



## Audiencia Provincial de Jaén, Sección 2ª, Sentencia de 22 Ene. 2009, rec. 9/2009

Ponente: Arias-Salgado Robsy, María Elena.

Nº de Sentencia: 10/2009

Nº de Recurso: 9/2009

Jurisdicción: PENAL

MALOS TRATOS EN EL ÁMBITO DOMÉSTICO. Madre que abofetea a su hijo menor de edad, se golpea contra el lavabo y sufre una hemorragia nasal. Derecho de corrección de los padres sobre los hijos. Límites. Doctrina jurisprudencial. Inexistencia de eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho. Uso de una fuerza superior al mero azote. Comisión de varios actos de violencia que, aún motivados por una previa conducta agresiva del menor, dejan incluso huella en su cuerpo. Actos que no pueden calificarse de insignificantes e impunes. Utilización de la violencia física como único medio de corrección. PENALIDAD. Elevación de la duración de las penas impuestas. Fijación en 67 días la pena de prisión y en un año y 67 días la de prohibición de aproximación a su hijo. INDULTO. Proposición respecto a la prohibición de aproximación. Pena no proporcionada ni necesaria a la finalidad de reeducación y protección de la víctima. Su ejecución podría perjudicar no sólo al menor víctima del delito sino también al otro hermano.

Normativa aplicada

### TEXTO

En la ciudad de Jaén, veintidós de enero de dos mil nueve.

Vista, en grado de apelación, por la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial la causa seguida ante el Juzgado de lo Penal número Tres de esta capital, por los trámites del Procedimiento Abreviado n.º 287/2008, por el delito de Lesiones (Violencia Doméstica), procedente del Juzgado de Instrucción n.º Dos de Cazorla, siendo acusada Luisa cuyas circunstancias constan en la recurrida, representado en la instancia por la Procuradora Sra. Romero Martín y defendida por el Letrado Sr. Amor Sanz que asistió al juicio en sustitución de D.ª M.ª Dolores Bayona Hueso: siendo apelantes la acusada y el Ministerio Fiscal.

Ponente la Iltrma. Sra. Magistrada D.ª ELENA ARIAS-SALGADO ROBSY.



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de lo Penal número Tres de Jaén, en el Procedimiento Abreviado n.º 267/2008 se dictó, en fecha 26 de noviembre de 2008 Sentencia que contiene los siguientes hechos probados: «Se considera probado y así se declara que: «En la mañana del día 6 de octubre de 2006 la acusada Luisa, encontrándose en el domicilio familiar, sito en [...] de [...] (Jaén) recriminó a su hijo, [...] de diez años de edad, a través del lenguaje de signos que entendió dicho hijo, que no había hecho los deberes del colegio, a lo que éste respondió tirándole una zapatilla y corriendo a encerrarse en el cuarto de baño, yendo tras él la acusada quien, a pesar de la oposición del menor, consiguió abrir la puerta, cayendo este al suelo, el cual levantó agarrándolo del cuello dándole seguidamente cuando se hallaba sobre el lavabo un tortazo por detrás en la cabeza, lo que hizo que se golpeara en la nariz y sangrara. Nada más llegar a clase su tutor percibió rastros de sangre en la nariz del niño y le preguntándole qué le había pasado éste le contó que su madre le había agarrado del cuello y dado un bofetón, por lo que observando que tenía además el cuello un poco morado lo llevó a la Dirección del Centro que a su vez lo trasladó al Centro de Salud de la localidad, emitiendo la Doctora que lo atendió un parte médico que reflejaba contusiones y hematomas en cuello y mejilla aparentemente inferidas por su madre al sujetarlo del cuello y restos hemáticos en nariz, lesiones que necesitaron una sola asistencia facultativa, tardando tres días en curar, sin impedimento para sus ocupaciones habituales».

**SEGUNDO.-** Así mismo la referida Sentencia pronuncia el siguiente Fallo: «Que debo condenar y CONDENO a LUISA como autora responsable de un delito de malos tratos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de CUARENTA Y CINCO DÍAS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, PRIVACIÓN DE LA TENENCIA Y PORTE DE ARMAS DURANTE SEIS MESES y PROHIBICION DE APROXIMARSE A MENOS DE 500 METROS CON SU HIJO ... DURANTE UN AÑO Y CUARENTA Y CINCO DÍAS, siendo de su cargo el pago de las costas causadas».

**TERCERO.-** Contra la misma Sentencia se interpuso recurso de apelación de un lado por la representación de la acusada solicitando la revocación de la misma y el dictado de otra que la absuelva del delito imputado, y de otro por el Ministerio Fiscal solicitando la fijación de una pena ajustada a derecho, de 67 días de prisión y de un año y 67 días de prohibición de aproximación a su hijo; peticiones a las que, tras su traslado a la contraria se opusieron respectivamente ambas partes, remitiéndose las actuaciones a la Audiencia para la resolución del recurso.



**CUARTO.-** Elevados los autos a esta Audiencia, y repartidos a la Sección Segunda se acordó formar Rollo, turnar de Ponente, quedando pendientes de deliberación, votación y fallo que tuvo lugar el día señalado 19 de enero de 2009.

**QUINTO.-** Se aceptan como trámites y antecedentes los de la Sentencia recurrida.

**SEXTO.-** En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se formulan dos diferentes recursos de apelación contra la sentencia condenatoria dictada en la instancia; el formulado por la representación de la acusada cuya pretensión es la absolución de la misma y el formulado por el Ministerio Fiscal cuya pretensión es la imposición de pena superior al estimar que está erróneamente aplicada.

Debe resolverse en primer lugar el recurso de la imputada pues su estimación haría innecesario el estudio del segundo.

En el mismo se contienen diversas consideraciones sobre la sentencia impugnada que en síntesis constituyen la alegación de error en la apreciación de la prueba, pues se disiente en ellas de las conclusiones alcanzadas en la sentencia sobre los hechos probados.

Al respecto del error en la apreciación de la prueba debe constatarse la doctrina jurisprudencial reiterada y contenida entre otras en la Sentencia de esta misma Sala de 11 de noviembre de 2005, en la que decíamos: como ya se ha pronunciado con reiteración esta Sala --por todas, S. 20-9-05)--, es reiterada la Jurisprudencia que establece que el recurso de apelación contra las sentencias dictadas en los Juzgados en los procesos penales es un recurso amplio y pleno en cuyo seno el tribunal encargado de resolverlo puede examinar el objeto del mismo con igual amplitud y potestad que lo hizo el órgano «a quo» no estando siempre obligado a respetar los hechos declarados probados por éste; pero igualmente establece que compete al Juez de Instancia, en base a lo dispuesto en el art.741 LECrim, apreciar las pruebas practicadas en el juicio oral de acuerdo con el dictado de su conciencia y las conclusiones fácticas a las que así llegue, las cuales habrán de reputarse correctas salvo cuando se demuestre un manifiesto error o cuando resulten incompletas, incongruente o contradictorias, lo que no se aprecia en modo alguno en el supuesto de autos.

En el caso, tras expresarse en el recurso que la sentencia no tiene en cuenta dos hechos de notoria importancia, la negativa del menor a declarar en el juicio en uso del derecho reconocido en el artículo



416 de la LECrim. y la testifical del profesor que, en opinión del recurrente, desmiente el parte del centro de salud de [...] en cuanto a constancia de unos malos tratos anteriores de la familia respecto al menor, se disiente de la declaración de hechos probados que antes hemos transcrito en cuanto al mecanismo o forma en que se produjo la lesión apreciada, manteniendo que la Juzgadora ha interpretado incorrectamente la declaración de la acusada, que ciertamente fue dificultosa por su discapacidad que precisó de la intervención de una intérprete de signos.

Pues bien, visionado el CD en el que se grabó el juicio, no puede compartirse tal alegación pues si bien la declaración de la acusada fue efectivamente dificultosa, quedó claro finalmente que el desarrollo de los hechos fue el que se relata en la Sentencia impugnada, al margen de que lo que mantiene el recurrente discrepando de dichos hechos, en cuanto a que la acusada cogió al niño del cuello para que no cayera, no se ajusta a lo afirmado por ella en el plenario.

El hecho probado se deduce de la propia declaración de la imputada, que no hace sino corroborar aún con diversos matices lo declarado en sede de instrucción por ella y por el menor, y el mismo indica con claridad que hubo una agresión física por parte de la acusada que reconoce haber levantado del suelo a su hijo agarrándole por el cuello, lo que se corrobora con el parte de asistencia e informe de sanidad en los que se detectan hematomas en dicha zona del cuerpo, y haberle dado un tortazo o manotazo en la parte de atrás de la cabeza golpeándose el menor contra el lavabo en la nariz, lo que se corresponde con los restos de sangre que se detectaron en las fosas nasales, y con todo lo declarado por el profesor del niño que explicó como el mismo le dijo que le dolía el cuello dónde su madre le había agarrado, viendo hematomas y decidiendo mandarlo a la dirección del colegio, según el protocolo de actuación.

Otra cosa será, a efectos de las alegaciones sobre el derecho de corrección o la justificación de dicha agresión, que se deba valorar o no la conducta precedente del niño y la entidad de la respuesta por parte de la acusada, pero lo que no puede aceptarse es la alegación de error examinada en relación con el hecho probado referido que no hace sino describir y concretar el resultado de la prueba, lo que lleva a desestimar el motivo.

**SEGUNDO.-** En los siguientes motivos del recurso se hace hincapié en las especiales circunstancias que concurren en el caso al ser ambos progenitores sordomudos, teniendo la capacidad comunicativa mermada y tratándose de un menor que en sede de instrucción reconoció que sólo les entiende a veces y que no les hace mucho caso, lo que dificulta su educación, y cuyo comportamiento desobediente y agresivo motivó la reacción de la madre; todo lo que se pone en relación con la doctrina contenida en la sentencia impugnada sobre el derecho de educación de los padres, el castigo físico, la quiebra de la paz



familiar, y la existencia de una situación de dominio y desigualdad en el seno de la familia, recordando que las relaciones paterno filiales necesariamente conllevan desigualdad.

Se confunde en el motivo lo que la sentencia impugnada expone que no es sino una doctrina consolidada sobre el delito contenido el artículo 153 del C. Penal, según la última reforma legislativa. El tema de autos no versa sobre la quiebra de la paz familiar o la situación de dominio o tiranía de un miembro de la familia sobre los otros, sino si existe un derecho de corrección de los padres a los hijos que legitime el uso de la violencia física, y si la acusada se extralimitó en el ejercicio de ese derecho-deber de educación del menor al pegar a su hijo en respuesta a un comportamiento también violento y previo del mismo.

El legislador, depositario de la voluntad y soberanía del pueblo, ha tipificado en el artículo 153 del C. Penal el delito de violencia doméstica de forma 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 no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarte lesión...»

Por tanto, el simple hecho de golpear al niño ya incardina la conducta de la acusada 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 artículo 173.2 del Código, entre las que se encuentran los descendientes del agresor. Sin que desde luego deba aquí cuestionarse la existencia de dolo, como también parece apuntar el recurso, pues es claro que los actos de la acusada fueron intencionados y no imprudentes o faltos de cuidado, por más que su objetivo fuera el de reprender al niño su conducta, constituyendo actos de agresión física tanto el cogerle por el cuello para levantarlo del suelo, como el golpe o manotazo en la parte de atrás de la cabeza que reconoce le propinó, golpeándose el niño contra el lavabo y sangrando por la nariz.

Por eso, *la cuestión no es ya si el hecho es típico, es decir incardinable en un tipo penal delictivo, sino si en el caso el derecho de corrección puede justificar esa conducta y en definitiva hacerla impune por aplicación de la eximente del artículo 20.70º del C. Penal, que exime de responsabilidad al que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.*

Y la respuesta, como se expone en la recurrida, es que en el caso de autos no puede apreciarse la concurrencia de tal eximente, pues debe convenirse que la facultad que contenía el artículo 154 in fine del C. Civil hasta la reforma operada en virtud de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional que la suprime, se limitaba a la de corregir razonable y moderadamente a los hijos, manteniéndose actualmente únicamente la de recabar el auxilio de la autoridad, sin que pueda admitirse



que alcanzara al castigo físico ni al uso de la violencia, pues corregir no equivale a agredir, maltratar o golpear.

De hecho la propia Exposición de Motivos de dicha ley, justifica la supresión de la facultad de corrección diciendo: «Por otro lado se aprovecha el evidente vínculo que une la adopción con la protección de los menores para abordar la reforma de los artículos 154, 172, 180 y 268 del Código Civil. Además de mejorarse la redacción de estos preceptos, se da respuesta de este modo 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».

De acuerdo con la ya casi unánime doctrina referida en sentencias de distintas Audiencias Provinciales, el derecho de corrección, que vemos ha sido incluso suprimido como tal derecho en el Código Civil, no autoriza ni alcanza la utilización del castigo físico, porque en definitiva y como expresa con claridad la Sentencia de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 22 de julio de 2008, con cita de la Audiencia Provincial de Madrid, de 26 de septiembre de 2007 y recordando la sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 19 de septiembre de 2005, «es más que discutible que el mencionado derecho a corregir a los hijos implique que pueda pegárseles, que pueda aplicárseles castigos físicos. Corregir significa, en la acepción que aquí nos interesa y según el Diccionario de la Lengua, advertir, amonestar, reprender, conceptos que suponen que el fin de la actuación es conseguir del niño que se porte bien, apartarse de una conducta incorrecta, educarle, en definitiva. Por otra parte, no hay que olvidar que este derecho ya viene limitado por el propio texto legal cuando se dice que dicha corrección será razonable y moderada. Si desgraciadamente en tiempos pasados se pensó que un castigo físico podía quedar incluido en este derecho, hoy día las cosas han cambiado y todos los profesionales están de acuerdo en que los castigos físicos no son pedagógicos y sólo sirven para extender y perpetuar conductas violentas. Por ello, estimamos que las violencias físicas constitutivas de infracción penal no pueden ser admitidas como algo digno de ser incluido en el derecho de corrección».

Ciertamente algunas Sentencias como las de la Audiencia Provincial de Córdoba, Secc. 2ª de 9 de marzo de 2004, y Secc. 1ª de 17 de enero de 2008, la de la Audiencia Provincial de Barcelona, Secc. 20 de 9 de marzo de 2007, la de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 1ª, de 29 de octubre de 2007, estudiando la misma cuestión, concluyen que efectivamente algunos supuestos de hecho en los que la insignificancia de la acción, como puede ser un cachete o azote en las nalgas o una simple bofetada sin intención alguna de producir un menoscabo físico por su levedad y que no causan lesión propinadas con intención de



corregir un comportamiento insolente, violento o agresivo por parte del hijo menor que hace proporcionada tal acción, no merecen reproche penal, -que no olvidemos sólo podría ser calificado como el delito de maltrato en el ámbito familiar contemplado en el artículo 153, conforme a las modificaciones legislativas en la materia-, justificándose la absolución en la impunidad del hecho por aplicación del principio de intervención mínima.

Pero *en el caso de autos no se trata de una simple bofetada, sino de varios actos de violencia, que aún motivados por una previa conducta agresiva del menor, dejan incluso huella en su cuerpo, lo que indica el uso de una fuerza superior al mero azote que por su intrascendencia, estimamos, no merecería tal reproche penal; no se trata, como se dice en el recurso, de un simple acto de reprensión de una conducta previa impropia, sino de la utilización de la violencia física como único medio de corrección de una conducta de cierta violencia, el lanzamiento de una zapatilla, quizás al verse desbordada por un chiquillo rebelde y difícil que se enfrenta a ella y no asume las órdenes y disciplina del hogar, en el que el padre sólo está presente durante el fin de semana por motivos de trabajo; cualquier persona puede entender y justificar en un momento dado una reacción de cierta violencia en supuestos de tal naturaleza, pero ello no supone que la conducta de la acusada en el caso sea impune, pues no se limita a reprender al menor con un azote sino que le sigue hasta el baño donde se refugia, empuja la puerta forcejeando con él hasta que el niño cae al suelo, entra la madre y lo agarra por el cuello para levantarlo, de forma que le ocasiona hematomas y le propina un golpe en la cabeza, dándose el niño con el lavabo y sangrando por la nariz. Actos que no pueden calificarse de insignificantes e impunes.*

Por ello, habrá de desestimarse el recurso de apelación que contra la sentencia formula la representación de la acusada, y con la salvedad a la que luego aludiremos, sin que se estime necesario entrar a analizar las alegaciones relativas a cual sería el comportamiento correcto de la madre en un caso como el de autos, pues una sentencia penal no puede pretender enseñar o sentar los métodos correctos de educación. Se trata exclusivamente de dilucidar si los actos concretos que han resultado probados, son incardinables en el derecho penal. Por ello solo cabe decir al respecto que a los padres les asiste el derecho de recabar el auxilio de la autoridad, como aún dispone el artículo 154 del C. Civil.

Como tampoco deben acogerse como fundamento del recurso y causa de la petición de absolución las alegaciones sobre las consecuencias que la aplicación de la pena de prohibición de aproximación o alejamiento como se denomina en el recurso, pues la obligación del Juez es respetar y aplicar la ley en cuya redacción y promulgación no participa, y el caso es que el Código Penal no permite dejar de aplicar una norma imperativa porque sus consecuencias perjudiquen derechos reflejos de otras personas, como



sería el derecho del menor a convivir con su progenitora. Las situaciones descritas en el recurso que puede producir la aplicación de dicha pena, no facultativa como estimamos sería deseable en circunstancias excepcionales, sólo podría evitarse con la concesión de un indulto de la misma, que efectivamente y como luego se expresará, el Tribunal propondrá conforme al artículo 4.3 del C. Penal.

Siendo necesario destacar en respuesta a las alegaciones sobre las especiales circunstancias de la acusada, afectada por una discapacidad y que debe afrontar el cuidado y educación de sus hijos la mayor parte del tiempo sola, y las circunstancias concurrentes en el hecho descritas, que ya son tenidas en cuenta en la resolución impugnada a la hora de concretar la pena, y conforme solicitó el Ministerio Fiscal, aplicando el último apartado del Precepto que permite aminorar la pena en un grado precisamente en dicho supuesto.

Finalmente debe decirse que este Tribunal es consciente de la reacción suscitada en la opinión pública cuando se dio a conocer la condena que contiene la sentencia impugnada, y que entre otras cosas ha motivado que se hallan aportado a la causa multitud de firmas solicitando que la acusada no vaya a prisión, pues es normal que sin conocer su motivación y la norma penal que la fundamenta, pueda causar cierta perplejidad a algunos sectores de la sociedad que no acaban de entender ni asumir, desde una tradición y costumbres en las que se aceptan como normales e incluso habituales tales conductas, esto es las bofetadas, azotes o cachetes, a veces sobre niños de corta edad, so pretexto de su corrección y educación, que los hechos por los que condena dicha sentencia son perfectamente incardinables en el delito de maltrato en el ámbito familiar que se aplica en la misma.

**TERCERO.-** *El recurso que formula el Ministerio Fiscal se basa exclusivamente en el error en la aplicación de la pena, manteniendo que la correcta es la de 67 días de prisión, y un año y 67 días de prohibición de aproximación a su hijo, por aplicación de los apartados 2, 3 y 4 del artículo 153 del C. Penal.*

*Debe estimarse este recurso pues efectivamente en el caso, al producirse el hecho en el domicilio familiar, lo que supone necesariamente aplicar la agravación contemplada en el apartado 3º del precepto, que prevé la aplicación de la pena en su mitad superior, la pena correcta por la conjunción con el apartado 4, que permite la aplicación de la pena inferior en grado, es la que solicita el Ministerio Fiscal en el recurso.*

**CUARTO.-** *Como ya anunciarnos, el Tribunal considera que en el caso debe hacerse uso de la facultad que contempla el artículo 4.3 del C. Penal, proponiendo el indulto de la pena de prohibición de aproximación, con la consiguiente suspensión de su ejecución en aras a lo establecido en el apartado 4 de dicho precepto.*





*Su aplicación puede producir consecuencias perjudiciales para los dos hijos menores de la acusada, que se encuentran a su cargo durante la mayor parte del tiempo al trabajar el padre durante la semana fuera de la localidad. Es claro que si dicha prohibición sólo afecta a uno de ellos, se produciría una indeseada separación de los hermanos, o incluso una situación de desamparo provocada por la aplicación imperativa y rigurosa de una norma penal que en el caso, no grave y aislado en el seno familiar, la Sala considera no resultaría proporcionada, ni aún necesaria a los efectos de la finalidad de la misma, de reeducación y protección de la víctima.*

**QUINTO.-** No existen razones en que basar una condena en las costas de esta apelación, que habrán de declararse de oficio.

### **FALLAMOS**

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y desestimando el formulado por la representación de la acusada, contra la Sentencia, de fecha 28 de noviembre de 2008, dictada por el Juzgado de lo Penal n.º Tres de Jaén, en el Procedimiento Abreviado, seguido con el n.º 267/2008, debemos revocar y revocamos en parte la misma en el único sentido de fijar la duración de las penas que se imponen por la comisión del delito en la de 67 días la de prisión y de 1 año y 67 días la de prohibición de aproximación a su hijo, confirmando el resto de los pronunciamiento y con declaración de las costas del recurso de oficio.

Devuélvase al Juzgado de lo Penal número Tres de Jaén los autos originales, con testimonio de esta resolución, para su cumplimiento.

Expídase, testimonio de la presente sentencia para su remisión al Ministerio de Justicia a efectos de la incoación del oportuno expediente de indulto que se propone en la misma con atento oficio.

Así por está nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.