



Roj: **STS 15608/1994** - ECLI: **ES:TS:1994:15608**

Id Cendoj: **28079120011994104772**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/03/1994**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JOSE MANUEL MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Núm. 820.-Sentencia de 8 de marzo de 1994

PONENTE: Excmo. Sr don José Manuel Martínez Pereda Rodríguez.

PROCEDIMIENTO: Recurso de casación por infracción de ley.

MATERIA: Violación. Asesinato; alevosía. Tutela judicial. Proscripción de la indefensión. Entrada en domicilio. Irregularidades en la tramitación sumarial. Presunción de inocencia; prueba de indicios. Acumulación de penas.

NORMAS APLICADAS: Arts. 849.1 .º, 569 , 302 , 456 , 343 y 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ; arts. 5.4 , 248 , 281 , 290 y 291 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ; arts. 24.2 , 17.3 , 25.2 y 117.3 de la Constitución Española ; art. 1.253 del Código Civil ; arts. 406 , 70 , 98 , 98 bis , 99 y 100 del Código Penal ; Ley de 24 de noviembre de 1910; Real Decreto 1557/1977, de 4 de julio; Real Decreto 777/1979, de 5 de abril. JURISPRUDENCIA CITADA: Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de octubre y 10 de diciembre de 1991 , 31 de marzo y 4 de diciembre de 1992 , 304/1993, de 17 de febrero , 22 de julio de 1987 , 3 de marzo de 1988 , 7 de abril de 1989 , 6 de febrero de 1990 , 17 de junio de 1991 , 29 de octubre de 1992 , 1368/1993, de 10 de junio , 5 de febrero de 1981 , 31 de mayo de 1982 , 31 de enero de 1985 , 12 de julio de 1990 , 756/1993, de 2 de abril y 698/1993 , de 29 de marzo. Sentencias del Tribunal Constitucional 66/1989, de 17 de abril , 44/1985, de 31 de enero , 174/1985, de 17 de diciembre , 94/1990, de 23 de mayo y 124/1990, de 2 de julio . DOCTRINA: Para considerar como alevoso un determinado comportamiento no es imprescindible que de antemano el agente busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución, sino que es suficiente con que se aproveche 820 de modo consciente de la situación de indefensión de la víctima y de la facilidad que supone tal situación.

La pena resultante de aplicar la regla segunda del art. 70 del Código Penal opera ya como una penalidad nueva resultante y autónoma y a ella deben referirse los beneficios otorgados por la ley, como son la libertad condicional y la redención de penas.

En la villa de Madrid, a ocho de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

En el recurso de casación por infracción de ley que ante nos pende, interpuesto por el procesado Eduardo , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huelva, que le condenó por los delitos de asesinato y violación, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al final se expresan se han constituido para la vista y fallo bajo la presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr don José Manuel Martínez Pereda Rodríguez, siendo también parte el Ministerio Fiscal y como recurrido don Luis Pedro ejercitando acusación particular, estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. Alvarez del Valle Lavesque y dicha parte recurrida por la Procuradora Sra. Julia Corujo.

Antecedentes de hecho

Primero: El Juzgado de Instrucción núm. 6 de los de Huelva instruyó sumario con el núm. 1/1991 contra Eduardo , y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Huelva que, con fecha 26 de enero de 1993, dictó Sentencia que contiene el siguiente hecho probado: Hechos probados: "1.º Sobre las cinco de la



tarde del sábado día 19 de febrero de 1991 Gema , de nueve años y dos meses de edad, que vivía en la calle DIRECCION000 núm. NUM000 de esta ciudad, como había estado jugando por la mañana con su amiga y compañera de colegio Francisca y había quedado en verla por la tarde para continuar jugando, salió del citado domicilio con tal fin. Entre el mismo y el edificio donde Francisca pasaba el día con sus abuelos, con entrada por la calle DIRECCION001 núm. NUM001 , se encuentra un ensanche o plaza en la intersección de la citada calle DIRECCION000 y la de DIRECCION002 , por donde solían jugar. Sea cuando Gema salió de su domicilio, sea porque subió a casa de Francisca y al no estar volvió a la plaza, cuando no halló a su amiga tomó el camino del domicilio familiar de ésta, que conocía, sito en la calle DIRECCION003 núm. NUM002 . NUM003 Gema y Eduardo se conocían por ser éste tío de Francisca y vivir en el domicilio paterno, de los abuelos de Francisca , donde ésta solía acudir los fines de semana. Eduardo salió del bar de la Asociación de Vecinos, con entrada y fachada a referida plaza, sito en los bajos de la trasera de su domicilio, calle DIRECCION001 núm. NUM001 , y, al observar la dirección que tomaba Gema , partió en pos de ella, rodeó el edificio, salió a la calle DIRECCION001 , con la excusa de que se encontraba mareado, eludió brevemente a unos jóvenes que en los soportales lo habían estado esperando porque había quedado en entrenarlos al fútbol, la alcanzó y con engaño la desvió, acompañándola calle Roque Barcia abajo en dirección a los edificios limítrofes a la marisma. 3.º Allí, sin que haya podido concretarse lugar y hora exactos, golpeó Eduardo a Gema , primero en el lado derecho de la parte superior de la cabeza, con un objeto romo y plano, causándole contusión y además fractura de la primera vértebra cervical, posteriormente en la cara, fracturándole el maxilar superior, con fisuras en el inferior, órbita izquierda y arco cigomático izquierdo, y finalmente en la cabeza, al menos ocho veces, causándole la muerte como consecuencia del traumatismo craneo-encefálico y de las fracturas de los huesos frontal, occipital, temporal y parietal izquierdos con hundimiento y pérdida de sustancia. 4.º Previamente a la muerte de Gema , Eduardo realizó el coito anal, causándole fuerte hemorragia. 5.º Con posterioridad trasladó el cadáver a la margen derecha del río Tinto, despojándolo de sus vestidos, donde fue hallado el día 26 de abril de 1991 sobre las 13,30 horas, semioculto entre ramas y palos, con un manojo de vegetales introducido unos diez centímetros en la zona anal y destrucción de tejidos de esa región, sin que se haya podido probar el momento, siempre Posterior al fallecimiento, en que se verificó tal ocultación e introducción. 6.º Eduardo ha sido condenado ejecutoriamente en seis sentencias, entre los años 1982 y 1983, por cuatro delitos de robo, uno de hurto, uno de utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno y otro de receptación, a penas de arresto mayor y multa, antecedentes estos que pudieron ser cancelados, y en tres sentencias, entre los años 1988 y 1990, por dos delitos de lesiones y uno de utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno, entre ellas la Sentencia de 15 de abril de 1988, firme el 2 de mayo del mismo año por un delito de lesiones, a la pena de seis meses y un día de prisión menor, y la Sentencia de 1 de junio de 1990, firme en 27 de julio de 1990, por otro delito de lesiones, a la pena de tres meses de arresto mayor.»

Segundo: La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: Fallamos: "En virtud de lo expuesto, el Tribunal ha decidido: 1.º Condenar a Eduardo , como autor responsable de un delito de asesinato y otro de violación, con la circunstancia agravante de reincidencia en ambos, a la pena de veintiocho años de reclusión mayor por el primer delito y la de dieciséis años de reclusión menor por el segundo, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, a que, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, abone a los padres de Gema 15.000.000 de ptas con el interés del j art. 921 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , así como al pago de las costas procesales, incluyendo las de la acusación particular. 2.º Fijar como tiempo máximo ? que puede estar efectivamente privado de libertad el de treinta años, sin que tal j limitación sea tenida en cuenta a otros efectos como el de aplicación de los beneficios penitenciarios de libertad condicional y redención de penas por el trabajo, para los que servirá de base el tiempo total a que es condenado; y aplicar para el cumplimiento de las penas el tiempo que ha estado detenido o en prisión preventiva por esta causa. 3.º Prohibir al condenado volver al lugar de residencia de los ! padres de la víctima el actual de La Palma del Condado o el que en el futuro acreditarán, lo que se notificará al condenado, en cualquier supuesto en que saliera de ' prisión, tanto cuando fuera puesto en libertad como en caso de concesión de permisos, con apercibimiento de incurrir en delito, prohibición que cesará a los seis años de ser puesto en libertad. 4.º Declarar la insolvencia de dicho acusado, aprobando, por sus propios fundamentos, el auto dictado por el instructor.»

Tercero: Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley por el procesado Eduardo , 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: 1.º Al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por violación de derecho fundamental constitucionalmente proclamado por el art. 24 de la Constitución Española . 2.º Al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por infracción de precepto constitucional estimando



como vulnerado el art. 24.2 de la Constitución Española, en cuanto al derecho fundamental a la presunción de inocencia. 3." Al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por infracción de precepto constitucional, estimando como vulnerado el art. 24.2 de la Constitución Española, en cuanto al derecho fundamental a la presunción de inocencia. 4." Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, estimando como infringido por su indebida aplicación el art. 406.1 del Código Penal. 5.º Por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el núm. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, estimando como infringidos por su errónea interpretación y aplicación los arts. 70, 98, 98 bis, 99 y 100 del Código Penal.

Quinto: Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal impugnó todos los motivos salvo el último, que apoyó. La Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de vista cuando por turno correspondiera. j

Sexto: Hecho el señalamiento para la vista, se celebró la misma el día 2 de mar- 820 zo. Mantuvo el recurso el Letrado recurrente don José Luis Sanz Arribas, según el escrito de formalización. El Letrado recurrido don Juan José Domínguez Jiménez impugnó todos los motivos, informando seguidamente. El Ministerio Fiscal en primer lugar apoyó el motivo quinto del recurso y posteriormente pasó a impugnar el resto de los mismos.

Fundamentos de Derecho

Primero: El primer motivo del recurso, se ampara en el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y aduce la violación del art. 24 de la Constitución Española. Sostiene dicho motivo que tanto en la génesis, desarrollo y obtención de la prueba analizada por la audiencia en la impugnada sentencia -apartado e) del Fundamento jurídico tercero- se han infringido los derechos fundamentales de obtención de la tutela efectiva de Jueces y Tribunales, derecho a no sufrir indefensión y derecho a un proceso con todas las garantías.

Hace referencia el recurrente a un informe pericial, prueba fundamental de cargo, sobre "la exacta coincidencia en tamaño, estructura externa e interna, materia y color de la fibra hallada en una silla del domicilio del procesado con otra, que se encontraba introducida parcialmente bajo la uña del dedo pulgar de la mano derecha del cadáver...».

Dado que el motivo se desenvuelve en una alegación de múltiples razones y argumentos para estimar esta prueba nula e inoperante, resulta conveniente su desglose o examen concreto de cada punto, pese a centrarse todos ellos en las violaciones constitucionales aducidas.

a) Se señala, en primer lugar, que los tres autos decretando la entrada y registro en el domicilio del acusado, contienen tan sólo una firma -presumiblemente del Juez por su comparación con otras obrantes en la instrucción- pero no de la imprescindible del Secretario, por lo que en dichas resoluciones no existe referencia alguna a la dación de fe y, por ende, son nulas de pleno derecho y como consecuencia ineficaces e inoperantes las pruebas producidas con ellas.

La falta de firma del Secretario Judicial en los autos obrantes a los folios 193, 207 y 416 de la causa no implica la nulidad de las referidas resoluciones, tal y como el motivo pretende, pues las mismas, todas ellas autos de entrada y registro, sólo precisan ser fundadas, que contengan en párrafos separados los hechos y razonamientos jurídicos y, por último, que sean "firmados por el Juez, Magistrado o Magistrados que las dicten" (art. 248.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, Poder Judicial).

Así que, al igual que ocurre con las sentencias, (art. 248.3) y a diferencia de lo preceptuado para las providencias, en que se precisa la firma o rúbrica del Juez o Presidente y la firma del Secretario (art. 248.1), autos y sentencias, sólo precisan la firma del Juez o Tribunal.

El Letrado de la parte recurrente no puede tomar de la nueva normativa de la Ley Orgánica del Poder Judicial lo que le convenga y olvidar un específico precepto -precisamente el art. 248.1 - que sólo prescribe la firma del fedatario en la providencia y que en las otras resoluciones no lo hace, lo que implica la regla lógica: *Inclusio unius, exclusio alterius* determinante de la no exigencia para los autos, lo que, por otra parte, se corrobora también con la mera interpretación gramatical del art. 248.2 de la Ley Orgánica citada. Con ello queda patentizado que en la nueva normativa establecida por el citado texto, tanto sentencias como autos son genuinas y propias resoluciones judiciales, a diferencia con las providencias en las que la participación del fedatario resulta esencial.

Las afirmaciones del motivo, con apoyo en el art. 281.1 del mencionado texto legal, relativas a que el Secretario es el único funcionario competente para dar fe con plenitud de efectos de las actuaciones judiciales, en nada empece a la eficacia y virtualidad de los autos dictados tan sólo por el Juez de instrucción, pues corresponden a su atribución propia y exclusiva.



La nueva normativa permite al Secretario proponer al Juez, providencias y autos (arts. 290 y 291) y la firma del Juez dota de virtualidad a tales propuestas Pero en todo ° caso' nunca pudiera haber propuesto el fedatario tales resoluciones limitativas de derechos.

b) Tiene razón el Ministerio Fiscal en que tales autos fueron debidamente fundados, consignándose, además, expresamente en ellos que la diligencia había de practicarse por la Comisión Judicial constituida por el Magistrado-Juez en funciones y la Secretaria del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Huelva, en el domicilio de Gaspar , sito en el piso NUM004 del núm. NUM001 de la calle DIRECCION001 de Huelva en horas de día y plazo de veinticuatro horas, con las formalidades prevenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, previa notificación al interesado.

Así ocurrió en la práctica de tales diligencias, realizadas todas ellas por el propio Juez de instrucción, asistido del Secretario, suscriptor en las actas documentadoras de lo acaecido -folios 195, 208 y 417- alguna vez asistió el Ministerio Fiscal y algún perito. Se hizo siempre saber al titular de la vivienda y se consignó en el acta: "No oponiéndose a la misma y prestando su consentimiento a la entrada y registro. Consta la presencia del Juez por la fe de las actas y por obrar su firma en ellas y la redacción y suscripción por la fedataria.

c) Asimismo se sostiene en el motivo la infracción referente a la inasistencia del inculcado y su defensa a las mencionadas diligencias de entrada y registro, con notoria infracción del art. 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y a cuya aplicación no puede ser obstáculo el haberse decretado el secreto del sumario.

La doctrina de esta Sala tiene declarado de manera constante que la intervención del Letrado no viene impuesta para los registros domiciliarios, ni por el art. 17.3 de la Constitución Española , ni en los Pactos Internacionales suscritos por España, ni por los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y queda limitada, con carácter obligatorio exclusivamente para las declaraciones prestadas por el imputado y a los reconocimientos de identidad de que sea objeto éste - Sentencias de 23 de octubre y 10 de diciembre de 1991 , 31 de marzo y 4 de diciembre de 1992 y 304/1993 , de 17 de febrero.

Con referencia a la presencia del interesado, olvida el recurrente que el auto en cuestión declarando secreto el sumario totalmente para el imputado por plazo de treinta días, resolución de 6 de mayo de 1991, fue notificado al Procurador del imputado Sr. Domínguez Pérez -folio 215- y al Ministerio Fiscal -folio 216- fue motivado y dictado congruentemente a una petición muy concreta y muy fundamentada del lltmo. Sr. Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial de Huelva por escrito de 4 de mayo de 1991 -folio 212-.

La diligencia de entrada y registro, que determinó la ocupación de muestras de fibras en el domicilio habitado por el acusado, para el posterior dictamen pericial, lo fue el 26 de mayo de 1991 y, por consiguiente, durante la declaración de secreto sumarial derivando la ausencia del acusado en tal actuación sumarial de la declaración de secreto para el mismo.

Ya la Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1989, de 17 de abril , destacó que en la fase de investigación - esto es, fuera de la vista oral- el derecho a tomar conocimiento de las actuaciones puede restringirse en algunos casos y entre ellos los del art. 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , habiendo destacado la 44/1985, de 31 de enero del principal intérprete del texto fundamental, que el secreto persigue impedir el conocimiento en aras de alcanzar una segura represión del delito. Así el párrafo segundo del citado precepto procesal establece la posibilidad de que el Juez de instrucción declare secreto el sumario, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de las partes personadas, pero con la garantía que no ha de decretarse por tiempo superior a un mes y que debe alzarse el mismo con diez días de antelación a la conclusión del sumario, precisamente para que las partes personadas tomen conocimiento de lo actuado y puedan ejercitar sus derechos.

Por tanto, si el sumario durante tal breve período se declaró secreto total para el imputado, salvo la pieza de situación personal, la diligencia de entrada y registro estaba sustraída por entonces a su conocimiento.

d) Finalmente, se expresa que no hubo un acto formalmente documentado de la designación de peritos, con lo que ha resultado imposible su intervención, pues el nombramiento ha de realizarse conforme a lo dispuesto en los arts. 456 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , siendo imprescindible su notificación a las partes y la prestación del juramento.

Olvida la parte recurrente, que va en el acto de levantamiento, identificación e 820 inspección ocular realizado el 26 de abril de 1991, por el lltmo. Sr. Magistrado-Juez, asistido del Secretario y del Médico Forense -folios 80 y 81- se ordenó por Su Señoría y se documentó en el acta que, además del levantamiento del cadáver y traslado al Depósito Municipal, que la autopsia se realizara por dos médicos forenses y al comunicarse al Sr. Juez que el Dr. Frontela pudiera asistir, si lo tenía a bien Su Señoría, así lo acordó, tras oír al Médico forense. Ello implicaba una designación y un exacto cumplimiento a lo determinado en el art. 343 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .



Por otra parte, tal informe de autopsia, emitido por los peritos nombrados, fue ratificado por los intervinientes -folio 352- ante el instructor y el Secretario.

El Dr. Frontela, Catedrático de Medicina Legal de Sevilla, fue tenido por perito en la causa -ver folio 196- y en concreto, para determinar si la prueba hallada en el dedo de la víctima coincidía con alguna de las obtenidas en el domicilio del acusado. En todo caso, fueron designados peritos el Dr. Frontela y el Médico Forense, Sr. Molina Arias Saavedra, por Auto de 8 de julio de 1991 -folio 745- y tal designación fue notificada al Procurador del acusado al día siguiente -folio 746- sin que conste que fueran objeto de impugnación alguna dicho nombramiento. Por si ello no fuera suficiente, el dictamen emitido fue firmado y ratificado, a presencia judicial, con asistencia del fedatario, del Ministerio Fiscal y del propio Letrado del acusado el 15 de enero de 1992 -folio 1005- sin que conste que dicho Abogado alegase nada al respecto.

No puede apreciarse ninguna violación de los preceptos constitucionales alegados, ni tampoco defectos procesales y por ello debe reputarse válida, legítima y correcta la referida prueba, por lo que el motivo debe ser desestimado inexcusablemente. En cuanto al juramento ha desaparecido la exigencia, sustituable en todos los órdenes sociales por la promesa -ver Ley de 24 de noviembre de 1910 y Real Decreto 1557/1977, de 4 de julio, derogado por el Real Decreto 777/1979, de 5 de abril -. Lo importante es la aceptación del cumplimiento del cometido, su realización y su ratificación a presencia judicial y de las partes.

Segundo: Al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se estima infringido por la resolución de instancia el principio fundamental de la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 de la Constitución Española .

Para el Tribunal sentenciador -dice el motivo- cualquiera de los llamados hechos, meros indicios y que aisladamente no podrían constituir prueba de cargo incriminatoria suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, pero si en su conjunto y ello supone una doctrina peligrosa, pues no constituyen material probatorio idóneo, ya que ninguno de ellos traspasa los límites de la mera casualidad o pura coincidencia.

La denominada prueba indirecta o indiciaria ha sido reconocida como apta para destruir la presunción de inocencia por la doctrina del Tribunal Constitucional -Sentencias 174/1985, de 17 de diciembre , 229/1986, de 1 de diciembre , 256/1988, de 22 de diciembre , 107/1989, de 8 de junio , 94/1990, de 23 de mayo y 124/1990, de 2 de julio , entre otras- siempre que los indicios se encuentren plenamente probados y no se trate de meras sospechas, el órgano jurisdiccional explicita su razonamiento, o sea, el camino por el que, partiendo de los acreditados por la prueba, indicios incriminatorios, llega a la conclusión, constituyendo la versión dada por el acusado, un dato más y debiendo existir un enlace como el señalado en el art. 1.253 del Código Civil , entre los datos acreditados y el hecho consecuencia. Debiendo añadirse, además, que la arbitrariedad y la incoherencia son contrarios al razonamiento indiciario.

En cuanto a la jurisprudencia de esta Sala, ya a partir de la Sentencia de 14 de octubre de 1986 , destacó la prueba circunstancial o indiciaria como apta para determinar una condena penal, recogiendo sus requisitos, continuando dicha doctrina de modo constante - Sentencias de 4 de febrero , 6 y 24 de marzo , 21 , 22 y 28 de junio , 22 de julio , 3 , 14 , 22 y 29 de octubre y 31 de diciembre de 1987 , 20 de enero , 3 de marzo , 6 de abril , 6 de mayo , 23 y 24 de septiembre de 1988 , 19 y 21 de enero , 10 y 18 de marzo , 7 de abril , 3 de junio , 6 y 29 de septiembre , 2 y 5 de octubre y 12 de diciembre de 1989 , 31 de enero , 6 de febrero , 24 de julio , 18 de septiembre , 15 de octubre , 13 y 22 de noviembre de 1990 , 24 de enero , 5 , 7 y 22 de febrero , 8 , 15 y 21 de marzo , 3 , 10 y 15 de abril , 17 de junio , 12 y 23 de julio , 11 , 16 y 30 de septiembre , 7 y 29 de octubre y 26 de noviembre de 1991 , 10 de enero , 15 de febrero , 12 de marzo , 28 de abril , 15 y 19 de junio , 6 y 10 de julio , 9 de septiembre , 29 de octubre , 22 , 24 y 26 de noviembre y 16 de diciembre de 1992 y 35/1993, de 21 de enero y 1368/1993 , de 10 de junio.

Esta doctrina puede centrarse y resumirse así: a) Tiene que existir pluralidad de indicios, no siendo suficiente con uno sólo, pudiendo muy bien decirse indicium unus, indicium nullus b) Los indicios han de estar suficientemente probados por la prueba lícita y legalmente obtenida, como si se tratara de cualquier hecho, c) Han de ser coincidentes o confluyentes, en el sentido de que todos ellos deben señalar en la misma dirección, d) No deben estar desvirtuados o desmentidos por otros de signo contrario, porque entonces se anularían y perderían su virtualidad, e) Las inferencias obtenidas de los probados indicios deben ser racionales y lógicas, f) Se tiene que dar un enlace preciso y directo entre el complejo indiciario confluyente y los hechos consecuencia según las reglas del criterio humano, que se recoge en el art. 1.253 del Código Civil y g) las deducciones realizadas por el juzgador de instancia no tienen que resultar arbitrarias, incoherentes, descabelladas o absurdas, sino lógicas y razonables según el buen sentido y el recto razonamiento.

Ello acontece en este supuesto en que existe un complejo indiciario. En realidad, de esta pluralidad pueden extraerse dos elementos que son algo más que indicios y que, a juicio de esta Sala, constituyen verdaderas pruebas: a) El testimonio de Matilde Cabeza, que aunque no conocía con anterioridad al acusado, le vio en el día



de la desaparición del menor con ella -a la que sí conocía- y al que describió con unos datos tan identificadores que no ofrecen duda racional. Su testimonio carece de cualquier sospecha, animosidad o móvil espurio y los datos prestados identificadores del acompañante de la menor, inconfundibles, b) La prueba pericial sobre la exacta coincidencia en tamaño, estructura externa e interna, materia y color de la fibra hallada en una silla en el domicilio del acusado y otra que se encontraba parcialmente introducida bajo la uña del dedo pulgar de la mano derecha del cadáver, identificado como de la menor, Gema , de forma incontestable.

Sobre estas dos pruebas, que ciertamente no se refieren a los hechos imputados, pero sí a otros íntimamente relacionados con ellos, gira una profusa prueba indiciaria compuesta por numerosos testimonios con los cuales se reconstruyen los movimientos de la menor hasta su desaparición.

El Tribunal de instancia explícita, además, de forma clara y suficiente los hitos lógicos de su razonar y su exposición es coherente, racional y sensata, por lo que debe aceptarse por esta Sala.

El complejo indiciario por su pluralidad y cohesión es más que suficiente para enervar o destruir la presunción de inocencia, de naturaleza iuris tantum. Los indicios son muy numerosos, coincidentes, suficientemente probados y las inferencias lógicas y razonables y, aunque despectivamente calificados por la defensa del acusado en el motivo como "material de deshecho», pero constituyen un ensamblado de coherente incriminación.

Las discordancias horarias y la no credibilidad de dos testigos, una que por su tierna edad pudo estar impresionada por la resonancia social del hecho en la localidad y afectada de sugestionabilidad y propensión a la "mitomanía de Dupré» y otro, desmentido por el Servicio de Meteorología, corresponde en su apreciación y valoración al Tribunal de instancia que, por otra parte, razona y motiva su decisión coherente y lógica.

En cuanto a las declaraciones del procesado, no ofrecen duda de su valor indiciario y complementario. Ciertamente que el acusado no tiene obligación, ni carga procesal alguna de acreditar o demostrar su inocencia, puede hablar o guardar silencio, pero al igual que ocurre en otros sistemas procesales, lo que diga puede ser utilizado en su contra, mucho más, como en este caso, en que estos contra indicios actúan con mero carácter complementario. Sus contradicciones y alteraciones que el Tribunal de instancia recoge y explícita con todo detalle en el apartado c) del tercero de los Fundamentos jurídicos de la sentencia y que esta Sala acepta por haber comprobado con el examen de las actuaciones.

La menor salió de su domicilio sobre las cinco de la tarde con intención de ver a su amiguita Francisca -la sobrina del acusado- pero ésta no se encontraba en la casa, pues había ido a visitar a sus abuelos. Más tarde se la ve en la calle Roque Barcia, esquina Gibrleón, en compañía de un adulto, que una testigo ocular por las características físicas, corpulencia, erupciones en cara, cuello ancho y peculiar forma de caminar, así como las prendas que vestía, identifica al acusado, al que no conocía -su declaración en el plenario resulta fundamental-

Junto a ésto, confluyen los otros numerosos indicios que incriminan, sin género de duda razonable, al acusado de los hechos y que el órgano a quo recoge en su resolución y que revisten carácter complementario o no, pero que todos confluyen como prueba de cargo el procesado.

La menor conocía al procesado como tío de su amiga Francisca . Ambas niñas jugaban los fines de semana y, pese a ser una niña tímida y recelosa no desconfió del tío de su amiga, que alguna vez, las invitó a golosinas. La discordancia horaria está bien explicada por el Tribunal de instancia, es tan sensata y razonable que debe respetarse. Como consecuencia existe prueba de cargo suficiente y de signo incriminatorio, el motivo debe ser desestimado.

Tercero: Con el mismo apoyo que el precedente, el motivo tercero aduce asimismo la violación del principio fundamental a la presunción de inocencia. Aquí el recurrente alega la falta de prueba de cargo suficiente para estimar cometido el delito de violación. Frente a la afirmación del hecho probado de que "previamente a la muerte de Gema , Eduardo realizó el coito anal, causándole fuerte hemorragia», se opone en el motivo que también se declara probado que el cadáver de la menor apareció el día 26 de abril de 1991, "con un manajo de vegetales introducido unos diez centímetros en la zona anal, y destrucción de tejidos de esa región», lo que considera el recurrente que pudo producir aquella hemorragia y que, además, los estigmas detectados en la autopsia en la región glútea y muslos de la víctima, pudieron obedecer a un intento de acceso carnal no conseguido y por ello determinara al autor de los hechos a esa absurda y horrible introducción del manajo de vegetales. Tampoco, se dice en el motivo, puede determinarse si la hemorragia se produjo cuando la niña vivía o después de su fallecimiento. Concluye así el recurrente, señalando la insuficiencia de la prueba de autopsia y la hemorragia pudo ser producida por la introducción del miembro viril o por otro objeto.

El recurrente trasvasa aquí el cauce de la presunción de inocencia, circunscrito tan sólo a determinar si existe o no prueba de cargo suficiente y se dedica a valorar la prueba o criticar la valoración de la realizada por el



Tribunal de instancia, lo que no puede hacer por esta vía y que está atribuida por el art. 117.3 de la Constitución Española y el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al órgano jurisdiccional a quo.

El dictamen de autopsia -folios 285 y siguientes- recoge en su conclusión 7. "La niña padeció la penetración del pene o de algún objeto a través del ano que provocó la hemorragia del recto y también fueron introducidos vegetales a través del ano a una profundidad de diez centímetros». Pero luego los peritos, al realizar la reconstrucción de los hechos en su conclusión 8. b) se refieren a que "la víctima, a consecuencia del gran impacto [al que se refiere el apartado a) precedente, cae al suelo, verosíblemente inconsciente o semiinconsciente, donde queda a merced del agresor, quien efectúa actos que no dejan huella o que pueden consistir, entre otros, en manipulaciones rectales que sangran notablemente». Finalmente, en el apartado c) se recoge: "La niña, muy probablemente estimulada por el dolor causado por las agresiones de que es objeto, se despierta y se resiste, siendo sujeta por el agresor por los antebrazos y separándola fuertemente los muslos, produciéndole infiltraciones hemorrágicas en esas áreas, y estando la niña con la cabeza levantada o intentando levantarla, el agresor le propina al menor dos fuertes puñetazos en la cara...». Nuevamente se concreta por los peritos en el acto del juicio oral que "... si se usa un palo para introducirlo en el ano, la lesión se produce en el glúteo izquierdo, y la lesión está en el derecho. Se piensa en algo rígido -pene artificial, un palo, un vibrador-, pero con ese palo en esta niña, el aparato digestivo es pequeño, pero el aparato digestivo no es recto, quiere decir que es mucha casualidad que la lesión quede reducida al ano, pues tenía que introducirlo un experto, un médico, por ejemplo. Pero hay que tener en cuenta que las lesiones eran pocas en esta zona. Pero la hemorragia del recto fue producida, o bien por objeto o más bien por un pene que será lo más normal... introducir un palo en el aparato digestivo es muy difícil, pero estos vegetales introducidos en el recto se introducen fácilmente, dado el estado en que se encontraba el cadáver. Pero puede ser una maniobra para hacer desaparecer el esperma si se hace esta maniobra pasados unos días. Tenía una profundidad de 10 centímetros y se hizo con fecha posterior a la muerte porque es prácticamente imposible hacerlo de forma inmediata...».

Como datos y conclusiones de dicha pericia merece consignarse: 1.º Que la hemorragia se produjo cuando la víctima aún vivía. 2.º Que los peritos apuntan más a la introducción del pene que a la de otro objeto, porque los estigmas digitales en el glúteo derecho y las huellas en los muslos revelan la intención de separarlos utilizando ambas manos. 3.º Tal maniobra carece de sentido, si no se dirige a la penetración anal. 4.º La introducción posterior del manojito de vegetales fue realizada posteriormente a los hechos, por ser imposible hacerlo de forma inmediata. 5.º Su finalidad era la de hacer desaparecer las huellas de tal penetración y no otras imaginarias fabulaciones de la defensa del recurrente en el acto de la vista, aludiendo a ritos satánicos.

Puede concluirse, que existen los suficientes elementos de prueba de cargo, no debiendo reputarse la apreciación de los datos de la pericia de forma arbitraria o irracional y el motivo debe ser desestimado por ello.

Cuarto: El motivo se acoge a la vía del núm. 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciando la aplicación indebida del art. 406.1 del Código Penal. Señala el recurrente que del factum no se deducen los datos para estimar la existencia de la alevosía y no puede basarse en la simple desproporción de fuerzas, debiendo haberse especificado más en el relato histórico.

Sin embargo, del relato de hechos probados y de los datos fácticos que constan en los fundamentos jurídicos, se deduce que la llevó al lugar con engaño, la golpeó en la cara y cabeza, la tierna edad, poco más de nueve años, el procesado veintiséis, la débil complexión de la víctima y la corpulencia y fortaleza en el acusado, se describe su "fuerte constitución».

La doctrina de esta Sala ha sido constante en estimar estos hechos como alevosos: a) Causar la muerte inesperadamente dando un fortísimo golpe a la víctima, niña de diez años, por persona de complexión atlética constituye dicha agravante - Sentencia de 5 de febrero de 1981 -. b) La muerte de niños de corta edad es siempre alevosa - Sentencias de 31 de mayo de 1982 y 31 de enero de 1985 -. c) Víctima de ocho años - Sentencia de 12 de julio de 1990-. d) La equiparación entre niños y ancianos debilitados -Sentencia 756/1993, de 2 de abril-.

Pero ninguna resolución de esta Sala destaca tanto la actuación aleve en estos casos como la Sentencia 698/1993, de 29 de marzo, que estima que para constituir una actuación alevosa no es imprescindible que de antemano el agente comisario busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución, si no que es suficiente con que se aproveche de modo consciente de la situación de indefensión de la víctima y de la "facilidad» y "comodidad» que supone tal situación y porque, admitir lo contrario, sería dejar sin la condigna sanción delitos de tanta gravedad como la muerte o lesiones de niños, ancianos, inválidos y cuando la sociedad reclama mayor protección de estas víctimas desvalidas.



El factum revela y patentiza una indefensión de la menor, que comienza en el mutuo conocimiento, por lo que se deja acompañar del acusado y sigue la dirección que éste le indica con engaño y en tal momento se produce la agresión de signo brutal y reiterada.

No cabe duda de la sorpresa que tuvo que producir en la niña, ajena a la agresión y tal conducta revela la cobardía y vileza en la actuación y alcanza ese plus de reprochabilidad y repulsa. El motivo debe ser desestimado por ello.

Quinto: El quinto y último motivo se acoge a la vía del núm. 1.º del art. 849 de la Ley Procesal Penal y denuncia infracción por interpretación errónea de los arts. 70 , 98 , 98 bis , 99 y 100 del Código Penal .

El Fundamento jurídico de la sentencia impugnada señala que "el máximo de cumplimiento no podrá exceder de treinta años... debe entenderse que el límite se refiere únicamente al tiempo de permanencia efectiva en prisión y no debe extenderse a otros efectos, como los beneficios penitenciarios señalando que son dos cosas distintas la condena de la pena impuesta que lo es en toda su extensión objeto de condena, y otra su extinción o cumplimiento con restricción de libertad...»-

Esta teoría, dice el motivo es tan gravemente innovadora como perniciosa, por- §20 que pugna con los más elementales postulados del Derecho Penal moderno y con los fines rehabilitadores que tiene la pena, para convertir a ésta en algo esencial y exclusivamente punitivo y reivindicativo, cercenando toda posibilidad de recuperación del delincuente.

El motivo está apoyado por el Ministerio Fiscal y debe ser estimado.

Según el fallo se excluyen los beneficios penitenciarios que podrían operar sobre el límite máximo, que habían de operar sobre el total de la condena (veintiocho años de reclusión mayor por el asesinato y dieciséis años de reclusión menor por la violación).

Se olvida por el Tribunal de instancia que la pena señalada en el art. 70.2 del Código Penal , el límite de treinta años en este caso, opera ya como una pena nueva, resultante y autónoma y a ella deben referirse los beneficios otorgados por la Ley, como son la libertad condicional y la redención de penas.

Se trata de una interpretación realizada por el órgano a quo contra reo y que por ello debe proscribirse.

El art. 59 del Reglamento Penitenciario no parece apoyar la interpretación de la Sala de instancia, pues se refiere a la pena impuesta y que la suma penimétrica es considerada como una nueva sanción.

Sobre la pena resultante, que podría ser el triple de la más grave de las sanciones o bien el límite de treinta años, cuando aquél exceda de ese límite, es donde deben operar los beneficios penitenciarios y no distinguir, donde la ley no distingue y contra reo y con choque frontal a lo señalado en el art. 25.2 del texto constitucional.

El motivo debe ser estimado en este punto.

FALLAMOS:

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley, interpuesto por el procesado, contra Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huelva, de fecha 26 de enero de 1993 , en causa seguida a Eduardo , por delito de asesinato y violación, estimando en parte el recurso, y en su virtud casamos y anulamos la sentencia dictada por dicha audiencia declarando de oficio las costas.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la mencionada audiencia a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa, que en su día se remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Enrique Ruiz Vadillo.-José Antonio Martín Pallín.-José Manuel Martínez Pereda Rodríguez.-Joaquín Martín Canivell.-Manuel García Miguel.-Rubricados.

Publicación: Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr don José Manuel Martínez Pereda Rodríguez, 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 ocho de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Huelva, con el núm. 1/1991 y seguida ante la Audiencia Provincial de Huelva por los delitos de asesinato y violación, contra Eduardo , nacido el día 1 de



agosto de 1964, hijo de Manuel y de Eulalia, soltero, sin profesión, natural de Almonaster la Real (Huelva) y vecino de Huelva, con antecedentes penales, insolvente y en prisión provisional por esta causa desde el 30 de abril de 1991, y en cuya causa se dictó Sentencia por la mencionada audiencia de 26 de enero de 1993, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres expresados al final y bajo la Ponencia del Excmo. Sr don José Manuel Martínez Pereda Rodríguez, hace constar lo siguiente:

Antecedentes de hecho

Se aceptan íntegramente los de la sentencia recurrida.

Fundamentos de Derecho

Se aceptan los de la sentencia impugnada salvo el quinto que desaparece.

Vistos los preceptos legales de aplicación al caso.

FALLAMOS Se acepta el fallo de la resolución recurrida salvo el apartado 2.º que desaparece.

ASI por esta nuestra sentencia, que se publicará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Enrique Ruiz Vadillo.-José Antonio Martín Pallín.-José Manuel Martínez Pereda Rodríguez.-Joaquín Martín Canivell.-Manuel García Miguel.- Rubricados.

Publicación: Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr don José Manuel Martínez Pereda Rodríguez, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico. 0