

EDJ 2011/270500

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 18-10-2011, nº 1107/2011, rec. 10884/2011
Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón

Resumen

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por los condenados en la instancia como autores responsables de dos delitos continuados de violación. Señala la Sala, entre otros pronunciamientos, y en relación a la declaración inculpativa de la víctima y a su valor como tal, que la continuidad, coherencia y persistencia en la aportación de datos o elementos inculpativos no exige que los diversos testimonios sean absolutamente coincidentes, bastando con que se ajusten a una línea uniforme de la que se pueda extraer, al margen de posibles matizaciones e imprecisiones, una base sólida y homogénea que constituye un referente reiterado y constante que esté presente en todas las manifestaciones.

NORMATIVA ESTUDIADA

LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal
art.48 , art.49 , art.57
CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
art.9.3 , art.24.2
RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal
art.714 , art.717 , art.741 , art.852

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	5
FUNDAMENTOS DE DERECHO	6
FALLO	19

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

AGRESIÓN SEXUAL - VIOLACIÓN

CUESTIONES GENERALES

Conceptuación general
Bien jurídico protegido

EMPLEO DE FUERZA, INTIMIDACIÓN O VIOLENCIA

En general
Apreciación
Supuestos diversos

MODALIDADES AGRAVADAS

Prevalimiento, parentesco
Supuestos diversos

FORMAS Y GRADOS DE EJECUCIÓN

Grados de ejecución
Consumación
Delito continuado

PARTICIPACIÓN Y RESPONSABILIDAD

Partícipes
Autor

PENALIDAD

En general

PROCESO PENAL

Presunción de inocencia
Prueba
Declaraciones de la víctima

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Acusación particular, Ministerio Fiscal; Desfavorable a: Condenado

Procedimiento: Recurso de casación

Legislación

Aplica art.48, art.49, art.57 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Aplica art.9.3, art.24.2 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Aplica art.714, art.717, art.741, art.852 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

Cita LO 8/2006 de 4 diciembre 2006. Modifica LO 5/2000, reguladora responsabilidad penal de los menores

Cita Ley 38/2002 de 24 octubre 2002. Reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado

Cita LO 5/2000 de 12 enero 2000. Responsabilidad Penal de Menores

Cita art.348 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita LO 1/1996 de 15 enero 1996. Protección Jurídica Menor, Modificación Parcial del CC y LEC.

Cita art.5.4, art.11.3, art.229 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.9.1, art.24, art.39.4, art.117.3 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.1246.3 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

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

Jurisprudencia

Desestima el recurso interpuesto contra SAP Almería de 10 marzo 2011 (J2011/110756)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 14 julio 2011 (J2011/166789)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 18 julio 2011 (J2011/143375)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 14 junio 2011 (J2011/120515)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 28 diciembre 2009 (J2009/344481)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 15 octubre 2009 (J2009/234661)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 13 abril 2009 (J2009/101669)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 27 mayo 2008 (J2008/82764)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 23 enero 2008 (J2008/25604)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 30 noviembre 2007 (J2007/243113)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 20 diciembre 2007 (J2007/243101)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 21 noviembre 2007 (J2007/213193)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 9 octubre 2007 (J2007/188953)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 2 octubre 2007 (J2007/175238)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 10 julio 2007 (J2007/135738)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 19 julio 2007 (J2007/100822)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 12 junio 2007 (J2007/92352)

Cita en el mismo sentido sobre AGRESIÓN SEXUAL - VIOLACIÓN - PROCESO PENAL - Prueba - Declaraciones de la víctima STS Sala 2ª de 30 abril 2007 (J2007/36078)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 30 marzo 2007 (J2007/25381)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 26 febrero 2007 (J2007/13087)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 23 noviembre 2006 (J2006/319075)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 11 octubre 2006 (J2006/311690)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 25 octubre 2006 (J2006/299613)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 31 octubre 2006 (J2006/299597)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 10 octubre 2006 (J2006/282127)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 20 julio 2006 (J2006/109832)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 2 mayo 2006 (J2006/59557)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 24 abril 2006 (J2006/48266)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 27 febrero 2006 (J2006/28798)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 12 diciembre 2005 (J2005/213561)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 9 noviembre 2005 (J2005/207177)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 21 noviembre 2005 (J2005/197279)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 23 septiembre 2005 (J2005/171756)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 23 junio 2005 (J2005/171698)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 8 junio 2005 (J2005/96643)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 23 mayo 2005 (J2005/71084)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 10 febrero 2005 (J2005/33606)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 24 febrero 2005 (J2005/30364)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 15 febrero 2005 (J2005/23862)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 24 septiembre 2004 (J2004/159648)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 24 septiembre 2004 (J2004/152690)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 18 junio 2004 (J2004/82809)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 13 abril 2004 (J2004/31409)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 17 marzo 2004 (J2004/31386)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 29 marzo 2004 (J2004/26048)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 5 marzo 2004 (J2004/12846)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 4 marzo 2004 (J2004/12780)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 20 febrero 2004 (J2004/12765)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 26 enero 2004 (J2004/6346)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 24 diciembre 2003 (J2003/209408)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 29 septiembre 2003 (J2003/130314)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 5 noviembre 2003 (J2003/127664)

Cita en el mismo sentido ATS Sala 2ª de 12 junio 2003 (J2003/30294)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 16 mayo 2003 (J2003/30208)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 9 abril 2003 (J2003/25294)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 2 junio 2003 (J2003/15667)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 9 enero 2003 (J2003/976)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 19 diciembre 2002 (J2002/59893)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 9 diciembre 2002 (J2002/55498)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 10 septiembre 2002 (J2002/35950)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 1 julio 2002 (J2002/28378)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 29 enero 2002 (J2002/2572)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 14 febrero 2002 (J2002/1717)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 3 diciembre 2001 (J2001/56010)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 10 octubre 2001 (J2001/35459)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 16 julio 2001 (J2001/26458)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 16 julio 2001 (J2001/25220)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 18 junio 2001 (J2001/12568)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 26 marzo 2001 (J2001/3206)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 23 febrero 2001 (J2001/3199)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 6 febrero 2001 (J2001/2902)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 27 noviembre 2000 (J2000/40720)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 17 octubre 2000 (J2000/30336)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 8 julio 2000 (J2000/24541)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 5 junio 2000 (J2000/14600)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 5 mayo 2000 (J2000/8897)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 8 febrero 2000 (J2000/1075)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 31 enero 2000 (J2000/407)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 10 mayo 1999 (J1999/6921)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 25 enero 1999 (J1999/294)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 28 septiembre 1998 (J1998/30682)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 29 septiembre 1998 (J1998/23094)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 29 julio 1998 (J1998/9430)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 18 junio 1998 (J1998/7914)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 3 marzo 1998 (J1998/2931)

Cita en el mismo sentido STC Pleno de 2 abril 1998 (J1998/1494)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 30 marzo 1998 (J1998/1481)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 16 diciembre 1997 (J1997/10545)

Cita en el mismo sentido sobre AGRESIÓN SEXUAL - VIOLACIÓN - PROCESO PENAL - Prueba - Declaraciones de la víctima STS Sala 2ª de 19 abril 1997 (J1997/3278)

Cita en el mismo sentido sobre AGRESIÓN SEXUAL - VIOLACIÓN - PROCESO PENAL - Prueba - Declaraciones de la víctima STS Sala 2ª de 23 marzo 1997 (J1997/2767)

Cita en el mismo sentido sobre AGRESIÓN SEXUAL - VIOLACIÓN - PROCESO PENAL - Prueba - Declaraciones de la víctima STS Sala 2ª de 12 julio 1996 (J1996/5530)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 6 marzo 1995 (J1995/1740)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 11 julio 1994 (J1994/5927)

Cita en el mismo sentido sobre AGRESIÓN SEXUAL - VIOLACIÓN - PROCESO PENAL - Prueba - Declaraciones de la víctima STS Sala 2ª de 27 abril 1994 (J1994/3747)

Cita en el mismo sentido sobre AGRESIÓN SEXUAL - VIOLACIÓN - PROCESO PENAL - Prueba - Declaraciones de la víctima STS Sala 2ª de 5 abril 1994 (J1994/2966)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 23 marzo 1994 (J1994/2697)
Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 21 diciembre 1993 (J1993/11759)
Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 27 septiembre 1993 (J1993/8319)
Cita en el mismo sentido sobre AGRESIÓN SEXUAL - VIOLACIÓN - PROCESO PENAL - Prueba - Declaraciones de la víctima STS Sala 2ª de 4 febrero 1993 (J1993/938)
Cita en el mismo sentido sobre AGRESIÓN SEXUAL - VIOLACIÓN - PROCESO PENAL - Prueba - Declaraciones de la víctima STS Sala 2ª de 31 octubre 1992 (J1992/10681)
Cita en el mismo sentido sobre AGRESIÓN SEXUAL - VIOLACIÓN - PROCESO PENAL - Prueba - Declaraciones de la víctima ATS Sala 2ª de 18 septiembre 1990 (J1990/8353)
Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 21 diciembre 1989 (J1989/11626)
Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 30 noviembre 1989 (J1989/10791)
Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 8 junio 1989 (J1989/5850)
Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 22 diciembre 1986 (J1986/169)
Citada sobre PROCESO PENAL - PRUEBA - Medios - Prueba de peritos - Valor probatorio por SAP Alicante de 15 febrero 2012 (J2012/149073)
Citada por SAP Pontevedra de 2 marzo 2012 (J2012/81647)
Citada por SAP Barcelona de 8 noviembre 2013 (J2013/275670)
Cita STS Sala 2ª de 14 febrero 2007 (J2007/8558)
Cita STS Sala 2ª de 13 julio 2006 (J2006/282117)
Cita STS Sala 2ª de 20 septiembre 2005 (J2005/149450)
Cita STS Sala 2ª de 2 noviembre 2004 (J2004/183494)
Cita STS Sala 2ª de 9 febrero 2004 (J2004/4483)
Cita STS de 5 mayo 2003 (J2003/230822)
Cita STS Sala 2ª de 21 mayo 2003 (J2003/30170)
Cita ATS Sala 2ª de 22 mayo 2003 (J2003/29707)
Cita STS Sala 2ª de 24 mayo 2002 (J2002/19847)
Cita STS Sala 2ª de 1 febrero 2002 (J2002/4065)
Cita STS Sala 2ª de 10 diciembre 2001 (J2001/54061)
Cita STS Sala 2ª de 31 octubre 2001 (J2001/46533)
Cita STS Sala 2ª de 22 marzo 2001 (J2001/7340)
Cita ATS Sala 1ª de 20 febrero 2001 (J2001/3506)
Cita STS Sala 2ª de 26 febrero 2001 (J2001/3241)
Cita STS Sala 2ª de 5 diciembre 2000 (J2000/49844)
Cita STS Sala 2ª de 5 junio 2000 (J2000/11798)
Cita STS Sala 2ª de 31 enero 2000 (J2000/372)
Cita STS Sala 2ª de 5 julio 1999 (J1999/17011)
Cita STS Sala 2ª de 5 marzo 1999 (J1999/2207)
Cita STS Sala 2ª de 8 febrero 1999 (J1999/241)
Cita STS Sala 2ª de 11 septiembre 1998 (J1998/21081)
Cita STS Sala 2ª de 28 marzo 1998 (J1998/1578)
Cita STC Sala 2ª de 24 noviembre 1997 (J1997/8138)
Cita STS Sala 2ª de 13 diciembre 1996 (J1996/10162)
Cita STS Sala 2ª de 1 abril 1996 (J1996/2161)
Cita STC Sala 1ª de 12 marzo 1996 (J1996/708)
Cita STS Sala 2ª de 21 marzo 1995 (J1995/1130)
Cita STC Sala 2ª de 19 abril 1993 (J1993/3644)
Cita STS Sala 2ª de 19 enero 1993 (J1993/235)
Cita STS Sala 2ª de 14 noviembre 1992 (J1992/11205)
Cita STS Sala 2ª de 12 noviembre 1992 (J1992/11107)
Cita STS Sala 2ª de 15 marzo 1991 (J1991/2876)
Cita STC Sala 2ª de 26 marzo 1990 (J1990/3383)
Cita STS Sala 2ª de 21 abril 1989 (J1989/4266)
Cita STC Sala 2ª de 7 diciembre 1983 (J1983/116)

Bibliografía

Comentada en "Lesiones producidas en colisiones a baja velocidad desde la perspectiva penal: criterios jurisprudenciales"

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de octubre de dos mil once.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por Celso y Genaro, contra sentencia de fecha dictada por la Audiencia Provincial de Almería, Sección Tercera, en la causa Rollo número 4/2010 EDJ 2011/110756 , dimanante del Sumario núm. 1/2010 del Juzgado de Instrucción número 1 de El Ejido, que condenó a los acusados, por un delito de agresión sexual; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación 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 el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados por la Procuradora D^a Elisa Hurtado Pérez y defendidos por el Letrado D. Francisco J. Ponce Domínguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 1 de El Ejido instruyó Sumario con el número 1 de 2010, contra Celso y Genaro por delito de agresión sexual y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Almería, cuya Sección Tercera, con fecha 10 de marzo de 2.011, dictó sentencia EDJ 2011/110756 , que contiene los siguientes hechos probados:

"HECHOS PROBADOS.

UNICO.- Probado y así se declara que: los procesados Celso, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, y su hermano Genaro, también mayor de edad, padre y tío respectivamente de los menores Juan María, nacido el 13/7/2002 y Balbino, nacido el 25/8/2005., desde tiempo atrás, aproximadamente desde el año 2006 con respecto a Juan María, posteriormente con respecto a Balbino, venían sometidos a estos menores en contra de su voluntad a prácticas sexuales consistentes en masturbaciones de los menores a los adultos y viceversa, felaciones que en muchas ocasiones se culminaban con una eyaculación en el interior de la boca del menor y penetraciones anales en el caso de Juan María. Los contactos sexuales, tanto en el caso del padre como del tío, se producían bajo la amenaza de pegarles una paliza a los menores si contaban algo a su madre, Verónica, e incluso con causarle la muerte a ésta. En el caso del acusado Celso, los contactos sexuales se producían en el domicilio familiar y en la autocaravana cuando salían de trabajar como feriantes. Por su parte, el acusado Genaro, no sólo mantenía contactos carnales con sus sobrinos en la autocaravana propiedad de los abuelos de los menores, sino que también aprovechaba para repetir estos comportamientos cuando los menores pernoctaban en el domicilio de sus abuelos paternos, sito en C/ DIRECCION000 num. NUM000 de El Ejido. "

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS.

Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a Celso como autor de **DOS** delitos continuados de violación sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las pena de **QUINCE AÑOS DE PRISION** por cada uno de ellos con la accesoria legal de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Conforme a lo previsto en los artículos 48 y 49 del Código Penal EDL 1995/16398, el procesado no podrá acercarse a menos de 500 metros ni comunicarse por cualquier medio con sus hijos Juan María y Balbino por un período de 20 años. Así mismo se impondrá al procesado la privación del a patria potestad respecto de sus tres hijos, tanto Juan María y Balbino como Francisco Abraham durante 5 años.

Asimismo debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** al procesado Genaro como autor de **DOS** delitos continuados de violación por cada uno de los dos delitos imputados, a la pena de **QUINCE AÑOS DE PRISION** con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. Conforme a lo previsto en los artículos 48 y 57 del Código Penal EDL 1995/16398, el acusado no podrá acercarse a menos de 500 metros ni comunicarse por cualquier medio con sus sobrinos Juan María y Balbino por un período de 20 años.

Ambos condenamos deberán indemnizar de modo solidario a Juan María y a Balbino en 30.000 euros a cada uno de ellos por daños morales ocasionados siendo condenados asimismo al pago de las costas causadas por mitad.

Le será de abono para el cumplimiento de la condena todo el tiempo que ha estado privado de libertad pro esta causa de no haberse servido para extinguir otras responsabilidades, lo que se acreditará en ejecución sentencia".

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por Celso y Genaro que se tuvo por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- La representación de los procesados basa su recurso por quebrantamiento de forma e infracción de ley en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION**:

MOTIVOS DEL RECURSO.

A) **POR INFRACCION DE LEY**: -por error en la apreciación de la prueba de cargo testifical de los menores. -por error en la valoración de la prueba. Declaración de la madre, Verónica. -Por error en la valoración de la prueba pericial y forense.

B) **POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA**.- por error de prueba pericial contradictoria. - por denegación de prueba testifical (art. 850.1º LECr EDL 1882/1). -por infracción de los arts. 704, ss. y concordantes LECr. (art. 850.3º y 4º, LECr. EDL 1882/1). -Por falta de claridad en los hechos probados dela sentencia art. 851.1.1º LECr. EDL 1882/1).

C) POR INFRACCION DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL. Infracción del art. 24.2 CE EDL 1978/3879 , vulnerando el derecho de defensa y del derecho a la presunción de inocencia (art. 852 LECR EDL 1882/1).

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y se opuso a la admisión e impugnó subsidiariamente la totalidad de los motivos esgrimidos, por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día 11.10.2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-) Se sostiene por los recurrentes Celso y Genaro diversos motivos de recurso:

a) por infracción de ley: por error en la apreciación de la prueba testifical de los menores; por error en la valoración de la prueba, declaración de la madre Verónica; y por error en la valoración de la prueba pericial y forense.

b) por quebrantamiento de forma: por error de prueba pericial contradictoria; por denegación de prueba testifical (art. 850.1º LECr EDL 1882/1); por infracción de los arts. 704, ss. y concordantes (art. 850.3º y 4º); y por falta de claridad en los hechos probados art 851.1.1º LECr. EDL 1882/1).

c) por infracción de precepto constitucional: infracción del art. 24.2 CE EDL 1978/3879 por vulneración del derecho de defensa y del derecho a la presunción de inocencia (art. 852 LECr. EDL 1882/1).

Procede con base a lo expuesto en el art. 901 bis a) el análisis prioritario de los motivos interpuestos por quebrantamiento de forma.

SEGUNDO.-) Así en primer lugar denuncia la denegación de la prueba pericial solicitada en el escrito de defensa y reproducida en el plenario como cuestión previa, haciendo constar la protesta frente a la nueva inadmisión.

El medio de prueba consistió en pericial de parte. Que por la Sala se requiera con carácter de urgencia a las Psicólogas colegiadas NUM001 y NUM002 (emisoras de los informes obrantes en los folios 109 y ss y 119 y ss) para que faciliten a la defensa las grabaciones y/o material utilizado al objeto de realizar informe psicológico de parte, que será aportado cuando así lo acuerde la Sala y con antelación suficiente al inicio de las sesiones del juicio oral.

Conviene recordar, siquiera brevemente, la doctrina del TC al respecto. Así se ha declarado - STC 126/2011, de 18-7 EDJ 2011/143375 -, que el derecho a la prueba previsto en el art. 24-2 CE EDL 1978/3879 es un derecho de configuración legal, correspondiendo al legislador establecer las normas reguladoras de su ejercicio en cada orden jurisdiccional. Por lo tanto, para entenderlo vulnerado será preciso que la prueba no admitida, o no practicada, se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecido, sin que este derecho faculta para exigir la admisión de todas las pruebas propuestas, sino sólo de aquéllas que sean pertinentes para la resolución del caso.

Se ha declarado, además, que corresponde a los órganos judiciales la decisión sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas propuestas, que podrán rechazar de forma motivada cuando estimen que las mismas no son relevantes para la resolución judicial del asunto litigioso. En consecuencia, debe ser imputable al órgano judicial la falta de la prueba admitida o la inadmisión de pruebas relevantes para la decisión final sin motivación alguna o con una interpretación y aplicación de la legalidad arbitraria e irrazonable, debiendo establecerse que, fuera de estos supuestos, corresponde a la jurisdicción ordinaria el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas en ejercicio de la potestad jurisdiccional otorgada por el art. 117-3 CE EDL 1978/3879 , así como su valoración conforme a las reglas de la lógica y de la sana crítica, según lo alegado y probado, fallando en consecuencia. Finalmente, es necesario que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente por ser aquélla decisiva en términos de defensa, lo que exige que el recurrente haya alegado su indefensión material en la demanda de amparo, o en este caso, en el recurso de casación. Esta exigencia se proyecta en un doble plano: por un lado, el recurrente debe razonar en esta vía la relación entre los hechos que quisieron probar y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas; por otro lado, debe argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso "a quo" podía haber sido favorable a sus pretensiones de haberse aceptado y practicada la prueba propuesta (STS 26/2000, de 31-3 EDJ 2000/407 ; 165/2001, de 16-7 EDJ 2001/26458 ; 133/2003, de 30-6 EDJ 2005/213561 ; 129/2005, de 23-5 EDJ 2005/71084 ; 244/2005, de 10-10 EDJ 2005/171756 ; 308/2005, de 11-12 EDJ 2005/213561 ; 42/2007, de 26-2 EDJ 2007/13087).

En este sentido hemos dicho en STS 294/2008 de 27-5 EDJ 2008/82764 y 264/2007 de 30-3 EDJ 2007/25381 que la proposición de pruebas se trata de un acto exclusivamente de parte con excepción de lo dispuesto en el art. 729.2 LECrim. EDL 1882/1 y se halla sujeta a unos estrictos requisitos legales, cuyo incumplimiento puede determinar la inadmisión de las pruebas propuestas. Tales exigencias son de orden temporal, relativas al momento idóneo para la proposición y de orden formal que responden al como deben proponerse las pruebas.

Entre estas ultimas se encuentra, art. 656 LECrim. EDL 1882/1 la designación nominal de testigos y peritos con expresión de sus domicilios o lugares donde puedan ser citados, haciendo constar si han de ser citados por el Tribunal o se compromete la parte a traerlos por si. En este sentido la doctrina jurisprudencial ha recogido reiteradamente que la designación de peritos debe hacerse nominativamente, conforme al párrafo 2º del art. 656 LECrim. EDL 1882/1 ; es decir expresando nombres, apellidos, domicilio y residencia (STS. 1561/97 de 16.12 EDJ 1997/10545).

El Tribunal Constitucional sentencia 52/98 EDJ 1998/2931 precisa que "el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa constituye un derecho de configuración legal, cuyo ejercicio ha de someterse a los requisitos de tiempo y forma dispuestos por las Leyes procesales, de modo que cuando la inadmisión o el rechazo de los medios de prueba sea debido al incumplimiento por parte del interesado de dichas exigencias legales, la resolución que así lo acuerda no podrá reputarse lesiva del art. 24.2 CE. EDL 1978/3879 ", y la STS. 28.1.94, que "es condición sine qua non para reclamar el derecho a la prueba que ésta esté procesalmente propuesta en forma, lo que requiere, cuando de testigos se trata, identificarlos en forma precisa y señalar el lugar en que el Tribunal debe citarlos".

Por tanto, el juicio de admisión de pruebas deberá iniciarse por la constatación del cumplimiento de tales requisitos, si bien, caso de que la proposición de prueba se plantee de forma defectuosa, ello no tiene que suponer inevitablemente la exclusión de la prueba propuesta. STS 1070/2004, de 24-9 EDJ 2004/159648 .

Así, en primer lugar, el Tribunal siempre podrá admitir una prueba que no esté correctamente propuesta, acomodándola a los requisitos legales, sin que tal decisión pueda ser impugnada, dado que el art. 659.3º, no admite recurso alguno frente a la resolución que se dicte en sentido positivo.

La decisión del Tribunal admitiendo medios de prueba interesados sin cumplir con las formalidades legalmente previstas no supone quebranto de su imparcialidad sino una manifestación mas del principio "pro actione".

Y en segundo lugar, el incumplimiento de requisitos estrictamente formales, debe procurar la aplicación por el tribunal de la regla contenida en el art. 11.3 LOPJ. EDL 1985/8754 para que la parte subsane el defecto en la proposición, STS 27-5-2008 EDJ 2008/82764 .

En ésta dirección la STS. 36/97 de 25.2, recuerda que " según reiterada jurisprudencia constitucional, el núcleo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consiste en el acceso a la jurisdicción, es decir, que un Tribunal resuelva en el fondo la controversia de derechos e intereses legítimos ante él planteada, salvo que se lo impida una razón fundada en un precepto expreso de una Ley, que a su vez sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental; si bien la interpretación judicial del correspondiente obstáculo procesal debe guiarse por un criterio "pro actione" que, teniendo siempre presente la ratio de la norma y un criterio de proporcionalidad entre la entidad del defecto advertido y la sanción derivada del mismo, no impida la cognición del fondo de un asunto sobre la base de meros formalismo o de entendimientos no razonables de las normas procesales (SSTC. 120/93 EDJ 1993/3644 , 40/96 EDJ 1996/708).

Esta Sala Segunda mantiene postura similar en sentencias como la de 5.7.99 EDJ 1999/17011 "en el supuesto de autos, el tribunal "a quo" no dio oportunidad al recurrente para subsanar el derecho de la pericia infringiendo el art. 11.3 LOPJ EDL 1985/8754 : En efecto, por un lado el art. 656 LECrim. EDL 1882/1 no prevé como sanción procesal, para el incumplimiento de sus disposiciones, la pérdida del derecho a valerse de la prueba pericial o testifical. Por otro lado, la omisión del nombre y domicilio del perito es de carácter formal, y por lo tanto, la pretensión de la defensa no debía ser desestimada, sin antes dar la oportunidad de subsanar el defecto", y la STS. 107/2002 de 1.2 EDJ 2002/4065 que reitera la anterior doctrina.

Por ello, puede admitirse respecto a la exigencia en el cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 656 LECrim. EDL 1882/1 , que la omisión, de alguna de las circunstancias que allí se exigen, en orden a la proposición de peritos y testigos, no puede acarrear de manera automática la inadmisión de la diligencia de prueba, sino que, el Tribunal debe advertir al proponente para que subsane el defecto advertido en un plazo razonable.

Por ultimo debemos recordar que el rechazo irregular de la prueba por el Organismo jurisdiccional no determina necesariamente la vulneración del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa y así, tal y como ha declarado la jurisprudencia constitucional, (STC 198/97 EDJ 1997/8138), la relación de instrumentalidad existente entre el derecho a la prueba y la prohibición de indefensión hace que la constatación de una irregularidad procesal en materia probatoria no sea por si sola suficiente para que la pretensión de amparo adquiera relevancia constitucional, pues para que así ocurra, el defecto procesal ha de tener una incidencia material concreta, por lo que si ésta no se ha producido, tampoco cabrá apreciar la existencia de indefensión desde la perspectiva constitucional".

TERCERO.-) En el caso presente se debe destacar:

-que con fecha 17-9-2010 la Audiencia Provincial de Almería denegó la apelación contra la denegación de prueba acordada por el instructor, sin perjuicio de su proposición para el juicio oral.

-que el Ministerio Fiscal en su escrito de calificación provisional fechado al 20-9-2010 propuso como prueba: 4 pericial, previa citación por el Juzgado de los psicólogos colegiados NUM001 y NUM002, para que se ratifiquen y en su caso amplíen los informes obrantes en los folios 109-118 y 119-129 de la causa.

-que por la defensa de los procesados en su escrito de calificación provisional con fecha de entrada 7-10-2010, entre los medios de prueba en el apartado 4, periciales propuso:

-Médicos forenses (folios 106 a 108).

- Inocencia (folios 102 y 103).

-Psicólogas pertenecientes al Gabinete de Estudios Periciales de Almería, colegiadas n. NUM001 y NUM002 (folios 109 y ss y 119 y ss).

-Pericial de parte "que por la Sala se requiera con carácter de urgencia a las psicóloga colegiados NUM001 - NUM002 (emisoras de los informes obrantes en los folios 109 y ss y 119 y ss) para que faciliten a la defensa las grabaciones y/o material utilizado para la elaboración de los informes psicológicos de los menores del objeto de realizar informe psicológico de parte que será aportado cuando así lo acuerde la Sala con antelación suficiente al inicio de las sesiones del juicio oral.

-con fecha 4-11-2010 la Sala de instancia en el auto de admisión de pruebas denegó la pericial de parte de la defensa por desconocer el objeto de la pericia y no designarse los peritos propuestos, añadiendo que los trabajos de los psicólogas a que se refieren para elaborar un dictamen los podría cuestionar en el juicio oral.

-señalado el juicio oral para el 14-2-2011 se suspendió por enfermedad del letrado de la defensa, señalándose de nuevo para el 8-3-2011, constando al inicio del acto de la vista protesta de la defensa por la denegación de prueba.

Con estos antecedentes la prueba pericial de parte propuesta en tales términos fue correctamente inadmitida, por cuanto la defensa no sólo no cumplió las previsiones del art. 656 LECr. EDL 1882/1 -defecto subsanable- sino que omitió concretar el objeto de la pericia a efectos de que la Sala pudiera valorar su pertinencia esto es, su relación con el objeto del proceso y al limitarse a interesar el material utilizado por las psicólogas en su informe emitido a instancias del juez instructor sobre la credibilidad del testimonio de los menores, se trataba de una inadmisibles pericia sobre pericia, cuando aquellos peritos comparecieron del juicio oral y su informe fue sometido a la contradicción de las partes.

CUARTO.-) En segundo lugar denuncia la denegación de la prueba testifical (art. 850.1 LECr. EDL 1882/1) pues en el acto del juicio oral y como cuestión previa, la defensa planteó la pertenencia de la declaración testifical de la esposa (por el rito gitano) del acusado Genaro, D^a Amanda, llevada a la vista por la defensa, lo que fue desestimado por el Tribunal, al entender que no había sido propuesta en forma, haciendo constar la defensa la oportuna protesta y haciendo ver al tribunal que en el escrito de defensa se habría hecho especial reserva de los medios de prueba de los que tuviese conocimiento hasta la celebración del juicio.

Denuncia que resulta, también, infundada.

Como hemos recordado en STS 294/2008, de 27-5 EDJ 2008/82764 , Respecto a las exigencias temporales el proceso penal como todo proceso que se integra por una relación ordenada de fases aparece regido por el principio de preclusión, tal principio no tiene un fin en sí mismo, sino que tiene una naturaleza instrumental para permitir la sucesión de fases bajo los principios, entre otros, de igualdad e interdicción de la indefensión.

En los que se refiere a la proposición de pruebas, es claro que el momento previsto en lo que se refiere al sumario ordinario, está constituido por el escrito de conclusiones provisionales -arts. 650 y 22. y especialmente el art. 728 LECrim. EDL 1882/1 - pero ello no ha sido entendido como tal interdicción de presentar prueba extramuros del escrito de calificación provisional.

En efecto, como recuerda la STS. 1060/2006 de 11.10 EDJ 2006/311690 , una no ya reciente línea jurisprudencial abrió la posibilidad de proponer y admitir prueba con posterioridad al de calificación provisional y anterioridad al comienzo del Juicio oral, cuando existan razones justificadas para ello y siempre que concurren los requisitos -obvios- de que esta nueva proposición de pruebas no suponga un fraude procesal y no constituya un obstáculo al principio de contradicción e igualdad de partes (STS. 13.12.96 EDJ 1996/10162), posibilidad admisible, por ejemplo, en los supuestos de que la parte concernida estime necesario proponer alguna prueba adicional no conocida o no accesible en el momento de la calificación.

En conclusión hay que declarar expresamente la posibilidad de presentar petición adicional de prueba con posterioridad al escrito de calificación provisional siempre que:

- a) Esté justificada de forma razonada.
- b) No suponga un fraude procesal y
- c) No constituya un obstáculo a los principios de contradicción e igualdad en garantía de la interdicción de toda indefensión.

Se trata, se insiste, en la STS. 1060/2006 de 11.10 EDJ 2006/311690 ya citada, de una línea jurisprudencial ya consolidada, y que de alguna manera quedó reforzada con la posibilidad legalmente admitida para el Procedimiento Abreviado tanto competencia del Juzgado de lo Penal como de la Audiencia Provincial de presentar prueba hasta el mismo momento del acto del Juicio Oral como expresamente permite el art. 793-2º de la LECriminal EDL 1882/1 , actual artículo 786 tras la reforma dada por la Ley 38/2002 de 24 de octubre EDL 2002/41133 , en el marco de la Audiencia Preliminar que precede al debate del Plenario.

En efecto, como recordaba la STS 60/1997 de 25 de enero de 1999 EDJ 1999/241 :

"...El art. 793-2º de la LECriminal EDL 1882/1 permite una controversia preliminar con la finalidad de acumular, en un sólo acto, diversas cuestiones que en el proceso común ordinario daban lugar a una serie de incidencias previas que dilataban la entrada en el verdadero debate que no es otro que el que surge en el momento del Juicio Oral, acentuado de esta manera los principios de concentración y oralidad. Según se desprende del tenor del artículo, esta Audiencia Preliminar puede versar sobre:

- a) Competencia del órgano judicial.
- b) Vulneración de algún derecho fundamental.
- c) Existencia de artículos de previo pronunciamiento.

d) Causas de suspensión del Juicio Oral.

e) Contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan en el acto para practicarse en las sesiones del Juicio Oral....".

Es decir, en el Procedimiento Abreviado no sigue el principio de preclusión en cuanto a la proposición de prueba, cuyo periodo se inicia con el escrito de calificación provisional y llega hasta el mismo momento del inicio del Plenario con la única limitación respecto de esta última, que puedan practicarse en el acto del Plenario.

Sobre si ésta posibilidad es aplicable al sumario ordinario, la STS. 94/2007 de 14.2 EDJ 2007/8558 , insiste en dar una respuesta positiva, y ello por las siguientes razones:

a) Por el principio de unidad del ordenamiento jurídico; sería un contrasentido que lo que la Ley permite en un tipo de procesos en aras de potenciar la concentración, oralidad y en definitiva un incremento de las garantías no puede extenderse al Procedimiento por sumario, cuya regulación se mantiene en este aspecto desde la promulgación de la LECriminal EDL 1882/1 en la Ley con fecha de 14 de septiembre de 1882.

b) Porque precisamente, el mandato constitucional contenido en el art. 120-3º de que el Procedimiento --sobre todo en material criminal-- será predominante oral tiene una mayor realización y amplitud, precisamente en la Audiencia Preliminar que se comenta.

c) Porque, en fin, esta línea proclive a extender la Audiencia Preliminar al Procedimiento Ordinario Sumario, que la práctica judicial lo ha aceptado, está expresamente admitido por la jurisprudencia de la Sala como lo acredita, entre otras, las SSTS de 10 de octubre de 2001 EDJ 2001/35459 ó la 2/98 de 29 de julio EDJ 1998/9430 , en las que se estimó como correcta la actuación del Tribunal de instancia que en procedimientos de Sumario abrió un debate sobre la nulidad de determinadas pruebas suscitadas, en este trámite, por las defensas. Obviamente, si se admite la validez de la Audiencia Preliminar para el cuestionamiento de la validez de algunas pruebas, es claro que también debe aceptarse que en el ámbito de dicho acto, se puede proponer nueva prueba.

En definitiva como se lee en la STS. De 29.9.98 EDJ 1998/23094 : "al margen de lo que sea buena fe procesal, las pruebas anunciadas al inicio de las sesiones aún permiten a las demás partes un efectivo uso del derecho y principio de contradicción, ya que sobre las mismas pueden interrogar a acusados, testigos, peritos etc... e incluso proponer otras que las desvirtúen".

CUARTO.-) En el caso presente un examen de las actuaciones, permisible vía art. 849 LECrim. EDL 1882/1 permite constatar que, al inicio del juicio oral, la defensa, como cuestión previa, propuso un nuevo testigo, al que no había podido localizar antes y desconocía sus datos, al amparo del art. 729 LECrim. EDL 1882/1

El Ministerio Fiscal se opuso al no ser dicho precepto extensible al sumario.

Por parte de la Presidente de la Sala se pregunto a la defensa sobre que tipo de persona era el testigo, respondiendo que era "la última persona con la que ambas partes estuvieron tomando una copa".

La Sala no admitió la prueba con un doble argumento: por no estar previsto en la LECrim., y no ser el momento procesal oportuno y porque que la propia defensa reconoció que no fue testigo presencial de los hechos que se estaban enjuiciando.

La defensa formuló su protesta.

Pues bien conforme a la doctrina expuesta en el Fundamento Jurídico precedente el primer argumento podría ser insuficiente, aunque cuando se trata de la denegación de una prueba testifical es necesario dejar constancia formal de la protesta, en momento procesal oportuno y hacer constar las preguntas, siquiera sea de modo sucinto, que quien la propuso pretendía dirigir al testigo, consignando los extremos de dicho interrogatorio.

La protesta tiene por finalidad plantear ante el Tribunal que acordó la denegación de la prueba o en su caso denegó la prueba o en su caso denegó la suspensión, la proporcionalidad de la decisión adoptada teniendo en cuenta, nuevamente, los intereses en conflicto desde la protesta de la parte que la propuso, manifestando así su no acatamiento a la decisión adoptada, al tiempo que proporciona criterios que permiten el replanteamiento de la decisión.

La consignación de los extremos del interrogatorio al testigo tiene por finalidad, primero, que el tribunal de enjuiciamiento y después esta Sala, en su caso, puedan valorar la trascendencia de la prueba propuesta respecto del fallo de la sentencia (SSTC. 116/83 de 7.12 EDJ 1983/116 , 51/90 de 26.3 EDJ 1990/3383 , SSTS. 28.12.91, 14.11.92 EDJ 1992/11205 , 11.9.98 EDJ 1998/21081). Si bien este requisito no juega con la misma intensidad en unos casos y otros, pues dependerá de las circunstancias concurrentes de las que puedan deducirse las preguntas que se pretendían realizar al testigo y consecuentemente la valoración de la decisión judicial (SSTS. 136/2000 de 31.1 EDJ 2000/372 , 1653/2000 de 26.10 EDJ 2001/46533 , 609/2003 de 7.5 EDJ 2003/230822 , 1259/2004 de 21.12 EDJ 2004/183494).

En el caso actual de la lectura del acta solo consta que ante la denegación de la prueba testifical propuesta al inicio del juicio oral, como cuestión previa, la defensa si bien formuló protesta, no pidió que se consignasen las preguntas que se proponía formular al testigo, con el fin de poder valorar su trascendencia. Incumplimiento formal que -según STS. 4.1.2003 - ya justificaría la inadmisión del motivo.

No obstante, como algunas resoluciones de esta Sala -por ejemplo SS. 20.9.2005 EDJ 2005/149450 , 21.1.93 EDJ 1995/1130 , 21.4.89 EDJ 1989/4266), han cuestionado la exigencia de estos requisitos previos de no hacer constar la protesta o el contenido de las preguntas que se pretendían formular, se va imponiendo al criterio de que si no hay razones fundamentadas que se opongan a la comparecencia de los testigos durante el plenario, el respeto a las partes y el respeto a la justicia eficaz y eficiente sin indefensión que la Constitución proclama exige que la contradicción, la publicidad y la oralidad se impongan frente a cualquier irregularidad formal en el

proceso y la omisión de estos requisitos no impedirá, sin embargo, el análisis del motivo cuando la pertinencia y necesidad de la prueba se desprende fácilmente de su propia naturaleza y características.

Ahora bien, aunque se prescindieran de estos requisitos o exigencias formales habría que constatar si concurren los materiales o de fondo, que podemos concretar en:

1- que la prueba sea necesaria en el doble sentido de su relevancia y su no redundancia es decir que tenga utilidad para los intereses de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión STS 5.3.99 EDJ 1999/2207).

2- que sea relevante, de forma que tenga potencialidad para modificar de alguna forma importante el sentido del Fallo, a cuyo efecto el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone, SSTS. 24.5.2002 EDJ 2002/19847 , 10.12.2001 EDJ 2001/54061 , o como dice la STS.29.1.93 EDJ 1993/235 en la práctica "habría que evaluar cada caso teniendo en cuenta el resto del material probatorio de que dispuso y la incidencia que la prueba denegada tuviese en la formación de la convicción del órgano decisor para configurar la resolución definitiva del proceso".

En efecto, es doctrina jurisprudencial reiterada que "la formulación en tiempo y forma de una proposición de prueba no es bastante, aun siendo necesario, para originar en caso de inadmisión, el quebrantamiento de forma que se denuncia. Es preciso además que la prueba merezca la calificación de «pertinente». Como ha recordado esta Sala en Sentencia de 16 de abril de 1998, la constitucionalidad, por virtud del artículo 24 de la Constitución Española EDL 1978/3879 del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba como inseparable del derecho mismo a la defensa no se configura como un derecho absoluto e incondicionado a que se practiquen todas las pruebas propuestas por las partes, ya que como señala la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, el derecho a la prueba no desapodera al Tribunal competente de su facultad para valorar, en cuanto a su admisión, la pertinencia de las propuestas «rechazando las demás» (artículos 659 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1), y en cuanto a su práctica la necesidad de las admitidas pero cuya realización efectiva plantea dificultades o dilaciones indebidas (Sentencias del Tribunal Supremo 1661/2000 de 27.11 EDJ 2000/40720). No existe para el tribunal la obligación de admitir toda diligencia de prueba propuesta, o, en su caso, a suspender todo enjuiciamiento por imposibilidad de practicar una prueba anteriormente admitida. Es necesario que el Tribunal de instancia realice una ponderada decisión valorando los intereses en conflicto, decidiendo sobre la pertinencia de la prueba y su funcionalidad. Ha de valorarse, como se ha dicho, los intereses en juego: el derecho de defensa, la pertinencia de la prueba propuesta y, en su caso, la necesidad de realizar el enjuiciamiento impidiendo su demora.

Por ello, para una adecuada valoración del conflicto, la jurisprudencia ha proporcionado dos criterios, el de la pertinencia y el de la relevancia. Por la primera se exige una relación entre las pruebas y el objeto del proceso. La relevancia presenta un doble aspecto, el funcional, relativo a los requisitos formales necesarios para la práctica y desarrollo de la prueba y de la impugnación; y el material, relativo a la potencialidad de la prueba denegada con relación a una alteración del fallo de la sentencia (STS. 136/2000 de 31.1 EDJ 2000/372). Así pues, para que tenga éxito un recurso de casación basado en este motivo, es preciso que "el órgano judicial haya denegado la diligencia de prueba no obstante merecen la calificación de "pertinentes", porque no está obligado el Juez a admitir todos los medios de prueba que cada parte estime pertinentes a su defensa "sino los que el Juzgador valore libre y razonablemente como tales". Y dos son los elementos a valorar al respecto: la pertinencia, propiamente dicha, y la relevancia de la prueba propuesta: «pertinencia» es la relación entre las pruebas propuestas con lo que es objeto del juicio y constituye «thema decidendi»; «relevancia» existe cuando la no realización de tal prueba, por su relación con los hechos a que se anuda la condena o la absolución u otra consecuencia penal relevante, pudo alterar la Sentencia en favor del proponente, pero no cuando dicha omisión no haya influido en el contenido de ésta.

En resumen, este motivo de casación no trata de resolver denegaciones formales de prueba, sino que es preciso que tal denegación haya producido indefensión, de manera que el motivo exige "demostrar, de un lado, la relación existente entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar por las pruebas inadmitidas y de otro lado debe argumentar convincentemente que la resolución final del proceso a quo podría haber sido favorable de haberse aceptado la prueba objeto de controversia (SSTS. 104/2002 de 29.1 EDJ 2002/2572 , 1217/2003 de 29.9 EDJ 2003/130314 , 474/2004 de 13.4 EDJ 2004/31409).

Previsiones éstas omitidas por la defensa que al proponer la prueba de esta testigo al inicio del juicio -y ni siquiera en el presente recurso- no justificó la imposibilidad de su localización anterior y en qué forma su testimonio hubiera tenido oportunidad ni potencialidad para modificar de forma importante el sentido de fallo, de modo que su omisión no ha causado indefensión, no habiéndose producido la infracción de los derechos fundamentales denunciado.

SEXTO.-) En cuanto infracción de los arts. 704 y ss y concordantes LECr., (art. 850.3 y 4 LECr EDL 1882/1.) al estar presente en todo momento la madre en la declaración de los menores, a pesar de hacerlo constar así la defensa, resolviendo el tribunal lo adecuado en dicha declaración, tal queja resulta inadmisibile.

Con independencia de que esta vía procedimental utilizada, quebrantamiento de forma, art. 850.3º y 4º, ninguna relación guarda con la denuncia de los recurrentes, pues se refiere a lo que con carácter genérico podemos llamar denegación de pruebas cuando fueran pertinentes. Así en el num. 3 se refiere a que el Presidente del Tribunal se niegue a que el testigo conteste a la o las preguntas cuando ésta sean pertinentes y de manifiesta influencia en la causa, y el num. 4 gira en torno a preguntas denegadas por capciosas, sugestivas o impertinentes, cuando no lo sean y tuviesen verdadera importancia para el resultado del juicio, el motivo, se insiste, debe ser desestimado.

a) De una parte, la regla del art. 704 LECr. EDL 1882/1 , no es una condición absoluta de la validez de la prueba testifical, el significado de la infracción, por tanto, depende de los efectos que haya podido tener en cada caso.

En efecto la violación de lo establecido en este principio no produce la prohibición que la declaración testifical puede ser valorada por el Juzgado o Tribunal como prueba válida (STS 1421/2001, de 16-7 EDJ 2001/25220). La consecuencia de la infracción de este precepto dependerá de la influencia que la comunicación haya podido tener en cada caso sobre los testigos con que se haya comunicado (STS 146/2001, de 6-2 EDJ 2001/2902).

En este sentido la STS 152/2005 de 10-2 EDJ 2005/33606 precisa que el tema de la incomunicación de testigos que exige el art. 704 LECr. EDL 1882/1 , es una norma llena de sentido común en la medida que lo que con ello se quiere conseguir es que no puedan enterarse unos de lo declarado por los que la precedieron para evitar así previos concertos, pero la bondad de la medida no puede olvidar la naturaleza cautelar de tal medida y por tanto situada extramuros a la validez del testimonio.

Ello supone que la quiebra de la incomunicación sólo puede tener incidencia del testimonio que la venga a conceder el tribunal por el riesgo de dicha confabulación, pero en modo alguno va a afectar a la validez de la declaración, como se solicita en el motivo (STS 5-4-89; 30-1-92; 32/95, de 19-1; 15-11-96; 26-3-2001 EDJ 2001/3506). Por tanto la incomunicación no es condición ni validez de la prueba testifical y si sólo de una credibilidad.

En el caso presente, en relación a la declaración de la madre, Verónica, tal como consta en el acta, tuvo lugar con anterioridad al testimonio de los menores, por lo que no se vió afectada por las prevenciones del art. 704 LECr. EDL 1882/1

b) De otra parte, respecto a las declaraciones de los menores de edad en el juicio oral, se llevó a cabo por videoconferencia, esto es, estando la confrontación visual de los menores con los inculpados.

En este sentido la LO 1/96, de Protección Jurídica del Menor que es desarrollo tanto del art EDL 1996/13744 . 39-4 CE EDL 1978/3879 como de la Convención de los Derechos del Niño aprobada en las Naciones Unidas de 20-11-89, y en vigor en España desde el 5-1-91, menciona en el art. 11-2 como dos de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en su actuación de protección del menor "la supremacía del interés del menor" y "la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal", y dispone en el art. 13-3 que en las actuaciones de protección "se evitará toda interferencia innecesaria en la vida del menor".

Y en el art. 17 de la L.O. se contiene el mandato a cuyo tenor "en las situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal y social del mismo...la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los medios que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra".

Por una parte, el párrafo 2º del art. 707 LECr EDL 1882/1 (introducido por la L.O. 14/99 de 4-6) prescribe que cuando el testigo sea menor de edad, el juez o tribunal podrá, en interés de dicho testigo y mediante resolución motivada, previo informe pericial y acordar que sea interrogado evitando la confrontación visual con el inculpadado utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba.

En esta línea, el art. 229 LOPJ EDL 1985/8754 (tras la reforma producida por LO 19/2003, de 24-12) después de proclamar en su núm. 2 que "las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de las periciales y vistas, se elevarán a efectos ante el Juez o tribunal, con presencia e intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública salvo lo dispuesto en la ley", admite en su párrafo 31, que estas actuaciones se realicen " a través de videoconferencia u otro sistema similar que permite la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y del sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre las personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal".

Y, el art. 325 LECr. EDL 1882/1 (redacción de la LO 13/2003 de 24-10) admite que "el juez de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito o en otra condición resulte particularmente gravosa o perjudicial, podrá acordar que la comparecencia la realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permite la comunicación bidireccional y simultánea del a imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del art. 229 LOPJ EDL 1985/8754 ".

Y finalmente -la vigente redacción de los arts. 448 y 707, párrafo último, redacta por LO 8/2006 de 4-12 ya establece, sin necesidad de informe pericial previo que "la declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpadado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba".

Consecuente desde la entrada en vigor de la LO 8/2006 EDL 2006/306166 , -el 5-2-2007- no es preciso la petición de parte, ni el informe pericial previo que determine la necesidad de la declaración del menor evitando la confrontación visual con el acusado, sino que el juez de oficio y sin necesidad de previo informe pericial, tendría que articular esta forma de declaración, al sustituirse en los arts. 448 y 707 la referencia da que "se podrá acordar" por la de "se llevará a cabo", para referirse a la declaración del menor por los mecanismos ya expuestos.

c) Y en cuanto a la presencia de la madre, la modificación del art. 433 LECr. EDL 1882/1 , aplicada por la disposición final primera LO 8/2006 de 4-12, por la que se modifica la LO 5/2000 de 12-1 EDL 2000/77474 , legisladora de la responsabilidad penal de menores permite que quienes ejerzan la patria potestad tutela o guarda del menor puedan estar presentes en las declaraciones de éstas, salvo que sean imputados o el juez, excepcionalmente y de forma motivada, acuerde lo contrario.

SEPTIMO.-) En cuanto al motivo por quebrantamiento de forma, falta de claridad en los hechos probados de la sentencia (art. 851.1 LECr EDL 1882/1 . por cuanto a la imprecisión de fechas en los hechos imputados -que el propio acto de procesamiento así lo recoge- impide poder defenderse de tal acusación imprecisa, vaga y genérica, en todo momento negada rotundamente por los acusados.

El motivo se desestima.

La falta de claridad sólo deberá apreciarse cuando el Tribunal haya redactado el relato fáctico utilizando términos, frases o expresiones ininteligibles, oscuras o dubitativas, en extremos jurídicamente relevantes del mismo, de tal modo que no sea posible conocer con precisión qué es lo que el Tribunal declara probado y por tanto, resulte imposible su calificación jurídica (STS. 161/2004 de 9.2 EDJ 2004/4483).

Los requisitos que conforme a reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS. 1006/2000 de 5.6 EDJ 2000/11798 , 471/2001 de 22.3 EDJ 2001/7340 , 717/2003 de 21.5 EDJ 2003/30170 , 474/2004 de 13.4 EDJ 2004/31409 , 770/2006 de 13.7 EDJ 2006/282117) hacen viable a este motivo son los siguientes:

a) Que en el contexto del hecho probado se produzca la existencia de una imprecisión, bien por el empleo de términos o frases ininteligibles, bien por omisiones que hagan incomprensible el relato, o por el empleo de juicios dubitativos, por la absoluta carencia de supuesto fáctico o por la mera descripción de la resultancia probatoria sin expresión por el juzgador de lo que considera probado, debe ser interna y no podrá oponerse frente a otros apartados de la sentencia, y debe ser gramatical, sin que quepa su alegación frente a una falta de comprensión lógica o argumental, cuya impugnación deberá articularse por otras vías, como el error de derecho.

b) La incomprensión, la ambigüedad, etc. del relato fáctico debe estar causalmente relacionado con la calificación jurídica de la sentencia. La falta de claridad impide la comprensión del hecho probado e impide una correcta subsunción.

c) Además, la falta de claridad debe producir una laguna o vacío en la descripción histórica del hecho que se declara probado.

d) Las imprecisiones en cuanto a fechas o intervención de personas podrán dar lugar a la falta de claridad en función de la prueba practicada pues, si bien es exigible la mayor precisión de cuantos datos fácticos sean necesarios para la calificación, y es claro que toda sentencia penal tiene que contener junto al relato de hechos probados, la oportuna referencia a cuando ocurrieron los hechos enjuiciados, al menos con referencia aproximada, sino es posible una precisión concreta, como sería deseable, su incomprensión por falta de acreditamiento no dará lugar al vicio procesal, pues el hecho probado debe recoger aquello que, efectivamente, resulte acreditado.

En el caso presente en el "factum" se declara probado cómo los procesados Celso y su hermano Genaro, padre y tío respectivamente de los menores Juan María, nacido el 1-3-2002, y Balbino nacido el 25-8-2005, desde tiempo atrás, aproximadamente desde el año 2006, con respecto a Juan María, posteriormente con respecto a Balbino, venían sometiendo a estos menores en contra de su voluntad a prácticas sexuales consistentes en masturbaciones de los menores a los adultos y viceversa, felaciones que en muchas ocasiones se culminaban con una eyaculación en el interior de la boca del menor y penetraciones anales en el caso de Juan María. Los contactos sexuales, tanto en el caso del padre como del tío, se producían bajo la amenaza de propinarles una paliza a los menores si contaban algo a su madre, Verónica, e incluso con causarle la muerte. En el caso del acusado Celso, los contactos sexuales se producían en el domicilio familiar y en la autocaravana cuando salían a trabajar como feriantes. Por su parte, el acusado Genaro no sólo mantenían contactos carnales con sus sobrinos en la autocaravana propiedad de los abuelos de los menores, sino que también aprovechaba para repetir estos comportamientos cuanto los menores pernoctaban en el domicilio de sus abuelos paternos, sito en la C/ DIRECCION000 num. NUM000 de El Ejido.

Consecuentemente la sentencia sí precisa cronología de los hechos en relación a la edad de los menores, a las prácticas sexuales que cada uno de ellos fue sometido y los lugares en que se produjeron en los casos que fue posible; lo cual satisface las exigencias de seguridad jurídica, precisión y certeza suficientes para la defensa de los acusados.

OCTAVO) Analizando a continuación los motivos de casación por infracción de ley por error en la apreciación de la prueba de la testifical de los menores y de su madre, y de la prueba pericial y forense, debemos recordar que el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECrim. EDL 1882/1 se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza por si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, art. 849.1 LECrim. EDL 1882/1 que, a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida EDJ 2011/110756 , pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia salvo que hayan sido previamente corregidos por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim. EDL 1882/1 o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

La sentencia de esta Sala 1850/2002, indica en relación con el art. 849.2 LECrim. EDL 1882/1 que..."constituye una peculiaridad muy notoria en la construcción de nuestro recurso de casación penal: era la única norma procesal que permitía impugnar en casación la apreciación de la prueba hecha en la instancia mediante una fórmula que podemos calificar ahora como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE EDL 1978/3879), pues sólo podía aplicarse en supuestos muy concretos en que, habiendo una prueba indubitada sobre un extremo determinado, la Audiencia Provincial la había desconocido y había redactado

los hechos probados a espaldas de tal medio probatorio. Pero ello sólo era posible de forma singularmente restrictiva, pues únicamente cabía apreciar ese error del Tribunal de instancia cuando la prueba que lo acreditaba era documental, porque precisamente respecto de esta clase de prueba podía tener la inmediación judicial la misma relevancia en casación y en la instancia, ya que el examen del documento se hace en las propias actuaciones escritas lo mismo por la Audiencia Provincial que conoció del juicio oral que por esta sala del Tribunal Supremo al tramitar el recurso de casación.

Cuando una prueba documental acredita un determinado extremo y éste tiene relevancia en el proceso de forma tal que pueda alterar alguno de los pronunciamientos de la sentencia recurrida EDJ 2011/110756 , si además no hay contradicción con algún otro medio probatorio, este num. 2º del art. 849 LECrim. EDL 1882/1 obliga en casación a alterar los hechos probados de la resolución de la audiencia con la consecuencia jurídica correspondiente.

Esta era la única vía que existía en nuestro proceso penal para alterar los hechos probados fijados por la Audiencia Provincial tras la celebración de un juicio oral en instancia única, vía particularmente estrecha, que trataba de subsanar manifiestos errores de la sentencia recurrida EDJ 2011/110756 a través de una fórmula que ahora encajaría, repetimos, en el art. 9.3 CE EDL 1978/3879 como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y que actualmente aparece ampliada en una doble dirección:

a) Por lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ EDL 1985/8754 , que permite los recursos de casación cuando hay infracción de precepto constitucional, lo que ha permitido conocer en la casación penal de las denuncias por violación del derecho a la presunción de inocencia.

b) Por la doctrina de esta sala - a que nos referiremos más adelante con más profundidad- que en los últimos años viene considerando como prueba documental, a los efectos de este art. 849.2º LECrim. EDL 1882/1 , a la pericial, para corregir apreciaciones arbitrarias hechas en la instancia cuando hay unos informes o dictámenes que no pueden dejar lugar a dudas sobre determinados extremos.

Centrándonos en el motivo de casación por error en la apreciación de la prueba, la doctrina de esta Sala, por ejemplo SS. 936/2006 de 10.10 EDJ 2006/282127 y 778/2007 de 9.10 EDJ 2007/188953 , viene exigiendo para su prosperabilidad la concurrencia de los siguientes elementos:

1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;

2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;

3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, art. 741 LECrim. EDL 1882/1 ;

4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Asimismo han de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares en los que se deduzca inequívocamente el error padecido y proponerse por el recurrente una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado en el motivo. Rectificación del "factum" que no es un fin en si mismo sino un hecho para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

Pues bien en cuanto al error denunciado por esta vía del art. 849-2 LECr. EDL 1882/1 , de las declaraciones de los menores y de su madre. No son documentos, aunque se hallan documentados en la causa bajo la fe pública judicial las pruebas de otra naturaleza, como las declaraciones del acusado ni de los testigos, ya que no son documentos ni las declaraciones del acusado ni las de los testigos ya que no garantizan ni la certeza, ni la veracidad de lo dicho por el manifestante, siendo simplemente pruebas personales documentadas en las actuaciones bajo la fe del Secretario Judicial y sometidas como el resto de las probanzas a la libre valoración del Juzgador de instancia, SSTS. 26.3.2001 EDJ 2001/3206 y 3.12.2001 EDJ 2001/56010). No de otra forma decíamos en la STS. 55/2005 de 15.2 EDJ 2005/23862 ""ni las declaraciones de testigos efectuadas en la instrucción ni las que tienen lugar en el juicio oral, transcritas en la correspondiente acta, tiene la virtualidad documental a los efectos de la casación prevista en el art. 849.2 LECrim. EDL 1882/1 En realidad, las declaraciones de los testigos requieren para su valoración, salvo supuestos excepcionales de prueba anticipada, de la percepción por el Tribunal en el momento del juicio, pues solo entonces podrá éste formar su necesaria convicción sobre los hechos, de acuerdo con el art. 741 LECrim. EDL 1882/1 Y lo visto y oído por el Tribunal de instancia está fuera del recurso y no puede ser contradicho en casación con apoyo en el acta del juicio. Esta sólo reproduce lo que el Secretario Judicial ha podido transcribir, sirviendo de documento público en el que constan las pruebas practicadas y los resultados de las mismas que el depositario de la fe pública estima pertinente hacer constar. Pero, estas constancias no reemplazan la percepción de la prueba de los jueces, que es la única que puede determinar los hechos probados. El contenido de lo declarado por los testigos, peritos y acusados, así como la credibilidad de sus manifestaciones por estas razones son completamente ajenas, como cuestiones de hecho, al recurso de casación" (SSTS. 26.2.2001 EDJ 2001/3241 . y 22.5.2003 EDJ 2003/29707).

Criterio éste firmemente asentado en la jurisprudencia, así por ejemplo S. 1075/2004 EDJ 2004/152690 , con cita de las SS. 15.3.91 EDJ 1991/2876 , 12.11.92 EDJ 1992/11107 , 1.4.96 EDJ 1996/2161 , señala que este documento transcribe con las deficiencias inherentes al procedimiento empleado, lo sucedido en las sesiones celebradas en audiencia pública y contradictoria, y sirve para dar fe, si bien

fragmentariamente, del contenido de las declaraciones del procesado, testigos y peritos comparecientes, así como de cualquier incidencia que surja durante las sesiones, pero no por ello las pruebas pierden su verdadera y primitiva naturaleza procesal, no transformándose en prueba documental que sirva para acreditar el error del juzgador, y la STS. 1866/2000 de 5.12 EDJ 2000/49844 , que precisa que "incurre la parte recurrente en el común error de olvidar que es al Tribunal sentenciador, - y no a las partes, ni al Tribunal de alzada, ni tampoco al Secretario Judicial - a quien compete valorar con inmediación la prueba testifical que se desarrolla en su presencia, constituyendo el acta únicamente un sucinto resumen que da cuenta de lo más relevante ocurrido durante el juicio oral pero que ni es, ni pretende ser legalmente (art. 743 LECrim EDL 1882/1) , un reflejo completo de las declaraciones testificales, las cuales se emiten y valoran en directo conforme al principio de inmediación que rige, hasta la fecha, en nuestro ordenamiento procesal penal (ver SS. 446/98 de 28.3 EDJ 1998/1578 y 219/96 de 1.4 EDJ 1996/2161 entre otras).

Siendo así el motivo debe ser rechazado.

a) Las cuestiones que plantean los recurrentes en cuanto a afectan a si el testimonio de los menores cumple con los test de credibilidad objetiva y de verosimilitud subjetiva, y si la declaración de la madre puede servir como elemento de corroboración periférica no son propias de la infracción de preceptos constitucionales en cuanto cuestionan la estructura racional del proceso valorativo del juzgador de instancia y no es conforme a las reglas de la lógica, de la ciencia y de la experiencia, cuestiones propias del derecho a la presunción, cuya vulneración se ha denunciado en el motivo siguiente.

b) Respecto a los informes pericial y forense, como destaca la doctrina, la prueba pericial es una es una prueba de apreciación discrecional o libre y no legal o tasada, por lo que, desde el punto de vista normativo, la ley precisa que "el Tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica" (art. 348 de la LEC EDL 2000/77463) , lo cual, en último término, significa que la valoración de los dictámenes periciales es libre para el Tribunal, como, con carácter general, se establece en el art. 741 de la LECrim. EDL 1882/1 para toda la actividad probatoria ("el Tribunal, apreciando según su conciencia, las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia"), sin que pueda olvidarse, ello no obstante, la interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 C.E. EDL 1978/3879). El Tribunal es, por tanto, libre a la hora de valorar los dictámenes periciales; únicamente está limitado por las reglas de la sana crítica -que no se hallan recogidas en precepto alguno, pero que, en definitiva, están constituidas por las exigencias de la lógica, los conocimientos científicos, las máximas de la experiencia y, en último término, el sentido común- las cuáles, lógicamente, le imponen la necesidad de tomar en consideración, entre otros extremos, la dificultad de la materia sobre la que verse el dictamen, la preparación técnica de los peritos, su especialización, el origen de la elección del perito, su buena fe, las características técnicas del dictamen, la firmeza de los principios y leyes científicas aplicados, los antecedentes del informe (reconocimientos, períodos de observación, pruebas técnicas realizadas, número y calidad de los dictámenes obrantes en los autos, concordancia o disconformidad entre ellos, resultado de la valoración de las otras pruebas practicadas, las propias observaciones del Tribunal, etc.); debiendo éste, finalmente, exponer en su sentencia las razones que le han impulsado a aceptar o no las conclusiones de la pericia (STS. 1102/2007 de 21.12 EDJ 2007/243101 .

No se trata de pruebas que aporten aspectos fácticos, sino criterios que auxilian al órgano jurisdiccional en la interpretación y valoración de los hechos, sin modificar las facultades que le corresponden en orden a la valoración de la prueba. Por otro lado, su carácter de prueba personal no debe perderse de vista cuando la prueba pericial ha sido ratificada, ampliada o aclarada en el acto del juicio oral ante el Tribunal, pues estos aspectos quedan entonces de alguna forma afectados por la percepción directa del órgano jurisdiccional a consecuencia de la inmediación (SSTS. 5.6.2000 EDJ 2000/14600 , 5.11.2003 EDJ 2003/127664 , 937/2007 de 28.11 EDJ 2007/213193).

a) Existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes, y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario.

b) Cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen (SSTS. 534/2003 de 9.4 EDJ 2003/25294 , 58/2004 de 26.1 EDJ 2004/6346 , 363/2004 de 17.3 EDJ 2004/31386 , 1015/2007 de 30.11 EDJ 2007/243113 , 6/2008 de 10.1 EDJ 2008/25604 , y AATS. 623/2004 de 22.4, 108/2005 de 31.11, 808/2005 de 23.6 EDJ 2005/171698 , 860/2006 de 7.11, 1147/2006 de 23.11 EDJ 2006/319075 , o sin una explicación razonable (SSTS. 182/2000 de 8.2 EDJ 2000/1075 , 1224/2000 de 8.7 EDJ 2000/24541 , 1572/2000 de 17.10 EDJ 2000/30336 , 1729/2003 de 24.12 EDJ 2003/209408 , 299/2004 de 4.3 EDJ 2004/12780 , 417/2004 de 29.3 EDJ 2004/26048). En ambos casos cabe estimar acreditado documentalmente el error del tribunal. En el primer caso porque, asumiendo el informe, el texto documentado de éste permite demostrar que ha sido apreciado erróneamente al incorporarlo a los hechos probados de un modo que desvirtúa su contenido probatorio. En el segundo, porque, al apartarse del resultado único o coincidente de los dictámenes periciales, sin otras pruebas que valorar y sin expresar razones que lo justifiquen, nos encontramos -como dice la STS. 310/95 de 6.3 EDJ 1995/1740 , ante un discurso o razonamiento judicial que es contrario a las reglas de la lógica, de la experiencia o de los criterios firmes del conocimiento científico, esto es, se evidencia un razonamiento abiertamente contrario a la exigencia de racionalidad del proceso valorativo STS. 2144/2002 de 19.12 EDJ 2002/59893).

Fuera de estos casos las pericias son un medio de prueba de carácter personal, aunque con características propias que deben ser valoradas en función de las conclusiones expuestas por sus redactores y suficientemente contratadas en el momento del juicio oral.

Ahora bien, aunque como dijimos, en ciertos casos un informe pericial pueda ser considerado documento a los efectos del art. 849.2 LECrim. EDL 1882/1 , sin embargo no cabe hablar de una equiparación plena de la prueba pericial a la documental a tales efectos

no lo permite la diferente naturaleza de estos dos medios de prueba. La pericial es una prueba de carácter personal donde el principio de inmediación procesal, particularmente cuando esta prueba se practica en el juicio oral, tiene una relevancia que no aparece en la documental. Si en definitiva, la interdicción de la arbitrariedad constituye el fundamento último de esta norma de la LECrim. art. 849.2, en esta clase de prueba dado su carácter personal, ha de tener mayor importancia la explicación que al efecto nos ofrezca el Tribunal de instancia sobre su apreciación de lo escuchado en juicio (SSTS. 275/2004 de 5.3 EDJ 2004/12846 , 768/2004 de 18.6 EDJ 2004/82809 , 275/2004 de 5.2). Las pruebas periciales no son auténticos documentos, sino pruebas personales consistentes en la emisión de informes sobre cuestiones técnicas, de mayor o menor complejidad, emitidos por personas con especiales conocimientos en la materia, sean o no titulados oficiales. Como tales pruebas quedan sujetas a la valoración conjunta de todo el material probatorio conforme a lo previsto en el artículo 741 de la LECrim. EDL 1882/1 , y además cuando, como es habitual, los peritos comparecen en el juicio oral, el Tribunal dispone de las ventajas de la inmediación para completar el contenido básico del dictamen con las precisiones que hagan los peritos ante las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan (artículo 724 de la LECrim EDL 1882/1). Y es doctrina reiterada que lo que depende de la inmediación no puede ser revisado en el recurso de casación (STS. 936/2006 de 10.11 EDJ 2006/282127).

En el caso presente el tribunal no se ha apartado de las conclusiones de los informes pericial y forense sino que ha asumido éstas en su totalidad, si los recurrentes entienden que tales informes son insostenibles desde el punto de vista científico la vía casacional adecuada -al igual que en la impugnación, es la infracción de preceptos constitucionales art. 852 LECr. EDL 1882/1

DECIMO) Denuncia, por último, la infracción de precepto constitucional, art. 24.2 CE EDL 1978/3879 , vulnerando el derecho de defensa y el derecho a la presunción de inocencia art. 852 LECr EDL 1882/1 .) por cuanto los medios de prueba tenidos en cuenta por el tribunal de instancia para la condena son la declaración de los menores que no ha sido corroborada por elementos de prueba objetivos, sino por medios de prueba absolutamente subjetivos, genéricos e interesados que impide formular cualquier defensa.

El motivo debe ser desestimado.

Como hechos explicado en múltiples resoluciones de esta Sala, sts. 672/2007, de 19-7 EDJ 2007/100822 , 753/2007, de 19-7 EDJ 2007/175238 ; 950/2009 de 15-10 EDJ 2009/234661 ; 581/2011, de 14-6 EDJ 2011/120515 , cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Tribunal de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa pero si puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal «a quo» contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7 EDJ 2001/3199).

Así pues, al tribunal de casación debe comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 209/2004 de 4.3 EDJ 2004/12780). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE EDL 1978/3879), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10 EDJ 2006/299613).

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 de 24.4 EDJ 2006/48266 , que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE. EDL 1978/3879 "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo validas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE. EDL 1978/3879 sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta... De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aún partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración

de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1, FJ. 5 EDJ 2005/197279).

Consecuentemente debe otorgarse un amplio contenido a la presunción de inocencia, como regla de juicio, lo que permite un triple control del proceso inferencial seguido por los Jueces ordinarios:

1º El de la practica de la prueba y el respeto a las garantías.

2º El de la exposición por el órgano judicial de las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada.

3º El de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante (SSTC. 169/86 EDJ 1986/169 , 107/89 EDJ 1989/5850 , 384/93 EDJ 1993/11759 , 206/94 EDJ 1994/5927 m, 24/97 EDJ 1994/5927 , 81/98 EDJ 1998/1494 , 189/98 EDJ 1998/30682 , 1/99 EDJ 1999/294 , 235/2002 EDJ 2002/55498 , 300/2005 EDJ 2005/197279 , 66/2006 EDJ 2006/28798).

En definitiva sobre el control casacional de la valoración probatoria, hemos dicho en STS 458/2009 de 13-4 EDJ 2009/101669 que ni el objeto del control es directamente el resultado probatorio ni se trata en casación de formar una convicción valorativa sin disponer de la imprescindible intermediación que sólo tuvo el tribunal de instancia.

El objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por ésta a partir del resultado de las pruebas que presencié. No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde un punto de vista se acomode mejor a un personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por el tribunal de instancia.

En definitiva recuerda la STS 1373/2009 de 28-12 EDJ 2009/344481 - el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el tribunal sentenciador, en si misma considerada, es lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos aunque puedan existir otras conclusiones, porque no se trata de comparar sino más limitadamente, si la decisión escogida por el tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena - STC 68/98 EDJ 1998/1481 , 85/99 EDJ 1999/6921 , 117/2000 EDJ 2000/8897 , de esta Sala 1117/2001 EDJ 2001/12568 , 6/2003 EDJ 2003/976 , 220/20004 EDJ 2004/12765 , 711/2005 EDJ 2005/96643 , 476/2006 EDJ 2006/59557 , 548/2007 EDJ 2007/92352 , 14-7-2011 EDJ 2011/166789 -.

DECIMOPRIMERO) Expuestas estas consideraciones, la primer cuestión que se nos presenta es la relativa a que hemos de entender por prueba de cargo suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia, debiéndose recordar que el TC, desde siempre, sentencias entre otras muchas 201/1989 EDJ 1989/10791 , 217/89 EDJ 1989/11626 y 283/93 EDJ 1993/8319 , ha sentado que la condena ha de fundarse en auténticos actos de prueba efectuados en el juicio oral, contradictoriamente, que la prueba haya sido obtenida y practicada en la forma que regula la ley procesal criminal, que la convicción judicial se obtenga con supuestos absolutos a la intermediación procesal y que esta actividad y comportamiento sea suficiente para erradicar cualquier duda razonable, quedando, en suma, desvirtuada la presunción de inocencia.

a) De otro lado, se ha de resaltar que el convencimiento del juzgador puede perfectamente lograrse por la declaración de un testigo, aunque éste se la propia víctima, atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen estos delitos contra la libertad sexual, impiden en ocasiones disponer de otras pruebas, que es por tanto, prueba lícita y suficiente para enervar la presunción de inocencia.

Encuadrada en la prueba testifical, su valoración corresponde al tribunal de instancia que con vigencia de los principios que rigen la realización del juicio y la práctica de la prueba, oye lo que los testigos deponen sobre los hechos percibidos sensorialmente. Elemento esencial para esa valoración es la intermediación por lo que el testigo ha dicho, sino también su disposición, las reacciones que sus afirmaciones provocan en otras personas, la seguridad que transmite; en definitiva, todo lo que rodea una declaración y que la hace creíble o no, para formar una convicción judicial.

La credibilidad de los menores que los recurrentes ponen en duda es un apartado difícil de valorar por esta Sala de casación, pues no ha presenciado esa prueba, pero en su función revisora de la valoración de la prueba puede valorar la suficiencia de la misma y el sentido de cargo que la misma tiene, así como la racionalidad de la convicción manifestada por el tribunal de instancia. Por ello, el testimonio de la víctima cuando se erige en prueba de cargo, como normalmente sucede en hechos como el enjuiciado, está sujeto a la hora de su valoración a unos criterios, que no exigencias, como son la ausencia de incredibilidad, verosimilitud del testimonio y persistencia en la incriminación.

En el caso presente, la sentencia de instancia EDJ 2011/110756 , fundamento de derecho segundo, valora la testifical de los dos menores considerando que han mantenido su testimonio en lo esencial, uniforme y sin contradicciones a lo largo de toda la causa y hace un resumen de su contenido para concluir que las situaciones detalladas difícilmente podrían ser producto de su imaginación o fabulación.

En este punto la jurisprudencia (SSTS. 339/2007 de 30.4 EDJ 2007/36078), ha distinguido respecto a la órbita civil, la atendibilidad de la prueba de menores de edad, incluso cuando tienen una edad inferior a los 14 años (art. 1246.3 Cc EDL 1889/1), fijándose en el hecho de la "capacidad natural", ya que capaces naturales para testificar pueden serlo bastantes menores de 14 años y no serlo algunos mayores de edad.

Por esto tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han estimado prueba de cargo el testimonio prestado por un impúber (SSTS. 1.6 y 18.9.90 EDJ 1990/8353 , en la que se dio credibilidad de un delito sexual a un menor de 9 años de edad sobre la

base de constituir una edad suficiente de conocimiento de la realidad y representar un grado de sinceridad quizá superior a los adultos). Doctrina que es de igual aplicación en los casos de menores-víctimas (SSTS. 5.4.94 EDJ 1994/2966 y 27.4.94 EDJ 1994/3747).

En otras sentencias se indica que el niño, objeto de una agresión sexual no da cuenta e informa con un lenguaje elaborado ni dependiente de un proceso mental de racionalización previa sino que transmiten linealmente hechos, lo cual ponderándolo debidamente, proporciona datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos de que se trate (SSTS. 6.4.91 y 4.2.93 EDJ 1993/938), y pueden ser base para la fijación histórica de lo ocurrido (SSTS. 31.10.92 EDJ 1992/10681 y 23.3.97 EDJ 1997/2767), siendo facultad del Tribunal de instancia, en base a la inmediación, la valoración de aquel testimonio, insistiéndose en la STS. 19.4.97 EDJ 1997/3278 , en la importancia de que existen datos periféricos que corroboren la declaración de las víctimas -menores de edad-, especialmente en los delitos sexuales, como pueden ser los informes psicológicos, el del forense sobre secuelas psíquicas y las declaraciones de familiares, que se consideran complementarios del testimonio de aquellas, la prueba básica y nuclear en esta clase de delitos.

b) Respecto a esta corroboración de las declaraciones de los dos menores, cuestiona el motivo la inexistencia de datos objetivos que avalen su versión. Es cierta la exigencia de que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación de la víctima, pero esta exigencia, sin embargo, habrá de ponderarse adecuadamente en delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración (art. 330 LECr EDL 1882/1) puesto que como señala la STS 12-7-96 EDJ 1996/5530 , el hecho de que en ocasiones el dato corroborante no puede ser contrastado, no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes en el hecho. En este caso la ausencia de secuelas físicas en los menores reflejadas en sus historias clínicas y en el informe forense, se justifica por los forenses argumentando que, tras tres meses, tanto los desgarros que hubieran podido producirse como las fisuras, habrían cerrado sin quedar lesión ni secuelas.

Siendo así la sentencia recurrida EDJ 2011/110756 refieren manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de los menores, y periciales sobre extremos o aspectos de igual valor corroborante.

a) Destaca las manifestaciones de la madre quien relató cómo se percató de que algo anormal ocurría a sus hijos pues cuando acudió al Centro de Acogida una noche encontró a sus hijos abrazados y besándose y encontraron a éstos con otro niño al que habían colocado en un sofá y sobre el que el menor Balbino realizaba actos de penetración bajo la batuta de Genaro que le decía que así no se hacía.

b) Actuaciones que motivaron un análisis por la psicóloga del Centro cuyo testimonio, según la Sala de instancia, fue "nítido y práctico para el tribunal" en relación a los dibujos que Juan María realizó, manifestaciones de Balbino y manera de comportarse a Juan María ante sus preguntas.

c) El informe psicológico, folios 109 a 129, ratificado en el plenario, cuyas conclusiones en relación a los dos menores fueron:

1) El estudio psicológico y del reato de hechos alegados por el menor arroja datos suficientes para catalogar dicho testimonio como VERAZ y CREIBLE.

2) No presenta trastornos psicológicos que le hagan tender a la fabulación.

3) Es absolutamente imprescindible comenzar de inmediato intervención psicológica.

Los recurrentes cuestionan el método usado en los informes "análisis del contenido Basado en criterios (CBCAI) y la ausencia del daño psicológico a los menores.

Impugnación que no puede compartirse.

Es cierto que un dictamen pericial psicológico sobre un testimonio no constituye un documento que evidencie por su propio poder acreditativo directo la veracidad de una declaración testifical, pero puede constituir un valioso elemento complementario de la valoración, como ha declarado esta Sala con reiteración (SSTS. 12.6.2003 EDJ 2003/30294 y 24.2.2005 EDJ 2005/30364). Por eso el juicio del psicólogo jamás podrá sustituir al del Juez, aunque sí podrá ayudar a conformarlo. El peritaje sobre credibilidad de la declaración de un menor establece al contrastar sus declaraciones con los datos empíricos elaborados por esa ciencia, si existen o no elementos que permitan dudar de su fiabilidad. Pero esos informes no dicen, ni pueden decir, ni se les pide que digan, si las declaraciones se ajustan o no a la realidad. Esa es tarea del Tribunal que entre otros elementos contará con su percepción directa de las manifestaciones y con el juicio del psicólogo sobre la inexistencia de datos que permitan suponer fabulación, inducción, invención o manipulación (SSTS. 23.3.94 EDJ 1994/2697 , 10.9.2002 EDJ 2002/35950 , 18.2.2002, 1.7.2002 EDJ 2002/28378 , 16.5.2003 EDJ 2003/30208).

En definitiva la responsabilidad del análisis crítico de la fiabilidad o credibilidad de un testimonio acusatorio que puede determinar la condena o absolución de una persona compete constitucionalmente al Juez o Tribunal sentenciador con los asesoramientos o apoyos que estime procedentes.

Los dictámenes periciales sobre credibilidad de un testimonio expresan la opinión de quienes los emiten, opinión que no puede, ciertamente, por sí misma desvirtuar la presunción de inocencia cuando el Juez o Tribunal, que son quienes tienen la responsabilidad constitucional de juzgar, no han obtenido una convicción condenatoria ausente de toda duda razonable (STS. 14.2.2002 EDJ 2002/1717), pero a "sensu contrario" si pueden ser valorados por el mismo Tribunal para reforzar aquella convicción condenatoria deducida de otras pruebas.

Doctrina que es matizada cuando se trata del testimonio de menores o de quien sufra una disminución psíquica, en que el dictamen de los expertos adquiere relevancia a efectos de determinar el grado de fabulación de estos testigos que las especiales circunstancias que en ellos concurren.

Por ello, la prueba pericial psicológica aplicable a verificar el grado de fiabilidad de la declaración de un menor, practicada con todas las garantías (entre ellas, la imparcialidad y la fabulación derivada de sus conocimientos) emitiendo un informe ante el Tribunal enjuiciador, en contradicción procesal, conforme a métodos profesionales de reconocido prestigio en su círculo del saber, se revela como una fuente probatoria de indiscutible valor para apreciar el testimonio de un menor, víctima de un delito de naturaleza sexual (STS 105/2003, de 16-5 EDJ 2003/15667 , 224/2005, de 24-2 EDJ 2005/30364 ; 1313/2005, de 9-11 EDJ 2005/207177 ; 1031/2006, de 31-11 EDJ 2006/299597). Pero no basta solamente con dicho informe pericial, sino que el propio tribunal debe valorar la propia exploración a la víctima o en su caso declaración testifical de la víctima ante su presencia, valorando en la sentencia su credibilidad, en términos de convicción, de la que el grado de verosimilitud de su narración, informado precisamente, no será sino un componente más de los que habrá de tener la Sala sentenciadora para llegar a una u otro conclusión convictiva. Lo que importa es la racionalidad de la convicción del tribunal sobre la cual ha de argumentarse expresamente en sentencia (STS 1031/2006, de 31-11).

En el caso presente los informes cuestionados exponen la metodología: fuentes información de pruebas de exploración psicológica; Anamnesis con observación conductual; Comentario y valoración de los resultados con entrevista de exploración psicológica a la madre: Verónica y a los menores con exposición de los resultados de las pruebas psicométricas practicadas y de la guía para la Evaluación del testimonio de abuso infantil: en cuanto a la evaluación del testimonio: tiene competencia a la hora de relatar, hay constancia en el relato y credibilidad narrativa; en cuanto a la evaluación de la competencia: sabe diferenciar realidad de fantasía, entiende la diferencia entre verdad y mentira, el nivel del lenguaje es acorde con el relato de abuso, su nivel de recuerdo es vivido, su inteligencia es normal, no se observan alteraciones en la percepción en trastornos psicopatológicos, no existen experiencias sexuales ni de abusos anteriores al episodio, es competente para relatar unos hechos reales, existe fidelidad -constancia en el relato; en cuanto a la evaluación de la evaluación de la credibilidad: descripción creíble del abuso, sin figuras fantasiosas, consistencia en la narración, no refuerzo materno del relato, aportación de detalles y reproducción de diálogos en el relato.

Y por último en el apartado Del análisis del contenido Basado en Criterios (CBCA) destaca: la estructura lógica, consistente y coherente, cantidad de detalles, alineación contextual, descripción de interacciones, reproducción de conversaciones, detalles similares, explicación de su estado mental, atribuciones del estado mental del perpetrador, para concluir que el análisis del contenido Basado en Criterios (CBCA) aporta resultados que favorecen la credibilidad del testimonio del menor, el menor aporta determinados contenidos que refuerzan la credibilidad del testimonio, que en la comprobación de la validez del testimonio se tienen en consideración tanto las características psicológicas del menor como los motivos de la revelación del abuso y la compatibilidad del testimonio con otras pruebas y declaraciones, y que en la valoración completa de los resultados del análisis del contenido Basado en Criterios y la comprobación de la validez del testimonio arroja datos suficientes para catalogar dicho testimonio como veraz y creíble.

Informes periciales que fueron ratificados en el plenario, concluyendo los psicólogos que no existía manipulación alguna de los menores y que relataban experiencias vividas e igualmente manifestaron los peritos que la conducta de los menores, agresiva, irritable, no dormir, revelaban su experiencia traumática absolutamente compatible con los hechos denunciados, lo que contradice esa ausencia de secuelas que se dice en el motivo, olvidando que en aquellos informes de 29-12-2009 en la consideración final 3 ya se advertía que era absolutamente imprescindible comenzar de inmediato intervención psicológica, insistiéndose en ello en la ampliación del informe de 13-1-2010 (folio 141) en el extremo de las secuelas psicológicas, al relatar que "ambos menores precisan tratamiento psicológico a fin de minimizar sexuales psicológicas a medio y largo plazo de las presuntas agresiones sexuales repetidas sufridas por los mismos y que puedan dar lugar a desórdenes psicológicos emocionales y conductuales: pueden desarrollar problemas interpersonales y psicológicos, tener menos competencia social y ser más agresivos y retraídos socialmente, presentar más problemas de conducta, alcanzando incluso rango clínico, confusión ansiedad sobre la identidad sexual, abusos de sustancias, recapitulación de la experiencia victimizadora en la cual la víctima se erige en agresor, conductas antisociales, conducta sexual inapropiada, personalidad antisocial, dificultad para mantener relaciones sostenidas, etc.

d) El informe médico forense (folios 106 y 107) coincidente con el anterior en que del relato de los hechos realizados por los menores destacan criterios de credibilidad del testimonio. realizando descripciones clara e inapropiadas para su edad, de carácter sexual, y en que los menores precisan de tratamiento psicológico.

-Por último en lo que se refiere a la persistencia en la incriminación supone:

a) Ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima sin contradecirse ni desdecirse. Se trata de una persistencia material en la incriminación, valorable «no en un aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en su constancia sustancial de las diversas declaraciones» (Sentencia de 18 de junio de 1998 EDJ 1998/7914).

b) Concreción en la declaración que ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. Es valorable que especifique y concrete con precisión los hechos narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar.

c) Coherencia o ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes.

Por ello -como decíamos en las SSTs. 10.7.2007 EDJ 2007/135738 Y 20.7.2006 EDJ 2006/109832 - la continuidad, coherencia y persistencia en la aportación de datos o elementos inculpativos no exige que los diversos testimonios sean absolutamente coincidentes,

bastando con que se ajusten a una línea uniforme de la que se pueda extraer, al margen de posibles matizaciones e imprecisiones, una base sólida y homogénea que constituye un referente reiterado y constante que esté presente en todas las manifestaciones.

Parámetro éste de valoración del testimonio que la Sala considera igualmente concurrente al señalar que los menores han mantenido en lo esencial su testimonio sin contradicciones a lo largo de toda la causa.

Por tanto los indicados criterios, que no son condiciones objetivas de validez de la prueba sino parámetros mínimos de contraste a que ha de someterse la declaración de las víctimas, han quedado constatados en éste caso cumplidamente, pues el relato de la víctima fue lógico y persistente y corroborado objetivamente por otros datos y si a ello se añade que la sentencia analiza la versión exculpatória de los acusados, la conclusión es que ha existido prueba de cargo utilizada en la sentencia para condenar (prueba existente); tal prueba fue traída al proceso con observancia de las normas legales y constitucionales y fue practicada en el plenario con las garantías propias de este acto solemne (prueba lícita) y ha de considerarse bastante para justificar el aspecto fáctico la condena aquí recurrida, como se acaba de exponer a propósito de la prueba practicada sobre la forma en que ocurrieron los hechos (prueba razonablemente suficiente).

Verificada la racionalidad de lo resuelto por el Tribunal sentenciador y la existencia de prueba de cargo que desvirtúe la presunción de inocencia, el motivo ha de ser desestimado.

DECIMOPRIMERO) Desestimándose el recurso, se imponen las costas, art. 901 LECr. EDL 1882/1 .

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación, interpuesto por Celso y Genaro, contra sentencia de 10 de marzo de 2011, dictada por la Audiencia Provincial de Almería, Sección Tercera EDJ 2011/110756 , que les condenó como autores de un delito de violación; y condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas en la tramitación de sus respectivos recursos.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta 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. Carlos Granados Perez Julian Sanchez Melgar José Manuel Maza Martin Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Siro Francisco Garcia Perez

PUBLICACION.- Leida 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.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079120012011101169