

## Resumen

*La Sala estima parcialmente el recurso del procesado contra sentencia que le condenó por delitos de asesinato y violación, y dicta segunda sentencia en la que mantiene el fallo de la recurrida excepto en lo relativo a no poder acceder a los beneficios penitenciarios para la reducción de condena. Rechaza el TS la alegada falta de prueba de cargo suficiente para estimar cometido el delito de violación, considerando insuficiente la autopsia y atribuyendo a otras causas posibles la presencia de hemorragia en zona anal de la víctima, y desestima igualmente el motivo que denuncia indebida aplicación del art. 406.1 CP, al haber existido prueba de cargo suficiente. Da lugar, por contra, la Sala, a la denuncia -apoyada por el MF- de infracción por interpretación errónea de los arts. 70, 98, 98 bis, 99 y 100 CP, pues la impugnada excluye los beneficios penitenciarios que podrían operar sobre el límite máximo.*

## NORMATIVA ESTUDIADA

LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

art.248.1

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

art.24.1 , art.24.2

D 3096/1973 de 14 septiembre 1973. TR Código Penal, conforme a la L 44/1971

art.10.1 , art.70 , art.406.1

RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

art.569

## ÍNDICE

FUNDAMENTOS DE DERECHO ..... 2

## CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

### AGRAVANTES

#### ALEVOSÍA

Conceptuación general

Integrante del asesinato

Apreciación

Apreciación de la agravante

### AGRESIÓN SEXUAL - VIOLACIÓN

#### PROCESO PENAL

Presunción de inocencia

### ASESINATO

#### PROCESO PENAL

Presunción de inocencia

### DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

#### DERECHO A LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES

Tutela judicial efectiva

Supuestos diversos

Presunción de inocencia

Prueba apta para enervarla

Prueba de indicios

Directa o indirecta

Indiciaria

### ENTRADA Y REGISTRO

#### PRESENCIA E INTERVENCIÓN DE SECRETARIO JUDICIAL

Nulidad de la practicada sin su intervención

CONSENTIDA POR EL TITULAR

PROCESO PENAL

PRUEBA

Medios

Prueba de peritos

Supuestos diversos

## FICHA TÉCNICA

Procedimiento: Recurso de casación

### Legislación

Aplica art.248.1 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Aplica art.24.1, art.24.2 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Aplica art.10.1, art.70, art.406.1 de D 3096/1973 de 14 septiembre 1973. TR Código Penal, conforme a la L 44/1971

Aplica art.569 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

Cita art.70.2, art.100, art.406.1 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Cita LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.17.3, art.24, art.25.2, art.117.3 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita RD 1557/1977 de 4 julio 1977

Cita art.1253 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita art.302, art.343, art.456, art.741, art.849 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

### Bibliografía

Citada en "La "doctrina Parot". Foro abierto"

### Definiciones

inclusionis unius exclusionis alterius

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primer motivo del recurso, se ampara en el art. 5.4º LOPJ EDL 1985/8754 y aduce la violación del art. 24 CE. EDL 1978/3879 Sostiene dicho motivo que tanto en la génesis, desarrollo y obtención de la prueba analizada por la Audiencia en la impugnada sentencia -apdo. E) del f. j. 3º- 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 ff. 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 pfos. separados los hechos y razonamientos jurídicos y, por último, que sean "firmados por el Juez, Magistrado o magistrados que las dicten" (art. 248.2º LOPJ EDL 1985/8754). Así que, al igual que ocurre con las sentencias, (art. 248.3º) 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. 248.1º), 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 LOPJ EDL 1985/8754 lo que le convenga y olvidar un específico precepto -precisamente el art. 248.1º- 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: "inclusionis unius, exclusionis alterius" determinante de la no exigencia para los autos, lo que, por otra parte, se corrobora también con la mera interpretación gramatical del art. 248.2º LOPJ EDL 1985/8754. 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. 281.1º LOPJ EDL 1985/8754, -relativas a que el Secretario es el único funcionario competente para dar fe con plenitud de efectos de las actuaciones judiciales, en nada empuja 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 Mº 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 Secretaría del Juzgado de Instancia núm. 6 de Huelva, en el domicilio de Manuel, sito en el piso 3º C del núm. 25 de la c/ Isla Cristina de Huelva en horas de día y plazo de 24 h., con las formalidades prevenidas en la LECr., 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 -ff. 195, 208 y 417- alguna vez asistió el Mº 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 inculpado y su defensa a las mencionadas diligencias de entrada y registro, con notoria infracción del art. 569 LECr. EDL 1882/1 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. 17.3º CE EDL 1978/3879, ni en los Pactos Internacionales suscritos por España, ni por los preceptos de la LECr. 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 -SS. 23 octubre y 10 diciembre 1991, 31 marzo y 4 diciembre 1992 y 304/1993, de 17 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, R. 6 mayo 1991, fue notificado al procurador del imputado Domingo -f. 215- y al Mº Fiscal -f. 216- fue motivado y dictado congruentemente a una petición muy concreta y muy fundamentada del Ilmo. Sr. Fiscal Jefe de la AP Huelva por escrito de 4 mayo 1991 -f. 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 mayo 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 STC 66/1989, de 17 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 LECr. EDL 1882/1, habiendo destacado la STC 44/1985, de 31 enero, que el secreto persigue impedir el conocimiento en aras de alcanzar una segura represión del delito. Así el pfo. 2º del citado precepto procesal establece la posibilidad de que el Juez de Instrucción declare secreto el sumario, de oficio o a instancia del Mº 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 periodo 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 ss. LECr. EDL 1882/1, 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 inspección ocular realizado el 26 abril 1991, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez, asistido del Secretario y del médico Forense -ff. 80 y 81- se ordenó por S.Sª y se documentó en el acta que, a más 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. Francisco pudiera asistir, si lo tenía a bien S.Sª, así lo acordó, tras oír al médico forense. Ello implicaba una designación y un exacto cumplimiento a lo determinado en el art. 343 LECr. EDL 1882/1. Por otra parte, tal informe de autopsia, emitido por los peritos nombrados, fue ratificado por los intervinientes -f. 352- ante el Instructor y el Secretario. El Dr. Francisco, Catedrático de Medicina Legal de Sevilla, fue tenido por perito en la causa -v. f. 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. Francisco y el médico Forense, Dr. Manuel, por A. 8 julio 1991 -f. 745- y tal designación fue notificada al procurador del acusado al día siguiente -f. 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 Mº Fiscal y del propio letrado del acusado el 15 enero 1992 -f. 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, sustituible en todos los órdenes sociales por la promesa -v. L 24 noviembre 1910 y RD 1557/1977, de 4 julio EDL 1977/1563, derogado por el RD 777/1979, de 5 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. 5.4º LOPJ EDL 1985/8754 se estima infringido por la resolución de instancia el principio fundamental de la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2º CE EDL 1978/3879. 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 sí 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 TC -SS. 174/1985, de 17 diciembre, 229/1986, de 1 diciembre, 256/1988, de 22 diciembre, 107/1989, de 8 junio, 94/1990, de 23 mayo y 124/1990, de 2 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. 1253 CC EDL 1889/1, 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 S 14 octubre 1986, destacó la prueba circunstancial o indiciaria como apta para determinar una condena penal, recogiendo sus requisitos, continuando dicha doctrina de modo constante -SS. 4 febrero, 6 y 24 marzo, 21, 22 y 28 junio, 22 julio, 3, 14, 22 y 29 octubre y 31 diciembre 1987, 20 enero, 3 marzo, 6 abril, 6 mayo, 23 y 24 septiembre

1988, 19 y 21 enero , 10 y 18 marzo , 7 abril , 3 junio , 6 y 29 septiembre , 2 y 5 octubre y 12 diciembre 1989, 31 enero , 6 febrero , 24 julio , 18 septiembre , 15 octubre , 13 y 22 noviembre 1990, 24 enero , 5, 7 y 22 febrero , 8, 15 y 21 marzo , 3, 10 y 15 abril , 17 junio , 12 y 23 julio , 11, 16 y 30 septiembre , 7 y 29 octubre y 26 noviembre 1991, 10 enero , 15 febrero , 12 marzo , 28 abril , 15 y 19 junio , 6 y 10 julio , 9 septiembre , 29 octubre , 22, 24 y 26 noviembre y 16 diciembre 1992 y 35/1993, de 21 enero , y 1368/1993, de 10 junio -.Esta doctrina puede centrarse y resumirse así: a) Tiene que existir pluralidad de indicios, no siendo suficiente con uno solo, 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. 1253 CC EDL 1889/1 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, 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, Ana, 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 contraindicios actúan con mero carácter complementario. Sus contradicciones y alteraciones que el Tribunal de instancia recoge y explícita con todo detalle en el ap. 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 5 de la tarde con intención de ver a su amiguita Raquel -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 c/ Roque Barcia, esquina Gibraleón, 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 esto, 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 Raquel. 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 Ana, José 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 abril 1991, "con un manojito de vegetales introducido unos 10 cm. 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 manojito 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. 117.3º CE EDL 1978/3879 y el art. 741 LECr. EDL 1882/1 , al órgano jurisdiccional "a quo". El dictamen de autopsia -ff. 285 y ss.- recoge en su conclusión 7ª: "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 10 cm.". Pero luego los peritos, al realizar la reconstrucción de los hechos en su conclusión 8ª b) se refieren a que "la víctima, a consecuencia del gran impacto [al que se refiere el ap. 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 ap. 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 cm. 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: 1º) Que la hemorragia se produjo cuando la víctima aún vivía. 2º) 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. 3º) Tal maniobra carece de sentido, si no se dirige a la penetración anal. 4º) La introducción posterior del manojito de vegetales fue realizada posteriormente a los hechos, por ser imposible hacerlo de forma inmediata. 5º) 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, art. 849 LECr. EDL 1882/1, denunciando la aplicación indebida del art. 406.1º CP. EDL 1995/16398 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 -S. 5 febrero 1981-. b) La muerte de niños de corta edad es siempre alevosa -SS. 31 mayo 1982 y 31 enero 1985-. c) Víctima de ocho años -S. 12 julio 1990-. d) La equiparación entre niños y ancianos debilitados -S. 756/1993, de 2 abril -. Pero ninguna resolución de esta Sala destaca tanto la actuación alevosa en estos casos como la S 698/1993, de 29 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 mútuo 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, art. 849 LECr. EDL 1882/1 y denuncia infracción por interpretación errónea de los arts. 70, 98, 98 bis, 99 y 100 CP EDL 1995/16398. 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, porque 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 Mº Fiscal y debe ser estimado. Según el fallo se excluyen los beneficios penitenciarios que podrían operar sobre el límite máximo, que habrían 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. 70.2º CP EDL 1995/16398, 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 Regl. 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 aquel 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. 25.2º CE EDL 1978/3879. El motivo debe ser estimado en este punto. FALLO: Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, interpuesto por el procesado, contra S dictada por la AP Huelva, de fecha 26 enero 1993, en causa seguida a José, por delito de asesinato y violación, estimando en parte el recurso, y en su virtud casamos y anulamos la sentencia dictada por dicha AP declarando de oficio las costas. Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la mencionada AP a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa, que en su día se remitió. ASI por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos. SEGUNDA SENTENCIA FUNDAMENTOS DE DERECHO Se aceptan los de la sentencia impugnada salvo el quinto que desaparece. Vistos los preceptos legales de aplicación al caso. FALLO: Se acepta el fallo de la

resolución recurrida salvo el ap. 2º que desaparece. ASI por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Sr. Ruiz Vadillo.-Sr. Martín Pallín.-Sr. Martínez-Pereda Rodríguez.-Sr. Martín Canivell.-Sr. García Miguel.