



**VNiVERSIDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

**Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y
Procesal.**

Área de Derecho Procesal

Curso 2014/2015

LA DILIGENCIA DE RECONOCIMIENTO EN RUEDA. ANÁLISIS CRÍTICO.

Jorge FERNÁNDEZ CORDÓN

Tutora: Marta Del POZO PÉREZ

Junio 2015



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

**Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y
Procesal**

Área de Derecho Procesal

LA DILIGENCIA DE RECONOCIMIENTO EN RUEDA. ANÁLISIS CRÍTICO.

THE IDENTITY PARADE. CRITICAL ANALYSIS.

Nombre del/la estudiante: Jorge FERNÁNDEZ CORDÓN
e-mail del/la estudiante: jorgefdez@usal.es

Tutor/a: Marta DEL POZO PÉREZ

Firma del estudiante:

**Firma del tutor autorizando la
presentación del trabajo:**

RESUMEN

Este trabajo aspira a ser un análisis crítico de los caracteres principales de la diligencia de reconocimiento en rueda, cuya proliferación en la práctica policial y judicial exige identificar todos los problemas que plantea. Así, en esta exposición, presentamos y tratamos de dar respuesta a algunos problemas, a nuestro entender importantes, como pueden ser el de la introducción de la prueba en el proceso, la posibilidad de subsanación en el juicio oral, la capacidad del reconocimiento fotográfico para ser prueba de cargo, la precisión de las “circunstancias exteriores semejantes”, o la influencia de la difusión mediática de imágenes de los sospechosos previamente a la celebración de la rueda, entre otros. En conclusión, lo que pretendemos en el trabajo es intentar dar una visión objetiva de lo que sería una práctica intachable de la rueda de reconocimiento, con un equilibrio entre el respeto de las garantías del sospechoso y las de la víctima o testigo, todo ello sin perjudicar la eficiencia de la diligencia en términos de rapidez y legalidad.

PALABRAS CLAVE: rueda de reconocimiento, circunstancias exteriores semejantes, difusión mediática, valor probatorio, reconocimiento fotográfico.

ABSTRACT

This project aims to be a critical analysis of the main characteristics of the identity parade, whose fame in the judicial and police action asks for the identification and solution of all the problems it raises. Thus, in this elaboration we try to expose and respond to some of the, in our opinion, most important difficulties, as may be the probative value in the legal process, the possibility of correction at the oral proceedings, the photographic identification's ability to be a sufficient evidence, the specification of the meaning of “similar external circumstances”, or how the spread of suspect's images in the media can influence the procedure, among other problems. In conclusion, what we attempt in these pages is to display an unbiased view of what it would be a flawless practice of the identity parade, balancing the respect for the suspect's rights as well as the victim's and witness', all of this without putting in jeopardy the efficiency of the diligence in terms of swiftness and lawfulness.

KEYWORDS: identity parade, similar external circumstances, media impact, probative value, photographic identification.

ABREVIATURAS

F.J.: Fundamento Jurídico

LEcrim.: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

Op. cit.: *opus citatum/opere citato* (obra citada)

p.: página

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

TS: Tribunal Supremo

ÍNDICE

	Páginas
1. Introducción.....	1-4
2. Definición de la diligencia y regulación.....	5-8
3. La necesidad o contingencia de la rueda de reconocimiento...	9-10
4. El reconocimiento fotográfico previo a la rueda y el reconocimiento espontáneo.....	11-18
5. La rueda de reconocimiento como posible diligencia policial....	19-20
6. La preceptiva presencia de letrado en la práctica de la diligencia.....	21-24
7. El número de distractores.....	25-26
8. Comentario sobre las “circunstancias exteriores semejantes” que menciona la LEcrim.....	27-34
9. El valor probatorio del reconocimiento hecho en rueda.....	35-40
10. La incidencia mediática sobre el reconocimiento en rueda y posibilidad de vicio.....	41-44
11. Conclusiones.....	45-48

1. Introducción.

Un momento clave para el Derecho procesal penal es el de las diligencias de investigación. En esta fase, una de las primeras en la maduración del proceso, es cuando, o bien todavía no tenemos imputados, o bien necesitamos recabar la información suficiente como para cambiar la situación de un mero sospechoso a la de procesado o acusado.

Si bien, la obtención de dicha información no suele ser tarea fácil, pues estamos ante cuestiones referidas al Derecho Penal, donde las personas a las que se dirige (o las que temen que se les dirija) el proceso no nos van a poner las cosas fáciles, ya que estamos fuera del tráfico lícito, y cualquier información habrá sido ocultada, eliminada o lo será si se tiene ocasión. Esto no es sorprendente si partimos del hecho de que la mayoría de las personas no acepta los castigos de buena gana, y si puede evitarlos, mejor.

Es por ello que, a pesar del principio de igualdad de armas, es inevitable que la justicia (vestida de uniforme, o de toga) goce de una posición privilegiada en la fase de instrucción. Sin embargo, esto no debe quitarnos el sueño, pues la propia exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal nos da la razón de ser de dicha desigualdad:

Es difícil establecer la igualdad absoluta de condiciones jurídicas entre el individuo y el Estado en el comienzo mismo del procedimiento, por la desigualdad real que en momento tan crítico existe entre uno y otro, desigualdad calculadamente introducida por el criminal y de que éste sólo es responsable. Desde que surge en su mente la idea del delito, o por lo menos desde que, pervertida su conciencia, forma el propósito deliberado de cometerle, estudia cauteloso un conjunto de precauciones para sustraerse a la acción de la justicia y coloca al Poder público en una posición análoga a la de la víctima, la cual sufre el golpe por sorpresa, indefensa y desprevenida. Para restablecer, pues, la igualdad en las condiciones de la lucha, ya que se pretende por los aludidos escritores que el procedimiento criminal no debe ser más que un duelo noblemente

sostenido por ambos combatientes, menester es que el Estado tenga alguna ventaja en los primeros momentos, siquiera para recoger los vestigios del crimen y los indicios de la culpabilidad de su autor.

Ya que el Poder público es una víctima, cogida por sorpresa, indefensa y desprevenida por el culpable, es de recibo que inmediatamente le dé la vuelta a la tortilla, erigiéndose como el bastión infranqueable que debe ser para todo criminal, y cuyo cancerbero no es otro que la Justicia, encabezada, en esta primera fase del proceso, por el órgano jurisdiccional, el Ministerio Fiscal y la policía.

Ahora bien, no podemos ser irrespetuosos comparando la justicia con un vulgar can, más bien sería una finamente forjada espada, de doble filo, con la que uno se puede herir si no aprende a manejarla debidamente. Dicho manejo requiere tomar en consideración dos posiciones contrapuestas: por un lado, la de la víctima (y la sociedad en general), y por otro, la del presunto autor del crimen, que por poco que les guste a algunos, también merece de protección.

Esta reflexión nos lleva a la pregunta de ¿es la averiguación de la verdad el único fin del proceso penal?, y la respuesta es que, si bien la averiguación de la verdad es importante, no es el único fin que persigue el proceso. *Mutatis mutandis*: el fin último del proceso penal es la averiguación de la verdad, pero preocupándose por respetar también la posición de aquel sobre el que se averigua, porque no podemos pagar un precio tan alto por averiguar la verdad que luego no nos compense el haberla hallado.

Dejándonos de literatura, hay que respetar los derechos fundamentales constitucionales de la persona o personas hacia las que se dirige el proceso, y ese límite es insoslayable, no se puede sobrepasar, o los imputados en el próximo proceso, tendríamos que ser nosotros.

En este trabajo prestaremos especial atención en concreto a la diligencia de reconocimiento en rueda, regulada (aunque ya adelantamos que insuficientemente) en el

Libro II “Del Sumario”, Título V “De la comprobación del delito y la averiguación del delincuente”, Capítulo III “de la identidad del delincuente y sus circunstancias personales”, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Esta diligencia tiene especial importancia por las consecuencias que supone para el sujeto reconocido, teniendo en cuenta que es una diligencia de carácter totalmente subjetivo y que depende de la memoria fisonómica de ofendidos y testigos.

Es por tanto un tema de gran importancia, pues una mala práctica (a veces permitida por una deficiente regulación) de la diligencia que nos ocupa, puede llegar a suponer, en el mejor de los casos, un gasto innecesario en una investigación banal y el consiguiente estigma para el sujeto investigado; y, en el peor de los casos, la imputación e incluso condena de un inocente.

Por tanto en esta humilde elaboración, nuestro objetivo será intentar hacer una aportación hacia una regulación más completa de la diligencia de reconocimiento en rueda, que permita una práctica ejemplar de la misma en la que se tengan en cuenta tanto la protección de la víctima como las garantías constitucionales del imputado, procesado y acusado.

Para ello, empezaremos, como es lo propio, definiendo la diligencia y exponiendo su regulación actual, pasando entonces a ver las características de la misma, con apoyo de jurisprudencia y de la escasa doctrina sobre el tema, las cuales analizaremos de manera crítica, proponiendo, por último, aquellos cambios o adiciones que se crean necesarias a la regulación actual.

2. Definición de la diligencia y regulación.

La rueda de reconocimiento, como cualquier otra diligencia de investigación, es un acto procesal, dirigido a la identificación del sujeto al que se atribuyen los hechos delictivos y contra el que se dirigirá el proceso.

Este reconocimiento consiste en el señalamiento por parte de una víctima o testigo del autor del hecho, colocado de pie frente a ellos, entre dos o más personas de características físicas semejantes, de manera que el que reconoce tenga que hacer un esfuerzo de memoria visual para identificarlo de manera clara e indubitada.

Realizada la rueda de reconocimiento en cumplimiento de la legalidad, se consiguen dos cosas: una, la identificación del presunto autor de manera que sirva para la imputación y también como, en su caso, medio probatorio (ya veremos más adelante la problemática respecto a esto); y dos, se garantiza que la víctima o testigo tenga que estar seguro para señalar al sospechoso, evitando imputaciones maliciosas, falsos testimonios y garantizando el derecho de defensa del imputado, es decir, el derecho a no ser reconocido.¹

Una buena definición técnica nos la da AGUILERA LUNA²:

Podemos definir la rueda de reconocimiento como el acto procesal, en el seno de la causa criminal iniciada, a presencia judicial y del fedatario público, con la categoría de prueba anticipada, consistente en el examen personal por un testigo, víctima o no del delito, del sospechoso no identificado todavía, en unión a otras personas de características externas semejantes, para establecer, de forma terminante y segura, por elección de entre las observadas y en función sólo de las señas exteriores percibidas visualmente, si en el grupo formado se encuentra el autor del delito para, tras la comprobación de la coincidencia entre el sospechoso y el reconocido, en su caso, determinar al autor de los actos por los que la causa se instruye.

¹ ALONSO PÉREZ, F., *Medios de investigación en el proceso penal*, Dykinson, Madrid, 2003, p.136.

² AGUILERA LUNA, F., *La identificación del delincuente en rueda de reconocimiento y por exhibición fotográfica*, Pla & Alvarez, Sevilla, 1998, pp. 11 y 12.

A nuestro entender, esta diligencia consta de los siguientes elementos diferenciados: en primer lugar, el reconociente, que será testigo directo o víctima de los hechos y tendrá que señalar, a poder ser de manera clara y sin dudas, a la persona que percibió a través de la vista cometiendo los hechos punibles; en segundo lugar, el sospechoso, cuya apariencia no podrá ser alterada y al que se le impedirá que haga lo propio; en tercer lugar, los distractores, personas de “circunstancias exteriores semejantes” que serán colocados de pie junto al sospechoso en el momento en que el testigo o la víctima se disponga a reconocer a éste último. Cualquier persona que preste su consentimiento podrá hacer de distractor, incluidos los propios agentes (vestidos de paisano, obviamente), siempre que cumpla con el requisito de la semejanza externa (tema que será tratado posteriormente en el apartado que corresponde). Por último y en cuarto lugar, se encuentran las figuras accesorias pero imprescindibles en el reconocimiento: el letrado del detenido (de confianza o de oficio), las autoridades policiales, y el juez, en su caso.

Esta diligencia se halla recogida en los Arts. 368 y siguientes de la LEcrim, el contenido principal de los cuales desgranaremos en este trabajo. Los Artículos mencionados rezan así:

Artículo 368

Cuanto dirijan cargo a determinada persona deberán reconocerla judicialmente, si el Juez instructor, los acusadores o el mismo inculpado conceptúan fundadamente precisa la diligencia para la identificación de este último, con relación a los designantes, a fin de que no ofrezca duda quién es la persona a que aquéllos se refieren.

Artículo 369

La diligencia de reconocimiento se practicará poniendo a la vista del que hubiere de verificarlo la persona que haya de ser reconocida, haciéndola comparecer en unión con

otras de circunstancias exteriores semejantes. A presencia de todas ellas, o desde un punto en que no pudiere ser visto, según al Juez pareciere más conveniente, el que deba practicar el reconocimiento manifestará si se encuentra en la rueda o grupo la persona a quien hubiese hecho referencia en sus declaraciones, designándola, en caso afirmativo, clara y determinadamente.

En la diligencia que se extienda se harán constar todas las circunstancias del acto, así como los nombres de todos los que hubiesen formado la rueda o grupo.

Artículo 370

Cuando fueren varios los que hubieren de reconocer a una persona, la diligencia expresada en el artículo anterior deberá practicarse separadamente con cada uno de ellos, sin que puedan comunicarse entre sí hasta que se haya efectuado el último reconocimiento.

Cuando fueren varios los que hubieren de ser reconocidos por una misma persona, podrá hacerse el reconocimiento de todos en un solo acto.

Artículo 371

El que detuviere o prendiere a algún presunto culpable tomará las precauciones necesarias para que el detenido o preso no haga en su persona o traje alteración alguna que pueda dificultar su reconocimiento por quien corresponda.

3. La necesidad o contingencia de la rueda de reconocimiento.

Cuando el Art. 368 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dice “deberán”, nos puede parecer que esta diligencia de investigación es necesaria y debería practicarse en todo caso, sin embargo, en esa misma frase nos dice el Legislador que el Juez Instructor, el acusador o el inculpado deben fundamentar la necesidad de esta diligencia. De esta redacción podemos entender que quedará en manos del Juez Instructor decidir finalmente si la diligencia procede.

Así las cosas, parece que esta diligencia no es de obligada práctica en todos los casos, lo cual parece obvio, pues el reconocimiento en rueda no es la única diligencia de identificación a disposición de la justicia ni tampoco es siempre necesaria, ya que en ocasiones la identidad del presunto autor está más que clara, por ejemplo cuando es interceptado por las fuerzas de seguridad en el momento de cometer el hecho, es decir, en una situación de delito flagrante.

En este sentido se ha manifestado la jurisprudencia. El Tribunal Supremo considera irrelevante esta diligencia cuando no es necesario identificar a los delincuentes, por ejemplo porque los mismos autores han reconocido su participación en los hechos (STS de 4 Abril de 1987):

La irrelevancia de tal prueba es tan notoria que, con seguridad, sería absolutamente innecesario añadir nada para revelar así su falta total de seriedad. En efecto, cuál pudo ser el sentido de una diligencia pretendidamente orientada a la identificación de los hoy recurrentes como partícipes en la acción delictiva cuando los mismos en todo momento e incluso en el propio acto del juicio oral reconocieron tal participación

El Tribunal Supremo ha reiterado numerosas veces la posibilidad de denegación de esta diligencia cuando no sea necesaria o no esté suficientemente fundada, sin que ese hecho, por sí solo, ocasione indefensión. Por todas, la STS de 14 de Marzo de 1990:

La diligencia sumarial de reconocimiento en rueda solo se llevará a efecto cuando el Juez Instructor, los acusadores o el mismo acusado la consideren fundadamente precisa para la identificación de la persona acusada del hecho delictivo. La denegación de su práctica no ocasiona, por sí sola, la indefensión del recurrente ya que el Juez de Instrucción no estaba obligado a llevarla a efecto si estimaba que existían elementos probatorios suficientes para sugerir la existencia de datos sobre la participación del procesado en los hechos que estaba investigando.

En conclusión, a pesar de ser una diligencia útil y muy utilizada en la práctica policial y judicial, es contingente. Aún más, no solo es contingente si no que, incluso si se practica, ello no impide que se puedan practicar otras diligencias con el mismo fin, STS de 10 de Mayo de 1999:

Carece de toda relevancia el hecho de que la identificación del acusado efectuada en rueda de reconocimiento judicial hubiese estado precedida por una identificación fotográfica en sede policial, y la misma intrascendencia se predica de que los funcionarios policiales encargados de la investigación hubieran practicado la diligencia de identificación por fotografías en lugar de una rueda de reconocimiento en comisaría con el acusado ya detenido, porque tanto en un caso como en otro el reconocimiento en rueda no es un medio de identificación exclusivo ni excluyente

4. El reconocimiento fotográfico previo a la rueda y el reconocimiento espontáneo.

El mencionado carácter de no exclusiva ni excluyente de esta diligencia permite que sea tan válido como un reconocimiento en rueda el reconocimiento espontáneo de la víctima o un testigo que ve al sospechoso o imputado en sede policial o judicial, así como un reconocimiento fotográfico anterior al reconocimiento en rueda.

Como nos recuerda ALONSO PÉREZ³, el Art. 230 LOPJ permite a Juzgados y Tribunales utilizar “cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones”, y el Art. 11.1 de dicha Ley solo rechaza aquellas pruebas obtenidas en violación de derechos fundamentales.

Por tanto, el reconocimiento fotográfico, aunque no esté recogido en la LEcrim, será válido siempre que respete dichos derechos fundamentales. Así lo entiende también BELLOCH JULBE⁴: “Otro tema, también previo y muy frecuente, es el de la identificación a través de fotografías. Se ha discutido también, en ocasiones, su legalidad. Lo primero a señalar es que, en muchas ocasiones, tal técnica oficial no tiene alternativa pues constituye la única forma para que los observadores directos del hecho delictivo contribuyan a la localización e identificación de sus autores. Creemos que es perfectamente legítimo, con tal que se ajuste a una serie de reglas mínimas, extraídas por analogía de las normas del reconocimiento en rueda, a fin de no viciar la ulterior identificación en persona”.

Así, haciendo una analogía de las normas del reconocimiento en rueda podríamos obtener una regulación mínima para el reconocimiento fotográfico, muy útil, por otra parte, cuando la policía judicial no tiene por dónde empezar y para intentar evitar así detenciones innecesarias. Una vez hecha la diligencia de reconocimiento fotográfico, se

³ ALONSO PÉREZ, F., *Medios de investigación...*, op., cit., p. 136

⁴ BELLOCH JULBE, J. A., “LaPolicía Judicial”, *Policía y Sociedad*, Dirección General de la Policía, p. 204.

podría proceder a la detención del sospechoso o sospechosos y práctica de la diligencia de reconocimiento en rueda. Es decir, podemos entender la diligencia de reconocimiento fotográfico como preparatoria de la de reconocimiento en rueda, ya que la primera no goza de fuerza suficiente como para constituirse luego en prueba de cargo que desvirtúe la presunción de inocencia.⁵

Los requisitos básicos para una diligencia de reconocimiento fotográfico, para BELLOCH JULBE, son los siguientes: al sujeto reconociente se le deben enseñar los álbumes con los delincuentes fichados por la policía, en solitario, y sin que los agentes puedan aconsejar, indicar ni ayudar de manera alguna a la víctima o testigo; es indispensable además que la fotografía del reconocido no se haya presentado de manera singular ni de cualquier otra que la haga resaltar sobre las demás (como presentarla en mayor tamaño o que esté repetida), condicionando así a los sujetos reconocientes.⁶

En este caso, sin embargo, no creemos que se pueda exigir la presencia del abogado del imputado, pues al ser ésta una diligencia de las primeras, a realizar cuando la policía apenas tiene pistas para la investigación, es razonable pensar que no habrá imputado todavía, y entorpeceríamos demasiado la investigación. Por tanto deberemos confiar en el comportamiento ejemplar y conforme a la legalidad de la policía judicial, lo cual no supone problema si recordamos que esta diligencia es solo preliminar a una posterior de identificación y que por sí sola no puede tener fuerza de prueba de cargo.

A pesar de lo dicho, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 1 de Octubre de 2009 se estima lo siguiente:

Estimamos que la sentencia debe ser confirmada por cuanto que dicho reconocimiento fotográfico, ratificado en el plenario constituye prueba de cargo suficiente como para desvirtuar la presunción de inocencia de la que goza el acusado en todo momento, no siendo cierto que se trate meramente de un reconocimiento fotográfico que no daría lugar sino a la apertura, en su caso, de una línea de investigación policial

⁵ BELLOCH JULBE, J. A., “La Policía Judicial”, *op. cit.*, pp. 203-204.

⁶ BELLOCH JULBE, J. A., “La Policía Judicial”, *op. cit.*, p. 204.

No podemos estar de acuerdo con la Audiencia Provincial de Madrid en este extremo. La entidad de un reconocimiento fotográfico es solo suficiente como indicio para abrir una investigación, ya que es difícil ratificar el haber reconocido a una persona en una foto en la que solo se ve la cara, y además las fotos no siempre son fiel imagen de nuestra apariencia. El Tribunal ha errado en su justificación, atribuyéndole fuerza de cargo a la ratificación de un reconocimiento fotográfico.

Otra pista de la indebida justificación del Tribunal en su decisión nos la da la base jurisprudencial utilizada, ya que alude a una sentencia del Tribunal Constitucional (STC 36/1995 de 6 de Febrero⁷) citando éste párrafo de la misma:

[...] Se trata de dilucidar, en este caso, si las resoluciones impugnadas vulneraron el derecho a la presunción de inocencia al admitir, como única prueba de cargo, la declaración de la víctima del delito, que en el juicio oral puso de manifiesto sus dudas acerca de que la actora fuese la persona que entró en su tienda a robar más de cuatro años antes, si bien admitió que la reconoció en comisaría, en los pasillos de ésta y, posteriormente, en el álbum fotográfico que le fue exhibido

En la sentencia que cita el Tribunal, precisamente se rechaza el reconocimiento fotográfico por haber influenciado los investigadores (la policía) a la sujeto reconociente mostrándole personalmente a la acusada, e informándola de que había sido detenida por un robo a otra tienda con técnicas similares a las utilizadas para el robo en la de la víctima. El Tribunal considera así que mostrándole a la acusada previamente al reconocimiento fotográfico, se influenció a la reconociente. No obstante, sí que dice el Tribunal Constitucional en esta sentencia que es admisible llevar el reconocimiento fotográfico al juicio a través de otros medios de prueba, por ejemplo la declaración testifical, sometándolo a los principios de inmediación y contradicción; pero lo que no hace el Tribunal en esta sentencia es establecer las condiciones para ello.

⁷ ALONSO PÉREZ, F., *Medios de investigación...*, op., cit., pp. 139-140.

La postura acerca de que el reconocimiento fotográfico pueda adquirir la dimensión de prueba de cargo al ser ratificado en el juicio oral por el testigo directo, sometiendo a éste a un interrogatorio cruzado por las partes, ha sido refrendada por el Tribunal Supremo en sus sentencias, por citar algunas, STS de 30 de Enero 2014, STS de 17 de Julio de 2008⁸ (en la que se enjuicia a los responsables del atentado del 11-M), y la STS de 30 de Diciembre de 2014⁹ (en la que se enjuicia al miembro de ETA responsable de la muerte de Isaías Carrasco)

No obstante, también tenemos otra postura del propio Tribunal Supremo, en una corriente jurisprudencial anterior, STS de 14 de Noviembre de 1998, que reza lo siguiente:

En relación al reconocimiento fotográfico es cierto que carece de relevancia probatoria en la medida que tal diligencia es medio de iniciar la investigación en sede policial, ocurre que tal identificación fotográfica no ha sido tomada en cuenta por la Sala sentenciadora como prueba de cargo, que no lo es como ya se ha dicho. En tal sentido Sentencias del Tribunal Supremo de 23 y 14 mayo 1996 (RJ 1996\4543 y RJ 1996\4085) entre otras, muchas reiteran la ya pacífica doctrina jurisprudencial que tiene declarado que la exhibición fotográfica es la primera y normal vía de identificación y camino de

⁸ F.J 2º, apartado 4: *Como señala la Sentencia nº 1202/2003, de 22 de septiembre, 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.

⁹ F.J. DÉCIMO: *En consecuencia podemos concluir, como regla general, que la comparecencia en el juicio oral de quien ha realizado un reconocimiento fotográfico practicado con todas las garantías durante el sumario, y que ratifica en el juicio 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 y sobre el reconocimiento realizado, constituye una prueba de cargo válida y apta para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, con independencia de que la valoración sobre su fuerza de convicción en cada supuesto específico corresponda al Tribunal sentenciador.*

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.

investigación que se completará después con los oportunos reconocimientos de presencia en rueda.

Y la STS de 14 de Mayo de 1996, que se expresa en el mismo sentido:

Ciertamente habría de acogerse el criterio de la insuficiencia probatoria si, para dictarse la sentencia no hubiera contado el juzgador más que con los reconocimientos por medio de fotografías del imputado realizados por dos testigos ante la presencia del Juez Instructor.

Pues así de confusas las cosas, me propongo hacer un esfuerzo por elaborar una especie de teoría intermedia que armonice las distintas posturas jurisprudenciales, y recordando que la diligencia de reconocimiento en rueda no es exclusiva ni excluyente, obligatoria ni necesaria. Por tanto, el reconocimiento fotográfico, aunque normalmente preparatorio de aquella, no tiene por qué depender de una posterior rueda de reconocimiento. Esta teoría consiste en la relación entre: la ratificación del reconocimiento fotográfico en la vista; los principios de inmediación, contradicción y mínima actividad probatoria; y, por último, el respeto del derecho de defensa, de asistencia letrada y de las garantías legales del proceso.

Para comenzar, cabe mencionar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto a la actividad mínima probatoria (STC 10/2007 de 15 de Enero):

[...] Hay que recordar que también constituye doctrina constitucional reiterada la afirmación de que sólo pueden considerarse verdaderas pruebas aptas para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia y fundar la declaración de culpabilidad las practicadas en el acto del juicio que se desarrolla ante el Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de modo oral, contradictorio y con inmediación, de suerte que la convicción del juzgador sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios de prueba aportados por las partes.

Como sabemos, estos requisitos no se cumplen hasta que el reconocimiento no es ratificado en el juicio oral, pero la sentencia sigue diciendo:

No obstante, desde la STC 80/1986, de 17 de junio, FJ 1, nuestra jurisprudencia ha reconocido también expresamente que dicha regla general admite excepciones, en las que se considera que es conforme a la Constitución integrar en la valoración probatoria el resultado de las diligencias practicadas en la instrucción de la causa si éstas se someten a determinadas exigencias. Así, en particular, la valoración como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial por un coimputado, luego retractadas en el juicio oral, se condiciona al cumplimiento del requisito formal de introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta o a través de los interrogatorios.

Sin embargo, debemos detenernos aquí. El TC está requiriendo unas exigencias previas a la introducción de las diligencias sumariales en el juicio oral para cumplir con los principios que mencionó (el Tribunal) en la cita anterior. En este caso se trata de declaraciones de un coimputado, prueba preconstituida, como la rueda de reconocimiento. Es aquí donde debemos pararnos y enfocar la atención sobre una gran diferencia: en las declaraciones en la fase sumarial, nos encontramos en un momento del proceso en el que ya existen imputados y, por tanto, asistencia letrada que vigile el respeto de las garantías procesales, por lo que la mera exigencia de la lectura del acta para el posterior interrogatorio cruzado es suficiente; pero en el caso del reconocimiento fotográfico tendente a iniciar la investigación o impulsarla, no tenemos todavía ningún imputado, y tampoco se realiza con la presencia del juez pues es una diligencia policial. Aquí radica el abismo entre una y otra. La exigencia previa que menciona el tribunal, para el caso del reconocimiento fotográfico, debería ser el cumplimiento de las garantías más básicas del proceso penal, el control de la legalidad de las actuaciones de la policía judicial, lo que no sucede cuando no hay imputado (detenido).

Señalada esta diferencia de importancia capital, propongo lo siguiente: no se puede aceptar como prueba de cargo (a lo sumo como indicio) la ratificación en la vista de un reconocimiento fotográfico realizado sin las garantías legales exigibles (presencia de letrado), más aún cuando dicha ratificación se produce normalmente meses o años más tarde y en la práctica consiste en un mero “me ratifico” por parte del reconociente. Solo se podría aceptar la fuerza de prueba de cargo de dicha ratificación cuando el reconocimiento en que se base se haya celebrado (o vuelto a celebrar) tras la detención

del imputado, con la preceptiva presencia del letrado nombrado de confianza o asignado de oficio.

Esta exigencia es, a mí entender, proporcional, cuando, a pesar del carácter contingente de la rueda de reconocimiento, ésta se ha podido celebrar, ya que aunque no necesaria es cierto que goza de un grado mayor de respeto de las garantías procesales, exigiendo un plus de esfuerzo a la memoria visual. Una vez cumplida esta exigencia, sí es apto el reconocimiento fotográfico para ser introducido en el proceso a través del interrogatorio de las partes, cumpliendo de esta manera con los principios de contradicción e inmediación, y convirtiendo la diligencia fotográfica en una prueba testifical con entidad suficiente para formar prueba de cargo (como se verá más adelante en el apartado 9).

Por otro lado, en lo que se refiere al reconocimiento espontáneo, puede constituirse en una prueba a través de la ratificación sin necesidad de realizarse un reconocimiento en rueda, por ser distinto a éste y haberse producido de manera espontánea en los pasillos de la comisaría o en los juzgados. Ello no obsta para que, como fuente de prueba a tener en cuenta, quepa exigir unas garantías, las cuales no pretendo analizar en profundidad, pero desde luego una primera, básica y obvia, es que dicho reconocimiento espontáneo sea, de verdad, espontáneo, y no facilitado por la policía de una manera capciosa. Para que hubiera sido válido en el caso mencionado en la sentencia anterior STC de 6 de Febrero de 1995, la Policía debería haberse comportado de una manera mucho más correcta y sutil, podría haber tenido a la acusada (entonces investigada) y a la víctima en el mismo espacio, pero sin presentarlas deliberadamente y sin mencionarle a la víctima que aquella sujeto había sido detenida por cometer el mismo acto que ella había ido a denunciar.

Además, en un auto, el Tribunal Supremo no acepta que un reconocimiento espontáneo vicie un posterior reconocimiento fotográfico ni una rueda de reconocimiento (Auto del TS de 1 de Julio de 2010). Sin embargo, como hemos dicho y defendemos en este trabajo, no es preceptivo un reconocimiento en rueda posterior a un reconocimiento

espontáneo (aunque no estaría de más para asegurarse), ya que aquél no es exclusivo ni excluyente en cuanto que diligencia de identificación. Si bien es preferible una rueda de reconocimiento, no podemos negar el valor probatorio que tiene un reconocimiento espontáneo como prueba distinta e independiente al reconocimiento en rueda , ya que la víctima o testigo está señalando al sospechoso de un acto delictivo sin ningún tipo de influencia o fuerza externa que lo induzca a tal señalamiento, ocurre aquí una identificación del sujeto inmediata debida a la nitidez del recuerdo del reconociente, y por tanto no hay más remedio que admitir su validez, incluso aunque no se goce de las garantías del Art. 369 LEcrim. La oportunidad de la defensa para eliminar este reconocimiento vendrá en la fase de juicio oral, a través del interrogatorio del reconociente, ya que este tendrá que ratificar el reconocimiento, al tener éste una naturaleza idéntica al hecho en una rueda (nos remitimos al correspondiente apartado posterior en el que analizaremos este particular).

5. La rueda de reconocimiento como posible diligencia policial.

El reconocimiento en rueda es una diligencia de investigación, y como tal, debe ser practicada en la fase de instrucción, haciéndose difícil que cumpla el principio de inmediación en la fase de juicio oral, pues su práctica en sede judicial sería tan difícil como poco pragmática.

Pero antes de analizar su valor probatorio, debemos preguntarnos si se trata de una diligencia estrictamente judicial o puede también ser policial. Es este un tema en el que la jurisprudencia es variable, no obstante, el Tribunal Supremo ha aceptado que la diligencia sea policial, con presencia de abogado y que sea ratificada por el juez, así lo afirma BELLOCH JULBE¹⁰, que expone una queja ante la insuficiencia de regulación de esta diligencia, que complica el trabajo policial.

Suscribiendo la postura de BELLOCH JULBE, sería muy conveniente aceptar que esta diligencia pueda ser policial, a nuestro juicio, por los siguientes motivos: en primer lugar, conviene realizar la identificación cuanto antes, para impedir que el sospechoso altere su apariencia, que las víctimas o testigos olviden la misma, o por ejemplo que se celebre la diligencia bajo ciertas circunstancias que puedan viciarla (como por ejemplo que los testigos hayan hablado entre sí o que imágenes del presunto sospechoso aparezcan en las noticias); en segundo lugar, aunque deseable, no es imprescindible la presencia del juez, ya no por la presunción de la legalidad de las actuaciones policiales, sino porque desde que se introdujo el Art. 767 en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, todo acto dirigido contra el imputado deberá hacerse en presencia de su abogado, que podrá tomar nota y hacer constar en acta cualquier anomalía o defecto de las diligencias practicadas para luego impugnar la prueba correspondiente en el juicio oral (tema que será tratado en el apartado correspondiente), y siempre que luego el juez ratifique la diligencia practicada.

¹⁰ BELLOCH JULBE, J. A., “La policía judicial”, *op. cit.*, p. 200.

Apoyando esta idea con jurisprudencia, la STS de 8 de Septiembre de 1999 dice que un reconocimiento realizado en sede policial consiste en un medio de investigación policial, pero que con la debida ratificación en sede judicial se convierte en medio de prueba. Por tanto, siempre que se produzca dicha ratificación, no habrá problema alguno respecto a la validez del reconocimiento practicado en sede policial, por la policía judicial, eso sí, con la presencia del abogado del imputado para no conculcar el derecho a la defensa del imputado.

Aunque el TC diga en su STC 323/1993 de 8 de Noviembre de 1993:

Ya en nuestra STC 80/1986 se estableció que la prueba de identificación realizada por la policía al margen de lo establecido en el art. 369 de la L.E.Crim., que estaba obligada a observar conforme a lo dispuesto en el art. 297 de la misma Ley, constituye incumplimiento de garantías legales que privan a esa prueba de valor frente a la presunción de inocencia.

Entendemos que es un hecho subsanable por la ratificación del reconociente en la fase de juicio oral, ya que en esa misma sentencia se rechaza el recurso por infracción del Art. 24.2 CE, entre otras cosas, porque la prueba que había desvirtuado la presunción de inocencia había sido la ratificación de la identificación a través de la declaración de la víctima en la fase de juicio oral bajo los principios de inmediación, oralidad y contradicción.

6. La preceptiva presencia de letrado en la práctica de la diligencia

El Artículo 17.3 de nuestra Constitución garantiza la asistencia de letrado a todo ciudadano, en las dependencias policiales y judiciales. Este derecho fundamental a la asistencia letrada, que se transforma en un deber de acción para el Estado, tiene su base en el desconocimiento del Derecho de la mayoría de ciudadanos, lo que les impide ejercer su derecho a la defensa del Art. 24.2 CE de manera efectiva.

Tal es la importancia de la asistencia letrada a los ciudadanos, que viene recogida tanto en el Art. 17.3 como en el 24 CE. Esto podría tener sentido porque hasta la Ley 38/2002 no se introdujo el artículo 767 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que impone la obligación de asistencia letrada desde que “de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada”. Hasta la introducción de este artículo, no parecía haber protección del imputado hasta que se dictase el auto de procesamiento, quedando el sospechoso desprotegido ante las actuaciones previas de la Policía. De ahí el porqué del Art. 17.3 de la Constitución, que garantizaba la información al detenido de sus derechos, incluido el derecho a ser asistido por un letrado, pero en un momento anterior al procesamiento, cuando los letrados tenían un papel marcadamente pasivo, y por ello se dejaba la determinación del alcance de esta asistencia al desarrollo legal; por su parte, el Art. 24.2 recogía el derecho a ser asistido por letrado en el desarrollo del proceso ante el órgano jurisdiccional.

A medida que fue aumentando el papel activo de los letrados en la fase de investigación debido al aumento de las garantías de los imputados en los procesos penales, se introdujo el mencionado artículo 767 LEcrim, que obliga a que los imputados sean asistidos por letrados desde el mismo momento en que de las actuaciones se deduzca la imputación, es decir, con el primer acto de imputación, que suele ser la detención.

La introducción de este Artículo 767 de la LEcrim, por tanto, conlleva la ilicitud de esta diligencia cuando no haya asistencia letrada.

El TS, anteriormente a la adición de este artículo, se venía manifestando de manera distinta, ya que admitía la validez de la rueda de reconocimiento practicada en ausencia de letrado cuando se hacía en la fase sumarial y habiendo el sospechoso rechazado la asistencia letrada (STS de 22 de Mayo de 2001).

No obstante, rechaza la validez de una diligencia de reconocimiento practicada sin la presencia de letrado, que ni si quiera había sido citado, STS de 30 de Abril de 2008:

Ciertamente, la diligencia en cuestión carece de validez y, por ende, de efectos probatorios, al infringir el art. 520 L.E.Cr., que establece la necesidad de la presencia de Abogado "en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto" el detenido

El Artículo 520 LEcrim en cuestión dice que toda persona detenida o presa será informada de su derecho a nombrar un abogado de confianza y solicitar su presencia en cualquier diligencia de identificación que se le practique, y que si no lo nombra se designará uno de oficio.

Conforme a este artículo, es inadmisibile que la rueda de reconocimiento se practique sin la presencia de letrado cuando el detenido haya sido informado de que puede solicitar su presencia y no lo haga, ya que hay que ponerla en relación con el artículo 767 LEcrim tantas veces mencionado, haciendo obligada la presencia de letrado en la diligencia de reconocimiento, quiera o no el detenido que va a ser reconocido. Si no nombrase un abogado de confianza cuando se le da la oportunidad, se le asignará uno de oficio.

Por esta misma razón debemos rechazar razonamientos del Tribunal Supremo como el de la STS de 25 de Septiembre de 1995 siguiente:

La jurisprudencia viene sosteniendo que las infracciones del derecho a contar con asistencia de letrado sólo determinan la nulidad del proceso o la invalidez de una prueba concreta cuando es manifiesto que el procesado hubiera podido desvirtuar el resultado de la prueba de haber contado con la presencia de su abogado. Es evidente

que ello no hubiera ocurrido en la circunstancia del caso, toda vez que la defensa no ha podido aportar una sospecha mínima de irregularidad de la diligencia llevada a cabo en su asistencia, ante el Juez de instrucción, el secretario judicial y el defensor de otro procesado, que haya perjudicado a su defendido. Por el contrario, la infracción denunciada es sólo formal y no ha tenido trascendencia respecto del ejercicio de alguna posibilidad defensiva que el recurrente haya tenido en el marco del reconocimiento en rueda.

No podemos aceptar que se juzgue la necesidad de presencia letrada una vez realizado el acto procesal y en función de la eficacia que hubiera tenido la intervención del letrado en dicho acto, es inaceptable que quede en manos del juez decidir si debería haber habido presencia letrada, o incluso ni si quiera en manos del juez, pues puede que el abogado de la defensa no proteste sobre una diligencia mal practicada porque no había nadie allí para hacer constar en acta cualquier irregularidad. Además, es mejor para el principio de economía procesal, pues se ahorran quejas por parte de las defensas si se exige la presencia de letrado en toda diligencia que se practique, como debe ser, pues aunque ésta se realice con total legalidad, es derecho irrenunciable del imputado la asistencia letrada en todo momento que le asesore y que verifique que no se ha llevado a cabo alguna irregularidad que pueda impedir la formación de esa diligencia como medio de prueba.

Esto no es solo importante por la absoluta trascendencia del derecho a la asistencia letrada, sino también porque, de no practicarse esta diligencia con todas las garantías, ésta quedara viciada, habiendo una transmisión de antijuridicidad a la prueba testifical posterior y no pudiendo el reconocimiento efectuado ser ratificado en la vista.¹¹

En una nota aparte, me gustaría mencionar la posibilidad del imputado de negarse a la práctica del reconocimiento, como expresión de su derecho a no autoincriminarse ni a

¹¹ SOLETO MUÑOZ, H., *La identificación del imputado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 31-32: “la identificación ilegal en el sumario produce efectos de transmisión de la antijuridicidad, ya que el que identifique a una persona en dicha fase, normalmente lo hará en el juicio oral, teniendo como referencia la imagen del identificado en la instrucción, y la seguridad de que es la misma persona que identificó en la instrucción porque el "sistema" policial o judicial así lo aseguran”.

declarar contra sí mismo, como elocuentemente señala HUERTAS MARTÍN¹²: “el sometimiento a la práctica de un reconocimiento en rueda entraña una limitación del derecho a la libertad del sujeto [...] por cuanto ha de desarrollar una conducta determinada [...]; asimismo puede considerarse que supone también una restricción de su derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable en la medida en que de la diligencia, si el reconocimiento es positivo, puede derivarse como resultado un elemento probatorio, aunque no siempre concluyente, respecto de su participación en los hechos, de modo que su colaboración en la práctica de esta diligencia podría semejarse a una declaración en la que él mismo reconociera esa participación”.

Al mismo tiempo suscribo su postura¹³ de observar la negativa como un indicio de culpabilidad, que debería ser incluido y advertido en la misma LEcrim.

¹² HUERTAS MARTÍN, M. I., *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, José María Bosch, Barcelona, 1999, p. 278.

¹³ HUERTAS MARTÍN, M. I., *El sujeto pasivo...*, *op. cit.*, p. 279.

7. El número de distractores

Como vimos en la definición y los elementos de la diligencia, los distractores son aquellas personas de apariencia física que se asemeja a la del imputado o detenido, y cuya colaboración se pide para participar como elementos distractores en la práctica de la diligencia, exigiendo al reconociente un esfuerzo de memoria visual.

De la actual letra de la ley solo podemos deducir que para practicar esta diligencia hay que contar, al menos, con dos distractores, ya que el Art. 369 LEcrim se limita a decir “haciéndola comparecer en unión con otras”.

Pues bien, deberían hacerse algunas precisiones sobre esto. En primer lugar, cuál es el número aconsejable a la hora de hacer el reconocimiento. Cumpliendo con el espíritu de razonabilidad de la jurisprudencia en torno a la semejanza de los sujetos participantes, parece aconsejable intentar hallar aquí también el punto medio entre un reconocimiento impracticable y otro carente de garantías para el imputado.

En este sentido, BELLOCH JULBE¹⁴ apuesta por un número superior a dos, que es el aceptado por la jurisprudencia, en este caso tres. Además, de manera muy acertada, para el caso de un reconocimiento de más de un sospechoso, BELLOCH JULBE apuesta por, como mínimo, el doble de distractores que sospechosos, es decir, cuatro señuelos si se va a reconocer a dos sospechosos y así sucesivamente.

Aquí no solo se aprueba la postura de este autor, sino que se propone introducirla en la ley, estableciendo como número mínimo el de 3 distractores, pero con la especialidad de los reconocimientos múltiples (más de un sospechoso), en cuyo caso se exigiría como mínimo el doble de distractores que de sospechosos. De esta manera se garantiza una diligencia que respeta ambas posturas (reconociente e imputado) pero no complica en demasía la rueda, como se cree que pasaría si se tomase la postura de la Ley Procesal Militar, que en su Art. 155 establece que serán cinco distractores los que formen la

¹⁴ BELLOCH JULBE, J. A., “La policía judicial”, *op., cit.*, p. 205.

rueda junto con el imputado, protegiendo demasiado la posición del imputado y dificultando sobremanera un reconocimiento efectivo.

La mejor opción por tanto y la que se defiende en este trabajo, es la de tres distractores, muy común en la práctica, limitando la discrecionalidad de las autoridades, ya que también es común practicarla con solo dos distractores. Para el caso de reconocimientos múltiples, el doble de distractores que sospechosos. En definitiva, suscribo la opinión de BELLOCH JULBE antes mencionada.

Ya que mencionamos el reconocimiento múltiple, solo añadiremos que debe ser excepcional, únicamente posible cuando los sospechosos no se distingan de manera importante en apariencia externa, y para evitar así tener que buscar a distintos distractores para cada rueda celebrada por separado. Pero, repito, no debe ser la regla, sino la excepción, habiendo de optar por varios reconocimientos bien cuando no haya problema para encontrar distractores, bien cuando el número de sospechosos comience a ser demasiado elevado. Por poner un límite, parece razonable no hacer reconocimientos de más de 5 sospechosos a la vez.

8. Comentario sobre las “circunstancias exteriores semejantes” que menciona la LEcrim.

Muchos autores coinciden a la hora de definir el reconocimiento en rueda como una diligencia de investigación de carácter puramente subjetivo¹⁵, lo cual entraña los problemas de cualquier diligencia con dicho carácter: la falta de objetividad, la dependencia con la fiabilidad de los sentidos¹⁶ del que reconoce y la imposibilidad de prueba en contrario (nadie puede probar que una persona no ha visto a otra, o que está mintiendo diciendo que ha visto a determinado sujeto, ya que nadie más que él sabe lo que vio).

TENCA va incluso más allá calificando el reconocimiento en rueda como una suerte de “prueba ópticamente azarosa”, es decir, en la que el azar interviene de manera importante. Esto se debe al carácter subjetivo, empírico e irrefutable de este medio de prueba. Cuando te ponen enfrente a 3 o 4 personas para que reconozcas a una, existe una probabilidad del 33 por ciento, o del 25 por ciento, respectivamente, de que aciertes sin estar convencido o incluso sin tener ningún tipo de certeza sobre cuál de esas personas se corresponde con el autor.¹⁷

Del carácter subjetivo y empírico ya mencionados, se deriva la importancia de la psicología en esta concreta diligencia de investigación. Siguiendo la clasificación hecha por ALFARO FERRERES, REAL MARTÍNEZ y MARTÍNEZ SARASA, hay dos tipos

¹⁵ SOLETO MUÑOZ, H., *La identificación del imputado*, op., cit., p. 37: “[...] a nadie escapan los graves efectos que puede tener la identificación, por comparación al cacheo: lo que se encuentre en el cacheo será producto de una circunstancia objetiva, que la persona llevaba tales enseres. Por el contrario, el sometimiento de una persona a una rueda supone someterla a la percepción subjetiva del testigo o la víctima, que pueden distar mucho de ser la realidad”

¹⁶ AGUILERA LUNA, F., *La identificación del delincuente...*, op., cit., pp. 12-13: “Al tratarse de una determinación por los sentidos con una consecuencia tan importante como constituir a la persona reconocida en autor de un delito, las reglas de la experiencia nos relevan de mayores justificaciones en cuanto a la necesidad de que este acto procesal se lleve a efecto con las mayores garantías, hasta el punto de que cabe decir que toda cautela será poca. [...] lo más importante a considerar aquí es la limitación, en cuanto a establecimiento de certezas, del sentido de la vista. [...] el reconocedor no está exento de tensión emocional por la observación o el sufrimiento de los hechos, con lo cual y por efecto de los mecanismos psicológicos y orgánicos de alerta y defensa, los sentidos en general, y en particular el de la vista, se han de alterar en virtud de la vivencia de una situación estresante, pudiéndose tanto agudizar como disminuir”

¹⁷ TENCA, A. M., *Reconocimiento en rueda de personas*, Ediciones de la República, Buenos Aires, 2008, pp. 51-52.

de variables que influyen al sujeto reconocedor: las memorísticas y las extra-memorísticas.¹⁸

Las variables memorísticas serían aquellas “directamente relacionadas con la adquisición retención y recuperación de información en la memoria”, como puede ser por ejemplo el paso del tiempo, la exposición a la situación a memorizar (cuanto más tiempo hayas observado al sospechoso, más firme será su recuerdo en tu memoria y más fácilmente lo reconocerás) y las condiciones físicas del momento en el que se creó el recuerdo, como pueden ser la luz del lugar, si el sospechoso llevaba la cara cubierta, si fue en medio de una ventisca o a plena luz de un día soleado de verano, etc.

Las variables extra-memorísticas, por su parte, inciden no sobre la memoria sino sobre el propio procedimiento de práctica de la diligencia, y por tanto sobre la validez e importancia de que gozará la prueba obtenida a raíz de la misma.

Estos autores mencionan dos variables extra-memorísticas de gran influencia sobre el proceso: los estereotipos y el lenguaje no verbal.

Aunque parezca mentira, han existido numerosos defensores de la antropología criminal como LOMBROSSO o GARÓFALO, según la cual, si posees determinados rasgos, o tu cabeza o tu cuerpo tienen determinada forma o características, es más probable que seas un criminal. Aunque estas teorías deban ser totalmente rechazadas (¿dónde se deja la dignidad de la persona y la presunción de inocencia?), sí es cierto que el aspecto tiene una importante influencia a la hora de identificar (y hasta juzgar) a una persona. ¿Quién no hace, casi a diario, algún juicio rápido sobre la apariencia de alguna persona sin conocerla? “Ese tiene pinta de banquero; aquél tiene aspecto de asesino a sueldo; ese tiene que ser un político”. Por mucho que nos cueste reconocerlo, los estereotipos y el aspecto físico de las personas puede influir, y mucho, a la hora de identificar a un delincuente. Desgraciadamente, hay ciertos indicios físicos que

¹⁸ ALFARO FERRERES, E.; REAL MARTÍNEZ, S.; MARTÍNEZ SARASA, M. A., *Identificación de sospechosos: mucho más que memoria*, Gaceta Internacional de Ciencias Forenses, N° 14, 2015, pp. 17-22.

pertenecen a estereotipos y que nos pueden “ayudar” a decantarnos por uno u otro sujeto, como puede ser el color de la piel, el grosor de nariz y labios, complexión, tatuajes, tipo de peinado y color del cabello, así como del vello facial, etcétera.

La segunda de las variables, el lenguaje no verbal (o corporal), es tan trascendente o más que los estereotipos. Cualquier persona con un nivel de atención y observación medio podría identificar síntomas de nerviosismo, tensión, miedo, etc, los cuales son totalmente normales en una situación como la de la rueda de reconocimiento, pues estás siendo expuesto a un señalamiento que supondrá la imputación de un delito sobre tu persona y una prueba más de tu culpabilidad. No mostrar ninguno de esos signos podría significar dos cosas: o bien eres una persona con un autocontrol y sangre fría extremos, o bien no eres la persona a la que el identificador está buscando.

Cuando vemos que una persona suda de manera anormal a pesar de que la temperatura de la sala es normal, que se frota las manos, no deja de mirar a los lados, cambia su peso de un pie a otro numerosas veces en pocos segundos, o que simplemente tiene una expresión de miedo, o nerviosismo, tendemos a sospechar de su culpabilidad ¿no es así? Podemos suponer que cualquier persona normal no pasaría por alto lo expuesto.

Esto nos lleva al “error de autenticidad”, que consistiría en la capacidad de muchas personas, de manera sistemática, en reconocimientos en rueda, de identificar al sospechosos por su conducta, lo que se debe al hecho de que “[esa] persona [...] conoce su estado de sospechoso y [las] otras personas [...] se saben no sospechosas”¹⁹.

Aunque parezca que estas disquisiciones no estén relacionadas con la semejanza, son precisamente los caracteres que la justifican.

Ya que la ley es más bien escueta en este aspecto (se limita a decir “circunstancias exteriores semejantes”), creemos que es menester descender en este tema e intentar precisar lo que la ley dice o debería decir.

¹⁹ ALFARO FERRERES, E.; REAL MARTÍNEZ, S.; MARTÍNEZ SARASA, M. A., *Identificación de...*, *op. cit.*, p. 21.

En esta diligencia, como en el proceso penal en general, hay dos posiciones que deben ser protegidas, la de los acusadores y la del acusado (o bien la de los investigadores o averiguación de la verdad, y la del imputado, si se prefiere). Esto es de gran trascendencia a la hora de hablar de la semejanza, pues el nivel de parecido físico entre sospechoso y distractores es una variable (entre otras, como el número de los mismos) a tener en cuenta para garantizar la legalidad y efectividad de la diligencia que nos ocupa, la rueda de reconocimiento.

Por una parte, para proteger al imputado, se debe garantizar un nivel de parecido considerable, pues de lo contrario sería muy fácil para el que reconoce señalar al que cree que es culpable, aunque solo lo hubiese visto durante unas milésimas de segundo en una noche sin luna. El caso extremo sería poner a 3 mujeres y un hombre, cuando se sabe que el imputado es varón.

Por otra parte, también podemos afirmar que la semejanza no debe sobrepasar el nivel de lo razonable, pues de lo contrario se perjudicaría al testigo u ofendido, obstaculizando la justicia y generando dudas que el que reconoce no tenía previamente a la diligencia (la memoria no es infalible ni mucho menos, además de otros factores, como la situación traumática que supuso para la víctima o el testigo, que pueden afectar a la formación de un recuerdo, de una imagen mental del imputado). Con un parecido extremo se estaría, por tanto, añadiendo un factor de presión al sujeto que reconoce, dificultándole dicha labor.

Para intentar llegar a una mínima teoría sobre la semejanza en la diligencia de reconocimiento en rueda, tendremos que examinar parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que nos pueda esclarecer el significado de la expresión “circunstancias exteriores semejantes” del Art. 368 LEcrim.

Así, en la sentencia STS de 15 de Diciembre del 2000:

En orden a la protesta de falta de semejanza de las personas que integraban la rueda de reconocimiento, de la que existe documentación en el procedimiento, ha de recordarse que entre los términos de nuestro vocabulario que permiten expresar la comparación, como igualdad, identidad, semejanza, la Ley procesal opta por este último. La exigencia de semejanza entre las personas que integran la rueda se concreta en la imposibilidad de formar la rueda con un imputado que presente una nota peculiar de su semblante, fisionomía o de estructura personal, de manera que esa nota característica de la persona, como raza, tramo de edad etc., deben concurrir en los integrantes de la rueda, asegurando el requisito de la semejanza que no debe ser entendido, como postula el recurrente, de forma tan rigurosa que hiciera imposible su realización. Prueba de lo anterior es que la Ley procesal (art. 372) previene que se conserven las ropas que el imputado llevara a fin de que sea la que vista al tiempo de las ruedas de identificación.

En este caso, el Tribunal se limita a concretar la exigencia de semejanza de la ley en que los señuelos que acompañen al imputado deben presentar cualquier “nota peculiar de su semblante, fisionomía o de estructura personal” que caracterice a aquel. Además, el Tribunal aporta dos ejemplos de lo que se entiende como una “nota peculiar”: raza y tramo de edad. A pesar de que esta sentencia no nos aclare del todo la exigencia de semejanza, sí nos dice que ésta no puede interpretarse “de forma tan rigurosa que hiciera imposible su realización”; es decir, el Tribunal está dejando claro que debe haber proporcionalidad en la semejanza, sin llegar al extremo de que las personas sean totalmente distintas, pero sin alcanzar tampoco el extremo contrario, haciendo impracticable la diligencia.

Algo más nos esclarece la sentencia STS de 13 de Septiembre de 1999:

La parte recurrente pone todo el acento de su impugnación en la forma en que se compuso la rueda de reconocimiento, al haberse efectuado con «individuos de nacionalidad española», mientras el acusado «es argelino y por tanto de origen árabe». Sin embargo, ha de reconocerse, de un lado, que se trata de una impugnación teórica y, de otro, que la Letrada que intervino en la correspondiente diligencia no hizo constar anomalía alguna, y luego ante el Tribunal manifestó que las ruedas de reconocimiento estuvieron compuestas perfectamente por personas de características similares. En todo caso, ha de tenerse en cuenta que el art. 369 LECrim. únicamente exige que las personas que integren las ruedas de reconocimiento sean de

«circunstancias exteriores semejantes», y la experiencia diaria nos enseña que numerosos «españoles», especialmente del Sur de la Península, son de circunstancias exteriores semejantes a muchos magrebíes. Las exigencias legales de las ruedas de reconocimiento -que no pueden considerarse imprescindibles en la instrucción de las causas penales, ni son siempre posibles- deben entenderse siempre como exigencias razonables. No es infrecuente que los individuos a identificar, por sus especiales características, sean inconfundibles y prácticamente imposible encontrar otros de circunstancias exteriores «semejantes», lo cual no puede ser obstáculo para que los perjudicados por sus acciones puedan.

En esta otra sentencia, el Tribunal deja claro que la exigencia de semejanza, para ser razonable, no puede tomarse de manera rigurosa, ello se deduce del hecho de que el Tribunal acepta como válido aquel reconocimiento en el que un argelino (de origen árabe) fue expuesto junto con personas de nacionalidad (y origen) española, ya que en su opinión muchos españoles, *especialmente los del Sur de la Península, son de circunstancias exteriores semejantes a muchos magrebíes.*

Entendemos que queda claro, de esta manera, que puede haber incluso diferencias importantes entre los sujetos expuestos junto al imputado y éste, siempre que no se aprecien a simple vista dichas diferencias; dicho de otra manera, que no sea absolutamente sencillo y automático para cualquier persona con el sentido de la vista en perfectas condiciones, apreciar las diferencias entre los sujetos. De esta manera nos deja claro que la semejanza es relativa y no podemos ampararnos en el significado mismo de la palabra, porque por mucho que lo diga el Tribunal, es bastante cierto que los españoles y los magrebíes no son semejantes, si acaso, parecidos.

Pero el Tribunal Supremo, en una sentencia del año pasado ha sido algo más claro:²⁰

De hecho en la práctica son numerosos los supuestos de alegaciones de vulneración del art. 369 LECrim (LA LEY 1/1882) por razón de la falta de semejanza entre los componentes de la rueda, ante lo que esta Sala ha puesto de manifiesto que la exigencia de "circunstancias exteriores semejantes" no quiere decir "idénticas", lo que permite una interpretación amplia, de forma que cuando [en] el sujeto a reconocer

²⁰ STS 353/2014 de 8 de Mayo.

concorre una peculiaridad física relevante (estatura, complexión física, edad, gafas, color de pelo, raza o etnias, etc.) que le diferencia de los demás integrantes, en orden a valorar la influencia que ello haya podido tener en la identificación, debe tomarse en consideración todas las circunstancias que lo rodearon.

Ahora sí, el Tribunal Supremo nos da más pistas, en forma de ejemplos, de lo que son las circunstancias físicas relevantes: llevar gafas, el color de pelo o la complexión física. Por tanto no solo se tienen en cuenta diferencias tan extremas como el sexo o la raza, sino otra menos evidentes pero todavía muy relevantes, como llevar gafas, tener una complexión o un color de pelo distintos.

Cierto es que aún podría el Tribunal concretar más, pero ello supondría limitar demasiado la acción instructora y ciertamente entrar en una discusión con más dimensión teórica que práctica.

A raíz de lo expuesto, parece buena idea y aconsejaría, desde esta humilde exposición, hacer una redacción más clara del Art. 369, añadiendo lo que se pone entre corchetes en la redacción siguiente:

La diligencia de reconocimiento se practicará poniendo a la vista del que hubiere de verificarlo la persona que haya de ser reconocida, haciéndola comparecer en unión con otras de circunstancias exteriores [razonablemente] semejantes [tales como la complexión, edad, raza, sexo, color de pelo, estatura o peso]. A presencia de todas ellas, o desde un punto en que no pudiese ser visto, según al Juez pareciere más conveniente, el que deba practicar el reconocimiento manifestará si se encuentra en la rueda o grupo la persona a quien hubiese hecho referencia en sus declaraciones, designándola, en caso afirmativo, clara y determinadamente.

El cambio es ciertamente ínfimo, pero una enumeración ejemplificativa, además de dar mayor seguridad jurídica, permite saber mejor, a letrados e imputados, a qué atenerse y cuáles son sus derechos, respectivamente.

9. El valor probatorio del reconocimiento hecho en rueda.

A pesar de la naturaleza atípica e inidónea de esta diligencia, sin embargo hay que introducirla al proceso como medio de prueba. Repetir la rueda en sede judicial podría hacerse si el juez hace uso de su potestad para suspender el juicio oral del Art. 746.2 LEcrim, como dice MARTÍN PALLÍN²¹. Sin embargo sería poco aconsejable, pues debido a la sobrecarga de trabajo de los órganos jurisdiccionales en nuestro país, lo que demora en celebrarse el juicio oral en la mayoría de los casos, el reconocimiento sería infructuoso; cualquier testigo (la víctima quizá no tanto) habría olvidado ya la apariencia del sospechoso y éste podría haberla cambiado, incluso involuntariamente. Y aunque no fuera infructuoso, el principio de economía procesal nos obliga a optar por la vía legal más eficiente y económica procesalmente, que es la práctica sumarial y la posterior ratificación en juicio oral, como veremos.

Sin embargo, también es verdad que no podemos introducirla en el proceso sin más, pues, aunque sea mínimamente, debemos respetar el principio de inmediación, y es aquí donde juega su papel la ratificación en la vista del juicio oral.

Hay cierto consenso en que debería considerarse como una prueba preconstituida que requiere de ratificación en el juicio oral. El testigo o víctima que realizó el reconocimiento deberá acudir al juicio oral para ser interrogado y ratificar el reconocimiento que hizo en la diligencia.

FELIU MORELL²² la caracteriza como “una prueba sumarial preconstituida, que debe en todo caso ser ratificada en el acto del juicio oral para ostentar validez como prueba

²¹ MARTÍN PALLÍN, J.A., “La identificación del delincuente”, en *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 159.

²² FELIU MORELL, M.J., “Reconocimiento en rueda”, en *Hacia un catálogo de buenas prácticas para optimizar la investigación judicial*, Manuales de Formación Continuada 46, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp. 350-351.

de cargo, es decir el reconociente debe comparecer al acto del juicio oral para ser sometido al interrogatorio de las partes”.

Esa es la línea jurisprudencial seguida por el TC en sus sentencias, como queda claro en este Auto de 11 de Abril de 1994:

Es doctrina de este Tribunal -iniciada en la STC 31/1981- que sólo pueden considerarse pruebas que vinculen a los órganos judiciales penales las practicadas en el juicio oral, tal y como establece el artículo 741 L.E.C.

Ahora bien, ello no puede entenderse de manera tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias sumariales o instructoras practicadas con todas las formalidades que la Constitución y el Ordenamiento Jurídico procesal establecen, siempre que dichas diligencias sean reproducidas en el acto de la vista en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción, o sean de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral, en cuyo caso es lícito tenerlas en el mismo como prueba anticipada. Así expresamente lo decimos, entre otras, en la STC 10/1982 y en la STC 201/89.

Asimismo hemos dicho que el reconocimiento en rueda practicado con todas las garantías en fase sumarial o en el trámite de Diligencias Previa podrá servir de sustrato probatorio sin necesidad de ser ratificado en juicio, en el supuesto de que exista alguna causa justificativa que impida su reproducción en juicio (por todas STC 10/92).

Por tanto, la diligencia sumarial de reconocimiento en rueda deberá ser ratificada en la fase de juicio oral para ser admitido su valor probatorio, a menos que por causa justificada el reconociente no pueda hacerlo.

No ratificar el reconocimiento, efectuado en fase sumarial, en la fase oral, sin causa justificada para ello, supondrá la imposibilidad de constituir aquél en prueba de cargo, ya que de hacerlo se estaría vulnerando el principio de contradicción y el derecho a la presunción de inocencia, así como el principio de inmediación. En otras palabras, un juez, si quiere actuar respetando la legalidad, no podrá condenar a una persona por un reconocimiento que no ha sido ratificado por los reconocientes ante él, privando así de la oportunidad de defenderse al acusado y vulnerando por completo su presunción de inocencia, ya que los estaría condenando sin una prueba de cargo presentada conforme

al principio de inmediación mencionado. Así lo deja claro el Tribunal Constitucional en su sentencia STC 282/1994 de 24 de Octubre de 1994:

Por consiguiente, basta con reiterar aquí la doctrina ya sentada en esa anterior ocasión, a cuyo tenor la constancia en el sumario de haberse practicado una identificación del delincuente por el perjudicado en una diligencia de reconocimiento en rueda [...], si bien constituye medio de prueba idóneo para precisar con exactitud la persona frente a la que se realizan determinadas imputaciones, no es, sin embargo, suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia inicialmente obrante a favor del así identificado, sino que, para que así fuere, «será necesario que, aparte de la identificación y determinación del inculpado, se aporten medios de prueba que, referentes a los hechos y actividades que se le imputan, se produzcan con las necesarias garantías de inmediación y contradicción en la vista oral, pues el juicio lógicamente no versa sobre la identificación del inculpado como objeto de la acusación, sino sobre su culpabilidad o inocencia» [...] En consecuencia, la incomparecencia de esos dos perjudicados en el acto del juicio oral y la decisión judicial de no suspender la vista por este motivo, no solo impidió al solicitante de amparo ejercer su derecho a la defensa contradictoria a través del oportuno interrogatorio de tales testigos, sino que desembocó en una vulneración de su derecho a la presunción de inocencia al ser condenado como autor de dos delitos de robo respecto de los que no se había practicado prueba de cargo alguna en el plenario.

SOLETO MUÑOZ²³ comparte la opinión del TC. Para esta autora, la diligencia de reconocimiento no se trata de un medio de prueba pues el destinatario no es el juez, ni ningún órgano jurisdiccional. Sin embargo, aún entendiendo que se puede clasificar como prueba preconstituida (la autora la confunde con la anticipada, pero dicha confusión no cambia el mensaje), nos presenta el problema de que el testigo o la víctima que identificó al imputado, ratificará dicha identificación a pesar de no reconocerlo en el juicio oral (“si dije que era ese pues será ese”).

Sin embargo, en coherencia con lo explicado en el apartado 8 de este trabajo, cuanto más tiempo dejemos pasar sin hacer el reconocimiento en rueda, más difícil será para el testigo o la víctima recordar la apariencia del imputado (variables memorísticas), es por

²³ SOLETO MUÑOZ, H., *La identificación del imputado*, op., cit., p. 32.

ello que no debería dársele más valor a una ratificación dudosa en el juicio oral que a un reconocimiento efectivo, claro y determinante en la fase de instrucción.

Al contrario, sí se puede subsanar un reconocimiento dudoso en fase de instrucción mediante la ratificación o el reconocimiento del imputado en el juicio oral.

En ambos sentidos se ha manifestado el Tribunal Supremo, quedando cristalina su postura en el siguiente párrafo de la sentencia STS 15 de Noviembre de 2012:

Esta Sala ha proclamado que el reconocimiento en rueda constituye en línea de principio una diligencia específica sumarial de difícil práctica en las sesiones del juicio oral por resultar atípica e inidónea (STS 1531/1999, 20 de octubre), pero no que el testigo no pueda reconocer a la víctima directamente en el plenario e inmediatamente a presencia del Tribunal, de forma que incluso un reconocimiento dudoso en fase sumarial puede ser subsanado mediante uno inequívoco en el plenario o viceversa cuando en la fase de instrucción se ha producido una rueda de reconocimiento con todas las formalidades legales y el reconociente no ha admitido dudas sobre la identidad del reconocido y en el plenario las suscita, el Tribunal, previa introducción de dicha diligencia en el juicio oral, puede acoger la que le ofrezca mayor verosimilitud (STS 673/2007, 19 de julio).

Nosotros opinamos que lo crucial aquí es que esta prueba es atípica e inidónea en la fase de juicio oral en el plenario. Por ello, consideramos esta diligencia como una prueba preconstituída especial, pues si bien es cierto que no se puede repetir la rueda en la vista, también lo es que se constituye en prueba a través de la ratificación del testigo o víctima que practicó el reconocimiento, siendo sometido en la fase oral a un interrogatorio cruzado sobre la práctica de la diligencia y los hechos que el testigo presencié o la víctima vivió, asegurando así el derecho de defensa de la parte acusada. Así las cosas, lo que empezó como una diligencia sumarial, acaba con una prueba testifical a través de la ratificación e interrogatorio del reconociente. Lo dicho es perfectamente acorde con la teoría de la subsanación expuesta en los párrafos anteriores, pues el recuerdo de la apariencia del imputado estará más fresco en el momento de la rueda que en la posterior fase de juicio oral (para el caso de que surjan dudas en el juicio oral sobre la identidad), pero a su vez, es posible también que cuando no se haya visto

de manera clara al sospechoso, o haya sido una situación traumática, sea más difícil identificarlo estando junto a otras personas de “circunstancias exteriores semejantes”, pero que al verlo aislado, y con ayuda de otros aspectos que se dan en la vista (por ejemplo, su voz o alguna expresión peculiar, verbal o no verbal), la víctima o el testigo no tengan dudas de que la identidad del imputado coincide con la del autor, subsanando así las dudas que pudieran haber surgido en la diligencia en la fase sumarial. Como finalmente se convierte en una prueba testifical, ésta no se basa únicamente en el señalamiento del sospechoso en la rueda, sino que es mucho más amplia, puede abarcar otras circunstancias que permitan identificar al acusado como el responsable, por ejemplo, como acabo de decir, la voz, formas de expresión, etc., detalles que escapan a las limitaciones de la rueda de reconocimiento.

Sin embargo, me gustaría resaltar que los juzgadores aquí tendrán que ser cautelosos y atender a las circunstancias que rodean el caso, pues no se puede tener como prueba de cargo un reconocimiento inequívoco en el plenario que fue erróneo en fase de instrucción, e incluso si fue dudoso, habrá de estudiarse el motivo por el que ahora el testigo o víctima lo reconoce sin dudar (puede haberlo visto en las noticias, tener algo en contra del imputado, haber hablado con los demás testigos llegando a un acuerdo sobre quién vieron, etc). Habrá que estar a las circunstancias del caso concreto, pues aunque la teoría de subsanación que sigue la jurisprudencia, y que suscribimos, parezca favorecer siempre la validez del reconocimiento, ésta podrá ser derrumbada según la sana crítica de cada juzgador a la hora de conocer cada caso en concreto, si hay circunstancias que vicien dicha subsanación.

10. La incidencia mediática sobre el reconocimiento en rueda y posibilidad de vicio.

Un nuevo dilema se nos plantea cuando nos hallamos ante un caso que ha trascendido a la opinión pública, llenando telediarios y otros programas con, todavía, menos rigor jurídico, en los que apreciamos un guión escrito sin la aparente asesoría de una persona docta en Derecho.

El hecho es que cuando un caso goza de especial interés para el conjunto de la sociedad, es inevitable que se produzcan filtraciones e investigaciones “privadas” paralelas a la única investigación legal, la de la policía judicial. A consecuencia de ello, los medios de comunicación se llenan de imágenes de los “presuntos” autores (aunque a veces los tachan ya de criminales).

Es obvio que esto puede resultar en una merma de las garantías del imputado en la rueda de reconocimiento, pero ¿podemos considerar que la rueda ha quedado viciada debido a la publicación de dichas imágenes?

En nuestra opinión, no podemos condicionar tanto la investigación policial a las filtraciones y especulaciones de los medios, pero sí que debería el juez tener en cuenta las circunstancias de cada caso para valorar el impacto que la trascendencia mediática del proceso pueda haber tenido sobre la diligencia de reconocimiento en rueda. Por ejemplo, considerar que la aparición diaria de fotografías del imputado en los medios de comunicación impida tomar la mera ratificación (“me ratifico”) en el juicio oral de una rueda practicada en el sumario como una prueba de cargo por sí sola, requiriendo un plus probatorio, en forma, quizá, de otros indicios. Pero esto es solo un ejemplo, no considero que se pueda elaborar una teoría general que arroje una solución inequívoca en este tema, y, por el contrario, será cada juez el que habrá de juzgar con su sana crítica las circunstancias que rodean al caso.

Poniendo en relación este problema con el trabajo, es en estos casos cuando una práctica diligente y eficaz de la rueda de reconocimiento puede servir de solución. Nada más que la policía se hace con la custodia del detenido se practicaría la rueda, con presencia del abogado de éste y con un número de distractores igual o superior al mínimo recomendado en este trabajo (recordemos que era tres), cuya apariencia sea razonablemente semejante; así, con la suficiente rapidez y eficiencia, nos adelantáramos a los medios de comunicación minimizando el impacto de los mismos sobre la investigación.

Cuando esto no sea posible, que será la mayoría de los casos, existen otras posibles soluciones, como podría ser: buscar sujetos especialmente semejantes al imputado, o aumentar el número de distractores. Como en este trabajo hemos defendido que esta diligencia pueda ser policial, con la posterior ratificación del juez, para estos casos, excepcionales, el juez podría no ratificar y pedir que se repita la diligencia con su presencia y con los cambios recién mencionados para garantizar la legalidad de la misma, viciada por la difusión de las imágenes del imputado.

Este tema está de actualidad debido al ya famoso caso del “Pederasta de Ciudad Lineal” o Caso Candy, en el que se ha discutido la validez de las ruedas de reconocimiento practicadas, y la polémica nace precisamente por la gran difusión que se le dio a las imágenes del presunto agresor sexual de las niñas, que podrían haber viciado la práctica de las mencionadas diligencias. No obstante, no veremos una posible respuesta a esta incógnita hasta que no se dicte sentencia, pero sí se pueden emitir hipótesis y opiniones, y la nuestra es que resulta dudoso que la difusión de esas imágenes haya viciado en lo más mínimo la práctica de las diligencias, por diversas razones: la más simple es que los niños no suelen prestar atención a los telediarios; otra es que los padres, tras hechos tan traumáticos sufridos por sus hijas, se habrán preocupado de evitar que éstas vean las noticias o las imágenes de su agresor; y por último, en los casos en que las niñas reconocieron al presunto agresor sin género de dudas²⁴, es difícil pensar que haya sido por ver su foto en los telediarios. Cuando han

²⁴ Noticia del diario “EL PAÍS” digital, de 13 de Noviembre de 2014, F. J. BARROSO.

sufrido semejante trauma no es raro pensar que la imagen de aquél que se lo ha causado se les haya quedado grabada de por vida.

11. Conclusiones.

Llegados a este punto, podemos concluir que la intención de este trabajo ha sido la de aportar esfuerzos para el perfeccionamiento de la práctica procesal de esta diligencia, la más importante, me atrevo a decir, de las diligencias de identificación, y la más utilizada en la práctica. Tanto más importante es, entonces, una práctica eficiente.

Los aspectos a mejorar, a nuestro entender, de manera sucinta pues ya han sido desarrollados a lo largo de este Trabajo, serían los siguientes:

- En lo relativo a la rapidez de la diligencia, permitiendo que ésta se practique sin el juez, pero con su posterior ratificación, para lo cual es imprescindible entonces la presencia de letrado de la defensa, que será el que controle la legalidad del acto.
- En lo relativo a la eficacia en la práctica de la diligencia, establecer un mínimo de 3 distractores, y un mínimo del doble de distractores que de sospechosos en caso de reconocimiento múltiple²⁵.
- En lo relativo al valor probatorio de la rueda y del reconocimiento fotográfico, como no hay duda de que una rueda de reconocimiento tiene entidad suficiente como para constituirse en prueba de cargo a través de su ratificación en la vista, en éste trabajo se ha discutido esa misma capacidad para el reconocimiento fotográfico, adoptando una postura más rigorista y garantista que la del Tribunal Supremo, exigiendo que aquél sea practicado con todas las garantías para ser considerado prueba de cargo a través de la ratificación y no como un mero indicio para impulsar la investigación. Es decir, aquel reconocimiento fotográfico practicado por la policía a solas con el denunciante, víctima o testigo, antes de saber quién es el imputado, no será suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia de la persona reconocida en el mismo, y ello por diferentes motivos. El primero, que nada impide a la policía judicial llevar a cabo una rueda de reconocimiento en cuanto detienen al sospechoso; el segundo, que

²⁵ Postura de BELLOCH JULBE, J.A.

los reconocimientos fotográficos dirigidos a impulsar la investigación suelen hacerse con cierto sesgo (si te han robado la cartera, te enseñan fotografías de personas detenidas y penadas por esos mismos actos); y el tercero, que nadie controla la legalidad de ese procedimiento. Por tanto en este trabajo se rechaza cualquier reconocimiento fotográfico que no haya sido repetido tras la detención del sospechoso, con las garantías análogas a las de la rueda y mencionadas en el correspondiente apartado, teniendo dicho reconocimiento la mera consideración de indicio o impulso de la investigación.

- En lo relativo a la seguridad jurídica, añadir una enumeración ejemplificativa en el Art. 369 LEcrim, para clarificar la expresión “circunstancias exteriores semejantes”, que debe ser entendido, a mí parecer y a raíz de lo que dice la jurisprudencia, como una semejanza razonable, es decir, que no haya circunstancias relevantes para cualquier observador medio que difieran entre el sujeto y los distractores.
- Por último, en lo relativo a la incidencia mediática en la rueda de reconocimiento, no aspiro en este trabajo a una solución unitaria e infalible, para todos los casos, sino que más bien se pide que la práctica de esta diligencia sea rápida y eficiente para evitar estos problemas, y cuando no sea posible, las mejores soluciones radican en el aumento de las garantías para el imputado a través del aumento en el grado de dificultad del reconocimiento. En última instancia, será el juez con su sana crítica el que tenga en consideración, o no, el impacto de la difusión de imágenes del imputado en los medios de comunicación, valorándolo en atención a las circunstancias del caso.

Por lo tanto, y reuniendo todas las ideas, este trabajo va dirigido tanto al Legislador como a aquéllos que se enfrentan a esta diligencia en la práctica. Al Legislador se le recomienda matizar la norma, añadiendo al Art. 369 LEcrim el término “razonablemente” cuando habla de las circunstancias exteriores semejantes, así como una enumeración ejemplificativa; también se le aconseja humildemente desde esta exposición regular el número de distractores conforme a la propuesta del autor

BELLOCH JULBE que en este trabajo suscribo. La redacción, *de lege ferenda*, que se propone en este Trabajo es la siguiente:

La diligencia de reconocimiento se practicará poniendo a la vista del que hubiere de verificarlo la persona que haya de ser reconocida, haciéndola comparecer en unión con otras [3, como mínimo,] de circunstancias exteriores [razonablemente] semejantes [tales como la complexión, edad, raza, sexo, color de pelo, estatura o peso]. A presencia de todas ellas, o desde un punto en que no pudiese ser visto, según al Juez pareciere más conveniente, el que deba practicar el reconocimiento manifestará si se encuentra en la rueda o grupo la persona a quien hubiese hecho referencia en sus declaraciones, designándola, en caso afirmativo, clara y determinadamente.

A los funcionarios que se topan con esta diligencia y sus problemas a diario, solamente se les recomienda que cumplan la legalidad y adopten un punto intermedio en lo que a la valoración del reconocimiento fotográfico se refiere; a la vez que se intenta deslindar el reconocimiento en rueda del reconocimiento espontáneo.

No obstante, cabe decir que en la práctica policial hay detalles que, aunque no recogidos en la letra de la ley, se suelen mejorar, como por ejemplo intentar conseguir cuatro distractores para formar una rueda de un total de cinco, número superior al que recomendamos en este trabajo, y totalmente aceptable. Y en casos en los que éstos es extremadamente difícil, como puede ser en poblaciones pequeñas o por especiales circunstancias del individuo, se acude a una técnica curiosa, como es la de recurrir a los agentes en formación de las academias (por ejemplo en Ávila, donde se utiliza a los alumnos de la Escuela de Policía o a los opositores que se están preparando para los exámenes).

Instamos, desde la humildad, a los funcionarios para que utilicen el poder que les confiere estar a cargo de la práctica de ésta diligencia (y las demás), con responsabilidad, para alcanzar en lo posible la perfecta realización de ésta y todas las diligencias, con la máxima legalidad y ofreciendo todas las garantías. Muchas veces son

ellos, y no el legislador, quienes tienen la llave de una justicia eficiente, eficaz y sin tacha.

En una nota aparte, y como última sugerencia, resulta muy interesante una característica de la diligencia de reconocimiento en rueda en el ordenamiento italiano²⁶, que consiste en una serie de preguntas hechas por el juez²⁷ previamente a la práctica como tal de la rueda, y que pueden hacer referencia “la descripción de la persona que va a reconocer, si ya la ha reconocido en algún momento, si la ha visto anteriormente, si le ha sido descrita o indicada o si concurre algún tipo de circunstancia que pueda influir en la autenticidad del reconocimiento”²⁸. Si las preguntas y respuestas se consignan en el acta, habrá un plus de garantía y facilitará la valoración de la prueba al juez en el juicio oral, así como el interrogatorio de las partes para la formación de la prueba testifical. Se trata de un mero trámite que no ralentiza en demasía el procedimiento y que puede resultar muy útil, favoreciendo la perfecta realización de la diligencia en cuestión. Por ello proponemos que se agregue un pequeño apartado en el correspondiente Artículo de la LEcrim que recoja esta práctica.

²⁶ HUERTAS MARTÍN, M. I., *El sujeto pasivo...*, op. cit., p. 261

²⁷ Esto también es plausible desde la perspectiva de posible diligencia policial suscrita en este trabajo, pudiendo las preguntas hacerlas la policía judicial y consignándolas en el acta, que luego revisará el juez antes de dar su aprobación.

²⁸ HUERTAS MARTÍN, M. I., *El sujeto pasivo...*, op. cit., p. 261

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA LUNA, F., *La identificación del delincuente en rueda de reconocimiento y por exhibición fotográfica*, Pla & Alvarez, Sevilla, 1998.

ALONSO PÉREZ, F., *Medios de investigación en el proceso penal*, Dykinson, Madrid, 2003.

ALFARO FERRERES, E.; REAL MARTÍNEZ, S.; MARTÍNEZ SARASA, M. A., *Identificación de sospechosos: mucho más que memoria*, Gaceta Internacional de Ciencias Forenses, Nº 14, 2015.

BELLOCH JULBE, J. A., “LaPolicía Judicial”, en *Policía y Sociedad*, Dirección General de la Policía.

ELPAÍS, diario digital, Noticia de 13 de Noviembre de 2014, BARROSO, F. J.

FELIU MORELL, M.J., “Reconocimiento en rueda”, en *Hacia un catálogo de buenas prácticas para optimizar la investigación judicial*, Manuales de Formación Continuada 46, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

HUERTAS MARTÍN, M. I., *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, José María Bosch, Barcelona, 1999.

MARTÍN PALLÍN, J.A., “La identificación del delincuente”, en *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

RIFÁ SOLER, J. M^a.; VALLS GOMBAU, J. F.; RICHARD GONZÁLEZ, M., *El proceso penal práctico*, La Ley, Madrid, 6^a Edición, 2009.

SOLETO MUÑOZ, H., *La identificación del imputado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

TENCA, A. M., *Reconocimiento en rueda de personas*, Ediciones de la República, Buenos Aires, 2008.

RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

STS de 4 de Abril de 1987 (rec. 3319/1984)

STS de 14 de Marzo de 1990

STS de 25 de Septiembre de 1995 (rec. 37/1994)

STS 417/1996 de 14 de Mayo

STS 1445/1998 de 14 de Noviembre

STS de 10 de Mayo de 1999 (rec. 968/1998)

STS de 8 de Septiembre de 1999 (rec. 2049/1998)

STS de 13 de Septiembre de 1999 (rec. 1096/1998)

STS de 15 de Diciembre del 2000 (rec. 1786/1999)

STS de 22 de Mayo de 2001

STS de 30 de Abril de 2008

STS de 17 de Julio de 2008 (503/2008)

Auto del TS de 1 de Julio de 2010 (rec. 754/2010)

STS 15 de Noviembre de 2012 (rec. 10232/2012)

STS de 30 de Enero de 2014 (16/2014)

STS de 8 de Mayo de 2014 (353/2014)

STS de 30 de Diciembre (901/2014)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP de Madrid de 1 de Octubre de 2009 (rec. 298/2009)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 323/1993 de 8 de Noviembre de 1993

Auto del TC de 11 de Abril de 1994

STC 282/1994 de 24 de Octubre de 1994

STC 36/1995 de 6 de Febrero

STC 10/2007 de 15 de Enero