

ROBO CON INTIMIDACIÓN

JOSÉ IGNACIO ESQUIVIAS JARAMILLO
Fiscal

Palabras clave: robo con intimidación, rueda de reconocimiento.

ENUNCIADO

Dos personas entran en un local comercial de la ciudad de Melilla. Ángel exhibe una pistola de plástico al propietario del local, al que dice: «Esto es un atraco, dame todo el dinero»; Jesús exhibe un cuchillo a una de las empleadas solicitando la apertura de la caja. Ángel apunta con una pistola de considerables proporciones a otra persona. Ambos consiguen hacerse con una cierta cantidad de dinero y huyen del lugar.

Ya detenidos son objeto de un reconocimiento en rueda. Previamente, tras las investigaciones policiales, se habían efectuado reconocimientos fotográficos, con exhibición de distintas fotografías, todas ellas de las personas detenidas.

Durante el reconocimiento en rueda el testigo identifica a los acusados Ángel y Jesús, «pero no con plena seguridad», porque al parecer el aspecto físico de ambos había cambiado: estaban más aseados, afeitados y tenían el pelo más corto. No obstante, a pesar de ello, los reconoce y ratifica a presencia judicial y el juez se opone a una nueva identificación en la Sala de Vistas.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿Está viciada la rueda de reconocimiento por la previa exhibición de fotografías?

2. ¿Es válida la prueba de reconocimiento en rueda practicada para destruir la presunción de inocencia y la negativa del juez a una nueva identificación en la Sala de Vistas?
3. ¿Podría entenderse que el robo cometido tiene menor entidad, según lo dispuesto en el artículo 242.3 del Código Penal? ¿Qué incidencia tendría en la pena?

SOLUCIÓN

1. Con la primera pregunta se establece la clara relación entre el reconocimiento en rueda y el reconocimiento fotográfico. Se pretende evitar o disminuir los efectos probatorios del reconocimiento en rueda por haber teledirigido la detención, al utilizarse fotografías de las únicas personas a detener. Es como si la policía hubiese dirigido la voluntad del testigo, a quien tan solo se le muestran las fotos de los que van a ser detenidos y que son objeto de reconocimiento en rueda con posterioridad. Si a un testigo no se le da otra opción de posibles autores que los que han de ser o no reconocidos en las fotos, si no hay diversidad, siendo que dos son las personas de las fotos y dos los que han de ser detenidos tras el sí, parece como si al disminuir la posibilidad de posibles autores no haya libertad en el testigo, viciándose así la voluntad de este en la diligencia de investigación policial. De tal manera que el vicio procedimental abarca tanto el reconocimiento fotográfico como la rueda de detenidos.

Pero como la cuestión se centra en el reconocimiento fotográfico, dejando para la siguiente pregunta los vicios o la validez de la prueba del reconocimiento en rueda, ahora nos centramos en los criterios de interpretación jurídica de la diligencia de investigación previa policial mediante fotografías.

Es verdad que hay una investigación dirigida sobre fotos de las dos únicas personas que posteriormente son detenidas e identificadas en la rueda de reconocimiento. ¿Ello significa la existencia de algún vicio invalidante?

Vaya por delante la precisión de que es intrascendente que las fotos fueran exclusivas de los detenidos o diversas, referidas a otras personas, tanto si son similares como si son de diferentes características. También sería relativamente irrelevante que haya o no influido en el reconocimiento en rueda posterior de la prueba. Y ello es así por la sencilla razón de que la jurisprudencia ha indicado en reiteradas ocasiones que «la diligencia de identificación del sospechoso mediante la exhibición de una pluralidad de fotografías en la Comisaría *no es en absoluto prueba de cargo*». Es una diligencia de investigación de posibles sospechosos perfectamente válida, atendiendo a la realidad actual del tiempo en que se vive y a los medios de que se dispone. Es incluso una diligencia aconsejable; pero no debe ir más allá, pues no se puede convertir en una diligencia con valor probatorio. No se cuestiona la «legitimidad» del medio como investigación. Diríamos, incluso, que haber visto con anterioridad a la persona no afecta a la veracidad o fiabilidad del reconocimiento por fotografías. Criterio perfectamente aplicable al reconocimiento en rueda, previo reconocimiento fotográfico, y previa visualización de la persona o personas en el establecimiento comercial. La confianza que se deposita en la identificación por la policía a través de fotografía no afecta al reconocimiento posterior en

rueda, ni, en consecuencia a otras pruebas posteriores (testificales, por ejemplo). La cuestión es en un cambio de perspectiva: no se trata de discutir acerca de los vicios invalidantes del reconocimiento de Jesús y de Ángel, sino antes al contrario, dar por válidas, por sí mismas, las verdaderas pruebas posteriores (rueda, testifical, etc., al margen de la investigación de la policía por fotografías. Esta no se conecta a aquella. Son, pues, trámites procedimentales independientes.

2. ¿Pero qué sucede con la diligencia de reconocimiento en rueda aisladamente considerada, si como hemos dicho nada tiene que ver con lo investigado por la policía antes? Se observará, entonces, que la cuestión está centrada en la frase que emplea el texto. («Durante el reconocimiento en rueda el testigo identifica a los acusados Ángel y Jesús, pero no con plena seguridad, porque al parecer el aspecto físico de ambos había cambiado: estaban más aseados, afeitados y tenían el pelo más corto».) Es cierto que el testigo reconoce a los acusados «pero no con plena seguridad», ahora bien, si el testigo explica que ha habido un cambio en su aspecto físico –motivado por el aseo o cualquiera de las otras precisiones que se hacen–, y añade que, a pesar de ello, los reconoce y ratifica a presencia judicial, ese dato puede determinar la validez de la prueba, unido evidentemente a otros. Téngase en cuenta que el reconocimiento en rueda no es un medio de prueba necesario, porque no toda prueba lo es, sino que es un medio de prueba más, entre otros, que se practica cuando hay dudas y se precisa para la identificación del autor o autores. O sea, no se practica la rueda de reconociendo si ya se conocen los autores o existen otras pruebas que acreditan la autoría. Pero, no obstante lo dicho y teniendo en cuenta que se ha practicado, conviene decir (citando a la jurisprudencia en estos casos) que si ha intervenido el letrado en el reconocimiento en rueda y se han cumplido todas las garantías, «los reconocimientos identificativos son una modalidad del testimonio que, debidamente sometidos a contradicción en el acto del juicio, pueden ser valorados libremente». Se supone, en consecuencia, que la contradicción de la diligencia de reconocimiento en el juicio oral, con las consiguientes preguntas al testigo que intervino en la rueda, como a los acusados o identificados en su caso, permite formar la convicción del juez sobre el valor probatorio mayor o menor del reconocimiento. La ratificación ante el juez pudo servir para destruir la presunción de inocencia, sin que sea necesaria la nueva identificación en juicio, posible en otro caso. Puede, aun cuando no siempre es conveniente si la prueba está clara, admitirse la identificación en la Sala de Vistas.

3. Para dilucidar si el hecho cometido en el establecimiento, por la forma empleada, es susceptible de ser calificado por el artículo 242.3 del Código Penal como de menor entidad, en lugar de por el párrafo 1.º del artículo y, por tanto, con una pena inferior en grado a la básica, para llegar a la conclusión de mayor benevolencia, es preciso acudir a criterios «objetivos». Veamos: la menor entidad de la violencia o intimidación se viene refiriendo (así lo dice la jurisprudencia) a los dos bienes jurídicos protegidos por la norma: «La Libertad e Integridad de la persona». En cuanto a «las restantes circunstancias del hecho», que es un elemento de menor trascendencia que el anterior, significa analizar otras cuestiones como: el lugar de comisión (no siendo lo mismo en la calle que en un local); el sujeto o los sujetos (eran dos los autores, no uno); el número de personas atracadas, las posibilidades de defensa, la situación económica, etc. y, finalmente, la que con más reiteración se utiliza por la jurisprudencia a la hora de decidir si aplica el párrafo tercero del artículo 242 dentro de la expresión «restantes circunstancias del hecho», es «el valor de lo sustraído», sin que quepa cifrar exhaustivamente las cantidades del discernimiento.

Aplicada la doctrina jurisprudencial al caso, vemos que se exhibe un cuchillo y se utiliza una pistola de considerables proporciones; que son dos los autores y que son varias las personas atracadas. Del dinero no se dice otra cosa excepto que se llevaron «una cierta cantidad de dinero», sin más. El apoderamiento no puede considerarse con una mínima intimidación. En el local había varias personas sin posibilidad de ayuda. Dos atracadores aumentan la intimidación y el aseguramiento de la empresa. Los medios empleados coadyuvan, impidiendo a las personas escapar de la coyunda.

Por tanto, la fundamentación de la sanción se ha de basar en los hechos descritos, objetivamente considerados, sin que la cuantía indefinida del dinero o la indefinición del arma empleada (verdadera o simulada) reste cuantificación a la intimidación producida, porque el precepto del artículo 242.3 del Código Penal nos invita a la reducción de la pena del tipo base en atención a la menor entidad del hecho. Ahora bien, el cuchillo, o la utilización de armas, tras la aplicación del tipo base del párrafo 1.º del artículo 242 con pena de dos a cinco años, conlleva la aplicación del párrafo segundo, pena en su mitad superior, que se calcula a partir de la anterior; es decir, de 37 a 60 meses. Sucede, entonces, que la pena, al no poderse imponer inferior en grado por la inaplicación del párrafo tercero del artículo 242.3, no puede ser inferior a dos meses y, por disposición del párrafo 2.º derivado del anterior, circunscrito entre dos y cinco años; ahora, por la agravante específica de armas, no sólo no bajará de dos años, sino que tampoco lo hará de 37 meses, siendo que, de no utilizar armas, la pena mínima habría sido de 24 meses (dos años). Véanse los artículos 73 y siguientes del CP sobre reglas de aplicación de penas, en su relación con el artículo 242.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 73 y 242.
- SSTC de 21 de julio y 30 de octubre de 1989, 7 de marzo de 1991, 6 de febrero de 1995 y 25 de marzo de 2002.
- SSTS de 8 de mayo de 1996, 10 de diciembre de 1999, 3 de abril de 2001, 8 de febrero y 22 de abril de 2002.