad física y psicológica de los hijos exigido por el Código civil es incompatible con el empleo de violencia hacia los mismos, incluso aunque dicha violencia tenga una finalidad correctora. Por lo tanto, no puede estimarse autorizado por el ordenamiento jurídico, sino todo lo contrario. Sin embargo, como el ámbito tradicional del derecho de corrección se ha centrado en el reducido campo de las lesiones y los malos tratos de obra, se olvida a veces su relevancia para otro grupo de hechos de distinta naturaleza definidos como conductas típicas por la ley, respecto a las cuales es ajena la idea del menoscabo a la integridad corporal o psíquica, orientándose hacia otros bienes jurídicos, como la libertad, la intimidad o el honor.

¹⁴ Dicho ámbito comprende los siguientes sujetos: cónyuge o persona ligada al autor por análoga relación de afectividad, descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, menores o incapaces que convivan con el autor o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de la convivencia familiar del autor, así como personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

Pues bien, la derogación del derecho de corrección en las lesiones y los malos tratos (incluyendo aquí las figuras de delito contra la integridad moral) no tendría por qué implicar su derogación en las amenazas o en las detenciones, por ejemplo. En definitiva, en relación con las faltas y delitos que no implican la utilización de la violencia la cuestión queda aún abierta y pendiente de estimar como definitivamente derogado o todavía subsistente un derecho de corrección de carácter jurídico aplicable al ámbito de la justificación de tales infracciones penales.

Pues bien, a pesar de la supresión expresa, total y sin matices de la referencia civilista al derecho de corrección, la conclusión de una derogación definitiva del mismo para el ámbito del Derecho Penal (y aún del Derecho en general) dista de ser evidente. En primer lugar, una cosa es que el Código Civil haya suprimido esta referencia y otra bien distinta es interpretar que la ley prohíba ahora que los padres corrijan a sus hijos moderada y razonablemente. Lo único cierto es que no es factible como hasta ahora invocar directamente el derecho de corrección con base en el Código civil, porque éste ha dejado de reconocerlo explícitamente, pero nada más cabe deducir a este respecto y menos aún que lo haya prohibido con carácter absoluto y general. Es más, podría interpretarse que la prohibición absoluta se reduce exclusivamente a las violencias, esto es, que la ley sólo ha dejado de considerar corrección moderada y razonable, y por tanto, lícita, aquella corrección que no respete y se valga de la integridad física y psicológica de los hijos. En segundo lugar, esta falta de mención o reconocimiento no supone necesariamente su negación o derogación, sobre todo ante la evidencia de que a los hijos hay que educarlos y para eso en ocasiones corregir sus defectos de conducta en aras de una formación integral. Dicha corrección en muchos casos carecerá de todo significado penal (en el sentido de hecho típico), pero si en alguna ocasión pudiera realizar alguno de los tipos del Código penal ello no determinaría automáticamente el carácter antijurídico de la conducta. Sobre todo si, por un lado, el derecho de corrección cabe entenderlo comprendido implícitamente en el deber/facultad de los padres de educar a sus hijos y de procurarles una formación integral (art. 154 Cc), si bien sea como *ultima ratio* de semejante potestad, o, por otro lado, ese derecho puede entenderse aplicable con base en la costumbre (fuente que tradicionalmente se ha invocado para este ámbito de la corrección¹⁵). Para esto último, sin embargo, sería pre-

¹⁵ Así, por ejemplo, GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código penal, Parte Especial I*, (Díez Ripollés/Gracia Martín coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 475; FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.*, p. 212; CERVELLÓ DONDERIS, *op. cit.*, p. 60; MAYORDOMO RODRIGO, *op. cit.*, pp. 122 y 126. En Alemania se destacaba el reconocimiento de la cos-

ciso que la costumbre no fuera *contra legem*, y ciertamente lo sería aquella costumbre que implicara el ejercicio del castigo físico y psicológico, porque esto es precisamente lo que prohíben al unísono la ley penal y la ley civil. Sin embargo, no tendrían que entenderse necesariamente como contrarios a la legalidad otros usos o costumbres no violentos aplicados en la corrección de los hijos, si en una ponderación de intereses primara el interés educativo sobre los derechos del menor afectados con la conducta correctora.

A estos efectos tampoco hay que olvidar que existen en España diversos Derechos forales que regulan de forma independiente algunos aspectos civiles, y en particular los hay que se ocupan de las relaciones paterno-filiales. Es el caso de Navarra, Cataluña y Aragón. En Navarra, la Ley 1/1973, de 1 de marzo, comprende en la ley 63 entre las facultades de los padres con respecto a los hijos la de corregirlos razonable y moderadamente. La Ley 9/1998, de 15 de julio, de Cataluña señala 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. Finalmente, la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Aragón incluye en el art. 62.1 d) entre los derechos y deberes de los padres, el de corregirlos de forma proporcionada, razonable y moderada, con pleno respeto a su dignidad y sin imponerles nunca sanciones humillantes, ni que atenten contra sus derechos.

¿Permite esto admitir que es posible que una bofetada dada por un padre a su hijo pueda estar justificada o por el contrario castigada, incluso con la ruptura de la convivencia familiar, según se produzca en una u otra Comunidad Autónoma? La respuesta tiene que ser negativa si se atiende al ordenamiento jurídico en su conjunto, incluso sería negativa atendiendo a una interpretación estricta de los Derechos forales catalán y aragonés, que exigen en todo caso el pleno respeto a la dignidad de los menores y sin imponerles nunca sanciones humillantes, ni que atenten contra sus derechos. Pero igualmente en Navarra rigen con el mismo sentido y alcance que en el resto de España los derechos fundamentales de los menores reconocidos tanto en la Constitución como en los Tratados Internacionales, sin que

tumbre como fuente del derecho de corrección de los educadores y maestros, aun cuando actualmente tal derecho se consideraba derogado por lo que respecta a los castigos físicos, a la vista de la supresión legal de la autorización a la corrección corporal y de la evolución de la conciencia social; v. LILIE, *Leipziger Kommentar*, 2001, Walter de Gruyter, p. 44; ESER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27.^a ed., C.H. Beck, München, 2006, pp. 1907 s., núms. margs. 17 y 24.

ello pueda representar merma o perjuicio alguno para los derechos forales de sus progenitores. Pues, al fin y al cabo, también en esos territorios la ley dice lo mismo que decía antes, esto es, que los padres no pueden atentar contra la integridad física, psicológica y moral de sus hijos.

Ahora bien, en este punto lo que haya que entender en nuestro país como legislación vigente al respecto del derecho de corrección y sus límites no se explica sin atender a la legalidad internacional sobre la materia, la cual, tratándose de derechos humanos y a tenor del art. 10 de la Constitución, condiciona la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas reconocidos en la misma.

III. Derecho internacional y Derecho comparado.

Es en el ámbito internacional en el que se fragua el cambio legal tendente a la eliminación del derecho de corrección a través del castigo físico. El punto de partida son los derechos humanos reconocidos a todas las personas, incluidos los menores de edad. Los niños tienen los mismos derechos que los adultos a que se respete su dignidad humana y lo que ello conlleva: su integridad física, psíquica y moral. Incluso en los Códigos penales están erradicadas las penas corporales, los castigos físicos y los tratos degradantes, no ya para el menor delincuente, sino para el adulto de la misma condición.

Efectivamente, en el marco jurídico internacional el artículo primero de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, señala que «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos ...». Más específicamente el art. 19.1 de la Convención de los Derechos del Niño (1989) dice que «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*»¹⁶. A ello cabe añadir que, según el art. 29.1 b), la educación del niño deberá estar encaminada a ... inculcar al niño el respeto de los derechos

¹⁶ Paralelamente en el ámbito educativo el art. 28.2 de la Convención indica que «los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención».

humanos y las libertades fundamentales (...), así como que, a tenor del art. 37 a), los Estados Partes velarán por que ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (...). Se interpreta coherentemente que la Convención exige la eliminación de toda forma de castigo físico. Numerosos órganos internacionales de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas han condenado el castigo físico a los niños. El Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas ha recomendado sistemáticamente la prohibición explícita en la legislación¹⁷. El *Estudio del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la violencia contra los niños* de 2006, pretendiendo alcanzar la abolición universal para 2009¹⁸, considera de vital importancia alentar a los padres a que utilicen exclusivamente métodos no violentos de disciplina, entendiendo por violencia no sólo la física, sino también la psicológica (injurias, insultos, aislamiento, rechazo, amenazas, indiferencia emocional y menosprecio). El mensaje central del estudio es que «no hay ningún tipo de violencia contra los niños que pueda justificarse». Los niños nunca pueden recibir menos que los adultos. Para ello se insta a los Estados a que prohíban toda forma de violencia contra los niños en todos los entornos, incluidos todos los castigos corporales y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

La justificación que proporciona el legislador español en la Ley de Adopción Internacional para la modificación de los arts. 154 y 268 del Código civil con relación a la facultad de corrección de padres y tutores radica precisamente en los requerimientos antes referidos del Comité de Derechos del Niño, que a decir de la Exposición de Motivos de dicha ley «ha mostrado su preocupación por la posibilidad de que la facultad de corrección moderada que hasta ahora reconoce a los padres y tutores pueda contravenir el art. 19 de la Convención so-

¹⁷ Cabe resaltar la Observación General n.º 8 (2006) del Comité de los Derechos del Niño sobre el derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigos crueles o degradantes. Dicha Observación tiene como objetivo poner de manifiesto que en la Convención sobre los Derechos del Niño y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos se reconoce el derecho del niño al respeto de su dignidad humana e integridad física y a gozar de igual protección ante la ley. Al publicar esta observación general, el Comité quiere destacar la obligación de todos los Estados Partes de actuar rápidamente para prohibir y eliminar todos los castigos corporales y todas las demás formas de castigo crueles o degradantes de los niños y esbozar las medidas legislativas y otras medidas educativas y de sensibilización que los Estados deben adoptar. Prosigue la Observación considerando que abordar la aceptación o la tolerancia generalizadas de los castigos corporales de los niños y poner fin a dichas prácticas en la familia, las escuelas y otros entornos, no sólo es una obligación de los Estados Partes en virtud de la Convención, sino también una estrategia clave para reducir y prevenir toda forma de violencia en las sociedades.

¹⁸ Disponible en <http://www.unicef.org/violencestudy/spanish/>

bre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989». Sea así o no, resulta evidente que la pretensión del legislador español ha sido plasmar el tantas veces invocado últimamente criterio de «tolerancia cero» con respecto a los malos tratos de los padres a los hijos a la luz de la legislación internacional.

Por su parte, el Consejo de Europa ha desempeñado un papel fundamental a este respecto, pues se ha esforzado en los últimos decenios por eliminar cualquier forma de violencia contra los menores, incluida especialmente la que se ampara en razones disciplinarias. Desde 1985 ha venido dictando una serie de recomendaciones para proscribir el castigo físico a los niños, que se ha reforzado en los últimos años a través del programa «Construir una Europa para y con los niños». Como ha recordado en su publicación «Abolición del castigo físico infligido a niños y niñas»¹⁹, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos han condenado progresivamente el castigo físico, primero en los sistemas penales y en las escuelas y, más recientemente, en el hogar. Otras decisiones también han especificado claramente que la prohibición de todo castigo físico no pone en peligro la intimidad familiar ni los derechos religiosos. En concreto se afirma que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desafiado el concepto de «castigo razonable» impuesto por los padres, pues en septiembre de 1998, el Tribunal dictaminó unánimemente que el castigo físico infligido a un joven inglés por su padrastro (quien lo había golpeado repetidamente con una vara de jardín) constituía un castigo degradante que violaba lo dispuesto en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, según el cual «nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes». A juicio del mencionado estudio del Consejo de Europa los pasos legislativos para la abolición del castigo serían los siguientes:

- Asegurar que no existan argumentos jurídicos favorables, tanto en la normativa (escrita o consuetudinaria) como en la jurisprudencia, que justifiquen el castigo físico impuesto por los padres u otras personas.

- Asegurar que el Derecho penal sobre la agresión se aplique igualmente cuando las víctimas son niños. En este sentido se deberá velar por que el castigo físico y otras formas perjudiciales y humillantes de inculcar disciplina a los niños en el hogar estén contemplados en la definición de violencia doméstica o familiar.

¹⁹ «Abolición del castigo físico infligido a niños y niñas. Preguntas y respuestas», Consejo de Europa, junio de 2008.

Disponible en Internet: <http://www.coe.int/t/transversalprojects/children/pdf/QuestionAnswerSpanish.pdf>



- Aprobar una prohibición explícita de todo castigo físico y de cualquier otra forma degradante o humillante de trato o castigo, normalmente en el derecho civil y aplicándola a todos los entornos de la vida de los niños.
- Proporcionar orientación sobre el cumplimiento apropiado de estas leyes que se centre en la protección y promoción de los derechos humanos de los niños en general y en el interés superior de los niños afectados en particular.

Fue Suecia el primer país del mundo que declaró prohibido en 1979 explícitamente el castigo físico. Desde entonces este ejemplo ha sido secundado por numerosos países²⁰. Así por ejemplo en Alemania se fueron sucediendo también desde ese año (con la declaración de ilicitud de las medidas educativas degradantes) diversas modificaciones en su Código civil cada vez más restrictivas con el derecho de corrección (en 1997 se estableció que las medidas educativas degradantes, en particular los maltratos físicos y psíquicos, eran ilícitos), siendo la más reciente la que se produce el 2 de noviembre de 2000, a través de la Ley de proscripción de la violencia en la educación y de modificación del derecho de alimentos de los menores, que reformó el párrafo 1631 del Código civil, en cuyo apartado 2 se señala actualmente: «Los niños tienen derecho a una educación sin violencia. Los castigos corporales, las lesiones psíquicas y otras medidas degradantes son ilícitos».

Se trata por tanto de la misma evolución que ha observado nuestra legislación a través de la reforma del Código civil en 2007 en un intento de adaptarse a las prescripciones y recomendaciones internacionales sobre derechos humanos. De ella cabe extraer que la finalidad de la ley con la supresión de la referencia legal al derecho de corrección se ha centrado en los castigos corporales y en los tratos degradantes a los niños, pero sin tener en cuenta ni involucrar otros bienes jurídicos del menor susceptibles de ser afectados por una conducta típica de naturaleza no violenta ni denigrante que sea realizada en un contexto de corrección.

Por otro lado, si bien la apuntada evolución humanizadora del derecho a la educación constituye la tendencia internacional más actual, en cualquier caso hay que reconocer que en otros países euro-

²⁰ V., BITENSKY, *Corporal punishment of children. A human rights violation*, Transnacional Publishers, 2006, pp. 153 ss., en donde se detalla y estudia una amplia relación de los países occidentales en los que se prohíbe absolutamente todo castigo corporal a los niños, así como una referencia a los países que permiten algunos castigos corporales a los niños (como son EE.UU. y Canadá).



peos se mantiene a pesar de todo la legislación anterior que sigue ofreciendo cierta cobertura al castigo físico, como es el caso de Italia, en cuyo Código penal se trata de forma privilegiada (con una atenuación importante de la pena) el abuso en los medios de corrección y disciplina en el art. 571. Con base en el referido ejercicio de la corrección o disciplina se diferencia esta figura delictiva atenuada del delito de malos tratos en la familia o hacia los niños que, previsto en el art. 572, contiene penas mucho más elevadas. Pero además, de la propia formulación del art. 571, que castiga al que abusa de los medios de corrección o de disciplina, la doctrina italiana mayoritaria deriva que tal derecho viene reconocido y, por tanto, el progenitor que no sobrepasa los límites fijados en el art. 571 no comete delito, puesto que su acción se considera abarcada por la eximente del ejercicio de un derecho (del art. 51 del Cp italiano)²¹. Ahora bien, puesto que los límites del ejercicio de ese derecho no se han especificado en la ley, para su determinación acaba por hacerse remisión a criterios de valoración difusos considerados en el contexto social. En este sentido señalan FIAN-DACA y MUSCO que, dado el carácter evolutivo de las reglas de juicio, en el actual momento histórico, la esfera de la intervención correctora considerada lícita va restringiéndose como consecuencia de la creciente sensibilidad por la tutela de la personalidad y de la autonomía de los propios menores²².

²¹ Delpino señala que, conforme a la doctrina (citando a Manzini) y jurisprudencia, se entiende comúnmente que deben considerarse lícitos sólo aquellos medios correctivos y disciplinarios que, en el más sagrado respeto a la integridad física y a la personalidad psíquica y moral, resulten necesarios para alcanzar el fin que la acción disciplinaria se propone, siempre que se utilicen en la medida o en la entidad mínima requerida. En consideración a ello, se estima totalmente destruido del *jus corrigendi* el recurso a la violencia física (puñetazos, bofetadas, golpes con una vara o un cinturón, etc.). No obstante, dado que el precepto legal no se ocupa sólo a las relaciones familiares, en relación con éstas señala Delpino que parte de la doctrina (cita a Antolisei) y de la jurisprudencia consideran, con referencia a los hijos menores convivientes, que excepcionalmente, en caso de necesidad, puede tolerarse el recurso a una «*vis modicissima*» (fuerza moderadísima), que en tal caso no integra el elemento material del delito del art. 571 CP italiano (consistente en causar un daño del que derive el peligro de una afección en el cuerpo o en la mente); v. DELPINO, *Diritto Penale, Parte Speciale*, 15. ed., Ed. Simona, Nápoles, 2006, pp. 407 ss. En el mismo sentido GAROFOLI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale II*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2005, pp. 40 ss., si bien cita jurisprudencia que excluye que pueda considerarse lícito el uso de la violencia física o psíquica, sea por considerarla distorsionante con los fines educativos, sea por la primacía atribuida a la dignidad de la persona del menor, hoy sujeto titular de derechos y no más simple objeto de protección por parte de los adultos.

²² FIAN-DACA/MUSCO, *Diritto Penale, Parte Generale*, 4.^a ed., Zanichelli Editore, Bolonia, 2006, p. 245.

IV. La convergencia entre las reformas legales, la pedagogía y psicología modernas y la evolución de las concepciones ético-sociales.

Al margen de que la pretensión de respeto de la integridad física, psíquica y moral de los menores de edad constituye un derecho humano fundamental que todo Estado está obligado a salvaguardar a través de su legislación civil y penal, extrajurídicamente cabe invocar una variedad de razones, ante todo pragmáticas, para rechazar la violencia como método disciplinario, y no sólo en la escuela sino también en el hogar, por mucho que éste sea el principal reducto de la intimidad de las personas. Dicha violencia, lejos de enseñar, puede ser perjudicial. La violencia recibida por el menor es un factor que puede provocar una mayor susceptibilidad a sufrir problemas sociales, emocionales o cognitivos. Es decir, el coste de los efectos secundarios de la violencia pueden ser más elevados que la propia eficacia atribuible al castigo físico²³. Por otro lado, el rechazo a toda clase de violencia es coherente con la evolución de las tendencias pedagógicas en el sentido de que educar a través del castigo físico o de la violencia no enseña sino castigo o violencia como instrumento de comunicación humana²⁴, y por tanto su empleo no es más que dar un mal ejemplo a los niños. En definitiva, es más productivo desde un punto de vista pedagógico y psicológico de cara a la formación de las futuras generaciones enseñar a los menores a resolver pacíficamente los conflictos que enseñar a resolverlos mediante la autoridad de la fuerza.

Sin embargo, las concepciones sociales en torno al derecho de corrección de los padres sobre los hijos, aun cuando han evolucionado en el sentido de ir soslayando cada vez más el empleo de la violencia, no lo han hecho de modo uniforme y universal, de modo que es preciso hacer uso de la coacción jurídica como medio para alcanzar el fin deseado, es decir, la proscripción de toda violencia contra los hi-

²³ V. al respecto, SCHLAG, B., *Lern- und Leistungsmotivation*, 3.ª ed., VS Verlag für Socialwissenschaften, Wiesbaden, 2009, pp. 35 y s.; HOUSSAYE, J., *Cuestiones pedagógicas: una enciclopedia histórica*, Siglo XXI Editores, México, 2003, p. 50; TRILLA, J. (coord.), *El legado pedagógico del siglo XX para la escuela del siglo XXI*, 4.ª ed., Editorial Graó, Barcelona, 2007, pp. 76, 159 y 255, refiriendo las ideas de los pedagogos Montessori, Nelly y Freinet.

²⁴ Los estilos de los padres determinan los comportamientos sociales de los niños, tal y como pone de manifiesto un estudio realizado con niños de entre 4 y 5 años, quienes afirman que el castigo es el mejor método educativo; v. al respecto GAONAH/GOLDER (coords.), *Manual de Psicología para la enseñanza*, Siglo XXI Editores, México, 2005, p. 254.

jos, no sólo de la violencia gratuita, sino también de la que tiene una finalidad correctiva o educativa. Ello explica la pretensión del legislador de forzar a través de la legislación civil y penal una transformación todavía más rápida de las concepciones ético-sociales sobre las relaciones paterno-filiales en el ámbito disciplinario, que si bien puede decirse que han cambiado de forma sustancial en los últimos tiempos, por haberse superado una visión autoritaria de la familia (patria potestad como poder sobre los hijos) y haber pasado a otra basada en el respeto mutuo y la participación entre los miembros de la unidad familiar, en un plano de mayor igualdad o menos jerarquizado que antaño (patria potestad como servicio a los hijos), lo cierto es que todavía se sigue considerando que el seno del hogar constituye un reducto de intimidad inalcanzable a las prescripciones jurídicas por lo que respecta a cómo organizar las relaciones entre sus miembros. A su vez, se sigue considerando por muchos que una buena bofetada a tiempo cuando se tiene merecida es más efectiva que otros remedios, incluso que puede evitar males mayores. Así, por ejemplo, el filósofo FERNANDO SAVATER afirma recientemente en el contexto de las relaciones con los menores en general (y no sólo en la familia): «la más impresionante y modélica hazaña educativa que conozco empieza con un buen cachete dado en su preciso y precioso momento»²⁵. Y aunque estas posturas contra lo políticamente correcto en ningún caso reivindicquen una vuelta al castigo físico como forma de relacionarse con los hijos, y desde luego nunca de forma habitual, no son tan aisladas, ya que, a tenor de un informe de *Save the Children* (2004), el 58% de los padres españoles considera necesario pegar algunas veces a sus hijos para educarlos.

Aunque se pueda afirmar sin controversia para el Derecho español, a la luz de sus reformas (penales y civiles) y de la legalidad internacional sobre derechos fundamentales de las personas, que el castigo físico queda proscrito y excluido de toda posible justificación de la conducta, por mucho que se hubiera realizado con el ánimo de corregir al menor, hay dos cuestiones que plantear: por un lado, si esto se corresponde con la realidad aplicativa del Derecho, y, por otro lado, si puede seguir afirmándose la existencia de un derecho de corrección de los padres sobre los hijos en el que poder amparar otra clase de conductas correctoras no violentas pero típicas para el Derecho Penal. Para ello habrá que atender a la jurisprudencia y por ende a la aplicación del Derecho vigente.

²⁵ El País —Opinión— 23-10-2005. Disponible en Internet (por ejemplo: <http://www.mequieres.com/wordpress/?p=159>).

V. Jurisprudencia y doctrina españolas.

Los cambios legislativos mencionados se han reflejado consecuentemente en la jurisprudencia sobre el tema, que apunta hacia una determinada línea cada vez más restrictiva para el derecho de corrección y consecuentemente abierta a un desenlace jurídico en forma de pena.

Hasta hace poco la jurisprudencia española ha venido considerando amparadas por el derecho de corrección pequeñas violencias de los padres contra los hijos, particularmente cuando no ocasionaban lesión, por estimarlas moderadas y razonables, y en consecuencia adecuadas al fin correccional. En concreto, dar «una bofetada» a un hijo sin excederse debe ser encuadrada dentro del derecho de los padres a corregir a sus hijos (SAP Madrid, JUR 2002/151415; SAP Málaga JUR 2003/250305; SAP Málaga, JUR 2006/37820); lo mismo si se trata de «varias bofetadas» (SAP Murcia JUR 2005/25226). La justificación de las violencias es especialmente clara cuando, además de ser moderadas, son razonables en un sentido educativo: «agarrar por los brazos» a un hijo de 13 años por llegar tarde a casa, «dándole unos azotes en el culo» (SAP Córdoba, JUR 2004/126721); «llevar agarrado del cuello y el brazo» a su hijo a la habitación para que estudiase, causándole lesiones de escasa gravedad que bien podían deberse a la resistencia que opuso el menor (SAP Madrid, JUR 2006/49816); «agarrar a su hija de 17 años de la blusa y zarandearla» al recibir de ella graves insultos tras reprenderla por una temeraria conducción (SAP Barcelona, JUR 2007/244502). Y todo ello goza de cierto efecto expansivo, dado que llega a estimarse que dar *en algunas ocasiones* «cachetes con la mano en el culo o brazo» o «castigar en la habitación» entra dentro del derecho de corrección y no puede ser sacado de esta esfera para considerarlo maltrato habitual (SJP Jaén, JUR 2006/62551). Independientemente de si el hecho era calificado como delito o como falta, en todos los casos citados se estimaba concurrente un contexto de corrección y una reacción que no incurría en exceso a juicio del juzgador, dado que en caso contrario la misma clase de agresiones (bofetadas, azotes, etc.) se consideraban punibles y eran sancionadas.

Por el contrario, últimamente no se admite tan abierta ni favorablemente un derecho de corrección ni en el ámbito de las lesiones ni en el de los malos tratos. Respondiendo al cambio de paradigma cabe citar el AAP Madrid JUR 2008/273818. En este auto, aunque se reconoce la supresión del último inciso del art. 154 del Cc, no se niega la existencia de un derecho de corrección orientado al interés del menor desde el punto de vista de su educación o formación per-

sonal, en la medida en que lo asume como sinónimo de educación, pero sí se niega que este derecho-función comprenda las violencias físicas constitutivas de infracción penal, tanto por la primacía que el ordenamiento jurídico atribuye a la dignidad de la persona, incluido el menor, como porque no se puede perseguir como meta educativa un resultado de desarrollo armónico de la personalidad, sensible con los valores de la paz, tolerancia y convivencia utilizando un medio violento que contradice dichos principios, circunstancias éstas que han orientado la referida supresión del Código Civil. Por tanto, hoy por hoy es punible dar «una bofetada» (SAP Barcelona, JUR 2008/18219: bofetada a una hija de 11 años por no querer darle un beso), o «un cachete» (SAP Madrid, JUR 2008/215303: padre que pega en la cara a la hija de 13 años causándole lesiones cuando ésta le recrimina su estado de embriaguez y se abalanza hacia él tratando de agredirle). En particular, la exclusión de la justificación es incontestable cuando se causa una lesión, por leve que sea: «golpear en el muslo al hijo con el palo de una sombrilla, causando hematoma» (AAP Barcelona, JUR 2008/142920: hijo al que se le dice en varias ocasiones que deje de tirar arena), así como también dar dos «correaos, causando contusiones y erosiones diversas» (SAP Zaragoza, JUR 2008/208910: a hijo de 17 años a raíz de un episodio de desobediencia de éste al horario establecido por su progenitor).

Sin embargo, en esta última sentencia se alude a un *ius correctionis* cuyos límites vienen impuestos por los criterios de normalidad, usos sociales y familiares, considerando que «así en ocasiones dar un cachete a un menor como represión de una conducta bien pudiera ser una conducta aceptable por los progenitores y para los usos sociales». En efecto, la más reciente SAP de Zaragoza n.º 86/2009, de 10 de febrero (TOL.495.157), absuelve a un padre del delito de maltrato familiar por el que había sido condenado, al propinar a su hija de 8 años una bofetada en la cara y un golpe en los glúteos por haber mantenido un comportamiento irrespetuoso hacia él, aplicando el derecho de corrección a la vista de la levedad de lo sucedido, y aun admitiendo ser consciente de que ésa «no es la vía adecuada y de que la sociedad ha dejado de ver con buenos ojos los castigos físicos». Por lo tanto, alguna jurisprudencia sigue admitiendo, si bien cada vez menos, un derecho de corrección en supuestos en los que la acción correctora no causa lesión, porque en todos los casos se ha tratado de hechos realizados aún bajo la vigencia del antiguo art. 154 Cc. En consecuencia, habría que esperar a ulteriores desarrollos jurisprudenciales.

No obstante, parece que la tendencia que se apunta es clara, y habida cuenta de la desaparición del derecho de corrección en el Cód-

go Civil, determinadas intervenciones corporales sobre el menor se reconducen alternativamente a la atipicidad con base en su insignificancia, por tratarse de conductas correctivas físicas aisladas de muy leve intensidad, sin usar instrumentos ni causar lesión, criterio al que no sólo alude la sentencia de la AP de Zaragoza que se acaba de mencionar, sino también la SAP Jaén ARP (2009/10), en el famoso caso de la condena a una madre sordomuda por agarrar del cuello y golpear contra el lavabo a su hijo de diez años. Esta sentencia, en la que la condena se basa fundamentalmente en la producción de señales físicas que delataban la actuación materna, admite sin embargo la línea jurisprudencial según la cual la insignificancia de una acción — como puede ser un cachete o un azote en las nalgas o una simple bofetada— sin intención alguna de producir un menoscabo físico por su levedad y que no causa lesión, propinada con intención de corregir un comportamiento insolente, violento o agresivo por parte del hijo menor hace proporcionada tal acción y no merece reproche penal²⁶. En conclusión, esta jurisprudencia arguye que se justificaría la impunidad del hecho por aplicación del principio de intervención mínima, pues *«cualquier persona puede entender y justificar en un mo-*

²⁶ Citando sentencias como las de la Audiencia Provincial de Córdoba, Secc. 2ª de 9 de marzo de 2004, y Secc. 1ª de 17 de enero de 2008, la de la Audiencia Provincial de Barcelona, Secc. 20 de 9 de marzo de 2007 (JUR 2007/244502), la de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Secc. 1ª, de 29 de octubre de 2007. Además, este criterio jurisprudencial se expresa claramente en la SAP Barcelona JUR 2007\180994 y AAP Barcelona JUR 2008/142920, y se repite en la SAP Ciudad Real JUR 2009\207187. La última de las citadas es especialmente relevante por cuanto en aplicación de esa doctrina sobre la insignificancia de la acción y el principio de intervención mínima mantiene la absolución de la madre (quien, ante una situación puntual de fuerte discusión con insultos y amenazas de su hija de 12 años de edad, que estaba agresiva, presentaba padecimientos psíquicos y había reaccionado en el coche haciendo ademán de abrir la puerta y arrojarse en marcha, poniendo en evidente peligro su vida, le propinó una simple bofetada que no le causó menoscabo físico alguno), pero condena la conducta del compañero sentimental de ésta (quien, ante la negativa de la menor de entrar en casa, la coge y cargándola a la espalda la lleva hasta la misma, y tras ser golpeado y mordido por ésta, le propinó un golpe en la zona nasal que le provocó una contusión de la que curó en tres o cuatro días tras una primera asistencia facultativa). La razón para ello, como expone la sentencia, es que *«la primera, sin duda, se debe entender justificada bajo los parámetros antes referidos, en especial el principio de intervención mínima, dadas las circunstancias concurrentes. La segunda no lo está, pues dejando al margen que no ostenta la patria potestad sobre la menor, nos encontramos ante un acto de violencia que, aunque motivado por una disputa familiar y en un contexto determinado, por su intensidad, por ser innecesario, inoportuno y sobre todo desproporcionado (no consta la mordedura que dice que sufrió) no puede catalogarse como nimio e impune máxime cuando genera lesiones que corrobora un abuso o exceso injustificado que no puede quedar amparado por el proscrito derecho de corrección, sobre todo si ni siquiera se es titular de la patria potestad y se encuentra presente en ese instante la madre de la menor»*.

mento dado una reacción de cierta violencia en supuestos de tal naturaleza». Por lo tanto, si el hecho es atípico carece de sentido plantearse la justificación penal con base en un derecho de corrección. Aunque cabe preguntarse cómo trazar la línea divisoria entre hechos típicos de golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, y otros hechos semejantes externamente aunque atípicos, y también cómo hacer compatible el principio de intervención mínima con una regulación penal que está presidida por el principio de intervención máxima, cuestiones que abordaremos más adelante.

A su vez, cabe resaltar que así como existe una jurisprudencia que se ocupa del derecho de corrección en relación con delitos y faltas basados en el empleo de violencia contra las personas, no hay apenas jurisprudencia que aplique del derecho de corrección como eximente a otro grupo de delitos o faltas (amenazas, coacciones, detenciones, injurias, vejaciones, etc.), y sólo adquieren relevancia penal los hechos en los que acontecen excesos que provocan la inapreciación de la eximente y la imposición de una pena. Es decir, en la realidad jurisprudencial esta cuestión es muy poco tratada, si bien en el sentido de la admisión de un hipotético derecho de corrección; porque incluso el hecho de que existan condenas en supuestos de exceso ha de interpretarse como un reconocimiento implícito de que la conducta podrá estar justificada para los casos en los que no se produzcan tales excesos. El debate ahora pues tiene lugar más en un plano teórico que en el práctico, aunque en todo caso resulta necesario plantear el problema de nuevo con ocasión de las reformas penales y civiles en la materia.

También por lo que respecta a la doctrina actual, que escasamente se ha pronunciado aún tras la reforma civil, se sigue reconociendo una eficacia al derecho de corrección en relación con hechos típicos no violentos, y, al igual que la jurisprudencia antes referida, no se califican como violencias típicas determinadas actuaciones físicas de carácter leve sobre el menor mientras sean oportunas, ocasionales y no dejen la más mínima huella²⁷. En apoyo de ello resalta DÍEZ RI-

²⁷ En este sentido DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho Penal Español, Parte General*, en esquemas, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 270 s. En la doctrina civilista v. SERRANO RUIZ-CALDERÓN, *op. cit.*, p. 819. Antes de la reforma del Derecho Civil, ACALE SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 183, negando toda eficacia eximente del derecho de corrección, proponía entender como atípicos meros cachetes ocasionales atendiendo a los principios de adecuación social o de lesividad e insignificancia; semejante respecto a poder entender como no punibles en su caso, por criterios de insignificancia o adecuación social, algunas lesiones livianas a la dignidad, libertad o integridad de los menores ocasionadas por los padres o tutores en el ejercicio de la facultad de corrección, MESTRE DELGADO, *La eximente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supraliberales de justificación penal*, Edisofer, Madrid, 2001, pp. 49 s.

POLLÉS, a la vista de la reforma del art. 154 del Código Civil, que considerar antijurídico cualquier castigo físico, por nimio que sea, resulta socialmente descontextualizado, y parece, más bien, fruto de una decisión legal apriorística, basada en lo considerado *políticamente correcto*, cuya subsanación en casos especialmente leves puede encontrarse en su adecuación social o su insignificancia²⁸.

Al margen de los sucesos atípicos (de los que nos ocupamos más adelante) nos interesa ahora centrarnos en los que pudieran constituir hechos típicos, porque si a pesar de la supresión legal en el Código Civil de toda mención del derecho de corrección, éste sigue reconociéndose, bien con base en estimarlo todavía comprendido en el derecho-deber en que consiste la patria potestad (o en el deber/facultad de educación que ésta comprende), bien con base en los Derechos forales o en la costumbre y usos sociales, la cuestión respecto a ellos residirá en determinar (aunque sea a un nivel más teórico que práctico) qué otras conductas típicas en principio no violentas o en las que la violencia no sea un elemento constitutivo del tipo podrían quedar amparadas por él. Se trata ahora pues de delimitar claramente lo punible de lo que no lo es.

VI. Actuaciones típicas.

El ejercicio de la patria potestad exige evidentemente la realización de diversas e innumerables *actuaciones físicas* sobre el menor, la mayor parte de las cuales no es ya que deriven de un (supuesto) derecho de los padres (a la corrección de sus hijos), sino que constituyen verdaderos deberes, que además no son penalmente relevantes. Estamos refiriéndonos a *conductas protectoras* (frente a conductas agresoras o agresivas). Por ejemplo, fijar las sujeciones de una sillita a un bebé o a un niño de corta edad para alimentarlo o para transportarlo en un vehículo no se subsume en el tipo de las detenciones ilegales. Del mismo modo, sujetar a un menor que descuidadamente se lanza a cruzar la calle con semáforo en rojo no realiza una conducta típica de coacciones, porque el padre o madre no sólo se ha limitado a impedir realizar lo que la ley prohíbe, sino que ha cumplido con aquello que la ley prescribe. Otras pequeñas injerencias (por ejemplo, gritar o regañar por algo) pueden contemplarse desde la misma óptica, esto es, como intervenciones que en su caso constituyen más un bien que un mal para el menor, pero en ningún caso una conducta típica.

²⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, *op. cit.*, p. 271 (cursivas en el original).

Fuera también de la consideración de conducta típica encontramos las «*lesiones por resistencia*», esto es, las que se pueden producir por la brusca oposición del menor a la conducta impuesta por los padres, por ejemplo, al ser llevado del brazo a su cuarto para que estudie. Al margen de si estamos ante un supuesto de coacciones (lo que veremos más adelante), en tal caso y con carácter general las lesiones no tienen lugar como consecuencia de una acción idónea y dirigida a producir una lesión por parte del progenitor, sino que se las causa el menor a sí mismo por oponer resistencia de manera inopinada y, en consecuencia, son atípicas²⁹. También lo son en situación de riña o de agria discusión familiar las «*autolesiones causadas durante la agresión*», esto es, las que se producen como consecuencia de una agresión y no de la reacción defensiva activa por parte del agredido (por ejemplo, la autolesión que se produce el hijo en los nudillos de una mano al golpear a su padre).

La atipicidad puede predicarse también de las *lesiones leves causadas por imprudencia*. Algunas actuaciones disciplinarias de los padres sobre los hijos pueden dar lugar a consecuencias lesivas no buscadas ni queridas, pero que acontecen por imprudencia (por ejemplo, al intentar quitarle un objeto). Si las lesiones producidas no son de las definidas como delito (porque no requieren para su sanidad tratamiento médico o quirúrgico y únicamente a lo sumo una primera asistencia facultativa), aun cuando constituyan el delito del art. 153, son impunes, y ello tanto si la imprudencia es grave como si es leve. Aunque de la lectura del art. 621.3 se desprende que causar por imprudencia leve una lesión constitutiva de delito es punible, esta cláusula no se puede aplicar al delito del art. 153 («lesiones no definidas como delito» pero elevadas a la categoría de delito) conforme a una interpretación sistemática, dado que el castigo de las lesiones constitutivas de delito por imprudencia grave (art. 152) sólo alcanza a las lesiones previstas como delito en los artículos precedentes, dejado fuera el delito del art. 153. Luego, si no se pueden castigar las lesiones del art. 153 producidas por imprudencia grave, menos aún se podrían castigar si dichas lesiones tienen lugar como consecuencia de una imprudencia leve.

En cambio, a tenor del art. 153, tanto la *lesión leve* como el *maltrato que no causa lesión* son comportamientos constitutivos de delito —ya no de falta— cuando se producen en el ámbito familiar, por lo que su realización dolosa, a la vista de las consideraciones en torno a

²⁹ Al margen de esta consideración quedarían los supuestos en los que existen forcejeos previos entre progenitor y menor, pues en tal caso la conducta del primero sí podría ser dolosa de lesiones.

la prohibición reforzada del castigo corporal y emocional a los hijos implícita en la ley penal y ratificada por la ley civil (dado el deber de los padres de respetar la integridad física y psicológica de sus hijos, *ex art. 154 Cc*), nunca podrá estar amparada por la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho como hasta ahora, porque tal derecho a corregir con violencia ya no se reconoce ni implícita ni explícitamente³⁰. Otro tanto puede afirmarse de los *tratos degradantes*, constitutivos de un delito contra la integridad moral del art. 173.1 que supongan un atentado grave contra la dignidad del menor. Se trataría de otro supuesto análogo al del maltrato e incardinable directamente en la prohibición reforzada del castigo violento o degradante que, por ende, no puede ampararse en el derecho de corrección. Si bien el Código civil no alude específicamente a la prohibición de que los padres lleven a cabo contra sus hijos medidas degradantes o humillantes para con ellos, la misma puede entenderse comprendida en la obligación de respetar su integridad psicológica y en todo caso en la proscripción constitucional de los tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE). De cualquier modo, es obvio que ni siquiera con la regulación anterior podía considerarse que infligir a un hijo un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, pudiera formar parte de una corrección moderada y razonable.

Incluso es posible estimar concurrente cuando la víctima es menor de edad, no ya el tipo del art. 153.2, sino el *tipo cualificado del maltrato* de género del apartado primero, en la medida en que pueda subsumirse en el elenco de sujetos pasivos, en el que figura, además de la pareja o expareja femenina, la «persona especialmente vulnerable que conviva con el autor». Y si el maltrato ocasional no se puede justificar, con mayor razón tampoco el *maltrato habitual* castigado en el art. 173.2.

Igualmente, respecto del delito del art. 153 cabe plantearse como dudosa respecto de su tipicidad la hipótesis de un *maltrato doloso que*

³⁰ Que no se puede identificar corregir con maltratar es obvio, pues corregir no tiene por qué implicar la realización de un hecho típico del Código penal. En este sentido señala SERRANO RUIZ-CALDERÓN que corregir no es maltratar, sino enmendar lo errado, advertir, amonestar, reprender; v. SERRANO RUIZ-CALDERÓN, *op. cit.*, p. 819. Ahora bien, tampoco puede desconocerse que algunos supuestos de corrección se realizan a través de conductas que el Código penal califica sin la menor duda como maltratos de obra, siendo precisamente estos comportamientos los que la ley civil quiere excluir del derecho de corrección. Esto es, pueden producirse correcciones a través del maltrato de obra (por ejemplo, mediante una bofetada), pero ya no como un derecho de los padres en el que poder amparar jurídico-penalmente esta clase de actuaciones a través de la causa de justificación de obrar en el ejercicio legítimo de un derecho (reconocido civilmente).

causa una lesión leve imprudente. Dado que el delito del art. 153 comprende como hecho típico alternativo tanto el maltrato que causa lesión (causar a otro por cualquier medio o procedimiento, menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en el Código) como el que no causa lesión (golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión), la realización de un maltrato doloso causante de una lesión leve imprudente tendrá que ser también una conducta típica del art. 153, puesto que es menos grave que una lesión leve dolosa, pero más grave que un maltrato doloso sin causar lesión. Luego, esta clase de lesiones preterintencionales hay que entenderlas incluidas como tercera forma típica alternativa. El citado caso de la madre sordomuda (SAP Jaén ARP (2009/10)) es un ejemplo claro que ilustra este problema: la madre agarra al hijo del cuello y le propina un torzazo, lo que constituyen sendas acciones dolosas de maltrato; en cambio, los efectos lesivos que sobrevienen por golpearse el menor contra el lavabo como consecuencia del maltrato pueden estimarse producidos imprudentemente, más que con dolo eventual, y sin embargo la consecuencia jurídica no se modifica tanto si se entiende que dichos resultados lesivos son dolosos como imprudentes, porque el único precepto aplicable en este caso es el art. 153, dada su formulación típica alternativa, como un delito de resultado y como un delito de mera actividad. A su vez, queda excluida la resolución del supuesto mencionado a través de la fórmula concursal (maltrato doloso del art. 153 y lesiones por imprudencia leve del art. 621.3), puesto que, como hemos dicho, la cláusula de la imprudencia (tanto grave como leve) no es aplicable respecto de este tipo de lesiones leves.

En cuanto a las *amenazas leves*, éstas pueden constituir en determinadas hipótesis delito cuando se realizan en el ámbito familiar. En concreto el art. 171.5 contempla la amenaza leve con armas entre los sujetos del art. 173.2 (personas del ámbito doméstico), y el art. 171.4 castiga con una pena superior la amenaza leve (aun sin armas) dirigida a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. Por su parte, el art. 172.2 castiga como delito las *coacciones leves* a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. Son delitos que implican el empleo de violencia o intimidación, pero además son constitutivos de delito, y no de falta, en razón de la cualidad del sujeto pasivo, que revela o es expresión del abuso de una posición de poder sobre el sujeto pasivo, por lo cual resulta en principio discutible conceder un derecho de corrección que alcance dichas conductas. Sin embargo, en el caso de las coacciones, la mención a la violencia como elemento típico no se identifica obligatoriamente con la violencia atentatoria contra la integridad corporal, sino que la misma se entiende de manera mucho más amplia (mero empleo de la

vis física), por lo que determinadas coacciones, según su intensidad, modalidad y contexto, pueden estar eventualmente justificadas por el derecho de corrección, como sería el caso de llevar del brazo al hijo a su cuarto para que estudie.

Por su parte, el ámbito de las *faltas* sería propicio para admitir una posible apreciación de la causa de justificación del derecho de corrección. En particular, respecto al resto de amenazas y coacciones, así como a las injurias y vejaciones injustas de carácter leve. Pero en todo caso habrían de ser faltas que no implicaran el empleo de la violencia, tal y como hemos señalado debe ser entendida, esto es, como atentado contra la integridad física o corporal de la persona, estando también excluido de la corrección el atentado contra la integridad psicológica y moral del menor (aunque en rigor no constituyan actos de violencia). A este respecto, la realización de una interpretación restrictiva del maltrato en favor de las vejaciones injustas de carácter leve³¹ no sería útil como estrategia para la aplicación del derecho de corrección frente a acciones que comporten el uso de violencia aunque no causen lesión, por mucho que sean constitutivas de falta. Por lo tanto, el ámbito de las faltas se reduce en principio a las del art. 620.2.º, las cuales contemplan como un tipo agravado en el último párrafo la circunstancia de que el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2.

Cabe mencionar en este punto que excepcionalmente la jurisprudencia ha considerado que ciertos hechos de maltrato, los cuales, a la vista de las consideraciones legales sólo pueden ser calificados como delito cuando entre los sujetos activo y pasivo media una relación paterno-filial, se degradan al ámbito de las faltas con la fundamental pretensión de soslayar las consecuencias jurídicas que comporta la calificación de los hechos como delito, al margen de la solicitud del indulto (parcial) como único recurso legalmente disponible para los casos en los que la estricta y rigurosa aplicación de la ley da lugar a una penalidad notablemente excesiva (v. SAP Barcelona, JUR 2008/18219). Esta solución sólo sería plausible cuando los hechos no constituyeran una manifestación del abuso de la posición de poder o dominio fáctico del sujeto activo sobre el sujeto pasivo, razón en la que debería residir la calificación de los hechos como delito y no

³¹ V. un intento en este sentido, al estimar que el maltrato debe implicar un resultado material de lesión de la integridad o salud personales (los malos tratos comprenderían lesiones residuales, esto es, lesiones que no requieran ni siquiera una primera asistencia facultativa), GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código penal, op. cit.*, pp. 856 ss.

como mera falta³² (como también invoca recientemente la jurisprudencia en ciertos supuestos de riña conyugal o entre hermanos mutuamente aceptada)³³. Aunque tratándose de relaciones paterno-filiales es normal que concurra la posición de poder de los padres sobre los hijos, y sólo excepcionalmente, cuando éstos tienen más edad, las posiciones de poder pueden invertirse.

Caso aparte lo constituyen las *detenciones ilegales*: frente a la opinión más extendida, creo que no procede plantear la existencia de actuaciones típicas de detenciones ilegales por parte de los progenitores que castigan a sus hijos a permanecer durante cierto tiempo en su habitación o a no salir de casa con los amigos en respuesta a un comportamiento desviado o rebelde del menor. Conforme a una interpretación restrictiva del tipo de las detenciones ilegales, es difícil considerar que se encierra o detiene al menor, privándole de su libertad. Para ello sería preciso, por un lado, una capacidad volitiva natural por parte del menor, y, por otro lado, que constara la oposición del mismo al encierro, no comprendiendo las detenciones los supuestos en los que el menor acaba aceptando, aún de mala gana, el castigo. En la práctica sólo cuando la retención del menor incurre en excesos (temporales o modales) puede hablarse de delito o de actuación típica. Por ejemplo, hay detención ilegal cuando se ata con cadenas al menor a la cama durante dos días (STS, JUR 2007/502). Ningún otro encierro o detención llega a los tribunales como supuesto típico que se declare realizado en el ejercicio legítimo del derecho de corrección. Sin embargo, de aceptar la opinión dominante en el sentido de que la conducta es típica en todos o casi todos los supuestos en que se produce un encierro o detención dentro del hogar, no habrá otro remedio que invocar el derecho de corrección como causa de justificación, pues no existe otra forma de considerar impune una conducta que bajo ningún concepto puede ser considerada antijurídica, presuponiendo su moderación, adecuación, razonabilidad y ausencia de menoscabo a la dignidad del menor³⁴. Fundamento suficiente para que pueda hablarse del ejercicio de un derecho o del cumplimiento de un deber existe en la medida no sólo del deber de los hijos de obedecer a sus padres, sino también del deber de los padres

³² V. BOLDOVA/RUEDA, *El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del Código penal español*, Revista de Derecho Penal y Criminología, n.º 14, 2004, p. 21 y nota 20; los mismos, *Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de violencia de género*, en La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 31 s.

³³ V. SsAP Barcelona JUR 2005/15891, 2005/56751, 2005/77782, SAP Navarra ARP 2005/476, SAP Guadalajara JUR 2006/148027, SAP Castellón ARP 2008/222 y ARP 2009/302 (citando otras muchas).

³⁴ Una posible afección a la integridad psicológica del menor como consecuencia de tener que permanecer en casa un fin de semana sin salir me parece irrelevante a los

de tenerlos en su compañía o de determinar su residencia. Lo mismo se puede afirmar en relación con otros *delitos contra la intimidad* (interceptación de cartas, mensajes, comunicaciones, etc.) o *el honor* de los menores sujetos a la patria potestad, esto es, que no resultan problemáticos en la práctica y que, de serlo, no se puede excluir *ab initio* la procedencia de la causa de justificación del derecho de corrección.

VII. Soluciones alternativas al derecho de corrección como causa de justificación.

a) *Atipicidad del comportamiento*. Además de los hechos en los que se pueda entender que la actuación correctora de los padres no afecta en términos de lesión o de peligro al correspondiente bien jurídico protegido, realizando para ello una interpretación teleológico-restrictiva de los tipos, quedaría todavía la posibilidad de invocar en este contexto tanto la adecuación social, como el principio de insignificancia. Las lesiones insignificantes se han incluido dentro del instituto de la adecuación social³⁵, en la medida en que a veces nos encontramos con acciones que objetiva y formalmente realizan el tipo del maltrato, pero que quedan privadas de su sentido social típico cuando se producen en determinados contextos. Por ejemplo, podría hablarse de adecuación social para estimar atípicos los golpes o empujones que entre sí se causan padre e hijo en un contexto de juego entre ambos³⁶, pero ya no en un contexto de corrección, puesto que no cabe entender que estemos ante acciones útiles socialmente de modo general que necesiten de una afección consustancial del bien jurídico integridad corporal en el ejercicio de la actividad correctora, y en ese sentido tampoco podemos afirmar que las

efectos de la justificación de la conducta de detenciones, mientras no se pueda afirmar la existencia concurrente e independiente de un menoscabo psíquico del art. 153.

³⁵ V. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.^a ed, Walter de Gruyter, Berlín, 1969, p. 56; KIENAPFEL, *Körperliche Züchtigung und soziale Adäquanz im Strafrecht*, C. H. Müller, Karlsruhe, 1961, pp. 107 ss.; MAYORDOMO RODRIGO, *op. cit.*, pp. 125 s.

³⁶ V. RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2001, p. 267, quien alude a un supuesto semejante de adecuación social consistente en que un grupo de amigos, con el único fin de divertirse, se dan empujones en un tono jocoso y los integrantes de este grupo están dispuestos a soportarlos. Como bien señala la autora, el castigo penal parece excesivo, y en cambio se puede considerar que en tales casos determinados por el desarrollo de un contexto jocoso entre amigos, que se acepta socialmente, el bien jurídico de la integridad corporal debe ser afectado consultancialmente. En definitiva, en semejantes supuestos la lesión del bien jurídico no está desvalorada, es decir, no existe un desvalor penal del resultado por tener lugar la acción en ese específico contexto. Pero del mismo modo, tampoco concurrirá el dolo, ni por tanto el desvalor de la acción, ya que la misma ha sido emprendida en dirección a la realización de la función para el que está dispuesto ese bien jurídico.

acciones correctoras que inciden en la integridad corporal carezcan de un desvalor penal del resultado³⁷. Por tanto, la adecuación social como tal no es aplicable al ámbito del derecho de corrección. Por otro lado, insignificancia y adecuación social no se pueden equiparar sin más, dado el carácter intrasistemático de la primera y extrasistemático de la segunda, es decir, el criterio de la insignificancia se mide con arreglo a parámetros cuantitativos de afección al bien jurídico, en tanto que la adecuación social se determina al margen de este criterio interno de la propia ley penal, y se conforma en función de criterios extrapenales de utilidad social del desempeño de una función positivamente valorada por la sociedad que requiere involucrar de forma consustancial y necesaria un bien jurídico para su consecución. Conforme a lo indicado, las acciones correctoras con significación penal contienen un desvalor penal del resultado, cuya justificación (no atipicidad) sólo se puede contemplar a través del ejercicio legítimo del derecho de corrección que, como hemos indicado, ya no es apreciable en los tipos de lo injusto en los que la violencia está incorporada.

Por otra parte, la atención a la realidad social del tiempo en que se aplican las leyes (art. 3.1 Cc) es un elemento que se prestaba para dibujar los límites del derecho de corrección cuando éste venía legalmente reconocido como causa de justificación. Pues bien, actualmente, tras el cese de semejante reconocimiento, la realidad social del tiempo en que se aplican las leyes podría influir ya en la consideración del hecho como atípico, pues con base en la mera o simple tolerancia social cabría alegar la atipicidad de la conducta correctiva física de muy leve intensidad, sin utilizar ningún tipo de instrumento ni causación de lesiones al menor³⁸. Paralelamente la misma atipicidad se aprecia en virtud del principio de insignificancia, criterio que se invoca por la jurisprudencia y doctrina españolas, y que en Alemania se sustenta por ROXIN para entender que un cachetito suave en el trasero y actuaciones similares sobre el niño no llegan a ser aún una lesión física punible³⁹. Sin embargo, no

³⁷ V. RUEDA MARTÍN, *op. cit.* (nota anterior), p. 440.

³⁸ Es revelador que se entienda que los problemas de los padres con el Derecho Penal cuando corrigen a sus hijos surgen cuando sus formas de proceder se salen de lo que podría considerarse como común y normal, y originan algún tipo de lesión o secuela; v. MORILLAS FERNÁNDEZ, *Análisis criminológico del delito de violencia doméstica*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2003, p. 48.

³⁹ ROXIN, *La calificación jurídico-penal de la corrección paterna*, Revista de Derecho Penal y Criminología, n.º 16, 2005, p. 235. En lo que está de acuerdo gran parte de la doctrina alemana, aunque sin invocar el principio de insignificancia, sino la mera atipicidad del comportamiento; así, para «leves afecciones táctiles», como el cachetito o la palmadita que no produce dolor, sino que meramente simboliza una desaprobación; V. TRÖNDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, C.H. Beck, München, 2006, p. 1397, núm. márg. 17; PAEFFGEN, *Strafgesetzbuch*, Nomos Kommentar, Band

puede convencer el recurso al principio de insignificancia ni menos al de la tolerancia social respecto de conductas que a día de hoy se califican sin la menor duda como delito, como lo es una bofetada⁴⁰. Es precisamente esa tolerancia social aquello con lo que la ley pretende acabar, así como también pretende evitar que la aceptación social generalizada de determinados comportamientos conduzca a su consideración como social y penalmente insignificantes.

Sin embargo, tampoco una conducta correctora de muy baja intensidad y sin que en realidad se menoscabe ni se ponga en peligro el bien jurídico protegido puede identificarse inequívocamente con una violación de los derechos fundamentales de los menores. Entiendo por ello que, llegado el caso, se imponga exclusivamente una interpretación teleológico-restrictiva orientada al bien jurídico protegido. Así, con relación a un empujón leve o a una simple palmadita en la mano podrá afirmarse que dicha conducta menoscaba la intangibilidad del menor, pero nunca podrá estimarse que afecta siquiera abstractamente al bien jurídico de la integridad corporal o la salud, que es el único que aparece como jurídico-penalmente protegido en el delito del art. 153 Cp., y el único que constituye un derecho fundamental de la persona (mayor o menor de edad) a estos efectos.

Por el contrario, la posibilidad de una interpretación restrictiva de los elementos típicos del maltrato corporal con la finalidad de considerar atípicos los menoscabos corporales «moderados» y «razonables», como los cachetes, en la medida que no comporten una conducta humillante, no puede convencer. En Alemania, algunos autores sostienen la atipicidad del maltrato corporal (§ 223 StGB) si este no representa un castigo corporal que además sea degradante (conforme a las referencias civilísticas del § 1631 BGB)⁴¹. Pero como señala RO-

2, 2.^a ed., Baden, Baden, 2005, p. 3891. También se estima que no alcanzan el umbral de la tipicidad regañinas e improperios o palmaditas y cachetes en partes posteriores, si bien no en la cara ni en la cabeza, ESER, *op. cit.*, p. 1908, núms. márgs. 21 y 23.

⁴⁰ V. FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.*, p. 220; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La violencia habitual en el ámbito doméstico ...*, *op. cit.*, p. 269.

⁴¹ En este sentido BEULKE, *Neufassung des § 1631 Absatz 2 BGB und Strafbarkeit gemäß § 223 StGB - Darf der Erziehungsberechtigte in Ausnahmefällen eine «maßvolle Ohrfeige» erteilen?*, *Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie, Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2003, pp. 29 ss.; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 39.^a ed., 2009, C. F. Müller, núm. márg. 387a. Kühl considera incluso que sigue existiendo un ámbito para el derecho de corrección como causa de justificación no sólo con respecto a los tipos penales relativos a la privación de libertad o a las coacciones, sino también con relación al delito de maltrato corporal, siempre y cuando éste no represente un castigo corporal degradante o humillante, pues sólo de ese modo puede evitarse la pretensión del legislador de no querer criminalizar a una parte considerable de los padres (manifestada por el mismo en la

XIN, los castigos físicos se prohíben absolutamente como degradantes y por tanto todo castigo físico es ilícito⁴². Por otro lado, la solución propuesta en Alemania, supondría llevar al nivel de la tipicidad lo que se quiso excluir de la antijuridicidad. En España, además, el maltrato no se vincula con la integridad moral, y sí únicamente con la salud física o mental, con lo que carecería de fundamento un interpretación similar. Por lo tanto, si los cachetes afectan a la integridad corporal son punibles, tanto si se consideran denigrantes como si no, sin que contra ello pueda alegarse que la estricta aplicación de la legalidad en esta materia supone o puede suponer criminalizar las relaciones familiares⁴³. Pues no son tantos los episodios de corrección a través del castigo físico que llegan a la Administración de justicia, ya que muchas veces estas conductas antijurídicas tienen lugar en un ámbito de privacidad y no se exteriorizan en público, quedando prácticamente garantizada su impunidad si no se constata un resultado lesivo externo (salvo la existencia de desavenencias en la pareja que puedan dar lugar a denunciar sucesos de esta naturaleza). Lo que sí resulta cierto es que la mayor parte de los hechos que se juzgan acaban en condena precisamente por haber incurrido los padres en excesos.

b) *Otras causas de justificación distintas del ejercicio legítimo del derecho de corrección.* Serían plausibles a este respecto la legítima defensa y el estado de necesidad, y esta última eximente bien como causa de justificación, bien como causa de inculpabilidad. En ocasiones las circunstancias que rodean la presunta actuación correctora de los padres implican contextos de legítima defensa, de modo que la reacción tiene más de defensiva que de educativa. Así, por ejemplo, en la SAP de Vizcaya, JUR 2008/29500, en la que un padre da dos bofetadas en el rostro de su hija de 14 años que le ocasionan lesión (hematoma), porque, tras haberse producido una discusión familiar que desemboca en la desobediencia de la menor a las directrices paternas, ésta le agrede con patadas y puñetazos. La sentencia, que revoca la condena de instancia, aunque admite que se podría acudir a la legítima defensa para justificar la conducta del padre, estima que proce-

reforma del Código Civil); v. KÜHL, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., Verlag Vahlen, München 2005, pp. 276 y ss. (en particular p. 272). También KINDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3.^a ed., Nomos, Baden Baden, 2008, pp. 172 s.

⁴² ROXIN, *op. cit.*, pp. 236 s.; GROPP, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3.^a ed., Springer, Heidelberg, 2005, p. 240; HEINRICH, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Kohlhammer, Stuttgart, 2005, p. 184.

⁴³ Como parece augurar, salvo intercesión de la jurisprudencia, SERRANO RUIZ-CALDERÓN, *op. cit.*, p. 819. Por el contrario la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2009 señala que los casos de maltratos ocasiones de padres a hijos y de hijos a padres no suelen ser tan habituales ni siquiera reiterados (p. 1048).

de apreciar la eximente completa del ejercicio de un derecho, por cuanto el acusado actuó amparado en el derecho de corrección que tienen los padres sobre los hijos, no rebasó la racional legitimidad del medio empleado y la actuación del mismo fue proporcionada a las circunstancias. Pero recordemos que se trataba de hechos producidos con anterioridad a la reforma del Código civil, por lo que se puede presumir que la legítima defensa, y no el derecho de corrección, se habría apreciado si tales violencias hubieran acontecido con posterioridad a dicha modificación legal. No obstante, debe reconocerse el escaso campo de aplicación de la legítima defensa en los supuestos de corrección, ya que cualquier reacción extemporánea a la actuación insolente, violenta o agresiva del menor (por ejemplo, si ésta hubiera cesado y la reacción violenta se produjera justo después y como respuesta a la misma) tampoco quedaría amparada por la eximente, al faltar la necesidad de la defensa y el ánimo o voluntad de defensa.

Del mismo modo, cuando lo que se trata de evitar es un mal propio o ajeno (por ejemplo del menor), y no de rechazar una agresión ilegítima, es el estado de necesidad la eximente que resulta de aplicación al supuesto caso de corrección. La diferencia estribará en que la acción necesaria no tiene que tener como pretensión alcanzar una finalidad educativa, sino sencillamente la de evitar la producción de un mal. Éste sería el caso, por ejemplo, de quien para impedir que su hijo se lance en marcha del vehículo, lo agarra fuertemente del brazo y le produce pequeñas erosiones.

c) *Eximente incompleta de obrar en el ejercicio del derecho de corrección.* Para la eficacia eximente del ejercicio del derecho de corrección al amparo del n.º 7 del art. 20 se ha venido exigiendo la concurrencia de los siguientes requisitos: la existencia real del derecho (lo tienen los padres, no los extraños), el ánimo o voluntad de ejercitarlo, la necesidad de la intervención, la adecuación al fin correccional y/o la proporcionalidad de la acción con el hecho reprimido. La jurisprudencia ha admitido la aplicación de la eximente tanto completa como incompleta, si bien la forma incompleta se ha apreciado de manera muy excepcional. Teóricamente la eximente incompleta está indicada en los supuestos de exceso en el ejercicio del derecho de corrección⁴⁴. A tal fin la jurisprudencia distingue la *necesidad del ius corrigendi en abstracto* (determinada mediante un juicio «*ex ante*», según el cual en una determinada clase de supuestos se hace preciso el recurso a la fuerza), elemento que no puede faltar por ser considerado un requisito esencial de la eximente, y la *necesidad del ius corrigendi en concreto* (valorable en un juicio «*ex*

⁴⁴ SAP Madrid, JUR 2008/215303, SAP Zaragoza, JUR 2008/208556.

post», es decir, determinando si en el caso específico la concreta fuerza empleada era justamente utilizable), elemento inesencial que podría dar lugar a la aplicación de la eximente incompleta. En consecuencia, para apreciar la eximente incompleta en ningún caso pueden faltar, por ser requisitos esenciales, la existencia misma del derecho, la necesidad en abstracto de ejercitar dicho derecho, ni el ánimo o voluntad de corregir. En cambio, la necesidad en concreto de los medios correctivos empleados y la consiguiente proporcionalidad o adecuación de la acción aparecen como requisitos inesenciales, cuya ausencia podría dar lugar a la atenuación de la pena en uno o dos grados, aunque en la realidad jurisprudencial actual no se constatan ejemplos prácticos de ello⁴⁵. Por el contrario se comprueba que cuando el exceso en esa facultad de corregir se califica como muy grave no se aplica la eximente ni completa ni incompleta, porque desaparece el *animus corrigendi*⁴⁶.

d) Inimputabilidad y estados pasionales. A pesar de que el concepto de corrección está asociado a uno de los fines de las penas (pena como corrección o enmienda del delincuente), GROPP afirma que sólo en raros supuestos golpear a un niño tiene que ver con las penas en el sentido de expiación, retribución, prevención general o prevención especial. Más bien nos encontramos muchas veces con que estos episodios de corrección paterna, como señala este autor, obedecen a arrebatos pasionales completamente irracionales, cuya exclusión de la penalidad no ha de buscarse en el ámbito de la antijuridicidad, sino todo lo más en el nivel de la culpabilidad⁴⁷. Aunque no se aprecien en tales casos eximentes completas ni incompletas de trastorno mental transitorio, y rara vez se tenga en cuenta la atenuante de arrebato, obcecación u otro estado pasional de semejante entidad⁴⁸, en no pocas ocasiones dichas situaciones o estados han influido como argumento coadyuvante de una absolucón⁴⁹. Asimismo y en teoría cabe la posi-

⁴⁵ En este sentido FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.*, p. 217. Como excepción de esta situación podemos citar la SAP Badajoz ARP 1998/5136, en la que se aplica la eximente como incompleta, pero ya no encontramos sentencias posteriores que avalen esta opción de atenuar la penalidad.

⁴⁶ SAP Lleida ARP 2009/213, SAP Madrid JUR 2006/149816, SAP Málaga JUR 2006/37820, SAP Zaragoza JUR 2008/208556.

⁴⁷ GROPP, *op. cit.*, p. 240.

⁴⁸ SAP Sevilla ARP 2004/69, en la que se aprecia como muy cualificada (agresión ante el anuncio de la hija de abandonar el domicilio familiar y que se desarrolla en un contexto de tensión familiar y en un período en el que la madre estaba sumida en una depresión).

⁴⁹ Así, por ejemplo, en la SAP Palencia, núm. 18/2009 (TOL1.490.885), en la que se absuelve a un padre por dar un sopapo a su hijo (porque no había estudiado para un examen) y posteriormente un cachete (por no haberle contado a su madre que el examen lo había suspendido), aunque entiende aplicable la eximente del derecho de co-

bilidad de apreciar una atenuante por analogía (art. 21.6.^a), bien con la eximente incompleta (art. 21.1.^a), bien con la circunstancia atenuante de estados pasionales (art. 21.3.^a).

e) *Error de prohibición*. En primer lugar, la cuestión previa a considerar sería si estamos ante un error de prohibición o ante un error de tipo cuando de lo que se trata es de proyectar el error hacia la existencia y, en su caso, alcance, de una norma permisiva, lo cual resulta disparmente tratado por la doctrina⁵⁰. El Código penal español parece inclinarse en su art. 14 por la teoría de la culpabilidad, y más concretamente por la teoría de la culpabilidad pura⁵¹, en el sentido de que diferencia el tratamiento legal del error que versa sobre los elementos constitutivos de la infracción penal (art. 14.1: si el error es vencible se castiga como un delito imprudente, caso de que esté prevista dicha figura de delito; si el error es invencible se excluye el tipo) de aquel otro que versa sobre los elementos constitutivos de la causa de justificación (art. 14.3: si el error es vencible se atenúa la pena del delito doloso; si es invencible se excluye la culpabilidad), el cual queda equiparado entonces al error sobre la norma prohibitiva (es decir, se trata igual el error sobre la norma prohibitiva que el error sobre la norma permisiva). Pues bien, en relación con la cuestión que planteamos en este momento ello se traduce en que el error no se circunscribe a la naturaleza del castigo como un acto de violencia (lo que sería un error de tipo), sino a si dicho acto de violencia se encuentra o no amparado por el ejercicio legítimo del derecho de corrección de los padres sobre los hijos. Debido a la reciente desaparición del reconocimiento de dicho derecho en el Código Civil, teóricamente podría aún plantearse este problema, aunque sólo respecto de las pequeñas violencias que no causan lesión, dado que las causantes de lesión difícilmente podían entenderse subsumidas en el derecho de corrección, y siempre que dichas actuaciones tuvieran lugar en ámbitos socia-

rrECCIÓN, razona en el sentido de que «la Sala ... no puede dejar de reconocer la situación personal y excitación en la que se debía encontrar el padre, lo que sin duda debió de influir en sus facultades volitivas y cognitivas, encontrándose precisamente el fundamento de su imputabilidad por la ofuscación de la mente y por una afectación emocional fugaz, ante un estímulo tan poderoso y una causa tan importante cual fue que su hijo se negaba a seguir los consejos de su madre y de su padre para que estudiase, y todo ello ante el comportamiento desobediente e, incluso, irrespetuoso por parte del hijo».

⁵⁰ V. por ejemplo, CUELLO CONTRERAS, *op. cit.*, pp. 1100 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error de prohibición: pasado, presente y futuro*, en «El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos, Libro homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torío López, Comares, Granada, 1999, pp. 348 ss.; TRAPERO BARREALES, *El error en las causas de justificación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 481 ss.; COUSO SALAS, *Fundamentos del Derecho Penal de culpabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 494 ss.

⁵¹ V. a este respecto CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General III*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 124 ss.

les aislados y cerrados (por ejemplo, rurales). Igualmente cabría hablar de un error de prohibición cuando los castigos físicos fueran inferidos a los hijos por padres que tuvieran su origen y formación en un ámbito cultural diverso o ajeno, es decir, se trataría de una especie de supuesto error de prohibición culturalmente condicionado⁵². Sin embargo, dada la afección que con el maltrato se produce a los derechos fundamentales de los menores, puede anticiparse la escasa o nula trascendencia de una alegación de esta índole⁵³.

La existencia de un error de prohibición ha sido invocada en la práctica en diversas ocasiones, particularmente cuando el autor del hecho era extranjero, sin que en ninguno de los supuestos dicha alegación fuera admitida, ni como eximente cuando el error es invencible, ni como atenuante cuando es vencible. La jurisprudencia ha insistido en la obligatoriedad de cumplir las normas del Derecho interno español, máxime cuando a través de ellas se ejerce un fuerte control para evitar los castigos físicos a los hijos, que constituyen delitos contra derechos fundamentales de los menores. A su vez, el tiempo de residencia del extranjero en España, así como su grado de integración y formación han sido factores decisivos para desvirtuar la existencia de un error disculpante⁵⁴.

⁵² GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código penal, op. cit.*, pp. 475 s., consideraba que podía haber un error de prohibición cuando las condiciones particulares arraigadas en un padre acerca de lo que es moderado y razonable en cuanto a los medios de educación y corrección de los hijos no coincidieran con las concepciones ético-sociales generales. Se trataría, según este autor, de un error acerca de los límites de la causa de justificación. Actualmente la misma conclusión acerca de la posibilidad de existencia de errores de prohibición puede seguir manteniéndose respecto de las correcciones típicas no violentas que objetivamente pudieran quedar amparadas en un derecho de corrección. Pero a la vista de la reciente supresión de un derecho de corrección respecto a los actos de castigo físico sobre los hijos menores, cuando el citado error versase sobre la naturaleza jurídica de esa clase de actos de violencia (como lícitos o permitidos por ser moderados y razonables), ya no lo será sobre los límites de la causa de justificación, sino sobre la existencia misma de una causa de justificación en dichos contextos de violencia [pues la ley los considera ilícitos aunque sean moderados y «razonables» (adjetivo de difícil aplicación a un hecho ilícito)]; igualmente concurrirá un error sobre la existencia de una causa de justificación si las concepciones paternas no se desvían de lo que socialmente es aceptado en amplios ámbitos, pero sí de lo que está prohibido-permitido legalmente.

⁵³ CEREZO MIR, *La regulación del error de prohibición culturalmente condicionado en el Código penal peruano*, en «Universitas vitae», Homenaje a Ruperto Núñez Barbero, Universidad de Salamanca, 2007, p. 107, rechaza el reconocimiento de eficacia eximente al error invencible sobre lo ilícito penal o sobre lo injusto material en los supuestos en los que se atente contra los derechos fundamentales.

⁵⁴ En este sentido pueden consultarse: AAP Madrid JUR 2009/70554 (denunciado de origen chino que golpea a su hija de 7 años en la cara y con un objeto metálico o de madera en el culo dejándole señales en el cuerpo, porque le había quitado dinero; sin que pueda escudarse en la diferente concepción cultural del derecho a la educación,

f) *Excusas absolutorias*. En este apartado hay que mencionar la sugestiva propuesta de ROXIN de crear una causa personal de exclusión de la punibilidad para el caso de que un titular de la guarda sancione por motivos educativos con una corrección moderada la mala conducta del niño o del joven⁵⁵. La finalidad de esta excusa absoluta sería la de evitar un castigo en los supuestos en los que en una ponderación las finalidades extrapenales tuvieran prioridad frente a la necesidad de pena. Se circunscribiría, por lo tanto, a las hipótesis en las que, como en los castigos físicos, ya no es posible invocar el derecho de corrección, por tratarse de conductas que no admiten justificación alguna. De ese modo el maltrato físico seguirá siendo un ilícito culpable, lo que coincide con la pretensión del legislador, pero las razones de política familiar podrían dar al traste con la pena cuando ésta produjera más perjuicios que beneficios, con lo que, según el citado autor, se alcanzaría la segunda finalidad esencial del legislador alemán cuando reformó el Código Civil en 2000, cual es proscribir la violencia en la educación sin criminalización de la familia.

La propuesta de ROXIN es sumamente interesante si se tienen presentes las graves consecuencias penológicas que están previstas en el Código penal español para los maltratos en el ámbito doméstico, y cuando la única solución alternativa a ésta *de lege lata* la encontramos en el instituto del indulto. El fundamento de dicha causa personal de exclusión de la punibilidad (consistente en dar prioridad a los intereses de política familiar frente a la necesidad de pena para no interferir perjudicialmente en la convivencia familiar) sería similar al que corresponde a la excusa absoluta prevista en el art. 268 Cp para los delitos contra el

porque es dudoso que en la cultura china exista un concepto diferente del castigo físico al que existe en nuestro ámbito cultural, y el tribunal expresa su convencimiento de que las dificultades de los padres para adecuar los correctivos, sin duda imprescindibles, hacia los hijos, son iguales en la cultura china y en la occidental, sin que corrección de actitudes o conductas pueda identificarse con propinar intencionadamente a una niña una serie indefinida de golpes perfectamente lineales; aún poniéndonos en la mejor predisposición a comprender una diferencia cultural, si es que existe, el castigo es desproporcionado, absurdo, incomprensible e injustificado), STS núm. 517/2009, de 2 de abril, JUR 2009/300720 (mujer que maltrataba a sus hijos, quien a pesar de no ser de nacionalidad española conocía la ilicitud de sus actos por el tiempo que vivía en España, su trabajo en clínica geriátrica y por su formación de nivel medio alto), y SAP Madrid ARP 2009/660 (extranjero que golpea con cinturón a su hija de siete años por suspender exámenes, causándole lesiones; al margen de la posible permisividad educativa y de castigo que pueda existir en su país de origen, lo cierto es que los métodos que el acusado creía que eran de corrección de su hija chocan frontalmente con el sistema legal y constitucional español, que ni los permite ni los tolera).

⁵⁵ ROXIN, *op. cit.*, pp. 241 s.

patrimonio que entre sí se causan los familiares. La diferencia, no obstante, entre ambos supuestos es importante, pues los delitos contra el patrimonio y los delitos contra las personas presentan distinta significación en relación con la circunstancia mixta de parentesco (ésta atenúa en los primeros, pero agrava en los segundos). En este sentido no olvidemos que la excusa absolutoria del art. 268 se condiciona a que no concurra violencia o intimidación, por lo que en realidad es difícil mantener la coherencia legislativa respecto de la propuesta de una nueva excusa absolutoria en sede de lesiones y malos tratos. Recordamos igualmente a este respecto que el Código penal de 1995 no mantuvo en los delitos contra la intimidad la disposición que permitía la inaplicación del delito de descubrimiento y revelación de secretos respecto a los padres, tutores o quienes hicieran sus veces en cuanto a los papeles o cartas de sus hijos o menores que se hallaren bajo su dependencia (art. 497, pfo. 3 CP 1973), que a modo de excusa absolutoria —según un sector doctrinal⁵⁶— impedía la punición de la conducta incluso en aquellos supuestos en los que los autores del hecho se hubieran excedido del derecho de corrección. No parece, sin embargo, que ahora tenga sentido recuperar para este y otros delitos una disposición de las mismas características cuando no pueda apreciarse respecto al hecho típico la licitud del comportamiento con base en un derecho de corrección que todavía pueda fundamentarse a la luz del ordenamiento jurídico en su conjunto o, en su caso, con base en otra eximente aplicable al hecho concreto. Especialmente esto es predicable para tipos como el del maltrato en los que lo que está en juego es la dignidad del ser humano. Por otro lado, una excusa absolutoria aplicable al maltrato podría igualmente, sobre la base de las mismas consideraciones político-criminales en hacer prevalecer el interés familiar sobre la necesidad de pena, alcanzar a las lesiones no definidas como delito del art. 153 o incluso a otras más graves. Sin embargo, el simple carácter violento de la conducta (independientemente de sus resultados) es un obstáculo insalvable, conforme a la voluntad de la ley expresada en el art. 268, para la admisión de una excusa absolutoria en los delitos contra las personas.

g) *El indulto y procedimientos de naturaleza procesal.* El indulto es una solución postrera que ofrece la ley para que, cumplida la obligación judicial de aplicar las disposiciones de la ley penal, y por tanto de

⁵⁶ QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, Tomo I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1962, pp. 880 s.; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil*, 3.ª ed., Ed. Ramón Areces, Madrid, 1995, pp. 165 s. En sentido crítico con el precepto aludido v. RUEDA MARTÍN, *Protección penal de la intimidad personal e informática (Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los artículos 197 y 198 del Código Penal)*, Atelier, Barcelona, 2004 p. 55.

castigar los delitos ejecutando desde luego la sentencia, resulte a juicio del Juez o Tribunal penada una acción u omisión que no debiera serlo, o la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo. En virtud del art. 4.3 Cp al Juez o Tribunal se le ofrecen las siguientes opciones: exponer al Gobierno lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto, o la concesión del indulto. Sin perjuicio de abordar después la primera opción, la del indulto se antoja también como la última de las puertas de salida al cumplimiento de una condena o, al menos, a parte de la misma. Fue precisamente ésta la solución aplicada por la SAP Jaén ARP (2009/10), en el caso citado de la madre sordomuda que agarró del cuello y golpeó contra el lavabo a su hijo de diez años. Tanto esta sentencia en apelación, como la de instancia saltaron a los medios de comunicación por hacerse públicas las penas a las que se condenaba a la madre sordomuda al corregir con cierta violencia a un hijo algo indisciplinado (que no había hecho los deberes del colegio, le había tirado una zapatilla y se había encerrado en el cuarto de baño), y particularmente porque se le impone, entre otras penas, la prohibición de aproximarse a su hijo durante un año y 67 días⁵⁷. Pronto pudo leerse en algún periódico el siguiente titular: «El hijo perdona, la ley no»⁵⁸. En efecto, el perdón del ofendido es irrelevante en estos delitos, pero sin embargo, el indulto —que también forma parte de la ley— puede ser instado no sólo por el Juez o Tribunal (como sucedió en dicho caso), sino también por cualquiera, y en especial por el penado o sus familiares (arts. 19 y 20 de la Ley de 18 de junio de 1870, de la gracia de indulto), lo que, de ser concedido, da lugar a la remisión total o parcial de las penas. En el supuesto mencionado para fundamentar la solicitud de indulto de la pena de prohibición de aproximación al menor agredido (la ejecución de la pena de prisión fue suspendida por carecer la procesada de antecedentes penales y por no ser superior a dos años), la sentencia de la SAP Jaén citada señala que *«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 propor-*

⁵⁷ Un comentario muy crítico con la aludida sentencia efectúa SÁEZ DE PIPAÓN Y DEL ROSAL, *Derecho de corrección de los padres y Derecho Penal*, Revista de Derecho Penal, n.º 28, 2009, pp. 73-78.

⁵⁸ <http://www.elmundo.es/elmundo/2008/12/14/espana/1229249310.html>

cionada, ni aún necesaria a los efectos de la finalidad de la misma, de re-educación y protección de la víctima». Por fin, el Consejo de Ministros, en su reunión de 8 de abril de 2009, resolvió indultar a la madre de la pena de prohibición de aproximarse a su hijo pendiente de cumplimiento, dejando subsistentes los demás pronunciamientos contenidos en la sentencia, a condición de que no vuelva a cometer delito doloso en el plazo de dos años desde la publicación del real decreto (Real Decreto 606/2009, de 8 de abril, publicado en el BOE núm. 113, de 9 de mayo de 2009).

Sin embargo, el indulto no puede ser la solución sistemática a un problema jurídico, como es el que se deriva de la penalidad de los delitos de violencia doméstica, como a continuación vamos a desarrollar. Antes de ello, no obstante, cabe apuntar la posibilidad de arbitrar *soluciones de tipo procesal*, que por su naturaleza quedan al margen de este trabajo, pero cuya virtualidad se reconoce en otros ordenamientos jurídicos, como el alemán (§§ 153 y 153a StPO), que sobre la base del principio de oportunidad prevé la opción de que se prescinda para delitos menos graves de la apertura del procedimiento penal con base en la escasa culpabilidad del autor y en la ausencia de interés público en la persecución del hecho. Por su parte, los mecanismos de *mediación penal*, aunque están excluidos en los supuestos de violencia de género y fenómenos asociados con víctimas menores en virtud de lo dispuesto en el art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre (que introduce el art. 87 ter en la L.O.P.J.), podrían producir en hipótesis de corrección ilícita efectos atenuantes de la responsabilidad (a través de la circunstancia del art. 21.5.^a, de reparación del daño, o de una circunstancia de análoga significación) o excluyentes de la misma cuando el hecho típico realizado fuera la falta de injurias del art. 620 (puesto que es perseguible a instancia de parte)^{59/60}.

⁵⁹ La citada L.O. 1/2004 impide también una mayor eficacia de la mediación con respecto a las faltas de violencia doméstica del art. 620, por cuanto su art. 41 excluye el requisito de la denuncia en todos los supuestos de su número 2.º, es decir, amenaza, coacción y vejación injusta de carácter leve, cuando el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 Cp. En suma, en estas faltas realizadas en el ámbito doméstico la mediación no impedirá la procedibilidad del enjuiciamiento penal de las mismas.

⁶⁰ Favorable a la mediación penal en los casos de corrección cuando la justificación no sea factible, SÁEZ DE PIPAÓN Y DEL ROSAL, *op. cit.*, p. 77. En general para la violencia doméstica: ESTIRADO DE CABO, *Cuestiones relevantes de derecho sustantivo y procesal respecto de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en las fases de instrucción y de enjuiciamiento*, en «La mediación civil y penal. Un año de experiencia», Estudios de Derecho Judicial, n.º 136, 2007, pp. 213 s.; MANZANARES SAMANIEGO, *Mediación, reparación y conciliación en Derecho Penal*, Comares, Granada, 2007, pp. 126 ss.

h) *Reformas en la penalidad del maltrato doméstico.* La pena accesoria de alejamiento está prevista como imperativa para el delito del art. 153, con lo que ello puede representar de ruptura de los vínculos familiares en todos los casos de maltrato, incluidos aquellos en los que se invocan razones de corrección, sin que se les reconozca eficacia eximente. El carácter imperativo de las penas de alejamiento es lo que se deduce del art. 57.2 Cp, puesto que en los delitos de lesiones (y el maltrato del art. 153 se encuentra dentro del Título III, que lleva por rúbrica «De las lesiones») contra alguna de las personas referenciadas en el art. 173.2, entre los que se encuentran los hijos, debe aplicarse «en todo caso» —dice este precepto— la pena prevista en el apartado 2 del art. 48, esto es, la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal. Esta conclusión es independiente de si la pena principal que se impone por el delito de maltrato es la de prisión o la de trabajos en beneficio de la comunidad. La diferencia radica únicamente en el cómputo y forma de cumplimiento de la pena de alejamiento, puesto que si la pena principal que se impone en la sentencia es la de prisión, la prohibición de aproximarse a la víctima se extenderá entre uno y cinco años por encima de la duración de la pena de prisión (art. 57.1, párrafo segundo). Esto es, la pena de alejamiento podría prolongarse entre un año y 45 días (tres meses es el mínimo de la pena de prisión, pero también podría aplicarse la pena inferior en un grado a tenor del subtipo privilegiado del art. 153.4) y seis años (cinco de prohibición de aproximación a cumplir tras el máximo de la pena de prisión, que es de un año de duración). En cambio, si la pena principal impuesta es la de trabajos en beneficio de la comunidad, la duración de la prohibición de aproximarse a la víctima será superior a seis meses [a tenor de los arts. 33.3.g) y 57.3 *sensu contrario*] y no excederá de cinco años (conforme a lo dispuesto por el art. 57.2).

Alguna jurisprudencia ha tratado de sortear estas consecuencias referidas a las penas accesorias por la vía de entender que si la pena impuesta en sentencia es la de trabajos en beneficio de la comunidad para ella no rige obligatoriedad de imponer penas de alejamiento, ya que sólo está previsto un cómputo mínimo de éstas cuando son accesorias de la prisión, pero no para el resto de penas principales (v. SJP Barcelona ARP 2009/462), argumento que no se sostiene a la luz del art. 57.2 Cp, que es imperativo para todos los casos en los que la víctima es alguna de las mencionadas en el art. 173.2 y se ha cometido contra ella uno de los delitos contemplados en el art. 57.1.

Llegado el momento crítico de la criminalización de los padres y de la ruptura de la convivencia familiar, cuando nos encontremos ante conductas típicas, antijurídicas y culpables, las soluciones via-

bles ante posibles consecuencias desproporcionadas residen pues únicamente en la punibilidad y en la penalidad. La introducción de una excusa absolutoria para sortear los efectos de la penalidad puede ser interpretada como un paso atrás, y aparecer si no como una nueva forma de justificar o de legitimar comportamientos violentos, sí como un medio para despenalizar los castigos físicos por la puerta trasera de la punibilidad, por lo que la solución a la ruptura de la convivencia familiar también podría encontrarse —fuera del indulto— en la modificación legal del carácter imperativo de las penas de alejamiento en tales supuestos, de forma que fuera únicamente facultativa. O bien, que siendo obligatoria, pudiera excepcionarse su imposición en las hipótesis en las que no apareciera como indicada la ruptura de los lazos de convivencia familiar⁶¹.

⁶¹ La Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2009, recordando que la cuestión ya se invocó en la Memoria de 2006 (incluso en la Memoria de 2005), alude a la propuesta de diversas Fiscalías Provinciales en el sentido de que la pena accesoria de prohibición de aproximación a la víctima sea facultativa, especialmente en los malos tratos ocasionales de padres a hijos o de hijos a padres (p. 1048), o bien que sea una pena suspendible (p. 1049). V. también a favor de mecanismos de flexibilidad: MANZANARES SAMANIEGO, *op. cit.*, pp. 128 s., y FARALDO CABANA, *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 228 ss. Consideran arbitrario y aberrante el automatismo *ope legis* de la pena de alejamiento COMAS D ARGEMIR/QUERALT, *La violencia de género: política criminal y ley penal*, en Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Thomson/Civitas, 2005, pp. 1226 s. Partidario de que sea pena facultativa, pero no a la vez suspendible para los casos más graves de violencia doméstica y de género, debiendo desaparecer en las faltas convertidas en delito en atención a la persona de la víctima, ZUGALDÍA ESPINAR, *El quebrantamiento de las prohibiciones de aproximación y comunicación consentido por la víctima*, en «Constitución, derechos fundamentales y sistema penal», Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 2030.

