



Roj: **STS 2670/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:2670**

Id Cendoj: **28079120012019100458**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/07/2019**

Nº de Recurso: **1334/2018**

Nº de Resolución: **378/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 1334/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 378/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Pablo Llarena Conde

D^a. Susana Polo Garcia

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 23 de julio de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación 1334/2018 interpuesto por Luis María , representado por la procuradora DOÑA ROCÍO BLANCO MARTÍNEZ bajo la dirección letrada de DON JUAN MOLPECERES PASTOR y por el MINISTERIO FISCAL, contra la sentencia dictada el 5 de marzo de 2018 por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Primera , en el Rollo de Sala Procedimiento Abreviado 114/2017-S, en el que se condenó al recurrente como autor penalmente responsable de un delito de corrupción de menores, en su modalidad de utilización de menores de edad para la elaboración y difusión de materiales pornográficos del artículo 189, 1. a) y b), y 3. a) del Código Penal , en la redacción de la ley orgánica 5/2010, de 22 de junio, vigente al tiempo de los hechos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de DIRECCION000 incoó Diligencias Previas por delito de abusos sexuales, contra Luis María , que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Primera. Incoado el Procedimiento Abreviado 114/2017, con fecha 5 de marzo de 2018 dictó sentencia n.º 128/2018 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

" **PRIMERO.**- Ha resultado probado y así se declara expresamente que Luis María , con D.N.I. NUM000 , mayor de edad y sin antecedentes penales, convivía con su familia en el domicilio sito en CALLE000 - NUM001 de



la Cañada, de la localidad de DIRECCION000 (Valencia), encontrándose entre los convivientes sus hermanos menores de edad Eulogio y Evaristo , nacidos el NUM002 .06.

El acusado, al menos durante el primer semestre de 2014, aprovechando la circunstancia de que en ocasiones se quedaba a cargo de sus hermanos menores, los utilizó para realizarles diferentes fotografías de contenido sexual en las que se aprecia como el acusado tocaba los genitales de éstos, colocaba su pene en las nalgas de los menores y lo ponía pegado a la boca de éstos.

El acusado posteriormente, utilizaba las fotos que había hecho a sus hermanos para difundirlas a través de la red social TUENTI, pero además recibía material de contenido pornográfico de menores de otros sujetos no identificados, a quienes también les enviaba material pornográfico de menores. El intercambio de archivos el acusado lo realizaba utilizando la IP NUM003 , que correspondía a la vivienda donde el mismo residía con sus hermanos.

En fecha 11.6.14 se llevó a cabo entrada y registro en el domicilio donde se ocuparon discos duros, que tras su oportuno análisis verificaron que contenía material pornográfico de menores

SEGUNDO.- Luis María tiene diagnosticado un trastorno Bipolar tipo 1 o trastorno afectivo bipolar, dicha patología tiene carácter crónico y altera las capacidades intelectivas y volitivas del individuo en períodos de crisis, dándose la circunstancia de que en el momento de los hechos había sufrido una reagudización de su patología grave con síntomas psicopáticos, siendo dicho estado compatible con una alteración grave de sus facultades intelectivas y volitivas.

Los legales representantes de los menores no reclaman.

En fecha 6.3.15 el Ministerio Fiscal interpuso denuncia por estos hechos."

SEGUNDO. - La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

"ABSOLVEMOS a Luis María , de los dos delitos de corrupción de menores por los que viene acusado, por concurrir la circunstancia eximente de anomalía o alteración psíquica; y le imponemos la medida de internamiento en centro adecuado a su patología durante un máximo diez años, cinco años por cada uno de ellos, si fuera necesario.

Le imponemos asimismo la medida de libertad vigilada durante 5 años, a cumplir simultáneamente con el internamiento, consistente en seguir tratamiento psiquiátrico, (art. 106.1.k); prohibición de desempeñar actividades que conlleven un contacto regular y directo con menores de edad, sean o no retribuidas (art. 106.1.i); y prohibición de aproximarse a una distancia no inferior a 300 metros a sus hermanos Eulogio y Evaristo , a su domicilio, centro de estudios o cualquier lugar frecuentado por éstos (art. 106.1.e).

ABSOLVEMOS a Luis María , de los dos delitos de abuso sexual, por los que también venía acusado.

Imponemos al condenado el pago de la mitad de las costas y declaramos de oficio la otra mitad."

TERCERO. - Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal de Luis María y el MINISTERIO FISCAL, anunciaron su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO. - El recurso formalizado por el Ministerio Fiscal, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN, Único. - Por infracción de ley, al amparo del número 1 del artículos 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por inaplicación indebida del artículos 183. 1 y 4 d) del Código Penal .

El recurso formalizado por Luis María , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN,

Primero. - Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por aplicación indebida del artículos 101 del Código Penal en relación con los artículos 6.1 , 9.1 y 96 todos ellos del mismo cuerpo legal .

Segundo. - Por infracción de ley, al amparo del artículos 849.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por aplicación indebida del artículos 101 del Código Penal , en relación los artículos 6.1 , 95.1 y 96, también del Código Penal .

QUINTO. - Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en escrito de 26 de junio de 2018, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo los motivos del recurso de Luis María e interesó su desestimación.

Del mismo modo, la representación procesal de Luis María , solicitó la inadmisión del recurso del Ministerio Fiscal e impugnó de fondo los motivos del Recurso del Ministerio Fiscal e interesó su desestimación.



Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 10 de julio de 2019 que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso del MINISTERIO FISCAL

PRIMERO. - 1. En la sentencia de primera instancia la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valencia ha declarado la comisión por el acusado, Luis María , de dos delitos de utilización de menores para la elaboración y difusión de material pornográfico pero se le ha absuelto de tales infracciones por la apreciación de la eximente de enajenación mental. Frente a ese pronunciamiento han recurrido tanto el Ministerio Fiscal como la defensa del acusado. Comenzaremos dando respuesta al recurso interpuesto por el Ministerio Público.

2. En el escrito impugnatorio y mediante un único motivo de casación se censura la sentencia por el cauce previsto en el artículo 849.1 de la LECrim , invocando la inaplicación del artículo 183.1 y 4 d) del Código Penal .

Se aduce que los hechos declarados probados no sólo reflejan el delito de utilización de menores para la elaboración y difusión de material pornográfico sino que describen también dos delitos de abusos sexuales continuados sobre los dos menores concernidos en las conductas punibles que deberían haber sido atribuidos al acusado para la imposición de la correspondiente medida de seguridad. En este sentido se alega que el delito de abusos sexuales no precisa como elemento del tipo la concurrencia de ánimo libidinoso en el autor y que el delito se comete con independencia de que la víctima perciba el abuso, siendo irrelevante que estuviera o no dormida en el momento de su realización para que se produzca la lesión del bien jurídico protegido. El Ministerio Fiscal cita en apoyo de su tesis distintas sentencias de esta Sala y considera que los argumentos utilizados por la sentencia de instancia para excluir el delito previsto en el artículo 183 del Código Penal no son admisibles.

3. Anticipamos que el recurso debe ser estimado.

En el relato fáctico de la sentencia impugnada se declara probado, entre otros extremos que *"el acusado, al menos durante el primer semestre de 2014, aprovechando la circunstancia de que en ocasiones se quedaba a cargo de sus hermanos menores, los utilizó para realizarse distintas fotografías de contenido sexual en las que se aprecia como el acusado tocaba los genitales de éstos, colocaba su pene en las nalgas de los menores y lo ponía pegado a la boca de éstos"*.

El hecho de tocar los genitales de los menores, colocar el pene sobre sus nalgas o pegados a sus bocas mientras dormían constituyen actos de inequívoco contenido sexual, como el propio relato de la sentencia indica, por lo que tales actos pueden ser subsumidos en el concepto penal de abuso sexual a que se refiere el artículo 183 Código Penal vigente al tiempo de los hechos.

En la actual redacción del Código Penal, introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se define la conducta típica como todo *"acto de carácter sexual"* y en el texto anterior, vigente al tiempo de los hechos, se definía la conducta con un giro lingüístico más conceptual, como *"todo acto que atente contra la indemnidad sexual"* . Y esta Sala en numerosas sentencias, de la que es uno de sus últimos exponentes la STS 31/2019, de 29 de enero , precisó esa abstracción indicando que el abuso sexual consiste en un *"[...] contacto corporal o tocamiento impúdico o cualquier otra exteriorización o materialización con significante sexual [...]"*.

Por lo tanto, y frente a lo que se indica en la sentencia, el juicio histórico refiere unos hechos que pueden ser subsumidos en la conducta típica del artículo 183 del Código Penal .

4. Para la calificación jurídico-penal del hecho se objeta que el autor no tuvo ánimo libidinoso cuando llevó a cabo su conducta. En la sentencia de instancia se justifica esa inferencia afirmando que *"el acusado llevó a cabo estas acciones para tomar fotografías, con la finalidad de ganarse la confianza de los miembros del club, por cuyas actividades sentía un interés obsesivo que le llevó incluso a viajar a Madrid, donde pensaba que residían, para identificarlos y conocerlos. Todo ello en el marco de unas ideas delirantes sobrevaloradas y megalománicas, de tipo salvífico y mesiánico"*.

Pues bien, esta Sala se ha pronunciado también en reiteradas ocasiones indicando que en el delito de abuso sexual el ánimo libidinoso, aunque es normal que concurra, no es un requisito del tipo y, por tanto, su inexistencia no determina la ausencia de tipicidad de la conducta.

Sirva de ejemplo la STS 897/2014, de 15 de diciembre , con cita de otra anterior número 494/2007, de 8 de junio, en la que se afirmaba que *"(..) el tipo subjetivo exige el conocimiento de la naturaleza sexual del acto que se ejecuta, lo que implica, a su vez, la conciencia de afectación del bien jurídico. Tradicionalmente se ha requerido*



la concurrencia de un ánimo tendencial consistente en el llamado ánimo libidinoso o propósito de obtener una satisfacción sexual. Generalmente, tal ánimo concurrirá en la conducta del sujeto, pues es precisamente la que lo explica. Sin embargo, no puede descartarse la posibilidad de ejecución de actos que por su propia naturaleza o contenido son claramente atentatorios a la libertad o indemnidad sexual de la víctima, en los que, sin embargo, el propósito del autor sea diferente al antes referido. En estos casos, la conducta objetiva es suficiente para entender cumplidas las exigencias del tipo, pues sin duda se afecta a la libertad sexual de la víctima. Desde el aspecto subjetivo, para afirmar el dolo basta con el conocimiento del peligro creado con la acción, de manera que sea suficiente que el autor conozca que su conducta, por su propia naturaleza, puede afectar negativamente a la libertad o indemnidad sexual de la víctima (...).

El delito de abuso sexual, por tanto, no exige la concurrencia de "ánimo libidinoso", que puede faltar cuando se comete un abuso sexual, por ejemplo, por odio o venganza o, como en este caso, cuando se realiza la acción por el deseo de integrarse en un grupo. Lo que se precisa en el plano subjetivo es que la actuación sea dolosa, lo que ocurre cuando el agente conoce la naturaleza sexual del acto que voluntariamente ejecuta y es consciente de la afectación del bien jurídico.

En este caso no ofrece duda que la conducta fue dolosa y que el autor conocía la significación antijurídica de su acción y buena prueba de ello es que los abusos sexuales, como la propia sentencia establece de forma implícita, estaban vinculados a otra conducta lesiva para la indemnidad sexual, como la elaboración y publicación de material pornográfico, por la que el autor sí fue condenado.

La sentencia justifica la condena por el delito de elaboración de material pornográfico en la propia declaración del acusado, al reconocer que realizó sus acciones sabiendo que estaban vinculadas con prácticas sexuales. El conocimiento de la significación antijurídica de su acción estuvo presente cuando realizó los abusos y el propio relato fáctico señala que el autor aprovechó precisamente que los menores estuvieran solos y en su compañía para realizar las fotografías y los tocamientos. La sentencia de instancia no excluye la actuación dolosa y lo que pone en valor únicamente es la ausencia de ánimo libidinoso, cuestión que carece de relevancia para la subsunción normativa del hecho en el delito del artículo 183 del Código Penal .

5. La última de las razones por las que la sentencia de instancia consideró improcedente la condena por el delito de abusos sexuales es la ausencia de lesión del bien jurídico, dado que los menores no fueron conscientes de los abusos porque estaban dormidos.

Como se ha indicado en otras sentencias, como la reciente STS 116/2019, de 5 marzo , esta Sala ya ha establecido en la STS 988/2016, de 11 de enero , que "[...] la indemnidad sexual equivale a la intangibilidad, constituyendo una manifestación de la dignidad de la persona y tutelando el derecho al correcto desarrollo de la sexualidad, sin intervenciones forzadas, traumáticas o solapadas en la esfera íntima de los menores que pueden generar huellas indelebles en su psiquismo. La actuación del acusado, efectuando tocamientos en las partes íntimas de los menores mientras éstos dormían, afecta a su indemnidad sexual, pues el sueño no excluye totalmente la sensibilidad, ni cabe excluir que los tocamientos les despertasen o, en cualquier caso, les dejasen recuerdos y sentimientos que perjudicasen su desarrollo, generando temores más o menos conscientes, que vinculasen la sexualidad con la indefensión y el abuso [...]".

El abuso sexual lesiona la indemnidad sexual de la víctima aun cuando ésta no perciba la conducta lesiva. La sanción de la conducta no puede depender de que la víctima sea consciente de la acción. Su dignidad resulta agravada cuando se produce la conducta abusiva, con independencia de que en el momento de su comisión esté dormida o no esté consciente, por lo que no puede afirmarse que en este caso no haya habido lesión del bien jurídico protegido por el delito.

6. Como consecuencia de lo que se acaba de exponer el recurso del Ministerio Público ha de ser estimado y debe atribuirse al acusado la comisión de dos delitos continuados de abusos sexuales tipificados en el artículo 183.1 del Código Penal vigente al tiempo de los hechos.

Sin embargo, concurriendo la eximente de enajenación mental, procede decretar la libre absolución por estos delitos con imposición de las medidas de seguridad que correspondan, lo que se determinará en ejecución de sentencia.

La estimación del recurso no precisa en este caso de la modificación de los hechos probados, ni exige una nueva valoración de las pruebas practicadas ante el Tribunal. Se ha procedido únicamente a un juicio de subsunción normativa distinto del realizado por la sentencia de instancia, con exclusión de un elemento subjetivo (ánimo libidinoso) que el tipo pena aplicado no exige.

7. En el presente caso la determinación de los efectos de la sentencia de casación plantea algunas incertidumbres dado que el fallo dictado en la sentencia impugnada no ha sido recurrido por lo que nos limitaremos a establecer las consecuencias derivadas de la atribución de dos delitos continuados de



abuso sexual y de su consiguiente absolució, dejando subsistentes los pronunciamientos de la sentencia impugnada.

Pues bien, de conformidad con el Acuerdo no jurisdiccional de 31 de marzo de 2009, aplicado en la STS124/2012, de 6 de marzo, el límite de cumplimiento de la pena de internamiento se cifra en el límite máximo de la pena abstracta correspondiente al delito cometido que en este caso se concreta en SEIS AÑOS por cada uno de los delitos.

El delito en cuestión lleva aparejada la imposición de la medida de libertad vigilada, una vez finalizado, en su caso, el periodo de internamiento y dado que el Ministerio Fiscal interesó una duración máxima de DIEZ AÑOS y la sentencia impugnada ya ha fijado un periodo de cinco años, procede fijar esa duración en otros CINCO AÑOS.

Recurso interpuesto por Luis María

SEGUNDO . - 1. El sujeto pasivo del proceso ha recurrido la sentencia de primera instancia por el cauce de la infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim y denunciando la indebida aplicación del artículo 101 del Código Penal, en relación con los artículos 6.1, 95.1 y 96 del Código Penal.

El recurso se articula a través de dos motivos que responden a una unidad argumental, pero que van a ser objeto de tratamiento diferenciado, para una mejor claridad de la exposición. En el primer motivo se denuncia que la resolución judicial combatida ha impuesto una medida de internamiento sin motivación porque no ha justificado su decisión en la probabilidad de comisión de nuevos delitos. El recurso, como tendremos ocasión de justificar a continuación, debe ser estimado parcialmente.

2. La mayor parte de los sistemas penales vigentes pueden ser calificados de dualistas ya que junto a las penas, como respuesta a la comisión de delitos, estatuyen también medidas de seguridad posteriores al delito cuando el sujeto activo del delito presenta determinados componentes en su personalidad que revelan una peligrosidad delictiva, con probabilidad de reiteración y, además, que requieren un tratamiento especial, derivado de sus especiales condiciones personales (SSTS 345/2007, de 24 de abril, 1019/2010, de 2 de noviembre o 124/2012, de 6 de marzo, entre otras). A tenor del artículo 6.1 del Código Penal esas medidas "se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito", si bien el propio Código establece la sujeción de tales medidas al principio de legalidad ya que el artículo 2.1 de su texto dispone expresamente que "las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente en la ley".

El sistema dualista a que nos acabamos de referir trata de coordinar el sentido clásico de la pena, como respuesta o reacción destinada a compensar la culpabilidad del sujeto, con la medida de seguridad que es una reacción distinta que prescinde como fundamento de la culpabilidad y que se asienta en el principio de peligrosidad. La medida de seguridad, por tanto, es una respuesta frente al delito cometido por una persona sin capacidad de culpabilidad o con una capacidad notablemente disminuida que tiene como fundamento la peligrosidad puesta de manifiesto por la comisión del hecho punible y que trata de prevenir la comisión de nuevos delitos.

Tal y como señala la STS 728/2016, de 30 de septiembre, con cita de otra anterior (STS 603/2009, de 11 de junio, entre otras) la doctrina de esta Sala viene destacando que la imposición de este tipo de medidas precisa de tres exigencias: a) La comisión de un hecho previsto como delito (art. 95.1 Código Penal); b) La condición de inimputable (arts. 101.1, 102.1, 103.1 y 105 Párrafo 1) o semi-imputable (art. 99 y 104) de su autor y c) La acreditación de una probabilidad de comisión de nuevos delitos por el mismo, es decir, la apreciación de una objetiva peligrosidad delictiva del autor, que -como se destaca en la STS 482/2010, de 4 de mayo - resulta oportuno evaluar desde un doble juicio: i) el diagnóstico de peligrosidad, que se fundaría en el actuar peligroso para la sociedad, ya patentizado por la satisfacción del primero de los requisitos indicado (art. 6.1 del Código Penal), pero de distinto alcance según la naturaleza y circunstancias del delito cometido y ii) el pronóstico de comportamiento futuro, que supone una evaluación de las posibilidades de que el observado vuelva a cometer hechos dañinos para la sociedad, según se recoge en el art. 95.1.2º del Código Penal.

No obstante, para la concreta imposición de la medida de seguridad de internamiento, por su naturaleza privativa de libertad, viene a añadirse la exigencia de que el delito cometido tenga asignada una pena privativa de libertad (arts. 6.2, 95.2, 101.1, 102.1, 103.1 y 104.1) y que se justifique tal privación. Una justificación que exige el mayor compromiso valorativo del juez, considerando la constante doctrina constitucional que impone un deber reforzado de motivación en todos aquellos supuestos en los que el pronunciamiento judicial afecte a derechos fundamentales (SSTC 86/1995, 128/1995, 62/1996, 170/1996, 175/1997 ó 200/1997 entre muchas otras) o cuando la resolución atañe "de alguna manera a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico" (STC 81/1997, con cita STC 2/1997).



Esta Sala también viene destacando que la adopción de este tipo de medidas precisa, de un lado, la existencia de una recomendación terapéutica o educativa que muestre la mejor validez del internamiento para la búsqueda de la salud, la rehabilitación o la reinserción social del delincuente por un lado y, por otro, la necesidad fundada de su adopción para una eficaz protección de la víctima o del colectivo social, en atención a la propia peligrosidad del autor del delito (SSTS 345/2007, de 24 de abril y 124/2012, de 6 de marzo). A ambas exigencias se refieren los artículos 101.1 , 102.1 y 103.1 del Código Penal cuando exigen que se adopten si "fuera necesario".

En la misma dirección el TEDH (sentencia TEDH de 24 de octubre de 1979 - caso Winterwerp -, reiteradas en las de 5 de noviembre de 1981 - caso X contra Reino Unido - y de 23 de febrero de 1984 - caso Luberti -) que la privación de libertad de una persona por razón de un trastorno psíquico y en beneficio tanto de quien lo padece como de la sociedad en su conjunto, se configura como una restricción legítima del derecho a la libertad contemplada en el artículo 5.1.e del CEDH , siempre que se cumplan una serie de exigencias, asumidas por nuestro Tribunal Constitucional (SSTC 112/1988 , 129/1999, de 5-7), que se concretan en: a) Haberse probado de manera convincente la enajenación mental del interesado, es decir, haberse demostrado ante la autoridad competente, por medio de un dictamen pericial médico objetivo, la existencia de una perturbación mental real, b) Que ésta revista un carácter o amplitud que legitime el internamiento y c) Dado que los motivos que originariamente justificaron esta decisión pueden dejar de existir, es preciso averiguar si tal perturbación persiste y en consecuencia debe continuar el internamiento en interés de la seguridad de los demás ciudadanos, es decir, no puede prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo.

La STS 728/2016, de 30 de septiembre , añade que es evidente que la legitimación del internamiento pasa así por la evaluación judicial de cada caso concreto, lo que entraña apreciar si concurren motivos que justifiquen la privación de libertad y si coexisten con circunstancias que muestren la conveniencia de su adopción. Y si la justificación terapéutica del internamiento descansa en la mayor parte de las ocasiones en que el internamiento facilite, en mejor medida que una atención ambulatoria, una actuación médico-asistencial que favorezcan la curación o la reinserción del enfermo o que prevenga la realización por su parte de actos autolesivos, la justificación preventivo general no sólo precisa que el padecimiento psíquico haya sido determinante en la comisión de la acción delictiva ya perpetrada (diagnóstico), sino la realidad de un pronóstico que debe conjugar, tanto la probabilidad de reiteración de crisis semejantes, como el riesgo de que confluyan de nuevo en graves ataques a bienes jurídicos de singular valor y protección. En todo caso, una justificación del internamiento así analizada, debe además venir acompañada de una ponderación de necesidad, entendida como la adecuada correspondencia entre la limitación del derecho a la libertad que va a imponerse al afectado por un lado y la potenciación que puede lograrse de los beneficios que justifican el internamiento, en confrontación con la satisfacción de estos beneficios que se obtendría dispensando un tratamiento psiquiátrico de un modo menos lesivo para los derechos individuales de enfermo.

3. En el presente caso la sentencia impugnada ha impuesto al acusado "la medida de internamiento en centro adecuado a su patología durante un máximo de diez años, cinco por cada uno de los delitos, si fuera necesario".

La forma en que ha sido redactado el fallo judicial sugiere varios problemas: De un lado, si se ha adoptado algún tipo de medida de seguridad o si se ha deferido la cuestión a la fase de ejecución de sentencia y, de otro lado, si es factible no resolver sobre el internamiento en la sentencia y, por último, si la forma en que se ha redactado la resolución judicial es correcta.

Al primer interrogante habremos de responder afirmando que la sentencia ha remitido la decisión de si procede o no el internamiento a la fase de ejecución, y así se infiere no sólo porque el fallo establece que se adoptará la medida de internamiento "si procediere", sino porque, además, en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia se ha añadido que "sobre esta cuestión se pronunciará el Tribunal en fase de ejecución de sentencia, tras recabar los informes oportunos".

En segundo lugar conviene recordar que los artículos 101 a 103 del Código Penal establecen que "el internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo" y el artículo 105 de la norma penal establece que "en los casos previstos en los artículos 101 a 104 cuando imponga la medida privativa de libertad o durante la ejecución de la misma, el Juez o Tribunal podrá imponer razonadamente una o varias medidas que se enumeran a continuación". Parece deducirse de estos preceptos, aunque el Código Penal no lo diga expresamente, que debe ser en sentencia cuando se fije la medida de internamiento y que, una vez acordado, pueden imponerse las medidas no privativas de libertad, en la misma sentencia o en momento posterior durante la ejecución. Sin embargo y dado que los preceptos citados no establecen un mandato imperativo, si el Tribunal no dispone de elementos de juicio suficientes para determinar qué medida de seguridad es procedente puede deferir la cuestión a la fase de ejecución, mediante



el correspondiente trámite contradictorio, con intervención de las partes y recabando los informes que se estimen procedentes. Lo que en todo caso debe determinarse en la sentencia, y en este caso así se ha hecho, es establecer el límite máximo de cumplimiento.

En el caso sometido a nuestro examen casacional el Tribunal de instancia ha considerado que los informes periciales aportados al juicio, y que en lo fundamental han ido referidos al examen de la **imputabilidad**, son insuficientes para determinar el grado actual de peligrosidad, así como las medidas terapéuticas más eficientes y adecuadas en la actual situación del interesado, a lo que nada cabe objetar. Es de todo punto razonable que se exijan nuevas pericias y que se disponga de la mejor y más actualizada información para determinar la medida de seguridad más apropiada por lo que ninguna censura debe hacerse en este caso porque la cuestión haya sido remitida a la fase de ejecución.

En tercer lugar, no compartimos la expresión formal utilizada en este caso para determinar el límite máximo de cumplimiento. Dado que no se ha adoptado la medida de internamiento y que se ha deferido para la fase de ejecución la determinación de la medida de seguridad que corresponda, la expresión del fallo judicial puede dar lugar a algún equívoco como, por ejemplo, considerar que el criterio judicial es el de acordar el internamiento como regla o criterio prioritario salvo situaciones excepcionales debidamente acreditadas.

El fallo judicial no debe ser entendido en esa dirección. Por el contrario, debe ser entendido en el sentido de que en ejecución de sentencia se adoptará la medida de seguridad que resulte necesaria, bien el internamiento en institución cerrada por tiempo máximo de 10 años, bien cualquiera de las restantes medidas de seguridad, en función de los informes que se aporten al proceso y cumpliendo, en todo caso, con la elemental exigencia de contradicción. Hecha esta salvedad interpretativa, nada debe objetarse al fallo judicial.

TERCERO . - En el segundo motivo de este recurso se denuncia que se haya impuesto la duración máxima posible del internamiento también sin motivación.

Los artículos 101.1 y 102.1 y 103.1 del Código Penal disponen que "el internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo". Sin embargo, el artículo 104.1 que también se refiere a la misma cuestión establece que "en los supuestos de eximente incompleta en relación con los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 20, el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los artículos 101, 102 y 103. No obstante, la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de la pena prevista por el Código para el delito. Para su aplicación se observará lo dispuesto en el artículo 99".

En los tres primeros preceptos se dice que el límite máximo de duración del internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad que se hubiera impuesto al sujeto si hubiera sido declarado responsable, lo que sugiere que para determinar el límite máximo ha de tomarse en consideración la pena asignada al delito con todas las circunstancias que pudieran influir en la individualización judicial de la pena. Pero en el artículo 104.1 se utiliza una expresión legal distinta ya que se dice que la duración máxima del internamiento no podrá exceder de la pena prevista por el Código para el delito, lo que permite sostener, frente al criterio anterior, que el límite máximo vendrá determinado por la pena abstracta establecida por el Código para el correspondiente delito.

En la STS 603/2009, de 11 de junio, se sostuvo que "(...) dada la diferencia de naturaleza, fundamento y finalidad que hay entre las penas y las medidas de seguridad, estimamos que la pena concreta a imponer en el caso para la hipótesis en que haya de aplicarse una eximente (completa o incompleta) no constituye el límite de la duración del internamiento de la medida de seguridad aplicable. Entendemos que tal límite se encuentra en el tope máximo de la pena a imponer habida cuenta del tipo concreto de que se trate, su grado de ejecución (consumación o tentativa), su grado de participación (autoría o complicidad), así como las circunstancias atenuantes y agravantes que pudieran concurrir (siempre que estén desconectadas de aquello por lo que se aplicó la eximente (completa o incompleta)). Ha de calcularse, pues, ese límite máximo de la duración de la medida de seguridad por el límite máximo de la pena a imponer, no por la pena concreta con que se hubiera sancionado de no existir esa eximente. Por eso el órgano jurisdiccional que impone una medida de seguridad consistente en privación de libertad sólo ha de tener en cuenta ese máximo legal posible de duración de la pena si no hubiera habido eximente, y no tiene obligación de determinar en concreto cuál habría sido esa pena de no haber concurrido la eximente (...)".

Ese es el criterio que ha seguido esta Sala en el Acuerdo no Jurisdiccional de 31 de marzo de 2009, en el que acordamos que "la duración máxima de la medida de internamiento se determinará en relación a la pena señalada en abstracto para el delito de que se trate", criterio también asumido por la sentencia de instancia al fijar la pena en el máximo de cumplimiento del delito previsto en el artículo 189. 1 y 3 del Código Penal,



que castiga la utilización de menores para la elaboración y publicación de material pornográfico con pena de 1 a 5 años de prisión.

Por tanto, la fijación de la duración máxima del internamiento, en la hipótesis de que se acordara la medida, viene determinada por un criterio objetivo y dispuesto legalmente, sin que sea necesaria una motivación concreta que valore las circunstancias en cada caso concurrentes, tal y como se sostiene en el escrito impugnatorio.

El motivo se desestima.

CUARTO. - De conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben declararse de oficio las costas procesales derivadas del recurso de casación.

FALLO

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

1º. ESTIMAR íntegramente el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal **y ESTIMAR parcialmente** el recurso de casación interpuesto por Luis María contra la sentencia número 128/2018, de cinco de marzo de 2018, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valencia, anulando y casando dicha sentencia, que será sustituida por otra más conforme a derecho.

2º. DECLARAR de oficio las costas procesales causadas por este recurso.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 1334/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Pablo Llarena Conde

Dª. Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 23 de julio de 2019.

Esta sala ha visto los recursos de casación registrados con el número 1334/2018, contra la sentencia de 5 de marzo de 2018, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia. Sección Primera, por delito de abuso sexual y utilización de menores para la elaboración de material pornográfico, contra Luis María, con DNI NUM000, nacido el día NUM004 de 1991, hijo de Pascual y de Estefanía, domiciliado en DIRECCION001, sin antecedentes penales y en libertad provisional por esta causa.

La citada sentencia ha sido recurrida en casación, y ha sido **casada y anulada parcialmente** por la sentencia dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO. - Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho y Hechos Probados de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda



FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO. - En consonancia con lo argumentado en la sentencia de casación y en relación con el recurso del Ministerio Fiscal procede absolver al acusado de dos delitos continuados de abusos sexuales pero, al concurrir la eximente de enajenación mental ha de imponerse la correspondiente medida de seguridad, fijando el límite de cumplimiento caso de que en ejecución de sentencia se determine que la medida procedentes sea la de internamiento en centro psiquiátrico.

Y en relación con el recurso del Sr. Luis María únicamente procede establecer un criterio interpretativo en orden a la determinación de las medidas de seguridad en fase de ejecución, ya que el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia no precisa de modificación, a pesar de la estimación parcial del recurso de casación.

FALLO

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

PRIMERO. - Absolvemos a Luis María de dos delitos continuados de abusos sexuales pero, concurriendo la eximente de anomalía o alteración psíquica, disponemos que se le imponga la medida de seguridad que resulte procedente, lo que se determinará en ejecución de sentencia previa la tramitación de un incidente contradictorio con intervención de las partes y del Ministerio Fiscal. Si se adoptara la medida de internamiento ésta no excederá de DOCE AÑOS.

En caso de que se imponga la medida de internamiento en centro psiquiátrico se le impone, además, la medida de libertad vigilada a cumplir una vez finalizado el internamiento por tiempo de CINCO AÑOS, conforme a lo establecido en el artículo 106.2 del Código Penal y demás preceptos concordantes.

SEGUNDO. - Se mantienen los restantes pronunciamientos de la sentencia de instancia con la salvedad interpretativa expresada en el fundamento jurídico segundo de la sentencia de casación, párrafo último, a cuyo contenido nos remitimos.

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

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro

Pablo Llarena Conde

Susana Polo Garcia Eduardo de Porres Ortiz de Urbina