# Sentencia Tribunal Supremo 13/06/2022

**Tribunal Supremo , 13-06-2022 , nº 582/2022, rec.2767/2021,**

Pte: Palomo del Arco, Andrés

ECLI: ES:TS:2022:2349

## ANTECEDENTES DE HECHO

El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Valladolid incoó Diligencias Previas núm. 803/2019 por delito de maltrato en el ámbito familiar, contra Ovidio; una vez concluso lo remitió al Juzgado de lo Penal número 1 de Valladolid, (P.A. núm. 212/20) quien dictó Sentencia 249 en fecha 28 de diciembre de 2020 que contiene los siguientes hechos probados:

"ÚNICO.- Resulta probado y así se declara que el acusado Ovidio está separado de Esther y tienen la custodia compartida de sus dos hijos menores.

Que el día 8 de junio de 2019 el acusado se encontraba en su domicilio sito en la CALLE000 nº NUM000 de DIRECCION000, encontrándose con él sus hijos. Que en un momento dado y como quiera que la menor Lina de 4 años de edad no quería dormir y no paraba de llorar, el acusado le propinó un fuerte azote en las nalgas a consecuencia de lo cual Lina presentaba en la nalga izquierda un área equimótica en evolución de 7 por 4 cm y en la nalga derecha otra área más tenue de 3 por 2 cm, que no precisaron asistencia médica para su sanidad y que curaron en 4 días de perjuicio básico".

Juzgado de lo Penal dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debo condenar y condeno a Ovidio como autor responsable criminalmente de un delito de maltrato en el ámbito familiar, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de CUATRO MESES DE PRISIÓN, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de UN AÑO Y SEIS MESES y prohibición de aproximación a Lina, su domicilio, lugar de estudio o cualquier lugar donde se encuentre a menos de 500 metros por tiempo de UN AÑO Y CUATRO MESES, y que indemnice a la menor en la persona de su madre Esther en la cantidad de 200 euros con el interés del art. 576 de la LEC, imponiéndole el pago de las costas procesales incluidas las de la acusación particular.

Comuníquese esta Sentencia al Registro Central de Penados y Rebeldes del Ministerio de Justicia y al Registro de Naturaleza del condenado una vez que la misma sea firme.

Contra esta sentencia, cabe recurso de apelación en el plazo de los diez días siguientes a su notificación el cual deberá ser formalizado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 790 a 792 de la ley de enjuiciamiento criminal".

Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Ovidio; dictándose sentencia núm. 52/2021 por Audiencia Provincial de Valladolid (Sección Segunda) en fecha 10 de marzo de 2021, en el Rollo de Apelación P.A. núm. 75/2021, cuyo Fallo es el siguiente:

"Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Ovidio, se Confirma la Sentencia de 28 de diciembre de 2020, dictada en el Procedimiento Abreviado nº 212/2020 del Juzgado de lo Penal nº 1 de Valladolid, declarándose de oficio las costas de esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación por INFRACCIÓN DE LEY del motivo previsto en el nº 1 del art. 849 LECrim., ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que deberá prepararse ante este Tribunal en el término de CINCO DÍAS siguientes al de su notificación".

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación procesal de D. Ovidio que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes motivos de casación:

Motivo Primero.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim, infracción de ley, error de derecho, por aplicación indebida del art. 153 CP, con el interés casacional de la interpretación respecto de su alcance.

Motivo Segundo.- Con carácter alternativo al primero de los motivos, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, infracción de ley, error de derecho, por aplicación indebida del art. 57.2 CP y art. 48 CP en relación con el art. 153 CP, con el interés casacional acerca de la obligatoriedad de su aplicación en supuestos de maltrato doméstico alejados de la violencia de género.

Conferido traslado para instrucción, la representación de Dª Esther presentó escrito dándose por instruida y oponiéndose al recurso; el Ministerio Fiscal en su escrito de fecha 30 de agosto de 2021 interesó la inadmisión de todos los motivos del presente recurso y subsidiariamente la desestimación de los mismos.

Visto el estado de las actuaciones, la Sala declaró concluso los autos, convocándose a Pleno Jurisdiccional deliberación para el día 31 de mayo de 2022.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Por sentencia del Juzgado Penal de Valladolid núm. 1, se condena al ahora recurrente (por propinar un fuerte azote en las nalgas a su hija menor Lina de 4 años de edad que no quería dormir y no paraba de llorar, a consecuencia de lo cual Lina presentaba en la nalga izquierda un área equimótica en evolución de 7 por 4 cm y en la nalga derecha otra área más tenue de 3 por 2 cm,), a las penas de cuatro meses de prisión, diversas accesorias y concretamente, prohibición de aproximación a Lina, su domicilio, lugar de estudio o cualquier lugar donde se encuentre a menos de 500 metros por tiempo de un año y cuatro meses.

Formulado recurso de apelación por: i) quebrantamiento de normas (precepto legal y constitucional) y garantías procesales en la sentencia de instancia, con específica referencia al informe forense y al trámite de la última palabra; y ii) error en la apreciación de las pruebas; fue desestimado por la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Segunda.

Contra dicha sentencia, formula ahora, recurso de casación, con dos motivos por infracción de ley: i) por indebida aplicación del art. 153; y ii) indebida aplicación de los arts. 47 y 58 CP.

Consecuentemente nos encontramos ante una sentencia dictada en apelación por Audiencia Provincial cuya viabilidad casacional se introduce en nuestro ordenamiento con la reforma operada por ley 41/2015, específicamente en el apartado b) al art. 847.1 LECrim.

El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2016, seguido de manera pacífica en un ingente número de resoluciones de esta misma Sala, establece de manera sistematizada el alcance de esta modalidad casacional:

a) El art. 847 1º letra b) LECrim debe ser interpretado en sus propios términos. Las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional solo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del art. 849 LECrim, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los arts. 849 2°, 850, 851 y 852.

b) Los recursos articulados por el art. 849 1° deberán fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de subsunción), debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales. Sin perjuicio de ello, podrán invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva.

c) Los recursos deberán respetar los hechos probados, debiendo ser inadmitidos los que no los respeten, o efectúen alegaciones en notoria contradicción con ellos pretendiendo reproducir el debate probatorio ( art. 884 LECrim).

d) Los recursos deben tener interés casacional. Deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés (art. 889 2º), entendiéndose que el recurso tiene interés casacional, conforme a la exposición de motivos: i) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, ii) si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, iii) si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido".

Parámetros no cumplimentados, pues no se justifica el interés casacional exigido.

La Ley 54/2007, manifiesta en su Exposición de Motivos, que corrige la redacción del art. 154 CC (donde se leía que los padres podían corregir moderada y razonablemente a los hijos, se establece ahora la obligación de los progenitores de respetar la integridad física y psicológica de los hijos en el ejercicio de la patria potestad) para dar respuesta a los requerimientos del Comité de Derechos del Niño, que ha mostrado su preocupación por la posibilidad de que la facultad de corrección moderada que hasta ahora se reconoce a los padres y tutores pueda contravenir el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

En directa alusión pues, a las consideraciones de la Observación General núm. 8. (2006) del Comité de los Derechos del Niño:

El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes, donde entre otras consideraciones refiriéndose a los Estados, se indica: es preciso que en su legislación civil o penal conste la prohibición explícita de los castigos corporales y de otras formas de castigo crueles o degradantes a fin de que quede absolutamente claro que es tan ilegal golpear, "abofetear" o "pegar" a un niño como lo es dar ese trato a un adulto, y que el derecho penal sobre la agresión se aplica por igual a esa violencia, independientemente de que se la denomine "disciplina" o "corrección razonable".

Una vez que el derecho penal se aplique íntegramente a las agresiones a los niños, éstos estarán protegidos contra los castigos corporales en cualquier lugar se produzcan y sea cual fuere su autor. Sin embargo, el Comité opina que, habida cuenta de la aceptación tradicional de los castigos corporales, es fundamental que la legislación sectorial aplicable -por ejemplo, el derecho de familia, la ley de educación, la legislación relativa a todos los otros tipos de cuidado y los sistemas de justicia, la ley sobre el empleo- prohíba claramente su utilización en los entornos pertinentes.

En paralelo y concreción del amplio ámbito típico del art. 153 CP y específicamente en relación a cuando los destinatarios de la violencia son menores, por parte de sus progenitores, que invocan como causa justificativa de esa violencia, el derecho de corrección, ya ha sido objeto de pronunciamiento por parte de esta Sala Segunda; y así la sentencia núm. 47/2020 de 11 de febrero, con cita extensa de la núm. 654/2019, de 8 de enero de 2020:

El legislador ha tipificado en el art. 153 CP el delito de violencia doméstica de forma que en el mismo se castiga con las penas que contiene en los distintos apartados al que "por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del art. 147 (esto es, lesiones que no requieran objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico) o golpeare o maltratare de obra a otro sin causarle lesión", redacción dada por LO 1/2015, de 30-3-2015 , en vigencia desde el 1-7-2015.

Por tanto, debemos indicar que de entrada y desde una perspectiva general el simple hecho de golpear a un menor ya incardina la conducta del acusado en el tipo penal contenido en el apartado segundo del precepto en el que se contempla el supuesto en el que el agredido fuera alguna de las personas a que se refiere el art. 173.2 CP .

Posteriormente, tras reconocer la existencia de un moderado y proporcional derecho de corrección, ultima:

En conclusión, debe considerarse que el derecho de corrección, tras la reforma del art. 154.2 in fine C.Civil , sigue existiendo como necesario para la condición de la función de educar inherente a la patria potestad, contemplada en el art. 39 CE y como contrapartida al deber de obediencia de los hijos hacia sus padres, previsto en el art. 155 C.Civil , únicamente de este modo, los padres pueden, dentro de unos límites, actuar para corregir las conductas inadecuadas de sus hijos. Si consideráramos suprimido el derecho de corrección y bajo su amparo determinadas actuaciones de los padres tales como dar un leve cachete o castigar a los hijos sin salir un fin de semana, estos actos podrían integrar tipos penales tales como el maltrato o la detención ilegal.

Por lo tanto, tras la reforma del art. 154.2 C.Civil , el derecho de corrección es una facultad inherente a la patria potestad y no depende su existencia del reconocimiento legal expreso, sino de su carácter de derecho autónomo, por lo que sigue teniendo plena vigencia. Cosa distinta es la determinación de su contenido y de sus límites tras la supresión formal del mismo.

Es por ello y por la progresiva dulcificación de la patria potestad que viene siendo una constante en los últimos tiempos que cada caso concreto debe ponerse en consonancia con la evolución y la interpretación de las leyes con atención a la realidad social del tiempo en que apliquen a tenor de lo establecido por el art. 3.1 del C.Civil .

En este sentido los comportamientos violentos que ocasionen lesiones -entendidas en el sentido jurídico-penal como aquellas que requieren una primera asistencia facultativa y que constituyan delito- no pueden encontrar amparo en el derecho de corrección. En cuanto al resto de las conductas, deberán ser analizadas según las circunstancias de cada caso y si resulta que no exceden los límites del derecho de corrección, la actuación no tendrá consecuencias penales ni civiles.

Esta Sala Segunda por su parte se ha pronunciado en STS 578/2014, de 10 de julio , y estableció que en los supuestos de delito leve de lesiones causadas por un padre a una hija: "el Código Civil desde la reforma que operó en el mismo por Ley 54/2007 no se refiere expresamente al derecho de corrección. Ello se debe a las posturas doctrinales que el reconocimiento del mismo, tal y como estaba planteado, suscitaba la duda respecto a su colisión con el art. 19 de la Convención de Derechos del Niño. En su redacción anterior el art. 154 Código Civil especificaba que la facultad de corrección de los padres respecto de los hijos sometidos a su patria potestad debía ser ejercida de forma moderada y razonable. La facultad que a los padres asiste para poder corregir a sus hijos, en cualquier caso queda integrada dentro del conjunto de derechos y obligaciones que surgen de la patria potestad y solo puede concebirse orientada al beneficio de los hijos y encaminada a lograr su formación integral, tiene como límite infranqueable la integridad física y moral de éstos. La reprensión ante una eventual desobediencia del menor nunca puede justificar el uso de la violencia que el acusado ejerció, ni admite, bajo ninguna óptica, considerar esa actuación orientada a su beneficio".

Por su parte, la STS 666/2015, de 8 de noviembre , en un caso de padrastro que convivía en su domicilio con una hija de su esposa y que se encontraba bajo su protección, analiza la acción de propinar una bofetada a esa menor, y considera que "integra un comportamiento de maltrato doméstico que consolida un patrón de dominación violenta y de afectación a la integridad y dignidad de la menor que excede de la conducta que en la época actual, podemos considerar socialmente adecuada".

En autos, la bofetada no origina la necesidad de asistencia médica de la menor; pero en modo alguno puede considerarse atípica, cuando se contempla desprovista de cualquier necesidad, justificación ni resquicio de proporcionalidad; sino como mera reacción ante un comentario que no fue del agrado del recurrente. Deviene cuestionable, el derecho de corrección que comporta violencia sobre el menor por mínima que sea; y aún cuando en determinadas circunstancias la de muy liviano carácter no conlleve sanción penal, si integra mero maltrato por simple discrepancia con el menor; en modo alguno escapa a su condición típica acreedora de reproche penal.

Por tanto, ningún amparo encuentra en esos criterios jurisprudenciales, un fuerte azote en las nalgas a una menor de cuatro años, que causa lesiones aunque no requiera asistencia facultativa, al ser de tal intensidad que deja marcada la mano; tanto más, si el motivo que generó la agresión es meramente que lloraba y no se dormía.

Si ello acontece con la indebida aplicación del art. 153, otro tanto sucede en relación con los arts. 48 y 57.

Hemos expresado con reiteración, a partir de la sentencia de Pleno núm. 342/2018, de 10 de julio, donde concluimos que el delito de maltrato de obra incluso sin causar lesión del artículo 153 CP debe entenderse comprendido entre aquellos delitos para los que el apartado segundo del artículo 57 CP prevé la imposición preceptiva de la prohibición de aproximación; pues cuando el apartado primero del artículo 57.1 CP habla de los delitos "de lesiones", esta última expresión no puede interpretarse desde un punto de vista puramente gramatical -apegado, por otra parte, al texto del art. 147.1 y 2 CP- (el que, por cualquier medio o procedimiento, "causare a otro una lesión"), porque cuando el artículo 57.1 CP enumera los delitos en general no lo hace en relación con delitos concretos, sino atendiendo a las rúbricas de los títulos del Libro II del Código Penal. Pero en todo caso, destaca esa resolución, tras la reforma operada en el Código Penal por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, en el artículo 147 CP (primero del título III, "De las lesiones") se incluye, en su apartado tercero, el maltrato de obra sin causar lesión que, de esta manera, para el Código Penal, tras la reforma, es un delito "de lesiones", que se describe de la forma expuesta sólo para diferenciarlo de las otras infracciones previstas en el mismo precepto. Con posterioridad, la STS 86/2019, de 19 de febrero, es muestra de este ya pacífico criterio.

Tanto más, en autos, que origina lesiones del art. 147.2 CP, que al causarlas a un descendiente, integran igualmente delito del art. 153.

Además de no justificarse el interés casacional, pues no estamos ante norma nueva, ni se alega contradicción alguna con la jurisprudencia de esta Sala o existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales; incurre en otro causa de desestimación, pues ninguno de estos motivos se formularon en el recurso de apelación.

Es doctrina reiterada de esta Sala Segunda, que expresa la STS 84/2018 de 15 de febrero, entre otras muchas que "es consustancial al recurso de casación, dada su naturaleza de recurso devolutivo, que el mismo se circunscriba al examen de los errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia -en el presente caso, el órgano ad quem llamado a resolver la apelación- al enjuiciar los temas que las partes le plantearon, sin que quepa ex novo y per saltum formular alegaciones relativas a la aplicación o interpretación de preceptos sustantivos no invocados, es decir, sobre cuestiones jurídicas no formalmente planteadas ni debatidas por las partes. Esta Sala necesita resolver siempre sobre aquello que antes ha sido resuelto en la instancia tras el correspondiente debate contradictorio, con la salvedad de que la infracción contra la que se recurre se haya producido en la misma sentencia (cfr. SSTS 1237/2002, 1 de julio y 1219/2005, 17 de octubre). En caso contrario, el Tribunal de casación estaría resolviendo por primera vez, es decir, como si actuase en instancia y no en vía de recurso, sin posibilidad de ulterior recurso sobre lo resuelto en relación con estas cuestiones nuevas ( SSTS 1256/2002 4 de julio, y 545/2003 15 de abril).

La doctrina reiterada de esta Sala (SSTS 427/2015 de 1 de julio, 20/2016 de 26 de enero, 468/2016 de 31 de mayo, 843/2017 de 21 de diciembre, 84/2018 de 15 de febrero, 740/2021 de 30 de septiembre, entre muchas) ha vedado la llamada casación per saltum , no permitiéndose que cuestiones no formuladas en el recurso de apelación y por consiguiente sobre las que no pudo pronunciarse la sentencia de apelación puedan plantearse en casación. La STS 411/2015, de 1 de julio explicaba que la concreción de las pretensiones planteadas ante el Tribunal Superior, permite establecer un límite al amplio contenido del recurso de casación, en el que el Tribunal Supremo solo está autorizado a conocer, examinar y resolver aquellas cuestiones que planteadas en apelación no hayan sido íntegramente estimadas. La razón no es otra que el recurso de casación se da contra la sentencia del Tribunal Superior, por lo que todas aquellas cuestiones de la naturaleza que fueran, que se pudieron plantear ante el Tribunal Superior de Justicia y no se plantearon oportunamente el recurrente perdió la oportunidad procesal de hacerlo " per saltum " ante el Tribunal Supremo. Las partes no disponen de la opción de atacar la sentencia por unos determinados motivos o causas planteando a capricho unas ante el Tribunal Superior de Justicia, y otras ante el Tribunal Supremo. Esta Sala de casación solo examina la corrección legal o constitucional de la sentencia del Tribunal Superior.

Causas de inadmisión que devienen en este momento procesal causas de desestimación y en cuya consecuencia, de conformidad con el art. 901 LECrim, las costas procesales, se impondrán a la parte recurrente.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

No haber lugar al recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Ovidio contra la sentencia número 52/2021 de fecha 10 de marzo de 2021 dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Segunda, que resuelve el

recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 249 de fecha 28 de diciembre de 2020 dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Valladolid en la causa Procedimiento Abreviado 212/20; ello, con expresa imposición de las costas causadas a la parte recurrente.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

## VOTO PARTICULAR

PRIMERO.- 1.1. Ninguna discrepancia expreso a que el recurso de casación se desestime por plantear una cuestión que no se sostuvo en el recurso de apelación y que, por tanto, no aparece expresamente razonada y resuelta en la sentencia que se impugna y que ahora se revisa.

Sin embargo, tanto el Ministerio Fiscal en su impugnación al recurso, como la decisión mayoritaria de esta Sala, han analizado jurídicamente la cuestión sustantiva planteada por el recurrente y han rechazado su alegato a partir de unos argumentos que no puedo compartir. Los del Ministerio Fiscal, porque aduce indebidamente que la cuestión sustantiva planteada carece de interés casacional en la medida en que no contradice la doctrina antecedente de esta Sala, sino que se ajusta a ella. Los de la Sala, porque proclaman que la decisión impugnada es acorde con nuestra Jurisprudencia anterior y porque para este supuesto sostiene una lectura del artículo 153 del Código Penal que entiendo desacertada.

1.2. La decisión mayoritaria de la Sala (FJ 2, in fine) expresa que la actuación del acusado no encuentra amparo en nuestros criterios jurisprudenciales y añade que " un fuerte azote en las nalgas a una menor de cuatro años, que causa lesiones aunque no requiera asistencia facultativa, al ser de tal intensidad que deja marcada la mano; tanto más, si el motivo que generó la agresión es meramente que lloraba y no se dormía ", es constitutivo de un delito de lesiones del artículo 153.2 del Código Penal que justifica la punición del acusado, en este caso, con las penas de cuatro meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, prohibición de tenencia y porte de armas, así como de alejamiento de su hija por tiempo de un año y cuatro meses, pero que, en general, podría suponer la imposición de una pena de hasta un año de prisión, el ineludible y obligatorio alejamiento de la hija por tiempo de hasta cinco años, así como una posible inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad por un periodo de hasta tres años, penas particularmente factibles en su exacerbación si se observa que el legislador ha previsto como agravante específica cuando los hechos se realicen en el interior del domicilio.

El posicionamiento de la Sala se argumenta a partir de los siguientes elementos:

A. El artículo 153.2 del Código Penal sanciona al que por cualquier medio cause una lesión de menor gravedad a su hijo o le golpee sin causarle lesión.

B. La ley 54/2007, que dejó sin efecto la mención tradicionalmente contenida en el artículo 154 del Código Civil de que los padres podían corregir moderada y razonablemente a los hijos, recogiéndose expresamente que la patria potestad deberá ejercerse con respeto de la integridad física del menor. Una redacción que, conforme a la exposición de motivos de aquella reforma, daba respuesta a los requerimientos del Comité de Derechos del Niño.

C. La Observación General n.º 8 del Comité de los Derechos del Niño, que en consideración al artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y refiriéndose a los Estados parte, expresó que abofetear o pegar a un niño era como hacerlo a un adulto. En concreto recogía:

"... es preciso que en su legislación civil o penal conste la prohibición explícita de los castigos corporales y de otras formas de castigo crueles o degradantes a fin de que quede absolutamente claro que es tan ilegal golpear, "abofetear" o "pegar" a un niño como lo es dar ese trato a un adulto, y que el derecho penal sobre la agresión se aplica por igual a esa violencia, independientemente de que se la denomine "disciplina" o "corrección razonable".

Una vez que el derecho penal se aplique íntegramente a las agresiones a los niños, éstos estarán protegidos contra los castigos corporales en cualquier lugar se produzcan y sea cual fuere su autor. Sin embargo, el Comité opina que, habida cuenta de la aceptación tradicional de los castigos corporales, es fundamental que la legislación sectorial aplicable -por ejemplo, el derecho de familia, la ley de educación, la legislación relativa a todos los otros tipos de cuidado y los sistemas de justicia, la ley sobre el empleo- prohíba claramente su utilización en los entornos pertinentes ".

D. Por último, invoca la doctrina y el posicionamiento de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en sus sentencias 578/2014, de 10 de julio; 666/2015, de 8 de noviembre; 654/2019, de 8 de enero de 2020 y 47/2020, de 11 de febrero, subrayando que aunque la Sala ha recogido la persistencia de cierto derecho de corrección siempre que sea moderado y esté proporcionado a la función de educar inherente en la patria potestad, los comportamientos violentos que ocasionen lesiones nunca pueden encontrar amparo en el derecho de corrección ( SSTS 654/2019 y 47/2020 antes citadas), como tampoco lo pueden encontrar cuando la actuación consolida un patrón de dominación violenta que supere el umbral que se considera socialmente adecuado en la época actual, lo que se sintetiza a partir de la constatación de que la acción esté desprovista de cualquier necesidad, justificación ni resquicio de proporcionalidad ( STS 666/2015).

SEGUNDO.- 2.1. Es indiscutible que la agresión de un niño es igualmente sancionable que la de un adulto.

La integridad física y moral, como bien jurídicamente protegido en los artículos 147 y siguientes del Código Penal, se trata de un derecho fundamental reconocido a cualquier persona en el artículo 15 de la Constitución Española y para cuya protección existe un especial compromiso si corresponde a menores de edad, como expresamente se recoge en la Convención sobre Derechos del Niño de la ONU, aprobada el 20 de noviembre de 1989 y en vigor en España desde el 2 de septiembre de 1990, cuyo artículo 19 dispone que "Los Estados Partes adoptaraìn todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al ninÞo contra toda forma de perjuicio o abuso fiìsico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotacioìn, incluido el abuso sexual, mientras el ninÞo se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo".

Es innegable también que nuestro legislador, en el artículo 153 del Código Penal, ha dispuesto una específica protección frente a la violencia física desplegada en el seno de las relaciones parternofiliales o maternofiliales y que es indudablemente reconocible respecto de los hijos menores de edad. Como lo es también que el derecho de corrección inherente a la patria potestad ha dejado de tener una plasmación positiva en nuestra legislación a partir de la Disposición Final Primera de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, que eliminó el inciso último del artículo 154 del Código Civil en el que se establecía que los padres " Podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos ", introduciendo además la mención expresa de que "La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas... y con respeto a...su integridad física y mental" .

En todo caso, la desaparición de esta facultad de corrección se enfrenta a una realidad social que, en amplios sectores, acepta el correctivo físico como un instrumento intrínseco al deber de educación inherente a la patria potestad. En una sociedad en constante evolución se ha impuesto un modelo educativo que considera factible y de mayor valor la formación del menor sin sometimiento a castigos físicos, lo que no impide constatar que por tradición, por herencia y por considerar que puede favorecer determinados resortes del aprendizaje, persiste un amplio espectro social que admite la corrección física como un instrumento hábil para la formación del menor ante situaciones extraordinarias que surgen en el seno familiar, siempre que el castigo físico no desborde una razonable correspondencia entre la finalidad del correctivo y su intensidad, además de respetar en todo caso la integridad física del menor.

Nuestra propia jurisprudencia se ha hecho eco de esta realidad y ha concluido que no puede atribuirse una etiología criminal a esquemas formativos que incorporen y ejerzan esta concepción con su correspondiente mesura. Así, nuestra reciente Sentencia 47/2020, de 11 de febrero, recordando la también reciente STS 654/2019, de 8 de enero de 2020, expresaba que si bien desde una perspectiva general el simple hecho de golpear a un hijo menor ya incardina la conducta del acusado en el tipo penal del artículo 153.2 del Código Penal, debe considerarse que " el derecho de corrección, tras la reforma del art. 154.2 in fine C. Civil , sigue existiendo como necesario para la condición de la función de educar inherente a la patria potestad, contemplada en el art. 39 Constitución Española y como contrapartida al deber de obediencia de los hijos hacia sus padres, previsto en el art. 155 C. Civil , únicamente de este modo, los padres pueden, dentro de unos límites, actuar para corregir las conductas inadecuadas de sus hijos. Si consideráramos suprimido el derecho de corrección y bajo su amparo determinadas actuaciones de los padres tales como dar un leve cachete o castigar a los hijos sin salir un fin de semana, estos actos podrían integrar tipos penales tales como el maltrato o la detención ilegal.

Por lo tanto, tras la reforma del art. 154.2 C. Civil, el derecho de corrección es una facultad inherente a la patria potestad y no depende su existencia del reconocimiento legal expreso, sino de su carácter de derecho autónomo, por lo que sigue teniendo plena vigencia".

2.2. La realidad y extensión social de este modelo formativo tiene una influencia evidente en la punibilidad de su utilización.

Para la punición de los castigos físicos que constituyen una actuación parental con finalidad formativa y que no generan lesión, e incluso para aquellos supuestos en los que del acometimiento físico surgen leves vestigios corporales con una repercusión casi inapreciable en la integridad física de quien los padece, no basta que el comportamiento parezca subsumirse en el artículo 153.2 del Código Penal, sino que la actuación del sujeto activo debe ser valorada desde su capacidad para afectar de una manera sustantiva el bien que el tipo penal protege en relación con otros intereses en juego (en este caso la integridad física y moral del menor frente al modo en que el padre ejerció su obligación formativa), además de tener que contemplarse la significación o la aceptación social del comportamiento, puesto que el derecho penal no debe intervenir en aquellos supuestos en los que la acción típica no compromete suficientemente el bien jurídico o no supera un umbral de actuación generalmente aceptado.

2.3. Esta es una realidad que contempla el propio Comité de los Derechos del Niño y que sin embargo desatiende la Sentencia de la Sala.

La Observación General n.º 8 del Comité de los Derechos del Niño, dada en Ginebra el 2 de junio de 2006, ciertamente expresa, como indica la Sentencia, que es preciso que en la legislación civil y penal conste la prohibición explícita de los castigos corporales y de otras formas de castigo crueles o degradantes a fin de que quede absolutamente claro que tan ilegal es golpear, " abofetear " o " pegar " a un niño como lo es dar ese trato a un adulto, y que el derecho penal sobre la agresión se aplica por igual a esa violencia, independientemente de que se la denomine "disciplina" o "corrección razonable".

Pero el pronunciamiento de mis compañeros elude que el Comité reconoce unas fuertes limitaciones a ese principio base. Concretamente, en el punto 40 de la misma ObservaciónGeneral, el Comité recoge con indudable claridad lo siguiente:

"40. El principio de la protección por igual de niños y adultos contra la agresión, incluida la que tiene lugar en la familia, no significa que todos los casos que salgan a la luz de castigo corporal de los niños por sus padres tengan que traducirse en el

enjuiciamiento de los padres. El principio de minimis -la ley no se ocupa de asuntos triviales- garantiza que las agresiones leves entre adultos sólo lleguen a los tribunales en circunstancias muy excepcionales. Lo mismo se aplicará a las agresiones de menor cuantía a los niños. Los Estados deben elaborar mecanismos eficaces de notificación y remisión. Si bien todas las notificaciones de violencia hacia los niños deberían investigarse adecuadamente y asegurarse la protección de los niños contra daños importantes, el objetivo debería ser poner fin al empleo por los padres de la violencia u otros castigos crueles o degradantes mediante intervenciones de apoyo y educativas, y no punitivas".

Y ponderando además los importantes intereses en conflicto que confluyen en estos supuestos (que a mi modo de entender la Sala administra con escasa perceptibilidad en este caso), el propio Comité añade:

" 41. La situación de dependencia de los niños y la intimidad característica de las relaciones familiares exigen que las decisiones de enjuiciar a los padres, o de intervenir de otra manera oficialmente en la familia, deban tomarse con extremo cuidado. En la mayoría de los casos, no es probable que el enjuiciamiento de los padres redunde en el interés superior de los hijos.

El Comité opina que el enjuiciamiento y otras intervenciones oficiales (por ejemplo, separar al niño o al autor) deberían tener lugar sólo cuando se considere necesario para proteger al niño contra algún daño importante y cuando vaya en el interés superior del niño afectado. Deberán tenerse debidamente en cuenta las opiniones del niño afectado, en función de su edad y madurez ".

Una concepción que se ha contrariado también en la pretensión punitiva de la acusación pública y en la sentencia de instancia, tanto por considerar típicos unos hechos de menor relevancia y que llevan inexorablemente unidos una pena de alejamiento entre padre e hija de hasta cinco años (cuyos efectos comprometerán la afinidad paternofilial de por vida), sino incluso en consideración a la naturaleza de la pena pedida y finalmente impuesta, pues se optó por reclamar e imponer - sin ninguna explicación- una pena privativa de libertad que excede del mínimo legal y despreciando incluso la pena alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad. Lo que nuevamente contradice la visión del Comité, que expresamente recoge:

" 42. En la labor de asesoramiento y capacitación de todos los que intervienen en los sistemas de protección de menores, entre ellos la policía, los fiscales y el personal judicial, debería subrayarse este enfoque de la aplicación de la ley. Las orientaciones deberían también poner de relieve que el artículo 9 de la Convención exige que la separación del niño de sus padres deba considerarse necesaria en el interés superior del niño y estar sujeta a revisión judicial, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, y con la participación de todas las partes interesadas, incluido el niño ".

2.4. En este mismo sentido de exigir que se investiguen de forma efectiva las denuncias por malos tratos a menores infligidos por agentes del Estado o por particulares, se ha posicionado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ( Assenov y otros contra Bulgaria, de 28 de octubre de 1998 ), recogiéndose también que las medidas de castigo corporal deben alcanzar un nivel de gravedad suficiente y que la valoración de la acción debe observarse siempre desde el interés superior del menor ( Sentencia Tyrer contra Reino Unido, de 25 de abril de 1978 ).

2.5. Desde esta consideración, y sin ánimo de agotar los elementos que pueden ayudar a definir si un determinado castigo corporal satisface las exigencias de antijuridicidad material que definen la punibilidad de los comportamientos contemplados en el artículo 153.2 del Código Penal, el órgano de enjuiciamiento debe constatar si la actuación del acusado se inserta indubitadamente en un marco educativo del menor o, por el contrario, responde a una relación personal en la que el esfuerzo pedagógico está ausente y sólo aparece como la coartada o el falso decorado de una interrelación individual de naturaleza diferente. También debe valorar si el concreto comportamiento por el que se enjuicia al autor, aunque pueda considerarse finalmente sobrado o abundante, tiene como desencadenante inmediato un suceso que justifique una corrección didáctica, instructiva o pedagógica. Y es evidente que en esta evaluación judicial deberá analizarse, además, la naturaleza de los hechos que motivaron la aplicación del correctivo o el grado de madurez del menor, del que se desprenderá la eficacia de otros métodos formativos alternativos. En esencia, debe evaluarse que confluya una idea de proporcionalidad en la aplicación del castigo, lo que tampoco es ajeno al diferente papel (paternofilial, meramente afectivo o escolar) que los sujetos activos pueden desempeñar en la formación de un menor, al resultado físico finalmente derivado del castigo o a la normalidad con la que se integrará el correctivo aplicado en la experiencia vital del menor, pues estos parámetros operan como un indicador de cómo afecta el castigo al bien jurídico protegido por la norma, esto es, a la integridad física y moral del menor.

Sólo el análisis de unas circunstancias complejas de actuación desvela si el comportamiento enjuiciado puede enmarcarse en el espacio de tolerancia de los castigos físicos formalmente abarcados por el tipo penal y entiendo que ese análisis debería haber conducido a la absolución del acusado desde la primera instancia, sin que yo pueda aceptar que las resoluciones que invoca la sentencia mayoritaria sean una referencia para sustentar una resolución condenatoria en este caso, sino todo lo contrario.

A. En nuestra Sentencia 578/2014, de 10 de julio, se enjuiciaba a un padre que abusó sexualmente de sus hijas durante años. Desde que una de ellas cumplió once años, el acusado comenzó a introducirse en su cama y sometía a su hija a tocamientos sexuales con penetración vaginal con los dedos, llegando a masturbarse en su presencia. La escalada de las agresiones le llevó a someterla durante años a reiteradas penetraciones vaginales y anales, obligando también a la menor a que le masturbara. A su otra hija, a partir de que la niña alcanzó una edad parecida, le penetró vaginalmente en diversas ocasiones. Fue a esta segunda hija a la que propinó el castigo físico por el que se condenó específicamente al acusado, declarándose probado que cuando su hija tenía la edad de 17 años, el acusado, por haberse ausentado la menor de la casa sin su consentimiento, la encerró en el baño y comenzó a golpearla con una vara que previamente había cortado de un árbol próximo a la vivienda, causándole heridas que precisaron para su curación una primera asistencia facultativa y 5

días más.

El castigo se impuso así en una convivencia familiar regida por la perversión sexual de un padre radicalmente desvinculado de cualquier labor parental formativa, imponiéndose el castigo físico cuando la menor tenía una edad tocante a la madurez y de una manera (una rama flexible de árbol usada a modo de látigo) absolutamente desproporcionada a cualquier uso social, generando además un resultado que aunque no requirió de tratamiento médico o quirúrgico para su curación, sí exigió de una primera actuación facultativa.

B. En nuestra sentencia 666/2015, de 8 de noviembre, el encausado venía acusado de abusos sexuales con penetración que no resultaron finalmente acreditados. La víctima del castigo físico no era una hija del acusado, sino que lo era de su pareja sentimental. Cuando la menor tenía la edad de 13 años, el acusado la golpeó por haberse ausentado del domicilio sin permiso durante tres días, causando a la adolescente unas erosiones superficiales así como un ligero eritema y hematomas a nivel del brazo y de la pierna izquierda, habiendo precisado para su curación una sola asistencia facultativa y diez días de evolución.

Más allá de que el contexto de abuso sexual no se acreditara, lo cierto es que la sentencia contempla que el acusado no desempeñaba la patria potestad sobre la menor, siendo ésta una adolescente con suficiente madurez como para haber comprendido el sentido de una reprensión de otra naturaleza. De otro lado, en aquel supuesto se objetivaron diversas secuelas en distintas partes de su cuerpo y su curación precisó incluso de una primera asistencia facultativa, resaltando expresamente la sentencia que el comportamiento del acusado " consolida un patrón de dominación violenta y de afectación a la integridad y dignidad de la menor, que excede de la conducta que en la época actual podemos considerar socialmente adecuada ".

C. Nuestra muy reciente sentencia 654/2019, de 8 de enero de 2020, conoció de un supuesto en el que el acusado vivía con su hijo, un joven adolescente de 15 años de edad. El acusado propinó un guantazo a su hijo que le causó un hematoma en el pabellón auditivo derecho y una erosión en la cara interna de la mucosa labial inferior, requiriendo para su curación de una primera asistencia facultativa y 5 días no impeditivos. En nuestra sentencia categorizamos indicando que "los comportamientos violentos que ocasionen lesiones -entendidas en el sentido jurídico-penal como aquellas que requieren una primera asistencia facultativa y que constituyan delito- no pueden encontrar amparo en el derecho de corrección. En cuanto al resto de las conductas, deberán ser analizadas según las circunstancias de cada caso y si resulta que no exceden los límites del derecho de corrección, la actuación no tendrá consecuencias penales ni civiles".

D. De estos casos marginales, en los que surgen lesiones cuya curación no requiere de asistencia médica, se conoció en nuestra Sentencia 47/2020, de 11 de febrero. En aquel supuesto se condenó al acusado por someter habitualmente a su esposa a una situación de dominio y control, con agresiones físicas y con una degradación en el trato materializada en constantes insultos, expresiones despectivas e incluso olfateando habitualmente a su esposa para valorar si podía haber estado con otros hombres. Y en ese contexto de dominación, que rompe con la posibilidad de que se reconozca en la convivencia un marco educativo y referencial para los menores, se condenó también al acusado por propinar un guantazo en la boca a su hija por haber efectuado un comentario que no fue de su agrado, además de por agredir a sus hijas en varias ocasiones plenamente identificadas en el corto periodo de dos meses, algunas tan excesivas e injustificadas como agarrar del cuello a una de las menores por hablar con un compañero de clase cuando el acusado fue a recoger a sus hijas al colegio o como agarrar de las orejas a una de ellas cuando rechazó darle un beso en un momento determinado.

En aquel supuesto, aun subrayando que el guantazo no había originado la necesidad de una asistencia médica de la menor que la Sentencia 654/2019 reclamaba para la tipicidad de los hechos, rechazamos que los hechos fueran atípicos porque la agresión "se contempla desprovista de cualquier necesidad, justificación ni resquicio de proporcionalidad", y respondía a la "simple discrepancia con la menor".

2.6. Ningún parecido puede apreciarse con el supuesto que hoy enjuiciamos.

Se declara probado que el acusado alterna la custodia de sus hijos con la madre de estos y nada se indica en la sentencia que desvele que el acusado haya impuesto a sus hijas un marco de cuidados o de formación que no sea el correcto. Tampoco se describe que se conduzca inadecuadamente en el cumplimiento de sus funciones paternofiliales o que no despliegue una adecuada y esforzada guarda de los menores.

Lo único que proclama la sentencia es que el 8 de junio de 2019 sus hijos se encontraban con él y que el acusado "propinó un fuerte azote en las nalgas" a su hija de 4 años. Cierto es que el acusado admitió que fueron tres o cuatro los azotes, pero lo que el relato de hechos probados recoge es lo que la prueba pericial evidenció: que sólo uno de los azotes dejó la marca que se apreció en ambos glúteos, no surgiendo ningún estigma de los otros azotes que eventualmente pudieran haberse añadido.

Se desvela además que los hechos que dispararon la reacción del acusado fueron que la niña "no quería dormir y no paraba de llorar". No recogen como causa determinante del arranque paterno que la niña no pudiera conciliar el sueño, sino que era obstinadamente renuente a acostarse y buscaba imponer su voluntad con un berrinche .

Por último, se declara expresamente probado -sobre la base de la prueba pericial médico forense- que como consecuencia de la intensidad del azote se generó un área equimótica en la nalga derecha de 7 por 4 cm y otra más tenue en la nalga izquierda de 3 por 2 cm, recogiéndose incontestablemente que la lesión no precisó asistencia médica para su sanidad.

La normalidad del contexto de convivencia paterno-filial que se describe, unido a que los hechos se detallan como un acto

aislado y a que se ha constatado que la niña se había desviado de un comportamiento adecuadamente impuesto por su padre, junto a la circunstancia de que el correctivo físico consistiera en infligir unos azotes en el culo (lo que se admite generalizadamente como el castigo físico menos lesivo y como el más ajustado a la corta edad de la menor), impide apreciar la antijuridicidad de la acción que se enjuicia.

No eludo que uno de los azotes hubo de alcanzar una relevante intensidad y que generó por ello una leve equimosis en el culo de la niña, pero en todo caso la prueba pericial médico forense constata la levedad precisando que para la curación de los vestigios de la agresión no se hizo conveniente ninguna asistencia facultativa.

Con todo ello, ni por las circunstancias en las que se aplicó el correctivo por el acusado en ese momento ni por la escasa relevancia de sus consecuencias, puede entenderse que los hechos afecten significativamente al bien jurídico. Lo que el relato de hechos probados describe es una lamentable e irrelevante desviación en el curso causal de una actuación parental frecuente en modelos formativos que, aunque rechazables conforme a la Convención de Derechos del Niño, están socialmente asumidos y distan mucho de reflejar un perfil criminal en su autor. Y las consecuencias que arrastró el castigo, pese a su excepcionalidad y proscripción, carecen de suficiente entidad como para criminalizar la acción según nuestra propia doctrina expresada en la Sentencia 654/2019. Más aún cuando en este caso, como apunta la Observación General n.º 8 del Comité de los Derechos del Niño, la reacción penal no se demuestra necesaria para preservar la seguridad futura del menor y cuando las penas impuestas van a impactar definitivamente en la relación con su padre. Frente a un hecho de menor entidad y de carácter aislado que no entrañaba ninguna dificultad de integración en la experiencia vital de un menor de cuatro años, la reacción penal introduce una paralización inmediata en la relación del menor con su padre y le somete imperativamente a una vivencia familiar monoparental, introduciendo además un severo riesgo de que las penas de prisión y el largo alejamiento impuesto, terminen viciando la que será su relación paternofilial hasta la edad adulta

En consecuencia, considerando lo expuesto así como el contenido de unos hechos probados y suficientemente investigados, entiendo que la sentencia impugnada contradice la doctrina de esta Sala y que la solución justa, humana y prudente era la absolución del acusado, al no ser subsmibles los hechos en el tipo penal cuya indebida aplicación se denuncia.