



Revista

ISSN 2007-4700

Perla

MÉXICO

Número 6 • Abril 2014

## Referencia a las eximentes de estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, en el ámbito familiar. Especial referencia al derecho de corrección

Pilar Mirat Hernández

Universidad Complutense de Madrid

**RESUMEN:** El ordenamiento jurídico establece mandatos o prohibiciones, pues su misión principal es la salvaguarda de bienes o intereses imprescindibles para el logro de una convivencia pacífica en la sociedad; ahora bien, quien quebranta un interés protegido por el Derecho para salvar otro de mayor importancia no puede actuar antijurídicamente. La unidad del ordenamiento jurídico está presente y es determinante para apreciar la existencia de una acción antijurídica: es impensable que por una parte una ley nos obligue a realizar algo, y por otra sea punible según el Derecho penal la realización de lo obligado.

En determinadas situaciones el hecho de velar por la salud y la vida de un ascendiente o cónyuge y por la educación de los hijos puede hacer necesario tomar medidas que en principio son típicas. Sería incongruente que por un lado el Código Penal castigara con una pena el abandono del padre o de la madre, y por otro que cuando su salud requiere de un internamiento sin su consentimiento fuera constitutivo de un delito contra la libertad, o que el Código Civil obligue a educar a los hijos, y si se les castiga con no salir de su habitación fuera la conducta constitutiva, asimismo, de un delito de detención ilegal y se le pudiera imponer una pena de prisión de cuatro a seis años. Si la medida es necesaria, proporcional y adecuada al caso concreto, estaremos ante una conducta justificada.

**PALABRAS CLAVE:** Causas de justificación, estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, interés preponderante, derecho de corrección.

**ABSTRACT:** The law system establishes legal mandates or prohibitions, as its primary mission is to safeguard property or interests essential for the achievement of a peaceful coexistence in society interests. Also, he who violates an interest protected by law in order to save a more important one cannot act unlawfully. The unity of the legal system is present and is crucial in determining the existence of an illegal action: it is unthinkable that a certain law requires us to do something, and at the same time criminal law would deem punishable that same prescribed action.

Under certain circumstances the act of protecting the health and life of a family member or partner, and the education of children, may require someone to undertake actions which are typical in principle. It would be illogical that the Penal Code punished a case of abandonment by the father or the mother, and simultaneously a case of hospitalization without consent would be considered an offense against freedom, or that the Civil Code would force someone to raise his children, or if parents were punished with 4 to 6 years of imprisonment for illegal detention when they forbid children to leave their room. If the measure is necessary, proportionate and appropriate to the specific case, it would be a justified action.

**KEY WORDS:** Causes of justification, state of necessity, exercise of a right, fulfillment of a duty, overriding interest, right to correct.

**SUMARIO:** 1. Consideraciones generales. 2. Estado de necesidad. 3. Cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho: el ejercicio de la patria potestad y el derecho de corrección. Bibliografía.

## 1. Consideraciones generales

Las causas de justificación suponen la concurrencia de una serie de circunstancias, por las que conductas que son subsumibles en la descripción de los tipos penales suponen un ataque o una puesta en peligro de bienes jurídicos; sin embargo, la conducta está permitida, en ese caso concreto y como excepción, porque no existe un desvalor total del hecho. Aunque los bienes que han sido lesionados o puestos en peligro son valiosos para el Derecho penal, como muestra el hecho de que la conducta está descrita en un tipo, en determinadas circunstancias el ordenamiento jurídico considera que, pese a ser una conducta que merece un reproche penal, no se produce un disvalor total del hecho. Se dan las condiciones formales del tipo, pero no hay desaprobación jurídica de la conducta.

Para Roxin<sup>1</sup> la estructuración de las causas de justificación sólo es posible mediante un enfoque pluralista, que no se puede llevar a cabo por medio de una sistematización cerrada y definitiva, “sino sólo perfilando la antijuridicidad material mediante la elaboración de los principios ordenadores sociales en los que se basa. Estos principios ordenadores se presentan en número y combinación diferentes en las diversas causas de justificación”. Abundan los principios que fundamentan las causas de justificación del hecho, pero por los constantes cambios de la vida social “no es posible ni un *numerus clausus* de los principios reguladores decisivos, ni una sistematización cerrada y concluyente de las causas de justificación. Mientras que las clases de delitos descritas en los tipos representan una cierta estática, a través de las causas de justificación, penetra la dinámica de los cambios sociales en la teoría del delito”.<sup>2</sup>

Las teorías pluralistas: parte de la doctrina, entre la cual destaca la teoría formulada por Mezger,<sup>3</sup> fun-

damenta las causas de justificación en dos principios: para este autor,

la lesión de intereses representa el contenido de todo injusto y por ello son dos los momentos determinantes en la admisión de una causa de justificación de la conducta... o desaparece por determinado motivo el interés que en otro caso sería lesionado por el injusto (“principio de ausencia de interés”), o surge frente a dicho interés otro de más valor que transforma en conducta conforme al Derecho lo que en otro caso hubiera constituido un injusto (“principio de interés preponderante”).

La ausencia de interés se produce cuando el ofendido consiente en la lesión del bien jurídico por determinado motivo, en cuyo caso desaparece la lesión. Para este autor, el consentimiento del ofendido constituye el ejemplo clásico de la exclusión del injusto con arreglo al principio de ausencia de interés, pues “supone el abandono consciente de los intereses por parte del que legítimamente tiene la facultad de disposición sobre el bien jurídico”.<sup>4</sup> “En cambio, el principio de interés preponderante se produce cuando frente al interés lesionado por la realización típica aparece, en el caso concreto, un interés de más valor, que desplaza al primero”.<sup>5</sup>

Sobre la base del interés preponderante, encuentra Mezger tres fundamentos de exclusión del injusto: primero, las acciones realizadas en virtud de “deberes preponderantes” en las que se incluyen los deberes oficiales y públicos, los profesionales, las autorizaciones legítimas emanadas de la autoridad competente, los deberes de educación, como el derecho/deber de educar a los hijos, etc. Segundo, “las acciones realizadas en virtud de una especial justificación”. En este apartado incluye la legítima defensa, el estado de necesidad, el derecho de detención en los casos de fla-

<sup>1</sup> Roxin, C., *Derecho penal. Parte General*, t. I: *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. Luzón Peña, D.M., Civitas, Madrid, 1997, p. 575.

<sup>2</sup> Roxin, C., *op. cit.*, p. 572.

<sup>3</sup> Mezger, E., “Tratado de Derecho penal”, trad. J.A. Rodríguez Muñoz, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1946, p. 393.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 398.

<sup>5</sup> *Ibidem*, pp. 394 y ss.

grante delito, etc. El tercer fundamento sería un “principio general de valuación de los bienes jurídicos, en el que se incluye el estado de necesidad, refiriéndose a éste como una cláusula general de justificación. En la valuación de bienes jurídicos encuentra este autor el principio general que permite la formulación de causas de justificación supralegales.<sup>6</sup>

Las teorías monistas intentan encontrar un fundamento único a todas las causas de justificación. Varias se han formulado en la historia de la dogmática penal, pero es en el “principio de ponderación de intereses” donde los autores han encontrado con más frecuencia el fundamento de la justificación, aunque matizando su significado.

Creemos, junto con Carbonell Mateu,<sup>7</sup> que el fundamento de las causas de justificación es en el fondo una manifestación del principio de “conflicto de intereses”, o de “ponderación de intereses”, para resolver conflictos sociales.

Respecto de la concurrencia del consentimiento del titular del bien jurídico, Mezger<sup>8</sup> fundamentaba la exclusión del injusto por “la ausencia de interés” por parte del sujeto activo en la protección del bien jurídico. Para Noll<sup>9</sup> no es cierto que cuando se otorgue el consentimiento nos encontremos ante un caso de ausencia de interés, sino que el consentimiento es un valor más que hay que ponderar en el conflicto de intereses; es decir, lo que se valora sería el conflicto de intereses entre la libertad personal, y otro bien jurídico que pertenece a una misma persona. Si el sujeto pasivo tiene un poder absoluto de disposición sobre el bien jurídico, el consentimiento producirá la atipicidad de la conducta. En el caso de que no tenga la disponibilidad absoluta, la conducta está totalmente amparada por una causa de justificación, o se aminora la pena en el caso de que no haya suficientes elementos de justificación, porque nos encontramos ante una menor cantidad de injusto que conlleva una menor cantidad de pena.

Carbonell Mateu,<sup>10</sup> siguiendo a Noll respecto de la concurrencia del consentimiento del titular del bien

jurídico, opina que no hay un verdadero conflicto de intereses, porque todos ellos pertenecen al sujeto que toma la decisión, en cuyo caso la conducta es atípica, y si lo hay es porque el agente debe escoger entre intereses pertenecientes a un sujeto que no tiene el dominio absoluto sobre ellos (porque no está presente para decidir, o porque la disposición sólo le pertenece en parte), o porque tiene que hacerlo entre intereses que pertenecen a distintos sujetos. En todos estos casos, la autonomía de la voluntad es un valor más que entra en el juego de la ponderación.

Como resumen, podemos afirmar, siguiendo a los citados autores, y con los que coincidimos, que las causas de justificación se pueden fundamentar, en todos los casos, en un conflicto de intereses. Creemos que la ausencia de interés no se da como fundamento de la justificación, porque el consentimiento del titular del bien jurídico, o el principio de autodeterminación del individuo, es un interés más en el conflicto que es objeto de ponderación. En las causas de justificación, quien realiza una conducta que, después de ponderar intereses, se considera justa, está ejerciendo un legítimo derecho, y por tanto amparado por una causa de justificación, siempre que el consentimiento no excluya el tipo, porque el titular del bien jurídico en cuestión tiene la plena disposición sobre el mismo, como ocurre, por ejemplo, en el caso de los delitos contra la libertad.

Existe siempre un conflicto de intereses, y no creemos que se dé en ningún caso la ausencia de interés, sino que la autodeterminación del individuo es un interés más que entra en consideración a la hora de realizar la ponderación. El único elemento que puede provocar la conversión de un hecho típico en un hecho justificado es “la presencia de un bien o de un interés que, a los ojos del ordenamiento jurídico, haya de prevalecer sobre el lesionado o puesto en peligro. De este modo la justificación ha de apoyarse en un principio único, a saber, el del bien o interés preponderante”.<sup>11</sup>

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 396. Siguen estas teorías en España: Rodríguez Muñoz en las notas a la trad. del *Tratado de Derecho penal* de Mezger, *op. cit.*, pp. 395 y ss.; Del Rosal, J., *Tratado de Derecho Penal*, t. I, 2ª ed. revisada y actualizada por Cobo del Rosal, M., Madrid, 1972, p. 843; Rodríguez Devesa, J.Mª., y Serrano Gómez, A., *Derecho penal español. Parte General*, 18ª ed., Dykinson, Madrid, 1995, p. 503.

<sup>7</sup> Carbonell Mateu, J.C., *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*, Edersa, Madrid, 1995, p. 50.

<sup>8</sup> Mezger, E., *Tratado de Derecho penal, op. cit.*, p. 394.

<sup>9</sup> Noll, P., “Tatbestand und Rechtswidrigkeit Dei Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung”, *ZStW*, 1965; Carbonell Mateu, J.C., *La justificación penal, op. cit.*, pp. 54 y ss.

<sup>10</sup> Carbonell Mateu, J.C., *La justificación penal, op. cit.*, pp. 57 y ss.

<sup>11</sup> *Ibidem*, pp. 65 y ss.; Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 468. En el mismo sentido, Mir Puig: “La razón material de la justificación puede verse en una situación de conflicto, que se produce en el momento de la conducta, entre el valor propio del bien jurídico atacado y otros intereses que el derecho considera prevalentes, o al menos equivalentes”. *Derecho penal. Parte General*, 8ª ed., PPU, Barcelona, 2008 p. 424.

## Referencia a las eximentes de estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber

El ordenamiento jurídico no sólo nos prohíbe u ordena que actuemos de determinada manera, sino que no vulneremos intereses por él protegidos. Pero quien quebranta un interés protegido por el Derecho para salvaguardar otro de mayor importancia no puede actuar antijurídicamente. La unidad del ordenamiento jurídico está presente y es determinante para apreciar la existencia de una acción antijurídica: es impenable que por una parte una ley vigente nos obligue a realizar algo, y por otra que sea punible según el derecho penal. Si ocurriera esto, no se preservaría la unidad del ordenamiento jurídico y además llevaría aparejada una enorme inseguridad jurídica. Esto supone que para decidir si una conducta es antijurídica, hay que preguntarse, en principio, si está permitida o era obligada con arreglo a otras normas jurídicas no penales. Por consiguiente, para formular el juicio sobre la antijuridicidad hay que tener en cuenta la totalidad del Derecho público y privado. “No hay una antijuridicidad específicamente penal. El fundamento de la antijuridicidad en nuestro ordenamiento jurídico, es de carácter general”.<sup>12</sup>

Los deberes y derechos pueden provenir del derecho público o del privado, no siendo suficiente un simple deber moral. Pueden derivarse tanto de un precepto legal como de otras disposiciones de rango inferior, como decretos leyes, órdenes ministeriales, disposiciones dictadas por las autoridades administrativas, convenios o tratados internacionales suscritos por España, e incluso, en algunos casos, deberes y derechos procedentes del derecho consuetudinario.<sup>13</sup>

No se puede considerar contrario al principio de legalidad el que en materia de justificación no se exija reserva de ley orgánica, porque en este caso no se trata de la creación de delitos, penas, causas de agravación o medidas de seguridad, sino que nos estamos moviendo en el campo de la negación de un elemento del delito.

Para Mir Puig<sup>14</sup> la función de *ultima ratio* del Derecho penal dentro del conjunto unitario del ordena-

miento jurídico es, “junto a la unidad del mismo, el fundamento de considerar normas extrapenales, fuente de la exclusión de la antijuridicidad”. Si el Derecho penal se opusiera al cumplimiento de un deber o el ejercicio de un Derecho, impuesto o reconocido por otra rama del ordenamiento, fuera jurídico, no cumpliría con su función de *ultima ratio*.

Dentro del conjunto del ordenamiento jurídico, corresponde al derecho penal la función de prevenir, prohibiendo y castigando, los hechos más lesivos de la vida social. Contradiría su función, pues, que prohibiera y castigara hechos obligados o permitidos expresamente por otro sector del mismo orden jurídico (es decir, hechos que se consideran positivos por el mismo derecho), pero es, en cambio, perfectamente adecuado a su función de “ultima ratio” que los hechos no prohibidos por la ley penal puedan hallarse prohibidos por normas no penales.<sup>15</sup>

Para que un derecho o un deber extrapenales justifique un hecho que se castiga por la ley penal con carácter general, en el ordenamiento jurídico se debe mantener la exigencia del deber o la existencia del Derecho, y de esta forma el hecho estará permitido y no podrá considerarse antijurídico. Determinados intereses entran en un momento en colisión con los penalmente protegidos, y el legislador opta en ese caso por permitir la conducta, por lo que esta es típica, pero no antijurídica. El conflicto se resuelve a favor de la ley no penal, es decir, a favor del deber o del Derecho reconocido por otra rama del ordenamiento. El ataque al bien jurídico no desaparece, pero la conducta que con carácter general está desaprobada, en ese caso concreto se permite, por la existencia de un interés que se considera más importante.

Si el derecho o el deber están realmente protegidos por el ordenamiento jurídico, es porque se otorga a su titular la posibilidad de ejercerlos, y si su derecho

<sup>12</sup> Rodríguez Devesa, J.M<sup>a</sup>, *Derecho penal español*, 6<sup>a</sup> ed., Dykinson, Madrid, 1977.

<sup>13</sup> Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español*, vol. II, 5<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 1997, pp. 179 y ss. Opinan en el mismo sentido de que el deber o el Derecho deben ser de carácter jurídico: Landeche Velasco, C., y MolinaBlázquez, C., *Derecho penal español. Parte General*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 287 y ss.; Rodríguez Devesa, J.M<sup>a</sup>, *Derecho penal español, op. cit.*, p. 437. Carbonell Mateu, por el contrario, no considera que el Derecho consuetudinario sea fuente de justificación, entendiendo que en materia de justificación “rige una reserva relativa de ley, que permite la existencia de una cláusula general de justificación que combine el respeto al principio de legalidad con la necesaria apertura a la totalidad del Derecho positivo como fuente de justificación” (Carbonell Mateu, J.C., *La justificación penal, op. cit.*, pp. 116 y ss.). Otros autores como Muñoz Conde admiten entre las fuentes de justificación de la conducta “razones políticas sociales o jurídicas que así lo aconsejan”. Muñoz Conde, F., *Teoría general del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p. 89.

<sup>14</sup> Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte General, op. cit.*, p. 481.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 482.

o deber entran en conflicto por encajar la conducta en una actuación delictiva, nos encontramos ante un conflicto de intereses cuya ponderación tendrá que resolverse, y comprobar si estamos o no ante una conducta justificada.

Como conclusión, las autorizaciones o los derechos que reconoce el Derecho público y el privado excluyen la antijuridicidad de la conducta con carácter general. Sería una contradicción para la seguridad jurídica que lo que nos permite u ordena una rama del ordenamiento jurídico fuera antijurídico para otro sector del mismo. Además, sería contradictorio con el principio de subsidiaridad y de *ultima ratio* del Derecho penal, como último recurso de la política social, que una conducta autorizada en cualquier campo del Derecho fuera a pesar de ello castigada penalmente.<sup>16</sup>

Ahora bien, el ejercicio de deberes o de derechos reconocidos en otras ramas del ordenamiento está sometido a ciertos límites. Aunque exista un derecho de actuar, no podrá quedar la conducta justificada si se sobrepasan los límites y se quebranta un interés más grave, es decir, si realizada la ponderación de los intereses en juego se quebranta un interés mayor que el que se trata de salvar. No será una conducta justificada la del padre que para educar a su hijo, en el ejercicio de la patria potestad que la ley le reconoce, lo somete a malos tratos. El ejercicio de un deber con abuso de derecho no puede estar justificado.

La proporcionalidad en el ejercicio del derecho y el interés quebrantado será el límite para considerar una acción típica, justificada o no. Determinar los límites del ejercicio del derecho no se puede solucionar de un modo general, sino que será necesario analizar cada caso en particular y realizar una ponderación de los intereses en conflicto. “El abuso comienza precisamente allí donde el interés lesionado o puesto en peligro por el ejercicio del derecho es superior al que proporciona”.<sup>17</sup> En el caso de los derechos-deberes, como es el caso del ejercicio de la patria potestad, en el que se incluye el derecho-deber de educar de los padres sobre los hijos, del que nos ocuparemos con detalle más adelante, desde el momento que se

utilice el derecho otorgado en dirección opuesta a la debida, o se dé un abuso en su ejercicio, el acto será antijurídico, como así lo reconoce el artículo 7.2 del Código Civil.<sup>18</sup>

Los usos sociales tendrán en este caso también su función de límite entre lo jurídico y lo antijurídico, ya que conductas orientadas a corregir o educar que en tiempos pasados eran consideradas normales en el ejercicio de la patria potestad, hoy son consideradas claramente como un abuso en el ejercicio del derecho-deber, y por tanto el padre que actuara sobrepasando los límites sociales según el principio de ponderación de intereses estará actuando de forma típica y antijurídica. Desde el momento que un derecho o un deber se ejerce de forma arbitraria, el ejercicio del mismo deja de ser legítimo.

## 2. Estado de necesidad

Una de las causas de justificación que de forma específica nos encontramos en el derecho de familia es el estado de necesidad, junto al cumplimiento de un deber. Conductas que son en principio constitutivas de detenciones ilegales, coacciones amenazas, etc., pueden estar justificadas por un estado de necesidad.

Se regula en el artículo 20, circunstancia 5ª, del Código Penal, y se define como “un estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente puede conjurarse mediante la lesión de intereses legítimos ajenos y que no da lugar a la legítima defensa, ni al ejercicio de un deber”.<sup>19</sup>

Tanto el estado de necesidad como la legítima defensa suponen una situación de peligro que sólo puede resolverse mediante un hecho típico. Y mientras en la legítima defensa se permite reaccionar frente a una persona que agrede de forma antijurídica, en el estado de necesidad se permite lesionar intereses de un sujeto que no realiza ninguna agresión ilegítima. En el primero de los casos, las personas que se enfrentan se encuentran en distinta posición ante el Derecho: el agresor infringe el ordenamiento, mientras que el defensor se halla en una situación legítima. En la se-

<sup>16</sup> Roxin, C., *Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 570.

<sup>17</sup> Carbonell Mateu, J.C., *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*, op. cit., pp. 145 y ss.

<sup>18</sup> Artículo 7 del Código Civil, “1º Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. 2º La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso”.

<sup>19</sup> Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 451.

## Referencia a las eximentes de estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber

gunda causa de justificación, el que causa el mal en estado de necesidad y el que lo soporta se hallan en la misma posición frente al Derecho. En la legítima defensa, es justa toda acción necesaria para repeler la agresión; por el contrario, en el estado de necesidad sólo será apreciado como causa de justificación cuando el mal causado sea menor que el que se trate de evitar.

Ello se debe a que,

ante el injusto agresor, el defensor, amparado por el Derecho, puede reaccionar en principio con todos los medios que sean necesarios para evitar que el injusto triunfe sobre el Derecho. En cambio, el conflicto entre dos personas que se encuentran en la misma situación ante el Derecho, que es lo que se produce en el estado de necesidad, sólo puede solucionarse a favor de una de ellas, si no causa en el otro un mal mayor que el que le amenaza: a igualdad de legitimidad en las situaciones de los sujetos, lo que decide el conflicto es la importancia de los intereses en juego.<sup>20</sup>

Para que pueda hablarse de un estado de necesidad, “es preciso que el mal que se causa no sea evitable por otro procedimiento menos perjudicial”.<sup>21</sup>

La opinión dominante en la doctrina actual<sup>22</sup> fundamenta esta eximente en la teoría de la diferenciación. Consideran que la circunstancia 5ª del artículo 20 del Código Penal regula conjuntamente dos grupos de casos de estado de necesidad: como causa de justificación y como causa de exculpación. El primer caso se da cuando el estado de necesidad surge de la colisión de dos bienes jurídicos de distinto valor, y el segundo caso cuando los bienes jurídicos en colisión son de igual valor. Cuando el mal causado sea menor del que se trataba de evitar es una causa de justificación, basada en el interés preponderante. Por el contrario, el estado de necesidad, en caso de conflicto entre intereses iguales, sería una simple causa de inculpatibilidad que tendría su fundamento

en la no exigibilidad de la conducta adecuada a la norma.<sup>23</sup>

De la opinión dominante, respecto de la concepción dualista de la eximente, discrepa Gimbernat Ordeig,<sup>24</sup> entre otros. Para este autor, el estado de necesidad, tanto en los supuestos de conflictos de bienes iguales como de conflictos entre bienes desiguales, se trata de una causa de exclusión de la antijuridicidad.

La razón por la cual el legislador renuncia a castigar, frente a todos y de manera general, la lesión de un bien jurídico (por ejemplo, integridad física, o libertad) para salvar otro de igual entidad reside —prescindiendo de casos extremos, como el de la tabla de Carneades, en que están en conflicto dos vidas— en que, a pesar de que sería posible, ese comportamiento no se quiere combatir con la pena, al contrario de lo que sucede en la exclusión de responsabilidad por ininputabilidad o por error invencible de prohibición, donde —por razones de inmotivabilidad del agente— la pena es ineficaz para luchar contra conductas cuya comisión se quería evitar.

Asimismo, añade que, con la antijuridicidad, el Derecho decide qué quiere prohibir frente a todos de forma general, mientras que en la culpabilidad renuncia a la pena en un caso concreto por su falta de eficacia intimidante frente a ciertos grupos de personas. En el estado de necesidad, estamos ante acciones que el Derecho no quiere prohibir con carácter general, pero que podía hacerlo porque los sujetos a los que se dirige la prohibición o el mandato sí serían motivables por la eficacia inhibitoria de la pena. No es éste el caso de los inimputables, en los que la pena no despliega una eficacia intimidante. Con esos grupos de personas, el derecho no castiga porque no quiere, sino porque no puede.

Para Gimbernat Ordeig<sup>25</sup> las restantes causas de justificación, legítima defensa, obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, implican una valoración positiva

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 453.

<sup>21</sup> Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español*, vol. III, Tecnos, Madrid, 1998, p. 14; Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 466; Muñoz Conde, F., *Teoría general del delito*, *op. cit.*, p. 102.

<sup>22</sup> Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 394; Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español*, vol. III, *op. cit.*, p. 26; Muñoz Conde, F., *Teoría general del delito*, *op. cit.*, p. 100, entre otros.

<sup>23</sup> Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español*, vol. III, *op. cit.*, p. 26; Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 394; Muñoz Conde, F., *Teoría general del delito*, *op. cit.*, p. 100.

<sup>24</sup> Gimbernat Ordeig, E., *Introducción a la Parte General del Derecho penal español*, UCM, Madrid, 1979, p. 62; y prólogo a Cuerda Riezu, A., *La colisión de deberes en Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 13 y ss.

<sup>25</sup> Gimbernat Ordeig, E., *Prólogo a Cuerda Riezu, A., op. cit.*, pp. 21 y ss.

de las conductas amparadas en ellas, mientras que en el caso del estado de necesidad entre bienes iguales no se lleva a cabo una valoración positiva de las conductas. Éstas son lícitas, conforme a Derecho, pero no están valoradas positivamente por el ordenamiento jurídico. En el estado de necesidad de bienes desiguales se da la valoración positiva cuando el mal causado es menor que el que se trataba de evitar.

En el estado de necesidad, cuando los bienes en conflicto son iguales, la impunidad se refiere a acciones realizadas por cualquier persona que sí es motivable por la pena, por lo que a Gimbernat Ordeig le parece obvio “que no puede fundamentarse su impunidad en la ausencia de culpabilidad —tanto si ésta se entiende como motivabilidad o como reprochabilidad— sino que habrá que desplazar el problema... a la antijuridicidad, donde de lo que se trata es precisamente de la exención de responsabilidad de personas motivables”.<sup>26</sup>

Mir Puig<sup>27</sup> difiere también de la opinión dominante, aunque admite un estado de necesidad justificante y un estado de necesidad exculpante. Afirma que hay que “desistir del empeño de cobijar en el artículo 2º.5º tanto el estado de necesidad justificante como el exculpante, y a continuación limitar el alcance de aquel precepto al estado de necesidad justificante, entendido en un sentido más restringido que el usual en nuestro país. El estado de necesidad exculpante debe entenderse comprendido por la eximente de miedo insuperable (artículo 20.6º del Código Penal) y, en lo que resultara insuficiente, por una eximente analógica”.<sup>28</sup>

Para la apreciación de la eximente será necesario, en primer lugar, que exista un estado de necesidad en el que actúe el sujeto, pero la ley no define dicho estado de necesidad. En principio, para apreciar dicho estado, “es necesario que exista un conflicto entre bienes e intereses y que la salvación de unos dependa del sacrificio de los otros”.<sup>29</sup> Los autores coinciden en que para que pueda hablarse de un estado de necesidad,

es preciso que la producción del mal sea inminente,<sup>30</sup> requisito que también exige la jurisprudencia.<sup>31</sup> No es precisa la inminencia del mal cuando con el transcurso del tiempo no se pueda aportar solución alguna al conflicto, como ocurre por ejemplo en el caso del aborto terapéutico, en el que la continuación del embarazo ponga en grave peligro la vida de la madre.

El peligro debe ser real y objetivo, y además es necesario que el mal sea grave; su comprobación estará a cargo del juez *ex ante*, quien debe enjuiciar la situación de acuerdo con comportamiento del hombre medio. El error puede fundamentar un estado de necesidad putativo, que dará lugar a una causa de exculpación en caso de ser invencible.

El mal que amenaza puede ser propio o ajeno, apareciendo en el segundo de los casos el llamado auxilio necesario, en el que se lesiona un bien jurídico ajeno, para solucionar el estado de necesidad en que se encuentra otra persona.

Es preciso, además, que no haya un modo menos lesivo de evitar el mal que amenaza. El Tribunal Supremo designa con la expresión “carácter absoluto” la exigencia de que la lesión o infracción realizadas sean la vía menos lesiva para evitar el mal.<sup>32</sup>

En el estado de necesidad, puede exigirse mayor frialdad al sujeto que en la legítima defensa, porque en ocasiones el peligro se prolonga en el tiempo, sin que se produzca una necesidad evidente de respuesta inmediata, como sucede en caso de agresión, donde por el efecto sorpresa cabe la legítima defensa.

El segundo requisito es “que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar”. El mal causado tiene, por tanto, que ser inferior al que se trata de evitar. Es una expresión del principio de proporcionalidad, como límite del estado de necesidad. Se trata de realizar una ponderación entre los bienes jurídicos en conflicto, y que no resulte lesionado el más importante. Ahora bien, la ley no se refiere a “bienes”, sino a “males” a la hora de realizar la comparación, por lo que habrá que tener en cuenta no sólo el valor del bien

<sup>26</sup> *Idem*. De la misma opinión de mantener la naturaleza unitaria de esta causa de justificación, Cuerda Riezu, A., *La colisión de deberes en Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 288 y ss.; Luzón Peña, D., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1978, pp. 243 y ss.; Silva Sánchez, J.M<sup>a</sup>, “Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1982, p. 664.

<sup>27</sup> Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 459.

<sup>28</sup> *Ibidem*, pp. 459 y ss.

<sup>29</sup> Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 395.

<sup>30</sup> Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal*, *op. cit.*, p. 13; Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 461.

<sup>31</sup> Sentencia Tribunal Supremo (en adelante, STS) del 22 de abril de 1983 (RJ 1983, 2300), y STS del 28 de marzo de 1996 (1996, 2195).

<sup>32</sup> STS del 25 de noviembre de 1985 (RJ 1985, 5472), STS del 25 de abril de 1994 (RJ 1985, 3431), STS del 16 de junio de 1995 (RJ 1995, 4576), STS del 28 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2195), STS del 14 de octubre de 1996 (1996, 7574), entre otras.



## Referencia a las eximentes de estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber

lesionado, sino también la forma en que se lesiona y la intensidad de la protección otorgada a cada uno de los bienes, porque la ponderación no será fácil de realizar si los bienes son heterogéneos. “De todos modos, en ningún caso la ponderación puede consistir en una operación matemática”.<sup>33</sup>

La justificación quedará excluida si la utilización de un bien jurídico para salvar otro se vincula al valor constitucional de la dignidad de la persona, según el cual no se puede instrumentalizar al individuo por otra persona, sacrificando derechos fundamentales. No se puede justificar un ataque grave a bienes personalísimos, como la libertad ni siquiera para evitar la comisión de un delito que sea más grave.<sup>34</sup> No puede justificarse la violación de la libertad de una persona inocente cuando es amenazada de muerte si no realiza lo que se le exige. Si una persona está amenazada de muerte por no violar un bien jurídico, y lleva a cabo la violación, su conducta no estará amparada por el estado de necesidad, aunque sea el único medio de evitar la amenaza.

No pueden considerarse lícitas conductas que suponen un grave atentado a la dignidad de la persona. No se puede usar la dignidad del hombre ni siquiera para evitar un mal, por lo que el estado de necesidad será una causa de justificación cuando el mal causado sea menor que el que se trata de evitar, siempre que la conducta no implique una grave infracción al respeto y dignidad de la persona, que no debe considerarse como un simple interés más en juego, y que hará ilícita la conducta.

El tercer requisito que exige la causa de justificación es “que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto”. Por lo tanto, la apreciación de la eximente quedará excluida cuando el sujeto crea la situación de conflicto entre dos bienes, de forma que la salvación de uno exige el sacrificio del otro. Se refiere a la provocación intencionada del estado de necesidad, por lo que no es suficiente con que a propósito se haya cometido un hecho que origina posteriormente el estado de necesidad. La intención se refiere al propio estado de necesidad

que se ha creado de manera directa u ocasional, pero quedan excluidos de este supuesto los casos en que la situación de necesidad ha sido creada por una imprudencia anterior del sujeto que crea con posterioridad esta situación, y que en este caso sí estaría amparado por la eximente.

No es necesario que el sujeto actúe con dolo directo al crear la situación de necesidad, pues basta con que considerara que era una consecuencia que iría necesariamente unida a la consecución del fin, o que fuera previsible la posibilidad de la provocación de la situación y contara con ella. La apreciación de la eximente es compatible con la provocación, por imprudencia, de la situación de necesidad.

Ahora bien, la opinión de la doctrina<sup>35</sup> es que aunque el estado de necesidad esté justificado, porque la situación de necesidad en sentido estricto no ha sido provocada con intención, con ello no desaparece la imprudencia anterior, quedando subsistentes las posibles responsabilidades a título de culpa. Por ejemplo, si un marido, conociendo el desequilibrio mental de su esposa que está en tratamiento psiquiátrico ambulatorio, actúa de forma imprudente desoyendo los consejos del médico que la trata, y provoca un agravamiento en su estado mental que hace necesario su internamiento en un hospital contra su voluntad, la privación de libertad estará justificada por el estado de necesidad, pero no las lesiones psíquicas que se han agravado, de las que responderá a título de imprudencia.

Si la situación se hubiera producido por una actuación dolosa del marido que, por ejemplo, no le proporciona las medicinas necesarias, buscando a propósito que la salud mental de su esposa se agrave, para poder ingresarla, no estaría amparado por el estado de necesidad y sería responsable de un delito de lesiones en concurso con una detención ilegal, porque la situación de necesidad ha sido provocada de manera dolosa.

Por último, el necesitado no debe tener por su oficio o cargo necesidad de sacrificarse. Se refiere este requisito a que determinadas profesiones conllevan un

<sup>33</sup> Carbonell Mateu, J.C., *La justificación penal...*, op. cit., p. 59; Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 464; Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 396.

<sup>34</sup> Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal*, op. cit., p. 35; Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 396; Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 471; Rodríguez Devesa, J.M<sup>º</sup>, y Serrano Gómez, A., *Derecho penal español*, op. cit., p. 579.

<sup>35</sup> Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal*, op. cit., p. 79; Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 397; Muñoz Conde, F., *Teoría general del delito*, op. cit., p. 103.

deber especial de soportar ciertos riesgos. Tiene que tratarse de un deber jurídico.<sup>36</sup> El deber jurídico de sacrificio tendrá sus límites en el alcance que le confieren las normas jurídicas que lo establecen. En estos supuestos de personas que por su oficio o cargo tienen la obligación de sacrificarse, existe un interés social preponderante, que es lo que obliga al sacrificio.<sup>37</sup>

### 3. Cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho: el ejercicio de la patria potestad y el derecho de corrección

En el número 7 del artículo 20 del Código Penal se exime de responsabilidad criminal al que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho oficio o cargo.

Para una opinión doctrinal, es la causa de justificación más clara, y hasta cierto punto es una declaración superflua, que tendría valor justificante aunque no se mencionara de forma expresa en la relación de eximentes, porque no cabe mayor justificación que la de cumplir un deber o ejercer legítimamente un derecho oficio o cargo.<sup>38</sup>

Para Cobo del Rosal y Vives Antón el número 7 del artículo 20 expresa

un principio tan evidente que parece obvio declararlo, quien obra conforme a derecho, no se comporta antijurídicamente. Su generalidad es notoria: hace referencia a todo Derecho público y privado y manifiesta la unidad del ordenamiento jurídico, entre cuyas diversas partes no puede haber contradicción. Se trata de una cláusula general de justificación, en virtud de la cual, las causas de justificación no forman en nuestro ordenamiento jurídico un sistema cerrado sino abierto.<sup>39</sup>

La función del Derecho penal dentro del conjunto unitario del ordenamiento jurídico sería una contradicción si el cumplimiento de un deber impuesto por una determinada rama del ordenamiento jurídico se considerase prohibido por el Derecho penal. A través de esta eximente se pone de relieve la unidad del ordenamiento jurídico, entre cuyas diversas ramas no puede haber contradicción. El fundamento es, pues, la unidad del ordenamiento.<sup>40</sup>

Mir Puig sostiene que la sola idea de la unidad del ordenamiento jurídico no puede imponer que lo lícito en un sector del Derecho lo sea también en todo el resto del ordenamiento, como se demuestra que no todo lo lícito para el Derecho penal lo debe ser para las demás ramas del Derecho. “Si lo lícito de un sector no penal del derecho no puede al mismo tiempo castigarse por el Derecho penal es por algo más que la unidad del ordenamiento jurídico: es por la función de *ultima ratio* del derecho penal dentro del conjunto unitario del ordenamiento jurídico”.<sup>41</sup>

Para que un deber o un Derecho no penales puedan justificar un hecho castigado con carácter general por la ley penal debe existir con previamente el derecho o la exigencia del deber en otra rama del ordenamiento. La expresión *legítimo* a que se refiere el precepto no significa que éste sea legal, sino jurídico, porque pueden crear derechos o regular profesiones u oficios con eficacia justificante fuentes distintas a la ley, aunque siempre estarán subordinadas y sometidas a ellas.<sup>42</sup> Ahora bien, debe tratarse de un deber jurídico, no siendo suficiente un deber moral.<sup>43</sup> Quien obra en cumplimiento de un deber jurídico lleva a cabo una conducta lícita, condición necesaria para, por un lado, preservar la unidad del ordenamiento como fuente de las causas de justificación y, por otro, dotar al ciuda-

<sup>36</sup> Cerezo Mir, J.: *Curso de Derecho penal, op. cit.*, p. 52; Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte General, op. cit.*, p. 398; Muñoz Conde, F., *Teoría general del delito, op. cit.*, p. 104, no exige un deber jurídico, siendo para este autor suficiente con un deber social. “Los límites de la exigencia de sacrificio deben coincidir con los límites legales o sociales del ejercicio de su profesión.”

<sup>37</sup> Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte General, op. cit.*, p. 398.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 363; Muñoz Conde, F., *Teoría general del delito, op. cit.*, p. 109.

<sup>39</sup> Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte General, op. cit.*, p. 363. De la misma opinión, Carbonell Mateu, J.C., “La justificación penal...”, *op. cit.*, p. 111; Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal, op. cit.*, p. 56.

<sup>40</sup> Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español, op. cit.*, p. 56; Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte General, op. cit.*, p. 363; Carbonell Mateu, J.C., *La Justificación penal, op. cit.*, p. 111; Landecho Velasco, C., y Molina Blázquez, C., *Derecho penal español, op. cit.*, p. 296.

<sup>41</sup> Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte General, op. cit.*, p. 481.

<sup>42</sup> Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte General, op. cit.*, p. 363.

<sup>43</sup> Esta opinión es unánime en la doctrina y la jurisprudencia: Carbonell Mateu, J.C., *La justificación penal, op. cit.*, p. 111; Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español, op. cit.*, p. 55; Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte General, op. cit.*, p. 363; Landecho Velasco, C., y Molina Blázquez, C., *Derecho penal español, op. cit.*, p. 296, y, por todas, STS del 13 de mayo de 1982 (RJ 1982, 2669).

## Referencia a las eximentes de estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber

dano de seguridad jurídica. El que ejerce un derecho reconocido por otra rama del ordenamiento no puede realizar una conducta antijurídica penalmente.

El fundamento de esta causa de justificación se encuentra, como en todas las eximentes, en el interés preponderante, aunque de entrar en colisión dos deberes del mismo rango la conducta será jurídica si se cumple con cualquiera de ellos. La ponderación de los deberes jurídicos se llevará a cabo mediante una ponderación de los intereses en conflicto, y se deberá cumplir con el deber o ejercer el derecho que resulte más importante en la comparación.

El cumplimiento del deber o el ejercicio del derecho deben realizarse dentro de los límites legales, y con la finalidad que prevé la norma de que se trate, porque de lo contrario la conducta no será abarcada por la eximente, pues se trataría de casos de “exceso” y el ejercicio de esta forma sería ilegítimo.<sup>44</sup> Cualquier tipo de realización del propio derecho, ejercitado fuera de los cauces legales, es antijurídico y no puede dar lugar a ningún tipo de causa de justificación, salvo que se den los presupuestos de la legítima defensa o del estado de necesidad.

Para saber si una persona actúa dentro de sus competencias es necesario tener presente el contenido de la regulación jurídica que rige dicha actuación. La cuestión es trascendente, porque no siempre la regulación jurídica extrapenal que sirve de base a la eximente es suficientemente clara, como ocurre en el derecho-deber de educar a los hijos y pupilos de padres y tutores, dejando amplio espacio a la discrecionalidad, teniendo que valorar el juez en cada caso los presupuestos objetivos, o los límites jurídicos de la actuación. El interés del menor, y la moderación

de la medida correccional al educar serán los criterios de ponderación para ver si la conducta del padre o tutor está o no justificada. Siempre estarán presentes los principios generales de las causas de justificación, de ponderación de los intereses en conflicto y de proporcionalidad de los medios empleados, y como ya hemos puesto de manifiesto, el exceso en el ejercicio del derecho o en el cumplimiento del deber dará lugar a que no pueda apreciarse la eximente.

Los supuestos comprendidos en esta causa de justificación son numerosos, porque el cumplimiento de cualquier deber jurídico o el ejercicio legítimo de cualquier derecho, recogidos en cualquier sector del ordenamiento, pueden dar lugar a su aplicación.

Quien realiza una acción típica en cumplimiento de un deber que viene impuesto por otra norma, o ejerce legítimamente un derecho, actúa en principio jurídicamente. Ahora bien, en ciertos supuestos, aunque el interés salvado sea preponderante, la conducta será delito si se atenta gravemente contra la dignidad humana: el médico que alimenta por la fuerza a un recluso en huelga de hambre puede cometer un delito de coacciones, si el interno ha manifestado su negativa clara y acepta ser alimentado, aunque el profesional alegue que obró en cumplimiento de un deber.<sup>45</sup> La misma polémica suscita el hecho de administrar transfusiones de sangre de forma coactiva a personas que se niegan a ello por sus convicciones religiosas.

Muy distinta es la situación cuando la persona que requiere el tratamiento para salvar la vida es un menor, y son sus padres quienes niegan el consentimiento debido a sus convicciones religiosas. Respecto de este problema, es muy importante la Sentencia del Tribunal Supremo del 27 de junio de 1997 (RJ

<sup>44</sup> Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español*, op. cit., p. 55; Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 363; Muñoz Conde, F., *Teoría general del delito*, op. cit., p. 109; Rodríguez Devesa, J.M.<sup>a</sup>, *Derecho penal español*, op. cit., p. 438.

<sup>45</sup> La intervención médica en el ámbito penitenciario se plantea de forma crítica, al declararse en huelga de hambre reclusos pertenecientes al GRAPO, que protestaban por su dispersión en diversas cárceles españolas. Las situaciones de los reclusos en huelga de hambre pueden ser de carácter muy diverso, y no se puede dar una solución con carácter general, pero el caso concreto de los GRAPO despertó una viva polémica en la doctrina. Parte de ella opina que alimentar forzosamente a una persona en huelga de hambre constituye un delito de coacciones, y puede existir un concurso de delitos contra la integridad moral. De esta opinión, Bueno Arús, F., “Notas sobre la Ley General Penitenciaria”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, núms. 220-223, p. 12; Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español*, op. cit., p. 61; Gómez Pavón, P., *Tratamientos médicos. Su responsabilidad penal y civil*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 150 y ss.; Díez Ripollés, J.L., “La huelga de hambre en el ámbito penitenciario”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 30, 1986, p. 603. De opinión contraria, Luzón Peña, que admite en todos los casos en que la huelga de hambre ponga en peligro la vida, la aplicación de la eximente de estado de necesidad tiene para este autor la naturaleza de causa de justificación. Luzón Peña, D., “Estado de necesidad e intervención médica en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y autolesión: algunas tesis”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 238, 1987, pp. 55 y 56. En el mismo sentido, Gimbernat Ordeig, E., *Justificación y exculpación en Derecho penal español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (Legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)*, op. cit., pp. 69 y ss. Asimismo, García Valdés, C., *Régimen penitenciario de España*, Instituto de Criminología/Universidad de Madrid, 1975, p. 197, admite la aplicación de la eximente, siempre que exista un grave peligro para la vida, o un grave riesgo para la salud.

1997, 4987), porque se manifiesta respecto de este problema, tanto cuando el enfermo es un menor de edad como cuando es mayor, y si debe o no tener relevancia la negativa a otorgar el consentimiento. En esta sentencia el tribunal deja claro que, en la ponderación entre los derechos en conflicto entre la vida y la libertad religiosa, si la vida que corre peligro es la de un menor, no debe tenerse en cuenta la falta de consentimiento de los padres, porque pone en peligro intereses ajenos (en este caso la vida del menor, interés que exige una protección especial).<sup>46</sup> La sentencia condenó a los padres por un homicidio doloso por omisión, ya que el menor falleció por no administrarle la necesaria transfusión, con la atenuante de arrebato u obcecación muy cualificada.

La existencia de un deber jurídico, la necesidad y la ponderación de los bienes jurídicos en conflicto, junto con el consentimiento del paciente, serán los requisitos para apreciar la eximente de cumplimiento de un deber en este terreno, teniendo siempre presente que, en ningún caso, el cumplimiento del deber puede lesionar la dignidad de la persona.

El Código Civil, en el último inciso del artículo 154, y en el 268, otorga a padres y tutores la obligación de educar a los hijos y pupilos, por lo cual nos encontramos con un precepto que puede fundamentar una causa de justificación en el ejercicio de un derecho o en el cumplimiento de un deber.<sup>47</sup>

Este derecho o deber de los padres de educar a los hijos en el ejercicio de la patria potestad plantea un debate en la doctrina, respecto de cuál sea su funda-

mento y cuáles los límites de su ejercicio. Gran parte de las opiniones se refieren al problema que plantea el uso de la violencia en el ejercicio de este derecho, pero también se plantea el mismo problema al analizar si los padres pueden o no privar de libertad a su hijo menor o coaccionarlo o amenazarlo, hechos en los que no concurre la violencia pero sí la intimidación y en qué casos los hechos estarán justificados, o, por el contrario, comete un delito de detención ilegal, amenazas o de coacciones.

El Código Civil atribuye a los padres con carácter indisponible la patria potestad sobre los hijos menores, teniendo la obligación legal de alimentarlos, protegerlos y educarlos. Para el cumplimiento de estos deberes, es necesario, en ocasiones, la adopción de ciertas medidas que lesionan bienes jurídicos del menor y que estarán justificadas siempre que se lleven a cabo de forma razonable, moderada y en su beneficio. Lejos quedan los tiempos históricos en que los hijos estaban sujetos al padre de familia, que ejercía su poder absoluto sobre ellos, teniendo un verdadero poder de disposición sobre el casamiento, educación y vida de los mismos, a los que podía vender como esclavos, e incluso acabar con su vida. En tiempos de los visigodos, la patria potestad aparecía configurada como un *officium* en beneficio del hijo, pero se reconocía de forma expresa el derecho de castigarlos, derecho que permanece en Las Partidas<sup>48</sup> y en el Código Civil hasta la importante reforma, llevada a cabo por Ley 11/1981, del 11 de mayo, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio,

<sup>46</sup> STS del 27 de junio de 1997 (RJ 1997, 4987). En ella se condena a los padres de un menor que no otorgaron su consentimiento para que se le transfundiera sangre, necesaria para salvar su vida. Según esta sentencia: “La ponderación (entre los intereses en conflicto) varía sustancialmente si la vida que corre peligro por la negativa u oposición a la necesaria transfusión sanguínea es la de un menor. El adulto capaz puede enfrentar su objeción de conciencia al tratamiento médico, debiéndose respetar su decisión, salvo que con ello ponga en peligro derechos o intereses ajenos, lesione la salud pública u otros bienes que exigen especial protección. Muy distinta es la situación cuando la persona que requiere el tratamiento para salvar la vida o evitar un daño irreparable es un menor”. En esta sentencia se condena a los padres del menor por un homicidio doloso por omisión, con la atenuante de arrebato u obcecación, como muy cualificada.

<sup>47</sup> Art. 154 del Código Civil: “Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres.

La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica. Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades:

1º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2º Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad.”

Artículo 268 del Código Civil: “Los tutores ejercerán su cargo de acuerdo con la personalidad de sus pupilos, respetando su integridad física y psicológica. Cuando sea necesario para el ejercicio de la tutela, podrán recabar el auxilio de la autoridad”.

Artículo 269 del Código Civil: “El tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular: 1º a procurarles alimentos. 2º a educar al menor y procurarle una formación integral...”

<sup>48</sup> Las Partidas dedican una ley a explicar el significado de la potestad del padre. Partidas 4, 17, 3. No es como el poder que tiene el señor sobre el esclavo, ni como la jurisdicción del rey o de los jueces, ni como la autoridad del obispo sobre sus clérigos o del abad sobre sus monjes..., es “ligamiento de reverencia, e de castigamiento que debe aver el padre sobre su fijo”. Lacruz Berdejo, J.L., et al., *Elementos de Derecho civil*, vol. IV: *Derecho de familia*, Bosch, Barcelona, 1989, p. 217.

## Referencia a las eximentes de estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber

que sustituyó a la institución anterior de corte autoritario, por una patria potestad compartida por los padres y centrada en el respeto a la personalidad del menor, acorde con las exigencias constitucionales desde el punto de vista del principio de igualdad.<sup>49</sup>

Tras esta reforma, Código Civil no hace ya mención a la facultad de “corregir y castigar moderadamente” que se incorporaba en el artículo 154.2, antes de la reforma de 1981, sino que se refería solamente a “corregir”, siempre que se haga razonable y moderadamente, cometiéndose, en caso de abuso, un delito contra el menor.

Con la reforma de 1981, el legislador se propuso tres objetivos: estructurar la patria potestad como función dual del padre y de la madre; erigir en principio básico el respeto a la personalidad del hijo; y acentuar la intervención y vigilancia del juez en consideración del interés del hijo. Esto conduce a dar preponderancia a la personalidad del menor sobre la autoridad paterna, y a poner límites al sistema correctivo.<sup>50</sup> Sólo en beneficio del menor y de forma moderada serán lícitas las medidas que lesionen determinados bienes protegidos penalmente, teniendo presentes las exigencias constitucionales respecto del conjunto de derechos y libertades que la misma proclama.

Los artículos 154 y 268 del Código Civil fueron modificados nuevamente por Ley 54/2007, del 28 de diciembre, y como consecuencia de esta modificación desaparece expresamente de su redacción el derecho de corrección de padres y tutores, justificando la supresión en los requerimientos realizados por el Comité de los Derechos del Niño, ya que podía no estar de acuerdo con el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. El Código Civil ya no recoge de forma expresa el de-

recho de corrección de los padres y tutores, pero sí el deber de educarlos, y corregirlos, el cual se encuentra incluido en el ejercicio de la patria potestad.

El derecho de corrección es un deber que compete a los padres, por lo que puede ser incluido en el cumplimiento del deber. Sólo viendo en la corrección el cumplimiento de un deber en beneficio del corregido, se comprende claramente la naturaleza y límites de este derecho.<sup>51</sup>

Para Polaino Navarrete se trata de un derecho-deber, ya que implica unas exigencias al titular del mismo porque “tales atribuciones jurídicas se ofrecen como supuestos de derechos cualificados por la exigencia de la correlativa observancia de una obligatoriedad legal”,<sup>52</sup> y la mayoría de la doctrina trata la corrección de los hijos dentro de la eximente del ejercicio de un derecho que se establece en beneficio del corrigiendo, para el cumplimiento de las finalidades educativas.<sup>53</sup>

Por su parte, la jurisprudencia ha insistido en el carácter de *oficium* que tiene la patria potestad en beneficio del hijo, afirmando que “En el régimen de la patria potestad la titularidad del padre, más que como verdadero derecho, debe configurarse como función, o si se quiere como deber”.<sup>54</sup>

No creemos que tras la reforma del Código Civil el derecho de corrección haya desaparecido, sino que permanece vigente dentro del ejercicio de la patria potestad y no tiene carácter de derecho subjetivo, sino más bien es una potestad que el Derecho atribuye a los padres con carácter indisponible como medio para el desempeño de unos fines legalmente determinados: alimentar proteger y educar a los hijos.<sup>55</sup> El Derecho subjetivo, aunque existen diversas definiciones sobre el concepto, consiste en la “prerrogativa concedida

<sup>49</sup> Prats Canut, J.M., “Comentario al artículo 163 del Código Penal”, en Quintero Olivares, G., y Morales Prats, F. (dirs.), *Comentarios a la Parte Especial de Derecho penal*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, p. 183.

<sup>50</sup> Lacruz Berdejo, J.L., et al., *Elementos de Derecho civil*, vol. IV: *Derecho de familia*, op. cit., p. 222.

<sup>51</sup> Antón Oneca, J., *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Akal, Madrid, 1986, p. 284.

<sup>52</sup> Polaino Navarrete, M., *El delito de detención ilegal*, Aranzadi, Pamplona, 1982, p. 162. En el mismo sentido, Landecho Velasco, C., y Molina Blázquez, C., *Derecho penal español*, op. cit., p. 299: “En el caso presente se da una mezcla de las dos partes de la eximente del artículo 20.7º, ya que los padres tienen el deber de educar a sus hijos no emancipados, pero el modo de ejercitar dicho deber queda en su potestad y por ello constituye un derecho”.

<sup>53</sup> Rodríguez Devesa, J.Mª., *Derecho penal español*, op. cit., p. 440. En el mismo sentido, Bustos Ramírez, J., *Derecho penal. Parte General*, actualizada por Hormazábal Malarée, PPU, Barcelona, 1994, p. 348; Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal*, op. cit., p. 74; Mir Puig, S., *Derecho penal*, op. cit., p. 491; Octavio de Toledo y Ubieto, E., y Huerta Tocildo, S., *Derecho penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, Rafael Castellanos, Madrid, 1986, p. 252.

<sup>54</sup> Sentencia Audiencia Provincial (en adelante, SAP) de Córdoba, 9 de marzo de 2004 (ARP 2004, 126721); SAP de Madrid, 29 de marzo de 2007 (ARP 2007, 272045); SAP de Madrid, 26 de septiembre de 2007 (ARP 2007, 353748).

<sup>55</sup> Lacruz Berdejo, J.L., et al., *Elementos de Derecho civil*, vol. IV: *Derecho de familia*, op. cit., p. 215; Prats Canut, J.M., “Comentario del artículo 163 del Código penal”, op. cit., pp. 183 y 184.

a una persona, por el derecho objetivo, de disponer como dueño de un bien, que se reconoce que le pertenece, bien como suyo, bien como debido”, y “todo Derecho subjetivo supone un bien o un valor ligado al sujeto persona por un lazo de pertenencia, consagrado por otra parte por el Derecho objetivo, de suerte que esa persona puede decir que ese bien o valor es suyo”.<sup>56</sup>

A la vista de esta definición, entendemos que la obligación de educar a los hijos, comprendida en el ejercicio de la patria potestad, no puede entenderse como un Derecho subjetivo, porque el titular de este tipo de derechos los ejerce en su provecho y su ejercicio es libre, mientras que el ejercicio de la patria potestad se otorga a los padres para que cumplan con unos deberes que les impone la ley —cuidar, alimentar y educar a sus hijos—. Cuando concurre un deber es obligatorio cumplirlo, y no hacerlo puede llegar a ser delictivo, mientras que los derechos pueden ejercerse o no, y por lo tanto son una facultad.<sup>57</sup>

El problema se plantea al intentar delimitar este derecho y decidir qué conductas van a estar justificadas y cuáles, por el contrario, serán constitutivas de delito. La doctrina civilista critica la redacción del Código Civil porque suele emplear términos valorativos, creando así gran inseguridad jurídica, tanto en los deberes que conlleva el ejercicio de la patria potestad como en el deber de educar a los hijos. Términos como “en beneficio de los hijos”, “de acuerdo con su personalidad”, “corregir razonable y moderadamente” son constantes en esta institución, que hacen que sean de “difícil apreciación y reducción a medidas jurídicas concretas y objetivas”.<sup>58</sup>

El empleo de estos términos valorativos en el Código Civil es precisamente lo que origina el pro-

blema de delimitar qué es razonable y moderado, y qué sobrepasa estos límites, constituyendo, por tanto, un abuso en el ejercicio del derecho de corrección. El empleo de conceptos jurídicos indeterminados y de cláusulas que dejan amplio espacio a la discrecionalidad concede al arbitrio judicial la decisión de valorar los límites jurídicos de la actuación en cada caso. “Los factores culturales”,<sup>59</sup> “el medio social”<sup>60</sup> o “las concepciones ético sociales vigentes en la sociedad”,<sup>61</sup> o valorar si se ha creado o no un riesgo jurídicamente desaprobado son los criterios a los que remite la doctrina penalista, para determinar si el castigo del hijo por sus padres está justificado, o si, por el contrario, es un abuso del derecho y por tanto constituye un delito.

En efecto, el momento histórico y la sociedad concreta serán decisivas para interpretar los límites de la corrección en la educación, porque medidas que hoy son inaceptables en nuestra sociedad se consideran perfectas en otros países o en otros momentos históricos.

La doctrina no mantiene una opinión unánime, por ejemplo, sobre si la privación de libertad de un menor por sus padres, en el ejercicio del derecho de corrección, puede estar o no justificada.<sup>62</sup> Muñoz Conde<sup>63</sup> opina que “la pedagogía moderna considera perjudicial el ejercicio de la violencia como medio de corrección y mucho más si llega hasta el punto de constituir un hecho típico delictivo. Los principios de proporcionalidad y necesidad de la violencia que algunos invocan aquí están de más, porque en ningún caso debe admitirse como corrección la violencia. Tampoco la privación de libertad debe ser usada en la educación...”

<sup>56</sup> Dabin, J., *El Derecho subjetivo*, trad. J. Osset, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pp. 100 y ss.

<sup>57</sup> Quintero Olivares, G., *Derecho penal. Parte General*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 1999, p. 489.

<sup>58</sup> Lacruz Berdejo pone de manifiesto este problema: “acaso el principal defecto de la reforma consista en el peligro —oportunidad, al menos— de inseguridad jurídica a que puede dar lugar su afán de flexibilidad y de respeto a la personalidad del hijo: expresiones y conceptos como ‘de acuerdo con su personalidad’, ‘procurarles una formación integral’, ‘si los hijos tuvieren suficiente juicio’ (artículos 154 y 156 del Código Civil), validez de los actos realizados ‘conforme al uso social y a las circunstancias’, ‘en interés del hijo’ (artículo 156), ‘apartar al menor de un peligro’ (artículo 158)”. *Elementos de Derecho civil*. vol. IV: *Derecho de familia*, op. cit., p. 222. Creemos que este autor tiene razón al poner de manifiesto la cantidad de términos valorativos que se han empleado al regular la patria potestad en el Código Civil, pero no podemos en estar de acuerdo en la crítica sobre “el afán de flexibilidad y de respeto a la personalidad del hijo” del legislador, que nos parece muy loable.

<sup>59</sup> Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 366.

<sup>60</sup> Mir Puig, S., *Derecho penal*, op. cit., p. 491.

<sup>61</sup> Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español*, op. cit., p. 74.

<sup>62</sup> La mayoría de la doctrina, al hablar de los límites de este derecho, se refiere al uso de la violencia física, y por tanto contempla las lesiones que pueden ser causadas al menor. Admite un resultado lesivo constitutivo de una falta, pero en ningún caso lo admite si los hechos son constitutivos de delito. Octavio de Toledo y Ubieto, E., y Huerta Tocildo, S., *Derecho penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, op. cit., p. 252.

<sup>63</sup> Muñoz Conde, F., *Teoría general del delito*, op. cit., p. 111.

## Referencia a las eximentes de estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber

Prats Canut<sup>64</sup> sostiene que no puede operarse para evaluar cualquier conducta en el derecho de corrección, con criterios mecanicistas, ya que “el ejercicio de cualquier acto legítimo, fundado en una fuente legal, no opera automáticamente como justificación, y necesariamente debe ponderarse el conflicto con criterios materiales”. En cuanto a la privación de libertad del menor en virtud del derecho de corrección, este autor opina que estamos ante atentados particularmente graves a un derecho fundamental, como la libertad, “que pocas veces se podrá ver cohonestado por el llamado derecho de corrección”.

Para Cobo del Rosal y Vives Antón<sup>65</sup> los límites de este derecho deben trazarse sobre la base de factores culturales, pero destacando que los límites son cada vez más restringidos y teniendo en cuenta las declaraciones constitucionales, que representan la concreción de un orden objetivo de valores que inciden sobre la corrección, impidiendo tratos inhumanos y degradantes, pero admitiendo la corrección moderada.

La doctrina<sup>66</sup> es unánime al opinar que ningún acto del que se deriven para el menor lesiones graves, es decir, la violencia física constitutiva de infracción penal no debe admitirse en la eximente, y en ningún caso la violencia habitual sobre los hijos puede ser aceptada. El artículo 153<sup>67</sup> del Código Penal castiga como delito el ejercicio habitual de la violencia física sobre los hijos sujetos a la patria potestad, con independencia de los resultados de lesiones. Es más, el parentesco funciona en estos casos como una agravante, puesto que son delitos contra las personas, por lo que las conductas en que se produzcan lesiones a menores se verán agravadas y en ningún caso serán justificadas.

Ahora bien, en nuestra opinión, un castigo de no salir una tarde o una leve bofetada pueden justificarse en virtud del derecho de corrección.<sup>68</sup> No podemos estar de acuerdo con los autores que consideran que ningún tipo delictivo puede estar justificado, en ningún caso por este derecho.<sup>69</sup> Bustos Ramírez<sup>70</sup> no admite que ninguna conducta típica pueda justificarse por el derecho de corrección, porque no hay un derecho sobre los bienes jurídicos de otra persona, sobre todo los personalísimos, por lo que “el ejercicio de este derecho sólo puede implicar, a lo más, determinadas faltas contra la persona, que estén dentro de los riesgos que implica el ejercicio de tal derecho o su efectividad”.

Pues bien, opinamos que aunque ha desaparecido del Código Civil el derecho de corrección de forma expresa, el derecho de corregir a los hijos sigue vigente al amparo del ejercicio de la patria potestad: castigar a un niño a no salir de su habitación durante una tarde es privarlo de la libertad de abandono y, por tanto, constituye una conducta típica de detención ilegal. En este delito no existe la conducta constitutiva de falta, luego debemos reconocer que se ha realizado una detención típica que menoscaba la libertad del menor, que es precisamente lo que protege el tipo del artículo 165, agravando la pena por tratarse de un menor, pero la privación de libertad puede estar justificada en virtud del fin perseguido, que es la educación del menor;<sup>71</sup> por ejemplo, castigar a un niño de 12 años a no salir una tarde porque debe estudiar para un examen que hará al día siguiente, creemos que es una conducta moderada, razonable y en beneficio del menor, y que busca la formación integral del mismo.

<sup>64</sup> Prats Canut, J.M., “Comentario del artículo 163 del Código penal”, *op. cit.*, p. 184.

<sup>65</sup> Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 366 y ss.

<sup>66</sup> Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal*, *op. cit.*, p. 74. Mir Puig, S., *Derecho penal*, *op. cit.*, p. 74; Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, pp. 366 y ss.; Mir Puig, S., *Derecho penal*, *op. cit.*, p. 490; Octavio de Toledo y Ubieto, E., y Huerta Tocildo, S., *Derecho penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, Rafael Castellanos, Madrid, 1986, p. 252; Bustos Ramírez, J., *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 348; Rodríguez Devesa, J.M.<sup>a</sup>, *Derecho penal español*, *op. cit.*, p. 440.

<sup>67</sup> Artículo 153 del Código Penal: “El que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halla ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare”.

<sup>68</sup> Cerezo Mir, J., *Curso de derecho penal*, *op. cit.*, p. 74; Mir Puig, S., *Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 491 y ss.; Quintero Olivares, G., *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 489.

<sup>69</sup> Muñoz Conde, F., *Teoría general del delito*, *op. cit.*, p. 111; Octavio de Toledo y Ubieto, E., y Huerta Tocildo, S., *Derecho penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, *op. cit.*, p. 252. Estos autores realizan esta afirmación, pero se refieren al delito de lesiones, sin hacer en ningún caso referencia a otras conductas típicas. Bustos Ramírez, J., *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 348.

<sup>70</sup> Bustos Ramírez, J., *idem*.

<sup>71</sup> Otros autores excluyen la tipicidad de la conducta fundamentando su postura en la tolerancia social y en la insignificancia de la lesión al bien jurídico. En este sentido, Díaz y García Conlledo, M., “La corrección de los padres a los hijos: consecuencias jurídico penales de la reforma del art. 154 del Código Civil”, *Revista Penal*, julio de 2010.

Estamos totalmente de acuerdo con Roxin en que sería pedagógicamente deseable poder renunciar a todo tipo de castigos, “pero sería desconocer la realidad de la vida suponer que en las condiciones sociales y psicológicas actualmente existentes”<sup>72</sup> todos los padres iban a poder arreglárselas prescindiendo completamente de este tipo de castigos.

Es cierto que la voluntad del legislador en la reforma del Código Civil de 1981, y en la de 2007, fue excluir del ejercicio legítimo de la patria potestad los malos tratos; pero, desde nuestro punto de vista, no admitir en ningún caso la realización de una conducta típica como medio de educar al hijo nos conduciría a resultados inadmisibles: una leve bofetada a un hijo menor, aun siendo necesaria, sería una acción anti-jurídica, al igual que si el menor es castigado a no abandonar su habitación una tarde, acciones frente a las que cabría legítima defensa propia o de terceros. El límite del derecho de corrección “no ha de buscarse tanto en la gravedad material del resultado lesivo, que puede ser aleatorio, sino en la moderación de la conducta correctiva”.<sup>73</sup>

Valga como ejemplo el caso de la madre que da una bofetada a su hijo en el cuarto de baño, con la mala suerte de que el niño se pega en el labio con el lavabo, comenzando a sangrar; son hechos probados en la Sentencia del Juzgado de lo Penal, núm. 3, de Jaén 506/2008, del 26 de noviembre (JP 2009, 34972).<sup>74</sup> En este caso, se impuso a la madre una pena de prisión de 45 días y una pena de alejamiento del menor de un año y 45 días, al aplicársele el artículo 153 del Código Penal, pena de imposición obligatoria y de la que se le eximió el cumplimiento por la vía del indulto. Resulta paradójico que, por un lado, el legislador obligue a la imposición de una pena de prisión y, por otro, aleje a la madre del menor y luego la exima de pena por medio del indulto para evitar las evidentes consecuencias negativas que se habrían derivado del cumplimiento de la pena, pues la acusada tenía otro hijo menor, además de la víctima, y la única solución habría sido alejar al sujeto pasivo del hogar familiar, lo cual, en consideración de la Sala, no sería proporcionado ni necesaria la pena para la educación

ni para la protección del menor.<sup>75</sup> La conducta descrita en los hechos probados, a nuestro juicio, debería haberse considerado como una imprudencia impune, o un hecho justificado en virtud de la finalidad correctiva de la medida.

Los padres que impiden abandonar la habitación una tarde a un menor bajo su tutela o patria potestad realizan una detención típica porque encierran a un menor privándolo de libertad; pero siempre que la medida sea proporcional, moderada y en beneficio del menor, es adecuada al fin de la educación y, por lo tanto, estará justificada. No creemos que la voluntad del legislador sea imponer una pena de ocho años y medio a nueve años de prisión al padre que por educar a su hijo, y en su beneficio, lo castigue una tarde. Sería en este caso de aplicación el tipo agravado de detención ilegal del artículo 165, por ser la víctima un menor, con la agravante de parentesco. La conducta, como no puede ser de otra manera, es típica pero está justificada.

Los artículos 154 y 268, en su redacción actual, reconocen el derecho de padres y tutores a educar a sus hijos y pupilos, pero no expresan claramente qué hacer en el supuesto de un hijo que en un momento dado tiene una discusión con sus padres y se niega a hacer lo que es oportuno para su educación. El Código Civil sólo se refiere a que los padres y tutores “podrán recabar el auxilio de la autoridad”, pero sería absurdo y fuera de toda realidad entender que el legislador está pensando en esta medida como única solución y que hay que recabar dicho auxilio cuando el menor, un niño de seis años, por ejemplo, no quiere estudiar, se niega a lavarse los dientes o no quiere irse a la cama.

Dicho esto, es necesario aclarar que no toda conducta que constituya una falta de lesiones o de cualquier otro delito debe estar justificada. Para ello es imprescindible que concurren los elementos objetivos y subjetivos que exige la eximente. Los elementos objetivos se recogen en el artículo 154 del Código Civil respecto de los padres, y en el 268 respecto de los tutores, y están constituidos por la exigencia de que la medida correctiva sea razonable y moderada. Requisitos del ejercicio de este deber de corrección son la necesidad y la proporcionalidad, en busca de la fina-

<sup>72</sup> Roxin, C., *Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 752.

<sup>73</sup> Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 491.

<sup>74</sup> La acusada riñó a su hijo por no hacer los deberes del colegio y el niño le tiró una zapatilla y se encerró en el servicio. Cuando la madre consiguió abrir la puerta, agarró al niño y le dio un golpe que hizo que se diera con la nariz contra el lavabo y sangrara de forma accidental. Se condenó a la madre a 45 días de prisión y a una pena de alejamiento del menor de un año y 45 días.

<sup>75</sup> En este sentido, Díaz y García Conlledo, M., “La corrección de los padres a los hijos...”, op. cit., p. 111.



## Referencia a las eximentes de estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber

lidad educativa y el bien del menor,<sup>76</sup> y siempre de acuerdo con su personalidad.

La edad del hijo debe tenerse en cuenta para determinar si la medida educativa es, o no moderada, puesto que no es lo mismo ejercitar este derecho cuando se trate de un menor de, por ejemplo, ocho años, que cuando el hijo tenga 17.

El otro parámetro para determinar la moderación y la proporcionalidad vendrá determinada por las concepciones ético-sociales realmente vigentes, presididas por la interpretación constitucional de los derechos. Una medida correctiva será moderada y razonable cuando sea necesaria y adecuada al fin correccional, conforme al sistema social y cultural, teniendo presentes la edad del menor, su capacidad de discernimiento y su madurez.

Por otra parte, debe concurrir un elemento subjetivo en esta causa de justificación: que la finalidad de la lesión del bien jurídico sea únicamente la educación del menor y se realice en su beneficio. Por lo tanto, las medidas de corrección se usarán siempre en interés del hijo o del sometido a tutela; cualquier acto contra éstos que no se realice con la finalidad educarlos y por su interés no podrá quedar amparado por la eximente. El *animus corrigendi* es un elemento subjetivo necesario de la causa de justificación de obrar en el ejercicio del derecho-deber de corrección.<sup>77</sup>

Para concluir, una leve bofetada, la privación de libertad o una coacción o amenaza leve estarán justificadas si las medidas son objetivamente adecuadas, en cuanto a que sean moderada y razonables y si se realizan con la única finalidad de corregir al menor. Ningún acto contra los hijos que no pueda ser justificado en nombre de esta finalidad resultará válido. Un acto de privación de libertad de larga duración será constitutivo de delito, porque no es moderado ni proporcional ni pedagógicamente adecuado,<sup>78</sup> así como tampoco uno de corta duración si se realizara de modo denigrante o humillante.

El “derecho de corrección” ha desaparecido como tal de los artículos 154 y 268 del Código civil, pero

creemos que sigue vigente el deber de educar a los hijos, comprendido en la patria potestad, que en muchas ocasiones sin el derecho a corregirlos sería una quimera, como también sería impensable recabar a diario el auxilio de la autoridad. Ahora bien, los malos tratos a un hijo no estaban permitidos antes, cuando el derecho de corrección se recogía de forma expresa como derecho de los padres y tutores, ni están permitidos ahora. Pero esto no quiere decir que cualquier castigo a un menor constituya delito: entre el derecho de corregir a un hijo con la finalidad de educarlo, aunque sea necesario en ciertos momentos acudir a un castigo y el delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar, lesiones graves o una detención ilegal, coacciones, amenazas etc., hay un término medio.

En todos los casos, las medidas correctivas implícitas en el derecho de corrección estarán justificadas, siempre que sean en beneficio del menor,<sup>79</sup> y no se apreciará la eximente completa ni incompleta cuando no exista necesidad de corregir. En ningún caso los malos tratos físicos o morales estarán amparados por la eximente, y además el Código Penal agrava las conductas lesivas cuando el sujeto pasivo es un menor. La Constitución reconoce los derechos para todos, y no por ser menor de edad esos derechos son de menor valor, pero criminalizar en exceso las relaciones entre padres e hijos, lejos de favorecer la educación de éstos, desde nuestro punto de vista, las perjudica.

## Bibliografía

- Antón Oneca, J., *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Akal, Madrid, 1986.
- Bacigalupo Zapater, E., *Principios de Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., Akal, Madrid, 1998.
- Bueno Arús, F., “Notas sobre la Ley General Penitenciaria”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 220-223, 1978.
- Bustos Ramírez, J., *Derecho penal. Parte General*, actualizada por Hormazábal Malarée, PPU, Barcelona, 1994.

<sup>76</sup> Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal, op. cit.*, p. 74; Mir Puig, S., *Derecho penal, op. cit.*, p. 491; Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte General, op. cit.*, p. 366; Quintero Olivares, G., *Derecho penal. Parte General, op. cit.*, p. 489.

<sup>77</sup> Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal, op. cit.*, p. 74; Mir Puig, S., *Derecho penal, op. cit.*, p. 490; Quintero Olivares, G., *Derecho penal. Parte General, op. cit.*, p. 489.

<sup>78</sup> Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal, op. cit.*, p. 75; Quintero Olivares, G., *Derecho penal. Parte General, op. cit.*, p. 489.

<sup>79</sup> No podemos estar de acuerdo con la STS del 13 de diciembre de 1996, en la que un padre encierra a su mujer y a sus hijos, y el Tribunal le condena por un delito de detención ilegal respecto de la esposa, pero le absuelve respecto de la detención cometida en las personas de los menores porque son sus hijos. Si la medida es totalmente arbitraria y no en beneficio de los menores, la conducta es típica y antijurídica.

- Carbonell Mateu, J.C., *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*, Edersa, Madrid, 1982.
- Carbonell Mateu, J.C., y González Cussac, J.L., en Vives Antón, T.S. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español. Parte General*, t. II, Tecnos, Madrid, 1997.
- , *Curso de Derecho penal español. Parte General*, t. III, Tecnos, Madrid, 2005.
- Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte General*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Cuerda Riezu, A., *La colisión de deberes en Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1984.
- Dabin, J., *El derecho subjetivo*, trad. J. Osset, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- Díaz y García Conlledo, M., “La corrección de los padres a los hijos: consecuencias jurídico penales de la reforma del art. 154 del Código Civil”, *Revista Penal*, julio de 2010.
- Díez Ripollés, J.L., “La huelga de hambre en el ámbito penitenciario”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 30, 1986.
- García Valdés, C., *Régimen penitenciario de España*, Instituto de Criminología, Universidad de Madrid, 1975.
- Gimbernat Ordeig, E., Prólogo a Cuerda Riezu, A., *La colisión de deberes en Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1984.
- , “Justificación y exculpación en Derecho penal español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)”, *Justificación y exculpación en derecho penal*, UCM-Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1995.
- , Prólogo al Código Penal, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2004.
- Gómez Pavón, P., *Tratamientos médicos. Su responsabilidad penal y civil*, Bosch, Barcelona, 1997.
- Lacruz Berdejo, J.L., et al., *Elementos de Derecho civil*, vol. IV: *Derecho de Familia*, Bosch, Barcelona, 1989.
- Landecho Velasco, C.Mª, y Molina Blázquez, C., *Derecho penal español. Parte General*, Tecnos, Madrid, 1996.
- , *Derecho penal español. Parte General*, Tecnos, Madrid, 2000.
- Luzón Peña, D., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1978.
- , “Estado de necesidad e intervención médica en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y autolesión: algunas tesis”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 238, 1987.
- Mezger, E., *Tratado de Derecho penal*, trad. J.A. Rodríguez Muñoz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946.
- Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte General*, 8ª ed., Reppertor, Barcelona, 2008.
- Mirat Hernández, P., *Detenciones ilegales (Artículo 163 del Código Penal)*, Edersa, Madrid, 2001.
- Muñoz Conde, F., *Derecho penal. Parte Especial*, 16ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- Noll, P., “Tatbestand und Rechtswidrigkeit Dei Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung”, *ZStW*, 1965.
- Octavio de Toledo y Ubieto, E., y Huerta Tocildo, S., *Derecho penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, 2ª ed., Rafael Castellanos, Madrid, 1986.
- Parra Lucán, Mª. A., “La incapacitación (artículos 199 a 214)”, en Rams Albesa J. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, vol. II, Bosch, Barcelona, 2000.
- Polaino Navarrete, M., *El delito de detención ilegal*, Aranzadi, Pamplona, 1982.
- Prats Canut, J.M., “Comentario al artículo 163 del Código Penal”, en Quintero Olivares, G., y Morales Prats, F. (dirs.), *Comentarios a la Parte Especial de Derecho penal*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004.
- Quintero Olivares, G., *Curso de Derecho penal. Parte General*, SPQR Cedecs Editorial S.L., Barcelona, 1996.
- , *Derecho penal. Parte General*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- Rodríguez Devesa, J. Mª, *Derecho penal español. Parte General*, 6ª ed., Gráficas Carasa, Madrid, 1977.
- Rodríguez Devesa, J.Mª, y Serrano Gómez, A., *Derecho penal español. Parte General*, 18ª ed., Dykinson, Madrid, 1995.
- Rosal, J. del, *Tratado de Derecho penal*, t. I, 2ª ed. revisada y actualizada por Cobo del Rosal, M., Madrid, 1972.
- Roxin, C., *Derecho penal. Parte General*, t. I: *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. Luzón Peña, D.M., Civitas, Madrid, 1997.
- Serrano Gómez, A. y Serrano Mailló, A., *Derecho penal. Parte Especial*, 15ª ed., Dykinson, Madrid, 2010.
- Silva Sánchez, J.M., “Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1982.



Universidad de Huelva  
Universidad de Salamanca  
Universidad Pablo de Olavide  
Universidad de Castilla-La Mancha  
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal