



Roj: **STS 3933/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3933**

Id Cendoj: **28079120012018100569**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/11/2018**

Nº de Recurso: **2146/2017**

Nº de Resolución: **543/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP AL 394/2017,**
STS 3933/2018

RECURSO CASACION núm.: 2146/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 543/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Julian Sanchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarda

D^a. Ana Maria Ferrer Garcia

D^a. Carmen Lamela Diaz

En Madrid, a 12 de noviembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por las representaciones legales de los acusados **DON Jose Luis y DON Jose Antonio**, contra Sentencia 116/17, de 17 de marzo de 2017 de la Sección 2^a de la Audiencia Provincial de Almería, dictada en el Rollo de Sala núm. 40/2016 dimanante del P.A. núm. 33/2015 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Huerca Overa, seguido por delito de robo en casa habitada contra mencionados recurrentes. Los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados. Han sido parte en el presente recurso el Ministerio Fiscal, y los recurrentes representados por: Don Jose Luis por el Procurador de los Tribunales Don José Miguel Gómez Fuentes y defendido por el Letrado Don Jorge Moreno del Barrio, y Don Jose Antonio representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Antonika Parra Ortega y defendido por la Letrada Doña Tomasa García Aznar.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Huerca Overa incoó P.A. núm. 33/2015 por delito de robo en casa habitada contra **DON Jose Luis y DON Jose Antonio** , y una vez concluso lo remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería, que con fecha 17 de marzo de 2017 dictó sentencia núm 116/17, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

<<Alrededor de las 19,00 horas del 24 de abril de 2015, ambos acusados actuando conjuntamente con una tercera persona que no ha podido ser identificada, con ánimo de obtener un ilícito beneficio económico y de común acuerdo, se dirigieron al domicilio sito en los Cabecicos nº 1 de la localidad de Huércal-Overa (Almería), propiedad de Candelaria y habitada también por su madre Catalina , y accedieron al interior de la vivienda forzando la puerta de acceso mediante una patada. En el interior de la vivienda se encontraba Catalina , concretamente en la cocina, reteniéndola el acusado Jose Luis , mientras el resto registraba la vivienda ocasionando daños en armarios y cajones y en una impresora. Los acusados sustrajeron de esta manera diversas joyas, cadenas de oro, pulseras, colgantes, sortijas, pendientes , tasadas pericialmente en 1.137€, dos teléfonos móviles valorados en 355€ y 300 euros en efectivo, todo ello propiedad de Candelaria . También sustrajeron 220 € en efectivo propiedad de Esmeralda . Los daños ocasionados en el inmueble han sido tasados pericialmente en 1.100 euros.>>

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

<<QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a los acusados Jose Luis y Jose Antonio como autores de un delito ya definido de robo con violencia en casa habitada concurriendo en Jose Luis la agravante de multireincidencia a las siguientes penas: a Jose Luis la pena de seis años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Procede imponer al acusado Jose Antonio la pena de 3 años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Así mismo deberán indemnizar conjunta y solidariamente a Candelaria en la cantidad de 1.492 € por los objetos sustraídos y 300 euros por el efectivo sustraído y a Catalina en la cantidad de 220 euros por efectivo sustraído. Indemnizaran a Candelaria por los daños ocasionados en la vivienda en 1.100 euros, sumas incrementadas de conformidad con lo previsto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil condenándoles así mismo al pago de las costas por mitad.

Les será de abono para el cumplimiento de dicha condena todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa de no haberle servido para extinguir otras responsabilidades, lo que se acreditará en ejecución de sentencia.

Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando y de la que se unirá certificación a la causa de su razón, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.>>

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional por las representaciones legales de los acusados **DON Jose Luis y DON Jose Antonio** , que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado DON Jose Luis se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

Primer y segundo motivo.- ERROR EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA (artículo 24.2 de la

Constitución Española) Y A LA TUTELA JUDICIAL JUDICIAL EFECTIVA (art.24.1) por Infracción del derecho a un proceso público con todas las garantías.

El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado DON Jose Antonio , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

Único motivo.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se fundamenta este recurso en INFRACCION DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL, concretamente del artículo 24 de la Constitución española, concretamente del derecho a la presunción de inocencia al haberse fundamentado la sentencia recurrida en una declaración efectuada por la víctima del delito y en un reconocimiento de los condenados que no fue efectuada en la vista del juicio oral, declaración que es considerada como prueba plena, a la que la sentencia recurrida agrega otro tipo de pruebas indirectas o indiciarias.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista para su resolución e interesó la inadmisión y, subsidiariamente su desestimación, en base a las consideraciones



expuestas en su informe de 23 de enero de 2018; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 17 de octubre de 2018; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería condenó a Jose Luis y Jose Antonio como autores criminalmente responsables de un delito de robo con intimidación en casa habitada, a las penas que hemos dejado reflejadas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial han interpuesto este recurso de casación los aludidos acusados en la instancia, recursos que seguidamente procedemos a analizar y resolver.

SEGUNDO.- En el primer y segundo motivos del recurso de Jose Luis, formalizados por vulneración de la presunción de inocencia y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, el recurrente impugna la declaración inculpatoria de la víctima de estos hechos, Esmeralda, como consecuencia de no haber ido al juicio a declarar, y por otro lado, se queja de la calidad de tal declaración practicada en la instrucción sumarial, en tanto que resulta sumamente imprecisa desde el plano inculpatorio.

Comprobamos que en el caso enjuiciado Catalina es el único testigo presencial de los hechos, pues el resto de las pruebas o bien se refieren a testigos que no vieron el suceso, concretamente la hija de ésta, llamada Candelaria, que observó a los acusados merodeando la casa el día anterior, así como una patrulla de la Guardia Civil, que tampoco presenciaron el robo.

Pues bien, la introducción en el plenario por el cauce del art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, una vez que el Presidente del Tribunal "a quo" informó a los letrados de la defensa de que Catalina no comparecería en el juicio oral, en tanto que había padecido un episodio isquémico con posterioridad al hecho delictivo denunciado, teniendo incluso pérdida de memoria, a causa de su avanzada edad, por la representación procesal de tales acusados no se protestó tal decisión de no suspender el juicio oral, y se conformaron con la misma, como es de ver con la visualización del DVD, y a instancias del Ministerio Fiscal, se leyó completa la declaración sumarial de Esmeralda.

Por consiguiente, esta primera queja casacional, no puede prosperar.

Sin embargo, la parte recurrente pone de manifiesto la tremenda vaguedad de su imputación. Recordemos que el día de autos, entraron supuestamente tres personas, tras derribar la puerta de la vivienda mediante una patada, entrando dos de ellos a cara descubierta y el tercero, con un pasamontañas. Éste individuo fue visto por Esmeralda, la cual dijo poder identificarlo al haberse fijado en sus ojos, nariz y boca. De manera que mostrada por la policía judicial una secuencia fotográfica, obrante en autos, y tras diversas dudas, dijo reconocer a un clisé fotográfico, pero en fase judicial, se le vuelve a preguntar por esta identificación, y como se lee al folio 90, "exhibidas las fotografías que obran en el atestado policial, al folio 19, cree reconocer a la persona que figura con el número 11, aunque tiene dudas también con el señalado como número tres. Que duda entre el número 11 y el número tres, pero después manifiesta que es el número 11". Y a preguntas de la defensa, "exhibido nuevamente el folio 19 del atestado policial, con el sello del testimonio del Sr. Secretario de este Juzgado sin la firma del reconocimiento en sede policial, y manifiesta que cree que es la foto con el número 1 del citado folio".

Es decir, como puede deducirse de tal lectura, la identificación no ha sido contundente ni mucho menos, sino que ha dudado entre el número 1, el número 3 y el número 11. Téngase en cuenta que Esmeralda solamente vio parcialmente el rostro a uno de los asaltantes.

TERCERO.- Una reiterada doctrina jurisprudencial ha tenido oportunidad de manifestarse, sobre la incidencia probatoria de los reconocimientos fotográficos realizados en las Comisarías de Policía, mediante la exhibición de álbumes con fotografías de personas fichadas policialmente. Nadie puede discutir que, entre los diversos métodos policiales que se pueden utilizar para iniciar una investigación con el objetivo de identificar al presunto autor de un hecho delictivo, se encuentra el de mostrar álbumes fotográficos, en los que figuren personas que, por una serie de circunstancias valoradas policialmente, han sido incluidos como posibles autores de hechos que revistan unas determinadas características. En caso contrario, difícilmente se podría avanzar en las pesquisas necesarias e imprescindibles para llegar a la detención y puesta a disposición judicial de los posibles sospechosos. Dicha diligencia se realiza normalmente en el momento de denunciar los hechos en sede policial, pero, en otros casos, se lleva a efecto cuando en los respectivos juzgados se han abierto Diligencias Previas que se han archivado provisionalmente por resultar el autor desconocido. En ambos supuestos, se trata de actividades policiales que se incorporan al atestado y que, por consiguiente, carecen de valor probatorio.



Siguiendo con esta línea, nuestra doctrina legal, entre otras (SSTS 930/2013, de 3 de diciembre y 609/2013, de 28 de junio), con respecto al reconocimiento fotográfico, insiste en que ha de señalarse que se trata de una diligencia de investigación policial, cursada en los primeros momentos con objeto de encauzar las pesquisas para el esclarecimiento de los hechos, y que se utilizan álbumes de fotografías de delincuentes habituales en el ramo de la actividad criminal en donde se encasille el suceso en cuestión. Por consiguiente, por sí misma no tiene virtualidad probatoria, ya que va dirigida a obtener una identificación inicial de un sospechoso, el cual tendrá que ser sometido a una rueda de reconocimiento judicial, con las garantías y formalidades establecidas en los arts. 369 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, identificación que deberá ser ratificada en el plenario, a presencia del órgano de enjuiciamiento. No es que se trate de una identificación en el juicio oral, puesto que este medio probatorio forma parte propiamente de la fase de instrucción sumarial, a modo de prueba preconstituida, sino que sus resultados se validan en el plenario.

En el caso enjuiciado, al no haber comparecido en el plenario Esmeralda, la identificación no puede adquirir los caracteres de verdadera prueba, pues por la incomparecencia del testigo no aumenta la calidad de la diligencia, como es obvio.

Debe, en consecuencia, tras el inicio de la investigación a través de la muestra de fotografías, y tras la detención de los sospechosos, practicarse una rueda de reconocimiento, con todas las garantías, que es la que servirá de prueba, una vez ratificada en el acto del juicio oral.

Aun así, no se desconoce que toda identificación personal puede ser cuestionada, y que este tipo de pruebas no determinan necesariamente la culpabilidad del acusado. Por ello, es necesario que se valoren las circunstancias concurrentes acerca del grado de fiabilidad de tal reconocimiento.

La psicología del testimonio ha evidenciado que existen una serie de factores que afectan a la exactitud de una identificación visual.

Así, la STS 901/2014, de 30 de diciembre, nos explica la valoración probatoria de los reconocimientos de identificación: tanto en fase sumarial como en el acto del juicio oral.

El análisis razonado de estos factores en el caso concreto exige que el Tribunal sentenciador someta a un control racional todo el proceso de identificación y valore el grado de probabilidad de que el testigo haya efectuado una identificación visual correcta. Y este análisis también permite que el Tribunal "ad quem" aprecie si el Tribunal de instancia ha efectuado una valoración probatoria razonable.

Los testimonios son de dos tipos: los que se basan en la percepción presencial, que viene dada por la visión del autor en la propia comisión delictiva (escena del crimen), sin que nunca antes lo haya visto (habitualmente, tal percepción es muy fugaz); y el testimonio que se basa en el conocimiento previo del autor, es decir, con la conexión en lazos trabados en relaciones personales previas, incluso de parentesco. En estos casos, no existe propiamente problema de fiabilidad de la identificación o reconocimiento, sino de credibilidad de su testimonio.

La doctrina de esta Sala Casacional nos dice que "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".

Abundando en lo anterior, y para finalizar, también hemos dicho en nuestra STS 675/2015, de 10 de noviembre que la doctrina de esta Sala, recogida entre otras en la STS 330/2014, de 23 de abril, 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. Los reconocimientos efectuados en sede policial, 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.

En otras palabras, la técnica de mostrar fotografías es un medio de investigación, pero la declaración en el juicio designando al acusado como el autor de los hechos, generalmente previa rueda de reconocimiento practicada legalmente, es una verdadera prueba, capaz de destruir por sí misma, o en combinación de las restantes del patrimonio probatorio, la presunción de inocencia del acusado.

Es por ello que tras la identificación fotográfica, y una vez se encuentra el investigado a disposición del instructor, debe por éste ordenarse la práctica de una rueda de reconocimiento, con las formalidades legales.

En consecuencia, no puede tomarse en consideración como verdadera prueba de cargo la declaración inculpativa de Esmeralda .

Debió, como hemos dicho, practicarse rueda de reconocimiento, ya que nada impedía tal diligencia que ostenta la virtualidad probatoria que le concede la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la doctrina de esta Sala Casacional.

Y siendo ello así, la declaración de su hija Candelaria y de la Guardia Civil no pasan de meras conjeturas, pues por la sola presencia en las inmediaciones del lugar de los hechos el día previo al suceso, en el caso de Candelaria , no puede condenarse a los acusados, ni siquiera por el dibujo de la suela de una zapatilla que no ha sido sometido a contrastes periciales que le otorguen verdadera fiabilidad identificatoria.

Con ello procede estimar el recurso de Jose Luis , y con más razón, el de Jose Antonio , en tanto que respecto a éste no existe ni identificación fotográfica inicial.

CUARTO.- Procede, en consecuencia, estimar el recurso, casar la sentencia recurrida y dictar sentencia absolutoria en la segunda sentencia que dictemos al efecto.

QUINTO.- Se declaran de oficio las costas procesales de esta instancia casacional (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º.- ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por las representaciones legales de los acusados **DON Jose Luis y DON Jose Antonio** , contra Sentencia 116/17, de 17 de marzo de 2017 de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Almería.

2º.- En consecuencia, CASAR Y ANULAR, en la parte que le afecta, la referida Sentencia núm. 116/17 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

3º.- DECLARAR de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por sus respectivos recursos.

4º.- COMUNÍQUESE la presente resolución y la que seguidamente se dicta a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 2146/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Militar

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Julian Sanchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

Dª. Ana Maria Ferrer Garcia



D^a. Carmen Lamela Diaz

En Madrid, a 12 de noviembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por las representaciones legales de los acusados **DON Jose Luis y DON Jose Antonio** , contra Sentencia 116/17, de 17 de marzo de 2017 de la Sección 2^a de la Audiencia Provincial de Almería. Sentencia que fue recurrida en casación por la representación legal de los recurrentes, y ha sido casada y anulada, en la parte que le afecta, por la Sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo. Por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen y bajo la misma Presidencia, dictan esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes antecedentes y fundamentos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- ANTECEDENTES DE HECHO.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

SEGUNDO.- HECHOS PROBADOS.- No se admiten los hechos probados de la sentencia recurrida, declarándose exclusivamente probado que se siguió un proceso por robo contra los acusados Jose Luis y Jose Antonio , sin que se hallan acreditado las circunstancias concretas del mismo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Procede la absolución de Jose Luis y Jose Antonio , del acusado delito de robo, con declaración de oficio de las costas procesales de la instancia.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Que debemos absolver y absolvemos a Jose Luis y Jose Antonio , del acusado delito de robo, con declaración de oficio de las costas procesales de la instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andres Martinez Arrieta Julian Sanchez Melgar Miguel Colmenero Menendez de Luarca

Ana Maria Ferrer Garcia Carmen Lamela Diaz