

LA CALIFICACIÓN JURÍDICO-PENAL DE LA CORRECCIÓN PATERNA*

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. CLAUS ROXIN
Munich (R.F.A.)**

Sumario

1. El Derecho vigente y su trasfondo histórico.–2. La problemática político-social de la regulación legal.–3. Las distintas propuestas de solución de la doctrina y el resultado según el Derecho vigente.–4. Observación de política jurídica y consideraciones de lege ferenda.

El 3-11-2000 entró en vigor una «Ley para la proscripción de la violencia en la familia» que dio una nueva redacción al § 1631 II BGB^{N.T.1}: «Los hijos tienen derecho a una educación sin violencia. Los castigos corporales, las lesiones psíquicas y otras medidas degradantes son ilícitas». De este modo se prohíbe la corrección física

* Original en alemán aparecido en la revista *Juristische Schulung (JuS)*, 2004, 177-180. Traducción, con autorización del autor, por Miguel Díaz y García Conlledo, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de León, y Silvia Martínez Cantón, Investigadora en las Universidades de León (España) y de Mannheim (Alemania), bajo la dirección del Prof. Dr. D. Miguel Díaz y García Conlledo y del Prof. Dr. D. Jürgen Wolter. Ha disfrutado anteriormente de una beca de formación de personal investigador de la Junta de Castilla y León en la Universidad de León y actualmente disfruta de una beca de postgrado de la Fundación Caja Madrid en la Universidad de Mannheim.

** El autor es Catedrático emérito de Derecho penal, Derecho procesal y Teoría general del Derecho en la Universidad de Múnich. – Los §§ (parágrafos) en que no se especifica la ley corresponden al StGB (Código Penal alemán).

^{N.T.1} *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil alemán).

de los hijos por los padres u otros miembros de la familia. En todo caso, hoy ya no existe un derecho paterno de corrección como causa de justificación para las lesiones físicas en la forma en que antaño se reconocía. Es objeto de viva polémica —y de la siguiente contribución— si, y en su caso, en qué supuestos puede decaer la punición según el § 223 cuando, pese a todo, se producen las correcciones.

I. El Derecho vigente y su trasfondo histórico

La situación jurídica actual es el resultado de una larga evolución. El originario § 1631 II BGB rezaba: «El padre puede emplear medios adecuados de corrección contra el hijo en virtud del derecho de educación». Por tanto, en él estaba expresamente regulado un derecho de corrección (¡sólo del padre!). La ley para la igualdad de derechos entrada en vigor el 1-7-1958 derogó esta disposición. No obstante, desde ese momento se derivó del derecho general de educación del § 1631 BGB un derecho de corrección de ambos progenitores, así como, para la madre de hijo extramatrimonial, para los padres adoptivos y para el tutor, del mismo precepto en relación con los §§ 1705, 1754, 1800 BGB. La ley sobre derecho de guarda, que entró en vigor el 1-1-1980, completó esta regulación con la prohibición de medidas degradantes de educación en un nuevo § 1631 II BGB.

En conexión con las propuestas de una «comisión (anti-)violencia» instituida por el gobierno federal y tras diversos intentos legislativos fracasados, la ley de reforma de la filiación de 16-12-1998 prohibió, mediante una adición al § 1631 II BGB, todo maltrato de los hijos. Éste pasó a rezar: «Las medidas degradantes de educación, especialmente los maltratos físicos y psíquicos, son ilícitas». Esto permitía, de todos modos, la posibilidad de excluir del concepto de maltrato pequeños castigos físicos con fines educativos¹. Sin embargo, el legislador quería establecer legalmente de forma aún más evidente el programa para una educación sin violencia, de ahí que, en el año 2000, en conexión con la ley sueca de progenitores, diera al § 1631 II BGB su tenor actual mencionado al principio.

¹ Así, sobre todo, *Beulke*, en: *Festschr. f. Hanack*, 1999, pp. 539 y ss., quien ganó muchos partidarios con esta propuesta.

2. La problemática político-social de la regulación legal

No se discute que la prohibición del castigo físico no hace ilícita toda actuación física sobre el niño. El sujetar al bebé a la mesa de cambiar los pañales o al hijo ante el semáforo en rojo está por tanto —porque no hay ningún castigo físico— permitido e incluso, dado el caso, prescrito². No se discute tampoco que los castigos físicos no encajan en el tipo del § 223 si no alcanzan la intensidad de un «maltrato». Puesto que un maltrato presupone que el bienestar físico no resulte afectado sólo de modo insignificante, el cachetito suave en el trasero y actuaciones similares sobre el niño no llegan a ser aún una lesión física punible.

No existe acuerdo sobre si cualquier otro castigo físico que supere el umbral de insignificancia es punible como lesión física. Los materiales legislativos lo sugieren, cuando en ellos se dice que, en caso de infracción de la prohibición del § 1631 II BGB, entraría «en consideración una persecución penal por los §§ 223 y ss. en el caso de maltratos físicos»³. Sin embargo, esta afirmación se torna equívoca cuando, al mismo tiempo, se explica: «El fin del proyecto de ley es la proscripción de la violencia en la educación sin la criminalización de la familia». Tras esto reside un problema político-social no resuelto. Por una parte, se ha de aspirar con énfasis a una educación sin violencia, porque los jóvenes que fueron maltratados en su infancia tienden, a consecuencia de ello, a cometer ellos mismos actos de violencia y presentan otras desviaciones sociales con más frecuencia que los niños educados sin violencia⁴. Por otra, se destrozarían más familias que las que se pacificarían si se quisiera movilizar el Derecho penal a causa de cada bofetada motivada por trastadas o faltas graves de los hijos. La solución del conflicto aquí apuntado se intenta de muy diferentes modos.

3. Las distintas propuestas de solución de la doctrina y el resultado según el Derecho vigente.

1. Una opinión que pretende mantener aún hoy el derecho de corrección con su alcance anterior contempla la nueva regulación del § 1631 II BGB como una vulneración del derecho paterno de educación garantizado constitucionalmente (art. 6 II 1 GG^{N.T.2}) y, por eso,

² Al respecto, BT-Dr 14/247, p. 4.

³ Aquí y en lo que sigue, BT-Dr 14/247, p. 5.

⁴ Para más detalles, *Bussmann*, FPR 2000, 289.

^{N.T.2} *Grundgesetz* (Ley Fundamental o Constitución alemana).

como nula⁵. Sin embargo, si, según la opinión pedagógica hoy absolutamente dominante, el castigo físico de los hijos ya no es de ninguna manera educativamente legítimable, no puede estar tampoco abarcado por el derecho de educación, de modo que su prohibición no contradice la Constitución. No es cierto que los padres puedan establecer por su cuenta, sin control estatal, los límites de su derecho de educación, pues el art. 6 II 2 GG dice: «Por su ejercicio (scil. el ejercicio del deber de educación) vela la comunidad estatal».

2. A similares resultados llega la opinión defendida sobre todo por *Beulke* que considera los castigos físicos prohibidos sólo cuando sean al mismo tiempo degradantes⁶. «Una bofetada comedida» no presentaría carácter degradante y, por consiguiente, no estaría en contradicción con la última redacción del § 1631 II BGB, «cuando aparezca como adecuada en la situación concreta y defendible desde el punto de vista educativo»⁷. Aquélla no es, por tanto, para *Beulke* un «maltrato» en el sentido del § 223, de modo que para él sencillamente se ha «trasladado el problema del derecho paterno de corrección del plano de la justificación al plano del tipo»⁸. Sin embargo, pretende contemplar las correcciones físicas, al menos «por regla general», como degradantes y, por tanto, también como punibles, de modo que, con todo, va a parar a una cierta ampliación de la punibilidad.

3. *Kühl*⁹ se mantiene incluso en la idea de la existencia de una causa de justificación del derecho paterno de corrección; éste habría sido derogado sólo en tanto «que se trate de castigos físicos que representen a la vez medidas degradantes».

4. Contra tal interpretación hablan, sin embargo, el tenor literal de la ley y la voluntad claramente reconocible del legislador. Si el legislador concede al hijo en el § 1631 II BGB «derecho a una educación sin violencia (o libre de violencia)» y declara ilícitos los «castigos físicos ... y otras medidas degradantes», ello sólo puede ser interpretado de forma lingüísticamente correcta en el sentido de que los castigos corporales se prohíben absolutamente como degradantes. De lo contrario, las demás medidas también prohibidas no serían «otras»

⁵ Últimamente, *Noak*, JR 2000, 402, con ulteriores referencias; *Roellecke*, NJW 1999, 337.

⁶ Así, sobre todo, *Beulke*, en: Festschr. f. Schreiber, 2003, pp. 29 y ss. (39); el mismo, en: *Wessels/Beulke*, Strafr AT, 33.^a, 2003, nm. 387.

⁷ *Beulke* (supra nota 6), p. 40.

⁸ *Wessels/Beulke* (supra nota 6), nm. 387 (aquí también la siguiente cita)

⁹ *Lackner/Kühl*, StGB, 24.^a, 2001, § 223 nm. 11; le sigue en lo esencial *Krey*, Strafr BT I, 12.^a, 2002, nm. 312.

acciones degradantes¹⁰. De los materiales de la ley se infiere además inequívocamente que el legislador pretendía lo que resulta de una interpretación acorde con el tenor literal. En el «Proyecto de Ley para la proscripción de la violencia en la educación»¹¹ se dice que «la causa de justificación del derecho paterno de corrección» no existe ya desde la legislatura anterior. La nueva formulación legal establecería ahora claramente «que todo tipo de castigo físico es ilícito. La razón... de ello es que el castigo físico, aunque no alcance la intensidad del maltrato, significa para el hijo una humillación». ¡El legislador quiere prohibir, por tanto, incluso las actuaciones físicas insignificantes sin carácter de maltrato! Esto excluye una interpretación que siga considerando lícitas las causaciones de dolor punitivas moderadas¹².

5. *Günther* aplica la categoría desarrollada por él de las causas de exclusión del injusto penal también al derecho paterno de corrección¹³. Según esto, junto a las causas de justificación que son válidas para todo el ordenamiento jurídico, existe la ulterior categoría de las causas de exclusión del injusto penal, las cuales, debido a la falta de merecimiento de pena, sólo eliminan el injusto penal. Aplicado a nuestro tema, ello quiere decir: la supresión del derecho paterno de corrección en el Derecho civil no impide admitir que el injusto penal se excluya, porque la intromisión del Estado en la familia aparezca como político-criminalmente inoportuna.

Se llega de esta manera a un resultado que era el deseado por el legislador: si bien los castigos físicos están sin duda prohibidos en el Derecho de familia, se evita una «criminalización de la familia». Sin embargo, esto no altera en nada el hecho de que falte un fundamento legal para tal construcción¹⁴, pues, cuando alguien realiza el tipo del § 223 mediante un maltrato físico, su punibilidad existente en principio sólo puede ser excluida a través de causas de justificación, de exculpación o de exclusión de la punibilidad legalmente establecidas. Si faltan éstas, no puede ser tarea del juez crear causas supra-

¹⁰ Como aquí, sobre todo, *Hoyer*, FamRZ 2001, 522; discrepa *Beulke* (supra nota 6), pp. 38 s. Contra el argumento del tenor literal también *Otto*, Jura 2001, 671.

¹¹ BT-Dr 14/1247, pp. 6, 8.

¹² En lo esencial como aquí: *Hillenkamp*, JuS, 2001, 165; *Kellner*, NJW, 2001, 797; *Lilie*, en: LK-StGB, 2001, § 223 nm. 10; *Otto*, Jura, 2001, 671; *Peschel-Gutzeit*, FPR 2000, 231; *Salgo*, RdJB, 2001, 283; *Tröndle-Fischer*, StGB, 51.^a, 2003, § 223 nm. 18.

¹³ *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, 1983, pp. 352 y ss.; *el mismo*, en: Festschr. f. Hermann Lange, 1992, pp. 877 y ss. (893); *el mismo*, en: SK-StGB, 1998, observaciones previas al § 32 nm. 63. Le siguen *Horn/Wolters*, en: SK-StGB (supra nota 13), § 223 nm. 13; *Reichert-Hammer*, JZ 1988, 618.

¹⁴ Una discusión general con *Günther* en *Roxin*, en: Festschr. f. Oehler, 1985, pp. 181 y ss.; *el mismo*, JuS, 1988, 425 (431).

legales adicionales de exclusión del injusto penal. Ello contradiría el principio de determinación legal de la pena¹⁵. La invocación del art. 6 II 1 GG tampoco sirve aquí, como ya se expuso al principio.

6. *Hoyer*¹⁶ propone otra nueva diferenciación. Parte de que, si bien el § 1631 II 1 BGB otorga al hijo un «derecho a una educación sin violencia», sin embargo, la guarda paterna a que se refiere el § 1631 I BGB abarca, además, el derecho de «cuidar al hijo, educarlo, custodiarlo y determinar su residencia». Extrae de ahí la consecuencia de que el cuidado, la custodia y la determinación de la residencia no están abarcados por la prohibición de violencia. «Cuando una medida paterna de corrección aspira, por ejemplo, a apartar al hijo de un comportamiento autolesivo o peligroso para sí mismo, entonces esta corrección no persigue en absoluto ningún fin educativo, sino que contribuye al cuidado y a la custodia o vigilancia. El impedir que el hijo dañe o ponga en peligro a terceros tampoco se exige a los padres por el § 832 BGB en conexión con su deber de educación, sino con su deber de custodia o vigilancia. Si la corrección paterna aspira a proteger los bienes jurídicos del hijo o de terceros, entonces, por consiguiente, no es de aplicación en absoluto el § 1631 II BGB —por ejemplo, cuando el hijo deba ser motivado a no jugar en la calle o con fuego o a no dañar a propósito su propia propiedad o la de terceros».

Esto, sin embargo, no convence¹⁷. En primer lugar, tal interpretación resulta contraria al tenor literal del § 1931 II 2 BGB, que prohíbe el «castigo físico» sin más y no sólo castigos físicos con fines educativos. Sería también absurdo el que se quisiera exceptuar de la prohibición castigos físicos que, por ejemplo, se realizan por furia, sadismo y desamparo. El que el legislador hable en el inciso anterior del derecho a una «educación sin violencia» se debe a que los castigos físicos que no están guiados por fines educativos fueron siempre punibles, que el cuidado, la custodia y la determinación de la residencia no pueden producirse mediante castigos corporales y que el siguiente inciso abarca, en cualquier caso, todos los motivos de castigo físico. Pero, en segundo lugar, no obstante, tampoco se pueden separar unas de otras las medidas paternas mencionadas en el § 1631 II BGB del modo que pretende *Hoyer*. Cuando los padres propinan una paliza a su hijo para que no vuelva a salir corriendo a la

¹⁵ Siguiéndome, *Beulke* (supra nota 1), pp. 543 y ss.; *Hoyer*, FamRZ 2001, 522 (523).

¹⁶ *Hoyer*, FamRZ 2001, 522 (524).

¹⁷ En contra también *Salgo*, RdJB 2001, 283 (289), quien exageradamente habla incluso de «estrabóticas contorsiones dogmático-jurídicas»; *Beulke* (supra nota 6), p. 38; *M. Heinrich*, Münchener Habilitationsvortrag, Typoskript, pp. 16 y s.

carretera o a dañar cosas ajenas, ciertamente, esto puede perseguir el fin de facilitar el «cuidado» y la «custodia» del hijo. Pero esta finalidad no debe ser alcanzada educando los padres al hijo mediante castigos físicos para que no se dañe a sí mismo ni a otros. En tercer lugar, finalmente, tampoco sería compatible con la idea fundamental de una ley «para la proscripción de la violencia en la familia» y con los principios pedagógicos en que se basa permitir en parte y prohibir en parte los castigos físicos cuando los niños cometen faltas.

7. *Heinrich*¹⁸ desarrolla otra solución reciente, proponiendo admitir excepcionalmente conforme a los principios del estado de necesidad justificante (§ 34) el castigo físico, en sí prohibido y punible en su opinión. Piensa al respecto en dos grupos de casos que deben ser tenidos en consideración para la justificación. En primer lugar, que el hijo sea tan «obstinado» (se quiere decir: difícilmente educable) «que ya no parezca posible (objetivamente) una actuación educativa de los padres con medidas educativas libres de violencia»; pero, en segundo lugar, también «cuando el educador (subjetivamente) ya no es capaz de actuar educativamente sin violencia». Para impedir que el hijo vaya a parar «a un vacío educativo», una corrección física moderada ofrece ventajas sustancialmente preponderantes. El límite de «la preponderancia sustancial» lo traza o establece allí «donde hasta ahora ya se trazaban también los límites del derecho paterno de corrección».

Pero tampoco esto puede satisfacer, pues, precisamente para los casos en que piensa *Heinrich*, en que los padres ya no logran entenderse en absoluto con sus hijos, debido a su ineducabilidad objetiva o a una sobreexigencia subjetiva, el legislador ha previsto en el SGB VIII^{N.T.3} amplias medidas de asistencia a niños y a jóvenes¹⁹. «Se ofrecen muy variadas posibilidades a las autoridades encargadas de la persecución penal para la cooperación con las entidades independientes y las públicas, responsables de la asistencia a niños y a jóvenes, las cuales podrían ser aprovechadas en el marco del sobreseimiento del proceso conforme al § 153 StPO para el ulterior desarrollo de modelos de *diversion* (derivación, diversificación, desjudicialización)»²⁰. Hay, por tanto, un camino trazado por el legislador para impedir el «vacío educativo» temido por *Heinrich*, de modo que la aplicación del § 34 falla ya porque falta un «peligro no conjurable de otro modo». A ello se añade que el legislador considera una «humi-

¹⁸ *M. Heinrich* (supra nota 17), 17 y ss.

^{N.T.3} *Sozialgesetzbuch, Ahtes Buch* (Código Social, Libro octavo).

¹⁹ Cfr. al respecto, en particular, BT-Dr 14/1247, p. 6.

²⁰ *Salgo*, RdJB 2001, 283 (290).

llación» ilícita al niño cualquier castigo físico, «aunque no alcance la intensidad de maltrato»²¹. Un maltrato que exceda de esto afecta, por tanto, según la valoración del legislador, a la dignidad humana del hijo e infringiría el inciso 2.º del § 34, según el cual «el hecho» ha de ser «un medio adecuado ... para conjurar el peligro».

8. Habrá que admitir, por tanto, que según el Derecho vigente, todo castigo físico de los hijos está prohibido y es punible como lesión física, en tanto traspase el umbral de importancia o gravedad para convertirse en maltrato²². Una bofetada dolorosa («sonora»), una paliza o unos estacazos son, por tanto, en principio, punibles como lesión física. Si el legislador, no obstante, quiere evitar una «criminalización de la familia»²³, entonces se ha de pensar en las posibilidades de sobreseimiento de los §§ 153, 153 a StPO y —en conexión con esto— en las posibilidades de asistencia a niños y a jóvenes.

4. Observación de política jurídica y consideraciones de lege ferenda

Con todo, esta regulación no es plenamente satisfactoria. Es oportuna en el caso de padres sobreexigidos, a quienes, por su desamparo, no se les ocurre otro medio educativo que una paliza. En estos casos, una intervención del Estado, una punibilidad de principio y las posibilidades de *diversion* (derivación, diversificación, desjudicialización) del Derecho de asistencia a jóvenes constituyen una reacción adecuada. Pero aquí se trata de maltratos a niños que también según el Derecho anterior exigían ya una intervención estatal. Más frecuentes son, sin embargo, los casos de una relación paterno-filial íntegra, afectuosa y, por regla general, no problemática, en los cuales, pese a todo, pueden producirse desavenencias en un caso aislado. Cuando un muchacho de por sí bien educado, por ejemplo, «por divertirse» —y tal vez bajo la influencia de compañeros de juego— dispara a los transeúntes con un peligroso tirachinas o cuando, porque le ha sido negado un deseo determinado por motivos educativos, insulta a su madre con palabras procaces, si bien no es correcto que el padre reaccione espontáneamente a esto con una fuerte bofetada, sí es humanamente comprensible.

²¹ BT-Dr 14/1247, p. 8.

²² En este sentido también *Bussmann*, FPR 2000, 289 (289); *Hillenkamp*, JuS 2001, 165 (165); *Kargl*, NJ 2003, 59; *Kellner*, NJW 2001, 796 (796); *Peschel-Gutzeit*, FPR 2000, 231 (231); *Salgo*, RdJB 2001, 283 (283).

²³ BT-Dr 14/1247, p. 5.

Si un caso así se divulga —por ejemplo, porque haya tenido lugar públicamente o porque sea denunciado por los vecinos— y, a consecuencia de ello, la policía, el fiscal y la asistencia a menores o jóvenes se ocupan del asunto durante semanas y, quizá, meses, ello puede destruir la paz familiar, incluso si el incidente se cierra finalmente sin sanción. En eso son plenamente fundadas las objeciones que sobre todo *Hoyer*²⁴ y *Beulke*²⁵ formulan contra una «sobrecriminalización jurídico-material»²⁶, aun cuando sus esfuerzos por llegar en tales casos a una exclusión de la tipicidad o a una justificación contradigan la situación legal.

Según el número 235 II, III de las Directrices para el proceso penal y el proceso para la imposición de sanciones pecuniarias por contravenciones, debe afirmarse con carácter general en casos de esa índole un especial interés público en la persecución penal (§ 230) y sólo debe ser posible el sobreseimiento cuando hayan sido introducidas medidas pedagógico-sociales, de terapia familiar u otras medidas protectoras con visos de ofrecer resultados exitosos. En los casos del tipo descrito, una intervención estatal puede resultar, sin embargo, contraproducente —al contrario que en las familias problemáticas—, porque en realidad no es preciso hacer nada y «se ignora el efecto estigmatizante de la mera apertura de un proceso penal»²⁷. «Piénsese en las miradas curiosas de los vecinos, cuando un coche de policía para a la puerta o el asistente de menores —bien conocido, al menos en pueblos pequeños— llama a la puerta». Sobre todo, puede conducir a una crisis de confianza entre padres e hijo el que el padre haya de verse puesto en la picota por una bofetada —desde su punto de vista bien merecida— y aparezca como el único culpable. El daño resultante para la paz familiar y para el desarrollo ulterior del hijo puede ser inmensamente mayor que si tras una bofetada —aunque ilícita— todo vuelve a estar bien.

Si el legislador quisiera tener en cuenta tales puntos de vista, sería idónea la creación de una causa personal de exclusión de la punibilidad para el caso de que un titular de la guarda^{N.T.4} «sancione la mala conducta grave del niño o del joven en el caso concreto, por motivos educativos, con una corrección moderada», pues la categoría de las causas de exclusión de la punibilidad sirve, según la interpre-

²⁴ *Hoyer*, FamRZ 2001, 522 (522).

²⁵ *Beulke* (supra nota 6), pp. 36 s.

²⁶ *Hoyer*, FamRZ 2001, 522 (522).

²⁷ Aquí y en la siguiente cita, *Beulke* (supra nota 6), p. 27.

^{N.T.4} Aunque *Roxin* habla constantemente de la familia y de los padres, traducimos aquí *Sorgeberechtichter* de forma amplia por «titular de la guarda» y no de la patria potestad, pues en el original alemán no aparece el adjetivo *elterlich* referido a *Sorge*.

tación que yo he desarrollado²⁸, al fin de evitar un castigo en casos «en los que, en una ponderación, las finalidades extrapenales tienen prioridad frente a la necesidad de pena».

En la aplicación a nuestra constelación de casos ello significaría: el castigo físico comprendido en una causa de exclusión de la punibilidad sigue siendo una lesión física ilícita, típica, antijurídica y culpable, de modo que «la proscripción» perseguida por el legislador «de la violencia en la familia» no experimentaría restricción alguna. Se renunciaría por motivos extrapenales —a saber, de política familiar—, sin embargo, a un castigo en los casos descritos, comparativamente inocuos. Sólo así se alcanzaría la segunda finalidad esencial del legislador, una «proscripción de la violencia en la educación sin la criminalización de la familia»²⁹, de un modo satisfactorio desde puntos de vista de política social.

²⁸ En *mi* Lehrbuch Strafr AT I, 3.^a ed., 1997 [= PG I, 1997, trad. de la 2.^a ed. alemana por Luzón Peña/Díaz y García Conlledo/De Vicente Remesal], § 23 nm. 21 s.

²⁹ BT-Dr 14/1247, p. 5.