



Roj: **STS 2610/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:2610**

Id Cendoj: **28079120012013100419**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/05/2013**

Nº de Recurso: **1483/2012**

Nº de Resolución: **428/2013**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 11126/2012,**  
**STS 2610/2013**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Mayo de dos mil trece.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley que ante Nos penden, interpuestas por **EL MINISTERIO FISCAL, y Marcos** contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 3ª, que condenó al acusado Marcos, como autor penalmente responsable de un delito lesiones; 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 dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Santander Illera.

### **I. ANTECEDENTES**

**Primero.-** El Juzgado de Instrucción número 14 de Madrid, incoó Procedimiento Abreviado con el número 33 de 2012, contra Marcos, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, cuya Sección 3ª, con fecha 14 de junio de 2.012, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

*HECHOS PROBADOS: Sobre las 3h del día 9 de septiembre de 2010 en el interior de la discoteca Sansara, sito en la Plaza de Santa Ana de esta Capital, se produjo un incidente entre el acusado Marcos, mayor de edad y con antecedentes penales no computables en esta causa y Jose Miguel y en determinado momento, el acusado propinó a Jose Miguel un fuerte golpe en la boca con un objeto no determinado, causándole lesiones consistentes en contusión facial con herida incisa en labio superior y pérdida de dos piezas dentarias (21 y 23) y fractura de 2 la corona de otras dos piezas dentarios (22 y 24). Dichas lesiones precisaron para su curación de tratamiento médico consistente en puntos de sutura en labio superior y extracción de los restos dentales del 23, tardando en curar 30 días con incapacidad para sus ocupaciones habituales y quedando como secuelas cicatriz de 3 cm. en labio superior y pérdida parcial de dos piezas dentales y total de otras dos.*

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

*FALLO: Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Marcos, como autor responsable de un delito de lesiones ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de dos años, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por igual tiempo, así como al pago de las costas procesales, y a que indemnice a Jose Miguel en 3.000 euros por las lesiones, en 3.000 euros por las secuelas y en las cantidades correspondientes al tratamiento odontológico recibido que se determinará en ejecución de sentencia.*

*Para el cumplimiento de la pena impuesta abónese al acusado el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa.*



**Tercero.-** Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por el Ministerio Fiscal y por Marcos que se tuvieron 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.-** Los recurrentes, basan sus recursos en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

RECURSO INTERPUESTO POR EL MINISTERIO FISCAL

*UNICO* .- Al amparo del art.849.1 LECrim . se afirma infringido el art. 1150 CP .

RECURSO INTERPUESTO POR Marcos

*UNICO* .- Al amparo del art.5.4 LOPJ , denuncia infringido el art. 24.2 CE .

**Quinto.-** Instruidas las partes de los recursos interpuestos: 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 catorce de mayo de dos mil trece.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR Marcos

**PRIMERO: El motivo único por infracción de Ley sobre la base del art. 5.4 LOPJ , por infracción de precepto constitucional de presunción de inocencia, amparado en el art. 24.2 CE , ya que la actividad probatoria practicada en el acto del plenario no se deduce ni de una manera indiciaria la participación en los hechos del recurrente,** dado que no se efectuó en sede judicial ninguna diligencia de reconocimiento en rueda del mismo a fin de que el único testigo presencial de los hechos, y a la vez perjudicado Jose Miguel manifestara reconocer o no al acusado como persona participante en los hechos y asimismo en el plenario al testigo anteriormente mencionado tampoco se le preguntó si la persona sentada en el banquillo era el autor de los hechos. Y en otro orden de cosas el testigo de descargo Cipriano compareció en el acto del plenario manifestando, entre otras cosas, que el día en que acaecieron los hechos, el acusado se encontraba en el pueblo de Santo Tomé del Puerto, desde el 8 al 11.9.2010, y que lo recordaba perfectamente.

El desarrollo argumental del motivo hace necesario recordar como esta Sala, SSTS. 263/2012 de 28.3 , k 1278/2011 de 29.11 , 545/2010 de 15.6 , entre otras, tiene declarado, que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim . pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5 ; en virtud del art. 852 LECrim , el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5 ).

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba ( SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4 ).

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 ).

En definitiva, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia ha de verificarse si la prueba de cargo en base a la cual el tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

-En primer lugar debe analizar el "**juicio sobre la prueba**", es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquélla que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

-En segundo lugar, se ha de verificar "**el juicio sobre la suficiencia**", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

-En tercer lugar, debemos verificar "**el juicio sobre la motivación y su razonabilidad**", es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

Bien entendido, como establece la STS. 1507/2005 de 9.12, "El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral. Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal, y cómo lo dice, esto es, las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos. Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . El primero cuando exige que la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio". El segundo cuando exige una valoración racional de la prueba testifical. Ambos artículos delimitan claramente el ámbito de la valoración de la prueba diferenciando lo que es percepción sensorial, que sólo puede efectuar el órgano jurisdiccional presente en el juicio, de la valoración racional, que puede ser realizada tanto por el tribunal enjuiciador como el que desarrolla funciones de control".

En definitiva, en cuanto al ámbito del control en relación a las pruebas de cargo de carácter personal que han sido valoradas por el tribunal de instancia en virtud de la inmediación de que se dispuso -y de la que carece como es obvio esta Sala casacional- se puede decir con la STS. 90/2007 de 23.1 , que aborda precisamente esta cuestión, que en el momento actual, con independencia de la introducción de la segunda instancia, es lo cierto que reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional han declarado la naturaleza efectiva del recurso de casación penal en el doble aspecto del reexamen de la culpabilidad y pena impuesta por el Tribunal de instancia al condenado por la flexibilización y amplitud con que se está interpretando el recurso de casación desposeído de toda rigidez formalista y por la ampliación de su ámbito a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales, singularmente por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que exige un reexamen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador desde el triple aspecto de verificar la existencia de prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada, todo ello en garantía de la efectividad de la interdicción de toda decisión arbitraria --art. 9-3º--, de la que esta Sala debe ser especialmente garante, lo que exige verificar la razonabilidad de la argumentación del Tribunal sentenciador a fin de que las conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos.

En definitiva sobre esta cuestión del control casacional de la valoración probatoria hemos dicho en SSTs 458/2009 de 13-4 y 131/2010 de 18-1 ; reiterando la doctrina anterior que ni el objeto del control es directamente el resultado probatorio, ni se trata en casación de formar otra convicción valorativa ni dispone de la imprescindible inmediación que sólo tuvo el tribunal de instancia. El objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste 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 su personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por el tribunal de instancia.

Partiendo del presupuesto necesario de que han de existir medios de prueba válidas y lícitas, de contenido incriminador, no bastará para tener por desvirtuada la presunción de inocencia con constatar que el tribunal de instancia alcanzó la experiencia subjetiva de una íntima convicción firme sobre lo sucedido, sino que debe revisarse en casación si esa convicción interna se justifica objetivamente desde la perspectiva de la coherencia lógica y de la razón.



A esta Sala por tanto no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del tribunal de instancia en la medida en que una y otra sean coincidentes. Lo que ha de examinar es si la valoración del juzgador, es decir, la suya que es la única que exige porque esta Sala no le sustituye con ninguna otra propia, es homologable por su misma lógica y razonabilidad; o como dice la STS 16.12.2009 , si más allá del convencimiento de la acusación, puede estimarse que los medios que valoró autorizan a tener por objetivamente aceptable la veracidad de la acusación y que no existen otras alternativas a la hipótesis que justificó la condena susceptibles de calificarse también como razonables. Para que una decisión de condena quede sin legitimidad bastará entonces con que la justificación de la duda se consiga evidenciando que existan buenas razones que obstan aquella certeza objetiva. En síntesis, es necesario que concorra prueba de cargo lícita y válida, y es preciso también que el tribunal de la instancia haya obtenido la certeza Sin lo primero es ocioso el examen de los demás porque falta el presupuesto mínimo para desvirtuar la presunción de inocencia. Y si falta lo segundo, porque el tribunal expresa duda y falta de convicción, la absolución se impone por el principio "in dubio pro reo". Pero dándose ambas condiciones además es necesario un tercer elemento: que entre el presupuesto y la convicción exista objetivamente un enlace de racionalidad y lógica cuyo control corresponde al tribunal de casación, en un examen objetivo que nada tiene que ver con la formación propia de una convicción propia sustantiva que no es posible sin la intermediación de la prueba.

Consecuentemente el control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, por ello, la decisión alcanzada por el tribunal sentenciador es, en si norma considera, lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan exigir otras conclusiones, porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente si la decisión escogida por el tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena ( SSTS 528/2007 ; 476/2006 ; 866/2005 ; 220/2004 ; 6/2003 ; 1171/2001 ).

Sentado lo que antecede el recurrente denuncia la falta de prueba en el acto del Plenario al no haberse efectuado en sede judicial ninguna diligencia de rueda de reconocimiento a fin de que el único testigo presencial de los hechos y a la vez perjudicado Jose Miguel manifestara reconocer o no como persona participante en los hechos.

Queja que no resulta asumible.

1) Es cierto que para aquellos supuestos en que se plantee duda acerca de la identidad de la persona contra la que se dirijan cargos o imputaciones por razón del delito, la LECrim, regula -arts. 368 a 376 - un procedimiento o diligencia de identificación, por cuya virtud se pretende el reconocimiento visual de aquella por el denunciante, con ciertas garantías, que tienden a preservar la espontaneidad y sinceridad de la identificación, derivadas del método exigido, consistente en colocar al que debe ser reconocido entre otras personas de similares características físicas, a fin de evitar que aquel reconocimiento se vea inducido a converger sobre una única persona en virtud de meras apariencias creadas por la diligencia misma.

Con ello se comprende que la necesidad de su practica surge fundamentalmente en aquellos supuestos delictivos en que, por no existir relaciones previas entre el autor del delito y la víctima, ésta no pueda proporcionar a los investigadores los datos a que se refiere el art. 277.3 LECrim , o cualesquiera otros (alias, mote, apodo, sobrenombre, parentesco, paradero profesional, etc...) que sirvan al mismo fin ( arts. 142.1 y 388 LECrim ).

No se trata, por tanto, de una diligencia que deba llevarse a efecto de manera obligatoria en todos los casos. No será necesaria, por ejemplo, en los casos en que el mismo denunciado reconoce su participación en los hechos de manera directa y desde los primeros momentos en que tiene lugar el inicio de las diligencias de investigación, o cuando una persona víctima del hecho delictivo o testigo presencial del mismo, identifica in situ al autor o autores en el mismo lugar del delito o espontáneamente en la calle, aunque en el momento de realizarse la infracción no se conocieran sus datos personales ( SSTS. 29.6.91 , 22.1.93 , 2.4.93 , 28.11.94 ).

El reconocimiento en rueda es una diligencia esencial pero no inexcusable, supone un medio de identificación, no exclusivo ni excluyente y así el art. 369 LECrim , parte de que sea precisa por las circunstancias concurrentes ofrezca duda de identificación y la omisión del reconocimiento en rueda no significa por sí misma, la vulneración de ningún precepto constitucional ( SSTS. 30.11.1994 , 17.1.1990 ).

La argumentación de la parte recurrente -se dice en la STS. 2/2002 de 14.1 se basa de la equivocada creencia de que la diligencia de reconocimiento en rueda, regulada en el art. 369 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , ha de practicarse necesariamente en todos los casos para poder tener por identificada a la persona contra la que se dirija una acusación, lo cual constituye una premisa falsa, por lo que debemos concluir que el presente motivo carece de fundamento y, por ende, debe ser desestimado.



La diligencia de reconocimiento es una de las esenciales que normalmente deben practicarse en la fase de instrucción y, en su caso, deberá llevarse a efecto con las garantías previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 368 y siguientes), en la medida en que razonablemente puedan ser observadas, pues no siempre es posible hallar a otras personas de circunstancias exteriores semejantes; pero, en cualquier caso, tiene carácter de subsidiaria, pues únicamente deberá practicarse cuando el Juez de Instrucción tenga dudas sobre la identificación del reo o por el mismo motivo lo pida alguna de las partes (v. ss. de 18 de noviembre de 1983 y de 21 de septiembre de 1988, entre otras); con independencia de que, según ha declarado la jurisprudencia, cabe atribuir el mismo valor probatorio a otras formas de identificación del acusado, a efectos de enervar la presunción de inocencia (v. ss. de 28 de mayo de 1987 y 21 de septiembre de 1988). Así, no es infrecuente la identificación de los responsables de determinados hechos por medio de la prueba lofoscópica, cuando se han logrado revelar sus huellas dactilares en el lugar de los hechos; también cuando la víctima de algún hecho, acompañando a los agentes judiciales, reconoce al autor de la agresión que haya sufrido entre las personas que deambulan por la calle. No es infrecuente tampoco el caso en que la víctima conoce la identidad del autor de los hechos denunciados.

La amplitud con que ha de actuarse en materia de pruebas en el campo penal hace que, en último término, sea preciso examinar cada caso para pronunciarse luego sobre la idoneidad del medio cuestionado en un determinado proceso (v. art. 373 LECrim.).

2) Respecto al reconocimiento fotográfico efectuado en sede policial, sin presencia letrada, en el que, según el motivo, la sentencia recurrida basa la condena del hoy recurrente, debemos recordar en orden a la operatividad y eficacia probatoria de la diligencia de reconocimiento fotográfico policial, la jurisprudencia de esta Sala (SSTS. 140/2000 ; 1639/2002 , 486/2003 , 875/2004 , 1353/2005 , 994/2007 de 5.12 , 617/2010 de 24.6 , 263/2012 de 28.3 ), tiene establecida una doctrina general que se sintetiza en los siguientes apartados.

1º. Los reconocimientos fotográficos por sí solos no constituyen prueba apta para destruir la presunción de inocencia. Puede tener tal eficacia cuando el testigo o los funcionarios actuantes acuden al juicio oral y allí declaran sobre ese reconocimiento que se hizo en su día.

2º. Son meras actuaciones policiales que constituyen la apertura de una línea de investigación, a veces imprescindible porque no hay otro medio de obtener una pista que pueda conducir a la identificación del criminal.

3º. La policía procurará no acudir al reconocimiento fotográfico cuando ya ha sido identificado el sospechoso y, por tanto, se puede realizar directamente a la identificación mediante el procedimiento de la rueda judicial regulado en los arts. 368 y ss.

4º. No obstante, aunque se hubiera practicado el reconocimiento fotográfico antes de tal rueda judicial, incluso en aquellos casos en que existiera una previa identificación del sospechoso, tal reconocimiento fotográfico no priva de validez a las demás diligencias sumariales o pruebas del juicio oral que pudieran practicarse sobre el mismo dato de esa identificación.

En la STS 503/2008, de 17 de julio (caso del atentado terrorista del "11 M"), con cita de la sentencia núm. 1202/2003, de 22 de septiembre, se argumenta que "los reconocimientos efectuados en sede policial, o en sede judicial en fase sumarial, bien a través del examen de fotografías o bien mediante ruedas de reconocimiento, son en realidad medios de investigación que permiten, cuando es necesario, determinar la identidad de la persona a la que los testigos imputan la realización del hecho denunciado, y avanzar en el esclarecimiento de los hechos. *Solamente alcanzan el nivel de prueba, como regla general, cuando el reconocimiento se ha realizado en sede judicial, con todas las garantías, entre ellas la presencia del Juez, y quien ha realizado el reconocimiento comparece en el juicio oral y ratifica lo antes manifestado o reconoce en el plenario al autor de los hechos*, pudiendo ser sometido a interrogatorio cruzado de las partes sobre los hechos que dice haber presenciado y sobre el reconocimiento realizado. Por tanto, el derecho a la presunción de inocencia no se desvirtúa por el resultado del reconocimiento fotográfico, sino por el resultado del medio de prueba practicado en el acto del juicio, consistente en la ratificación del testigo sometido al interrogatorio cruzado de las partes".

Y más adelante, en la misma sentencia 503/2008, se precisa que "la exhibición de varias fotografías de distintas personas a los testigos no constituye en realidad una diligencia de reconocimiento de identidad, sino una actuación previa de investigación, realizada generalmente por la Policía, con la finalidad de orientar adecuadamente las pesquisas encaminadas a la identificación del autor de los hechos. *Los reconocimientos de identidad se efectúan en ruedas de reconocimiento con la presencia física del sospechoso, que debe estar asistido de letrado, o en el mismo acto del juicio oral*. En realidad, la prueba se constituye por la declaración del testigo en el acto del juicio en la que, sometido al interrogatorio cruzado de las partes, afirma reconocer al acusado como el autor de los hechos o ratifica el reconocimiento realizado en la fase de instrucción".



En esa misma sentencia se recuerda que "esta Sala ha declarado que ni siquiera el reconocimiento en rueda practicado en fase de instrucción es la diligencia de prueba susceptible de valoración, al señalar que tal diligencia, aun a pesar de ser hecha con todas las garantías, no puede considerarse que sea configurada como una prueba anticipada y preconstituida de imposible reproducción en el juicio oral en virtud de su supuesto carácter irrepetible. Para que pueda ser entendida como prueba válida y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, la diligencia ha de ser reproducida en el juicio oral mediante la ratificación de la víctima o testigo en dicho juicio, a fin de poder ser sometida su declaración a contradicción con oralidad e intermediación, como las garantías constitucionales del proceso exigen. Es esencial, pues, que, siendo posible, la víctima o testigo acudan al plenario para ratificar dicha diligencia ya que, como prueba testifical, es, por su naturaleza, perfectamente reproducible en el acto del juicio oral y debe ser, por tanto, sometida a contraste y contradicción por las partes de forma oral y sin mengua de los derechos de defensa del imputado. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 6.3 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que manifiesta que todo acusado tiene, entre sus mínimos derechos, el de "interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él", así como con el art. 14.3 e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del mismo tenor".

En STC 340/2005, de 20-12 -, el TC precisa que el reconocimiento fotográfico no pasa de ser un medio válido de investigación policial o, incluso judicial, por lo que habiendo existido una verdadera actividad probatoria en el juicio oral, se trataría en principio de una actividad carente de toda relevancia con la presunción de inocencia. Ahora bien, es posible que se produzcan situaciones en las que la prueba practicada en el juicio oral pueda estar condicionada por la regularidad del reconocimiento fotográfico de una actividad carente de toda relevancia con la presunción de inocencia. Ahora bien, es posible que se produzcan situaciones en las que la prueba practicada en el juicio oral pueda estar condicionada por la regularidad del reconocimiento fotográfico en su día realizado, situaciones de las que se ha admitido "la posibilidad de que el resultado de la identificación fotográfica sea llevada a juicio a través de otros medios de prueba (en el caso, la declaración testifical de la víctima del delito) que sean sometidos a los principios de intermediación y contradicción". Sin embargo -sigue diciendo- esta posibilidad la hemos calificado de "excepcional" y, como tal, no es ni puede ser incondicional, desde el momento en que la prueba practicada en el juicio oral no tiene un contenido incriminatorio propio, si no por razón al reconocimiento fotográfico, se hace imprescindible que éste se haya realizado en condiciones tales que descarten por completo la eventual influencia de los funcionarios policiales sobre la persona que ha de realizar la identificación". La neutralidad del investigador en este punto se erige, pues, en una condición inexcusable para que la posible excepcionalidad que ahora nos ocupa pueda ser fuente de prueba válidamente utilizable a través de otros medios de prueba para desvirtuar la presunción de inocencia". Y en el mismo sentido se expresó la STS 36/995, de 6-12, ATC 80/2002, de 20-5 -, STS 205/98, de 26-10, 127/97, de 14-20).

3) Asimismo el TC ha estimado como prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia, el reconocimiento efectuado en el juicio oral, sin género de dudas, por parte del testigo, a pesar de las irregularidades de los reconocimientos fotográficos, o incluso de reconocimiento en rueda anteriores (STS 323/9 y 172/97). Y esta Sala ha declarado también, STS 127/2003, de 5-2, y 1202/2003 de 22-9, que "cuando el testigo señala inequívocamente a una persona durante el plenario, su fuerza probatoria radica en la credibilidad o fiabilidad del testimonio de quien realiza la identificación ( STS 1278/2011, de 29-11 ).

**SEGUNDO:** En el caso actual la sentencia recurrida no basa la condena del recurrente -como erróneamente se sostiene en el motivo- en el reconocimiento fotográfico realizado en dependencias policiales (folio 19), sino en la contundencia y claridad del reconocimiento que de forma espontánea realizó en la calle el testigo-victima al ver al acusado, identificándole como aquel que unos días antes le había agredido, lo que puso en conocimiento de una pareja de la Policía Municipal que se hallaba patrullando por la zona y que procedió a tomar la filiación al acusado.

Identificación espontánea que fue el punto inicial de la investigación que se vió confirmada por aquél reconocimiento fotográfico en sede policial, que fue ratificado tanto en la instrucción, el 26.4.2011, como en el acto del juicio oral, pues conforme resulta de su acta y de la grabación en audio/video, el testigo siempre se refirió al acusado como la persona que le agredió: "que anteriormente a estos hechos no conocía de nada a la persona del acusado...le preguntó al acusado que hace y fue cuando el acusado le agredió con una botella en la cara...que 9 días después, por la Avda. de Brasil, el testigo estaba con otros amigos y vió al acusado, le reconoció y llamó a la persona que estuvo con él... indicó a la policía a su agresor y la policía intervino... no existe ninguna posibilidad de que la persona que indicó a la policía no es la persona que le agredió. Se acuerda exactamente de él... le pudo identificar sin ningún genero de dudas. Le reconoció por su cara, que no olvidará en su vida...el acusado cuando vió a la policía se quiso ir...Posteriormente fue a la Comisaría donde le mostraron fotografías...y claramente le reconoció, sin ningún genero de dudas".



Testimonio de la víctima que la sentencia de instancia considera corroborada por otros datos periféricos que la dotan de verosimilitud, como son:

-El testimonio de los agentes de la Policía Municipal a los que se dirigió la víctima cuando vió e identificó al acusado, que coincidieron con esta en que aquél al ver que ellos estaban con el testigo y le señalaba, intentó escabullirse.

Testifical, que aunque de referencia, puede valorarse, no para dilucidar el hecho que es objeto de enjuiciamiento, sino para dar relevancia a la fiabilidad y credibilidad del testimonio de aquel testigo, esto es como corroboración periférica de lo por éste declarado, en caso de que la prueba de cargo se halle integrada solo por la declaración de éste, sin olvidar que el testimonio de referencia puede tener distintos grados, según que el testigo narre lo que personalmente escuchó y percibió -auditio propio-, en este caso que la víctima les señaló al acusado y que éste intentó escapar, o lo que otra persona le comunicó -auditio alieno-, en este caso, que el identificado era quien le había agredido días antes; y que en algunos supuestos de percepción directa, la prueba puede tener el mismo valor para la declaración de culpabilidad del acusado que la testifical directa.

-La coartada del propio acusado que la Sala considera no solo no probado, sino que la estima falaz, tal como razona en el fundamento jurídico segundo in fine.

Sobre este extremo en lo que concierne a las alegaciones, excusas o coartadas afirmadas por el acusado, importa recordar los siguientes extremos:

a) la versión que de los hechos ofrezca el acusado deberá ser aceptada o rechazada por el juzgador de modo razonado ( SSTC 174/1985 , 24/1997 y 45/1997 ).

b) Los denominados contraindicios -como, vgr., las coartadas poco convincentes, no deben servir para considerar al acusado culpable ( SSTC 229/1998 y 24/19997), aunque si pueden ser idóneos para corroborar la convicción de culpabilidad alcanzada con apoyo en prueba directa o indiciaria, que se sumen a la falsedad o falta de credibilidad de las explicaciones dadas por el acusado (v.dr. SSTC 76/1990 y 220/1998 ).

c) La coartada o excusa ofrecida por el acusado no tiene que ser forzosamente desvirtuada por la acusación, ya que la presunción de inocencia exige partir de la inocencia del acusado respecto de los hechos delictivos que se le imputan, pero en absoluto obliga a dar por sentada la veracidad de sus afirmaciones (v.gr. SSTC 197/1995 , 36/1996 y 49/19998, y ATC 110/19990). En otras palabras: la carga de la prueba de los hechos exculpatórios recae sobre la defensa".

Por su parte, esta Sala tiene establecido que "las declaraciones del acusado tenidas por el Tribunal como carentes de crédito, y como excusas de escasa consistencia, es verdad que no tienen ciertamente valor como prueba de cargo, porque no es al acusado a quien compete probar su inocencia sino a la acusación desvirtuar la presunción de ella. Por lo tanto el escaso crédito de las explicaciones del acusado no incrementa el valor de la prueba de cargo, cuya capacidad como tal depende exclusivamente de su propio valor y eficacia. No hay más prueba de cargo porque sea menor el crédito de la de descargo. Pero ésta última cuando no es creíble mantiene íntegra la eficacia demostrativa de aquélla en cuanto que su valor probatorio como prueba de cargo no se ve contradicha eficazmente, en tal caso, por otra prueba de signo y resultado opuesto". ( SSTS 97/2009, de 9-2 ; 309/20009, de 17-3; y 1140/2009, de 23-10 ).

Por su parte en STS 528/2008 de 19-6 hemos dicho que "nada se opone desde la lógica a que la desarticulación positiva de una coartada, porque exista una fuente probatoria que permite sostener un hecho incompatible con la misma, resta fuerza argumental a la conclusión final, sino que la refuerza en la medida que se añade al indicio principal la inveracidad del contraindicio que deja sin fuerza la versión de quien lo sustenta".

En efecto se debe insistir en que la valoración de la manifiesta inverosimilitud de las manifestaciones exculpatórias de la acusada, no implica invertir la carga de la prueba, no implica invertir la carga de la prueba, cuando existen otros indicios relevantes de cargos. Se trata únicamente de constatar que existiendo prueba directa de los elementos objetivos del tipo delictivo y una prueba indiciaria constitucionalmente válida, suficiente y convincente, acerca de la participación en el hecho del acusado, a dicha prueba no se le contrapone una explicación racional y mínimamente verosímil, sino por el contrario las manifestaciones del acusado, que en total ausencia de explicación alternativa plausible, refuerzan la convicción, ya racionalmente deducida de la prueba practicada ( STS 29.10.2001 ).

A la vista de todo lo dicho, es preciso concluir que el tribunal de instancia, como razonablemente expone en el segundo de los fundamentos jurídicos de la sentencia, ha dispuesto de una prueba de cargo regularmente obtenida y con entidad suficiente para poder desvirtuar la presunción de inocencia que inicialmente ha de reconocerse a todo acusado. Consiguientemente, procede en definitiva, la desestimación del motivo examinado.

**RECURSO INTERPUESTO POR EL MINISTERIO FISCAL**

**TERCERO: El motivo único al amparo del art. 849.1 LECrim , por infracción del art. 150 CP , por indebida aplicación.**

Considera el motivo que la sentencia pese a admitir que fueron cuatro las piezas dentarias afectadas (dos perdidas y otras dos fracturadas) y todas ellas en lugar visible, condena por el tipo básico de lesiones del art. 147, dado que el acusado del Pleno no jurisdiccional de 19.4.2002, admite modulaciones y en el caso concreto al tratamiento odontológico aplicado supuso una restauración íntegra y la acción que produjo las lesiones que circunscribió a un único golpe. El Ministerio Fiscal no comparte tal argumentación y entiende producida la infracción del art. 150 por cuanto que el criterio de considerar la pérdida o rotura de piezas dentarias como deformidad admita modulaciones no significa que en todos los casos y por el simple hecho de que generalmente exista posibilidad de reparación por vías artificiales, haya de aplicarse el art. 147.1, dado que la jurisprudencia ha mantenido que tal criterio solo debe ser excepcionalmente corregido en supuestos especialísimos de escasa entidad.

El desarrollo argumental del motivo y la correlativa impugnación efectuada por la representación del condenado hace necesario recordar como esta Sala tiene declarado que como deformidad ha de calificarse aquella pérdida permanente de sustancia corporal que, por su visibilidad, determina un perjuicio estético suficientemente relevante para justificar mínimamente su equiparación con la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro no principal ( SSTS. 426/2004 de 6.4 , 361/2005 de 22.3 , 1512/2005 de 27.12 ).

Igualmente es doctrina de esta Sala (S. 76/2003 de 23.1) que la deformidad estriba en una imperfección estética que rompe la armonía facial y es por tanto visible y permanente. Para su valoración debe tenerse en cuenta el estado del lesionado tras un periodo curativo que deba considerarse médicamente normal, sin valorar, en principio, las eventuales posibilidades de recuperación tras una intervención posterior ( STS nº 2443/2001, de 29 de abril de 2002 ).

Una antigua y constante doctrina de esta Sala ha estimado que la pérdida de una pieza dentaria, acarrea una alteración en la facies de la persona, "sobre todo si se trata de incisivos", que debe ser considerada deformidad, sin que sea suficiente argumento en contra que la situación antiestética pueda ser modificada con técnicas quirúrgicas u odontológicas que suponen, en todo caso, costes y sufrimientos físicos y no alteran la inicial existencia de una verdadera deformidad.

Esta doctrina ha sido mantenida en lo sustancial aunque prudentemente matizada en el Pleno no jurisdiccional celebrado por esta Sala el 19 de Abril de 2.002 en que se adoptó el siguiente Acuerdo: "*La pérdida de incisivos u otras piezas dentarias, ocasionada por dolo directo o eventual, es ordinariamente subsumible en el art. 150 CP . Este criterio admite modulaciones en supuestos de menor entidad, en atención a la relevancia de la afectación o a las circunstancias de la víctima, así como a la posibilidad de reparación accesible con carácter general, sin riesgo ni especiales dificultades para el lesionado. En todo caso, dicho resultado comportará valoración como delito y no como falta*".

Este acuerdo supone una manifestación más de que todo enjuiciamiento es un concepto individualizado e individualizable, por tanto situado extramuros de planteamientos rutinarios que conducen a interpretaciones mecanistas de la Ley. Será caso a caso como deberá resolverse la cuestión desde la premisa general sentada en el acuerdo de que la pérdida dentaria "es ordinariamente subsumible en el art. 150 CP ." ( STS. 837/2004 de 28.6 ), pero expresa un importante giro interpretativo por lo que supone la flexibilidad del mencionado concepto a tenor de los avances producidos en materia de cirugía plástica y reparadora, mediante una práctica que pueda considerarse habitual en términos de experiencia médica ( SSTS. 606/2008 de 1.10 , 962/2008 de 17.12 ).

La jurisprudencia de esta Sala, posterior al acuerdo citado, ha estimado la procedencia de aplicación del art. 150 CP . en sentencias 127/2003 de 5.2 , 510/2003 de 3.4 , 979/2003 de 3.7 , 1588/2003 de 26.11 , auto 23.12.2004 y 17.2.2005 , 1036/2006 de 24.10 ; 830/2007 de 9.10 , 915/2007 de 19.11 , 962/2008 de 17.12 , 91/2009 de 3.2 , 958/2009 de 9.10 , 1200/2011 de 18.11 , que incluyen dentro del concepto de deformidad, no obstante la pérdida de incisivos, porque entienden que la ausencia sobrevinida de una de tales piezas dentarias altera notablemente, por su anomalía y visibilidad, la estética del rostro, si bien esta Sala, por ejemplo, SS. 2116/2992 de 21.3, 763/2004 de 15.6 , no ha equiparado en todo caso la rotura de un incisivo a su pérdida, porque la rotura, a diferencia de la pérdida, admite grados y es posible que alguno de ellos no generen un defecto estético que merezca la calificación jurídica de deformidad.

En otros casos ha estimado la inaplicabilidad del concepto de deformidad, no obstante la pérdida de piezas dentarias en las SSTS. 577/2002 de 14.5 , 1079/2002 de 6.6 , 1534/2002 de 18.9 , 158/2003 de 15.9 , 639/2003 de 30.4 , 1270/2003 de 3.10 , 1357/2003 de 29.10 , 546/2004 de 30.4 , 394/2004 de 23.3 , 836/2005 de 28.6 , 482/2006 de 5.5 , 686/2007 de 19.7 , 652/2007 de 12.7 , 916/2010 de 26.10 , 271/2012 de 9.4 .





Así pues, resulta de todo punto necesario analizar el caso enjuiciado para llegar a las conclusiones que proceden, con examen de las actuaciones directas en orden a comprobar si hubo prueba de cargo capaz de dar vida al tipo aplicado. Ello permite a los órganos jurisdiccionales excluir de la agravación de deformidad ponderadamente y en una valoración caso a caso, aquellos supuestos de menor entidad a los que ya se refiere la jurisprudencia de esta Sala.

Para la apreciación de estos supuestos, el criterio unificado establecido en el Pleno de esta Sala permite valorar tres parámetros.

En primer lugar la relevancia de la afectación, pues no es lo mismo una mera rotura que la pérdida total de una o de varias piezas dentarias, y también ha de considerarse la mayor o menor visibilidad o afeamiento estético que la lesión ocasione, en atención a la situación de las piezas dentarias afectadas o a otros factores.

En segundo lugar las circunstancias de la víctima en las que ha de incluirse la situación anterior de las piezas afectadas. Por ejemplo la sentencia de esta Sala 1079/2002 de 6.6 , ha excluido la aplicación de la agravación atendiendo a que la única pieza dentaria afectada ya había sido antes empastada, es decir, que se trataba de una pieza "ya deteriorada y recompuesta". Criterio en el que incide la STS. 916/2010 de 26.10 , en un caso en que la víctima "tenía la dentadura en muy mal estado y apenas le quedaban cinco piezas en toda la boca... todas ellas en la parte inferior, poco arraigadas o agarradas".

Y, en tercer lugar, la posibilidad de reparación odontológica de la pieza o piezas afectadas, pero sin que ello suponga acudir a medios extraordinarios ( pues a través de estos medios hoy día casi cualquier deformidad puede ser reparada), ya que todas las pérdidas dentarias son hoy ordinariamente sustituibles o reparables por vía de intervención odontológica, lo cual impediría la aplicación del acuerdo citado en su formulación general primera, sino a través de una fórmula reparadora que sea habitualmente utilizada con carácter general, fácilmente accesible y sin necesidad de riesgo alguno ni especiales dificultades para el lesionado. ( SSTS. 437/2002 de 17.6 , 389/2004 de 13.3 , 1512/2005 de 27.12 , 390/2006 de 3.4 , 830/2007 de 9.10 , 19/2008 de 17.1 ).

En definitiva, para la valoración de estas circunstancias la STS. 271/2012 de 9.4 , -cuya doctrina recoge la sentencia recurrida-, recuerda que "ha de tomarse en consideración que la pena establecida para estos supuestos por el legislador, un mínimo de tres años de privación de libertad, indica claramente que se pretenden sancionar conductas especialmente graves, lo que aconseja excluir aquellos supuestos de menor entidad en los que la pena legalmente predeterminada resulta desproporcionada".

**CUARTO:** En el presente caso se describe una conducta en la que el acusado sobre las 3 horas, en el interior de una discoteca propinó a propinó a José Miguel "un fuerte golpe en la boca con un objeto no determinado, causándole lesiones consistentes en contusión facial con herida incisa en labio superior y pérdida de dos piezas dentarias (21 y 23) y fractura de la corona de otras dos piezas dentarias (22 y 24). Dichas lesiones precisaron para su curación de tratamiento médico consistente en puntos de sutura en labio superior y extracción de los restos dentales del 23, tardando en curar 30 días con incapacidad para sus ocupaciones habituales y quedando como secuelas cicatriz de 3 cm. en labio superior y pérdida parcial de dos piezas dentales y total de otras dos".

Relato fáctico que se complementa en la fundamentación jurídica en el sentido de que la pérdida de las dos piezas dentales fueron el incisivo central y el canino del cuadrante superior izquierdo, y las fracturas de las coronas, el incisivo lateral y el primer premolar del mismo cuadrante, y de que "sin embargo el tratamiento odontológico ha supuesto una restauración íntegra".

Es cierto que el concepto de reparación accesible no dificultosa es secundario ya que todas las pérdidas dentarias son hoy ordinariamente sustituibles o reparables por vía de intervención odontológica, y que la pérdida de piezas dentales, especialmente los incisivos, por su trascendencia estética, han sido tradicionalmente valoradas como causantes de deformidad, argumentando básicamente que comporta la presencia de un estigma visible y permanente que, por más que pueda ser reparado mediante cirugía, no dejaría de subsistir, por lo que tiene de alteración de la forma original de una parte de la anatomía del afectado. Por ello los resultados de las lesiones deben ser apreciados en el momento de juzgar, no los de eventuales mejoras determinadas por hipotéticas intervenciones posteriores que, de otra parte, no pueden imponerse a las víctimas ( SSTS. 1123/2001 de 13.6 , 91/2009 de 3.2 ).

Ahora bien, este criterio ha sido matizado por esta Sala partiendo de que la apreciación de la deformidad es normalmente competencia de la Sala de instancia que durante el juicio puede apreciar "in visu" las lesiones producidas, así como las repercusiones estéticas y funcionales, si bien ello supone un juicio de valor susceptible de revisión en casación, y de que cuando las lesiones han producido la pérdida de una o varias piezas dentarias -supuesto relativamente frecuente- nos encontramos con las consiguientes dificultades para



su tratamiento jurídico. La jurisprudencia valora distintamente la pérdida de las diferentes piezas dentarias. No es lo mismo -a efectos de la calificación jurídica- la pérdida de los incisivos o de los caninos que la de los premolares o molares, como tampoco la pérdida o la rotura de la pieza de que se trate y dentro de esta última surgen también las consiguientes diferencias.

Así se ha dicho en STS. 389/2004 de 23.3 , que el concepto de *deformidad se compone de* dos elementos que son: el afeamiento y la permanencia, criterio que se mantiene cuando se trata de la pérdida de alguna pieza dental, si bien la permanencia del defecto no significa que no pueda ser corregido con algún remedio como sería la cirugía estética, cirugía maxilofacial, ortodoncia, implantes, o cualquier otro medio, pronunciándose esta Sala por la irrelevancia para el concepto de deformidad el que sea o no corregible, pero cuando la reparación es sencilla y sin riesgo para la víctima, no es posible aplicar la deformidad, al no concurrir la exigencia de permanencia de la deformidad ( SSTS. 348/2003 de 9.4 , 639/2003 de 30.4 , 1022/2003 de 7.7 ).

La aplicación de la doctrina expuesta considera la desestimación del motivo.

No nos encontramos ante una posibilidad de corrección posterior que no descartaría hipotéticas complicaciones, sino que en el caso, tal como señala la sentencia impugnada, el tratamiento odontológico **ya ha supuesto la restauración integral de las piezas afectadas**. Siendo así, la existencia de deformidad en el sentido legal sólo podría fundarse en el dato de que la forma original de la región anatómica afectada ha experimentado un cambio debido a una acción externa, pero que tiene actualmente una traducción práctica de la limitada trascendencia de que se ha dejado constancia. Y ello en virtud de una actuación médica que se ajusta en sus particularidades a las exigencias del acuerdo del pleno de esta sala que se ha citado, puesto que no supuso una operación de riesgo y pertenece a un género de intervenciones (desvitalizaciones, implantes) que se practican con total normalidad en régimen de consulta ( SSTS. 1534/2002 de 18.9 , 686/2007 de 19.7 ).

Así en STS. 836/2005 de 28.56, Pérdida de incisivos con implantación de prótesis sin signos visibles de alteración y sin que se haga referencia a defecto funcional en la masticación.

Pérdida de dos incisivos con posibilidad de ser reparados ( STS. 392/2006 de 28.4 ).

Pérdida de incisivo dental del lado inferior derecho y fracturas parciales de otros incisivos sin dificultades concretas para su reparación odontológica. Tipo básico ( STS. 483/2006 de 5.5 ).

El tribunal de instancia de instancia a la vista de que las secuelas de las lesiones causadas han quedado íntegramente eliminadas y la escueta descripción de la agresión sufrida, entiende que debe excluirse la aplicación del art. 150 CP , y ser subsumidas en el tipo básico del art. 147. El juicio de valor que sobre el particular expone razonadamente el tribunal de instancia en el FJ. 1º de la resolución impugnada no puede considerarse arbitrario ni carente de fundamento razonable y justifica la desestimación del motivo.

**QUINTO:** Desestimándose los recursos las costas se imponen al recurrente, declarándose de oficio las causadas en el recurso del Ministerio Fiscal. ( art. 901 LECrim .).

### III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación**, interpuestos por **EL MINISTERIO FISCAL y Marcos** , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 3ª, que condenó al acusado Marcos , como autor penalmente responsable de un delito lesiones; y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso, declarándose de oficio las causadas en el recurso del Ministerio Fiscal..

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Juan Saavedra Ruiz D. Joaquin Gimenez Garcia D. Andres Martinez Arrieta D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre **D. Alberto Jorge Barreiro**

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