

LA SUPRESIÓN DE LA FACULTAD DE CORREGIR RAZONABLE Y MODERADAMENTE A LOS HIJOS Y PUPILOS: ¿UN CRASO ERROR DEL LEGISLADOR?

Carmen Hernández Ibáñez

Catedrática de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

TITLE: *The suppression of the faculty of reasonable and moderate correction of children and wards: ¿A gross error of the legislator?*

RESUMEN: La obligación de corregir razonable y moderadamente que correspondía a los padres y tutores se ha suprimido del Código civil tras la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional. Su fundamento, como señala su Exposición de Motivos, se encuentra en el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. Las consecuencias y problemas que podrían suscitarse se estudian, entre otras cosas, en este trabajo.

ABSTRACT: *The obligation of parents and guardians to make reasonable and moderate corrections has been removed from the Civil Code following Act 54/2007 of 28 December on Intercountry Adoption. As its explanatory statement points out, it is based on article 19 of the Convention on the Rights of the Child of 20 November 1989. The consequences and problems that could arise are studied, among other things, in this work.*

PALABRAS CLAVE: patria potestad, tutela, facultad de corrección, Convención sobre los Derechos del Niño, situaciones de violencia filio parental.

KEY WORDS: *Parental authority; guardianship; power of correction; Convention of the Rights of the Child; situations of parental violence.*

SUMARIO: 1. LA FACULTAD DE CORRECCIÓN A LOS HIJOS EN EL CÓDIGO CIVIL. 2. LA FACULTAD DE CORRECCIÓN A LOS PUPILOS EN EL CÓDIGO CIVIL. 3. SUPRESIÓN DE LA FACULTAD DE CORREGIR A LOS HIJOS Y PUPILOS EN EL CÓDIGO CIVIL. 4. EL ARTÍCULO 154 DEL CÓDIGO CIVIL TRAS LA LEY 26/2015, DE 28 DE JULIO, DE MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA. 5. LA FACULTAD DE CORREGIR EN LOS DERECHOS FORALES O ESPECIALES. 6. SITUACIONES QUE PODRÍAN DERIVARSE DE LA ELIMINACIÓN DE LA FACULTAD DE CORRECCIÓN. 7. A MODO DE CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

1. LA FACULTAD DE CORRECCIÓN A LOS HIJOS EN EL CÓDIGO CIVIL

La patria potestad es una de las instituciones que más ha evolucionado en el ámbito del Derecho de familia, debido a que hubo que adecuar el articulado del Código civil a los principios constitucionales de igualdad del marido y de la mujer; y de los hijos con independencia de su filiación, proclamados en los artículos 32 y 39 de la Constitución Española de 1978.

La patria potestad es una potestad tuitiva, e implica esencialmente deberes de los padres para con sus hijos. Se caracteriza por un doble contenido: el personal, que se

proyecta en los hijos menores no emancipados o que tienen modificada su capacidad de obrar, y el patrimonial, que hace referencia a sus bienes.

Era y es el artículo 154, el primero en el Código civil, que regula la patria potestad. En la redacción de 1889¹, preceptuaba que el padre, y en su defecto la madre, ostentaba la potestad sobre los hijos legítimos no emancipados, naturales reconocidos y adoptivos menores de edad.

El último inciso del párrafo primero de este precepto, en su redacción originaria, recogía la obligación de los hijos de «obedecerles mientras permanezcan en su potestad, y de tributarles respeto y reverencia siempre». Obediencia que han de observar durante la minoría de edad, debido a que están bajo la patria potestad, mientras que el respeto y la reverencia se han de mantener durante toda la vida.

Ya señaló MANRESA² en la última década del siglo XIX:

«El Código no solo determina que los hijos tienen la obligación de obedecer a los padres mientras permanezcan bajo su potestad, sino que han de tributarles respeto y reverencia siempre. Ahora bien: es preciso averiguar si este precepto, que también establecen los Códigos de Francia (art. 371) e Italia (art. 315), entre otros, inspirado en el principio bíblico «honorem patrem et matrem», y que es trasunto del principio romano *liberto et filio semper honestam es sancta persona patris et patroni videri debet*, tiene eficacia en él, o si es solo un consejo conforme con la moral y el derecho, pero sin otras consecuencias prácticas que las que producía el deber impuesto a los españoles por la Constitución de 1812 de ser justos y benéficos. Como observa Beltrán Fustero, la naturaleza del mandato aparte de su candor, era impropia para figurar en la Ley civil fundamental. Pero todos admiten que los padres, aparte de la potestad jurídica que el Derecho les concede sobre los hijos durante su minoría de edad, necesitan gozar de una fuerte autoridad moral sobre los últimos; así es más eficaz la función protectora, que es el eje de la patria potestad. Las relaciones paternofiliales son frágiles si solamente las leyes civiles les sirven de soporte; necesitan para su consistencia el mutuo cariño y que a la abnegación y sacrificios paternos correspondan los hijos con el respeto, aun traspasada la mayoría de edad.»

El artículo 155³, en su redacción originaria, regulaba los deberes y facultades del titular de la patria potestad en el ámbito personal, cuyo nº 2 establecía: «la facultad de

¹ Artículo 154 del Código civil: «El padre, y en su defecto la madre, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados; y los hijos tienen la obligación de obedecerles mientras permanezcan en su potestad, y de tributarles respeto y reverencia siempre.

Los hijos naturales reconocidos, y los adoptivos menores de edad, están bajo la potestad del padre o de la madre que los reconoce o adopta y tienen la misma obligación de que habla el párrafo anterior.»

² MANRESA Y NAVARRO, José María, «Comentario al artículo 154 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil Español, T. II*, revisión y puesta al día por BONET RAMÓN, F., Reus, Madrid 1957, p. 19.

³ Artículo 155 del Código civil: «El padre, y en su defecto la madre, tienen, respecto de sus hijos no emancipados:

corregirlos y castigarlos moderadamente»⁴. Facultad que tenía, y tiene una estrecha relación con la de educar e instruir a los hijos que, también, corresponde al titular de la patria potestad, y que recogía el nº 1 del mismo precepto.

Para ello, el padre, y en su caso la madre, podían impetrar el auxilio de la Autoridad gubernativa, que debería serles prestado, en apoyo de su propia autoridad, así como reclamar la intervención del juez municipal para imponer a sus hijos hasta un mes de detención en el establecimiento correccional destinado al efecto; sí el padre o la madre hubiesen pasado a segundas nupcias, y el hijo fuere de los habidos en anterior matrimonio, tendrán que manifestar al juez los motivos en que funden su acuerdo de castigarle, a tenor de lo que preceptuaban los antiguos artículos 156⁵ y 157⁶ del Código civil.

«No dice el Código español que actos del hijo justificaran la petición paterna de auxilio a la Autoridad gubernativa la detención en el establecimiento correccional. Creemos que el padre podrá usar las facultades que le confiere el artículo 156 cuando no pueda contener de otro modo la mala conducta del hijo o resulte imposible vencer de otra manera la resistencia opuesta por éste a las órdenes paternas. No procederán las medidas del precepto, sin embargo, en los casos en que el hijo no está obligado a obedecer las órdenes del padre⁷».

Como acertadamente observa CASTÁN VÁZQUEZ⁸:

1º. El deber de alimentarlos, tenerlos en su compañía, educarlos e instruirlos con arreglo a su fortuna, y representarlos en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho.

2º. La facultad de corregirlos y castigarlos moderadamente.»

⁴ «En el Derecho español, ya las Partidas advirtieron que el castigo paterno debe ser «con mesura» (Par. 4, 18, 18); y el Código civil, como hemos visto, concede en el artículo 154 facultad de castigar a los hijos «moderadamente». CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español, Común y Foral, T. Quinto, vol. Segundo, Relaciones paterno-filiales y tutelares*. Revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO, G. y CASTÁN VÁZQUEZ, J. M^a., Reus, Madrid, 1995, p. 311.

⁵ Artículo 156 del Código civil: «El padre, y en su caso la madre, podrán impetrar el auxilio de la Autoridad gubernativa, que deberá serles prestado, en apoyo de su propia autoridad sobre sus hijos no emancipados, ya en el interior del hogar doméstico, ya para la detención y aún para la retención de los mismos en establecimientos de instrucción o en institutos legalmente autorizados que los recibieren. Asimismo, podrán reclamar la intervención del Juez municipal para imponer a sus hijos hasta un mes de detención en el establecimiento correccional destinado al efecto, bastando la orden del padre o madre, con el V.º B.º del Juez, para que la detención se realice.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores comprende a los hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos o adoptivos.»

⁶ Artículo 157 del Código civil: «Si el padre o la madre hubiesen pasado a segundas nupcias, y el hijo fuere de los habidos en anterior matrimonio, tendrán que manifestar al Juez los motivos en que funden su acuerdo de castigarle; y el Juez oír, en comparecencia personal, al hijo y decretará o denegará la detención sin ulterior recurso. Esto mismo se observará cuando el hijo no emancipado ejerza algún cargo u oficio, aunque los padres no hayan contraído segundo matrimonio.»

⁷ CASTÁN VÁZQUEZ, José María, «La patria potestad», *Revista de Derecho Privado* (1960), p. 233.

⁸ CASTÁN VÁZQUEZ, José María, «Comentario al artículo 154 del Código civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. III, vol. 2º*, dirigidos por ALBALADEJO, M., Edersa, Madrid 1982, p. 1298.

«Entre las facultades surgidas de la patria potestad están, en efecto, la de corregir y castigar a los hijos. Estas facultades son excepcionales, ya que no se ejercitan normal y permanentemente durante la menor edad del hijo, sino tan sólo en los casos en que la conducta de éste lo exige. Se habla, en estos casos, del derecho de corrección de los padres, derecho que, al igual que los otros emanados de la patria potestad, constituye también un deber, si bien ha de ejercitarse siempre dentro de ciertos límites, pasados los cuales existirá abuso del derecho y podría el padre caer en la esfera del Código penal».

Se preguntaba CASTÁN VÁZQUEZ⁹:

«¿En que puede consistir el “castigo moderado” que admite el Código Civil español?, añadiendo que, el texto legal no lo dice. En las costumbres se ha evolucionado considerablemente y hoy no se tolerarían castigos que antaño se daban a los hijos. De acuerdo con las costumbre y orientaciones actuales, creemos que habrá que reputar como castigos lícitos los azotes, leves encierros que no pongan en peligro la salud del menor, la privación a éste de cosas no necesarias, etc.»

La Ley 11/1981, de 13 de mayo, que modifica el Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, dio un giro copernicano a la regulación de la patria potestad, e introdujo como novedad fundamental que es una potestad compartida por el padre y la madre en igualdad de condiciones¹⁰. Su fundamento se encuentra en el artículo 39 de la Constitución Española, que contempla la familia, y cuyo apartado 3 señala: «Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.»

Tras esta Ley, la rúbrica del Título VII pasó a denominarse «De las relaciones paternofiliales», en lugar de «De la patria potestad», cuyo origen se encontraba en el Derecho Romano, y tenía vestigios del poder absoluto que ejercía el *paterfamilia* sobre sus hijos, declarando incluso que éste gozaba del derecho de vida y muerte (*ius vitae et necis*) sobre sus hijos. Hoy en día esta institución se concibe más como la protección que tienen los padres con respecto a sus hijos, que el poder atribuido al padre que tenía antaño. Para LACRUZ y SANCHO¹¹:

⁹ CASTÁN VÁZQUEZ, «La patria potestad», *op. cit.* p. 228.

¹⁰ La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, que finalmente no se incorporó en la Ley 11/1981, dice que la patria potestad se concibió: «[...] como una función dual, mientras hasta ahora se atribuía a uno solo de los progenitores; y preferentemente al padre, con evidente subordinación de la madre, de modo que, en principio, todas las decisiones concernientes a los hijos no emancipados habrán de ser tomadas por los progenitores de común acuerdo o por uno de los dos con el consentimiento del otro [...]»

¹¹ LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO, *Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia, conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, Fascículo Tercero, Edición experimental, Librería Bosch, Barcelona, 1982, p. 721.

«Queda este Título más vinculado al V (*De la paternidad y filiación*) y resulta más coherente con la rúbrica el contenido de algunos preceptos, que no se corresponden con el de la patria potestad: así el deber de respeto filial, que dura *siempre* (art. 155, 1º; también en el párrafo primero del art. 154 originario); la contribución de los hijos al levantamiento de cargas de la familia, que dura *mientras convivan con ella* (*ibídem*, 2º); la facultad de relacionarse con el hijo el padre y la madre, *aunque no ejerzan la patria potestad*».

Se ha dicho que:

«La evolución posterior del Derecho Romano, del Derecho común y del Derecho moderno han transformado, del mismo modo que la familia patriarcal, el sentido de la patria potestad, que hoy se considera como una función social y como un conjunto de poderes enderezados al cumplimiento de los deberes y de las obligaciones que la ley impone a los progenitores. Estos poderes no conforman en sentido técnico un derecho subjetivo, porque el derecho subjetivo es de libre ejercicio y se da en interés de quien lo ostenta, mientras que aquellos son instrumentales, enderezados al interés de otro y estrechamente ligados con el cumplimiento de deberes de sus titulares»¹².

El artículo 154, conforme a la redacción dada por la Ley 11/1981, preceptuó:

«Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad del padre y de la madre.

La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades:

1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
2. Representarlos y administrar sus bienes.

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

Los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos.»

La patria potestad se ejercerá, según se desprende de este artículo, en beneficio de los hijos idea que «preside e impregna el conjunto de la regulación actual del Código Civil¹³», de acuerdo con su personalidad, y han de ser oídos, sí tuvieren suficiente juicio de acuerdo con su edad y madurez, antes de adoptar decisiones que les afecten. Principio que quedó definitivamente consagrado en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil en su artículo 9¹⁴, «derecho a ser oído y escuchado», y que

¹² Díez- PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil, Vol. V, Derecho de familia y Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 285.

¹³ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 346.

¹⁴ Artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996: «1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que

posteriormente ha sido modificado por el artículo 1. 4 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Es entonces el último párrafo del artículo 154, en lugar del antiguo 155. 2º, el que recoge la facultad de corregir razonable y moderadamente a los hijos. Desaparece de nuestro ordenamiento la facultad de castigar, que en otro tiempo tenía el padre y en su defecto la madre. Se añade a la facultad de corregir que ésta sea razonable, junto a la moderación que ya estaba recogida en el precepto originario, y que considero que habrá que aplicarse conforme a los usos sociales, como señala CASTÁN VÁZQUEZ¹⁵: «La idea de moderación se acentúa hoy con la concepción moderna de la patria potestad y al haber disminuido la autoridad de los padres». Permanece, no obstante, el poder recabar el auxilio de la autoridad, puesto que «la intervención del Estado puede, a veces, ser conveniente o necesaria para la corrección del menor, y las legislaciones suelen atribuir a los padres el derecho de instarla¹⁶», aunque se suprime la detención establecida en la redacción originaria de los artículos 156 y 157, preceptos que, a mi parecer, eran ya inadecuados en aquel momento.

En el ejercicio del derecho a la educación que implica «procurarles, de acuerdo con su personalidad, una formación integral a fin de conseguir el pleno desarrollo de su personalidad»¹⁷, recogido en el artículo 154. 1º, los padres podrán corregir razonable y moderadamente a los hijos, quedando excluidas las medidas contrarias a la dignidad del menor tanto en el ámbito físico como moral, y «cualquier medida humillante por respeto a la personalidad del menor (cfr. arts. 10 y 27. 2 CE), así como, obviamente, cualquier otra que ponga en peligro su salud o integridad física o moral (cfr. arts. 15 CE y 420 y ss. y 582.2 CP)»¹⁸. Hay autores¹⁹, «que se muestran partidarios de aplicar en

conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias. [...]»

¹⁵ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral, T. Quinto, Vol. Segundo, Relaciones paterno-filiales y tutelares, op. cit.*, p. 311.

¹⁶ CASTÁN VÁZQUEZ, José María, *La patria potestad, op. cit.*, p. 231.

¹⁷ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derecho de Familia*, Sección de Publicaciones, de la Facultad de Derecho, UCM, Madrid, 1989, p. 521.

¹⁸ CLEMENTE MEORO, Mario Enrique, «Lección 25. Las relaciones paterno-filiales (II)», *Derecho de Familia*, LÓPEZ, A. M.; MONTÉS, V. L.; ROCA, E. y VALPUESTA, M^a. R. (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p. 466.

¹⁹ Entre otros, CASTÁN VÁZQUEZ, José María, que considera que la facultad de corregir «ha de ejercitarse siempre dentro de ciertos límites, pasados los cuales existirá abuso del derecho y podría el padre caer en la esfera del Código penal.»; «Comentario al artículo 154 del Código civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. III, Vol. 2º, op. cit.*, p. 1298.

estos casos la figura del *abuso del derecho* en el ejercicio de las facultades derivadas de la patria potestad»²⁰.

A CASTÁN VÁZQUEZ²¹ le parecía elogiable:

«el mantenimiento del derecho a corregir a los hijos, por necesario: en el ejercicio de la patria potestad se requiere poder contar con la posibilidad de corrección, y ello precisamente en beneficio del hijo y en línea con la concepción de la patria potestad como una función, ya que el educar puede exigir en algún caso el corregir».

Para LACRUZ y SANCHO²²:

«Esta facultad, correlativa al deber de educar, tiene también sus raíces en la moral; y en ella, como educación al fin educativo, junto a las concepciones usuales en una sociedad civilizada, debe buscarse el módulo de la moderación (cfr. la S. de 26 de noviembre de 1901); en general, puede afirmarse excesivo todo lo que ponga en peligro la salud y moralidad del hijo y lo que suponga privación de cosas necesarias».

En la misma línea señala RUBIO SAN ROMÁN²³ que:

«[...] el exceso o abuso de los padres en su facultad de corrección, será causa de suspensión o, incluso, de privación de la patria potestad y, además, provocará de oficio o a instancia de parte, la intervención del Juez para sacar al menor de esa situación y ponerle bajo la guardia y el cuidado de las personas o instituciones adecuadas.»

Por su parte, el artículo 155 del Código civil regula los deberes de los hijos, y su nº 1º mantiene: «Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre». Obligación la de obediencia que implicará «el cumplimiento por el hijo de las órdenes lícitas dadas por los padres en el ejercicio de sus facultades»²⁴, por lo que el «hijo no está obligado a obedecer en lo que suponga extralimitación de poder paterno»²⁵. Deber el de obediencia que permanece mientras se encuentren bajo la potestad de los padres, mientras que el de respeto se conserva durante toda la vida, consecuencia de la relación paterno-filial «de ahí que resulte exigible incluso una vez

²⁰ ALBACAR LÓPEZ, José Luis y MARTIN GRANIZO, Mariano, «Comentario al artículo 154 del Código civil», *Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia, T. I*, Trivium, Madrid, 1991, p. 979.

²¹ CASTÁN VÁZQUEZ, José María, «Comentario al artículo 154 del Código civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. III, Vol. 2º, op. cit.*, p. 1298.

²² LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco, *Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia, conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, op. cit.*, p. 745.

²³ RUBIO SAN ROMÁN, José Ignacio, «Comentario al artículo 154 del Código civil», *Comentarios al Código Civil, T. II, vol. 2º*, Coordinadores RAMS ALBESA, J. y MORENO FLOREZ, R. M^a., Edit. José María Bosch, Barcelona, 2000, p. 1485.

²⁴ CASTÁN VÁZQUEZ, José María, «Comentario al artículo 155 del Código civil», *Comentario del Código Civil, T. I*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 548.

²⁵ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco, *Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia, conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, op. cit.*, p. 745.

extinguida la patria potestad, normalmente por la salida del hogar paterno de los hijos, y que su falta grave de observancia resulte sancionada en el ámbito estrictamente familiar por diversas vías, como por ejemplo, la desheredación (art. 853. 2) o la negación de alimentos (art. 152. 4)»²⁶. Siendo estos deberes diferentes y de distinta intensidad, se suprime la reverencia, que había recogido el antiguo artículo 154 del Código civil en su redacción de 1889, ya desfasado en las últimas décadas del siglo XX.

La Ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, reguló por primera vez en España el matrimonio entre personas del mismo sexo. Pero, además, en esta misma Ley se sustituyó el párrafo primero del artículo 154 quedando su redacción: «Los hijos no emancipados están bajo la potestad de sus padres», en lugar del padre y de la madre. Cambio que, como señala la Exposición de Motivos de esta Ley se debe a que: «Asimismo, se ha procedido a una imprescindible adaptación terminológica de los distintos artículos del Código Civil que se refieren o traen causa del matrimonio, así como una serie de normas del mismo Código que contienen referencias explícitas al sexo de sus integrantes.»

No obstante, se mantuvo igual el resto del precepto, tal y como había sido redactado por el legislador de 1981, por lo que su último párrafo decía: «Los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir razonable y moderadamente a sus hijos.»

2. LA FACULTAD DE CORRECCIÓN A LOS PUPILOS EN EL CÓDIGO CIVIL

Desde la promulgación del Código civil se reguló en el antiguo artículo 263, ubicado en el Título IX del Libro Primero que llevaba como rúbrica «Del ejercicio de la tutela», que: «Los menores o incapacitados sujetos a tutela deben respeto y obediencia al tutor. Este podrá corregirlos moderadamente.»

Los pupilos debían respeto y obediencia al tutor, sin embargo y a diferencia de la patria potestad, el Código guardaba silencio respecto a su duración. A mi parecer, la obediencia se limitaba únicamente al tiempo que el menor o incapacitado estuviera sometido a tutela, y el respeto, a pesar de que se omite el adverbio «siempre», considero que ha de mantenerse durante la vida del tutor, como tributo al cargo que había desempeñado. En este sentido se pronunció GIL RODRÍGUEZ²⁷:

²⁶ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 351.

²⁷ GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, «Comentario al artículo 268 del Código civil», *Comentario del Código Civil, T. I*, Ministerio de Justicia, 1991, p. 789.

«La perpetuación de este deber de respeto que en modo alguno veja o crea dependencia al ex pupilo, exigiría identificar como causa la precedente relación cuasi familiar de la que aquel sería secuela. [...] debería conservarse tras la extinción de la tutela, pues no faltan supuestos de tutela a cargo de ascendientes (abuelos) que, por razón de filiación, no tienen garantizado dicho respeto [...].»

También, correspondía al tutor la facultad de poder corregir moderadamente a sus pupilos, tanto sí éstos eran menores de edad como incapacitados judicialmente. Sin embargo, carecía de la facultad de castigar moderadamente.

Facultad la de corregir que está estrechamente relacionada con el deber de educar, que preceptuaba el artículo 264 nº 1 del Código civil en su primera redacción: «El tutor está obligado: 1º. A alimentar y educar al menor o incapacitado con arreglo a su condición y con estricta sujeción a las disposiciones de sus padres, o a las que, en defecto de éstos, hubiera adoptado el consejo de familia.»

La Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela, modificó junto a ésta la incapacitación, al ser dos instituciones jurídicas íntimamente vinculadas entre sí. Tras esta Ley es el artículo 268 el que regula: «Los sujetos a tutela deben obediencia y respeto al tutor. Los tutores podrán, en el ejercicio de su cargo, recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir a los menores razonable y moderadamente».

Introduce el artículo 268 que el tutor, en el ejercicio de su cargo, pueda recabar el auxilio de la autoridad, que ya se había predicado respecto al titular de la patria potestad desde la publicación del Código civil. Entiendo que la autoridad a que se refiere este apartado no sólo es la judicial, sino también, la gubernativa, y añade GIL RODRÍGUEZ²⁸ que:

«En caso límite puede suscitarse en los supuestos de aparente/real desamparo que dan lugar a tutela automática y al consiguiente conflicto de facultades entre el tutor ordinario y la entidad pública. Los agentes de autoridad, si fueran requeridos para ello y supuesta su falta de competencia para dirimir el conflicto, habrán de prestar el auxilio judicialmente nombrado, y la entidad pública contendiente, en su caso, promover la suspensión/remoción de éste.»

Perduran en este precepto los deberes de obediencia y respeto de los pupilos, y mantiene que el tutor puede corregir a los menores de forma razonable, y añade moderadamente, facultad que se excluye para los incapacitados judicialmente. Como

²⁸ GIL RODRÍGUEZ, *Ídem*, p. 790.

consecuencia, la obligación de educar sólo le corresponde al tutor respecto de los menores, a tenor de la nueva redacción del artículo 269²⁹. Para GIL RODRÍGUEZ³⁰:

«En principio, la restricción puede explicarse bien porque es simple reproducción de lo previsto en sede de patria potestad (art. 154 IV). Bien porque la facultad se establece en sede pedagógica y la obligación correspondiente también se ciñe de manera expresa a la hipótesis de pupilo menor (art. 269. 2º). Pero, obedezca a una u otra causa –o a ambas-, no parece justificado excluir a cualesquiera incapacitados (ni de la tarea educativa, que, ciertamente, cabe orientar a la «inserción social» (art. 269. 3º), ni por ser instrumental) de toda corrección moderada o racional.»

3. SUPRESIÓN DE LA FACULTAD DE CORREGIR A LOS HIJOS Y PUPILOS POR LA LEY 54/2007, DE 28 DE DICIEMBRE, DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL

La Disposición final primera, dos, de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, ha dado una nueva redacción al artículo 154 del Código civil, pues parece que se ha tomado como práctica que el legislador, en disposiciones finales, reforme artículos del Código civil, y de otros Códigos tanto sustantivos como procesales.

«Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres.

La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica.

Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades:

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

2º. Representarlos y administrar sus bienes.

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

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

Y la misma Disposición, en su apartado cinco, modifica el artículo 268:

«Los tutores ejercerán su cargo de acuerdo con la personalidad de sus pupilos, respetando su integridad física y psicológica.

Cuando sea necesario para el ejercicio de la tutela podrán recabar el auxilio de la autoridad.»

Por consiguiente, se ha eliminado de estos preceptos la facultad que tenían los padres y tutores de corregir razonable y moderadamente a los hijos y pupilos en el ejercicio de

²⁹ Artículo 269 del Código civil: «El tutor está obligado a velar por el tutelado y, en especial:

1º. A procurarle alimentos.

2º. A educar al menor y a procurarle una formación integral.

3º. A promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad.

4º. A informar al Juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración.»

³⁰ GIL RODRÍGUEZ, *Ídem*, p. 790.

la patria potestad y tutela. La razón de ello se encuentra en la Exposición de Motivos de la Ley 54/2007, que en su apartado IV señala:

«Se completa la Ley con la modificación de determinados artículos del Código Civil. [...] Por otro lado, se aprovecha el evidente vínculo que une a la adopción con la protección de 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.»

Me parece excesivo que el legislador español suprimiera la facultad de corrección, porque pudiera vulnerar el artículo 19 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño³¹ que conforme a su apartado 1 dice:

«Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.»

En mi opinión, de la facultad de corregir razonable y moderadamente se desprende y debe entenderse advertir, amonestar, y reprender cuando su comportamiento no sea el adecuado y apropiado. No implica en ningún caso, ni bajo ningún concepto: perjuicio, abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos, explotación o incluso abuso sexual, como señala el artículo 19 de la Convención. Así YZQUIERDO³² señala que fue

«[...] una modificación que causó estupor cuando fue conocida, pero todavía más cuando se pudo leer cómo se trató de justificar en la Exposición de Motivos. [...] Pues bien, el legislador español ha entendido que cumplir con las exigencias de la Convención sobre los Derechos del Niño obligaba inexorablemente a que desapareciera la posibilidad que el Código civil venía concediendo de corregir moderada y razonablemente a los hijos. El dislate se explicaba muy bien en la fracasada enmienda nº 14 del Grupo Parlamentario

³¹ Aunque, bien es cierto, que: «Esta medida facilitó un mayor impulso a la adopción de medidas legales nacionales en defensa de la protección del niño. Y es así como países implementando la Convención, han ido legislando sobre la prohibición de los castigos corporales en ámbitos como el escolar, el familiar, el penal o el asistencial.» PICORNELL LUCAS, Antonia, RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín M^a, y AA. VV, «La dignidad del menor en el entorno familiar y la facultad de corrección de los progenitores», *Relaciones Paterno-Filiales*, vol. II, Congreso IDADFE 2001, Dir. LASARTE ÁLVAREZ, C. Coord. JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., Tecnos, Madrid, 2014, p. 117.

³² YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, «Comentario al artículo 154 del Código civil», *Código Civil Comentado*, vol. I, Directores CAÑIZARES, A. y AA. VV, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2016, pp. 790 y 791.

Vasco³³ (apoyada por CIU y PP, y en su sentido último, por la propia Fiscalía General del Estado).»

Confundir la facultad de corrección de forma razonable y moderada con abusos, trato negligente, malos tratos, etc., o intentar asimilarlas es de lo más absurdo y ridículo. Para mí la desaparición de esta facultad, que tenía el titular o titulares de la patria potestad, y que se había atenuado como consecuencia de la evolución que se ha producido en la patria potestad acorde a los cambios que se han originado en la sociedad ha sido un craso error del legislador producto de un exceso de celo. La moderación y racionabilidad deben analizarse de acuerdo con las normas de cultura imperantes y las reglas pedagógicas comunes. La facultad de corregir razonable y moderadamente a los hijos que ostentaban los padres es necesaria y complementaria del deber de educación y formación integral que les corresponde. No olvidemos que a la facultad de corregir se añadía que ésta había de ser razonable y moderada, lo que desechaba conductas excesivas o intolerables por parte de los padres. «En el ejercicio de su autoridad los padres deben tener en cuenta la personalidad del hijo, sus necesidades e inclinaciones en cada una de las fases de su desarrollo. El deber de educación comprende el respeto a la autonomía del menor»³⁴.

³³ Enmienda núm. 14. Firmante: Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV). De modificación. «Se propone la modificación del apartado cinco de la disposición final primera del proyecto, por la que se modifica el artículo 154, al objeto de mantener la actual redacción respecto a la capacidad de los padres de corregir razonable y moderadamente a los hijos, resultando del siguiente tenor literal:

«Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres.

La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica. Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades: 1º. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2º. Representarlos y administrar sus bienes.

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

Los padres podrán, en el ejercicio de su potestad, recabar el auxilio de la Autoridad. Podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos.»

JUSTIFICACIÓN. «Creemos que los padres tienen la obligación de educar y socializar a sus hijos y para cumplir dicha obligación es necesario que puedan corregirlos. Por ello, la supresión del inciso que pretende el proyecto puede ser objeto de malinterpretaciones en el sentido de que ya ni siquiera es tolerable tal corrección. Estamos de acuerdo, con tanto con las interpretaciones realizadas al respecto por la Fiscalía General del Estado.»

VIII Legislatura (2004-2008). Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso. 12 de noviembre de 2007 – Serie A. NÚM. 143-11. Págs. 38 y 39.

³⁴ DARRIBA FRAGA, Guillermo, «El derecho de corrección de los padres sobre sus hijos», *Revista Digital Facultad Derecho* (2012), UNED, Nº 5, p. 34.

Como considera la SAP de Cádiz de 20 de marzo de 2013³⁵, en su Fundamento de Derecho noveno, recogido íntegramente por la STS (2ª) 14/2020, de 8 de enero³⁶, en su Fundamento de Derecho cuarto:

«[...] La finalidad del ejercicio del derecho de corrección deberá estar siempre orientada al propio interés del menor desde el punto de vista de su educación o formación personal. De manera que el término de «corrección» ha de ser asumido como sinónimo de educación, con referencia a las connotaciones que conforman de forma intrínseca cada proceso educativo, no pudiéndose considerar como tal el uso de la violencia para fines educativos, por un lado, por la primacía que el ordenamiento jurídico atribuye a la dignidad de la persona, incluido el menor, que es sujeto y titular de derechos. Por otro, porque no se puede perseguir como meta educativa un resultado de desarrollo armónico de la personalidad, sensible a los valores de paz, tolerancia, convivencia utilizando un medio violento que contradice dichos principios.»

En realidad, creo que la facultad regulada en el artículo 154 del Código civil y lo preceptuado en el artículo 19 de la Convención no son situaciones iguales ni equiparables. Ni siquiera, se puede identificar lo regulado en el artículo 19 de la Convención con la facultad que tenían en tiempos pasados, el padre y en su defecto la madre, de castigar a sus hijos, que, como ya se ha señalado, quedó suprimida en nuestro Código civil como consecuencia de la Ley 11/1981, de 13 de mayo. En este sentido la STS (2ª) 578/2014, de 10 de julio³⁷ que en su Fundamento de Derecho undécimo considera:

«[...] 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 los Derechos del Niño. En su redacción anterior el art. 154 del Código civil especificaba que la facultad de corrección de los padres respecto de sus hijos sometidos a su patria potestad *«debe 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 represión ante una eventual desobediencia del menor nunca puede justificar el uso de la violencia que

³⁵ ARP 2013/781.

³⁶ JUR 2020/16864. Nº de recurso: 879/2018. Nº de resolución: 654/2019. Ponente: J. R. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE.

³⁷ RJ 2014/3793. Nº de recurso: 10952/2013. Ponente: Ana María FERRER GARCÍA. Fundamento de Derecho undécimo: «[...] El acusado ha sido acusado de dos delitos continuados de abuso sexual respecto a sus dos hijas. Quien, como él, transforma las relaciones paterno-filiales en relaciones de abuso y dominio, no está legitimado para pretender ejercitar ningún derecho de corrección, que solo cabe proyectado a la formación integral de las menores.»

el acusado ejerció, ni admite, bajo ninguna óptica, considerar esta actuación orientada a su beneficio.»

Sin embargo, en el artículo 154, se mantiene que los padres puedan recabar el auxilio de la autoridad, sin decir cual, en el ejercicio de su potestad. Potestad que se otorga a éstos desde la promulgación del Código civil, y que en su redacción originaria apuntaba expresamente a la autoridad gubernativa. Me llama la atención, y hasta me causa perplejidad que se les prive a los padres de la facultad de corregir razonable y moderadamente a los hijos, y sin embargo sí puedan acudir a la autoridad, medida a mi parecer más extrema, y sea ésta la que pueda ejercitar unas funciones de las que se han despojado a los padres. Así, sí los hijos menores no emancipados no obedecen a sus padres, en principio éstos no les pueden corregir, pero sí acudir a la autoridad para que desempeñe esta función, esto es para que «tome cartas en el asunto». En este sentido, también, se manifiesta LASARTE³⁸:

«Por si alguna duda hubiera, en el encabezamiento del artículo se afirma no solo que «la patria potestad se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad», sino que deberá ejercitarse «con respeto a su integridad física y mental». Es decir, que la moderada facultad de corrección, tradicional en la materia, debe considerarse atentatoria contra la integridad física y psicológica de los menores de edad *in potestate*. En consecuencia, excluido el *cachete* o la *guantada*, si un menor no obedece sistemáticamente a sus mayores [...] el recurso que deben de poner en marcha sus progenitores o tutores es impetrar el auxilio de la autoridad, es decir, llamar a la policía para que resuelva los pequeños conflictos domésticos [...] de una manera razonable. ¿Y eficiente, preguntamos? ¡Cosas veredes! ... lo que no está claro es si el recurso a una autoridad externa no disminuye la propia autoridad de los padres para el futuro».

Por su parte, POUS DE LA FLOR afirma:

«No podemos descartar –en palabras de³⁹ –que dejar al auxilio de la autoridad la responsabilidad de atender conductas que corresponden claramente a una mera corrección filial podría implicar que los padres se vieran privados de la patria potestad. Por tanto, sería la propia Administración la que asumiría la responsabilidad de establecer medidas de atención para estos menores a través de los servicios sociales, con la razonable duda de si este sistema garantiza el interés del menor.»

Además, el párrafo segundo del artículo 154 incorporó tras la Ley 11/1981, que la patria potestad se ejercerá en beneficio de los hijos, y de acuerdo con su personalidad, al que se ha añadido «con respeto a su integridad física y psicológica» por la Ley 54/2007. Así, los padres no pueden actuar arbitrariamente en el ejercicio de la

³⁸ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 353 y 354.

³⁹ POUS DE LA FLOR, M^a Paz, «La controvertida eliminación de la facultad de corrección de los progenitores», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2014), N^o 743, p. 1390.

potestad que tienen sobre los hijos menores no emancipados o a los que se les haya modificado su capacidad de obrar, si no que por el contrario su actuación ha de ser en todo momento en beneficio de éstos y de acuerdo con su personalidad. Igualmente, la exigencia establecida de que la patria potestad sea ejercida con respeto a la integridad física y psicológica excluye cualquier maltrato físico o psicológico que pueda infligirse al menor o incapaz. En este sentido ya se pronunció la SAP de Castellón de 11 de marzo de 2009⁴⁰, cuando señala que:

«[...] la facultad de corrección (ejercida de forma razonable y moderada) es inherente al ejercicio de las funciones propias de la patria potestad, y que los límites de la misma vienen dados por el respeto de la integridad física y psicológica del menor.»

Por ello, creo que no era necesario borrar de nuestro Código civil la facultad de corregir razonable y moderadamente, pues de haberse mantenido se tendría que haber llevado a cabo en consonancia con lo predicado en el párrafo segundo del artículo 154 del Código civil. Además, el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño al igual que toda ella es derecho interno en nuestro país, ya que España la ratificó el 30 de noviembre de 1990, se publicó en el BOE de 31 de diciembre de 1990, y entró en vigor el 5 de enero de 1991. De igual parecer es DÍAZ GARCÍA⁴¹, para quien:

«esta supresión resulta un tanto absurda, ilógica e innecesaria. La corrección *moderada* que los progenitores pudieran ejercitar se encontraba ya lo suficientemente delimitada como para no temer que se pudieran refutar lícitas las actuaciones que pudieran vulnerar los derechos fundamentales del hijo, puesto que, en su ejercicio, los progenitores han de respetarlos. No obstante, entiendo que esa *corrección*, por las razones vistas, forma parte del derecho-deber de los progenitores de educar a sus hijos cuyo ejercicio también está sujeto a idénticos límites.»

No obstante, creo que los padres siguen ostentando la facultad de corregir razonable y moderadamente a sus hijos, facultad que está supeditada a la proporcionalidad, razonabilidad y moderación⁴², puesto que tienen el deber de velar, educar y procurarles una formación integral, y a éstos les corresponde obedecerles mientras permanezcan bajo su potestad. De forma expresa se ha eliminado esta facultad del Código civil, sin embargo, persiste de forma tácita e implícita en la obligación que tienen los progenitores de educar a sus hijos menores no emancipados, y en el deber de los hijos, mientras estén bajo la potestad de los padres de obedecerles. No parece

⁴⁰ JUR 2009/225171.

⁴¹ DÍAZ GARCÍA, Helena, «Comentario al artículo 154 del Código civil», *Comentarios al Código Civil, T. II*, BERCOVITZ, R., Tirant lo Blanch., Valencia, 2013, p. 1580.

⁴² La STS (2ª) 14/2020, de 8 de enero, secc.1, en su Fundamento de Derecho cuarto señala que: «[...] Debe descartarse como línea de principio que ese mencionado derecho a corregir a los hijos implique siempre que pueda golpearlos y aplicarles castigos físicos.»

muy acertado que los padres tengan estas obligaciones para con sus hijos, y, como he señalado, se les haya despojado de la facultad de corregirles razonable y moderadamente, cuando también son responsables de los actos realizados por éstos, tanto desde el punto de vista civil⁴³ como penal⁴⁴. En este sentido, también, se pronuncian ALGARRA PRATS y BARCELO DOMENECH⁴⁵:

«El derecho de corrección de los padres ha estado ligado siempre a la educación de los hijos menores sujetos a patria potestad; que haya cambiado el modo de entender su ejercicio y su contenido no significa que deba desaparecer, pues los progenitores siguen teniendo el derecho- deber de educar a sus hijos y de proporcionarles una formación integral, y en esa tarea, es inevitable y necesaria la corrección. Cuestión distinta es cuál deba ser su contenido y límites».

Y como considera el Fundamento de Derecho quinto de la STS 14/2020, de 8 de enero⁴⁶:

«[...] 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.»

Respecto a la tutela, el artículo 268 tras la Ley 54/2007, además de suprimir la facultad de corrección, introduce que los tutores ejercerán su cargo teniendo en cuenta la personalidad de sus pupilos, como ya se había hecho en las relaciones paterno-filiales en el año 1981. Incorpora que han de respetar su integridad física y psicológica y, sin embargo, excluye el deber de los pupilos de obediencia y respeto a sus tutores, que sí que perduran en la patria potestad. El que se haya prescindido de la formulación de tales deberes en sede de tutela para PARRA LUCÁN⁴⁷ se debe a que: «destacaba un contenido autoritario especialmente impropio para los mayores incapacitados». Y yo

⁴³ Artículo 1903 párrafo 2º del Código civil: «Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.»

⁴⁴ Artículo 61. 3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: «Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos.»

⁴⁵ ALGARRA PRATS, Esther y BARCELO DOMENECH, Javier, «Libertad de los hijos en la familia: Deberes de los hijos y Derecho de Corrección de los padres. Situación en el Derecho español», *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (2016), núm. 4, p.66.

⁴⁶ JUR 2020/16864. Roj: 14/2020. Nº de recurso: 879/2018. Nº de resolución: 654/2019. Ponente: J. R. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE.

⁴⁷ PARRA LUCÁN, María Ángeles, «Instituciones de guarda (1). La tutela», en AA. VV, *Tratado de Derecho de Familia, vol. VI, Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2017, p. 374.

me pregunto, ¿y por qué también se ha suprimido para el caso de tutela de los menores? La desaparición de las obligaciones de obedecer y respetar, que junto a la eliminación de la facultad de corregir moderadamente a los menores que ostentaba el tutor, puede dar lugar que a éste le resulte una ardua tarea poder cumplir con la obligación de educar y procurar una formación integral a los menores, que regula el artículo 269 del Código civil. Sin embargo, el tutor sí que es responsable de los actos realizados por su pupilo, tanto en la esfera civil⁴⁸ como penal⁴⁹. Por ello, suscribo que:

«El deber de respeto y de obediencia que incumbía al tutelado frente al tutor en la redacción originaria del Código civil y, con matices diferentes, después de la reforma de 1983, con independencia de que el pupilo fuera menor o incapacitado, se explicaba por la doctrina, no tanto como manifestación del contenido autoritario de la tutela, sino más bien como manifestación de la colaboración del pupilo con el tutor en el cumplimiento de los deberes que correspondía a este último en beneficio del primero. Se advertía, de forma paralela, que para el incapacitado la norma podía resultar estéril si por su estado mental no era responsable de sus actos⁵⁰.»

En síntesis, considero que la eliminación de nuestro Código civil de la facultad que tenía el titular de la patria potestad y el tutor de corregir razonable y moderadamente a los hijos menores y pupilos me parece un dislate del legislador. Difícil de argumentar y de fundamentar en el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño, máxime habiéndose incorporado que hay que respetar su integridad física y psicológica. Además, el Comité de Derechos del Niño sólo mostraba una preocupación por la posibilidad de que se contraviniera el artículo 19, como queda reflejado en la Exposición de Motivos de la Ley 54/2007.

4. EL ARTÍCULO 154 DEL CÓDIGO CIVIL TRAS LA LEY 26/2015, DE 28 DE JULIO, DE MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA

La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en su artículo segundo que lleva por rúbrica «modificación del Código civil», ha dado una nueva redacción al artículo 154:

«Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.

⁴⁸ Artículo 1903 párrafo 3º del Código civil: «Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.»

⁴⁹ Artículo 61. 3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad civil: «Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos.»

⁵⁰ DÍAZ GARCÍA, «Comentario al artículo 154 del Código civil», *op. cit.*, p. 2391.

La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

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

2º. Representarlos y administrar sus bienes.

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

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad.»

La patria potestad, así se desprende del segundo párrafo del artículo 154, ha de entenderse como responsabilidad parental, concepto novedoso en nuestro Código, y ello se debe al trabajo y justificación que emanó de la *Comisión Especial de Estudio de la Problemática de la Adopción Nacional y otros temas afines*, que se constituyó en el Senado el 9 de diciembre de 2008⁵¹. En realidad, la responsabilidad parental es el término que ha venido a sustituir al concepto de patria potestad, siendo su contenido similar. Término que, también, se utiliza en los Convenios Internacionales, así como en los Reglamentos de la Unión Europea.

En el párrafo segundo del artículo 154, se ha modificado el que la patria potestad «se ejercerá siempre en interés de los hijos», en lugar de «en beneficio de los hijos» que se había regulado por vez primera en nuestro Código a raíz de la Ley 11/1981. Desde mi punto de vista el significado y el fin es el mismo, con el interés parece aludirse al interés del menor, «que debe presidir el análisis y oportunidad de la medida, de acuerdo con el fin perseguido por ésta»⁵². El ejercicio de la patria potestad se ejercerá «de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental». Redacción que es prácticamente idéntica a la dada por la Ley 54/2007.

⁵¹ Señala DÍAZ GARCÍA «no faltaron quienes postularon la conveniencia de que se procediese a ofrecer un nuevo entendimiento legal de la patria potestad con el fin de poner más el acento en los deberes de los progenitores respecto de sus hijos que en sus derechos. Asimismo, se vislumbraba la necesidad de detallar el haz o el abanico de las funciones parentales, lo que había de permitir la adopción de medidas más matizadas en cuanto al ejercicio de cada una de ellas. Igualmente, no faltó quien apostó porque el concepto de patria potestad regulado en el Código Civil fuera reinterpretado a la luz del principio de primacía del interés del menor, por lo que, en esta concepción, la referencia descriptiva más adecuada y actualizada a las funciones y derechos que corresponden a los padres sobre sus hijos sería la de *responsabilidad parental*, pues dicho término resultaba más acorde con la concepción de los niños y adolescentes como titulares de derechos. [...] Las recomendaciones de aquella Comisión Especial del Senado finalmente han sido acogidas de un modo parcial por el legislador a través no solo de una nueva redacción de este art. 154 por medio de la Ley 26/2015, que, como se ha dicho, ha incluido el concepto de *responsabilidad parental* en el ámbito delimitado de la patria potestad [...]; «Comentario al artículo 154 del Código civil», *Las modificaciones al Código civil del año 2015*, Director BERCOVITZ, R., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 376 y 377.

⁵² STS (2ª) 14/2020, de 8 de enero (JUR 2020/16864) en su Fundamento de Derecho cuarto.

El último párrafo cambia progenitores por padres, término que como se ha señalado comenzó a utilizarse tras la Ley 13/2005, de 1 de julio, que podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad. Y no recoge lo que era previsible, la facultad de corregir razonable y moderadamente a los hijos menores no emancipados, por lo que «se ha esfumado» para siempre de nuestro Código, o por lo menos por el momento. Aunque, como ya he señalado, implícitamente está aparejada a la obligación de educar a los hijos, pues es muy difícil intentar educar sin que sea posible corregir.

Por lo que, la facultad de corregir parece que quedaría reducida a censurar el comportamiento de los hijos, y ya rizando el rizo no podría alguien decir que va contra la integridad psicológica de los hijos. Esto nos puede conducir, en ocasiones, a un despropósito, y sin contar que en ocasiones son los hijos los que emplean la fuerza con sus padres.

5. LA FACULTAD DE CORREGIR EN LOS DERECHOS FORALES O ESPECIALES

La facultad de corrección de forma razonable y moderada que se ha suprimido a los padres en el Código civil español no ha seguido el mismo curso en todos los Derechos forales o especiales.

En Navarra se reguló por vez primera en su Compilación de 1973, y se ha mantenido en la de 2019. Sin embargo, Cataluña y Aragón que no lo recogieron en sus Compilaciones de 1960 y 1967, respectivamente, sí que lo han regulado en leyes posteriores. Por el contrario, en las Comunidades Autónomas de Galicia, País Vasco e Islas Baleares nunca se ha regulado en sus Derechos civiles especiales.

La Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación de Derecho civil de Navarra o Fuero Nuevo de Navarra, regulaba en su Ley 63⁵³ los deberes y facultes que se derivan de la patria potestad, y recogía la facultad de corregir en su apartado 1. Al igual que la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra o Fuero de Navarra, regula en la Ley 65 los deberes y facultades de la responsabilidad parental y en su apartado 3 dispone:

«Enmendar⁵⁴ razonable y moderadamente las conductas de los hijos con pleno respeto a su dignidad y en aras a su debida formación.»

⁵³ La Ley 63 disponía: «1: Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, corregir razonable y moderadamente y procurar su debida formación.»

⁵⁴Esta Ley habla de enmendar en lugar de corregir, que es lo mismo, y así se recoge en el Diccionario de la Lengua Española de la RAE en su primera acepción.

En Cataluña se reguló por primera vez en la Ley 12/1996, de 29 de julio, de la potestad del padre y de la madre en su artículo 13.⁵⁵ Posteriormente, se mantuvo la misma redacción en la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia en el artículo 143.⁵⁶ cuya rúbrica era de los deberes del padre y de la madre. Y, actualmente, en la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código civil de Cataluña relativo a la persona y a la familia, que en su artículo 236-17, preceptúa:

«4. Los progenitores pueden corregir a los hijos en potestad de forma proporcionada, razonable y moderada, con pleno respeto a su dignidad [...].

6. Los progenitores pueden solicitar excepcionalmente la asistencia e intervención de los poderes públicos a los efectos de lo establecido en los apartados 3, 4 y 5.»

En Aragón, fue el artículo 62. 1 d) de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona⁵⁷. Actualmente está regulado en el artículo 65. 1. d) del Código de Derecho civil de Aragón (aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo del Gobierno de Aragón), que regula:

«El padre y la madre pueden corregir a los hijos en potestad de forma proporcionada, razonable y moderada, con pleno respeto por su dignidad y sin imponerle nunca sanciones humillantes ni que atenten contra sus derechos.»

Respecto a la tutela, el Fuero Nuevo de Navarra no contiene ningún precepto, ni antes ni en el momento actual, que recoja esta facultad en la tutela.

En Cataluña, es el artículo 222-36 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, el que regula las relaciones entre tutores y tutelados, y sus dos primeros apartados preceptúan:

«1. El tutor debe tratar al tutelado con consideración y ambos deben respetarse mutuamente.

⁵⁵ Artículo 13. 3 preceptuaba: «El padre y la madre pueden corregir al hijo en potestad de forma proporcionada, razonable y moderada, con pleno respeto a su dignidad y sin imponerle nunca sanciones humillantes o que atenten contra sus derechos. Con este objeto, pueden solicitar excepcionalmente la asistencia e intervención de los poderes públicos.»

⁵⁶ El artículo 143. 3 del Código de familia regulaba: «El padre y la madre pueden corregir a los hijos en potestad de forma proporcionada, razonable y moderada, con pleno respeto por su dignidad y sin imponerles nunca sanciones humillantes ni que atenten contra sus derechos. Al objeto, pueden solicitar excepcionalmente la asistencia e intervención de los poderes públicos.»

⁵⁷ El artículo 62 establecía: «1. La crianza y educación de los hijos comprende para quienes ejercen la autoridad familiar los siguientes deberes y derechos:

d) Corregirles de forma proporcionada, razonable y moderada, con pleno respeto a su dignidad y sin imponerles nunca sanciones humillantes, ni que atenten contra sus derechos.

2. Para el cumplimiento de sus deberes y el ejercicio de sus derechos, los titulares de la autoridad familiar pueden solicitar la asistencia e intervención de los poderes públicos.»

2. El tutelado, si es menor de edad, debe de obedecer al tutor, que, con finalidad educativa, puede corregirlo de forma proporcionada, razonable y moderada, con pleno respeto a su dignidad e integridad física y psíquica.»

Precepto que no solo mantiene la facultad de corrección para el tutor, sino que también conserva la obligación que tiene el pupilo de obedecer, que ya no recoge el Código civil desde la Ley 54/2007.

El Código de Derecho civil de Aragón guarda silencio, sin embargo, el artículo 136 cuya rúbrica versa sobre el contenido personal de la tutela, señala:

«1. Las funciones del tutor del menor dependen de la edad de este y tienen en cada etapa de su evolución el mismo contenido que la autoridad familiar de los padres, con las modificaciones previstas en este Título.

2. Las funciones del tutor del incapacitado serán las que señale la sentencia de incapacitación. En su defecto, se considerará que tienen el mismo contenido que la autoridad familiar sobre los hijos menores de catorce años, con las modificaciones previstas en este Título.»

No obstante, creo que a los tutores si les compete esta facultad, para ello me baso en que este precepto dice que las funciones del tutor tienen el mismo contenido que la autoridad familiar de los padres, y que como hemos visto, ostentan esta facultad.

En estas Comunidades Autónomas, con Derecho civil propio, subsiste la facultad de enmendar o corregir que tienen los padres sobre los hijos que se encuentran bajo su patria potestad, que como hemos visto es lo mismo, y en relación con el tutor sólo se recoge de forma expresa en Cataluña. Todas sus leyes, excepto la primera Compilación de Derecho civil Foral de Navarra que data de 1973, han sido posteriores a la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 30 de noviembre de 1989 y parece «que no se han percatado» que pudieran infringir su artículo 19. En estas disposiciones la facultad de corrección ha de ser razonable y moderada, al igual que se preceptuaba en el Código civil, que añadía en beneficio de los hijos y de acuerdo con su personalidad. Las leyes forales dicen con pleno respeto a su dignidad y la ley aragonesa agrega «sin imponerle nunca sanciones humillantes ni que atenten contra sus derechos.»

Me parece más acertada la regulación que se da y mantiene en estos Derechos civiles autonómicos que en el Código civil español. Así, en una parte de España donde rige el Código civil no se regula de forma expresa la facultad de corrección, mientras que en Navarra, Cataluña y Aragón perdura. «Habremos de colegir – en palabras de DARRIBA FRAGA⁵⁸- que no en todo el Estado rigen los mismos derechos que integran el contenido de la patria potestad o responsabilidad parental». Señalan ALGARRA PRATS y BARCELO

⁵⁸ DARRIBA FRAGA, Guillermo, «El derecho de corrección de los padres sobre sus hijos», *op. cit.*, p. 21.

DOMENECH⁵⁹ que: esto puede generar «un problema de interpretación sobre si existe o no actualmente en el Derecho español un derecho de corrección de los padres respecto a los hijos menores sometidos a patria potestad, así como cuál es el contenido y límites de ese *ius corrigendi*». Para POUS DE LA FLOR⁶⁰, posición que no comparto: «esta subrayada pervivencia de la facultad de corrección, obvia claramente cualquier mandato internacional y traspasa las reglas de carácter estatal.»

6. SITUACIONES QUE PODRÍAN DERIVARSE DE LA ELIMINACIÓN DE LA FACULTAD DE CORRECCIÓN

En las relaciones paterno-filiales, ya desde hace tiempo, se están apreciando dos tipos de problemas de importante consideración, qué podrían tener alguna vinculación con la supresión de la facultad de corregir razonable y moderadamente a los hijos sometidos a patria potestad que correspondía a los padres.

Por un lado, se están incrementando las situaciones de violencia filio parental. La violencia de los hijos a los padres es el delito que más se ha disparado en la última década.

«En 2007-2008 los hijos maltratadores representaban el 2 o 3 por ciento del total de menores detenidos, en 2018 son más del 15 por ciento. No se ha tocado el techo de la violencia parental. La solución a los hijos maltratadores no es fácil. No hay un prototipo de hijo adolescente maltratador. Antes casi todos eran de familias desestructuradas con problemas de drogadicción o alcohol, sin figura paterna [...] Hoy tenemos casos en cualquier clase social, chicos que lo tienen todo, pero a los que no se ha puesto límite. Esto no ocurre de un día para otro. Empiezan por desobedecer a una edad muy temprana, luego cuestionan las soluciones y discuten todo; si no se corta el siguiente paso son los insultos y romper los enseres de la casa y de ahí terminan con los zarandeos o mandando a la madre al hospital. Son tiranos entre las paredes de la casa⁶¹». Ello ha originado que algunos padres denuncien a sus hijos, aunque la mayoría de las víctimas se abstienen de hacerlo.

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, señala en el apartado II de su Preámbulo:

«[...] La sociedad española ha sufrido un proceso de cambios acelerados en los últimos años que ha tenido su manifestación en la aparición de un nuevo perfil de los usuarios de los servicios sociales y de los servicios de protección a la infancia y a las familias.

Es el caso de los menores que ingresan en los centros de protección, en un número cada vez más elevado, a petición de sus propias familias, ante situaciones muy conflictivas derivadas de problemas de comportamiento agresivo, inadaptación familiar, situaciones de violencia filio-parental y graves dificultades para ejercer la responsabilidad parental. Su situación

⁵⁹ALGARRA PRATS, Esther y BARCELO DOMENECH, Javier, «Libertad de los hijos en la familia: Deberes de los hijos y Derecho de Corrección de los padres. Situación en el Derecho español», *op. cit.*, p. 61.

⁶⁰POUS DE LA FLOR, M^a Paz, «La controvertida eliminación de la facultad de corrección de los progenitores», *op. cit.*, p. 1390.

⁶¹MORCILLO, Cruz, *Diario ABC*, 26 de mayo de 2019, p. 33.

psicológica y social demanda soluciones diferentes a las que ofrecen los centros de protección ordinarios o sus familias y requieren de un ingreso en centros especializados, previo informe sobre su situación social y sobre su estado psíquico». Son los artículos 25 y 26 los que regulan el acogimiento residencial y el ingreso en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta.

La Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2018 en el apartado: violencia doméstica hacia ascendientes y hermanos, señala que:

«El número de procedimientos incoados por esta modalidad delictiva vuelve a ascender [...] en el año 2017 su cifra se sitúa en 4.665. No es un aumento excesivo, pero si revelador, pues las cifras, si se observan en el conjunto de la década, son muy altas y no hay indicadores que permitan aventurar, a corto plazo, una solución al problema de la violencia filio parental. Permanece consolidada esta modalidad delictiva como un mal endémico de la sociedad, consecuencia de una crisis profunda de las pautas educativas y de los roles paternofiliales. [...] Frente a esta realidad las Secciones de Menores no sólo continúan trabajando, sino que está contrastado que estos delitos son los que más dificultades presentan, por lo que más medidas cautelares se solicitan y más detenidos pasan a disposición del Fiscal [...]»⁶².

También, recoge esta situación la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2019⁶³ cuyos procedimientos incoados por esta modalidad delictiva vuelven a aumentar, y en el año 2018 se contabilizaron 4.833⁶⁴.

Por otro lado, nos encontramos con bastantes resoluciones judiciales penales, sobre todo en la jurisprudencia menor, tanto con anterioridad como con posterioridad a la Ley 54/2007, en las que se dilucida si uno de los padres ha incurrido en algún supuesto de los tipificados en el artículo 153 del Código penal⁶⁵, debido a que han pegado a sus

⁶² Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 2018, pp. 677 y 678.

⁶³ Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 2019, apartado 6 (Menores), 6. 2. 2. 4 Violencia doméstica hacia ascendientes y hermanos.

⁶⁴ «Las cifras que se observan a lo largo de la década son muy altas y, como decíamos hace un año, no se vislumbran soluciones a corto plazo para reducir esta modalidad criminal. Datos como el de Madrid, que cifra en un 10% los hechos de esta índole cometidos por menores de edad inferior a 14 años tampoco invitan al optimismo. Nos remitimos a las reflexiones de años anteriores respecto a este mal que permanece enquistado en el tejido social y que, paradójicamente, no ha tenido la misma repercusión mediática que sí han merecido otras vertientes de la delincuencia juvenil, como el acoso escolar. Los esfuerzos desplegados por las Fiscalías y los recursos destinados, al menos, ofrecen respuesta concreta a estas infracciones cuando se denuncian.»

⁶⁵ El artículo 153 del Código Penal preceptúa: «1. El 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 artículo 147, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad

hijos, dado un cachete, azote, o les han inferido algún maltrato. La cuestión queda reducida, en la mayoría de los supuestos, a determinar si los hechos declarados y probados en la sentencia implican o no un exceso de la facultad de corregir razonable y moderadamente a los hijos. Esto es, si existe un derecho de corrección de los padres a los hijos que legitime el uso de la violencia física y si el acusado se extralimitó en el ejercicio de ese derecho deber de educación del menor de dar a su hijo una bofetada en el curso de una discusión verbal. Como considera la SAP de Tarragona (2ª) de 22 de marzo de 2012⁶⁶:

«[...] El legislador, depositario de la voluntad y soberanía del pueblo, ha tipificado en el artículo 153 del C. Penal el delito de violencia doméstica que se castiga con las penas que contiene en los distintos apartados [...] Por tanto, debemos de indicar que de entrada y desde una perspectiva general el simple hecho de golpear a un niño ya incardina la conducta del

necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173. 2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.

3. Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

4. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.»

El artículo 173. 2 del Código penal regula: «2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia, o sobre descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia o porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo encuentre adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

En los supuestos a que refiere este apartado, podrá además imponerse una medida de libertad vigilada.»

⁶⁶ ARP 2012/388. Recurso 1196/2011. Ponente. Á. MARTÍNEZ SÁEZ.

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 artículo 173. 2 del Código, entre las que se encuentran los descendientes del agresor. [...] Podrán también corregir razonable y moderadamente a sus hijos, la reforma realizada en ámbito civil, poco o nada ha supuesto en el ámbito penal, puesto que dado que parece indudable que la facultad de corrección (ejercida de forma razonable y moderada) es inherente al ejercicio de las funciones propias de la patria potestad, y que los límites de la misma, vienen dados por el total respeto de la integridad física y psicológica del menor. Límites que en gran medida ya son realmente inherentes a las exigencias generales de razonabilidad, moderación y proporcionalidad de la facultad correctiva.»

Durante más de un siglo, los Códigos penales, con excepción del de 1848, contemplaban una cláusula de favor respecto al padre en los supuestos de lesiones producidas a sus hijos por excederse en el ejercicio de la facultad de corrección: bien como eximente de la responsabilidad (CP 1822, art. 658, en el que se reconocía la facultad de corrección como eximente de las lesiones que no dejaran lisiado al hijo), bien como efecto atenuante sobre la responsabilidad (CP 1870, art. 431. 4º; 1932, art. 423. 4º; 1944, art. 420. 4º). Ello se traducía en que no se les aplicaba a los padres la cualificación prevista de las lesiones graves, cuando los sujetos pasivos fueran los ascendientes, descendientes o cónyuges. Esta cláusula fue suprimida en el Código Penal, por la Ley Orgánica 8/1983, de 21 de junio y se tipificó en su artículo 583. 2º como falta agravada el maltrato de palabra o de obra al cónyuge o a los hijos menores. La Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio tipificó como delito la violencia doméstica⁶⁷ habitual y con cualquier fin, incluyendo el correccional, en el artículo 425. La modificación más importante tuvo lugar por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, pues todo maltrato de obra de los padres a los hijos deja de ser una falta y pasa a ser delito en el nuevo artículo 153, aun sin causar lesión; mientras que el maltrato habitual se recoge en el artículo 173. 2, lo que influye directamente en la facultad de corregir razonable y moderadamente. Y la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre aumenta las penas de alejamiento en los casos de maltrato⁶⁸. El artículo 153. 1 del Código Penal, ha sido reformado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo de 2015, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal. Actualmente, la pena del maltrato doméstico ocasional incluye: la prisión de seis meses a un año, o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, la prohibición de aproximación a la víctima, inhabilitación para el ejercicio de la

⁶⁷ Vid. SERRANO TÁRRAGA, M^a Dolores, «El derecho de corrección de los padres sobre sus hijos y el delito de violencia doméstica», *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, Jornadas Internacionales sobre las reformas del Derecho de familia, Madrid, 27-29 junio, 2005, Dir. LASARTE, C., Idadfe, Uned- El Derecho, Madrid 2006, pp. 641-647.

⁶⁸ Vid. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, «¿Queda algo del Derecho de corrección de los padres a los hijos en el ámbito penal?», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (2011), 3ª época, nº 5, UNED, pp. 58-62.

patria potestad o tutela hasta cinco años, lo que conlleva la ruptura obligada de la convivencia familiar.

La eliminación de la facultad de corregir razonable y moderadamente a los hijos del Código civil, así como las modificaciones del Código penal, ha dado lugar según BOLDOVA PASAMAR⁶⁹ a que: «[...] el respeto debido a la integridad física y psicológica de los hijos exigido por el Código civil es incompatible con el empleo de violencia hacia los mismos, incluso aunque dicha violencia tenga una finalidad correctora.»

Creo que hay que diferenciar y examinar cada caso concreto, y saber distinguir entre una corrección⁷⁰ razonable y moderada a los hijos que no implica malos tratos físicos o psíquicos, ni son castigos corporales, humillaciones, vejaciones, o abusos, frente a la violencia o malos tratos. Por ello, comparto la opinión de SERRANO RUIZ-CALDERÓN⁷¹ que cree que:

«deberá ser, de nuevo, la jurisprudencia, tanto civil como penal, la que deba delimitar el concepto y contenido de tal autoridad, impidiendo que cualquier acto, único, leve y aislado, eso sí, pueda ser considerado como delito, lo que supondría que una cantidad ingente de progenitores fueran condenados por los jueces o tribunales y, en consonancia con nuestra actual legislación penal, inhabilitando para el ejercicio de la patria potestad.»

El Fundamento de Derecho quinto de la STS (2ª) 14/2020, de 8 de enero⁷² considera que:

«[...] 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 se 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 constituyen 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.»

⁶⁹ BOLDOVA PASAMAR, *Ídem*, p. 62.

⁷⁰ El Diccionario de la Academia Española en la segunda acepción de la palabra corregir señala que es «advertir, amonestar, reprender», y éste es el significado que hay que dar a esta facultad que regulaba nuestro Código Civil.

⁷¹ SERRANO RUIZ-CALDERON, Manuel, «Notas urgentes sobre la abolición del *ius corrigendi*», *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias, T. I*, Coord. GÓMEZ GÁLLIGO, J., Thomson Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2008, p. 819.

⁷² JUR 2020/16864. Nº de recurso: 879/2018. Nº de resolución: 654/2019. Ponente: J. R. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE.

Hay resoluciones penales que sobreseen estos hechos⁷³. En este sentido, señala la SAP de Jaén (2ª), de 22 de enero de 2009⁷⁴, en su Fundamento de Derecho segundo que:

«[...] efectivamente algunos supuestos de hecho en los que la insignificancia de la acción, como puede ser un cachete o un 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, [...]. Justificándose la absolución de la impunidad del hecho por aplicación del de intervención mínima.»

A título de ejemplo voy a exponer dos sentencias, que siguen esta línea. La SAP de Cádiz, con sede en Algeciras, de 20 de marzo de 2013⁷⁵, cuyos hechos son los siguientes: El 10 de septiembre de 2010, una madre agarró del brazo a su hija de nueve años causándole dos hematomas, cuando ambas se encontraban fuera del domicilio familiar, porque no quería ir al colegio según la madre o al campo según la niña. El fallo del Juzgado de lo Penal nº 1 de Algeciras condenó a la madre como responsable de un delito de lesiones leves en el ámbito familiar del artículo 153. 2 del Código Penal, y le impuso la pena de prisión de tres meses ... y la prohibición de aproximarse a menos de 200 metros y de comunicar por cualquier medio con su hija por un periodo de un año y tres meses. La sentencia de la Audiencia Provincial revocó la del Juzgado, y absolvió a la madre de los hechos que se le imputan. El Fundamento de Derecho décimo, último párrafo, considera:

«[...] que la única conducta que hemos declarado probada, consistente en haber agarrado la madre fuertemente a la niña, tirando de ella para llevarla al domicilio, al no querer ésta acudir al colegio, debe reputarse de impune, precisamente, porque, aun siendo en términos morales y educativos reprobable, no estaría presidida de ningún tipo de intención de lesionar, y si enmarcarse en la ya mencionada facultad de corrección, se ejercitase ésta o no en términos absolutamente correctos.»

Y la SAP de Bilbao (6ª) de 28 de enero de 2015⁷⁶, cuyos hechos son: el 18 de noviembre de 2013, sobre las 20.45 horas, el padre estaba con su esposa e hija de tres años en un

⁷³ Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 de Santander, de 26 de octubre de 2007; SAP de Córdoba (2ª) de 9 de marzo de 2004 (JUR 2004/126721); SAP de Alicante (1ª) de 2 de marzo de 2006 (JUR 2007/43440); SAP de Córdoba (1ª) de 17 de enero de 2008 (JUR 2008/218264). También, la SAP de Barcelona (6ª) de 19 de septiembre de 2005; SAP de Asturias de 7 de marzo de 2011; SAP de Madrid (27ª) de 10 de febrero de 2011; SAP de Tarragona (2ª) de 22 de marzo de 2012; Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de mayo de 2012.

Vid. MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos, «La progresiva desnaturalización de las relaciones paterno-filiales», *Relaciones Paterno-Filiales, V. II*, Congreso IDADFE 2001, Dir. LASARTE ÁLVAREZ, C., Coord. JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., Tecnos, Madrid, 2014, pp. 60-62.

⁷⁴ ARP 2009/10. Recurso 9/2009. Ponente: E. ARIAS-SALGADO ROBSY.

⁷⁵ ARP 2013/781. Nº de recurso 10/2013. Nº de resolución 109/2013. Ponente: J. C. HERNÁNDEZ OLIVEROS.

⁷⁶ JUR 2015/110520. Nº de recurso 241/2014. Nº de resolución 90022/2015. Ponente: M. N. SAN MIGUEL BERGARECHE.

bar. La niña cogió una rabieta siéndole imposible controlarla, y con la intención de no molestar a la gente, la saco del bar, y ya fuera le dio dos cachetes, pues seguía con la misma actitud. Cachetes que no le causaron ninguna lesión ni en el momento ni posteriormente, como informó el médico forense. El Juzgado de lo Penal nº 5 de Bilbao con fecha 14 de septiembre de 2014 condenó al padre como autor de un delito de maltrato en el ámbito familiar de menor entidad del artículo 153. 2 y 4 del Código Penal, a la pena de dieciséis días de trabajos en beneficio de la comunidad, y prohibición de acercarse a la niña a una distancia inferior a cincuenta metros durante un periodo de siete días. La sentencia de la Audiencia revoca la sentencia apelada, y absuelve al apelante de la acusación formulada en su contra. Su Fundamento Jurídico tercero dice:

«[...] La reacción casi instintiva de «propinar un cachete» en ese modo responde, en ocasiones como la descrita por el acusado y su esposa (madre de la niña) a la incapacidad para controlar la situación provocada por una «rabieta intensa» en la que la criatura, además de no actuar adecuadamente, interfiere y molesta a personas ajenas a la familia, y ante esa situación de impotencia ante el descontrol infantil se recurre, inadecuadamente, a la violencia. Compartimos las valoraciones que se realizan en el punto de que la conducta del padre respondió a su obligación de corregir a la niña; pero también que en una situación de control y racionalidad debería haberse recurrido a otros modos de corrección [...].»

Otros fallos son condenatorios, pues no cabe apreciar como eximente el derecho de corrección⁷⁷. Posición que desde hace tiempo consideran la mayoría de las sentencias, la más reciente, hasta este momento, la STS 14/2020 (2ª, Secc. 1) de 8 de enero de 2020⁷⁸. Ya consideró, la SAP de Jaén (2ª) de 22 de enero de 2009⁷⁹ en su Fundamento de Derecho segundo que:

⁷⁷ SAP de Alicante de 28 de mayo de 2001 (AC 2001/355); SAP de La Coruña de 14 de abril de 1998 (AC 1998/2146.); SAP de Albacete (1ª) de 15 de julio de 2002; sentencia del Juzgado de lo Penal nº4 de Barcelona de 20 de marzo de 2008 (ARP 2009/462); SAP de Madrid (27ª) de 24 de abril de 2008 (JUR 2008/215303).

Vid. MENÉNDEZ MATO, «La progresiva desnaturalización de las relaciones paterno-filiales», *op. cit.*, pp.62-64.

⁷⁸ JUR 2020/16864. Nº de recurso: 879/2018. Nº de resolución: 654/2019. Ponente: J. R. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE.

Cuyo Fundamento de Derecho tercero considera: «[...] 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 que se contempla el supuesto en que el agredido fuera alguna de las personas a que se refiere al art. 173. 2 CP, entre las que se encuentran los descendientes del agresor. Sin que desde luego deba aquí cuestionarse la existencia de dolo, al ser evidente que el acto del acusado fue intencionado y no imprudente o falto de cuidado por más que su objetivo fuera el de reprender o corregir al menor en conducta, constituyendo un acto de agresión física al darle una bofetada en la cara.»

⁷⁹ ARP 2009/10. Recurso 9/2009. Ponente: E. ARIAS-SALGADO ROBSY.

«[...] es más que discutible que el mencionado derecho de corregir a los hijos implique que pueda pegárseles, que pueda aplicárseles castigos físicos [...] 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 existen 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 incluida en el derecho de corrección.»

En este sentido y como en el caso anterior, voy a hacer referencia a dos sentencias. La SAP de Guadalajara, (1ª), de 21 de noviembre de 2012⁸⁰ cuyos hechos son: el 19 de octubre de 2008, la madre golpeó con un cinturón a su hija menor de edad en la cara y espalda con ánimo de menoscabar su integridad corporal en el domicilio familiar. A causa de ello la menor sufrió lesiones consistentes en cicatriz oblicua de herida contusa de 2 centímetros en región de gran dorsal izquierdo y contusión ocular izquierda, requiriendo para su sanidad de la primera asistencia facultativa precisando dos días de tratamiento no impeditivo para su curación, quedándole como secuela una cicatriz en la espalda. Asimismo, quedó probado que la menor sufrió otra agresión causándole lesiones en la cara. Durante el tiempo de la convivencia, la acusada ha venido sometiendo a su hija menor a constantes insultos y agresiones casi a diario, y ello con ánimo de menoscabar su integridad física y moral, habiendo sufrido episodios de ansiedad en situaciones cotidianas predominando el temor de ver a su madre. El Juzgado de Instrucción nº 3 de Guadalajara en auto de 30 de octubre de 2008 condenó a la madre, como autor criminalmente responsable de delito de malos tratos habituales, a la pena de 18 meses de prisión y como autora de dos faltas de lesiones, imponiéndole por cada una de ellas una pena de doce días de localización permanente. Se acuerda la prohibición a la condenada de aproximarse a una distancia no inferior a quinientos metros a su hija, de su domicilio o lugar donde se encuentre, y comunicarse con ella por cualquier medio, todo ello por un plazo de cinco años. La sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara desestima el recurso de apelación, y confirma íntegramente la resolución recurrida. Señala en el Fundamento de Derecho segundo último párrafo que:

«[...] la pena es suficiente y perfectamente motivada, haciendo referencia a las circunstancias personales de la acusada que relata, otra cosa es que la recurrente no esté de acuerdo con la misma, pero está bien fundada y no existe motivo alguno para proceder a una rebaja, como se pretende con carácter subsidiario, porque además la voluntad de maltratar se equipara, en este caso, a la voluntad de castigar con medios violentos, no de corregir para educar como se pretende.»

⁸⁰ JUR 2012/404999. Nº de recurso: 359/2012. Nº de resolución: 4/2013. Ponente: M. C. MARTÍNEZ SÁNCHEZ.

Por su parte, la SAP de Madrid (30ª) de 22 de septiembre de 2014⁸¹, cuyos hechos son los siguientes: El 16 de enero de 2012, sobre las 19.30, la madre se hallaba en el salón del domicilio familiar y le recordó a su hijo de 17 años, que se encontraba en su habitación con su novia jugando a la *PlayStation*, que tenía que sacar a pasear al perro respondiéndole que lo haría luego. Poco después el perro orino en el pasillo, ordenando la madre al hijo que recogiera los excrementos, negándose éste a hacerlo y respondiéndole que lo hiciera ella que estaba más cerca. Ante la contestación la madre fue a la habitación iniciándose una discusión entre ambos, el hijo le exige que se vaya, pero la madre se niega hasta que no recogiera el orín. Comoquiera que el menor persistía en su actitud, la madre le advirtió que le quitaría la consola como castigo, tratando de arrancar los cables del aparato. Su hijo la sujetó para evitarlo, produciéndose un forcejeo entre ellos en el transcurso del cual el hijo empujó a su madre para echarla de la habitación. La madre se quitó una zapatilla y golpeo a su hijo quien en respuesta le dio una bofetada y la volvió a empujar, haciéndola caer al suelo. Al levantarse, ella le dio a su vez una bofetada. Como resultado el hijo resultó con erosión en antebrazo izquierdo, eritema en el cuello y hematoma en brazo izquierdo, resultando para sanar una sola asistencia facultativa y siete días no impositivos.

El Juzgado de lo Penal nº 1 de Alcalá de Henares dictó sentencia en la que condena a la madre como autora de un delito de malos tratos, a la pena de tres meses y veintitrés días de prisión y la prohibición de aproximarse a menos de 500 metros a su hijo, al domicilio, lugar de trabajo y de comunicarse con él a través de cualquier medio, por un tiempo de un año, tres meses y veintitrés días, e indemnizar a su hijo en la cantidad de 213.22 euros, más los intereses legales de dicha cantidad.

La Audiencia desestima el recurso en su integridad, y entre otros motivos en el Fundamento Jurídico cuarto considera:

«[...] En el presente caso estamos ante lesiones dolosas, cuya tipificación penal, a la vista de los hechos probados, no ofrece dudas, hecho que unánimemente se considera en nuestra cultura y tradición jurídica precisado de la tutela del Derecho penal y por tanto la respuesta penal es adecuada, justa y proporcionada, sin perjuicio de atenuar la pena en los supuestos legalmente previstos para ello.»

Algunos fallos han causado estupor y extrañeza en la opinión pública, y han sido comentados por los medios informativos, como demasiado severos y desproporcionados con la infracción cometida por uno de los padres que ha consistido en algún cachete, azotes, que nada tiene que ver con agresiones con un cinturón, puñetazo. Sobre todo, cuando los hijos ya tienen una edad que también pegan y

⁸¹ JUR 2014/265883. Nº de recurso: 24/2014. Nº de resolución 691/2014. Ponente: J. I. FERNÁNDEZ SOTO.

maltratan a sus padres. De ello se ha hecho eco la SAP de Jaén (2ª) de 22 de enero de 2009⁸², aunque hace caso omiso de ello.

Esta sentencia me llamó la atención por ser quizá la primera que trascendió en los medios de comunicación, y tuvo el rechazo de la mayoría de la opinión pública porque parecía excesiva la pena impuesta a la madre. Los hechos son los siguientes: la mañana del 6 de octubre de 2006 en Pozo Alcón (Jaén), una madre, sordomuda, recriminó a su hijo de diez años a través del lenguaje de signos que no había hecho los deberes, a lo que éste respondió tirándole una zapatilla y se encerró en el cuarto de baño. La madre consiguió abrir la puerta, cayendo éste al suelo, le levantó agarrándole del cuello, y cuando se hallaba sobre el lavabo le dio un tortazo por detrás de la cabeza, lo que hizo que se golpeará en la nariz y sangrara. Al llegar a clase su tutor percibió rastros de sangre, al observar que el cuello lo tenía un poco morado lo llevó a la Dirección del Centro que a su vez lo trasladó al Centro de Salud, la doctora emitió un parte médico que reflejaba contusiones y hematomas en el cuello y mejilla, lesiones que necesitaron una sola asistencia facultativa, tardando tres días en curar, sin impedimento para sus ocupaciones habituales.

El fallo del Juzgado de lo Penal nº 3 de Jaén, de 26 de noviembre de 2008 condenó a la madre como autora de un delito de malos tratos a la pena de cuarenta y cinco días de prisión, ... y prohibición de aproximarse a menos de 500 metros a su hijo durante un año y cuarenta y cinco días. La Audiencia propone el indulto de la pena de prohibición de aproximación, con la consiguiente suspensión de su ejecución en aras de lo establecido en el apartado 4 de dicho precepto⁸³. Y en su fallo revoca la sentencia del Juzgado aumentando las penas «en el único sentido de fijar la duración de las penas

⁸² ARP 2009/10. Sentencia nº 10/2009. P. A. Nº 267/2008. Recurso 9/2009. Ponente: E. ARIAS-SALGADO ROBSY.

El Fundamento de Derecho segundo, último párrafo señala: «[...] 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.»

⁸³ Su Fundamento de Derecho tercero considera: «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.»

que se imponen por la comisión del delito en la de 67 días la de prisión y de un año y 67 días la de prohibición de aproximación a su hijo.»

Otra sentencia más reciente, y que también ha saltado a los medios informativos⁸⁴ por considerar la mayoría de la opinión pública desproporcionada la pena impuesta, es la SAP de Pontevedra (2ª) de 13 de noviembre de 2018⁸⁵, cuyos hechos son: la madre, la noche del 20 de mayo de 2018, pide a su hijo con el que convive que se duche. El hijo se niega a ello, comienza una discusión verbal, y la madre le da un par de bofetadas que le causaron eritemas en ambas mejillas, siendo asistido en una primera asistencia facultativa, que no precisó de tratamiento médico posterior. El Juzgado de lo Penal Nº 4 de Pontevedra condena a la madre como responsable de un delito de maltrato en el ámbito de violencia doméstica en la persona de su hijo, con las siguientes penas: dos meses de prisión, que se sustituirá por dos meses de trabajos en beneficio de la Comunidad, y si no lo acepta la penada se sustituirá por dos meses de localización permanente en sede domiciliaria. Prohibición de aproximarse al menor a menos de 200 metros durante seis meses.

Presentado recurso de apelación por la madre, la audiencia confirma la sentencia, y en su Fundamento Jurídico segundo considera:

«[...] 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 esta actuación orientada a su beneficio.»

Y, como ya he mencionado, la STS 14/2020 (2ª, secc. 1), de 8 de enero⁸⁶, cuyos hechos son: el 13 de julio de 2016, un padre pega una bofetada en la cabeza a su hijo de 15 años porque le desobedece al irse a la playa con sus amigos, en lugar de quedarse a estudiar. El hijo sufrió una lesión consistente en hematoma en pabellón auditivo derecho y discreta erosión en cara interna de mucosa labial inferior que requirió para su curación de una primera asistencia facultativa y 5 días no impositivos. El hijo tiene un rendimiento académico nulo, faltas de respeto continuas y una actitud de desafío verbal hacia su padre por lo que han de englobarse los presentes hechos en un

⁸⁴ MONTAÑES, Erika, «Polémica por una pena de dos meses de cárcel a una madre que abofeteó a su hijo», *Diario ABC*, 15 de marzo de 2019, p. 44.

HERRERA, Carlos, «Dos cachetes y un Juez», *Diario ABC*, 15 de marzo de 2019, sección opinión, p. 13.

⁸⁵ JUR 2019/77967. Nº 197/2018. Ponente: J. J. BARREIRO PRADO.

⁸⁶ JUR 2020/16864. Nº de recurso: 879/2018. Nº de resolución: 654/2019. Ponente: J. R. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE.

contexto de rebeldía que ha durado mucho tiempo. El Juzgado de lo Penal nº 1 de Arenys de Mar dictó sentencia el 2 de agosto de 2016, que fue recurrida ante la Audiencia Provincial (20ª) de Barcelona, confirmando la sentencia apelada el 3 de febrero de 2017. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación⁸⁷. Su Fundamento de Derecho cuarto considera:

«[...] Además, y según se ha apuntado ya antes, la finalidad del ejercicio del derecho de corrección deberá estar siempre orientada al propio interés del menor desde el punto de vista de su educación o formación personal. De manera que el término de corrección ha de ser asumido como sinónimo de educación, con referencia a las connotaciones que conforman de forma intrínseca cada proceso educativo, no pudiéndose considerar como tal el uso de la violencia para fines educativos, por un lado, por la primacía que el ordenamiento jurídico atribuye a la dignidad de la persona, incluido el menor, que es sujeto y titular de derechos. Por otro, porque no se puede perseguir como meta educativa un resultado de desarrollo armónico de la personalidad, sensible a los valores de paz, tolerancia y convivencia utilizando un medio violento que contradice dichos principios. [...] En este sentido, los comportamientos violentos que ocasionan 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 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.»

7. A MODO DE CONCLUSIÓN

La obligación de corregir razonable y moderadamente que correspondía al titular de la patria potestad sobre los hijos menores no emancipados, y al tutor respecto a sus pupilos desde la promulgación del Código civil en los antiguos artículos 155 y 263, respectivamente, se ha suprimido de nuestro ordenamiento como consecuencia de la Disposición Final primera, dos y cinco de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional. En su Exposición de Motivos se señala que, el Comité de Derechos del Niño sólo mostraba una preocupación por la posibilidad de que se contraviniera el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

A nuestro legislador le pareció más apropiado equiparar ambas normas, y la solución fue eliminar la facultad de corrección del Código civil. ¿Un excesivo celo del legislador? O ¿un craso error? Creo que ambas cosas. No olvidemos que a la facultad de corregir se añadía que ésta había de ser razonable y moderada, lo que excluye conductas excesivas, abusivas e intolerables por parte de los padres y tutores. Además, resulta exagerado que se pueda equiparar la facultad de corregir razonable y moderadamente con el perjuicio, abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o

⁸⁷ En ninguna de las instancias se nos dice cuál es la pena que se ha impuesto al padre.

explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres o del tutor, a que se refiere el artículo 19 de la Convención.

El párrafo segundo del artículo 154 y el primer apartado del artículo 268, ambos del Código civil, regulan que la patria potestad y la tutela se ejercerán en beneficio de los hijos y pupilos respectivamente, de acuerdo con su personalidad, y «con respeto a su integridad física y psicológica». Por lo que, los padres y tutores no pueden proceder de forma arbitraria, su actuación ha de ser en todo momento en beneficio de los menores no emancipados o de las personas a las que se les ha modificado su capacidad, de acuerdo con su personalidad y con respeto a su integridad física y psicológica que descarta cualquier maltrato físico o psicológico. Por ello, creo que no era necesario suprimir de nuestro Código civil la facultad de corrección, pues de haberse mantenido se tendría que haber llevado a cabo en consonancia con lo predicado en dichos preceptos, esto es, de forma razonable y moderada.

No obstante, y a pesar de que se ha eliminado de forma expresa del Código civil dicha facultad, considero que pervive tácitamente, pues va íntimamente unida al deber de educar. Educar conlleva, en la mayoría de los casos, la facultad de corregir. Las personas sometidas a patria potestad tienen el deber de obedecer a sus padres y, por ende, también cuando se les corrija en el desempeño de su labor educativa, siempre que sea de forma razonable y moderada, y no de forma violenta o abusiva. Más difícil resulta para los tutores, pues a pesar de que les corresponde educar a sus pupilos, se ha suprimido del Código el deber que éstos tenían de obedecerles.

Sin embargo, en las Comunidades Autónomas de Navarra, Cataluña y Aragón con Derecho civil especial o foral, subsiste la facultad de enmendar o corregir que tienen los padres sobre los hijos que se encuentran bajo su potestad. Todas sus leyes, excepto la primera Compilación de Derecho civil Foral de Navarra que data de 1973, han sido posteriores a la Convención de Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 30 de noviembre de 1989 y parece «que no se han percatado» que pudieran infringir su artículo 19. Me parece más acertada la regulación que se da y mantiene en estos Derechos civiles autonómicos que en el Código civil español. Así, en una parte de España donde rige el Código civil no se regula de forma expresa la facultad de corrección, mientras que en Navarra, Cataluña y Aragón perdura.

Cada vez es más frecuente el que los menores pongan en entredicho las normas dadas por sus padres para una correcta educación, y que cualquier aseveración pueda ser interpretada como una vulneración de la facultad de corrección ya suprimida en nuestro Código. A veces conduce a conductas y comportamientos poco satisfactorios

por parte de los hijos, hasta el punto de amenazar a sus progenitores originando situaciones de violencia filio parental que, en algunos casos, son denunciadas por éstos.

Los padres son condenados por dar un cachete u obligar al hijo a observar un determinado comportamiento a penas de prisión y suspensión de la patria potestad, a mi parecer, en muchos casos excesivas. Además de prohibirles acercarse a sus hijos durante un determinado periodo de tiempo, que siempre es y parece demasiado largo, suspendiéndose la patria potestad, y la convivencia entre padres e hijos. ¿Es esto lo más adecuado e idóneo para la educación de los hijos? ¿No se está vulnerando el interés superior del menor al privarles de la presencia de un progenitor? Con el agravante, de cuál será el comportamiento de los hijos hacia sus padres, después de haber cumplido estas sentencias cuando regresen a la casa familiar.

Sin embargo, los jueces están aplicando lo tipificado en el artículo 153 del Código Penal, pues el simple hecho de golpear a un niño ya incardina la conducta del acusado en el tipo penal. Los malos tratos físicos están proscritos en nuestra legislación, y las últimas reformas del Código Penal han elevado a delito conductas que en términos generales serían calificables como falta cuando se cometen en el ámbito de la familia.

El problema reside en la interpretación de los términos «proporcionada, razonable y moderada», o lo que es lo mismo determinar cuáles son las conductas autorizadas o no en el ejercicio de la función educativa inherente al ejercicio de la potestad y de la tutela.

Por el contrario, en otras ocasiones, son los padres los que maltratan a sus hijos, emplean la violencia y abusan de ellos, y eso no se puede permitir ni consentir. ¿Cabe en el derecho de educación y procurar una formación integral que los padres tienen hacia sus hijos que empleen el uso de la violencia física y psicológica, y que ésta quede legitimada? Rotundamente no.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBACAR LÓPEZ, José Luis y MARTIN GRANIZO, Mariano, «Comentario al artículo 154 del Código civil», *Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia, T. I*, Trivium, Madrid, 1991.
- ALGARRA PRATS, Esther y BARCELO DOMENECH, Javier, «Libertad de los hijos en la familia: Deberes de los hijos y Derecho de corrección de los padres. Situación en el Derecho español», *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (2016), núm. 4.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, «¿Queda algo del Derecho de corrección de los padres a los hijos en el ámbito penal?», *Revista de Derecho Penal y Criminología* (2011), 3ª época, nº 5, UNED.

- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español, Común y Foral, T. Quinto, vol. Segundo, Relaciones paterno-filiales y tutelares*. Revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO, G. y CASTÁN VÁZQUEZ, J. M^a., Reus, Madrid, 1995.
- CASTÁN VÁZQUEZ, José María: «La patria potestad», *Revista de Derecho Privado* (1960).
- CASTÁN VÁZQUEZ, José María: «Comentario al artículo 154 del Código civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. III, vol. 2º*, Dir. ALBALADEJO, M., Edersa, Madrid 1982.
- CASTÁN VÁZQUEZ, José María: «Comentario a los artículos 154 y 155 del Código civil» *Comentario del Código Civil, T. I.*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- CLEMENTE MEORO, Mario Enrique, «Lección 25. Las relaciones paterno-filiales (II)», *Derecho de Familia*, Coordinadores LÓPEZ, A. M.; MONTÉS, V. L.; ROCA, E. y VALPUESTA, M^a R., Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.
- DARRIBA FRAGA, Guillermo, «El derecho de corrección de los padres sobre sus hijos», *Revista Digital Facultad Derecho* (2012), UNED, Nº 5.
- DÍAZ GARCÍA, Helena: «Comentario al artículo 154 del Código civil», *Comentarios al Código Civil, T. II*, Dir. BERCOVITZ, R., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- DÍAZ GARCÍA, Helena: «Comentario al artículo 154 del Código civil», *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, director: BERCOVITZ, R., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil, Vol. V, Derecho de familia y Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 1995.
- GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, «Comentario al artículo 268 del Código civil», *Comentario del Código Civil, T. I*, Ministerio de Justicia, 1991.
- HERRERA, Carlos, «Dos cachetes y un Juez», *Diario ABC*, 15 de marzo de 2019.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHO REBULLIDA, Francisco, *Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia, conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, Fascículo Tercero, Edición experimental, Librería Bosch, Barcelona, 1982.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- MANRESA Y NAVARRO, José María, «Comentario al artículo 154 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil Español, T. II*, Revisión y puesta al día por BONET RAMÓN, F., Edit. Reus, Madrid, 1957.
- MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, 2018 y 2019.
- MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos, «La progresiva desnaturalización de las relaciones paterno-filiales», *Relaciones Paterno-Filiales, vol. II*, Congreso IDADFE 2001, Dir. LASARTE ÁLVAREZ, C., Coord. JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., Tecnos, Madrid, 2014.
- MONTAÑES, Erika, «Polémica por una pena de dos meses de cárcel a una madre que abofeteó a su hijo», *Diario ABC*, 15 de marzo de 2019.
- MORCILLO, Cruz, *Diario ABC*, 26 de mayo de 2019.

- PARRA LUCÁN, María Ángeles, «Instituciones de guarda (1). La tutela», en AA. VV, *Tratado de Derecho de Familia, vol. VI, Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2017.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derecho de Familia*, Sección de Publicaciones, de la Facultad de Derecho, UCM, Madrid, 1989.
- PICORNELL LUCAS, Antonia, RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín M^a, ARIAS ASTRAY, Andrés, SÁNCHEZ BARBA, Mercedes, «La dignidad del menor en el entorno familiar y la facultad de corrección de los progenitores», *Relaciones Paterno-Filiales, vol. II*, Congreso IDADFE 2001, Dir. LASARTE ÁLVAREZ, C., Coord. JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., Tecnos, Madrid, 2014.
- POUS DE LA FLOR, M^a Paz, «La controvertida eliminación de la facultad de corrección de los progenitores», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2014), N^o 743.
- RUBIO SAN ROMAN, José Ignacio, «Comentario al artículo 154 del Código civil», *Comentarios al Código Civil, T.II, vol. 2^o*, Coords. RAMS ALBESA, J. y MORENO FLOREZ, R. M^a., José María Bosch, Barcelona, 2000.
- SERRANO RUIZ-CALDERON, Manuel, «Notas urgentes sobre la abolición del *ius corrigendi*», *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias, T. I*, Coord. GÓMEZ GÁLLIGO, J., Thomson Civitas Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2008.
- SERRANO TÁRRAGA, M^a Dolores, «El derecho de corrección de los padres sobre sus hijos y el delito de violencia doméstica», *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, Jornadas Internacionales sobre las reformas del Derecho de familia, Madrid 27-29 junio, 2005, Dir. LASARTE, C., Idadfe, Uned- El Derecho, Madrid, 2006.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, «Comentario al artículo 154 del Código civil», *Código Civil Comentado, Vol. I*, directores CAÑIZARES, A. y AAVV, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2016.

Fecha de recepción: 19.11.2019

Fecha de aceptación: 24.02.2020