

## SECCION DOCTRINAL

# La eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (\*)

JOSE CEREZO MIR

Catedrático de Derecho Penal

En el número 11 del artículo 8.º se declara exento de responsabilidad criminal al que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (1). Ha de tratarse, sin duda, de un deber jurídico, no siendo suficiente un deber moral (2). Por otra parte, el que ejerce legítimamente un oficio o cargo, ejerce un derecho y en muchas ocasiones cumple al mismo tiempo un deber. La redacción de la eximente podría simplificarse, por ello, diciendo que está exento de reponsabilidad criminal el que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho (3).

---

(\*) Conferencia pronunciada el 25 de marzo de 1987 en la Facultad de Derecho de la Universidad de León. El apartado correspondiente al cumplimiento del deber por los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad en el ejercicio de sus funciones, fue presentado como ponencia en las Jornadas de Estudios Penales en homenaje al profesor SAINZ CANTERO, celebradas en los días 11 al 14 de marzo de 1987, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.

(1) La eximente conserva la misma redacción en el Proyecto de Código Penal de 1980 (núm. 9.º del art. 26) y en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983 (núm. 9.º del art. 22).

(2) Opinión unánime en la moderna ciencia del Derecho Penal española; véase, por ejemplo: ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, parte general, Madrid, 1949, p. 252; CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho Penal*, I, parte general, vol. 1.º (18 ed.), Barcelona, Bosch, 1980, p. 393; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, IV (3.ª ed.), Buenos Aires, Losada, 1976, p. 536; RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español*, parte general (10.ª ed.), Dykinson, Madrid, 1986, p. 510, y en la moderna jurisprudencia del Tribunal Supremo las sentencias de 25 de abril de 1980 (A. 1483), 13 de mayo de 1982 (A. 2669), 24 de febrero de 1983 (A. 1719) y 24 de marzo de 1984 (A. 1858).

(3) ANTÓN ONECA señala, incluso, que: «En cuanto todo deber legal implica el derecho a ejercitarle podía haber sido concretada toda la eximente en el segundo de sus miembros»; véase *Derecho Penal*, parte general, p. 252. Esta simplificación sería, a mi juicio, excesiva pues la referencia al deber tiene un contenido propio, específico: la colisión de deberes. Véase mi artículo «Noción del estado de necesidad como requisito

En la ciencia del Derecho Penal española es unánime la opinión de que la eximente del número 11 del artículo 8.º tiene la naturaleza de una causa de justificación (4). Es decir, el que obra en cumplimiento de un deber jurídico o en el ejercicio legítimo de un derecho, realiza una conducta lícita. Esto resulta tan obvio, que en otros Códigos penales europeos no se incluye esta eximente (5). No obstante, no puede decirse que resulte superflua, pues pone claramente de manifiesto la unidad del ordenamiento jurídico (6). El cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho derivados de los preceptos de cualquier sector del ordenamiento jurídico determinan la licitud de la acción típica, es decir, comprendida en un tipo de lo injusto del Código Penal o de las leyes penales especiales. El deber o el derecho no es preciso que deriven de un precepto legal, sino que pueden hallar su fundamento en otras disposiciones jurídicas de rango inferior, en convenios o tratados internacionales suscritos por España y que hayan quedado incorporados a nuestro Derecho interno, o en el Derecho consuetudinario (7).

El fundamento de esta causa de justificación se encuentra, según la opinión unánime en la moderna ciencia del Derecho Penal española, en el principio del interés preponderante (8). Este principio resulta, sin embargo, insuficiente, como veremos, pues en caso de conflicto de dos deberes iguales, la conducta será lícita si el sujeto cumple uno cualquiera de ellos. Por otra parte, aunque el sujeto actúe cumpliendo un deber de rango superior o igual o en el ejercicio legítimo de un derecho su conducta será ilícita si implica un grave atentado a la dignidad de la persona humana.

---

básico de la eximente del número 7.º del artículo 8.º del Código Penal español. Estado de necesidad y colisión de deberes», publicado en Estudios de Derecho Penal en homenaje al profesor LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, monográfico 11 de la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 1986, p. 205.

(4) Véanse, por ejemplo: ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, parte general, p. 251; CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho Penal*, I, parte general, vol. 1.º, p. 393; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, IV, pp. 517 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español*, parte general, pp. 502 y 509; MIR PUIG, *Derecho Penal*, parte general (2.ª ed.), Barcelona, P.P.U. 1985, pp. 410 y 412, y las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1968 (A. 4573), 22 de diciembre de 1970 (A. 5559), 25 de octubre de 1974 (A. 3964), 25 de abril de 1980 (A. 1483), 3 de mayo de 1982 (A. 2624), 24 de febrero de 1983 (A. 1719) y 16 de mayo de 1983 (A. 2710).

(5) Por ejemplo, en el Código Penal alemán.

(6) Según JIMÉNEZ DE ASÚA: «Aunque sólo fuera para llamar la atención de los magistrados, un precepto de esta índole debe figurar en los Códigos»; véase *Tratado de Derecho Penal*, IV, p. 517.

(7) Véase mi *Curso de Derecho Penal español*, parte general I, introducción, teoría jurídica del delito, I (3.ª ed.), Madrid, Tecnos, 1985, pp. 159 y 405.

(8) Véanse, por ejemplo: JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, IV, p. 519; SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal*, parte general, II «Ley Penal. El delito» (2.ª ed.), Barcelona, Bosch, 1985, pp. 328 y 332; MIR PUIG, *Derecho Penal*, parte general, p. 412, y en la moderna jurisprudencia las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1970 (A. 5559), 8 de marzo de 1974 (A. 1243), 25 de abril de 1980 (A. 1483), 29 de octubre de 1980 (A. 3720), 3 de mayo de 1982 (A. 2624), 13 de mayo de 1982 (A. 2669), 29 de enero de 1983 (A. 702), 30 de marzo de 1983 (A. 2219), 16 de mayo de 1983 (A. 2710), 31 de octubre 1983 (A. 4822), 28 de enero de 1984 (A. 430) y 5 de julio de 1985 (A. 3960).

### Colisión de deberes

El que realiza una acción típica en cumplimiento de un deber jurídico se encuentra en una situación de colisión de deberes (9). El deber de omitir la acción prohibida (o de realizar la acción ordenada en los delitos de omisión) entra en conflicto con otro deber derivado de otra norma de cualquier sector del ordenamiento jurídico. Actúe como actúe el sujeto, en la situación concreta en que se halla, infringirá un deber. El agente de las fuerzas de seguridad que tiene el deber de intervenir para restablecer el orden en una manifestación y, dadas las circunstancias del caso, de coaccionar, golpear o causar lesiones a un manifestante, infringirá este deber si se abstiene de realizar la acción prohibida en el delito de coacciones (art. 496), la falta de malos tratos (núm. 1 del art. 585), o los delitos o faltas de lesiones (arts. 418 y ss., 582 o el núm. 1 del art. 583). La acción típica será, en cambio, lícita si el deber cumplido era de rango superior al de omitir la acción prohibida (10).

La ponderación de los deberes jurídicos remite a una ponderación de los intereses en conflicto a cuya tutela se orientan los correspondientes deberes. También aquí, como en el estado de necesidad, hay que tener en cuenta no sólo los bienes jurídicos, sino la totalidad de los intereses en juego (11).

En los supuestos de conflicto de dos deberes de acción del mismo rango, la conducta del sujeto que dé cumplimiento a uno cualquiera de ellos será lícita. De lo contrario el sujeto no podría obrar nunca lícitamente en esa situación (12). Si un padre ve que sus dos hijos me-

(9) Véase, acerca de la delimitación de la situación de colisión de deberes, A. CUERZA RIEZU, *La colisión de deberes en Derecho Penal*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 67 y ss.

(10) Es opinión unánime en la ciencia del Derecho Penal alemana y española que, en la colisión de deberes, es lícita la conducta que representa el cumplimiento del deber de rango superior; véanse, por ejemplo: Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil (3.<sup>a</sup> ed.); Duncker-Humblot, Berlín, 1978, pp. 293-294 (*Tratado de Derecho Penal*, I, parte general, traducción y adiciones de Derecho español, por S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE, Barcelona, Bosch, 1981, pp. 498-499); HIRSCH, *Strafgesetzbuch*, Leipziger Kommentar (10.<sup>a</sup> ed.), Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1985, observaciones preliminares al artículo 32 número 71; LENCKNER, en Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, C. H. Beck (22 ed.), 1985, observaciones preliminares al artículo 32, número 73; Stratenwerth, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat (3.<sup>a</sup> ed.), Carl Heymanns Verlag, 1981, p. 145 (núm. 468), y entre nosotros, CUERZA RIEZU, *La colisión de deberes en el Derecho Penal*, p. 38.

(11) Véase mi artículo «La regulación del estado de necesidad en el Código Penal español», publicado en *Estudios penales y criminológicos*, t. X, Universidad de Santiago de Compostela, 1987, pp. 61-62 y 99 y ss.

(12) En este sentido CUERZA RIEZU, *La colisión de deberes en el Derecho Penal*, pp. 122 y ss, 238 y 242 y ss. Esta es la opinión dominante en la ciencia del Derecho Penal alemana; véanse, por ejemplo, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht* (11.<sup>a</sup> ed.), Walter de Gruyter, Berlín, 1969, p. 219; ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Verlag Otto Schwartz, Gotinga, 1959, p. 137; HIRSCH, *Strafgesetzbuch*, Leipziger Kommentar, observaciones preliminares al artículo 32, números 72-73 y 79; LENCKNER, en Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, observaciones preliminares al artículo 32, número 73; MAURACH ZIPF, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I (6.<sup>a</sup> ed.); C. F. Müller, 1983, pp. 369-370 (núms. 54-55); BAUMANN-WEBER, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil

nores se ahogan y, dadas las circunstancias del caso, sólo puede salvar a uno de ellos, obrará conforme a Derecho si salva a uno cualquiera de los dos. Lo mismo hay que decir del médico que sólo puede salvar a uno de los dos heridos en un accidente (13).

Si entra en conflicto un deber de acción con un deber de omisión, que tiendan a proteger intereses iguales, el deber de omitir será de rango superior al deber de actuar (14). Como puso de manifiesto Armin Kaufmann, el cumplimiento del deber de actuar es más oneroso que el cumplimiento del deber de omitir y por ello, la infracción del deber

---

(9.ª ed.), Verlag E. y W. Gieseking, Bielefeld, 1985, pp. 353-354; STRATENWERTH, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Die Straftat, p. 145 (núm. 471); SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Lehrbuch (2.ª ed.), J. C. B. MOHR, Tubinga, 1970, p. 687; *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Studienbuch (2.ª ed.), 1984, pp. 411 y ss., y JAKOBS, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, «Die Grundlagen und die Zurechnungslehre», Walter de Gruyter, Berlin-Nueva York, 1983, p. 366 (núm. 6). Consideran, en cambio, que en estos casos queda excluida la culpabilidad, GALLAS, «Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund», en *Festschrift für Mezger*, Verlag C. H. Beck, Munich y Berlín, 1954; pp. 332 y ss., y JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, pp. 293, 295 y 406 y ss. (*Tratado de Derecho Penal*, parte general, pp. 497-498, 500 y 684 yss.). Según BLEI, *Strafrecht*, I, Allgemeiner Teil (18 ed.), C. H. Beck, Munich, 1983, pp. 214 y 334, y ARTHUR KAUFMANN, *Rechtstheoretischer Raum und eigenverantwortliche Entscheidung*, Festschrift f. R. MAURACH, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1972, pp. 336 y ss., la conducta del sujeto en estos casos no es lícita ni antijurídica, sino meramente no prohibida. Véase en contra de la teoría de la neutralidad o del ámbito libre de regulación jurídica, mi artículo «La regulación del estado de necesidad en el Código Penal español», *lug. cit.*, pp. 75-76, nota 46 y la bibliografía allí citada.

(13) Si los dos deberes de acción se orientan a la protección de intereses iguales, tendrá preferencia el deber de garante (en los delitos impropios de omisión o de comisión por omisión, por ejemplo, el parricidio o el homicidio por omisión) frente al deber genérico de prestar socorro a una persona desamparada y en peligro manifiesto y grave (en el delito puro de omisión del art. 489 bis). Si una persona sólo puede salvar a uno de dos niños que se ahogan, uno de ellos es su hijo y frente al otro no ocupa una posición de garante, deberá salvar a su hijo. Si un médico sólo puede salvar a su paciente o a un extraño víctimas del mismo accidente automovilístico, deberá salvar a su paciente. Véase sobre los diversos criterios existentes a este respecto, en la moderna ciencia del Derecho Penal alemana, HIRSCH, *Strafgesetzbuch*, Leipziger Kommentar, observaciones preliminares al art. 32, núm. 80; que parte de un criterio similar al expuesto, pero con la importante salvedad de los deberes (de garante o genéricos) tendentes a proteger la vida o la integridad corporal, bienes que considera imponderables y los deberes tendentes a su protección siempre equivalentes (aunque en un caso se proteja la vida y en otro la salud y la integridad corporal).

(14) Véanse en este sentido, en la ciencia del Derecho Penal alemana, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 219; ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, pp. 137-138; MAURACH-ZIPF, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, p. 369 (núm. 53); SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, p. 688; *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Studienbuch (2.ª ed.), p. 413 (núm. 63), y JAKOBS, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, p. 367 (núm. 8). En favor, en cambio, de una equiparación del deber de actuar y del deber de omitir, en caso de que tiendan a proteger intereses iguales, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, p. 295 (*Tratado de Derecho Penal*, I, parte general, pp. 499-500) y GALLAS, *Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund*, *lug. cit.*, pp. 332-333. CUERDA RIEZU considera que no debe darse preferencia con carácter general al deber de omisión sobre el de acción, pero, por otra parte, estima que la equivalencia entre dichos deberes sólo podrá darse cuando entren en colisión un deber de acción que esté impuesto para evitar un resultado y un deber de omisión; véase *La colisión de deberes en Derecho Penal*, pp. 185 y ss, 238 y 242 y ss. El deber de omisión puede hacer referencia, sin embargo, a un delito de simple actividad.

de actuar es menos grave que la infracción del deber de omitir (15) (las conductas omisivas son generalmente menos graves que las acti-vas correspondientes) (16).

Si el deber cumplido es de rango inferior al infringido la conducta será ilícita, pues aunque no lo declare expresamente el número 11 del artículo 8.º, se deduce de una interpretación del precepto de acuerdo con el principio del interés preponderante (17).

El que realiza una acción típica en cumplimiento de un deber jurídico de rango superior o igual al de omitir la acción prohibida (o de realizar la acción ordenada, en los delitos de omisión) actúa lícitamente. Sólo cuando se utilice a un ser humano como un mero instrumento o se atente de otro modo gravemente contra su dignidad la conducta será ilícita, aunque se realice en cumplimiento de un deber de rango superior o igual. Es preciso llevar a cabo, por ello, una interpretación restrictiva de esta causa de justificación, con base en el principio del respeto a la dignidad de la persona humana (18).

El cirujano, que para salvar la vida de su paciente, extirpa a otra persona, contra su voluntad, un riñón para llevar a cabo un trasplante, realiza el tipo de lesiones corporales del artículo 419 (mutilación de un órgano principal ejecutada de propósito) y aunque el deber de salvar la vida a su paciente sea de rango superior al de abstenerse de realizar la acción prohibida, su conducta será ilícita. Únicamente podrá verse excluida o atenuada la culpabilidad, si estaba realmente excluida o disminuida su capacidad de obrar conforme a Derecho, de modo que no le fuera exigible o la exigibilidad fuera menor.

El juez que autoriza a un médico a practicar una transfusión de sangre a una paciente testigo de Jehová, que se oponía a ello por sus convicciones religiosas, si la consideraba necesaria para salvar su vida, realiza el tipo del delito contra la libertad religiosa del artículo 205 del Código Penal y aunque lo hace cumpliendo un deber de rango superior —el de prestar socorro a una persona que se halla desamparada y en peligro manifiesto y grave (art. 489 bis), e incluso el deber de garante de su vida— que el de abstenerse de realizar la acción prohibi-

---

(15) Véase ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, pp. 143 y 152. La crítica de CUERDA RIEZU a la opinión de ARMIN KAUFMANN se basa evidentemente en un malentendido.

(16) Véanse en este sentido ARMIN KAUFMANN, *Fie Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, pp. 300 y ss., y WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 222. Esa menor gravedad de lo injusto puede reflejarse en la medición de la pena en el margen que al arbitrio judicial ofrece el artículo 61 o mediante la apreciación de atenuantes por analogía (núm. 10 del art. 9.º). No es preciso, por ello, que figure en el Código Penal una atenuación específica, como supone CUERDA RIEZU en *La colisión de deberes en el Derecho Penal*, pp. 186-187.

(17) No puede estimarse, por ello, como hace MIR PUIG, que el número 11 del artículo 8.º sea un precepto que resuelve un *conflicto de leyes* en favor de la norma no penal; véase MIR PUIG, *Derecho Penal*, parte general, pp. 412 y ss.

(18) Véase la incidencia de este principio material de Justicia en la exigente de estado de necesidad y su significación independiente en relación con la ponderación de intereses, en mi artículo «La regulación del estado de necesidad en el Código penal español», *lug. cit.*, pp. 84 y ss.

da, su conducta es ilícita pues implica un grave atentado a la dignidad de la persona humana (19).

### *Supuestos comprendidos en esta causa de justificación*

Los supuestos comprendidos en esta causa de justificación son innumerables, pues el cumplimiento de cualquier deber jurídico o el ejercicio legítimo de cualquier derecho, dimanantes de los preceptos de cualquier sector del ordenamiento jurídico pueden dar lugar a su aplicación. Me limitaré, por ello, a analizar los casos más problemáticos, que suelen abordarse en el estudio de esta causa de justificación en la moderna ciencia del Derecho Penal española. Examinaré, en primer lugar, un supuesto de cumplimiento del deber de gran trascendencia para el respeto a los derechos humanos: cumplimiento del deber por los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad en el desempeño de sus funciones. Me ocuparé a continuación de algunos supuestos de ejercicio de un derecho: derecho de corrección, vías de hecho, ejercicio legítimo de la profesión de abogado, de periodista y de médico y derecho a la práctica del deporte.

---

(19) Caso enjuiciado por el auto de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1979, que apreció la concurrencia de la eximente de estado de necesidad como causa de justificación, al estimar que el mal causado era menor que el que se trataba de evitar. Véase mi artículo «La regulación del estado de necesidad en el Código penal español», *lug. cit.*, p. 86, nota 73. ROMEO CASABONA considera que el mal causado es menor que el que se trataba de evitar, pero la eximente de estado de necesidad tendrá aquí la naturaleza de una causa de inculpabilidad, pues la conducta del juez (y del médico) no es medio adecuado para un fin justo; véase ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)», Barcelona, Bosch, 1981, pp. 379 y ss. MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ niega la concurrencia de la eximente de estado de necesidad por ser, a su juicio, el mal causado mayor que el que se trataba de evitar, al no ser la conducta del juez (ni la del médico) adecuada «a los valores fundamentales de la comunidad jurídica» y estima, por tanto, también que su conducta es ilícita; véase «La intervención médica contra la voluntad del paciente», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1979, fasc. 2.º, pp. 494 y ss.; «Agresión médica y consentimiento del paciente», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 25, 1985, pp. 130 y ss., y *Manual de Derecho Penal* (parte especial), «Delitos contra las personas», Ed. Ceura, Madrid, 1986, pp. 166-167. En estos dos últimos trabajos, BAJO FERNÁNDEZ introduce, sin embargo, una importante restricción en su criterio, al estimar que si la paciente está internada en un centro hospitalario de carácter público y no lo abandona, pidiendo el alta voluntaria, al anunciarle que hay que practicarle una transfusión, el médico (y el juez) se encontrará en un conflicto de deberes, el de expulsarla del hospital contra su voluntad y el de salvar su vida practicándole la transfusión. BAJO considera que debe darse preferencia a este último deber y, por tanto, la conducta del médico (y del juez) al practicar la transfusión será en este caso lícita. La expulsión de la paciente del hospital, en contra de su voluntad no supone, sin embargo, un grave atentado a su dignidad como persona, mientras que sí lo supone la práctica de la transfusión de sangre en contra de sus convicciones religiosas.

## A) CUMPLIMIENTO DEL DEBER POR LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES

Los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado (20), de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales realizan a veces acciones, en el desempeño de sus funciones, que están comprendidas en un tipo delictivo (por ejemplo, detenciones ilegales por parte de un funcionario público [art. 184], lesiones corporales por imprudencia [art. 565 o núm. 3 del art. 586, en relación con los arts. 418 y ss.], lesiones corporales dolosas [arts. 418 y ss.], homicidio por imprudencia [art. 565 o núm. 3 del art. 586 en relación con el art. 407] u homicidio doloso [art. 407]) que serían antijurídicas si no estuvieran comprendidas en esta causa de justificación de obrar en cumplimiento de un deber.

Para que la acción de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad pueda estar amparada en esta causa de justificación es preciso que se ajuste a los principios de actuación establecidos en el artículo 5.º de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de 13 de marzo de 1986 (21), especialmente que sea conforme a lo dispuesto en la Constitución y en el resto del ordenamiento jurídico (22) y

---

(20) Los cuerpos de seguridad del Estado son actualmente el Cuerpo Nacional de Policía —resultante de la integración del antiguo Cuerpo Superior de Policía y de la Policía Nacional— y la Guardia Civil. El Cuerpo Nacional de Policía es un instituto armado de naturaleza civil, dependiente del Ministerio del Interior, mientras que la Guardia Civil es un instituto armado de carácter militar, dependiente del Ministerio del Interior (en el desempeño de las funciones que le atribuye la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad) y del Ministerio de Defensa (en el cumplimiento de las funciones de carácter militar). En tiempo de guerra y durante el estado de sitio depende exclusivamente del Ministerio de Defensa (art. 9.º de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad). La Policía Nacional era un cuerpo de estructura y organización militar no integrado en las Fuerzas Armadas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12.1 de la Ley 55/1978, de 4 de diciembre, de la Policía que derogó el Decreto de 8 de marzo de 1941, que atribuyó a la Policía Armada (predecesora de la Policía Nacional) el carácter de fuerza armada.

(21) En el preámbulo de la Ley se indica que los principios básicos de actuación se establecen siguiendo las líneas marcadas por la «Declaración de la Policía» del Consejo de Europa, de 8 de mayo de 1979, y del «Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley» aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre del mismo año; véase sobre la «Declaración» y el «Código» mencionados, A. BERISTAIN IPIÑA, «Código deontológico policial según las Naciones Unidas», en *Estudios penales y criminológicos*, VII, Universidad de Santiago de Compostela, 1984, pp. 71 y ss., y M. BARBERO SANTOS, «El respeto a los derechos humanos: grandeza y servidumbre de la actividad policial (La situación en España)», en *Estudios penales y criminológicos*, IX, Universidad de Santiago de Compostela, 1986, pp. 34 y ss. La Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ha derogado la Orden de 30 de septiembre de 1981 por la que se dispone la publicación del acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de septiembre de 1981 sobre principios básicos de actuación de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado («BOE» de 2 de octubre).

(22) Artículo 5.º-1 de la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Por ejemplo, la autoridad o el agente de la policía judicial sólo tiene el deber de practicar una detención en los supuestos previstos en el artículo 492 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Según el artículo 12 de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959: «La autoridad gubernativa o sus agentes podrán detener a quienes cometan o intenten cometer cual-

que sea *necesaria, oportuna y proporcionada* a las exigencias del mantenimiento de la autoridad y el orden público en la situación concreta (23 y 24). Los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad deben atenerse escrupulosamente a estos principios, así como a los preceptos del reglamento del Cuerpo correspondiente (25).

Hay que tener en cuenta también y especialmente en lo que res-

---

quiera de los actos contrarios al orden público y a quienes desobedecieran las órdenes que les diera directamente la autoridad o sus agentes en relación con dichos actos.» El Tribunal Supremo ha declarado, en jurisprudencia constante, que el cumplimiento del deber ha de ser obrando dentro de la ley; véase la jurisprudencia citada por JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, IV, p. 536, y en la moderna jurisprudencia las sentencias de 25 de noviembre de 1981 (A. 4440), 13 de mayo de 1982 (A. 2669) y 24 de febrero de 1983 (A. 1719).

(23) Según el artículo 5.º 2 c) de la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: «En el ejercicio de sus funciones deben actuar con la decisión necesaria y sin demora cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato e irreparable, rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance.» En el apartado d) del número 2.º del artículo 5.º, se establece: «Solamente deberán utilizarse las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior.» La Instrucción sobre el uso de armas de fuego de abril de 1983, no publicada en el «BOE» carece por completo de efectos jurídicos, como pone de manifiesto JAVIER BARCELONA LLOP, en su tesina de licenciatura, inédita, presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, «Responsabilidad patrimonial de la Administración derivada del uso de las armas por los agentes públicos», pp. 695 y ss., dirigida por LORENZO MARTÍN-RETORTILLO.

(24) La opinión dominante en la ciencia del Derecho Penal española exigía ya, antes de entrar en vigor la nueva Ley, que la intervención de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad fuera necesaria y proporcionada para que pudiera estar amparada en esta causa de justificación; véanse: ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, parte general, pp. 252-253 (según el cual «como principio general regulador de esta proporción ha de tenerse en cuenta que el prestigio de la autoridad se compromete tanto por dejación como por abuso»); JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, IV, pp. 538-539; RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español*, parte general, p. 511; CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código penal*, Oviedo, 1966, pp. 290-291, 294 y ss. y 302 y ss. (necesidad y adecuación o proporción, o necesidad de la violencia en sí y necesidad de la violencia concretamente aplicada), *Comentarios al Código penal*, I, Barcelona, Ariel, 1972, pp. 368 y 372 y ss.; SÁINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal*, II, pp. 330-331; MIR PUIG, *Derecho penal*, parte general, pp. 417 y ss. (siguiendo a CÓRDOBA RODA distingue una necesidad abstracta y una concreta); MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, Temis, Bogotá, 1984, p. 117; J. J. QUERALT, «Coacción directa y justificación», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1983, núm. 3, pp. 112 y ss., y las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1948 (A. 1036), 7 de noviembre de 1968 (A. 4573), 22 de diciembre de 1970 (A. 5559), 8 de marzo de 1974 (A. 1243), 20 de octubre de 1980 (A. 3720), 19 de diciembre de 1980 (A. 4979), 13 de mayo de 1982 (A. 2669), 24 de febrero de 1983 (A. 1719), 30 de marzo de 1983 (A. 2219) y 16 de mayo de 1983 (A. 2710).

(25) Aún no han sido aprobados los Reglamentos orgánicos y de servicio del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil previstos en la Disposición adicional tercera, apartados 1 y 2 de la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Los preceptos del Reglamento del Cuerpo Superior de Policía y de la Cartilla de la Guardia Civil que se opongan a lo dispuesto en la nueva Ley han quedado derogados de acuerdo con lo establecido en su Disposición derogatoria. Con ello ha quedado derogado, a mi juicio, el artículo 7.º de la Cartilla de la Guardia Civil, que autoriza el uso de las armas cuando «sus palabras no hayan bastado».



pecta al uso de las armas, lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2.º de la Convención europea de salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (suscrita y ratificada por España). De acuerdo con este precepto: «La muerte (intencional) no se considera infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima, b) detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente, c) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección» (26). Después de exigir la necesidad absoluta del recurso a la fuerza, el precepto expresa, en los supuestos a, b y c, el requisito de la proporcionalidad. En el apartado b la redacción es excesivamente amplia, pues sólo si el preso, el presunto delincuente, o el detenido ha sido condenado o es acusado por un hecho delictivo de considerable gravedad, es muy peligroso y resulta difícil o problemática su detención en un momento posterior, se dará en la acción dolosa de matar el requisito de la proporcionalidad (27). La legislación nacional (art. 5.º, apartados c y d de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad) tiene aquí preferencia sobre lo dispuesto en el artículo 2.º, 2 de la Convención europea de salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, de acuerdo con lo previsto en el artículo 60 de la propia Convención. Según dicho artículo: «Ninguna de las disposiciones de la presente Convención será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otra Convención en la que ésta sea parte» (28).

Para el empleo de la coacción o de la violencia, por parte de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, no es preciso, como estimaba en un principio, generalmente, el Tribunal Supremo, que haya precedido una agresión ilegítima a dichos agentes o a un tercero (29).

Únicamente cuando la acción de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad se ajuste a los requisitos mencionados y espe-

---

(26) Véase también sobre el alcance de este precepto de la Convención europea de salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, mi *Curso de Derecho Penal español*, parte general I, introducción, teoría jurídica del delito, 1, pp. 438-439.

(27) Véase sobre la necesidad y proporcionalidad de la acción dolosa de matar, con dolo directo (tirar a matar), la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1980 (A. 3720), de la que fue ponente el ilustre magistrado don LUIS VIVAS MARZAL y J. J. QUERALT, *Coacción directa y justificación*, lug. cit., pp. 123 y ss.

(28) Véase también en este sentido J. J. QUERALT, *Coacción directa y justificación*, lug. cit., p. 120.

(29) Véanse las sentencias citadas por ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, parte general, p. 253; QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, I. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 389, y CÓRDOBA RODA, *Las exigentes incompletas en el Código Penal*, pp. 292 y ss.; *Comentarios al Código Penal*, I, pp. 366 y ss., que hizo una crítica muy acertada del antiguo criterio del Tribunal Supremo. Este se apartó definitivamente del mismo en la trascendental sentencia de 20 de octubre de 1980 (A. 3720).

cialmente a los de necesidad, oportunidad y proporcionalidad, será el deber cumplido de rango igual o superior al deber infringido (de omitir la acción prohibida; por ejemplo en el delito de coacciones, en las lesiones corporales culposas o dolosas o en el homicidio culposo o doloso).

No podrán estar comprendidos en ningún caso en la eximente de obrar en cumplimiento de un deber los tratos inhumanos o degradantes, ni por supuesto la tortura, prohibidos expresamente en el artículo 15 de la Constitución y que suponen un grave atentado a la dignidad de la persona humana (30). La tortura se castiga como delito en el artículo 204 bis (31).

Para que pueda apreciarse esta causa de justificación de obrar en cumplimiento de un deber es preciso, además, que concurra un elemento subjetivo: el sujeto debe actuar con el ánimo o voluntad de cumplir con su deber (32). Este ánimo o voluntad es compatible, sin duda, con la concurrencia de otros motivos.

Los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad no podrán invocar la eximente de legítima defensa si son víctimas de una agresión ilegítima cuando se encuentren en el desempeño de sus funciones o con motivo de las mismas (33). En la legítima defensa el agredido pue-

(30) La tortura fue duramente criticada por los penalistas de la Ilustración, que la combatieron principalmente con argumentos utilitarios, señalando el peligro de obtener de este modo declaraciones falsas que podrían dar lugar a la condena de personas inocentes; véase mi *Curso de Derecho Penal español*, parte general I, introducción, teoría jurídica del delito, I, pp. 78 y ss. Sobre la tortura, su abolición legal y su supervivencia en la práctica, véase RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español*, parte especial (9.ª ed.), Madrid, 1983, pp. 714 y ss.; FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, «La última etapa y la abolición de la tortura judicial en España», «Anales de la Universidad de La Laguna (1964-1965)» y «La tortura judicial y sus posibles supervivencias», en *Problemas actuales de Derecho Penal y Procesal*, Salamanca, 1971, pp. 125 y ss., y G. MARTÍNEZ DIEZ, «La tortura judicial en la legislación histórica española», en *Anuario de Historia del Derecho*, XXXII, pp. 223 y ss.

(31) La tortura estaba ya castigada antes de la introducción de esta figura delictiva por la Ley 31/1978, de 17 de julio, en las leyes penales de nuestro país, concretamente a través de las figuras delictivas de amenazas y coacciones (arts. 493 y ss. y 585), lesiones corporales (arts. 418 y ss., 582 y 583, 1.º) y los delitos contra la vida (arts. 405 y ss.) del Código penal. La figura delictiva del artículo 204 bis supuso, sin embargo, una elevación de las penas de las conductas delictivas realizadas en la práctica de la tortura, elevación que trató de asegurar el artículo 204 bis a), introducido por la Ley Orgánica de reforma urgente y parcial del Código penal, de 25 de junio de 1983.

(32) Véase mi *Curso de Derecho Penal español*, parte general I, introducción, teoría jurídica del delito, I, pp. 409 y ss.; CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, pp. 315-316; *Comentarios al Código Penal*, I, pp. 380-381, y SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal*, parte general II, pp. 331-332.

(33) Véase también en este sentido DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, Bosch, 1978, p. 104, nota 405, y «Legítima defensa y estado de necesidad defensivo», en *Comentarios a la legislación penal*, V, *La reforma del Código Penal de 1983*, vol. 1.º, Madrid, Edersa, 1985, pp. 250-251, y J. J. QUE- RALT, *Coacción directa y justificación*, lug. cit., pp. 115 y ss. Distinto es el criterio de la opinión dominante; véanse: JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, IV, pp. 97, 538 y 594; CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, pp. 323-324; MIR PUIG, *Derecho Penal*, parte general, pp. 417-418; las sentencias del Tribunal Supremo citadas por JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, IV, p. 97, y CÓRDOBA RODA,

de ir todo lo lejos que sea necesario para impedir o repeler la agresión (34), mientras que en la causa de justificación de obrar en cumplimiento de un deber la intervención de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad ha de ser, como hemos visto, necesaria, oportuna y proporcionada. Estamos ante un concurso de leyes, que hay que resolver en favor de la causa de justificación del número 11 del artículo 8.º, de acuerdo con el principio de la especialidad (35). Únicamente cuando los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad sean objeto de una agresión ilegítima como particulares, es decir cuando no se encuentren de servicio y la agresión se realice por motivos particulares, podrán invocar la legítima defensa. No podrán hacerlo nunca, sin embargo, cuando la agresión ilegítima se dirija contra terceros, tanto si se encuentran como no de servicio, pues según el número 5.º del artículo 5.º de la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: «Deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana».

## B) DERECHO DE CORRECCION

Los padres, los tutores y los maestros o profesores tienen el derecho y el deber de corregir, respectivamente, a sus hijos menores de edad no emancipados, pupilos y discípulos.

Según el artículo 154 del Código civil: «Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad...» Entre los deberes y facultades de los padres se menciona, en este artículo, el de educar y proporcionar una formación integral a los hijos y, en el último párrafo se establece que: «Los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos.»

Se plantea el problema de si los padres pueden aplicar castigos corporales a sus hijos. Antes de la reforma urgente y parcial del Código Penal por la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983, el único precepto del Código que hacía referencia a este problema era el último párrafo del artículo 420, donde se regulan las lesiones graves. En este precepto se disponía que: «No están comprendidas en el párrafo anterior las lesiones que el padre causare al hijo, excediéndose en su corrección.» En el párrafo anterior se establecía un tipo agravado de las lesiones graves cuando entre el sujeto activo y el pasivo se diera la relación

---

Las exigentes incompletas en el Código Penal, pp. 323, y en la moderna jurisprudencia las de 22 de diciembre de 1970 (A. 5559) y 13 de mayo de 1982 (A. 2669).

(34) Véase mi *Curso de Derecho Penal español*, parte general I, introducción, teoría jurídica del delito, 1, pp. 437 y ss.

(35) Véase también en este sentido D. M. LUZÓN PEÑA, *Legítima defensa y estado de necesidad defensivo*, lug. cit., p. 251, y J. J. QUERALT, *Coacción directa y justificación*, lug. cit., pp. 116 y ss. y, especialmente, 123.

de parentesco característica del delito de parricidio (art. 405) o concurrieran las circunstancias calificativas del asesinato (art. 406). El exceso en el ejercicio del derecho de corrección determinaba, pues, la inaplicación del tipo agravado del párrafo anterior. El exceso en la corrección venía a ser una circunstancia atenuante que compensaba la agravación del tipo calificado. Quedaba claro, pues, que los padres no podían causar lesiones graves a sus hijos en el ejercicio del derecho de corrección. Surgía la duda de si los padres podían causar a sus hijos lesiones menos graves (arts. 422 y 423 del Código Penal) o leves (arts. 582 y 583, núm. 1.º), o golpearles o maltratarles de obra o de palabra sin causarles lesión (art. 585, núm. 1.º) (36).

En la reforma urgente y parcial del Código Penal por la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983 se ha suprimido el último párrafo del artículo 420 y al mismo tiempo se ha dado una nueva redacción al número 2.º del artículo 583, donde ahora se declara que será castigado con las penas de uno a quince días de arresto menor y reprensión privada: «El que maltratare a su cónyuge o hijos menores de palabra o de obra, aunque no les causare lesiones de las comprendidas en el párrafo anterior.» En el número 1.º del mismo artículo se castiga, con las mismas penas, a: «Los que causaren lesiones que no impidan al ofendido dedicarse a sus trabajos habituales, ni exijan asistencia facultativa.» Parece que la voluntad del legislador ha sido la de excluir del ejercicio *legítimo* del derecho de corrección la causación de todo tipo de lesiones e incluso los malos tratos de obra o de palabra. Este criterio conduciría, sin embargo, a consecuencias inadmisibles. El más leve cachete a un hijo menor de edad, aunque lo tenga más que merecido y se propine con *animus corrigendi*, sería una acción antijurídica, frente a la que cabría la legítima defensa propia o de terceros. La voluntad del legislador no coincide, sin embargo, con la voluntad de la ley. Para determinar el ámbito del derecho de corrección de los padres hay que tener en cuenta no sólo las figuras delictivas del Código Penal (de las que sólo cabe deducir con seguridad la tipicidad de la conducta) (37), sino las concepciones ético-sociales realmente vigentes en la sociedad (38). Sólo así podrá determinarse si un castigo, corporal o no, es razonable y moderado, como exige el artículo 154 del Código civil; es decir, el precepto permisivo o autorización que sirve aquí de fundamento a la causa de justificación del ejercicio legíti-

---

(36) Admitía esta posibilidad, cuando el motivo de las lesiones o de los malos tratos fuera la corrección del hijo y la conducta fuera adecuada a «las normas de cultura aplicables a la pedagogía familiar, variables ciertamente según el medio social donde se realice el hecho», ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, parte general, p. 254. FERRER SAMA admitía la posibilidad de causar lesiones leves en el ejercicio legítimo del derecho de corrección de los padres; véase *Comentarios al Código Penal*, I, p. 241. En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, véanse las sentencias citadas por ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, parte general, pp. 254-255.

(37) De otra opinión, MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, pp. 117-118.

(38) Concepto más restringido y preciso que el de las normas de cultura de M. E. MAYER que invoca ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, parte general, p. 254.

mo de un derecho. Los malos tratos de obra sin causar lesión, si se producen con el ánimo de corregir y aparecen como necesarios y adecuados al fin correccional deben considerarse lícitos, es decir realizados en el ejercicio legítimo del derecho de corrección (39). No así, en cambio, la causación de lesiones, aunque no exijan asistencia facultativa ni impidan al ofendido dedicarse a sus trabajos habituales (núm. 1.º del art. 583).

Estarán también comprendidas en el ejercicio legítimo del derecho de corrección de los padres las privaciones de libertad de corta duración (detenciones ilegales, art. 480), las amenazas y coacciones (arts. 493 y ss.), siempre que se lleven a cabo con *animus corrigendi* y aparezcan como necesarias y adecuadas al fin correccional.

Los tutores, según el artículo 268 del Código civil: «podrán en el ejercicio de su cargo, recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir a los menores razonable y moderadamente». Como es lógico, debe seguirse el mismo criterio para determinar el carácter razonable y moderado del castigo que en el caso de los padres. Al no existir en el Código Penal una falta como la del número 2.º del artículo 583, en que se castiguen de un modo específico los malos tratos de obra o de palabra de los tutores a sus pupilos, la conducta estará comprendida en el tipo de la falta del número 1.º del artículo 585 («Los que golpearan o maltrataren a otro de obra o de palabra sin causarle lesión»), pero será lícita cuando se realice en el ejercicio legítimo del derecho de corrección.

Los maestros o profesores tienen también un derecho y un deber de corregir a sus alumnos, pero en todo caso deberán respetar su integridad y dignidad personales. En el artículo 42, núm. 1.º, apartado d) de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación (LODE) se establece que el Consejo Escolar del Centro tendrá, entre otras atribuciones, la de: «Resolver los conflictos e imponer las sanciones en materia de disciplina de alumnos, de acuerdo con las normas que regulen los derechos y deberes de los mismos» y en el artículo 6.º, apartado d) de la misma Ley se reconoce a los alumnos, entre otros, el: «Derecho a que se respete su integridad y dignidad personal.» Los malos tratos de obra o de palabra suponen siempre, a mi juicio, un atentado contra la dignidad de los alumnos y las lesiones corporales suponen además un atentado contra su integridad.

El ánimo o voluntad de corregir (*animus corrigendi*) es un elemento subjetivo de la causa de justificación de obrar en el ejercicio legítimo del derecho de corrección (40).

No existe un derecho de corrección del marido sobre su esposa.

---

(39) La adecuación al fin correccional implica, sin duda, la proporcionalidad del castigo con la travesura, infracción o defecto que se quiere corregir, pero tiene un contenido más amplio. Creo preferible, por ello, hablar de adecuación al fin correccional y no meramente de proporción, como hacen RODRÍGUEZ DEVEÑA-SERRANO GÓMEZ *Derecho Penal español*, parte general, p. 513, y MIR PUIG, *Derecho Penal*, parte general, p. 422.

(40) Véanse en este sentido ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, parte general, p. 254, y MIR PUIG, *Derecho Penal*, parte general, p. 422.

Esta es opinión unánime en la moderna ciencia del Derecho Penal española (41). En el artículo 66 del Código civil se declara que: «El marido y la mujer son iguales en derechos y deberes» y en el artículo 67 se establece que: «El marido y la mujer deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia.» Un derecho de corrección del marido sobre su mujer estaría, además, en contradicción con la prohibición constitucional de toda discriminación por razón del sexo (art. 14) (42) y con lo dispuesto en el artículo 32 de la Constitución, con arreglo al cual «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica» (43).

Tampoco existe un derecho de corrección de los niños ajenos. Sólo es posible corregir a un niño ajeno (que comete, por ejemplo, alguna travesura o gamberrada en un lugar público) en virtud del consentimiento expreso o tácito (pero no presunto) de los padres y frente a él cabe invocar también, por supuesto, las causas de justificación de la legítima defensa o el estado de necesidad (44).

### C) VIAS DE HECHO

El ejercicio de un derecho mediante la violencia, las amenazas o coacciones u otro medio ilegítimo, en caso de que sea contestado, no está amparado en la causa de justificación del número 11 del artículo 8.º Únicamente cuando el ejercicio del derecho es *legítimo* está la conducta amparada en esta causa de justificación (45). En nuestro Có-

(41) Véanse, por ejemplo: ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, parte general, p. 255; CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho Penal*, I, parte general, vol. I, p. 395; QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, I, p. 391; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, parte general, Universidad de Valencia, 1984, p. 397, y BUSTOS, *Manual de Derecho Penal español*, parte general, Barcelona, Ariel, 1984, p. 258. JIMÉNEZ DE ASÚA, antes de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que modificó el Código civil en materia de matrimonio, afirmaba, siguiendo a BETTIOL, la existencia de un derecho de corrección del marido sobre su mujer, véase *Tratado de Derecho Penal*, IV, pp. 569-570 y 575-576.

(42) Véase en este sentido COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, parte general, p. 397.

(43) Como señala BUSTOS, *Manual de Derecho Penal español*, parte general, p. 258.

(44) Véase en este sentido ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, parte general, p. 255 (que admite también, sin embargo, la eficacia del consentimiento presunto de los padres o encargados de la custodia del menor); JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, IV, p. 573 (se trataría de una delegación tácita del derecho de corregir de los padres, tutores o maestros); FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, I, p. 241 (que rechaza la eficacia del consentimiento presunto y admite sólo la delegación «cuando no se desapruebe la conducta de manera expresa por el titular del derecho de corrección»); COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, parte general, p. 398 (la corrección de niños ajenos puede estar justificada por el consentimiento expreso o tácito de los padres), y MIR PUIG, *Derecho Penal*, parte general, p. 423 (las correcciones mínimas son, para él, socialmente adecuadas —y atípicas por su escasa relevancia— o pueden considerarse amparadas por el estado de necesidad y en los castigos graves debe concurrir la delegación o el consentimiento expreso o tácito de los padres o tutores).

(45) Véanse en este sentido FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, I, pp. 242 y ss.; CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, p. 284, y *Comentarios al Código Penal*, I, p. 363; RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español*, parte general, p. 512; MIR PUIG, *Derecho Penal*, parte general, pp. 421-422, y COBO

digo existe incluso una figura delictiva específica, aunque de escasa amplitud y en la que se prevé únicamente la aplicación de una pena de multa, en la que se castigan algunos supuestos del ejercicio arbitrario del propio derecho, de las llamadas vías de hecho. Según el artículo 337 del Código Penal: «El que con violencia o intimidación se apoderare de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago con ella, será castigado con la pena de multa equivalente al valor de la cosa, sin que pueda bajar de 30.000 pesetas.» Esta figura delictiva que estaba entre los delitos contra la libertad y seguridad (Título XII) (46), fue incluida, en la reforma parcial del Código Penal, de 1944, en el nuevo Título (IV) de los delitos contra la Administración de Justicia (47).

#### D) EJERCICIO LEGÍTIMO DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO, PERIODISTA Y MÉDICO

Me voy a limitar a examinar algunos de los aspectos más relevantes del ejercicio legítimo de estas profesiones.

a) Los abogados para defender a sus clientes, o para actuar como acusadores privados, hacen a veces afirmaciones que son objetivamente injuriosas y que estarían comprendidas en el tipo de los delitos de desacato (arts. 240 y ss.), de injurias (arts. 457 y ss.) o calumnia (arts. 453 y ss.) si se hubieran realizado con *animus iniuriandi* o *calumniandi*. Su acción no es típica, generalmente, por falta de este elemento subjetivo de lo injusto (48). Cuando las afirmaciones se hagan

---

DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, parte general, p. 396. Este es el criterio mantenido también en jurisprudencia constante por el Tribunal Supremo; véanse las sentencias citadas por CORDOBA RODA y en la moderna jurisprudencia la de 16 de marzo de 1970 (A. 1402).

(46) Según el artículo 489 del Código Penal de 1932: «El que con violencia se apoderare de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago con ella, será castigado con las penas de arresto mayor en su grado mínimo y una multa equivalente al valor de la cosa, pero que en ningún caso bajará de 250 pesetas».

(47) Véase sobre esta figura de delito y la posibilidad de sancionar otros supuestos de ejercicio arbitrario del propio derecho a través de otras figuras delictivas: ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, parte general, p. 256; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, IV, pp. 560-561; FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, I, pp. 243-244; MIR PUIG, *Derecho Penal*, parte general, pp. 420-421; MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ, *La realización arbitraria del propio derecho*, Madrid, Civitas, 1976, y las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1981 (A. 478), 26 de febrero de 1982 (A. 847), 4 de octubre de 1982 (A. 5588), 14 de noviembre de 1984 (A. 5488), 30 de septiembre de 1985 (A. 4583) y 25 de noviembre de 1985 (A. 5477). En la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983 se incluye, también dentro de los delitos contra la Administración de Justicia, una figura delictiva de realización arbitraria del propio derecho, de mayor amplitud que la actual. Según el artículo 426: «1. El que para realizar un derecho propio en lugar de acudir a la vía judicial empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses. 2. Se impondrá la pena superior en grado si para la intimidación o violencia se hiciere uso de armas u otros objetos peligrosos.»

(48) Véase en este sentido CORDOBA RODA, *Las exigentes incompletas en el Código Penal*, p. 285, y *Comentarios al Código Penal*, I, p. 364.

con *animus iniuriandi* o *calumniandi*, la acción será típica y no podrá invocarse la causa de justificación del número 11 del artículo 8.º, de ejercicio legítimo de un oficio, pues faltará el elemento subjetivo de la misma: el ánimo o voluntad de ejercer legítimamente un oficio o profesión (49). Esta causa de justificación será sólo aplicable, como ha puesto de manifiesto Córdoba Roda (50), en los raros supuestos en que coexistan el ánimo de ejercer legítimamente la profesión y el *animus iniuriandi* o *calumniandi* y en que las expresiones deshonrosas sean necesarias, en una interpretación *ex ante*, para la defensa de los intereses de sus clientes (51 y 52).

b) Los periodistas, en el desempeño de su profesión, al informar o realizar cualquier género de crítica (política, literaria, artística, deportiva, etc.) hacen afirmaciones que si no estuvieran realizadas con el *animus informandi* o *criticandi*, sino con *animus iniuriandi* o *calumniandi* estarían comprendidas en el tipo de los delitos de desacato, injurias o calumnia. Cuando la información o la crítica se lleven a cabo con ánimo de injuriar o calumniar, la acción será típica, pero no podrá invocarse la causa de justificación de obrar en el ejercicio legítimo de la profesión periodística, pues faltará el elemento subjetivo de la misma: el ánimo o voluntad de ejercer legítimamente la profesión. Tampoco podrá invocarse esta causa de justificación en caso de que coexistan el *animus informandi* o *criticandi* y el *animus iniuriandi* o *calumniandi*, a diferencia de lo que sucedía con los abogados, pues la libertad de expresión y difusión de los pensamientos, ideas y opiniones, así como la libertad de información, proclamadas en el artículo 20 de la Constitución, encuentran su límite, según se establece en el número 4 del mismo artículo «en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia» (53).

c) El médico que opera y a veces al curar hace una herida y en el artículo 420 se define la acción típica de las lesiones corporales con las palabras: «El que hiere, golpear o maltratare de obra a

---

(49) Véase en este sentido CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, p. 285; *Comentarios al Código Penal*, I, pp. 364-365, y la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1974 (A. 3964).

(50) Véase CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, pp. 286-287, y *Comentarios al Código Penal*, p. 365.

(51) Según la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1974 (A. 3969), la falta de necesidad de las afirmaciones deshonrosas determina la absorción del *animus defendendi* por el *animus iniuriandi* y la total ausencia de necesidad las desconecta del ejercicio legítimo de la función de abogado y procurador, criterio este último que había mantenido ya en la sentencia de 25 de abril de 1927.

(52) En el artículo 467 del Código Penal se dispone que: «Nadie podrá deducir acción de calumnia o injuria causadas en juicio sin previa licencia del juez o tribunal que de él conociere.»

(53) Véase en este sentido la trascendental sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1980 (A. 1483).



otro» (54). Según la opinión dominante en la ciencia del Derecho Penal española, el médico, al hacer una herida, en el tratamiento médico-quirúrgico curativo, realiza el tipo de un delito o falta de lesiones corporales (55).

Esta interpretación no me parece convincente. Si la intervención quirúrgica o la curación tienen un resultado favorable no puede hablarse, en rigor, de una lesión del bien jurídico protegido: la integridad corporal y la salud (56). Mediante una interpretación teleológico-restrictiva puede estimarse que no se da el resultado típico de los delitos de lesiones corporales (57).

---

(54) Esta definición de la acción típica es común para todos los tipos de lesiones corporales en los que no se haga una referencia específica a los medios de comisión; véase en este sentido J. L. Díez RIPOLLÉS, «La huelga de hambre en el ámbito penitenciario», de próxima publicación en *Cuadernos de Política Criminal*.

(55) Véase en este sentido CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho Penal*, I, parte general, vol. 1.º, pp. 397 y ss.; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, parte general, pp. 403-404, y M. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal*, parte especial, «Delitos contra las personas», pp. 163 y ss. (sólo cuando la intervención médico-quirúrgica produzca efectos irreversibles o irrecuperables). El Tribunal Supremo, como señala ROMEO CASABONA, parece inclinarse por este criterio al exigir que la intervención sea legítima para poder aplicar la exigente del número 11 del artículo 8.º; véase ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I «La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)», Barcelona, Bosch, 1981, p. 66. JIMÉNEZ DE ASÚA considera, en cambio, que: «Amputar no es mutilar, incidir operatoriamente, no es herir; sujetar no es golpear. En suma, en la actividad curativa no existe tipo alguno de lesiones o de malos tratos, ni siquiera cuando el medio curativo fracasa» (subrayado en el original); véase JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, IV, p. 705. En otro lugar precisa que la ausencia de tipicidad se da únicamente cuando la actividad curativa se realiza conforme a la *lex artis* (ob. cit., p. 729), RODRÍGUEZ MOURULLO, partiendo de un concepto social de la acción considera que «el médico que interviene en el quirófano de su clínica, con los medios e instrumentos propios del caso a su paciente, no realiza una "acción de herir, golpear o maltratar" —como la que se describe en el artículo 420 del Código Penal— sino una "operación", aún cuando de su actuación haya derivado un menoscabo para la integridad física del intervenido»; véase RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal*, parte general, Madrid, Civitas, 1977, pp. 212-213. Dada la regulación de los delitos y faltas culposos en nuestro Código, a través del artículo 565 y número 3 del artículo 586, la adopción del criterio de JIMÉNEZ DE ASÚA o el de RODRÍGUEZ MOURULLO, supondría la atipicidad de las lesiones corporales culposas realizadas por el médico o cirujano al no observar el cuidado objetivamente debido en la intervención quirúrgica o curación. RODRÍGUEZ MOURULLO es consciente del problema y critica, por ello, la limitación de los medios de comisión de las lesiones en el artículo 420 (ob. cit., p. 213, nota 10).

(56) Véase sobre el bien jurídico protegido en los delitos de lesiones corporales, ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)», pp. 133 y ss.

(57) Véase en este sentido FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, I, p. 245; ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, parte general, p. 260, y «Notas críticas al Código Penal. Las lesiones», en Estudios Penales en homenaje al padre PEREDA, Bilbao, 1965, p. 791; RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español*, parte general, p. 517; MIR PUIG, *Derecho Penal*, parte general, p. 426; ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 164 y ss.; I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, pp. 31-32; A. JORGE BARREIRO, «La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico», separata de *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 16, 1982, p. 12, y EMILIO OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, «La reforma del consentimiento en las lesiones», en *Comentarios a la legislación penal*, V, Madrid, Edersa, 1984, pp. 942 y ss. y 951 yss. Según BACIGALUPO, las intervenciones realizadas con éxito y con el consentimiento del pa-

Cuando la intervención quirúrgica o la actividad curativa tengan un resultado desfavorable se dará un menoscabo de la integridad corporal y la salud (58). Si el cirujano o el médico actúan, sin embargo, con la voluntad de curar al paciente faltará el dolo, es decir, la conciencia y voluntad de atentar contra la integridad corporal y la salud, que es un elemento subjetivo del tipo de las lesiones corporales dolosas (59). Faltará no sólo el dolo directo, sino también el eventual (60). Es cierto que en algunos casos, en operaciones muy arriesgadas o de escasas posibilidades de éxito, el médico contará con la posibilidad de un resultado negativo para la integridad corporal y la salud del paciente, pero el fin que persigue consiste precisamente en evitar la producción de dicho resultado. El supuesto es completamente diferente a los de dolo eventual (61); en ellos el agente cuenta con la producción de consecuencias no deseadas, previstas como posibles, con tal de no renunciar a la consecución del fin (62).

---

ciente son socialmente adecuadas y carecen de relevancia para el Derecho Penal (no pueden estar comprendidas en los tipos); véase «Acerca de la responsabilidad del médico ante el Derecho Penal», separata de la *Revista de Derecho Público*, núms. 84-85 (julio-diciembre), 1981, pp. 668 y ss.

(58) Para ROMEO CASABONA se dará ya el tipo objetivo de lesiones corporales cuando no mejore el estado de salud del paciente como consecuencia de la intervención; véase *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», p. 167. Según BERDUGO, en las intervenciones con resultado negativo faltará el tipo objetivo si medió el consentimiento del paciente, pues el bien jurídico protegido en los delitos de lesiones corporales no es sólo la salud personal, sino también la capacidad de disposición de la misma; véase I. BERDUGO Y GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, p. 36. Dada la redacción del artículo 428, me parece inviable en nuestro Código la concepción del bien jurídico protegido en las lesiones corporales como comprensivo de la integridad corporal y la salud y la libertad de disposición de las mismas; véase también, en este sentido, ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 137-138, 285 y ss. y 302 y ss., y «El consentimiento de las lesiones en el Proyecto de Código Penal de 1980», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 17, pp. 276 y 284.

(59) Véanse en este sentido MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, parte especial (6.ª ed.), Universidad de Sevilla, 1985, p. 80; Mir Puig, *Derecho Penal*, parte general, p. 426 («quien quiere curar no puede querer lesionar»), y A. JORGE BARREIRO, *La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico*, *lug. cit.*, p. 12.

(60) Admiten la posibilidad de dolo eventual: ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 204 y ss., especialmente 208-209; I. BERDUGO Y GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, p. 34; EMILIO OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La reforma del consentimiento en las lesiones*, *lug. cit.*, p. 943, y M. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal*, parte especial, «Delitos contra las personas», pp. 164-165.

(61) Véase mi *Curso de Derecho Penal español*, parte general I, introducción, teoría jurídica del delito, I, pp. 357 y ss.

(62) BERDUGO considera que en las intervenciones con resultado negativo realizadas sin el consentimiento del paciente se lesiona el bien jurídico protegido, pero quedan fuera de los tipos de lesiones corporales si estaban indicadas y se llevan a cabo con arreglo a la *lex artis*, pues se trata de conductas no comprendidas en el fin de protección de la norma; véase *El delito de lesiones*, p. 39. La restricción del tipo de las lesiones corporales dolosas (BERDUGO cree posible, como vimos, la concurrencia del dolo eventual con el ánimo o voluntad de curar) mediante este criterio de imputación objetiva plantearía dificultades insuperables para la configuración de los tipos de las lesiones corporales culpables, pues éstos se forman en nuestro Código Penal con la integración de los elementos contenidos en el artículo 565 o número 3.º del artículo 586 y en las figuras delictivas dolosas correspondientes («El que por imprudencia temera-

Si el resultado de la intervención quirúrgica o de la actividad curativa es desfavorable y falta el dolo de lesiones (lo cual sucederá siempre que el médico actúe con ánimo o voluntad de curar) la conducta estará únicamente comprendida en los tipos de las lesiones corporales culposas cuando el cirujano o médico no haya observado el cuidado objetivamente debido al examinar su propia capacidad (63), al realizar el diagnóstico (64), al apreciar la indicación de la intervención (65) o en la práctica de la misma (66 y 67) y el resultado se haya producido precisamente como consecuencia de la inobservancia de dicho cuidado (68).

Un error o fallo técnico o la realización de la intervención sin ajustarse a la *lex artis* es sólo un indicio de la inobservancia del cuidado objetivamente debido. El error o fallo técnico puede deberse o no a la inobservancia del cuidado objetivamente debido y la observancia de dicho cuidado puede exigir, en situaciones excepcionales, la infracción de la *lex artis* (69). Por otra parte, como señala Romeo Casabo-

---

ria», dice, por ejemplo, el párrafo primero del artículo 565, «ejecutare un hecho que si mediare malicia constituiría delito»). Tendrían que quedar impunes las lesiones corporales culposas causadas por el médico en una intervención quirúrgica o curativa realizada con ánimo de curar, pero en la que no hubiera observado el cuidado objetivamente debido. Véase, además, en contra del criterio de la imputación objetiva que excluye del tipo de los delitos de acción dolosa las acciones dolosas realizadas con arreglo al cuidado objetivamente debido, mi *Curso de Derecho Penal español*, parte general I, introducción, teoría jurídica del delito, I, p. 325.

(63) Véase a este respecto ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 243 y ss.

(64) Véase a este respecto ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 254 y ss.

(65) Véase sobre el concepto de indicación médica el profundo y exhaustivo análisis de ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 147 y ss.

(66) Los deberes de cuidado del médico o cirujano se extienden a la fase anterior a la operación (preparación del paciente), a la intervención misma y al postoperatorio; véase a este respecto ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 266 y ss.

(67) Sobre la importancia del principio de la confianza en la determinación del cuidado objetivamente debido en el tratamiento médico-quirúrgico, véase mi *Curso de Derecho Penal español*, parte general I, introducción, teoría jurídica del delito, I, p. 388. Sobre la incidencia excepcional del deber de información del médico sobre la observancia del cuidado objetivamente debido (cuando la información fuera necesaria para que el paciente siguiera escrupulosamente las prescripciones médicas), véase ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 252 y 328-329, y A. JORGE BARREIRO, *La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico*, *lug. cit.*, p. 27. Se trata de la llamada información terapéutica.

(68) Como señala ROMEO CASABONA: «La responsabilidad criminal del médico por sus intervenciones clínicas o quirúrgicas se ha movido en el ámbito judicial exclusivamente en la responsabilidad culposa»; véase el detenido análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad penal del médico que hace ROMEO CASABONA, en *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 58 y ss. Véase también J. M. MARTÍNEZ PEREDA, *La imprudencia punible en la profesión sanitaria, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1985.

(69) Véase en este sentido ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 233 y ss.

na, «la *lex artis* correcta o válida no es necesariamente la que ha obtenido una aceptación generalizada». El cuidado objetivamente debido obliga al médico a elegir la técnica, mayoritaria o minoritaria, que considere más conveniente para el enfermo concreto (70).

Cuando la intervención se realice no para curar al intervenido, sino con fines de experimentación científica (71) o para curar a una tercera persona, como sucede en las transfusiones de sangre y en los trasplantes de órganos, en relación con el donante, la acción del médico realizará siempre el tipo (objetivo y subjetivo) de las lesiones corporales dolosas (72).

Lo mismo sucede, generalmente, en las intervenciones de cirugía estética. El cirujano no trata aquí de curar a su cliente, salvo en los casos en que la fealdad o deformidad le hayan creado un complejo de inferioridad que afecte a su salud psíquica, produciéndole una depresión (73).

En todos los casos en que la intervención quirúrgica o la actividad curativa realice el tipo de las lesiones corporales dolosas la acción del médico no será antijurídica si concurre una causa de justificación. El médico podrá invocar en algunos casos, pocos, dada la actual redacción del artículo 428, el consentimiento como causa de justificación (74). Esto será posible en los trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual (75), cuando se den los requisitos estable-

(70) Véase ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», p. 237.

(71) Véase sobre la diferenciación de la experimentación en sentido estricto o experimentación pura y la experimentación terapéutica, ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 154 y ss., y «Aspectos jurídicos de la experimentación humana», en Estudios de Derecho Penal en homenaje al profesor JIMÉNEZ DE ASÚA, monográfico 11 de la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 1986, pp. 569 y ss.

(72) Véase en este sentido ROMEO CASABONA, *Los trasplantes de órganos. Informe y documentación para la reforma de la legislación española sobre trasplantes de órganos*, Barcelona, Bosch, 1978, p. 30, y *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 274-275; JORGE BARREIRO, *La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico*, lug. cit., p. 12, y E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La reforma del consentimiento en las lesiones*, lug. cit., p. 953.

(73) Véase en este sentido ANTÓN ONECA, *Notas críticas al Código Penal. Las lesiones*, p. 792, y ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 174-175, que distingue la cirugía estética —que parte de una anatomía normal— de la reparadora, en la que se da siempre la indicación terapéutica. MIR PUIG considera, en cambio, que en toda intervención de cirugía estética sin indicación terapéutica faltará la tipicidad «siempre que produzca un resultado que socialmente se considere positivo porque no cabrá hablar entonces de “lesión”, aunque no suponga una mejora de la salud»; véase MIR PUIG, *Derecho Penal*, parte general, p. 427.

(74) Dada la redacción de este precepto, no es posible basar, con carácter general, la exclusión de la antijuridicidad en el tratamiento médico-quirúrgico (no coactivo, es decir no impuesto obligatoriamente por el Estado) en el consentimiento del paciente, como hacen RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español*, parte general, pp. 517 y ss.

(75) En la esterilización terapéutica y en la cirugía transexual puede faltar ya el resultado típico de lesiones, como ponen de manifiesto ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 177 y ss., y E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La reforma del consentimiento en las lesiones*, lug. cit., p. 944.

cidos en el mencionado artículo (76). También las lesiones producidas al extraer sangre para una transfusión quedarán justificadas por el consentimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento de hemodonación (77). El consentimiento será también eficaz siempre que se trate de lesiones leves (art. 582 o núm. 1.º del art. 583), pues el artículo 428 excluye sólo, con carácter general, la eficacia del consentimiento en las lesiones comprendidas en el capítulo anterior, donde se regulan las lesiones graves y menos graves (78). En los restantes casos el cirujano o el médico podrá invocar la causa de justificación del ejercicio legítimo de su profesión cuando esté legalmente habilitado para su desempeño (79), la intervención esté indicada, se realice con arreglo al cuidado objetivamente debido y mediere el consentimiento del paciente, de sus representantes legales o de sus familiares o personas a él allegadas, en caso de imposibilidad o incapacidad para otorgarlo válidamente (80). En el artículo 10, apartado 6.º y 15 de la Ley general de sanidad de 25 de abril de 1986 se exige, incluso, el previo consentimiento escrito del usuario, tanto de los servicios sanitarios públicos como privados, para la realización de cualquier in-

---

(76) Según el párrafo segundo del artículo 428: «No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el consentimiento libre y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuados con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante fuera menor o incapaz, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.» Los trasplantes de órganos están regulados por la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, el Real Decreto 426/1980, de 22 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos (Reglamento) y por disposiciones complementarias de rango inferior; véase ROMEO CASABONA, «La ley de trasplantes y sus repercusiones sociales», en *La Ley*, año III, núm. 343, 29 de enero de 1982. ROMEO CASABONA, que había publicado una importante monografía sobre la materia (véase nota 72), fue el inspirador de la Ley. La Proposición de Ley presentada por el grupo socialista en el Congreso de los Diputados era el texto que proponía ROMEO CASABONA como conclusión en su libro.

(77) Real Decreto de 9 de octubre de 1985.

(78) Véase en este sentido ANTÓN ONECA, *Notas críticas al Código Penal. Las lesiones*, p. 789, y ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 94 y 305.

(79) Para ello es preciso que posea el título, expedido o reconocido por el Estado y esté inscrito en el correspondiente Colegio médico. La persona que ejerza la Medicina sin estar legalmente habilitada para ello no sólo no podrá estar amparada en la causa de justificación del número 11 del artículo 8.º, sino que podrá incurrir en responsabilidad penal por delito o falta de intrusismo profesional (arts. 321 y 572, núms. 1.º ó 2.º del Código Penal).

(80) Véanse en este sentido ANTÓN ONECA, *Notas críticas al Código Penal. Las lesiones*, p. 792; CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho Penal*, I, parte general, vol. 1.º, p. 397; FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, I, p. 246; ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», p. 290; M. COBO, «Revisión del problema del consentimiento en las lesiones en el Código Penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1964, fasc. 2.º, pp. 263 y ss.; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, parte general, pp. 403-404; MIR PUIG, *Derecho Penal*, parte general, p. 428; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, parte especial, p. 81; A. JORGE BARREIRO, *La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico*, *lug. cit.*, p. 12, y la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1959 (A. 831).

tervención (81). En algunas ocasiones el consentimiento del paciente es ya una exigencia del cuidado objetivamente debido (82). No es suficiente el consentimiento presunto del paciente (83).

La capacidad para consentir válidamente viene determinada en la causa de justificación del ejercicio legítimo de la profesión médica por la capacidad natural de juicio del paciente, es decir por su capacidad de comprender los pros y los contras del tratamiento y el alcance de su decisión (84); a diferencia de lo que se establece en el artículo 428 del Código Penal para el consentimiento como causa de justificación en las lesiones corporales, donde se excluye la validez del consentimiento otorgado por los menores de edad civil y los incapaces, e incluso por sus representantes legales.

Cuando los representantes legales del menor, deficiente o enfermo mental, que carezcan de capacidad natural de juicio, actúen abusivamente rechazando un tratamiento médico-quirúrgico que sea, sin duda, favorable para el paciente, el médico podrá solicitar autorización al juez para practicar la intervención; cuando el menor no haya cumplido aún los dieciséis años será competente para otorgarla el Tribunal Tutelar de Menores (85). El médico no necesitará, por supuesto, recibir dicha autorización cuando se den los requisitos del estado de necesidad.

La eficacia del consentimiento como causa de justificación o como requisito indispensable para que el ejercicio de la profesión médica sea legítimo, supone el conocimiento por parte del paciente de la naturaleza y alcance de la intervención. El médico tiene, por tanto, el deber de informar al paciente (86); deber que ha sido reconocido en la Ley general de sanidad de 25 de abril de 1986. Según los apartados 5.º

(81) De acuerdo con lo dispuesto en el apartado 6.º del artículo 10 de la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986, sólo puede prescindir el médico del consentimiento del paciente: «a) cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública; b) cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas, y c) cuando la urgencia no permita demora, por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.»

(82) Véase la nota 67. En este sentido también COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, parte general, p. 404.

(83) Rechazan también la eficacia del consentimiento presunto en el tratamiento médico-quirúrgico, ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», p. 366, y A. JORGE BARREIRO, *La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico*, p. 22.

(84) Véase en este sentido ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 316 y ss., y A. JORGE BARREIRO, *La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico*, lug. cit., pp. 23-24.

(85) Véase en este sentido ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 321 y ss.

(86) Véanse en este sentido ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 329 y ss., y A. JORGE BARREIRO, *La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico*, lug. cit., p. 26, que señalan que el deber de información puede derivar también del contrato de arrendamiento de servicios o de obra existente entre el médico y el paciente.

y 15 del artículo 10 de dicha Ley el paciente tiene derecho, tanto en los servicios sanitarios públicos como en los privados: «A que se le dé en términos comprensibles a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal o escrita sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento» (87). El médico debe informar al paciente sobre la indicación del tratamiento que se propone aplicar, sus consecuencias, sus riesgos específicos, en relación con las circunstancias del caso concreto (88). El médico puede limitarse a una información parcial o gradual cuando una información exhaustiva o inmediata pudiera ser perjudicial para la salud del paciente. La información ha de ser, en todo caso, suficiente, sin embargo, para que el paciente se haga cargo de su situación (89). Cuantos más riesgos entrañe la intervención, o cuanto menos necesaria sea, mayor deberá ser la información. En las intervenciones quirúrgicas no curativas (cirugía estética, extracción de órganos para trasplantes) la información deberá ser, por ello, exhaustiva. Si el médico prescinde *por completo* de la información al paciente por considerar que podría ser perjudicial para su salud o su vida y realiza, por tanto, la intervención *sin el consentimiento* del mismo, su conducta podrá estar únicamente justificada si se dan los presupuestos del estado de necesidad como causa de justificación (90). La eficacia del consentimiento como causa de justificación o como requisito imprescindible para que el ejercicio de la profesión médica sea legítimo, requiere que el médico tenga conocimiento del consentimiento del paciente y que éste sea uno de los motivos que le impulsen a actuar (91).

Siempre que la intervención se realice sin el consentimiento del paciente o de sus representantes legales, la acción típica, de lesiones dolosas o culposas, será antijurídica (tratamiento médico-quirúrgico arbitrario), salvo que concurren los requisitos del estado de necesidad como causa de justificación, o que, en caso de colisión de deberes, el médico actúe en cumplimiento de un deber de rango superior o igual al de omitir la acción prohibida, siempre que la conducta no implique un grave atentado a la dignidad humana del paciente. Un supuesto de colisión de deberes resuelto expresamente por el ordenamiento jurí-

---

(87) Un deber de información sobre los riesgos y ventajas que pueden derivarse de un trasplante de órganos y, en relación con el receptor, además, sobre la realización de estudios inmunológicos de histocompatibilidad, se establece en la ley sobre extracción y trasplante de órganos de 27 de octubre de 1979 (arts. 4.º 6 y 6.º).

(88) Véase ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 331 y ss., y A. JORGE BARREIRO, *La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico*, lug. cit., pp. 28 y ss.

(89) Véase sobre la extensión y límites del deber de informar, ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 335 y ss., y A. JORGE BARREIRO, *La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico*, lug. cit., pp. 30 y ss.

(90) Véase, sobre los supuestos en que el médico puede prescindir por completo de informar al paciente, ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 341 y ss.

(91) Véase mi *Curso de Derecho Penal español*, parte general I, introducción, teoría jurídica del delito, I, p. 410.

dico es el de los tratamientos terapéuticos obligatorios o coactivos, o las vacunas obligatorias, para hacer frente a enfermedades infectocontagiosas o enfermedades mentales (92). El médico actúa amparado aquí en la causa de justificación de obrar en cumplimiento de un deber.

El tratamiento médico-quirúrgico arbitrario, en los casos en que no se dé el tipo de las lesiones corporales dolosas o culposas, puede estar comprendido en el tipo de delito de coacciones del artículo 496 (93) y será antijurídico si no concurren los requisitos del estado de necesidad como causa de justificación o, en los supuestos de colisión de deberes, de la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber.

Cuando muera el paciente, como consecuencia de la operación, faltará el tipo del homicidio doloso si el cirujano actuó con ánimo o voluntad de curar, pues éste excluye el dolo directo y el eventual de homicidio (94). Si el resultado de muerte se había producido como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido (95), la acción estará comprendida en alguno de los tipos del homicidio culposo y no será aplicable la causa de justificación del número 11 del artículo 8.º (96).

---

(92) Véanse respecto a estos tratamientos RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español*, parte general, p. 516, y ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 384 y ss.

(93) Véanse en este sentido ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 285 y ss. MIR PUIG, *Derecho Penal*, parte general, p. 427, y A. JORGE BARREIRO, *La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico*, lug. cit., pp. 16 y ss. Cuando la negativa del paciente a un tratamiento obedezca a sus creencias religiosas la conducta del médico realizará el tipo del delito contra la libertad religiosa del párrafo segundo del artículo 205 del Código Penal (tipo especial en relación con el delito de coacciones) y será siempre antijurídica (véase *supra* pp. 5-6). No parece necesaria en la actualidad, como señala ROMEO CASABONA, la introducción en nuestro Código Penal de una figura delictiva específica de tratamiento médico-quirúrgico arbitrario, aunque quizá fuera conveniente elevar las penas del delito de coacciones del párrafo primero del artículo 496; véase ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 395 y ss. A. JORGE BARREIRO considera conveniente, en cambio, introducir en el Código una figura delictiva de tratamiento médico-quirúrgico arbitrario, pues no todos los supuestos son inculpables en el artículo 496. Cita el ejemplo del consentimiento ineficaz por falta de información suficiente, exigible al médico; véase *La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico*, lug. cit., p. 18. ROMEO CASABONA considera que, en la actualidad, los supuestos no comprendidos en el artículo 496 pueden constituir la falta del número 5.º del artículo 585.

(94) Véase también en este sentido, MIR PUIG, *Derecho Penal*, parte general, p. 426. Admiten, en cambio, la posibilidad de dolo eventual ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, «La actividad curativa», pp. 208-209, y el Tribunal Supremo en la sentencia de 19 de enero de 1972 (A. 287).

(95) Véase sobre el cuidado objetivamente debido en el tratamiento médico-quirúrgico lo dicho *supra* en pp. 19-20.

(96) El consentimiento no opera como causa de justificación en los delitos contra la vida, como se deduce claramente del artículo 409 del Código Penal, en cuyo inciso segundo se castiga el homicidio consentido u homicidio-suicidio, aunque con una pena atenuada (pues se aplicará la pena de reclusión menor, la misma del homicidio simple del [artículo 407] aunque concurren las circunstancias calificativas del parricidio



Si la intervención realiza el tipo del homicidio culposo y se ha practicado sin el consentimiento del paciente estaremos ante un tratamiento médico-quirúrgico arbitrario, que será antijurídico salvo en los supuestos en que sean aplicables a las causas de justificación del estado de necesidad o del cumplimiento de un deber. Cuando la intervención, a pesar del resultado letal, no realice el tipo del homicidio culposo, estará comprendida en el del delito de coacciones (art. 496) si se llevó a cabo sin el consentimiento del paciente. La antijuridicidad quedará también excluida si se dan los requisitos de la causa de justificación del estado de necesidad o del cumplimiento de un deber.

## E) DERECHO A LA PRÁCTICA DEL DEPORTE

La práctica del deporte es un derecho de todo ciudadano, reconocido en el artículo 1.º de la Ley general de la cultura física y del deporte, de 31 de marzo de 1980 (97) y no sólo de los deportistas profesionales. Para éstos representa, además, el ejercicio de su profesión.

En la práctica de los deportes se causan con relativa frecuencia lesiones corporales y en algún deporte especialmente violento, como el boxeo, se causa, incluso, en alguna ocasión, la muerte de otro deportista. Antes de examinar el ámbito de aplicación en estos casos de la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho se nos plantea el problema, como en el tratamiento médico-quirúrgico, de si se da realmente el tipo de las lesiones corporales dolosas o culposas, o del homicidio doloso o culposo.

Únicamente si se da el dolo (directo o eventual), es decir la conciencia y voluntad de atentar contra la integridad corporal o la salud, o contra la vida, se dará el tipo de las lesiones corporales dolosas o del homicidio doloso. Si falta el dolo, la acción estará sólo comprendida en los tipos de las lesiones corporales o del homicidio culposo, si el resultado se ha producido como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido. Esta se dará casi siempre cuando se haya infringido el reglamento para la práctica del respectivo deporte. Sólo en casos excepcionales, en situaciones atípicas, la observancia del cuidado objetivamente debido exigirá la infracción del reglamento (98).

---

[art. 405] o asesinato [art. 406], castigados con las penas de reclusión mayor y reclusión mayor en su grado máximo, respectivamente).

(97) De acuerdo con dicho precepto: «Es objeto de la presente Ley el impulso, orientación y coordinación de la educación física y del deporte como factores imprescindibles en la formación y en el desarrollo integral de la persona. Se reconoce el derecho de todo ciudadano a su conocimiento y práctica.»

(98) Los reglamentos para la práctica de los correspondientes deportes reciben un reconocimiento como parte integrante del ordenamiento jurídico en la regulación de las faltas muy graves, graves y leves en el Real Decreto 2690/1980, de 17 de octubre, sobre Régimen disciplinario deportivo (arts. 4.º a 8.º). Carece de fundamento, por ello, la opinión de MIR PUIG, que pone en duda su carácter jurídico; véase *Derecho Penal*, parte general, p. 424.

Aunque la acción realice el tipo de las lesiones corporales o del homicidio dolosos, no será antijurídica si el deportista ha observado el cuidado objetivamente debido (que coincidirá, generalmente, con lo dispuesto en el reglamento), pues podrá invocar la causa de justificación del ejercicio legítimo del derecho a la práctica del deporte (el deportista aficionado) o del ejercicio legítimo de su profesión (el deportista profesional) (99). Dada la redacción del artículo 428, no es posible invocar aquí el consentimiento como causa de justificación en los delitos (aunque sí en las faltas) de lesiones corporales dolosas (100). El consentimiento en el riesgo por parte del sujeto pasivo será, sin embargo, un requisito del ejercicio legítimo del derecho a la práctica del deporte (101). Del artículo 409 se deduce, como vimos (102), que el consentimiento no excluye la antijuridicidad de la conducta en los delitos contra la vida.

Si la acción está comprendida en los tipos de las lesiones corporales o del homicidio culposos no podrá invocar el sujeto la causa de justificación del número 11 del artículo 8.º, pues al no observar el cuidado objetivamente debido en la práctica del deporte, el ejercicio del derecho o de la profesión no serán legítimos (103).

En la práctica no se persiguen casi nunca ante la jurisdicción criminal, sin embargo, las lesiones o las muertes causadas en los deportes, a pesar de que, según la opinión dominante, la acción realiza siem-

(99) Es absolutamente innecesario acudir en estos casos a una causa de justificación suprallegal, «basada en la valuación de bienes entre los que aparece como preponderante el fin saludable y estético del juego», como propone JIMÉNEZ DE ASÚA en su *Tratado de Derecho Penal*, IV, pp. 790 y 794, para los golpes o heridas exigidos en el juego o que son consecuencia normal de él. En los de carácter accidental, estima JIMÉNEZ DE ASÚA, que la observancia de las reglas de juego da lugar únicamente a una exclusión de la culpabilidad, por caso fortuito; véase *Tratado de Derecho Penal*, IV, p. 785. Es innecesario también acudir, en las lesiones inherentes a los deportes violentos, a la exclusión de la antijuridicidad por la conformidad de la acción con las normas de cultura reconocidas por el Estado, como propone MAJADA PLANELLES; véase A. MAJADA PLANELLES, *El problema penal de la muerte y las lesiones deportivas*, Barcelona, Bosch, 1946, pp. 119 y ss. Este autor propone «ante la falta de normas sustantivas y como recurso de orden procesal el sobreseimiento (arts. 637 y 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)»; véase *ob. cit.*, pp. 124-125.

(100) Como estima M. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal*, parte especial, «Delitos contra las personas», p. 167.

(101) Véase en este sentido ANTÓN ONECA, *Notas críticas al Código Penal. Las lesiones*, p. 792, y RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español*, parte general, p. 514.

(102) Véase la nota 96.

(103) Tampoco podrá invocar el consentimiento como causa de justificación en las lesiones corporales culposas, pues aunque ello es en principio posible (al estar reguladas en los arts. 565 y núm. 3.º del art. 586 quedan fuera del radio de acción del art. 428), el deportista habrá consentido sólo generalmente en el riesgo de que le causen lesiones sin infringir el reglamento. Véase sobre la eficacia del consentimiento como causa de justificación en las lesiones corporales culposas, BERDUGO, *El delito de lesiones*, p. 75, nota 61; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, parte especial, p. 82; MIR PUIG, *Derecho Penal*, parte general, pp. 424 y 426, y ROMEO CASABONA, *El consentimiento en las lesiones en el Proyecto de Código Penal de 1980*, *lug. cit.*, pp. 287 y ss. La vida, según el artículo 409, es un bien siempre indisponible.

pre el tipo de las lesiones corporales o del homicidio (104). Sólo en algún caso excepcional se ha producido en nuestro país una sentencia condenatoria (105); y ello a pesar de que en el apartado 2.º del artículo 1.º del Real Decreto 2690/1980, de 17 de octubre, sobre Régimen disciplinario deportivo, se declara que: «El régimen disciplinario regulado en este Reglamento se entiende sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal o que puedan incurrir los deportistas, directivos, técnicos y afiliados a Federaciones o Asociaciones deportivas» (106).

---

(104) Véase, por ejemplo, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, parte general, p. 261, «Notas críticas al Código Penal. Las lesiones», p. 792, y FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, I, pp. 247-248. JIMÉNEZ DE ASÚA considera, en cambio, que en los golpes o lesiones exigidos por un juego o que sean consecuencia natural de él, falta ya en muchos casos el tipo, «porque quien da un golpe permitido en el juego a quien con él compete en el fútbol o en el rugby no puede decirse que cometa el delito de lesión, porque no “golpea”, sino que “carga”»; véase *Tratado de Derecho Penal*, IV, pp. 789-790. Mir Puig recurre a la adecuación social o al principio de la insignificancia para excluir del tipo los malos tratos o lesiones que «no excedan de lo “normal” en el juego»; véase *Derecho Penal*, parte general, p. 424. Sobre los criterios de exclusión del tipo, de la adecuación social y del principio de la insignificancia, véase mi *Curso de Derecho Penal*, parte general I, introducción, teoría jurídica del delito, I, pp. 320-321.

(105) Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1951 (A. 1446), que condenó a un futbolista por un delito de lesiones graves dolosas, del número 2.º del artículo 420, con la atenuante número 4.º del artículo 9.º; el sujeto había dado a un contrincante un puntapié entre el costado derecho y la espalda produciéndole rotura de hígado y riñón derecho.

(106) Este precepto desarrolla lo previsto en el apartado 2.º del artículo 37 de la Ley general de la cultura física y del deporte de 31 de marzo de 1980: «Las infracciones y responsabilidades al margen de la potestad disciplinaria deportiva se registran por el Derecho común.»

