

Resumen

El condenado en la instancia como autor de diversos delitos de agresión sexual cometidos con menores de edad, interpone recurso que se estima parcialmente al no proceder la aplicación realizada del subtipo agravado de la figura delictiva referida atendiendo a la especial vulnerabilidad de la víctima fundamentada en la corta edad de los menores, porque conlleva la aplicación retroactiva del art. 180,3 CP 1995, en la redacción dada por la LO 11/99, a los hechos enjuiciados, acaecidos con anterioridad, y la violación del principio "non bis in idem", ya que previamente el dato de la edad de los menores se utilizó para justificar la existencia de intimidación a los efectos de tipificación de la conducta como el tipo básico del delito, lo que supone valorar un mismo dato dos veces. En orden a la solicitud por parte del recurrente para que se modifique la valoración penal de los informes médicos obrantes en las actuaciones con objeto de calificar como eximente lo que se calificó como atenuante ordinaria, la Sala de casación señala que todo informe pericial médico en la medida que trata de ofrecer datos que inciden sobre la culpabilidad por el hecho cometido por la persona concernida, tiene dos partes, un aspecto biológico constituido por una anomalía psíquica que tiene que ser ofrecido por los peritos informantes y un aspecto normativo referente a la incidencia que dicha alteración pueda tener en las facultades intelectivas o volitivas del individuo, correspondiendo efectuarlo al Tribunal sentenciador y quedando concretado el control casacional de la prueba pericial a la valoración jurídica que éste haya efectuado.

NORMATIVA ESTUDIADA

LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal
art.20.1 , art.104 , art.178 , art.179 , art.180.3

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	3
FALLO	6
SEGUNDA SENTENCIA	6

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

- AGRESIÓN SEXUAL - VIOLACIÓN
 - EMPLEO DE FUERZA O INTIMIDACIÓN
 - Apreciación
- MODALIDADES AGRAVADAS
 - Víctima vulnerable
- MENOR DE 12 AÑOS
- CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS
 - Atenuantes
- PROCESO PENAL
 - Presunción de inocencia
 - Prueba
 - Declaraciones de la víctima
- ATENUANTES
 - POR ANALOGÍA
 - Trastorno mental transitorio
- NON BIS IN IDEM
 - APLICACIÓN
- PROCESO PENAL
 - PRUEBA
 - Medios
 - Prueba documental
 - Documentos a efectos casacionales

FICHA TÉCNICA

Procedimiento: Recurso de casación

Legislación

Aplica art.20.1, art.104, art.178, art.179, art.180.3 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal
Cita LO 11/1999 de 30 abril 1999. Modifica el Título VIII del Libro II del Código Penal
Cita LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal
Cita art.5.4 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial
Cita art.24.2 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
Cita art.849.1, art.849.2 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

Jurisprudencia

Resuelve el recurso interpuesto contra SAP Córdoba de 21 diciembre 1999 (J1999/52191)
Cita STS Sala 2ª de 19 septiembre 2000 (J2000/27869)
Cita STS Sala 2ª de 30 junio 2000 (J2000/18344)
Cita STS Sala 2ª de 11 abril 2000 (J2000/4635)
Cita STS Sala 2ª de 24 enero 2000 (J2000/477)
Cita STS Sala 2ª de 30 abril 1999 (J1999/13692)
Cita STS Sala 2ª de 19 febrero 1999 (J1999/1674)
Cita STS Sala 2ª de 28 enero 1997 (J1997/453)
Cita STS Sala 2ª de 23 febrero 1996 (J1996/961)
Cita STS Sala 2ª de 23 mayo 1995 (J1995/2598)

Bibliografía

Citada en "Reflexiones sobre la libertad vigilada"

Versión de texto vigente null

En la Villa de Madrid, a nueve de Noviembre de dos mil.

En el recurso de casación por Infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por la representación de Leandro, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Tercera EDJ 1999/52191, por delito de agresión sexual, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. JOAQUIN GIMENEZ GARCIA, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. De Palma Villalón.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 6 de Córdoba, instruyó Sumario 3/99, contra Leandro, por delito de agresión sexual, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Tercera, que con fecha 21 de Diciembre de 1999 dictó sentencia EDJ 1999/52191 que contiene los siguientes hechos probados:

"A) Sobre las 19,30 horas del día 23 de Diciembre de 1998, el procesado Leandro, mayor de edad y sin antecedentes penales, que en esas fechas realizaba ayudas esporádicas y puntuales en la parroquia de "N.", sita en la plaza de la M. de esta capital, aprovechando que los niños Angel, nacido el 12 de diciembre de 1988 y José, nacido el 12 de octubre de 1986, se habían ofrecido para ayudarlo en la organización del reparto de alimentos "C." con motivo de la fiesta de Navidad, les condujo hasta el local, ubicado frente a la iglesia, y que hace las veces de salón parroquial, y una vez en la tercera planta de dicho inmueble, en uno de los salones, el acusado, de improviso, cerró la puerta de entrada al mismo, para seguidamente decirle a Angel que le chupara el pene, cosa que consiguió introduciéndoselo en la boca.- Mientras tanto el otro menor había tratado, sin lograrlo, de escapar del lugar, por lo que Leandro pudo agarrarlo y colocándolo de espaldas a él le bajó los pantalones y los calzoncillos y le restregó su pene por el ano sin llegar a penetrarlo y sin que conste fuese éste su propósito, eyaculando sobre dicha zona.- Cuando finalmente Leandro se dio sexualmente por satisfecho, dejó marchar a los niños no sin antes advertirles que como contasen a sus padres lo sucedido los iba a meter en un correccional.

B) En el mismo mes de diciembre, sin que se pueda concretar el día, una tarde en que la menor Cristina, nacida el 4 de mayo de 1988, había acudido a los salones parroquiales de la Iglesia de "N." para solicitar alimentos para su familia, el procesado, con el pretexto de que le ayudara a llenar unas bolsas de garbanzos, la condujo hasta un salón, donde después de echarle a la puerta un cerrojo, la agarró por la cintura tocándole el pecho, más como la niña gritaba y forcejeaba para que el acusado desistiese de su propósito, éste la dejó marchar, no sin antes advertirle que como contase lo sucedido a alguien la iba a meter en un correccional.

C) Igualmente en el mismo mes de diciembre de 1998, sin poderse concretar la fecha, y en el mismo lugar descrito anteriormente, encontrándose los niños Angel, cuya fecha de nacimiento ya se ha indicado, y Julián, nacido el 3 de diciembre de 1988, ayudando al

procesado Leandro a organizar el reparto de alimentos, éste cerró la puerta de la habitación donde se encontraban diciéndole a Julian que se bajara los pantalones cosa que hizo el niño, a quien obligó a chuparle sus testículos y después consiguió restregarle el pene por la zona del ano.- Seguidamente el procesado le quitó a Angel e igualmente le rozó con el pene por la zona de su ano sin que conste le penetrara o tratara de hacerlo.

D) El día 5 de Enero de 1998 con ocasión de los preparativos de la cabalgata de Reyes, sobre las 21,30 horas Leandro le dijo a Angel que le acompañara a los salones parroquiales para bajar juguetes, y una vez allí le obliga a bajarse los pantalones, tratando de introducirle el pene en el ano, lo que le ocasionó al menor una fisura anal de carácter leve.

E) Sobre las 20,00 horas del día 9 de enero de 1999, el acusado Leandro le dijo a Angel que le acompañara a los salones de la parroquia, ya que le iba a dar juguetes, y una vez allí obligó al indicado menor a que le chupara el pene cosa que éste hizo.- El procesado Leandro, que vivía en situación de acogimiento con el párroco de la expresada parroquia, D. José, es una persona desarraigada, huérfana de hecho desde la infancia, y que desde esa época fue objeto de abusos sexuales por adultos, presenta una conducta sexual desviada con tendencia a las relaciones sexuales con niños, preferentemente varones, sin que dicho trastorno del comportamiento afecte a su inteligencia y voluntad". (sic)

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Fallamos: Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Leandro, como autor criminalmente responsable de los delitos de agresión sexual ya definidos, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal analógica del art. 21.6 EDL 1995/16398 ya indicada a las penas siguientes: a la de DOCE AÑOS Y UN DIA DE PRISION por la agresión sexual descrita en el apartado A) del relato de hechos probados y padecida por el menor Angel, y a la de UN AÑO DE PRISION por la agresión sufrida por el niño José; a la pena de CUATRO AÑOS DE PRISION por la agresión sexual básica y su modalidad agravada de los artículos 178 y 180.3 del C.Penal EDL 1995/16398 de la que fue objeto Cristina, descrito en el apartado B); a la pena de CUATRO AÑOS DE PRISION por cada una de las agresiones sexuales básicas en su modalidad agravada de los artículos 178 y 180.3 descritos en el apartado C) de la que fueron víctimas Angel y Julian; a la pena de SEIS AÑOS DE PRISION por la agresión sexual cualificada de penetración anal en su modalidad agravada de vulnerabilidad de la víctima, y en el grado de tentativa de los artículos 178, 179, 180.3º EDL 1995/16398 16 EDL 1995/16398 y 62 todos del C. Penal EDL 1995/16398 , respecto del menor Angel descrita en el apartado D); y a DOCE AÑOS Y UN DIA DE PRISION por el delito de agresión sexual en su tipo cualificado de penetración bucal y modalidad agravada de los artículos 178, 179 y 180.3 del tan citado C. Penal, respecto de los hechos sufridos por Angel descritos en el apartado E); asimismo a la pena de inhabilitación absoluta, y a que indemnice a Angel en UN MILLON DE PESETAS (1.000.000 PTAS) a José en CIEN MIL PESETAS (100.000 ptas), a Cristina en CIEN MIL PESETAS (100.000 ptas) y a Julian en CIEN MIL PESETAS (100.000 ptas), con los intereses legales, así como las costas, absolviéndole de los restantes delitos por los que le acusaba el Ministerio Fiscal. Debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a la Parroquia "N." de la obligación que como responsable civil subsidiario se le exigía. Se aprueba el auto de insolvencia que a tal fin dictó el Juzgado Instructor. Y para el cumplimiento de la pena principal y responsabilidades subsidiarias que se le imponen le abonamos el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa. Se decreta la prisión del condenado, librándose al efecto los oportunos mandamientos a la Policía Judicial y Centro Penitenciario". (sic)

TERCERO.- Notificada la sentencia EDJ 1999/52191 a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de Leandro, que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente, formalizó el recurso, alegando los siguientes motivos de casación:

Primero: Por el art. 5.4 de la LOPJ EDL 1985/8754 , por vulneración del art. 24.2 de la C.E. EDL 1978/3879 , derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Segundo: Por el trámite procesal previsto en el art. 849.1 de la LECriminal EDL 1882/1 , por aplicación indebida de los arts. 178, 179 y 180.3º del Código Penal EDL 1995/16398.

Tercero: Por el trámite procesal previsto en el art. 849.1 de la LECriminal EDL 1882/1 , por inaplicación de la circunstancia atenuante del art. 21.1 del Código Penal EDL 1995/16398 en concurrencia con el art. 20.1 del mismo cuerpo legal EDL 1995/16398 .

Cuarto: Por el trámite procesal previsto en el art. 849.2 de la LECriminal EDL 1882/1 , al existir error en la apreciación de la prueba sobre el documento obrante en las actuaciones al folio 4, consistente en un parte de lesiones.

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación el día 25 de Octubre de 2000.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación legal de Leandro, condenado en la sentencia de 21 de Diciembre de 1999 dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba EDJ 1999/52191 , como autor de diversos delitos de agresión sexual cometidos con menores de edad, se formaliza recurso de casación que lo vertebra a través de cuatro motivos.

El primer motivo, por el cauce de la vulneración de derechos constitucionales del art. 5 apartado 4 de la LOPJ EDL 1985/8754 denuncia la violación del derecho a la presunción de inocencia. Tal alegación equivale a la afirmación de haberse dictado sentencia condenatoria sin pruebas de cargo, y efectuada esta denuncia en esta sede casacional, obliga a la Sala a verificar "el juicio sobre la

prueba", es decir a constatar la existencia de prueba de cargo. La sentencia de instancia en su Fundamento Jurídico primero analiza y estima como prueba de cargo las declaraciones de los menores una vez verificada la ausencia de móviles que pudieran cuestionar su veracidad, rechazando aquella parte de las declaraciones acusatorias referentes a las penetraciones anales en los menores David y Julián, por encontrarlas poco convincentes. Queda fuera de toda duda la aptitud de las declaraciones de la víctima para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia, lo que singularmente puede ocurrir en aquellos delitos que como los de naturaleza sexual se suelen producir en la intimidad de agresor-víctima. Otra conclusión llevaría a la impunidad de tales actos en perjuicio de las víctimas, que no deben sufrir las consecuencias de la soledad del escenario buscado y querido por el agresor como ya apuntaba la sentencia de esta Sala de 24 de Noviembre de 1987, por ello el antiguo principio jurídico "testis unus, testis nullus" no tiene ya significación jurídica como recuerda la sentencia de 23 de mayo de 1995 EDJ 1995/2598. Cuestión distinta es la credibilidad que merezca el testigo, credibilidad que en cuanto forma parte de la valoración de la prueba le corresponde a la Sala sentenciadora no siendo en principio revisable en casación en virtud de la inmediación que dispuso y de la que carece esta Sala de casación, y en este sentido se valoran en la sentencia aquellas declaraciones, no encontrando en ellas datos que permitan su descarte, por venir acompañadas de las notas que suele exigir la doctrina de esta Sala, Sentencia número 711/94 de 9 de Julio, entre otras muchas, de verosimilitud, ausencia de incredulidad subjetiva y persistencia en la incriminación, que fue mantenida sin fisuras ni contradicciones en el Plenario, notas que son cuestionadas por el recurrente pero que en este control casacional no pueden tener acogida por aparecer totalmente razonable y fundamentada la decisión de la Sala, que además se apoya en otros soportes probatorios, tales como en una parcial autoinculpación del recurrente en su declaración en sede judicial -folio 24- relativa a que los menores Angel y Julián"....le chuparon el pene en alguna ocasión...." declaración que si bien no fue mantenida por Leandro en el Plenario, puede ser tenida en cuenta -y fue tenida en cuenta-, por la Sala sentenciadora, una vez que aquella declaración fue introducida en el interrogatorio del inculcado en el Plenario sin dar explicación plausible del cambio.

El motivo debe ser desestimado.

Como segundo motivo, y por el mismo cauce de la Infracción de Ley del núm. 1 del art. 849 EDL 1882/1 se denuncia como de aplicación indebida los artículos 178, 179 y 180-3º del Código Penal EDL 1995/16398.

En su fundamentación el motivo trata de cuestionar la realidad de la violencia o intimidación ejercida sobre los menores por el recurrente con argumentaciones que no respetan los hechos probados por lo que inciden en causa de inadmisión. Ciertamente que el recurrente, Leandro, que vivía acogido por el párroco de "N." de Córdoba y se encargaba del reparto de alimentos de "C." entre las familias necesitadas del barrio, era conocido de los menores que padecieron las agresiones sexuales relatadas en el factum, pero deducir de ello, así como de su condición de pertenecientes a familias humildes que por ello tienen"....un elevado grado de cognoscibilidad no propio de la edad que ostentan...." y que no hubo intimidación es conclusión que solo se apoya en la propia alegación de quien la hace. La Sala sentenciadora dedica en el Fundamento Jurídico segundo a justificar el campo intimidatorio creado por el recurrente y lo hace alrededor de dos notas: la diferencia de edad entre los menores -próximos a los 12 años-, y el recurrente de más de cuarenta años, añadiendo a este dato la existencia de comportamientos de inequívoca naturaleza intimidatoria tales como cerrarles la puerta o conminar a los menores con meterlos en un correccional si contaban a sus padres lo sucedido, estimando que la conjunción de ambos elementos fundamenta la intimidación que fue suficiente a los efectos de tipificación de la conducta como agresión sexual de los artículos 178 y 179 EDL 1995/16398, descartando la figura menos grave del abuso sexual previsto en el art. 181 del Código Penal EDL 1995/16398 que descansa sobre la inexistencia de violencia o intimidación.

Todo lo expuesto lleva a la desestimación de esta parte del motivo.

Una segunda línea defensiva se centra en la indebida aplicación que se efectúa en la sentencia del art. 180-3º del Código Penal EDL 1995/16398 que establece un subtipo agravado que eleva la pena correspondiente a las conductas descritas en los artículos 178 y 179 EDL 1995/16398 cuando concurren las circunstancias descritas en dicho art. 180, y en concreto, por lo que se refiere a la del párrafo 3º"....cuando la víctima sea una persona especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación....". Dicho párrafo ha sido modificado por L.O. 11/99 de 30 de Abril EDL 1999/61201 añadiéndosele a la redacción actual la frase"....y, en todo caso, cuando sea menor de trece años....". Obviamente esta modificación no es de aplicación a los hechos enjuiciados por haber ocurrido antes.

La sentencia, al calificar los hechos descritos en los Fundamentos Jurídicos tercero a sexto, justifica la aplicación a todas las conductas descritas del tipo agravado previsto en el párrafo 3º del art. 180 EDL 1995/16398 atendiendo a la especial vulnerabilidad de la víctima, vulnerabilidad que la fundamenta en la edad de los menores, todos ellos menores de 13 años, a excepción de José que acababa de cumplir los 13 años y para el que no aplica el tipo agravado. Esta forma de razonar sugiere de un lado la aplicación retroactiva del párrafo 3º del art. 180 en la redacción dada por la L.O. 11/99 EDL 1999/61201 a los hechos enjuiciados puesto que en función de que la edad de los menores sea menor o mayor a los trece años, aplica o no el tipo agravado, y de otro lado, como se afirma que el Ministerio Fiscal en su informe que apoya esta parte del motivo, en la medida que previamente se ha utilizado el dato de la corta edad de los menores para justificar la existencia de intimidación por parte de Leandro, y luego se vuelve a tener en cuenta la edad para la aplicación del tipo agravado del art. 180-3º EDL 1995/16398, se está vulnerando lo dispuesto en el art. 67 del Código Penal EDL 1995/16398 y se está valorando penalmente un mismo dato dos veces, con violación del principio "non bis in idem" sin que por otra parte, existan datos en la sentencia que puedan justificar la especial vulnerabilidad de los menores por otras razones diferentes. Esta parte del motivo debe ser estimada, y por tanto no procede la aplicación del tipo agravado del artículo 180-3º EDL 1995/16398, con la consiguiente rectificación de sentencia recurrida. Como tercer motivo, y por el cauce de la Infracción de Ley del núm. 1 del art. 849 EDL 1882/1 se denuncia la no aplicación al recurrente de la eximente completa o incompleta del art. 20-1º del Código Penal EDL 1995/16398. El recurrente, según consta en el factum, vivía en acogimiento en casa del párroco, siendo persona desarraigada, huérfano desde la infancia"....época en la que fue objeto de abusos sexuales por adultos....", presentando una tendencia a relaciones sexuales con niños"....sin que dicho comportamiento afecte a su inteligencia y voluntad.....".

Tres son las reflexiones de la Sala en relación al presente motivo.

La primera está conectada con la importancia del aprendizaje de comportamientos sociales correctos en la infancia y adolescencia, el presente caso resulta ilustrativo de como se transmiten y reproducen por el agresor en su madurez, situaciones que él mismo sufrió como víctima durante la infancia, lo que resulta especialmente relevante en esta materia de delitos contra la libertad sexual así como en la violencia familiar y la necesidad de transmitir desde aquella temprana edad los valores que protegen la libertad y dignidad de las personas.

La segunda, ya directamente relativa al objeto del motivo tiene por objeto que esta Sala de casación modifique la valoración penal de los informes médicos obrantes en las actuaciones en orden a calificar como eximente completa o incompleta, lo que en la sentencia se califica como atenuante ordinaria.

El motivo no puede prosperar. No puede prosperar porque el cauce casacional utilizado por el recurrente es el núm. 1 del art. 849 EDL 1882/1, que tiene como presupuesto el respeto a los hechos probados, y estos son cuestionados por cuanto recogiéndose la tendencia desviada de Leandro a tener relaciones sexuales con niños, se añade que dicho comportamiento no afecta a su inteligencia y voluntad, lo que resulta claramente incompatible con la pretensión del recurrente de existir un grave déficit en sus facultades intelectovolitivas -supuesto de eximente incompleta-, o una total anulación de las mismas -supuesto de eximente completa-.

La censura que se quiere efectuar, debiera haberse canalizado a través del núm. 2 del art. 849 EDL 1882/1 que se fundamenta en un error en la apreciación de la prueba basado en prueba documental, habiéndose incluido por consolidada doctrina de la Sala, entre otras sentencias números 875/98 de 30 de Abril EDJ 1999/13692 y 278/99 de 19 de Febrero EDJ 1999/1674, dentro de este concepto la prueba pericial. Pero tampoco desde esta perspectiva y cauce podría haber prosperado el motivo pues en su argumentación el recurrente no pone de manifiesto error alguno entre lo informado por los peritos intervinientes -forense, psiquiatra y psicólogo- y lo afirmado en la sentencia, limitándose a afirmar que se le efectuaron pocas entrevistas y que no se le hicieron todas las pruebas recomendadas por la Organización Mundial de la Salud para valorar la deficiencia mental que tiene Leandro, sin ni siquiera especificar cuales se omitieron y que incidencia podía haber tenido.

Todo informe pericial médico en la medida que trata de ofrecer datos que inciden sobre la culpabilidad por el hecho cometido por la persona concernida tiene dos partes: un aspecto biológico o psiquiátrico constituido por una anomalía psíquica que tiene que ser ofrecido por los peritos informantes y un aspecto normativo, referente a la incidencia que dicha alteración o anomalía pueda tener en la capacidad de comprender la ilicitud del hecho -elemento intelectual-, o en la decisión de querer y aceptar su ejecución -elemento volitivo-. Pues bien, sobre este aspecto normativo del informe la valoración que debe efectuarse es estrictamente jurídica correspondiendo efectuarlo al Tribunal sentenciador, quedando concretado el control casacional de la prueba pericial, precisamente a la valoración jurídica que haya efectuado la Sala sentenciadora, es decir a su estructura racional y conclusiones alcanzadas dado el contenido y naturaleza de la anomalía o alteración detectada por los peritos médicos. En tal sentido, sentencia de esta Sala núm. 1392/2000 de 19 de Septiembre EDJ 2000/27869.

Desde esta perspectiva la decisión de la Sala de instancia de aceptar solo una atenuante analógica de conformidad con el art. 21-6º EDL 1995/16398 en relación con el artículo 20-1º EDL 1995/16398 -Fundamento Jurídico noveno- al reconocerse la existencia de una inclinación sexual hacia los niños sin que se traduzca en un déficit importante en su facultad de saber y querer, como se reconoce en el factum, aparece como conclusión totalmente razonable a la vista de los informes médicos y por tanto ayuna de toda arbitrariedad.

La decisión, por otra parte se encuentra en la línea de la doctrina de esta Sala que, en concreto, en relación a la pedofilia o paidofilia tiene declarado que supone una limitación de las facultades del control de los impulsos en actos tendentes a la satisfacción sexual con menores, no afectando a la capacidad cognoscitiva -Sentencia de 28 de enero de 1997 EDJ 1997/453-, sin que, como ya se ha dicho, se haya detectado grave limitación en dicho control de impulsos en los hechos sometidos a la presente censura casacional.

La tercera reflexión guarda relación con la conveniencia de adoptar, en su caso, en fase de ejecución de sentencia y de acuerdo con el procedimiento previsto en el art. 97 del Código Penal EDL 1995/16398 y concordantes, alguna de las medidas de seguridad previstas en el vigente Código Penal EDL 1995/16398, una vez que se ha abierto por parte de esta Sala el sistema binario de penas y medidas de seguridad para los supuestos de concurrencia de atenuante ordinaria, ampliando de este modo las previsiones del art. 104 del Código Penal EDL 1995/16398 -Sentencia número 628/2000 de 11 de Abril EDJ 2000/4635-, siendo precisamente a través de las medidas de seguridad, con preferencia a la pena de prisión, que puede alcanzarse una rectificación y reforma de tal comportamiento delictivo. Como consecuencia de todo lo razonado, procede la desestimación del motivo.

El cuarto y último motivo, por el cauce del art. 849-2º EDL 1882/1 se denuncia un error en la valoración de la prueba fundado en prueba documental en relación al hecho D del factum que refiere una fisura anal causada al menor Angel sobre las 21,30 horas del día 5 de Enero.

El pretendido error se quiere fundamentar en la frase que consta en el informe obrante al folio 4"....fisura anal a las 12 horas...". A esta frase le da el recurrente un sentido cronológico de lo que se derivaría un error en la data de la lesión y de la agresión sexual que se situaría el 10 de Enero y no el 5 de enero como se afirma en el factum.

El debate que se suscita con el presente motivo es una cuestión nueva que no fue objeto de cuestionamiento en la instancia, lo que ya de por sí llevaría a la inadmisión del motivo dado el tratamiento que esta Sala da a las cuestiones nuevas planteadas en casación -Sentencias números 162/96 de 23 de Febrero EDJ 1996/961, 21 de Septiembre de 1996, 11 de Junio de 1997, 24 de Enero de 2000 EDJ 2000/477, 26 y 30 de Junio de 2000 EDJ 2000/18344, entre otras-.

Por lo demás, consignar que las lesiones anales se suelen localizar corporalmente en lenguaje médico siguiendo el giro de las agujas del reloj, y en ese sentido ha de interpretarse la frase"....a las 12 horas....".

El motivo debe ser desestimado.

SEGUNDO.- Admitido penalmente el segundo de los motivos, deben declararse de oficio las costas del recurso de conformidad con el art. 901 LECriminal.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por la representación legal de Leandro contra la sentencia de 21 de Diciembre de 1999 dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba EDJ 1999/52191 por estimación parcial del segundo de los motivos, y en consecuencia casamos y anulamos dicha sentencia la que será sustituida por la que seguida y separadamente se va a dictar.

Se declaran de oficio las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución y la que seguidamente se va a dictar a las partes y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Córdoba, con envío de las actuaciones e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Luis-Román Puerta Luis.- Roberto García-Calvo y Montiel.- Joaquín Giménez García.- Juan Saavedra Ruiz.- José Aparicio Calvo-Rubio.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Noviembre de dos mil.

En la causa instruida por el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Córdoba, Sumario 3/99, seguida por delito de agresión sexual, contra Leandro, con D.N.I. núm...., natural de Madrid, nacido el 14 de Julio de 1956, hijo de Lucas y de Valentina, sin antecedentes penales y libertad provisional por esta causa; se ha dictado sentencia EDJ 1999/52191 que ha sido CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en el día de hoy, por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen y bajo Ponencia del Excmo. Sr. D. JOAQUIN GIMENEZ GARCIA, se hace constar lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO.- Se aceptan los de la sentencia recurrida EDJ 1999/52191 incluidos los hechos probados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por los razonamientos contenidos en la sentencia casacional, los hechos declarados probados en el apartado A) de los hechos probados son constitutivos de un delito de agresión sexual en la forma cualificada de penetración bucal de los artículos 178 y 179 del Código Penal EDL 1995/16398 en relación al acto padecido por el menor Angel, y de un delito de agresión sexual básico del artículo 178 respecto del menor José; los del apartado B) son legalmente constitutivos de un delito de agresión sexual básico del artículo 178 del Código Penal; los del apartado C) son legalmente constitutivos de dos delitos de agresión sexual básico del art. 178 respecto de los menores Angel y Julián; los del apartado D) son legalmente constitutivos de un delito de agresión sexual cualificado de los artículos 178 y 179 EDL 1995/16398 en grado de tentativa, respecto del menor Angel con aplicación de los artículos 16 EDL 1995/16398 y 62 del Código Penal EDL 1995/16398 y los del hecho E) son legalmente constitutivos de un delito de agresión sexual en su forma cualificada de los artículos 178 y 179 en relación al menor Angel.

En relación a las penas a imponer, estas serán las correspondientes a los delitos de agresión sexual tipo básico o cualificado, pero sin la agravación del art. 180-3º EDL 1995/16398 que por las razones ya explicitadas en la sentencia casacional no es de aplicación, y en tal sentido, los hechos del apartado A) del factum deben ser sancionados con la pena de seis años de prisión en relación al delito cometido sobre el menor Angel y de un año de prisión en relación al delito cometido sobre el menor José. Los hechos del apartado B) del factum deben ser sancionados con la pena de un año de prisión en relación al delito cometido sobre la menor Cristina. Los hechos del apartado C) del factum deben ser sancionados con la pena de un año de prisión por cada delito cometido sobre el menor Angel y sobre Julián, en total 2 años.

Los hechos del apartado D) del factum deben ser sancionados con la pena de tres años de prisión por el delito cometido sobre el menor Angel. Los hechos del apartado E) del factum deben ser sancionados con la pena de seis años de prisión por el delito cometido sobre el menor Angel.

En la determinación judicial de las penas, se han impuesto las mínimas, lo que dispensa de la oportuna motivación por ser mera aplicación de la Ley, salvo en lo relativo al delito en tentativa del apartado D, que según el art. 62 EDL 1995/16398 exige la imposición de la pena inferior en uno o dos grados, esto es de tres a seis años o de un año y seis meses a tres años. En atención al grado de ejecución constatado y que se objetivó en una fisura anal de carácter leve, se acuerda individualizar la pena reduciendo solo en un grado la misma e imponiéndola en el mínimo, esto es, en tres años. Como pena accesoria corresponderá la de inhabilitación especial de acuerdo con el art. 56 del Código Penal EDL 1995/16398 .

SEGUNDO.- Se mantienen el resto de los pronunciamientos de la sentencia casada EDJ 1999/52191 no afectados por la rectificación expuesta y en tal sentido mantenemos los pronunciamientos civiles acordados en favor de los menores, y la absolución por los restantes delitos así como del responsable civil subsidiario, manteniendo la condena en costas.

TERCERO.- Como ya se advirtió en el estudio del segundo motivo, dejamos apuntada la posibilidad de que en ejecución de sentencia pueda acordarse la adopción de alguna de las medidas de seguridad previstas en el Código Penal, en los términos previstos en el art. 105 del Código Penal EDL 1995/16398 , dada la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica apreciada en la sentencia y de acuerdo con el procedimiento previsto en el art. 97 EDL 1995/16398 .

FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Leandro como autor criminalmente responsable de los delitos de agresión sexual ya definidos con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad, atenuante analógica sexta del artículo 21 EDL 1995/16398 en relación con la primera de dicho artículo y primera del artículo 20 EDL 1995/16398 a las penas siguientes:

Por el hecho A) del relato de hechos probados seis años de prisión y un año de prisión.

Por el hecho B) del relato de hechos probados un año de prisión.

Por el hecho C) del relato de hechos probados un año de prisión por cada delito, en total dos años de prisión.

Por el hecho D) del relato de hechos probados tres años de prisión.

Por el hecho E) del relato de hechos probados seis años de prisión.

Como pena accesoria acordamos la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena.

Se mantienen el resto de los pronunciamientos de la sentencia no afectados por la presente resolución incluida la imposición de las costas de la primera instancia.

Notifíquese esta sentencia en los mismos términos que la anterior.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Luis-Román Puerta Luis.- Roberto García-Calvo y Montiel.- Joaquín Giménez García.- Juan Saavedra Ruiz.- José Aparicio Calvo-Rubio.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.