

Roj: **STS 3925/2009 - ECLI:ES:TS:2009:3925**Id Cendoj: **28079120012009100601**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **11/06/2009**Nº de Recurso: **11493/2008**Nº de Resolución: **603/2009**Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **AAp Madrid, sección primera, 29-10-2008,
STS 3925/2009**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Junio de dos mil nueve

En el recurso de casación que ante Nos pende, interpuesto por el **Sandra** contra Auto dictado por la Audiencia Provincial de Madrid que declaró el internamiento de la penada en hospital psiquiátrico penitenciario, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte recurrida los acusados representados por la Procuradora Sra. Ramírez Plaza.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 7 de Madrid instruyó sumario con el número 12 de 2.006 contra Sandra y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Primera que, con fecha 29 de octubre de 2.008 dictó Auto que contiene los siguientes HECHOS:

*PRIMERO.- Con fecha de 30 de octubre de 2007 se dictó sentencia en las presentes actuaciones, condenando a Sandra como responsable en concepto de autora de un delito de **homicidio** y de un delito intentado de **homicidio**, con la concurrencia en el primero de la agravante de parentesco y en los dos delitos de la eximente incompleta de alteración o anomalía psíquica, a la pena por el primer delito de cuatro años, once meses y veintinueve días de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y por el segundo delito a la pena de dos años, cinco meses y veintinueve días de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, disponiéndose en el fallo de la sentencia que en ejecución de sentencia se tramitara incidente contradictorio para determinar la conveniencia de someter a la penada a la medida de seguridad prevista en el art. 96.1.2 del CP .*

SEGUNDO.- Firme que devino la sentencia al desestimarse por Auto del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2008 el recurso de casación interpuesto contra ella, se oyó a las partes sobre la conveniencia de aplicar la citada medida de seguridad, habiendo solicitado el Ministerio Fiscal la imposición a la condenada de la medida de seguridad privativa de libertad de internamiento en centro psiquiátrico en atención a la pena privativa de libertad impuesta en sentencia considerada en abstracto.

- 2.- La Audiencia de instancia dictó la siguiente :

*"LA SALA ACUERDA: Como medida de seguridad a ejecutar en los términos del art. 99 del Código Penal , acordar el **internamiento** de la penada Sandra en hospital psiquiátrico penitenciario adecuado a la alteración psíquica que padece para su tratamiento médico, tratamiento cuya duración no podrá exceder de veinte años y que se*





abonará para el cumplimiento de las penas impuestas, para lo cual se oficiará al Centro Penitenciario en el que actualmente se encuentra ingresada para que se verifique su inmediato traslado al mismo.

Notifíquese la presente resolución en la forma señalada en el art. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con instrucción a las partes de que la misma no es firme, y que contra ella cabe interponer recurso de casación, que habrá de prepararse, en la forma prevista por los artículos 854 y 855 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dentro de los cinco días siguientes a su última notificación.

Así, por esta sentencia, firmamos." .

3.- Notificado el Auto a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley, por Sandra, 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.

4.- El recurso interpuesto por la representación de la procesada se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Infracción de precepto constitucional art. 852 LECrim. en relación con el art. 5.4 LOPJ. y estimar infringido el art. 24.1 en relación con el art. 24.2 CE.; Segundo.- Infracción de Ley, por indebida aplicación del art. 96 CP.

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

6.- Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebró la votación prevenida el día 28 de Mayo de 2.009.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El motivo primero por infracción de precepto constitucional, art. 852 LECrim. en relación con el art. 5.4 LOPJ. y estimar infringido el art. 24.1 en relación con el art. 24.2 CE., por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, del principio de legalidad, a un proceso con todas las garantías del principio acusatorio, del principio de inmutabilidad de las sentencias firmes, del principio de seguridad jurídica y del derecho de defensa.

Entiende el recurrente que el auto de 29.10.2008 infringe todos estos principios en cuanto difiere para la ejecución de sentencia la conveniencia o no de aplicar una medida de seguridad que no fue solicitada por la acusación, lo que vulnera el principio acusatorio, al imponerla de oficio, y el principio de legalidad, al hacerlo en ejecución de sentencia, después de dictado el fallo que devino firme, lo que genera indefensión porque no se debatió en el plenario.

Como necesarias premisas fácticas hemos de partir de que en el procedimiento de que dimana la ejecutoria 96/2008 en la que se dictó el auto recurrido, causa 26/2007, Audiencia Provincial de Madrid, Sección Primera, correspondiente al sumario 12/2006, Juzgado de Instrucción nº 7 de Madrid, el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos como constitutivos de un delito de asesinato, del art. 139.1, y de un delito de **homicidio** intentado, arts. 138, 16 y 62, concurriendo en el primero la agravante de parentesco, art. 23 CP, y en relación con los dos delitos, la eximente incompleta del art. 21.1 en relación con el art. 20.1 CP, solicitando las penas de 15 años prisión por el asesinato y 4 años prisión por el **homicidio** intentado.

La defensa, en igual trámite, negó los hechos de la acusación y solicitó la libre absolución de la hoy recurrente, ya que en todo caso estaría exenta de responsabilidad criminal por su estado mental.

La sentencia de fecha 30.10.2007, condenó a Sandra por un delito de **homicidio** y un delito intentado de **homicidio**, con la concurrencia en el primero de la agravante de parentesco y en los dos delitos de la eximente incompleta de alteración o anomalía psíquica, a la pena por el primer delito de cuatro años, once meses y 29 días de prisión, y por el segundo a la pena de dos años, cinco meses y 29 días prisión.

Asimismo como la apreciación de la eximente incompleta puede llevar consigo conforme lo dispuesto en el art. 104 en relación con los arts. 20.1 y 21.2 CP, la imposición de una medida de seguridad de internamiento en Centro Psiquiátrico, la Sala de instancia consideró necesario tanto por la demostrada peligrosidad de la acusada y el riesgo de repetición de conductas como la enjuiciada, que hubiera sido aconsejable la adopción, para conjurar ese peligro y en aras también de un adecuado tratamiento de la anomalía psíquica que padecía Sandra, de la medida de seguridad privativa de libertad prevista en el art. 96.1.2º de internamiento en Centro Psiquiátrico cerrado, pero no habiéndose solicitado tal medida por la acusación y no habiéndose introducido tampoco en el debate, considera que no es posible acordarla de oficio, tal como señaló la STS. 27.10.2000, no obstando siguiendo el criterio mantenido de la STS. 19.1.2000 que entendió que es posible acordarla, difiriendo su concreción al trámite de ejecución de sentencia, acordó tramitar en ejecución de sentencia



incidente contradictorio para determinar la conveniencia de someter a la penada a la medida de seguridad prevista en el art. 96.1.2 CP .

Con estos antecedentes fácticos el motivo debe ser desestimado.

SEGUNDO: En efecto concurriendo los requisitos o circunstancias establecidas en el art. 95 CP , la medida de seguridad debe aplicarse por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos, en el Capítulo Segundo, Título IV, del Libro Primero del Código Penal, y precisamente el art. 104.1 determina que en los supuestos de eximente incompleta, en relación con los números 1, 2 y 3 del art. 20 , el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los arts. 101, 102 y 103 . Se desprende de lo anterior -decíamos en la STS. 730/2008 de 22.10 - que concurriendo la situación de peligrosidad -circunstancias personales del sujeto de las que pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos-, de la que nos ocuparemos en el motivo segundo, la adopción de la medida se revela como necesaria y consecuencia de aquélla, sin estar sujeta su adopción a petición del Ministerio Fiscal, "pues el principio acusatorio no puede regir en relación con las medidas de seguridad, consecuencia de la peligrosidad del sujeto, como si se tratase de la imposición de una pena, sistema dual que opera en planos distintos. Cuestión diferente es que la persona sujeta a las mismas goce del necesario derecho de defensa que ha de resolverse asegurando la vigencia del principio de contradicción".

Siendo éste el criterio seguido en la sentencia de la Audiencia Provincial de fecha 30.10.2007 no pueden entenderse producidas las vulneraciones constitucionales denunciadas, y ello por las dos razones expuestas en la STS. 19.1.2000 antes citada:

1ª. Por la evidencia de la necesidad de aplicar la medida de seguridad que corresponda entre aquellas que el legislador tiene previstas para el caso, no sólo en beneficio de la sociedad, amenazada por la comisión de nuevos delitos, sino también en favor del reo en pro de unas mejores posibilidades para su rehabilitación y inserción social (art. 25.2 CE).

En relación a este extremo debemos destacar como junto al principio de legalidad, tanto en la aplicación como en la ejecución de las medidas de seguridad, y de otros principios que se deducen de la propia literalidad de los preceptos que integran el Título IV del Libro II del Texto legal y otras normas conexas, tales como, el de jurisdicción, tanto en la aplicación como en la ejecución de la medida (arts. 3.1 y 2, 95.1 y 97 C.P.), el de proporcionalidad en relación con la gravedad del hecho cometido y de su sanción punitiva (arts. 6.2, 95.2, 101.1 inciso 2º, 102.1 inciso 2º, 103.1 inciso 2º y 104 inciso 2º CP) o el de obligatoriedad del cumplimiento de la medida impuesta (arts. 100 y 468 CP), adquiere un carácter también esencial, si no incluso prioritario, el de la finalidad terapéutica de la intervención penal para el supuesto del sujeto inimputable, total o parcial, que late como fundamento y objetivo último de este instrumento legal, vinculado a la pena en su función de inserción social por mandato del artículo 25 de la Constitución Española.

2ª. Porque el condenado intervino, debidamente asistido de letrado, en el mencionado incidente que se tramitó en ejecución de sentencia, en el cual pudo alegar lo que estimó conveniente en los mismos términos que la parte contraria.

Razones estas a las que debe añadirse que si el recurrente alude al principio de inmutabilidad de las sentencias firmes y a la necesidad de ejecutarse en sus propios términos, lo cierto es que la sentencia de la Audiencia Provincial en el fallo se recogía expresamente la tramitación en ejecución de sentencia de incidente contradictorio para determinar la conveniencia de someter a la penada a la medida de seguridad prevista en el art. 96.1.2 del CP ., y si bien la parte recurrió en casación dicha sentencia, entre los motivos que articuló -que fueron inadmitidos por auto de 9.6.2008 -: vulneración del derecho a no declarar contra si mismo reconocido en el art. 24 CE , en relación con el art. 416 LECrim ; vulneración de los derechos a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías del art. 24 CP ; infracción de Ley por indebida aplicación del art. 138 CP . e indebida inaplicación del art. 147 CP ; e infracción de Ley en concreto art. 66 CP . en relación a la pena del delito intentado, no hizo referencia alguna a aquel pronunciamiento que, consecuentemente, devino firme y sin posibilidad, por tanto, de ser cuestionado en cuanto a su procedencia, en fase de ejecución de sentencia.

TERCERO: El motivo segundo por infracción de Ley por indebida aplicación del art. 96 CP . ya que en el fallo de la sentencia no se impuso una medida de seguridad, sino una pena privativa de libertad.

Se argumenta al hilo del motivo anterior de que si en el fallo no se impuso expresamente una medida de seguridad (ni en lugar de la prisión, ni añadida a ésta), en ejecución de sentencia no puede añadirse o sustituirse una pena por una medida de seguridad y además las razones aducidas en el auto recurrido para justificar la medida tampoco son ajustadas a derecho, pues la peligrosidad no debe valorarse ahora en ejecución



de sentencia para aplicar el art. 96 y en cuanto al tratamiento de la recurrente, en la cárcel ya está siendo debidamente tratada por los médicos del Centro y su adaptación es bastante buena.

El art. 95.1 dispone: "las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el capítulo siguiente de este Código, siempre que concurren estas circunstancias:

1ª Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito.

2ª Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos".

Del texto anterior podemos extraer los siguientes principios generales de las medidas de seguridad:

1) Post-delictualidad. La existencia de comisión previa de un hecho delictivo -aunque el sujeto no sea plenamente responsable del mismo- resultaba ineludible a partir de la jurisprudencia constitucional (SSTC. 27.11.85, 14.2.86, 19.2.87, 20.7.87), y se recoge, además del ya transcrito art. 95.1, en el artículo 6 del Código Penal "las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, y precisa que esa peligrosidad se exterioriza en la comisión de un hecho previsto como delito".

2) Pronóstico de peligrosidad criminal.

La peligrosidad criminal como fundamento de la aplicación de la medida de seguridad impone la formulación de un pronóstico de comisión de futuros delitos basado en el estado que presenta el sujeto.

La peligrosidad criminal no puede presumirse por el hecho de estar el sujeto en uno de los supuestos de peligrosidad - por ejemplo en el caso que nos ocupa toxicomanía con dependencia o trastorno paranoide de la personalidad- sino que debe ser establecida en el proceso y puede ser objeto de controversia, sin que la aplicación de la medida debe llevarse a cabo de manera automática -la STS. 992/2000 de 2.6, recordó que la imposición de las medidas de seguridad en los casos previstos en el art. 104 CP, es facultativa para el Tribunal-.

Por otra parte, una medida de internamiento que no se basa en la peligrosidad demostrada procesalmente, no puede orientarse a la reinserción del sujeto y se convierte en pura segregación contradiciendo el mandato constitucional.

Desde luego, el juicio de peligrosidad, en tanto que contiene un pronóstico de futuro, resulta más problemático que el juicio de culpabilidad, que se refiere a hechos ya realizados y a la imputación de los mismos a su autor, pero la dificultad no puede conducir a eliminarlo en la aplicación de las medidas.

Reconociéndolo el Código Penal lo establece con carácter general para todas las medidas de seguridad (art. 6 y 95) y de manera específica para las medidas de internamiento, en las que se exige que la privación de libertad sea "necesaria", lo que debe ponerse en relación con la peligrosidad demostrada en la comisión.

En definitiva, resulta de todo punto inexcusable y exigente la comprobación, en cada caso, de la concurrencia de los requisitos ineludibles para la imposición de la medida, cuales son la comisión de un hecho previsto como delito (art. 95.1 CP), la condición de inimputable (arts. 101.1, inciso 1, art. 102.1 inciso 1, art. 103 inciso 1; y art. 105 Párr. 1º CP), o en su caso semiimputable (art. 99 y 104), de su autor y la acreditada probabilidad de comisión de nuevos delitos por éste, es decir, de su peligrosidad delictiva (art. 101.1 y 2 CP). Junto con la circunstancia de que nos hallamos ante una figura delictiva sancionada con pena privativa de libertad (arts. 6.2, 95.5, 101.1, 102.1, 103.1 y 104.1), y de la necesidad fundada de la privación de libertad, a los fines terapéuticos perseguidos con el concreto supuesto de la imposición de la medida de internamiento (arts. 101 a 104 CP).

Por último interesa destacar, en cuanto puede incidir en la duración de las medidas de seguridad privativas de libertad, el distinto fundamento de éstas y de las penas. Como hemos dicho el fundamento de las medidas es la peligrosidad, esto es el peligro de la reincidencia, (art. 6 CP), por lo tanto, prevención, mientras que el de las penas, es la culpabilidad (art. 5 CP), y por lo tanto, represión, sin perjuicio de ciertas funciones preventivas latentes en ellas, y de que las teorías que fundamentan la pena en la prevención especial, o que admiten una unificación de los fines de la pena, tienden a superponer aspectos de la pena con las medidas.

En todo caso, peligrosidad y culpabilidad no suelen coincidir y la relación entre penas y medidas no es una relación en mayor o menor gravedad. Las medidas de seguridad -señala la doctrina más autorizada- no son atenuaciones de la pena, sino instrumentos para lograr fines diferenciados de los de la pena, no obstante las posibles coincidencias que pudieran existir entre las finalidades de una y otra.





Por ello, pena y medida no divergen en el fin, sino en la delimitación de una y otra. Las medidas no están vinculadas en su gravedad y duración a la magnitud de la culpabilidad, sino al principio de proporcionalidad que permite intervenciones más amplias que las autorizadas para las penas.

Aplicando las anteriores consideraciones al caso sometido a nuestra revisión casacional, la Sala de instancia en el auto recurrido estima necesario adoptar la medida de seguridad privativa de libertad prevista en el art. 96.1.2.1 de internamiento en un Centro psiquiátrico por las razones tanto de peligrosidad en cuanto probabilidad de cometer nuevos delitos por la penada ya expuestos en la sentencia -en la que hacia referencia a las circunstancias personales de la procesada, naturaleza de los hechos cometidos, y a su historia medico en el que constaba haber sido ingresada en un Centro psiquiátrico ya en marzo 2004 por conductas violentas hacia su familia- como la necesidad de un tratamiento lo más adecuado posible a su dolencia. Y en cuanto a la duración considera que el limite máximo de la duración de la medida de seguridad debe calcularse por el limite máximo de la pena a imponer en abstracto, no por la pena concreta con que se hubiera sancionado de no existir una eximente, y en base a ello teniendo en cuenta las penas máximas por el **homicidio** consumado (15 años) y por el **homicidio** intentado (10 años), acuerda una duración máxima de la medida de 20 años.

Pronunciamiento que debe ser mantenido.

En primer lugar, la exclusión de la peligrosidad pretendida deviene inaceptable, porque ésta y la justificación de la medida de internamiento se deducen de la propia enfermedad mental que padece. Trastorno de personalidad de tipo paranoide y trastorno por consumo de sustancias tóxicas que precisan de tratamiento farmacológico (Vndral 150; Dorken 25; Solian 200, Seroquel 300; Akineton v. y Metadona 75 mg/día); de la naturaleza y gravedad de los hechos cometidos (**homicidio** en la persona de su abuela e intento **homicidio** de su abuelastro), y de su propio historial medico con antecedentes de ingreso en Centro Psiquiátrico en marzo 2004 por conductas violentas hacia su familia.

En relación a la duración de la medida, a la vista de la cuestión planteada por el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación sobre la aplicación del acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 27.11.2007, en orden a las penas solicitadas erróneamente por la acusación en relación con la vigencia del principio acusatorio, porque frente a la petición fiscal (folio 621 del Tomo IV), pieza ejecución: "atendiendo a los arts. 104.1 en relación con los arts. 101.1 y 2 y 96.2.1, interesa el internamiento por tiempo máximo de las penas privativas de libertad impuestas en sentencia" (en concreto 7 años y 6 meses)", y sin embargo la Sala, en el auto recurrido, impone un internamiento que no podrá exceder de 20 años, es decir, la pena en abstracto, punibilidad que el propio Ministerio Fiscal considera correcta entendiendo que el principio de legalidad es de superior entidad que el acusatorio por la vinculación de éste a aquél, debemos señalar la irrelevancia de tal planteamiento pues aun siendo cierta la petición fiscal antes transcrita, de fecha 22.7.2008, este informe fue ampliado por otro de fecha 14.10.2008, que obra en distintos folios, 627, 623, 629, en el sentido de considerar que debía establecerse un periodo de duración de la medida de seguridad en atención a la pena privativa de libertad impuesta en sentencia considerada en abstracto. STS. 1184/2004 de 18.10, lo que dio lugar a la providencia de la Sala de 15.10.2008, acordando dar traslado del escrito del Ministerio Fiscal ampliando su informe a la penada Sandra, así como a su representación procesal para que en el termino de tres días alegasen lo que a su derecho conviniese (folio 618), tramite que fue cumplimentado en cuanto a la penada el 17.10.2008 /folio 639) y a su letrado vía fax el 16.10.2008 (folio 624), quienes formularon las alegaciones correspondientes, mediante escritos de fecha 22.10.2008, Sandra (folio 642, y de 16.10.2008- presentado el 22.10.2008 (representación procesal, dirección técnica) folios 645 y 646).

Siendo así no puede sostenerse que la Sala de instancia se desviase de la petición del Ministerio Fiscal.

CUARTO: Centrándonos, por tanto, en la duración de la medida de internamiento, el principio de proporcionalidad de las medidas (art. 6 CP), exige como presupuesto de la aplicación de una medida de internamiento que la pena señalada al delito sea privativa de libertad. Dicho presupuesto debe distinguirse de la cantidad o gravedad de la pena privativa de libertad que juega como limite temporal del internamiento.

La "pena-presupuesto" y la "pena-limite" tratándose de eximentes incompletas se establece, como regla especial, en el art. 104: la pena privativa de libertad como presupuesto de la medida debe considerarse "concretamente" (el instrumento solo cabe si "la pena impuesta" es privativa de libertad) lo que conduce, obviamente, a su completa determinación. Ello es explicable si se recuerda que estamos ante un sujeto responsable parcialmente y acreedor de una pena que podría hacerse cumplir sin aplicación de medida alguna.

En cambio, la pena que juega como limite temporal al internamiento de tal eximente incompleta es la pena abstracta señalada al delito (art. 104: su duración no podrá exceder de la "pena prevista" por el Código para el delito). La razón se encuentra en el carácter atenuado de la pena privativa de libertad que, por aplicación de la eximente incompleta habrá resultado en la determinación concreta de la misma. La razón parece clara: la pena se basa en la culpabilidad que aquí estaría disminuida seriamente, lo que aconsejaría una pena -rebajada



en uno o dos grados-. La medida se fundamenta en la peligrosidad que, sin embargo, probablemente se haya incrementado, lo que justificaría una duración superior.

Es decir, que el límite máximo en estos casos no es la pena concretamente impuesta por el Tribunal, sino la que el Código prevé con carácter general, pues no hay referencia alguna al resultado de la individualización.

No de otro modo se ha pronunciado esta Sala refiriéndose a la pena prevista en abstracto en todos los casos de eximentes completas o incompletas, pese a la diferente redacción. STS nº 210712001, de 12 de noviembre .

Por otro lado, hay que señalar aquí dos de las limitaciones expresadas en el art. 6.2 :

1ª. Las medidas de seguridad no pueden resultar más gravosas que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, concepto que no aparece luego desarrollado en los arts. 95 y ss.

2ª. Tampoco pueden resultar de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido. A este límite de duración se refieren los arts. 6.2 y 101 a 104 . Los arts. 101, 102 y 103 dicen que «el internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiera sido declarado responsable»; mientras que el 104 dice que «no podrá exceder de la pena prevista por el código para el delito». Por sus términos literales este artículo 104 se refiere a la pena en abstracto prevista en la ley, Por el contrario los arts. 101, 102 y 103 parecen aludir a la pena concreta que tendría que haberse impuesto en el caso de que no se hubiera aplicado la eximente.

Entendemos que los términos del art. 104 , antes referidos, señalan un límite máximo para la medida de seguridad, en los casos de eximente incompleta de los números 1º,2º y 3º del art. 20 , que coincidirá con el límite máximo de la pena señalada para el delito de que se trate. Adviértase que la norma general del art. 6.2 CP habla de este límite máximo con referencia a la «pena abstractamente aplicable al hecho cometido».

Y esto habrá de tenerse en cuenta también para cuando se aplican estas eximentes con la consiguiente absolucón por su carácter completo.

Es decir, estimamos que no es necesario, tanto en los casos de eximente completa como en los de incompleta, que el juzgado o tribunal determine en concreto en su sentencia qué sanción habría fijado teniendo en cuenta todos los elementos que el CP pone a su disposición para la individualización de la pena, de modo que esta pena en concreto sea el límite máximo que la medida de internamiento no puede rebasar.

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.

STS nº 1648/2002, de 14 de octubre . "Por último, submotivo del apartado B), se alega la indebida aplicación del artículo 101 CP en la medida que el internamiento no puede superar el tiempo de privación de libertad impuesto en la sentencia del Tribunal del Jurado (15 años). Sin embargo, declarada por la Sala de lo Civil y Penal la exención de la responsabilidad penal por haberse estimado la eximente del número primero del artículo 20 CP , aplica la medida de seguridad de internamiento prevista en el artículo 101 del Código Penal que «no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto», fijándose dicho límite en 20 años. La Sala no ha infringido el precepto mencionado que se refiere a la pena correspondiente al delito de que se trate en abstracto y que pudiese haberle sido impuesta si hubiese sido declarado responsable, es decir, de 15 a 20 años de prisión, de conformidad, por otra parte, con lo solicitado por el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas, sin que la Sala de apelación esté vinculada por la pena en concreto impuesta en la primera instancia, pues el hecho probado sobre el que debe proyectarse dicha individualización no coincide en ambas instancias".

STS nº 1939/2002, de 19 de noviembre. "Por ello, esta Sala no ha estimado necesaria, tanto en los casos de eximente completa como en los de incompleta, que el Juzgado o Tribunal determine en concreto en su sentencia qué sanción habría fijado teniendo en cuenta todos los elementos que el Código Penal pone a su disposición para la individualización de la pena. 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".

STS nº 47/2004, de 23 de enero (Asesinato). "Por consiguiente, el motivo tiene que ser estimado, y acordar la medida de internamiento en centro psiquiátrico por tiempo máximo de veinte años, habida cuenta de la psicopatía esquizofrenia que padece, máximo legal imponible, conforme a los artículos 6.2, 16, 62 Y 101 del Código Penal".

STS nº 1170/2004, de 18 de octubre. La STS 1939/2002, de 19 de noviembre es muy clara: «... entendemos que los términos del art. 104, señalan un límite máximo para la medida de seguridad, que coincidirá con el límite máximo de la pena señalada para el delito de que se trate. Adviértase que la norma general del art. 6.2 CP habla de este límite máximo con referencia a la "pena abstractamente aplicable al hecho cometido". Por ello, esta Sala no ha estimado necesaria, tanto en los casos de eximente completa como en los de incompleta, que el Juzgado o Tribunal determine en concreto en su sentencia qué sanción habría fijado teniendo en cuenta todos los elementos que el Código Penal pone a su disposición para la individualización de la pena. 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».

STS nº 345/2007, de 24 de abril. [Citando la STS 1176/2003, de 12 de septiembre]. "Así lo manda dicho código en su art. 10 1.1, que también nos dice el criterio para tal fijación del límite máximo: el tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, pero considerada en abstracto, tal y como lo precisa el art. 6.2 del mismo CP 95 y conforme lo interpreta la circular de la Fiscalía General del Estado al responder a la consulta número 5/1997, de 24 de febrero. Esta referencia a la "pena abstractamente aplicable al hecho cometido", como literalmente se dice en ese art. 6.2, entendemos que ha de referirse a la prevista en el correspondiente artículo definidor del delito teniendo en cuenta lo dispuesto en los arts. 61 a 64 a propósito del grado de ejecución (consumación y tentativa) y de participación (autoría y complicidad) y sin consideración a las circunstancias agravantes o atenuantes de carácter genérico (arts. 21, 22 Y 23)".

STS nº 688/2007, de 18 de julio. 5). "La procedencia de establecer esa consecuencia jurídica a la conducta de Marcos, por el plazo máximo de veinte años que, de acuerdo con las previsiones del artículo 139.3º y las circunstancias concurrentes, establece la Ley, teniendo en cuenta no sólo la gravedad de los hechos sino, lo que es aún más importante, la extrema peligrosidad del sujeto sometido a la medida, a causa de las circunstancias de sus enfermedades psíquicas (esquizofrenia y alcoholismo crónico) y, por ello, abocado con seria probabilidad, como exige el artículo 95.1 23 para la imposición del internamiento, a la repetición futura de actos semejantes. Lo que, por otra parte, debe también hacer extremar la atención de los responsables de la ejecución de tal medida, Tribunal sentenciador, Juez de Vigilancia Penitenciaria y facultativos que le atiendan, para evitar, en todo lo posible, una situación de libertad deambulatoria futura sin las debidas garantías de control, que permita eventuales reproducciones del violento comportamiento antisocial del enfermo!

Criterio éste que, en definitiva, fue el recogido en el reciente Pleno no jurisdiccional de la Sala de 31.3.2009, que adoptó el siguiente acuerdo: "I a duración máxima de la medida de internamiento se determinará en relación a la pena señalada en abstracto para el delito de que se trate".

QUINTO: Por último, las alegaciones de la recurrente en su escrito de 13.2.2009 cumplimentando el trámite del art. 882.2 LECrim, en relación a que el pronóstico de peligrosidad es una presunción en contra del reo y agravar la pena con una medida de seguridad implica necesariamente una infracción del principio non bis in idem, pues al fin y al cabo no hay diferencia entre estar en un psiquiátrico y estar en la cárcel, dado que en ambos casos se está privado de libertad, devienen inaceptables. Por varias razones:

a) Supone olvidar la finalidad terapéutica de la medida de internamiento y que los límites de su duración son siempre máximos y, por tanto, no son irreversibles o inmodificables, cesando el internamiento cuando conste la curación o desaparición de la peligrosidad del sujeto (STS. 22.1.2001), por cuanto la gravedad del delito puede ser un dato para el diagnóstico de la peligrosidad y fijación del tratamiento, pero no tiene, necesariamente, que tener el mismo valor decisivo en la fijación de la consecuencia jurídica -la medida- que cuando se trata de aplicar una pena.

Por ello el control que deben ejercer los Jueces y Tribunales, según el art. 3.2 CP, sobre la ejecución de la medida, supone, de una parte, el imperativo de que las medidas no puedan exceder -art. 6.2 - el límite de





lo necesario para prevenir la peligrosidad del sujeto, y de otra, la lógica precisión de que la medida resulte adecuada al grado y a la índole de la peligrosidad, y como consecuencia de aquel imperativo y de esta exigencia, la necesidad de individualizar al máximo y permanentemente la medida. De ahí que el art. 97 CP, modificado por LO. 15/2003 de 25.11, obligue al Juez o Tribunal sentenciador -al que incumbe el control de la ejecución de la medida- a acordar mediante procedimiento contradictorio y previa propuesta, *que al menos anualmente* está obligado a elevarle el Juez de Vigilancia Penitenciaria, valorando los informes médicos emitidos por los facultativos y profesiones que asisten al sometido a la medida de seguridad (art. 98 CP) -el mantenimiento, cese, sustitución o dejar en suspenso la medida de seguridad impuesta, de forma motivada, con el fin de evitar que la persistencia de la medida aparezca como resultado de un mero arbitrio o voluntarismo judicial y deberá basarse en algún tipo de prueba objetivable-.

b) Y no tener en cuenta que en el supuesto de semi-imputables, el art. 104 CP. establece que en los casos de eximente incompleta de alteración mental, intoxicación plena y alteración de la percepción, el Juez o Tribunal "podrá" imponer además de la correspondiente pena (atenuada) las medidas previstas para los inimputables en los arts. 101, 102 y 103.

Esta posible acumulación de penas y medidas se aplica con el denominado sistema vicarial y prohíbe la aplicación de una medida de internamiento si la pena no es privativa de libertad (art. 104).

El sistema vicarial regulado en el art. 99 CP. ("en el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el Juez o Tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vez alzada la medida de seguridad, el Juez o Tribunal, podrá si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos proseguidos a través de aquélla, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el art. 96.3"), se aparta del dualismo puro -por el que se acumularían sin más la pena y la medida- ya que consiste en evitar que la duración de la pena y la medida se sumen e incrementen así la aflictividad de la privación de libertad. Básicamente consiste en comenzar por la aplicación de la medida y computar el periodo de internamiento como cumplimiento de la pena. La aplicación de la medida no podrá rebasar el tiempo de la pena prevista por el CP. para el delito, art. 104 CP, es decir en abstracto. Si se alza la medida de seguridad antes de alcanzar este tope y todavía resta pena por cumplir, el Juez o Tribunal podrá suspenderla o imponer alguna medida no privativa de libertad, arts. 99 y 96.3 CP.

Con esta previsión se da respuesta a los casos en que el sujeto es responsable del delito, pero se le reconoce una imputabilidad disminuida, que desaconseja el ingreso en prisión y requiere la suspensión o levantamiento. Sería el supuesto de anomalías que no siempre alcanza la exención total (por ejemplo las psicopatías o las toxicomanías) pero que sería funesto remitir a la cárcel.

En el sistema vicarial, por tanto, la pena y la medida no se acumulan materialmente, sino que se integran mutuamente. Ello permite evitar los inconvenientes que se advierten en relación al principio non bis in idem si la pena y la medida se aplicaran acumulativamente, ya que en el sistema que se analiza no se produce su "intento de sancionar de nuevo, desde la misma perspectiva de defensa social, unos hechos ya sancionados", lo que según la STC. 27.11.85 infringiría dicho principio.

SEXTO: Desestimándose el recurso se imponen las costas a la parte (art. 901 LECrim.).

III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación**, interpuesto por **Sandra**, contra auto de 29 de octubre de 2008, dictado por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Primera; y condenamos a la recurrente al pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **D. Carlos Granados Perez D. Julian Sanchez MelgarD. Francisco Monterde Ferrer D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la TorreD. Enrique Bacigalupo Zapater**

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

