



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 18/2017, de 20 de enero de 2017

Sala de lo Penal

Rec. n.º 10261/2016

SUMARIO:

Robo con violencia en casa habitada y uso de instrumento peligroso. Presunción de inocencia. Agravantes de disfraz y abuso de superioridad. Reconocimiento fotográfico. Rueda de reconocimiento en el Juzgado de Instrucción. Las identificaciones fotográficas realizadas en sede policial, han de estar sometidas a determinados presupuestos de método que pueden afectar a la fiabilidad del reconocimiento. La diligencia quedaría gravemente viciada si los funcionarios policiales dirigen a los participantes en la identificación cualquier sugerencia, o indicación, por leve o sutil que fuera. Los requisitos de una rueda de reconocimiento: personas de similares características (la no semejanza entre las personas mostradas ha de ser extrema para que no cumpla la exigencia). Incomunicación de los testigos, y el hecho de que el testigo haya presenciado la declaración en sala de los acusados contraviene el artículo 704 LECrim e implica una irregularidad, que sin embargo no invalida la prueba, sin perjuicio de que haya podido producir efectos que deberán ser analizados extrayendo las oportunas consecuencias en orden al poder probatorio del concreto testigo. En este caso no fue así dado que los acusados negaron su intervención en los hechos. Es prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia el reconocimiento efectuado en el juicio oral, sin ningún género de dudas, por parte del testigo, a pesar de las irregularidades de los reconocimientos fotográficos, o incluso de reconocimientos en rueda anteriores. Respecto a la agravante de disfraz con la cara parcialmente tapada con una bufanda tubular, que sin embargo no impidió la identificación, se señala que procederá la apreciación de la agravante cuando el medio empleado sea objetivamente válido en abstracto para impedir la identificación, con independencia de que esta finalmente pueda producirse. Abuso de superioridad: concurre dada la superioridad numérica de los asaltantes (tres) y el carácter súbito del ataque que produce una disminución notable en las posibilidades de defensa y que el agresor o agresores conozcan esa situación de desequilibrio de fuerzas y se aprovechen de ella para una más fácil realización del delito.

PRECEPTOS:

Constitución Española, arts. 24 y 120.3.

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 22.2, 242 y 617.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 369, 370, 704 y 849.1.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, art. 14.5.º.

PONENTE:

Doña Ana María Ferrer García.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Enero de dos mil diecisiete.



www.civil-mercantil.com

En el recurso de Casación por infracción de Ley, infracción de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, que ante Nos pende, interpuesto por Simón y Juan Ignacio , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 9ª), con fecha 22 de diciembre de 2015 , en causa seguida contra Simón , Carmelo y Juan Ignacio por Delito de robo con violencia, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia de la Excmo. Sra. Dña. Ana Maria Ferrer Garcia, siendo parte recurrente los acusados Simón representado por la Procuradora Dª. Miriam Rodríguez Crespo y Juan Ignacio representado por la Procuradora Dª. Aranzazu Pequeño Rodríguez.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción número 13 de los de Málaga, instruyó Procedimiento Abreviado con el número 14/15 contra Simón , Carmelo y Juan Ignacio , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 9ª, rollo 50/15) que, con fecha 22 de diciembre de 2015, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"De la apreciación conjunta de las pruebas practicadas en el acto del juicio resultan probados, y así se declaran, los siguientes hechos:

Sobre las 21 horas del día 28 de noviembre de 2014, los acusados Simón , Carmelo y Juan Ignacio , mayores de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, puestos de acuerdo y con el común propósito de obtener un beneficio patrimonial indebida, llevando sus rostros parcialmente tapados, desde la nariz hacia abajo, con bragas de cuello para dificultar su identificación, se dirigieron al piso que constituye el domicilio habitual de Leovigildo , sito en la puerta NUM000 de la planta NUM001 del no NUM002 de la c/ DIRECCION000 de Málaga, y cuando éste salía de la vivienda lo abordaron, portando uno de ellos una pistola cuyo carácter real o simulado no consta, y le obligaron por la fuerza a entrar de nuevo en su interior, golpeándole e introduciéndole en una habitación, en donde le ataron las manos y los pies con bridas de plástico y te tiraron al suelo, golpeándole la cabeza y la cara y colocándole la pistola en el cuello, e introduciéndole en la boca un trozo de camisa, mientras le exigían que le dijeran dónde estaba el dinero y las joyas, consiguiendo que Leovigildo les indicase que el dinero que tenía se hallaba en el comedor en interior de una caja de CD, y como no la encontraran lo arrastraron hasta dicha dependencia para que se lo indicara, cogiendo uno de ellos 1.500 €, un teléfono móvil marca Iphone valorado en 444 € y un reloj tasado en 150 €, golpeándole en la cabeza con la pistola, cogiendo también 200 € que el perjudicado tenía en su cartera, dándose seguidamente a la fuga los acusados, tras propinarle uno de ellos dos puñetazos en la cabeza.

Seguidamente, dichos acusados se introdujeron en el vehículo matrículaXXX , propiedad de Simón , y huyeron del lugar.

A consecuencia de la agresión sufrida, Leovigildo sufrió lesiones consistentes en hematoma frontal, hematoma en raíz nasal, hematoma en región parietal derecha y magulladuras en ambas muñecas de las que curó a los siete días, dos de los cuales fueron impositivos para sus ocupaciones habituales.

www.civil-mercantil.com

La aseguradora con la que el perjudicado había concertado un seguro le abonó 1.100 € como indemnización parcial de los perjuicios sufridos."

Segundo.

La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

"PRIMERO.- Que debemos condenar y condenamos a Simón , Carmelo y Juan Ignacio como autores criminalmente responsables de un delito de robo con violencia e intimidación y de una falta de lesiones, ya definidos, concurriendo las agravantes de disfraz y de abuso de superioridad, a la pena de cuatro (4) años y ocho (8) meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena privativa de libertad, por el delito, y dos (2) meses multa con cuota diaria de diez (10) € por la falta, a cada uno de ellos, y a que indemnicen conjunta y solidariamente a Leovigildo en la cantidad de 1.190 € por el dinero y los objetos sustraídos y 270 € por lesiones sufridas, condenando igualmente, a cada uno de ellos, al pago de una sexta parte de las costas procesales causadas, incluidas en esta proporción las correspondientes a la acusación particular.

SEGUNDO.

Que debemos absolver y absolvemos a dichos acusados del delito de detención ilegal que se les imputaba, declarando de oficio la mitad de las costas procesales ocasionadas."

Tercero.

Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, infracción de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, por las representaciones de Simón y Juan Ignacio , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

El recurso interpuesto por la representación del recurrente Simón se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1º.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 LECrim , en relación con lo establecido en el artículo 852, al no quedar acreditada la comisión de delito , no desvirtuando el principio de presunción de inocencia que recoge la CE .

2º.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 LECrim , al no respetarse los requisitos establecidos en el artículo 369 LECrim para la práctica de reconocimiento en rueda.

3º.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 LECrim , al no respetarse la exigencia prevista en el artículo 704 LECrim respecto a la incomunicación de testigos.

Quinto.

El recurso interpuesto por la representación del recurrente Juan Ignacio se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:



www.civil-mercantil.com

1º.- Por infracción de precepto constitucional amparo del artículo 852 LECrim y el artículo 5.4 y 11.1 LOPJ por haberse vulnerado el derecho fundamental contenido en el artículo 24.1 y 2 CE , derecho a la presunción de inocencia, no existiendo prueba de cargo suficiente que venga a desvirtuar el principio referido, tutela judicial efectiva y derecho a un procedimiento con todas las garantías.

2º.- Por quebrantamiento de forma, por infracción de los artículos 704 ss y concordantes de la LECrim .

3º.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 LECrim , el precepto penal de carácter sustantivo infringido son los artículos 237 , 242.1 , 2 y 3 , 22.2 y 617.1 CP .

4º.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.2 LECrim y amparo del artículo 5.4 LOPJ , por haberse producido un error en la apreciación de la prueba.

5º.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 y 11.1 LOPJ y el artículo 852 LECrim al haberse vulnerado el artículo 24 y 120.3 en lo relativo a la tutela judicial efectiva y motivación de las sentencias judiciales.

Sexto.

Instruido el Ministerio Fiscal y las demás partes de los recursos interpuestos, la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Séptimo.

Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día 10 de enero de 2017.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Málaga dictó sentencia el 22 de diciembre de 2015 por la que condenó a Simón , Carmelo y Juan Ignacio , como autores de un delito de robo con violencia e intimidación y una falta de lesiones, concurriendo las agravantes de disfraz y de abuso de autoridad a las penas a cada uno de ellos, de cuatro años y ocho meses de prisión por el delito y dos meses de multa con cuota diaria de 10€ por la falta.

La Sala sentenciadora, en síntesis, declaró probado que sobre las 21,00 horas del día 28 de noviembre de 2014, los acusados Simón , Carmelo y Juan Ignacio , puestos de acuerdo y con el común propósito de obtener un beneficio patrimonial indebido, con sus rostros tapados desde la nariz hacia abajo con bragas de cuello para dificultar su identificación, se dirigieron al piso que constituye el domicilio habitual de Leovigildo . Cuando éste salió de la vivienda lo abordaron y, apuntándole con una pistola cuyo carácter real o simulado no consta, le obligaron por la fuerza a entrar de nuevo en la misma. Una vez allí le golpearon, le amenazaron con la pistola que llevaban, le ataron pies y manos con bridas y le tiraron al suelo, hasta que consiguieron que aquél les indicara donde guardaba el dinero. Se apoderaron de 1.700 € en efectivo, un teléfono y un reloj, y abandonaron el inmueble, tras propinar uno de ellos al morador de la vivienda dos puñetazos en la cabeza. Huyeron del lugar en el vehículo matrículaXXX , propiedad de Simón .



www.civil-mercantil.com

A consecuencia de la agresión sufrida, Leovigildo sufrió lesiones consistentes en hematoma frontal, hematoma en raíz nasal, hematoma en región parietal derecha y magulladuras en ambas muñecas de las que curó a los siete días, dos de los cuales fueron improductivos para sus ocupaciones habituales.

Los acusados Simón y Juan Ignacio , interpusieron sendos recursos a los que se opuso el Ministerio Fiscal.

Recurso de Simón .

Segundo.

El primer motivo de recurso invoca los artículos 849.1 y 852 LECrim para denunciar vulneración de la presunción de inocencia. Sostiene el recurrente que la prueba tomada en consideración para tener por acreditada su intervención en los hechos, presenta fisuras que la inhabilitan para desvirtuar la presunción de inocencia que le ampara. Cuestiona el valor del reconocimiento realizado por el perjudicado, quien había señalado que los agresores llevaban la cara tapada; la identificación que el testigo que los vio abandonar el lugar, hizo del vehículo que éstos utilizaron para ello; o la fuerza incriminatoria de la bufanda- braga hallada en su domicilio.

El segundo de los motivos denuncia la ilegalidad de la rueda de reconocimiento practicada, basada en las diferentes características físicas, de estatura y raza de sus integrantes. Y el tercero invoca la infracción del artículo 704 LECrim , toda vez que el perjudicado, que intervino como testigo, estuvo presente en la sala en la que se desarrolló el juicio desde su comienzo, por lo que tuvo ocasión de presenciar la declaración de los acusados.

En la medida que todos los motivos inciden en la idoneidad y suficiencia como prueba de cargo de la que el Tribunal sentenciador tomó en consideración para concluir la intervención en los hechos del acusado, van a ser abordados conjuntamente.

Tercero.

La invocación al derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas; c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

El análisis en profundidad de estos parámetros permite una revisión integral de la sentencia de instancia, y garantiza al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (artículo 14.5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En reiterados pronunciamientos esta Sala ha mantenido que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura



www.civil-mercantil.com

racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

Pero también es reiterada la doctrina según la cual, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales. Tampoco lo está a realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

Es decir, que a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción tras el examen de unas pruebas que no presenció, para, a partir de ellas, confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas, legalmente practicadas, y de suficiente contenido incriminatorio y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.

Cuarto.

La Sala sentenciadora tomó en consideración como principal prueba de cargo la declaración de la víctima de los hechos, que desde que éstos ocurrieron declaró que fueron tres los agresores, dos con un acento árabe y el tercero latino americano. Este último y otro de ellos de una estatura media en torno al 1,70 mts., y el tercero mucho más alto. Características que coinciden con las del recurrente Simón, colombiano, de estatura media y con un acento que denota su procedencia. Y así fue identificado por el perjudicado, primero fotográficamente en sede policial y posteriormente en rueda practicada en el Juzgado de Instrucción, reconocimientos ambos ratificados en el acto del juicio oral.

El reconocimiento fotográfico ha sido reiteradamente admitido por la jurisprudencia de esta Sala y la del Tribunal Constitucional como herramienta policial idónea para orientar la investigación con el objetivo de lograr la identificación del autor de los hechos.

La doctrina de esta Sala, recogida entre otras en las STS 330/2014 de 23 de abril o 675/2015 de 3 de noviembre, señala que los reconocimientos fotográficos en sede policial, por sí solos, no constituyen prueba apta para destruir la presunción de inocencia, al constituir meras actuaciones policiales que sirven para la apertura de una línea de investigación, a veces imprescindibles porque no hay otra forma de obtener una pista que pueda conducir a la identificación del autor o de descartar a otros sospechosos.

Las SSTS 901/2014 de 30 de diciembre; 353/2014 de 8 de mayo; 16/2014 de 30 de enero; 525/2011 de 8 de junio; 169/2011 de 22 de marzo y 331/2009 de 18 de mayo, incluyen entre las herramientas de investigación al alcance de la Policía, el reconocimiento fotográfico, que permite concretar en una determinada persona, de entre la multitud de hipotéticos sospechosos, las pesquisas conducentes a la obtención de todo un completo material probatorio susceptible de ser utilizado en su momento en sustento de las pretensiones acusatorias.

La STS 16/2014 de 30 de enero, con cita de las SSTS 617/2010 de 24 de junio, 1386/2009 de 30 de diciembre y 503/2008 de 17 de julio, sintetiza la doctrina general sobre la operatividad procesal y eficacia probatoria de los reconocimientos fotográficos policiales y argumenta que " los reconocimientos efectuados en sede policial, o en sede judicial en fase sumarial, bien a través del examen de fotografías o bien mediante ruedas de reconocimiento,



www.civil-mercantil.com

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".

Ahora bien, ello no implica que las identificaciones fotográficas realizadas en sede policial, no hayan de estar sometidas a determinados presupuestos de método. Existen factores intraprocesales que pueden afectar a la fiabilidad del reconocimiento, y que obligan a constatar que el procedimiento de reconocimiento se ha llevado a efecto en todas las fases de la investigación policial y judicial en las mejores condiciones posibles, sin dar lugar a sesgos condicionados por los propios investigadores (STS 901/2014 de 30 de diciembre y 337/2015 de 24 de mayo).

En palabras de la STS 353/2014 de 8 de mayo , la diligencia quedaría gravemente viciada si los funcionarios policiales dirigen a los participantes en la identificación cualquier sugerencia, o indicación, por leve o sutil que fuera, acerca de la posibilidad de cualquiera de las identidades de los fotografiados.

En este caso, ni se cuestiona la composición de clichés fotográficos que se exhibieron en sede policial, ni se plantea una eventual intervención policial dirigida a influir en el reconocimiento, por lo que no existen razones para cuestionar la regularidad de esta diligencia.

Quinto.

Sí objeta el recurso la regularidad de la rueda de reconocimiento que se practicó en el Juzgado de Instrucción, porque sostiene que las personas que junto a los acusados integraron la misma eran de muy diferentes características, especialmente de raza y estatura.

La LECrim ordena en el artículo 369 que las ruedas de reconocimiento se practiquen haciendo comparecer a la persona que ha de ser reconocida en unión con otras de circunstancias exteriores semejantes; y el artículo 370 del mismo texto autoriza que cuando fueren varios los que debieran ser reconocidos, pueda hacerse el reconocimiento de todos ellos en un solo acto, como ocurrió en este caso.

La jurisprudencia de esta Sala ha interpretado que la exigencia de personas de características similares a las del que se pretende identificar es un "desiderátum", condicionado por la posibilidad de contar con individuos de circunstancias externas semejantes (STS 2060/2001 de 8 de febrero de 2002). Que " 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, fisonomía 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", (STS 1739/2002 de 23 de octubre). O que o bien que , " la no semejanza entre las personas mostradas ha de ser extrema para que no cumpla la exigencia del artículo 369 de la Ley de



www.civil-mercantil.com

Enjuiciamiento Criminal . Cabe pensar que tal sería el caso cuando hubiera diferencias de sexo o de color de piel, pero no cuando las personas mostradas vistan en forma semejante y tengan estaturas y condiciones físicas no extremadamente diferentes " (STS 1733/2000, de 7 de diciembre)".

Y son muchas las resoluciones que valoran que la composición de la rueda no diera lugar a protesta por parte del letrado del llamado a ser reconocido (entre otras STS 1202/2003 de 22 de septiembre).

En este caso, la Sala sentenciadora dio respuesta a la censura que ahora se reproduce, una vez fue planteada por las defensas en el trámite de cuestiones previas. Razonó al respecto " que una vez los acusados accedieron a la sala de vistas y fueron observados por los integrantes del tribunal, no encontraron en Simón y Juan Ignacio ningún rasgo de tipo étnico que los diferenciara de cualquier individuo de origen español, pudiendo pasar ambos por españoles de origen. Y en cuanto a Carmelo , más bien aparenta poseer rasgos sudamericanos que magrebíes, no siendo por ello el aspecto físico de todos ellos revelador de su verdadera procedencia.

Respecto de la altura, la de Simón y Juan Ignacio es similar, siendo bastante más alto Carmelo , si bien este acusado manifestó en el plenario que en la rueda había gente más alta que él y también otros más bajos, por lo que no parece que la diferencia de talla de los integrantes de la misma fuese muy relevante ni significativa." Se trata de una argumentación exenta de cualquier atisbo de arbitrariedad, cuando, además, se tomó igualmente en consideración que ningunos de los letrados que asistían en la misma a los investigados formuló protesta o tacha al respecto.

En estas condiciones no se parecían motivos para cuestionar la regularidad de esta diligencia, que fue posteriormente ratificada en el acto del juicio, en el que el testigo volvió a reconocer a los tres acusados, a la vez que especificó que, pese a que los atacantes llevaban oculta la cara de boca hacia abajo, pudo ver sus rostros con suficiente detenimiento y detalle.

El Tribunal Constitucional ha considerado prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia el reconocimiento efectuado en el juicio oral, sin ningún género de dudas, por parte del testigo, a pesar de las irregularidades de los reconocimientos fotográficos, o incluso de reconocimientos en rueda anteriores, (STC 323/1993 y STC 172/1997). Y esta Sala ha señalado que el reconocimiento fotográfico o en rueda alcanza el nivel de prueba cuando es ratificado por el testigo en el plenario, o en éste reconoce 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 (entre otras STS 337/2015 de 24 de mayo y las que ella cita).

Existen una serie de factores que afectan a la exactitud de una identificación visual (lo recordaban las SSTS 703/2012 de 28 de septiembre ; 901/2014 de 30 de diciembre o la 473/2016 de 1 de junio). Unos, los ambientales y personales que afectan a la memoria de un testigo presencial durante la percepción inicial del suceso y el posterior período de retención, como las condiciones de luz, el lugar donde se produce el hecho, la duración del suceso, el tiempo de exposición de la cara del autor, la distancia entre el autor y el testigo, el número de agresores, e incluso la raza.

En segundo lugar existen otros intraprocesales, que pueden afectar a la fiabilidad del reconocimiento, y que obligan a constatar que el procedimiento que culmina con el mismo se ha llevado a efecto en todas las fases de la investigación policial y judicial en las mejores condiciones posibles, sin dar lugar a sesgos condicionados por los propios investigadores.

En este caso la Sala de instancia ha valorado unos y otros de manera lo suficientemente explícita para que este Tribunal de casación valide su criterio como razonable.

**Sexto.**

Entre los elementos que la Sala sentenciadora analizó se encuentra el que sustenta el tercer motivo de recurso, que denunció infracción del artículo 704 LECrim en cuanto que el testigo víctima de los hechos estuvo presente en la Sala mientras los acusados declaraban.

El artículo 704 LECrim prevé la incomunicación de los testigos que hayan de declarar en el juicio oral, lo que, entre otras cuestiones, impide que los que estén llamados a intervenir como tales presencien, antes de hacerlo, las sesiones del juicio oral. Sin embargo, ello no es condición de la validez del testimonio (STS 32/1995 de 19 de enero ; 1421/2001 de 16 de julio o 46/2010 de 2 de enero), sin perjuicio de que en cada caso haya podido producir efectos que deberán ser analizados extrayendo las oportunas consecuencias en orden al poder probatorio de concretos testigos.

La reciente sentencia 912/2016 de 1 de diciembre , sintetiza la jurisprudencia de esta Sala al respecto, y explica que la razón de la incomunicación se centra en evitar que un testigo preste su declaración condicionado o influido por lo que ha oído declarar a otro, o, en su caso, a los acusados. En consecuencia, la forma correcta de proceder es la que señala la ley, es decir, que los testigos permanezcan incomunicados y que declaren de uno en uno, evitando riesgos innecesarios que, de concretarse, pudieran restar valor a las pruebas disponibles. La incomunicación no es condición de validez de la prueba testifical y sí sólo de su credibilidad (entre otras STS 153/2005 de 10 de febrero).

En palabras de la STS 814/2011 de 15 de julio citada por la Sala sentenciadora, que seguía el criterio de otras anteriores como la de 5 de abril de 1989 (Roj 11492/1989), " el artículo 704 LECrim contiene una norma dirigida a los órganos jurisdiccionales orientada a garantizar en lo posible la veracidad de los testimonios que se viertan ante éstos evitando que resulten condicionados por otras manifestaciones previas, pero no contiene un mandato imperativo o una norma prohibitiva en el sentido de que su inobservancia provoque la imposibilidad de practicar la prueba o, en su caso, su valoración. No obstante, en caso de que la previsión legal no sea observada, el Tribunal deberá tenerlo en cuenta al proceder a la valoración de la declaración testifical, pues es claro que la indebida presencia del testigo en la sala de audiencia podría haber afectado de alguna forma al sentido de su testimonio ".

En este caso, la Sala sentenciadora analizó la cuestión, descartó que la presencia del testigo víctima de los hechos desde el inicio de la sesión del juicio oral respondiera a un ánimo torcido por su parte o la del letrado que en su nombre actuaba como acusador particular, y lo atribuyó a un mero error. Así calificó la irregularidad de involuntaria, y concluyó que en nada pudo afectar a la objetividad o veracidad de su testimonio, ni verse este condicionado por lo que los acusados hubieran manifestado, en cuanto que aquellos se limitaron a negar su intervención en los hechos. El recurso no aporta elemento alguno que permita cuestionar esas conclusiones.

Séptimo.

En atención a lo expuesto, no se aprecian razones para poner en cuestión la credibilidad que la Sala sentenciadora reconoció al testimonio del perjudicado en orden a acreditar la realidad de los hechos enjuiciados, y la intervención del recurrente Simón , como uno de sus protagonistas.

En cualquier caso, no fue este el único elemento de convicción que se tomó en consideración, pues en el registro practicado en el domicilio del acusado se encontró una bufanda como las utilizadas en los hechos. Además se contó con el testimonio de un



www.civil-mercantil.com

ciudadano que vio abandonar el inmueble a los agresores, y cómo éstos huían en un vehículo respecto al que retuvo la marca, modelo y matrícula, de la que tomó nota. Datos que coincidían con los del vehículo del acusado y que según reconoció solo él utilizó ese día. Hubo discrepancia en el color, sin embargo, como razonó el Tribunal sentenciador, este extremo, en el que el recurrente pone el acento, no desvirtúa la fuerza incriminadora del reconocimiento, en cuanto que ocurridos los hechos de noche, la iluminación artificial de la zona pudo propiciar que una cierta distorsión en la percepción de los colores oscuros como el azul y el granate.

En definitiva hemos de concluir que en este caso la intervención que en los hechos probados se atribuye al Sr. Simón se ha sustentado en prueba de cargo legalmente obtenida, válidamente introducida en el procedimiento, de suficiente contenido incriminatorio. Prueba que ha sido suficiente y razonablemente valorada, en definitiva, idónea para desvirtuar el derecho que al mismo asistía a ser presumido inocente.

El recurso se desestima.

Recurso de Juan Ignacio .

Octavo.

Los dos primeros motivos del recurso denuncian vulneración del artículo 24.1 y 2 CE en lo relativo a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia.

Sostiene el recurrente que su condena se basó en la declaración testifical del perjudicado, que considera insuficiente a tales fines, en cuanto la califica de vaga e imprecisa, así como huérfana de los rasgos que la jurisprudencia de esta Sala exige al testimonio de la víctima a fin de reconocerle idoneidad para desvirtuar la presunción de inocencia. Además insiste en que tal testimonio estuvo condicionado y contaminado al haber presenciado su autor la declaración en juicio de los acusados.

Ya hemos expuesto al resolver el anterior recurso, el alcance de la revisión que incumbe en casación cuando se denuncia vulneración de la presunción de inocencia. En este caso, en efecto, el Tribunal sentenciador tomó en consideración como prueba fundamental para considerar acreditada la realidad de los hechos y la intervención en los mismos de los tres acusados, la declaración del testigo, víctima de los hechos, Leovigildo .

En definitiva se trata de prueba testifical cuya credibilidad corresponde valorarla en principio al órgano de enjuiciamiento, mientras que al Tribunal de casación le compete el control de la valoración realizada por aquél, en lo que concierne a su racionalidad en función de los parámetros de la lógica, la ciencia y la experiencia.

Para verificar la estructura racional del proceso valorativo de la declaración testifical de la víctima, la jurisprudencia de esta Sala ha establecido ciertas notas o parámetros que, sin constituir cada una de ellas un requisito o exigencia necesaria para la validez del testimonio, coadyuvan a su valoración. La lógica, la ciencia y la experiencia nos indican que la ausencia de estos requisitos determina la insuficiencia probatoria del testimonio, privándole de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

Estos parámetros consisten en el análisis del testimonio desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación.

Es claro que estos parámetros de valoración constituyen una garantía del derecho constitucional a la presunción de inocencia. Frente a una prueba única, que procede además de la parte denunciante, dicha presunción esencial solo puede quedar desvirtuada cuando la referida declaración supera los criterios racionales de valoración que le otorguen la consistencia necesaria para proporcionar, desde el punto de vista objetivo, una convicción ausente de toda duda racional sobre la responsabilidad del acusado.



www.civil-mercantil.com

La deficiencia en uno de los parámetros no invalida la declaración, y puede compensarse con un reforzamiento en otro. Pero cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, una deficiente superación de los tres parámetros de contraste impide que la declaración inculpatória pueda ser apta por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia, pues carece de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

Noveno.

La Sala sentenciadora analizó la prueba testifical que nos ocupa desde el triple prisma expuesto.

No apreció causa alguna de incredulidad subjetiva. El testigo no conocía previamente a ninguno de los acusados, y no puede residenciarse un propósito espurio, como pretende el recurso, en el ejercicio por su parte de la acusación particular. El deseo de justicia derivado del sufrimiento generado por el propio hecho delictivo no puede calificarse en ningún caso de motivación espuria que pueda viciar la declaración de la víctima (SSTS 609/2013 de 10 de julio ; 476/2014 de 4 de junio o 769/2015 de 15 de diciembre).

Tampoco se ve afectado este requisito por el hecho de que el testigo estuviera presente en la sala del juicio durante el interrogatorio de los acusados. Sobre este extremo nos remitimos a lo expuesto al resolver el anterior recurso. Por más que se hubiera producido una contravención de lo dispuesto en el artículo 704 LECrim , ello no invalida el testimonio. Por otra parte, el Tribunal sentenciador abordó la cuestión y rechazó cualquier posibilidad de contaminación o influencia que pudiera mermar la credibilidad del testigo, en cuanto que los acusados negaron su intervención en los hechos, sin que el recurso aporte razones que permitan cuestionar esa conclusión, pues no se especifica ningún extremo concreto de la declaración de aquellos que hubiera podido producir el efecto pretendido.

También exploró el Tribunal sentenciador la declaración testifical desde el prisma de la persistencia. Y aunque no descartó ciertas contradicciones en la declaración del Sr. Leovigildo que fue sometido a un exhaustivo interrogatorio, sí que estas afectaran a aspectos esenciales. Es lógico que a lo largo de sucesivas intervenciones en el proceso, desde la denuncia inicial inmediata a los hechos, hasta las que se producen posteriormente, con mayor sosiego y con el esfuerzo de reavivar el recuerdo, puedan surgir algunas variaciones. En ese contexto deben ubicarse las que señala el recurso en cuanto a la atribución de papeles a cada uno de los acusados en el momento inicial del ataque, de acuerdo con sus características físicas, o sobre si se exhibieron una o dos pistolas. La milimétrica exactitud del relato efectuado en distintos momentos sobre diferentes episodios no es presupuesto para la apreciación de este parámetro. Lo que es imprescindible es la coincidencia en lo esencial, que se mantenga la coherencia del relato, lo que en este supuesto se da.

Por último, la Sala sentenciadora calificó el relato del testigo de verosímil, tanto por su coherencia interna, como por los elementos de corroboración externos. En cuanto a la existencia y realidad del robo, su declaración se vio respaldada por la del ciudadano que paseaba casualmente por el lugar y presencié cómo varios hombres, que llevaban el rostro parcialmente cubierto con una bufanda, salieron del inmueble donde está ubicado el domicilio de la víctima, para introducirse en un vehículo que resultó ser de uno de los acusados. A éstos les siguió otro joven con la cara ensangrentada y las manos atadas con bridas de plástico, que resultó ser el perjudicado.

También quedaron documentadas las lesiones de las que éste hubo de ser asistido en un centro hospitalario el mismo día de los hechos, tal y como explica la sentencia recurrida, al que acudió tras presentar la correspondiente denuncia.



www.civil-mercantil.com

Por último, se analizan los diferentes elementos de corroboración en relación a los distintos acusados, como son la localización de huellas pertenecientes a uno de ellos que no ha recurrido, precisamente aquél del que siempre se destacó su elevada estatura, o los ya analizados en relación al Sr. Simón .

Décimo.

Por lo que se refiere al Sr. Juan Ignacio , el mismo fue en primer lugar identificado fotográficamente, con la exhibición de una composición de varios clichés fotográficos que incluían el suyo y el de otras personas de similares características, sin que exista motivo que permita sospechar que el reconocimiento fue inducido.

Tacha el recurso tal reconocimiento de tardío, en cuanto que no se realizó hasta que el mismo fue identificado policialmente por haber sido visto junto a los otros acusados en el vehículo de Simón , el 9 de diciembre de aquel año, once días después de ocurridos los hechos. Ciertamente es en ese momento cuando resulta identificado y, a partir de entonces se dirigen hacia él las pesquisas de los investigadores para tratar de comprobar su intervención en los hechos, que comienzan con la composición fotográfica que es exhibida a la víctima.

Recordaba la STS 1034/2010 de 24 de noviembre , que la fotografía como medio de identificación en el proceso penal ofrece otras posibilidades, más allá de la tónica de la exhibición prospectiva de álbumes con retratos de personas tomados en sede policial con ocasión de la detención. No se trata tanto de cumplir con un determinado régimen de formalidades tasadas, como de verificar si ese instrumento se ha usado con racionalidad y de un modo que, respetuoso con los derechos de los afectados, asegure la calidad del resultado. O lo que es lo mismo, si en atención a la forma de elaboración del reportaje fotográfico, sus características y la modalidad de uso, permiten otorgar crédito a la determinación de la identidad de aquéllos, tal y como en este caso ocurrió.

Posteriormente el recurrente fue identificado en rueda practicada en la fase de instrucción, sobre cuya regularidad nos hemos pronunciado al resolver el anterior recurso. Por último, en el plenario el testigo reconoció de nuevo al acusado y ratificó las identificaciones que previamente había realizado.

La Sala sentenciadora valoró ese reconocimiento, avalado por la constancia de que habían existido contactos entre los acusados, admitidos por éstos, aun cuando no se hubiera determinado qué policía en concreto identificó al recurrente como uno de los intervinientes en el encuentro que tuvo lugar el 9 de diciembre. Y además, porque algunas de las técnicas del ataque descrito por la víctima coinciden con las del boxeo, disciplina deportiva que el acusado practica.

En definitiva, la Sala sentenciadora basó su pronunciamiento de condena en la constancia alcanzada a partir de la valoración de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas, legalmente practicadas y de suficiente contenido incriminatorio. Valoración que es homologable por su propia lógica y razonabilidad. En atención a ello, los dos primeros motivos de recurso de desestiman; y con ellos, el tercero de los planteados, que denunciaba vulneración de la presunción de inocencia sobre la base de una supuesta irregularidad en la composición de la rueda de reconocimiento practicada en la fase de instrucción, cuestión ya adelantada y respecto a la que nos remitimos a lo señalado al resolver el recurso anterior que sostuvo idéntica queja, que resultó rechazada.

Undécimo.

El cuarto motivo de recurso denuncia infracción de ley por indebida aplicación de los artículos 242.1º, 2º y 3º, y 617.1º CP, falta de concurrencia de los elementos del tipo y aplicación indebida de la circunstancia agravante del artículo 22.2º CP. No especifica el recurso al desarrollar el motivo, por cual de los dos cauces de infracción de ley que ofrece el artículo 849 LECrim canaliza su impugnación, lo que no es tema baladí ya que cada uno goza de sus peculiares perfiles.

Sin embargo, del propio enunciado del motivo, coincidente con el que en la enumeración inicial de motivos ocupa el tercer lugar, en el que especifica que la vía utilizada es la que propicia el artículo 849.1, permiten concluir que es este el cauce por el que se opta.

La impugnación formulada al amparo del artículo 849.1 LECrim exige respetar la literalidad de los hechos declarados probados. Este motivo "es el camino hábil para cuestionar ante el Tribunal de casación si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la ley, es decir, si los preceptos aplicados son los procedentes o si se han dejado de aplicar otros que lo fueran igualmente, y si los aplicados han sido interpretados adecuadamente, pero siempre partiendo de los hechos que se declaran probados en la sentencia, sin añadir otros nuevos, ni prescindir de los existentes. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, y correspondientemente su desestimación conforme lo previsto en el artículo 884.3 LECrim" (SSTS 579/2014 de 16 de julio ; 806/2015 de 11 de diciembre o 865/2015 de 14 de enero de 2016).

En realidad, el recurrente no orienta su queja a partir del relato de hechos que sustenta la resolución impugnada, porque lo que cuestiona no es la concurrencia de los requisitos que caracterizan los tipos penales aplicados, sino la participación en el hecho de su patrocinado, extremo que ya fue alegado y contestado en el motivo en que se aducía vulneración del principio de presunción de inocencia.

Sí cuestiona expresamente la concurrencia de los presupuestos de apreciación de las agravantes de disfraz y de abuso de superioridad del artículo 22.2 CP. En el primero de los casos, porque finalmente fue posible la identificación; en el segundo, en atención a la menor entidad de las lesiones.

Duodécimo.

La STS 183/2012 de 13 de marzo condensó la doctrina de esta Sala en relación a la primera de las mencionadas agravantes, que ha entendido como disfraz el empleo de un medio apto para desfigurar el rostro o la apariencia externa de una persona, que ha de ser utilizado al tiempo de la comisión del delito, y con la finalidad de facilitar la realización del mismo dificultando la identificación del autor.

Su finalidad no es tanto eliminar los obstáculos que pudieran impedir la ejecución del delito como evitar la identificación del autor del hecho ilícito, y procederá la apreciación de la agravante cuando el medio empleado sea objetivamente válido en abstracto para impedir la identificación, con independencia de que ésta finalmente pueda producirse.

Esta es la doctrina que, tal y como explica en sus razonamientos, aplicó la sentencia de instancia, cuya corrección queda fuera de duda. Según el relato fáctico, los acusados llevaban "sus rostros parcialmente tapados, desde la nariz hacia abajo, con bragas de cuello para dificultar su identificación". Es decir, de manera deliberada utilizaron medios hábiles para dificultar la identificación, aunque no consiguieron evitar que determinadas características faciales hubieran podido ser observadas por la víctima de los hechos.



www.civil-mercantil.com

Décimo tercero.

Respecto al abuso de superioridad, según reiterada doctrina de esta Sala (entre otras, SSTS 889/2009 de 15 de septiembre ; 1390/2011, de 27 de noviembre ; 93/2012, de 16 de febrero o 225/2014 de 5 de marzo), esta agravante se caracteriza precisamente por la existencia de una situación de superioridad, es decir, un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido, derivada de cualquier circunstancia, bien referida a los medios utilizados para agredir (superioridad medial), bien al hecho de que concurra una pluralidad de atacantes. Este último supuesto es el más característico y el de mayor frecuencia en su aplicación (superioridad personal).

Esa superioridad ha de ser tal que produzca una disminución notable en las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas, pues si esto ocurriera nos encontraríamos en presencia de la alevosía que constituye así la frontera superior de la agravante que examinamos. Por eso la jurisprudencia mencionada viene considerando esta agravante como una "alevosía menor" o de "segundo grado".

A tales elementos objetivos hemos de añadir otro de naturaleza subjetiva, consistente en que haya abuso de esa superioridad, eso es, que el agresor o agresores conozcan esa situación de desequilibrio de fuerzas y se aprovechen de ella para una más fácil realización del delito. Por último, esa superioridad de la que se abusa no ha de ser inherente al delito, bien por constituir uno de sus elementos típicos, bien porque, por las circunstancias concretas, el delito necesariamente tuviera que realizarse así.

En este caso, la Sala sentenciadora sustentó la apreciación de esta circunstancia precisamente en la superioridad numérica de los atacantes, de la que los acusados fueron conscientes y se aprovecharon, según se deduce del propio diseño de su plan de actuación. Superioridad numérica que, unida al carácter repentino e inesperado del ataque, produjo una notable disminución de las posibilidades de defensa de la víctima, con independencia de los medios materiales que se utilizaron en la ejecución.

El motivo se desestima.

Décimo cuarto.

El quinto y último motivo de recurso denuncia infracción de los artículos 24 y 120.3 CE en lo relativo a la motivación de las sentencias.

El motivo no puede prosperar. Todos los temas que el recurso ha suscitado fueron expresamente tratados en la sentencia recurrida, según un criterio que hemos respaldado como razonable. Tanto los relativos a aspectos fácticos y de valoración de prueba, como los concernientes al juicio de subsunción. La misma cumple, en definitiva, con los presupuestos que respecto a la motivación exigen la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la de esta Sala, cuales son hacer conocer las razones que sirvieron de apoyatura a la decisión adoptada, de manera que quede de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad. La motivación tendrá que tener la extensión e intensidad suficientes para cubrir la esencial finalidad de la misma, que el Tribunal explique suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una manera determinada.

El derecho a la tutela judicial efectiva, que tiene su asiento en el artículo 24.1 de nuestra Constitución , ostenta un contenido que no es, ni más ni menos, que el del derecho a obtener de los órganos jurisdiccionales una resolución fundada en Derecho, es decir, a que la petición de justicia, tras ser oídas las partes en el correspondiente cauce procesal, obtenga como respuesta una resolución o pronunciamiento debidamente fundado en Derecho.



www.civil-mercantil.com

No debe confundirse la alusión a ese derecho a la tutela judicial efectiva con una simple discrepancia en la valoración de la prueba disponible, llevada a cabo por el Tribunal "a quo", a quien corresponde en exclusiva esa función, ni con un derecho del recurrente a obtener una respuesta obligadamente complaciente con sus pretensiones.

El motivo se desestima, y con él, la totalidad del recurso.

Costas:

Décimo quinto.

De conformidad con el artículo 901 LECrim , procede imponer a los recurrentes las costas de esta instancia.

III. FALLO

Que debemos DECLARAR y DECLARAMOS NO HABER LUGAR a los recursos de Casación, interpuestos por la representaciones de Simón y Juan Ignacio contra Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 9ª, de fecha 22 de diciembre de 2015 en el rollo 50/2015 , confirmando la misma en todos sus extremos.

Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Candido Conde-Pumpido Touron D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca D. Francisco Monterde Ferrer Dª. Ana Maria Ferrer Garcia D. Carlos Granados Perez Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por la Magistrada Ponente Excm. Sra. Dª. Ana Maria Ferrer Garcia , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.