



Escuela de
**PRÁCTICA
JURÍDICA**

Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID



CURSO ESPECIAL SOBRE

DEFENSAS PENALES

CURSO ESPECIAL «DEFENSAS PENALES»

MATERIALES 1.^a Y 2.^a SESIÓN
(CUESTIONES PROBATORIAS)

LA RUEDA DE
RECONOCIMIENTO

[...DEL LIBRO: RECONOCIMIENTOS EN RUEDA Y MEDIANTE RUEDAS
MASIVAS DE ADN -*Cautelas y procedimientos para minimizar el error en la*
asignación de la tipicidad penal-

Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles
Catedrático de Derecho Penal
Abogado

CAPÍTULO I

PORTADA: LOS DESASTRES DE LA RUEDA

1. UN CASO, BOTÓN DE MUESTRA

I. Erase una vez un holandés, H, que fue confundido y pasó casi 13 años en prisión. Pero no es un cuento, H existe y fue privado de libertad hasta 2016 desde un tan lejano 2 de septiembre de 2003, porque la confusión se produjo no en cualquier sitio, en un parque o en un café, ni por cualquiera –alguien por la calle cree estar ante un amigo–, sino que la equivocación precisamente fue en un juzgado durante la celebración de una rueda de reconocimiento y por las víctimas de muy graves delitos –que ellas habían sido víctimas, ni era confuso, ni era un error–. “Entre las 4:30 horas y las 5:00 horas del día 10 de agosto de 2003, V1 se encontraba en la calle Miguel Bueno de Fuengirola cuando se le acercó ‘H’, mayor de edad y sin antecedentes penales, y se abalanzó sobre ella, golpeándola con fuerza varias veces. A continuación la tiró al suelo y tras romperle los pantalones y quitarle las bragas, intentó introducirle su pene u otro objeto en la vagina”, hechos probados de la sentencia que condenó a H.¹ “Pasamos a analizar las declaraciones vertidas en el plenario”, se puede leer en otro lugar de la sentencia, “tanto del propio acusado como de los testigos que depusieron en dicho acto, debiendo señalar que aunque el acusado negó haber atacado a chica alguna e incluso negó su presencia en Fuengirola el día de los hechos, alegando que se encontraba con unos amigos en Torremolinos, en ningún momento ha aportado dato alguno que pudiera haber dado pie a concretar a lo largo de la investigación ni en el acto del juicio su versión autoexculpatoria”.² ¿El acusado teniendo que probar su inocencia?, ¿teniendo que aportar

¹ SAP de Málaga, Secc. 2.^a, de 25 de mayo de 2005.

² Sin rueda, quizás la opinión de la Sala hubiera cambiado. La lectura de estos pasajes recuerda a los de la STS de 12 de octubre de 2005, absolutoria de un acusado que aseguraba también no haber estado en el lugar de los hechos, y a quién también en la sentencia de instancia se le había exigido –erróneamente– probar él su versión autoexculpatoria, lo cual no es aceptado por el Tribunal Supremo: “1.- En sus motivos segundo, tercero y cuarto y al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denuncia Miguel la violación del derecho a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24 de la Constitución (CE), para lo que achaca a la sentencia el que ha basado la condena de Miguel en las declaraciones de los otros dos acusados y en que la versión exculpatoria de Miguel no habría sido corroborada. Base a la que el recurrente viene a objetar que la utilización en contra

algún dato que concrete su llamada aquí “versión auto-exculpatoria”?, podríamos preguntarnos. Y como la respuesta a buen seguro que no puede, ni debe ser que sí – porque son las acusaciones las que deben probar siempre y todo–,³ quizás se dirá: no, el acusado H no tenía que probar su inocencia, sino en su caso destruir los indicios que ya obraran en su contra, presentados por las acusaciones.

¿Y cuáles eran esos indicios entonces?, volveríamos entonces a preguntarnos. La sentencia es sumamente escueta al respecto: “El policía con carnet profesional núm. 001 declaró en el plenario que vio a la primera víctima, V1, que estaba en estado de shock, y presentaba golpes (...), le dijo que había sido agredida (...) estaba fatal, llorando y no se podía expresar por lo afectada que estaba, (...) la llevaron al hospital, añadiendo que ella hizo una descripción del agresor”. En otro lugar, la sentencia añade: “No vio a la persona que lo hizo, ni recordaba que le quitara las bragas, rompiendo a llorar en ese momento. A continuación añadió que tiene amnesia, y que no recordaba lo que le dijo a la policía”.

II. Hasta aquí, pues, resulta claro que el órgano jurisdiccional contaba con prueba de la agresión, sin duda; pero en cambio parece existir un clamoroso vacío probatorio

del acusado de la versión auto-exculpatoria es gravemente atentatoria contra el principio de presunción de inocencia y el derecho a no declarar contra sí mismo; (...) que la Audiencia no ha tenido en cuenta un cúmulo de pruebas exonerantes respecto a Miguel. 2.- La cuestión probatoria, en lo que se refiere a la intervención de Miguel en la inmovilización y amordazamiento de Ramón, la sustracción de dinero y efectos a Ramón y la muerte de éste, queda delimitada en si dicho acusado estuvo en la vivienda de la víctima entre el 30 de octubre y el 2 de noviembre en que se produjeron aquellos acontecimientos según el factum. Miguel, a lo largo de sus declaraciones, el 05/12/2002, el 04/08/2003 y el 24/03/2004 (juicio oral) siempre ha negado que estuviera en la casa de Ramón, (...). Parece que en la sentencia se trata de señalar como elementos externos, corroboradores de la versión inculpativa aportada por los coacusados, dos contraindicios: 1) que la coartada esgrimida por Miguel acerca de que se marchó desde Alicante a Elche a casa de una amiga no ha sido mínimamente justificada por Miguel en cuanto ni siquiera facilita datos identificadores de la mujer, y 2) que es pueril la explicación (que da en un determinado período Antonio) de que los coacusados inculparon a Miguel a causa del despecho originado porque ese acusado los excluyó del albergue en Elche. (...) Lo que ocurre es que los contraindicios aparecen sin la fuerza suficiente como para reputarlos elementos externos que avalen la veracidad de las declaraciones de los coimputados; y, aunque lo fueran, no podrían ser reputados decisivos para reafirmar las heteroinculpaciones y excluir la autoexculpación, pues enfrente habría que valorar otro indicio, cuya base está acreditada pericialmente: en la casa de la víctima fueron halladas huellas dactilares de Antonio y de Francisco, no de Miguel. (...) Miguel debe ser absuelto en una segunda sentencia que se dicte a continuación”.

³ Para unos, conforme al principio de la presunción de inocencia, para otros según el derecho fundamental de defensa, cfr. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Variaciones sobre la presunción de inocencia, págs. 32 y s., 54 y s., *passim*.

respecto de la fisonomía del agresor, que no es ya una cuestión de indicios, puesto que aconteció una total ausencia de declaración plenaria de la víctima al respecto y, por otro lado, su supuesta descripción ante la policía quedó para siempre empañada porque el propio atestado policial reconocía que “no se podía expresar por lo afectada que estaba” y que “no vio a la persona que lo hizo”. ¿Y entonces?

Entonces había una vecina, una vecina en la ventana, la vecina en la ventana que ve el delito y es un primor testificando.⁴ “La testigo T. manifestó que oyó gemidos de auxilio, que vio a un hombre de raza blanca, fuerte, de 1,75 de estatura, 30 años, pelo claro que se detuvo unos 10 o 15 minutos. Se ratificó en sus anteriores declaraciones y reconoció en el acto del juicio al acusado sin duda ninguna como el hombre al que vio ese día en las inmediaciones del domicilio. En sus declaraciones policial y judicial detalló que en las inmediaciones del lugar no había nadie más”. Y por todo ello, el tribunal concluye: “El dato más importante es el reconocimiento por parte de T., la cual, como hemos visto, escuchó gemidos y desde su ventana observó al acusado, en actitud de espera unos quince minutos. Se trataba de la misma calle en la que había sido atacada V1, y la señora ha manifestado que por allí no había nadie más. La víctima no lo ha podido identificar y en el plenario manifestó que no recordaba lo que le había manifestado a la policía, constando en el atestado policial que les dio unos datos de su agresor coincidentes en gran medida con los aportados por el resto de los testigos”; datos del agresor que, añadámoslos nosotros, eran: pese a que –perdón por la insistencia– había dicho que no lo vio, los datos eran, ya se sabe, los consabidos blanco, fuerte, 1,75 de altura, de unos 30 años de edad, y pelo claro; unas características físicas que muy bien casan con una apabullante generalidad de personas, pues, salvo el cabello claro, las demás son las habitualmente acordes con un agresor de este tipo: si no se recuerda la altura, porque no destacó particularmente ni por alto ni por bajo, se dice un término medio de 1,75; de un agresor se espera y así –aparentemente– se recuerda que fuera “fuerte” –otras veces se dice corpulento–, porque si no difícilmente podría agredir, rasgar vestidos, etc., y por fin, a falta de mayores datos, se busca también un término medio de edad: 30 años es una cifra ponderada adecuada, ni muy joven, ni de una edad ya avanzada. Todo ello, las más de las veces inconscientemente, como veremos.

⁴ “*Testigos-milagro*” ha sido bien dicho en alguna ocasión (Floriot, *Los errores judiciales: “prefiero [...] incertidumbre, a la seguridad de esos ‘testigos-milagro’, capaces de fotografiar de manera indeleble la fisonomía y el aspecto de la gente que no han visto más que de una manera imperfecta”* [pág. 123]; vid. también págs. 128 y ss.).

¿Y sólo esto había?, se dirá, ¿esos únicos datos generales, sin más? Pues no, ciertamente no, porque resulta que no una, sino tres agresiones se imputaron a H, ya que otras dos veces, además de la que acabamos de ver, H fue reconocido supuestamente sin ningún género de dudas por otras dos víctimas de intento de agresión sexual esa misma noche: otra de las víctimas, V2, “declaró que estaba en la Avda. de Mijas y una persona le pidió fuego. A continuación oyó unos pasos y al volverse, le dio un puñetazo en la cara. Le sujetó las dos muñecas con una mano, le subió la falda de un tirón, y le hizo daño en las piernas (...) cuando se acercó un coche le cogió el móvil y el bolso y salió corriendo”. La sentencia continúa: “Que reconoció al agresor en su día sin ninguna duda y en el plenario también lo reconoció cuando sin ser vista pudo verlo, insistiendo en que era él, que no tenía duda y mostrando signos de una gran afectación ante la visión del acusado, añadió que era un ‘hijo de perra’ y que ‘te lleven al infierno’, pidiendo después perdón por sus palabras”.

Y por fin, la tercera víctima, “V3, declaró que un hombre le dio un puñetazo, la echó contra unos escalones, la arrastró, le abrió las piernas queriendo violarla y en ese momento salió una vecina por la ventana y comenzó a dar voces y entonces él salió corriendo. Que reconoció la camiseta y el pantalón del agresor y a éste. Cuando lo reconoció en el plenario, sin ser vista, se echó a llorar y manifestó que sin duda era la persona que intentó abusar de ella y además le quitó la cartera”.

III. La condena: más de 10 años de prisión; víctimas que reconocen, una vecina que también, víctimas que rompen a llorar al ver al acusado en el banquillo, víctimas señalando al acusado en el plenario, crimen nefando, víctimas que no dudan –y no dudamos de que no dudasen–, víctimas que ofrecen descripciones y sin embargo tan generales, ciertamente, que encajarían con casi cualquiera. Pero resulta que como puso de manifiesto la sentencia de revisión del Tribunal Supremo casi 13 años después del caso de H,⁵ habiéndose practicado “pruebas genéticas”, “se revelan datos nuevos y posteriores a la sentencia”, siendo así que “la prueba de ADN tiene un carácter técnico e identificador de superior valor que las pruebas en que la sentencia condenatoria (...) se basó, ésta en la declaración de una vecina, T, que ratificándose en sus declaraciones anteriores, reconoció en el plenario al acusado sin duda alguna ‘como el hombre al que

⁵ STS de 10 de febrero de 2016, en recurso extraordinario de revisión.

vio ese día en las inmediaciones del domicilio’”, de tal modo que “por ello, como el Ministerio Fiscal señala en su informe apoyando el recurso, ‘no obstante reconocer el valor y respeto que merece esta prueba personal, nos encontramos ante una nueva prueba como lo es el resultado de las pruebas de ADN realizadas sobre perfiles genéticos hallados, que con una técnica más precisa y avanzada permite una mayor certeza en la identificación que en este caso excluye la participación de H en el delito agresión sexual cometido en la persona de V2’, lo que evidencia su inocencia”. Cerremos pues con una nueva pregunta: ¿Y por qué recalca el informe del Ministerio Fiscal que de todas formas se ha de reconocer el “valor y respeto que merece esta prueba personal”, una prueba personal cuya valoración mantuvo a H 13 años en prisión? Sobre ello vamos a debatir en las próximas páginas; sirva este primer ejemplo, horrendo, de frontispicio de nuestras reflexiones.

2. MÁS CASOS, DEMASIADAS MUESTRAS

I. Una de las mayores fuentes de error judicial –y está empíricamente demostrado– la constituyen las falsas identificaciones producidas por testigos, muy en particular las propias víctimas, en los reconocimientos en rueda.⁶ El error judicial –si es que, tras la falsa identificación, se llega a él, porque no se detecta– es doble y muy grave: se deja libre al autor de los hechos y, aún peor, se encarcela a un inocente. Se puede hablar de verdaderas víctimas de las ruedas de reconocimiento: unas, descubiertas –aunque algunas muy tardíamente– (el ciudadano holandés recién referido, u otros que veremos a continuación: José Manuel R., Ahmed Tommouhi, Ricardo Cazorla, Rafael Ricardi, el supuesto ‘violador de Aluche’ y otros), y por ello al menos admitidas finalmente como víctimas de error judicial con sus nombres y apellidos. Otras, sin embargo, todavía anónimas, personas a buen seguro encarceladas sin que nadie les crea, porque fueron *reconocidas por sus víctimas*.

⁶ Cfr., entre otros muchos, ya desde Peters, Fehlerquellen im Strafprozess, *passim*, quien también se refiere en este mismo contexto a las erróneas identificaciones mediante fotografías; en el mismo sentido: López Barja de Quiroga, Tratado de Derecho procesal penal (I.), pág. 1303; Sydow, Fehlerquellen beim Wiedererkennen durch Zeugen – Zugleich Besprechung von BGH 5, StR 372/12, págs. 1 y ss., o Rademacher, Falsche Identifizierung durch Augenzeugen, pág. 1; históricamente, Stern, Die Aussage als geistige Leistung und als Verhörprodukt, págs. 269 y ss.; así también las dos monografías sobre la materia de los últimos años en Alemania: Schenk, Gegenüberstellung im Strafverfahren – Unter besonderer Berücksichtigung der psychologischen Forschung und des englischen Strafprozesses, *passim*, y Hofmann, Personenidentifizierung durch Zeugen im Strafrecht, *passim*; e igual situación en el Reino Unido: Roberts/Zuckerman, Criminal Evidence, págs. 684 y ss., 687 y ss.

En el actual estado del saber jurídico y, sobre todo, en el actual estado de la difusión siquiera sea vía internet –por así decir, *a nivel usuario*– de los conocimientos que nos brinda la ciencia de la psicología del testimonio, resulta inexplicable el peso y valor que todavía se sigue concediendo en la praxis judicial española, sin filtro alguno, a las ruedas de reconocimiento. Valor y respeto reverencial: la víctima señalando ‘sin dudas’. Hasta su denominación es errónea: ruedas ‘*de reconocimiento*’, como si fuese un intangible *prius* la pretendida circunstancia de que el sospechoso *es* el autor, y a este propósito lo único que restaría simplemente sería *re-conocerle* por parte de la víctima o el testigo. Y no es verdad: el sometido a rueda puede o no ser el autor, así que es muy equívoco utilizar el término ‘reconocer’, casi en el sentido de asentir. Tal es el peso inexorable de la tradición decimonónica, impermeable según parece –lamentablemente– al paso del tiempo y a los avances de los análisis y de las ciencias, en particular la citada psicología del testimonio.

II. H no ha sido el único, ni será el último. Que se lo digan también a José Manuel R., un abogado gallego que una y otra vez fue detenido como atracador de bancos –nada menos que hasta trece veces–, porque sistemáticamente las víctimas lo identificaban (por error); primero en el álbum de sospechosos, y *después* –como si esta segunda fase fuese algo distinto tras el primigenio y definitivo error sobre el álbum– en la posterior rueda de reconocimiento. Su pecado: parecerse al verdadero atracador –aunque no demasiado, a juicio de quien estas líneas escribe–; y sobre todo, su penitencia: estar incluido en dichos álbumes de fotos. La primera vez que se introdujo su fotografía en los mismos fue debido a un “antecedente policial” y su mantenimiento –en definitiva– a la muy habitual y consentidamente inconstitucional práctica de no cancelar jamás dicha suerte de alegales antecedentes; las demás veces, porque su aparición en los álbumes de *los sospechosos habituales* era ya lógica, porque ya había sido *reconocido* esa primera vez, de tal modo que en esa especie de que *quien hace un cesto, hace ciento*, se considerara oportuno incluirle siempre en las fotos a enseñar a propósito de cualquier atraco del lugar. Y aunque el letrado consiguió demostrar el error –que nadie creía hasta que por fin el verdadero atracador fue detenido–, de todas formas encima parecía que no tenía derecho a quejarse: la mejor prueba de la *bondad* de tal técnica policial y judicial –álbum más rueda– sería que efectivamente las víctimas le *reconocían* ‘sin ningún género de dudas’ –dicho sea todo esto con la ironía que sólo nos permitimos precisamente porque la usamos para denunciar tan lamentable situación–.

La supuesta credibilidad de las ruedas era tal, que cuando José Manuel se hizo con un diario en el que apuntaba todo lo que hacía, en particular dónde y con quién, para luego poder exhibir coartada, algunos de los jueces de instrucción mostraban impenetrables suspicacias incriminadoras, llegando incluso hasta las advertencias de proceder por falso testimonio a quien como testigo de que había estado con José Manuel osase poner en entredicho el 'buen fin' de la instrucción plasmada en la identificadora rueda. En uno de los procesos, José Manuel fue condenado en primera instancia a 9 largos años de prisión, condena que finalmente fue revocada al día siguiente de la detención del verdadero atracador; un día después seguro que no por casualidad, sino porque –como decimos– se ve que la Justicia estaba atenazada esperando a resolver el recurso de apelación a ver si se producía la detención, porque sin tal apresamiento de *otro culpable* no se animaba a contradecir a lo que parece querer verse –junto con la confesión–⁷ como una de las grandes reinas de las pruebas: un grupo, un cristal opaco por un lado, una rueda y una víctima señalando a una persona, así que parece que se esperó a resolver el recurso de apelación, como decimos, para que fuese ya el recién detenido –y no el órgano jurisdiccional– quien contradijese el resultado de la 'inatacable' rueda.

Craso fue el asunto, pero a la postre muy instructivo: como no querían exonerarle pese a llevar a testificar a quienes eran sus amigos, y eso que no se puede pretender que José Manuel pasase sus días con desconocidos, pero se decía que eso de que fuesen amigos los convertía en sospechosos de tener interés; ni tampoco eran aceptados como testigos fiables los dueños y camareros de la cafetería donde desayunaba o sus compañeros abogados –pues le seguían llamando a ruedas y, tras ellas, imputando–, José Manuel se tuvo que buscar un testigo intachable: la fe pública, un notario ante el que llegó a hacer más de 100 comparencias, en la esperanza de que durante alguna de ellas se produjese algún atraco en un banco, celebrasen la rueda y le incriminasen como siempre: entonces sacaría –y sacó– el acta notarial de comparencia y pondría de manifiesto el revés del derecho: un inocente teniendo que probar su inocencia, porque ciertamente se ha acabado santificando el valor de la rueda de reconocimiento frente a todo y frente a todos, como vimos en el caso de nuestra víctima holandés, a quien hasta pareció que se reprochaba que no probase su inocencia; veneración de la rueda frente a todo el caudal de casos que, uno tras otro, año a año, condena errónea tras condena

⁷ “La religión de la confesión”, que señalase Floriot, Los errores judiciales, pág. 75.

errónea, demuestran lo desacertado del completo sistema de las ruedas; y frente a todos los que desde la psicología del testimonio –única máxima de la experiencia para producir una valoración racional de este tipo de prueba– alzan sus voces, de momento como si nada, frente a la secular y perniciosa práctica. El reportaje que el conocido programa de televisión ‘Documentos TV’ dedicó a José Manuel muestra un panorama desolador.⁸

Ese mismo programa también fue dedicado a otro suceso todavía más triste, el de Ahmed Tommouhi y Abderrazak Mounib, éste último fallecido en prisión aún como culpable, ambos identificados erróneamente en rueda. Condenados por varias violaciones, cuatro años después apareció el verdadero autor, pero el obligado Recurso de Revisión contra las sentencias firmes solo prosperó allí donde se habían obtenido restos de semen que facilitaron la prueba de ADN. Así que respecto de Tommouhi, el preso aún vivo y encarcelado, la solución no era sencilla: para el resto de los casos por los que había sido condenado y que no tenían posibilidad de la prueba del ADN, ya solo quedaba la vía del indulto que, no sin razones, Tommouhi rechazaba tajantemente: se indulta a culpables y él se negaba a tener que reconocerse como tal; se indulta la pena, no el delito, que ni se niega, ni se extingue, al contrario: se presupone.⁹ Es más, el indulto presupone como requisito –“especialmente”– el arrepentimiento del condenado y la asunción del delito. Tal exigencia parece contraria a la dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia,¹⁰ pero lo cierto es que sigue siendo derecho positivo.¹¹ Y un

⁸ “El quinto por la izquierda”, Documentos TV, accesible en www.rtve.es o simplemente buscando en YouTube bajo el título del reportaje. Sin duda la situación no es exclusiva de España: para este mismo contexto, Köhnken/Sporer, Identifizierung von Tatverdächtigen durch Augenzeugen, págs. 1 y s.

⁹ Cfr., exhaustiva, Carracedo Carrasco, Pena e indulto, Tesis doctoral UAM (depósito: 15 de mayo de 2017), *passim*, de próxima publicación; Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Una lectura crítica de la Ley de Indulto, InDret 2/2008, pág. 6.

¹⁰ La dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia o irradiación más allá del juicio probatorio, ha sido reconocida por el TEDH reiteradamente (cfr., con completa cita jurisprudencial, Allué Buiza, Una presunción de inocencia extensa y poco intensa, págs. 370 y ss.: Lawlents v. Letonia [28-11-2002], Allenet de Ribemont v. Francia [10-2-1995], Minelli v. Suiza [25-3-1983], Butkevicius v. Lituania [26-3-2002], en España: Lizaso Azconobieta v. España [28-6-2011]). Pese a que la doctrina del TEDH es que existe vulneración de dicha dimensión extraprocesal cuando se han producido declaraciones de autoridades fuera del proceso que presuponen la culpabilidad, antes de la sentencia (cfr. Gascón Inchausti, Lizaso Azconobieta c. España: Dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia y derecho al honor, págs. 364 y ss., 355 y ss.), pocas o ninguna diferencia apreciamos en estos otros supuestos posteriores a la

tal arrepentimiento era difícil de obtener de Tommouhi, quien una vez más tenía razón. Es más, incluso sin indulto, hasta para su simple progresión en grado se exige igualmente su arrepentimiento,¹² una vez más el colmo para una persona que es inocente.

La Guardia Civil se mostró sumamente activa a la hora de poner de manifiesto el error judicial, pero, cuando lo hizo, la *res iudicata* ya había desplegado todos sus efectos. Años y años de prisión. Comentando este caso, el magistrado del Tribunal Supremo español Perfecto Andrés Ibáñez apuntaba acertado: “En la cultura judicial vigente, en particular en materia de delitos contra la libertad sexual, pesan mucho tres tópicos: que el juez tiene una especial capacidad para leer la verdad en el testigo; que por eso la testifical es una prueba de valoración fácil; y que el testigo-víctima merece un plus de credibilidad, por lo que su declaración inculpatoria o la identificación hecha por él, puede/debe bastar; y eso que, como también se recuerda, los tres tópicos están ampliamente desmentidos por la psicología del testimonio y ninguno [es] cierto”.¹³

Suma y sigue, Rafael Ricardi, o el denominado ‘violador de Tafira’, Ricardo Cazorla: “El Tribunal Supremo excarcela a un hombre condenado a 36 años por violaciones que no cometió – La pena se basó en que una víctima le reconoció 10 años después [sic], pero el ADN no coincidía – Ha pasado más de dos años y siete meses en prisión, desde julio de

sentencia, ciertamente, en los que se obliga a estos inocentes a reconocer la culpabilidad; lo dejamos únicamente apuntado porque su concreto análisis sobrepasaría el objeto del presente estudio.

¹¹ Cfr. art. 25 de la Ley de 18 de junio de 1870, de Reglas para el ejercicio de la Gracia de indulto: “El Tribunal sentenciador hará constar en su informe, siendo posible, la edad, estado y profesión del penado, su fortuna, si fuere conocida, sus méritos y antecedentes, si el penado fue con anterioridad procesado y condenado por otro delito, y si cumplió la pena impuesta o fue de ella indultado, por qué causa y en qué forma, las circunstancias agravantes o atenuantes que hubiesen concurrido en la ejecución del delito, el tiempo de prisión preventiva que hubiere cumplido, su conducta posterior a la ejecutoria, y especialmente las pruebas o indicios de su arrepentimiento que se hubiesen observado, si hay o no parte ofendida, y si el indulto perjudica el derecho de tercero, y cualesquiera otros datos que puedan servir para el mejor esclarecimiento de los hechos, concluyendo por consignar su dictamen sobre la justicia o conveniencia y forma de la concesión de la gracia”.

¹² Cfr. Ley General Penitenciaria, -entre otros- el art. 65.2: “La progresión en el tratamiento dependerá de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva”.

¹³ Andrés Ibáñez, en: diario El País, 7 de febrero de 2010, pág. 39.

2007",¹⁴ fueron los titulares de prensa, los que demuestra la paradoja de que estos errores sean tan llamativos para los medios generalistas, como curiosamente tienen dificultad precisamente de aparecer en los medios especializados jurídico penales, así como de ser analizados con soluciones que los atajen. En el caso al que corresponde el titular referido, el Tribunal Supremo en la resolución del Recurso de Revisión no pudo ser más claro: "(...) la detención del acusado (...) se produjo cuando la primera [de las víctimas], Ascensión, diez años después de la agresión creyó reconocerlo por la calle y avisó a la policía (...). Pues bien, en el atestado policial instruido diez años antes a raíz de la agresión sufrida, ésta víctima declaró que 'no podía describir la cara porque se asustó y prefirió no mirarle'".¹⁵ La policía, tras dicha primera 'identificación' (*sic*), avisó a todas las en su día denunciadas de la zona, pero un tercio de ellas no le reconocieron en las respectivas ruedas. Pues bien, a pesar de ello, la consecuencia de los no reconocimientos fue que simplemente tales denunciadas permanecieron ajenas al proceso, es decir, no se les hizo el ofrecimiento de acciones, en vez de que ello hubiera dado lugar a lo obvio: replantearse la completa 'identificación' de todas las demás denunciadas que sí le 'reconocieron' en rueda. En pocas palabras, las mujeres que reconocían daban lugar a nuevas imputaciones, las que no –en un número muy considerable–, no daban lugar a nada, es decir, no dieron lugar a que el órgano jurisdiccional valorase la posibilidad de un error judicial. Unas declararon que llevaba un gorro que le cubría parte de la cara, todas que era de noche y estaba oscuro, y por si fuera poco, el identificado, 10 años después, pesaba una treintena de kilos más que lo que supuestamente pesaba el agresor en 1997. Pero claro, cuando en el acta de la rueda aparece que las declarantes reconocieron a Ricardo "sin ningún género de dudas", al órgano sentenciador no le es fácil sustraerse a ello, hasta que el Tribunal Supremo afortunadamente revocó la sentencia.

Otros casos de errores de identificación dieron lugar a prisiones provisionales en los primeros estadios de la investigación, y así en los del denominado "violador de Aluche" o del "violador del ascensor", en los que más tarde las pruebas de ADN pudieron demostrar que los inculcados eran inocentes.¹⁶

¹⁴ Diario El Mundo (Europa Press), 3 de febrero de 2010, pág. 17; sea citada la información periodística simplemente a título de ejemplo y resumen.

¹⁵ STS 158/2010, de 2 de febrero; vid. también Pastor Alcoy, Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia, págs. 93 y ss.

¹⁶ Cfr. Soleto Muñoz, La identificación del imputado, pág. 192.

III. Del mismo modo, en otros países, ahora y antaño. En Francia, históricamente, baste ilustrarnos con el viejo proceso del conocido como ‘caso del correo de Lyon’, allá por 1796, cuando un error de identificación en la sala de espera de un juez llevó al patíbulo a un pobre desventurado –como más tarde se acreditaría–: y es que, en aquella época este tipo de errores tenían esa clase de terribles consecuencias.¹⁷ En Alemania, la literatura científica presenta desde hace años numerosos supuestos de recursos extraordinarios de revisión que prosperaron y demostraron que la sentencia condenatoria hundía sus raíces en arenas movedizas: en una identificación en rueda que era, por ejemplo, fenomenológicamente imposible.¹⁸ Así, testigos que habían creído reconocer en rueda a quien supuestamente habrían visto salir del lugar de los hechos por la noche, pero más tarde, en el proceso de revisión, se demostró que ello era fácticamente inaceptable: la distancia desde su posición hasta la casa desde donde habría salido la persona que creyeron reconocer en rueda era de 265 metros –esta distancia fue medida por vez primera en ese segundo proceso de revisión–; la prueba pericial efectuada constató que con la oscuridad reinante el día de autos, únicamente era posible reconocer un objeto o a una persona, como mucho, a una distancia no superior a 50 metros. Por ello, cualquier intento de posterior observación en rueda resultaba absurdo: en la rueda se trata de identificar *de nuevo* a la persona que el día de autos se habría visto; si esta primigenia identificación no fue posible, la rueda resulta sencillamente impracticable, y todo es sencillamente una cuestión de azar. Esta misma literatura científica, por ejemplo, también refiere otro supuesto de un testigo que afirmaba haber reconocido al imputado a una distancia que, una vez medida, era de 676 metros. Los peritos traídos al proceso de revisión de la sentencia señalaron sin lugar a dudas que reconocer a una persona a esa distancia es –salvo excepciones, que no eran aplicables al caso– irrealizable.

¹⁷ Véase Dramas judiciales – Causas célebres criminales y correccionales de todas las naciones del globo, págs. 251 y ss.; cfr. también Floriot, Los errores judiciales, págs. 130 y ss.: “450.000 libras [francesas]. Indemnización bien exigua para tan cruel error judicial. De todos modos, en cualquier caso quedó probado que los poderes públicos admitieron aquella verdad tan evidente, proclamada además por todos los historiadores: el 8 de brumario del año IV, un inocente murió en el patíbulo a causa de los testimonios de gentes honradas, equivocadas a causa de un parecido físico” (pág. 162).

¹⁸ Véase aquí y en lo siguiente, por todos, Odenthal, Die Gegenüberstellung im Strafverfahren, págs. 87 y s.; resumido, el mismo, Die Gegenüberstellung zum Zwecke des Wiedererkennens, NSTZ 1985, págs. 433 y ss.

En EEUU, el denominado *Proyecto Inocencia* tiene constatadas, tras el proceso condenatorio, más de 300 exoneraciones de culpabilidad gracias a los avances del ADN. Pero lo más relevante a nuestro propósito: el 71% de los errores fue debido precisamente a falsas identificaciones en rueda.¹⁹ También en el Reino Unido la cuestión preocupa, y existen ya diversos intentos de una regulación específica de las ruedas para evitar los errores, que lamentablemente han podido ser constatados una y otra vez.²⁰

IV. En las próximas páginas describiremos las condiciones que potencian los errores de identificación, y por ende, que acaban produciendo errores judiciales. Propondremos concretos modos de evitación. Todo ello, máxime cuando por lo demás está demostrado empíricamente que muchas de las creencias populares sobre la identificación son sumamente incorrectas –por ejemplo: que la víctima está en mejores condiciones de reconocer que un testigo cualquiera–, es decir, como veremos, que cuidadosos estudios de psicología del testimonio demuestran que los resultados empíricos son contra-intuitivos, con los graves riesgos que ello conlleva: el presentimiento, la creencia general, conduce erróneamente a conclusiones contrarias a los análisis científicamente avalados. Por ello, la solución pasa por asentar definitivamente una cada vez más creciente tendencia a entender que la psicología del testimonio es absolutamente necesaria para la doctrina jurídica y la valoración racional de la prueba, como máxima de la experiencia que es,²¹ frente a la antigua percepción; no es este entendimiento desde

¹⁹ Al respecto, y también sobre la amplia bibliografía desde la psicología del testimonio, vid. Diges/Pérez-Mata, La prueba de identificación desde la psicología del testimonio, pág. 34 y *passim*, con sus notas a pie de página; Ríos Martín/Segovia Bernabé/Etxebarria Zarrabeitia, Manual para la defensa de los derechos y libertades ante la intervención de la policía, pág. 256.

²⁰ Por todos, con ulteriores referencias, Roberts/Zuckerman, *Criminal Evidence*, págs. 684 y ss.

²¹ STS de 14 de octubre de 2013: “la certeza subjetiva del testigo no es suficiente para dar por buena esa identificación cuando (...) la racionalidad objetivable a través de los datos relativos al contacto visual de la víctima con el presunto autor y otras circunstancias que obran en la causa (...) llevan a concluir que la convicción del testigo se basó en medios empíricos de conocimiento que contradicen las máximas de la experiencia y la lógica de lo razonable, dado el grado de certeza que se puede adquirir con el método cognoscitivo de que se valió el testigo”. Con claridad igualmente, Andrés Ibáñez, En torno a la jurisdicción, págs. 162 y ss.; el mismo, Consideraciones sobre la prueba judicial, págs. 79 y ss.; fundamental también: Nieva Fenoll, La valoración de la prueba, págs. 212 y ss.; Climent Durán, La prueba penal, págs. 90 y ss., 85 y ss.; Adip, Prueba de testigos y falso testimonio, *passim*; Romero Coloma, El interrogatorio del imputado y la prueba de confesión, *passim*; Soletó Muñoz, La identificación del imputado – Rueda, fotos, ADN ..., De los métodos basados en la percepción a la prueba científica, págs. 59 y ss.; Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Variaciones sobre la presunción de inocencia, págs. 149 y ss.

la psicología del testimonio una mera cuestión exótico doctrinal, casi anecdótica, una modernidad –cuando no una ‘modernezh’–, y encima, atendida sólo por unos pocos que de cuando en cuando escriben sobre estas cuestiones y que en España casi se pueden contar con los dedos de una mano; ni mucho menos.²²

²² Y es que así seguimos: mientras se estaban cerrando estas líneas, un nuevo caso, en instrucción y por resolver definitivamente, aunque todo apunta a un nuevo error judicial: “Liberado el preso que no estaba en España cuando se cometió el delito del que se le acusaba”, señala el titular de prensa. “Raim M. llevaba en prisión 20 días a pesar de que probó que estaba en Rumania cuando se produjo un robo. El Juzgado de Instrucción n.º 54 de Madrid ha revocado la medida de prisión preventiva que pesaba sobre Raim M., el preso del que había informado este periódico que no estaba en España el día en el que se cometió el robo con violencia que se le imputaba. M. ha salido en libertad esta misma tarde, aunque el juzgado le ha impuesto la obligación de comparecer todos los lunes, por lo que no podrá viajar a Rumania con su familia durante estas Navidades. El procedimiento penal contra él sigue su curso, si bien en este segundo auto la juez ya ha incluido el billete de autobús con su identidad como prueba. A este rumano de 25 años se le acusaba de robo con violencia. Una mujer a la que habían tirado al suelo y golpeado para quitarle un teléfono móvil durante la noche del 23 de noviembre, en el portal de su casa del centro de Madrid, le había reconocido en los álbumes fotográficos de la policía como su agresor. Pero M. no estaba en España ese día. Estaba viajando de Rumania a España, como acreditan un billete de autobús aportado por una compañía de transporte y las imágenes de seguridad de la estación de Méndez Álvaro, que recogen en imágenes su llegada a Madrid junto a su mujer un día después de la noche en la que se cometió el delito. (...) La víctima del violento robo, de 22 años, había descrito a su agresor como ‘un varón de 30 años aproximadamente, de tez morena, posiblemente de nacionalidad rumana, calvo y que vestía completamente de negro’, según consta en el primer atestado policial. Cuando fue a poner la denuncia, señaló sin embargo que no era calvo sino ‘de pelo muy corto y negro, ojos oscuros y piel oscura, entre 1,55 y 1,60’. Dos días después del robo le mostraron en comisaría una composición con nueve fotografías entre la que estaba M. El rumano, sin antecedentes penales, constaba en los álbumes de la policía por tres detenciones previas que por el momento no han acabado en condena. La mujer le reconoció ‘sin ningún género de dudas ni error posible’. (...) El 14 de diciembre, el abogado de M. pidió con carácter urgente su puesta en libertad y el sobreseimiento libre del caso sobre la base del listado de viajeros. Se pedía además en este mismo escrito que se oficiara al director de seguridad de la Estación Sur para que entregara al juzgado las imágenes de la llegada del autobús procedente de Rumania a Méndez Álvaro el 24 de noviembre, en las que aparecen M., su mujer y su amigo. Solicitaba también que se pidieran a la empresa de transporte los billetes de autobús adquiridos en Rumania. (...) La identificación llevada a cabo tras un reconocimiento fotográfico, como en este caso, plantea el problema de que en la rueda de reconocimiento el testigo puede no estar señalando ya a quien recuerda como delincuente, sino al que previamente ha reconocido en esa primera foto” (diario El País [Mónica Ceberio Belaza], 30 de diciembre de 2016).

CAPÍTULO II CAUTELAS

1. REGULACIÓN Y FORMA HABITUAL DE PRACTICAR LA RUEDA; PRIMERAS Y OBLIGADAS PREVENCIÓNES

I. El Título V de la Ley de Enjuiciamiento Criminal –“*De la comprobación del delito y averiguación del delincuente*”– del Libro II, en su Capítulo III –“*De la identidad del delincuente y de sus circunstancias personales*”–, recoge una serie de diligencias de investigación para la identificación, de entre las que encuentra expresa regulación la diligencia de reconocimiento en rueda –o en rueda de identificación, o, simplemente, rueda–. La regulación no es todo lo precisa que debiera, como iremos desgranando, sobre todo teniendo en cuenta el excesivo peso probatorio que la jurisprudencia le viene concediendo –en particular cuando se considera que su resultado ha sido identificador–; más peso del que permiten sus propias y amplísimas limitaciones, según acabamos de ver.

II. Comienza el art. 368 de la LECrim. señalando que “cuantos dirijan cargo a determinada persona deberán reconocerla judicialmente, si el juez instructor, los acusadores o el mismo inculcado 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”. Este precepto parece indicar el soporte último para el reconocimiento en rueda: se trata de señalar al inculcado para que no existan dudas de que al menos, según la acusación, contra él y no contra otra persona se debe dirigir el procedimiento. El precepto pertenece a otra época: hoy día, excepto los denominados “sin papeles” –que a veces, también– todos estamos identificados.

En todo caso, el artículo peca de restrictivo, aunque lo cierto es que la práctica no se somete en absoluto a su literalidad: en efecto, no sólo los que dirijan cargo a determinada persona deberán reconocerla judicialmente –en expresión de la ley–, sino también todos aquéllos otros que siendo simples testigos o incluso hasta coimputados sean requeridos para ello, si supuestamente el fin de la instrucción así lo exige, respecto de una persona contra la que se dirija algún cargo, aunque no sea por ellos mismos.

III. A tenor de lo dispuesto en el art. 369 de la LECrim., la rueda de reconocimiento se practicará poniendo a la vista de quien hubiere de verificarla (que podemos denominar parte activa de la rueda), a la persona que hipotéticamente haya de ser reconocida (parte pasiva o indiciado), haciéndola comparecer en unión de otras personas (figurantes o distractores) de circunstancias exteriores semejantes, con el propósito de que quien deba identificar manifieste si en tal grupo se encuentra aquella persona a quien hubiese hecho referencia en sus declaraciones, designándola –continúa el legislador en este precepto–, clara y determinadamente.²³ Incluso se ha planteado practicar la rueda mediante videoconferencia, aunque haciéndolo depender en todo caso de la calidad de las imágenes.²⁴

Aunque este art. 369 de la LECrim. deja abierta la posibilidad de que la parte activa se sitúe bien “desde un punto en que no pudiese ser visto” o bien “a presencia” de todas las personas que formen la rueda, lo cierto es que un muy asentado *usus fori* dispone, con razón, que quien ha de reconocer sea situado desde un lugar en el que no pueda ser visto por los integrantes del grupo, en concreto tras un cristal opaco por el lado del grupo, de tal modo que pueda decidir con plena libertad, tiempo y sosiego, si cree identificar o no de entre los presentes a quien se refirió en sus declaraciones. Resulta evidente que la presencia y proximidad física del grupo de la rueda puede tener graves efectos inhibidores y hasta coactivos en la parte activa de la misma, y ello ha de ser evitado a toda costa. Bastantes y graves problemas tiene ya esta diligencia, como para añadirle además uno nuevo innecesariamente.

Del mismo modo, y por los mismos motivos, como apuntaremos más adelante, debe impedirse –so pena de privar de la más mínima eficacia a la diligencia– que antes de constituirse la rueda, la persona que va a reconocer o designar pueda ver a quienes posteriormente se conforman como grupo. Debe llevarse a cabo, pues, con total y auténtica pulcritud y asepsia procesales.

²³ Véase *infra*, en todo caso, la interpretación del precepto conforme a la Constitución que proponemos; vid. también Nieva Fenoll, Concepto y naturaleza jurídica de los reconocimientos de identidad, pág. 25, quien añade y fundamenta, respecto de esta regulación positiva, que la rueda también podría servir para identificar a testigos que no deseen comparecer voluntariamente.

²⁴ Obach Martínez/García Martínez, Praxis judicial sobre los reconocimientos de identidad, pág. 105.

El resultado de esta diligencia con todas sus incidencias, así como los nombres de todos los figurantes o distractores, se plasmará en la correspondiente acta (art. 369.II de la LECrim.), sobre la que el legislador nada más dice. *Infra* propondremos algunos requisitos fundamentales para la misma, cuya necesidad ha de ser deducida, directamente, de los derechos fundamentales garantizados en el esencial artículo 24 de nuestra Carta Magna.

IV. Cuando sean varios testigos los que hubieren de reconocer a una persona, la rueda se practicará separadamente con cada uno de ellos, sin que puedan comunicarse entre sí hasta que haya sido efectuado el último de los reconocimientos (art. 370.I LECrim.), con independencia de los resultados que vayan siendo obtenidos. Ello evita obvias sugerencias o influencias.²⁵

En cambio, al contrario, cuando sean varios sospechosos los que hayan de ser reconocidos por un mismo testigo o víctima, el art. 370.II LECrim. dispone que la diligencia podrá ser llevada a cabo en un solo acto para todos. Hasta aquí, la escueta regulación legal; más adelante explicaremos las prevenciones que en este segundo supuesto habrán de ser tomadas, pues aunque la ley no las mencione expresamente, se deducen directamente, una vez más, del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, así como del derecho fundamental a la presunción de inocencia, que obligan a una valoración –y ejecución– probatoria racional (art. 24 CE). En todo caso, esta suerte de rueda conjunta es una posibilidad que ofrece la ley, no siendo ni mucho menos obligado hacerla así, pues también se puede efectuar separada o aisladamente.

²⁵ Muy laxa, empero, STS de 10 de febrero de 2005; también restando la trascendental importancia que creemos debiera tener el respeto a requisito, y remitiendo simplemente a “*los efectos que*” tales influencias “*hayan podido tener en cada caso*”, las SSTs de 19 de enero de 1995, de 16 de julio de 2001, o de 10 de febrero de 2005, así como las de 26 de marzo y 1 de junio de 2001; al respecto, véase igualmente Obach Martínez/García Martínez, *Praxis judicial sobre los reconocimientos de identidad*, págs. 104 y s.; Siebers, *Wahlgegenüberstellung und Wahllichtbildvorlage*, pág. 2.

Hasta aquí, los preceptos propiamente dichos del desarrollo formal de la rueda, los cuales, como es claro, son un mínimo y no aseguran la corrección de la identificación, pues, como ha destacado la jurisprudencia, “afortunadamente” el sistema de prueba meramente tasada está plenamente superado.²⁶

V. Por su parte, los artículos 371 y 372 de la Ley de Enjuiciamiento prevén que tanto los particulares que detuvieren o prendieren “a algún presunto culpable” (*sic*), como los Alcaldes de las cárceles y Jefes de los depósitos de detenidos, tomarán las precauciones necesarias para que el detenido o preso no haga en su persona o traje alteración alguna que pueda dificultar su posterior reconocimiento.²⁷

Aunque también *infra* abundaremos en la cuestión, en estos preceptos se encontraría supuestamente la habilitación legal para las siempre –desde un punto de vista de los derechos fundamentales– delicadas medidas de intervención corporal, según las cuales se podría rasurar la barba, cortar el cabello, o adoptar cautelas similares, a alguien que vaya a ser sometido a una rueda de reconocimiento.²⁸ Si bien en la práctica no suele hacerse, lo cierto es que el precepto, en efecto, no sólo menciona la toma de precauciones respecto de la vestimenta, sino también a propósito de la ‘persona’ del encausado.

Este articulado, obvio es decirlo, es anterior a la Constitución, lo que sin duda lleva a tener que plantearse su constitucionalidad, al menos porque los preceptos parecen estar formulados como cláusulas abiertas sin aparente restricción. Sea como fuere, en tanto

²⁶ Cfr. STS de 28 de septiembre de 2012: “La Audiencia hace hincapié en que la rueda de identificación se produjo con la regularidad requerida, porque no consta ninguna protesta al respecto del letrado que intervino. Es un dato relevante, sugestivo de que en su composición se actuó con el exigible rigor formal. Pero un dato que, en principio, opera en el plano procedimental. Si la formación de la misma no hubiera sido conforme con lo prescrito en el art. 369 LECrim., no cabría entrar siquiera en la valoración como de cargo de lo aportado por ella. Ahora bien, la satisfacción de los requisitos de ese precepto no autoriza a concluir, sin más, que hubo acierto en la identificación, pues, por fortuna, no estamos en un régimen de prueba legal. Para emitir con fundamento un juicio de esta índole, habrá que ir más lejos, trascender el plano del trámite”.

²⁷ Vid. Obach Martínez/García Martínez, Praxis judicial sobre los reconocimientos de identidad, págs. 103 y s.; Téllez Aguilera, La diligencia de reconocimiento en rueda, LH Gimbernat, págs. 2.451 y s.; en derecho alemán la situación desde el punto de vista legislativo es más clara, cfr. SK-StPO 2009 Rogall, parágrafo 58, Rdn. 39.

²⁸ Cfr. también López Barja de Quiroga, Tratado de Derecho procesal penal (I), pág. 1306.

sigan siendo derecho positivo vigente, inicialmente su aplicabilidad pareciera posible, pero en todo caso siempre de forma motivada; por lo demás, a salvo queda, como también veremos, que el sujeto pueda negarse a participar en la rueda.²⁹

VI. Además de todas estas disposiciones referidas expresamente a la rueda, en este mismo Capítulo III dedicado a “la identidad del delincuente y de sus circunstancias personales” encontramos otros artículos que o bien carecen de aplicación a la rueda,³⁰ o bien han quedado obsoletos, o bien, finalmente, a nuestro juicio han de ser tachados de inconstitucionales o, al menos, deben necesariamente ser interpretados conforme a la Constitución, aunque mejor sería modificarlos en una futura legislación.

En primer lugar, el art. 373 de la LECrim. dispone que “si se originase alguna duda sobre la identidad del procesado, se procurará acreditar ésta por cuantos medios fueren conducentes al objeto”. Se trata, no ya de saber si el detenido o sospechoso es el autor del hecho delictivo, es decir, si la víctima o los testigos le reconocen como tal –como en la diligencia de rueda–, sino que se intenta averiguar de qué persona se trata –su filiación–, con independencia de la mayor o menor prueba que exista sobre su autoría o participación en el hecho investigado. Lo procedente aquí será su identificación por ejemplo mediante las huellas dactilares, la prueba del ADN, cotejo familiar, etc.

²⁹ En la otra cara de la moneda, es recordada la anécdota de aquel detenido que la noche antes de ser conducido a una anunciada rueda de reconocimiento, se arrancó, pelo a pelo, el bigote que hasta ese momento lucía, con el consiguiente reconocible hematoma, la inutilidad de su intento de ocultación, y –en suma– de la rueda misma.

³⁰ Véase igualmente Téllez Aguilera, La diligencia de reconocimiento en rueda, LH Gimbernat, págs. 2.429 y ss., quien también pone de manifiesto las confusiones terminológicas y que es necesario distinguir entre “determinación e identificación”.

Otros preceptos relativos a este tipo de identificación, en especial los referidos a la averiguación de la edad del encausado, como lo previsto en los arts. 375 o 376 LECrim., han quedado, al menos para la mayoría de los casos, obsoletos. Parte el legislador histórico de unas dificultades para llevar a cabo ciertas investigaciones en los Registros Civiles que hoy día constituirían una absoluta excepción, aunque ciertamente se pueden plantear problemas con jóvenes inmigrantes indocumentados.³¹

Como apuntábamos, hay preceptos que proponen diligencias que quizás estén ya allende de lo constitucional, si bien es cierto que su utilización práctica actualmente es residual. Así, el art. 377 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que si el Juez instructor lo considera conveniente, podrá pedir informes sobre el procesado a las Alcaldías o a los correspondientes funcionarios de policía del pueblo o pueblos en que hubiera residido. Si entendemos esta habilitación, dada su ubicación sistemática, en el sentido de que tales informes se refieren exclusivamente a la identidad del imputado – para responder a las preguntas: ¿qué filiación tiene el encausado?, ¿quién es?–, frente a dicho precepto nada habrá que objetar. Ahora bien, si el artículo se interpreta en el

³¹ Según informan los medios de comunicación, por ejemplo: “Una juez tiene detenida cuatro días a una joven de 15 años – El fiscal y la juez ignoraron el pasaporte de la joven croata. Una prueba ósea errónea propició que una menor pasara cuatro días detenida pese a las garantías jurídicas que le corresponden por su edad, como la puesta en libertad en un máximo de 24 horas después de ser arrestada. P. D., croata de 15 años, fue detenida el pasado domingo por la noche en Viladecans (Baix Llobregat) por antecedentes policiales ya prescritos. La joven se hallaba indocumentada cuando fue arrestada por la policía local, que la identificó erróneamente como mayor de edad pese a que ella advirtió reiteradamente de que era menor. El Juzgado de Instrucción número 3 de Gavà ordenó realizar una serie de radiografías de las muñecas de la detenida para esclarecer el asunto. El procedimiento médico determinó que era "mayor de 18 años sin establecer ningún margen de error". Así lo recogen los autos del Juzgado de Instrucción número 3 de Gavà en que la magistrada prorrogó sucesivamente la detención de la menor desde el pasado día 3 hasta ayer. Sólo el pasaporte de la joven, aportado por parientes de D. tras ser alertados, ha destapado el fallo en la prueba médica. (...). La menor (...) siguió detenida otras 24 horas después de que los Mossos d'Esquadra confirmaran la validez de su pasaporte. La juez recibió el miércoles por la tarde un informe de la Policía Científica de este cuerpo que avalaba la "autenticidad técnica" del documento. El dictamen no cambió nada hasta que la Embajada croata confirmó a última hora de ayer que D., efectivamente, es menor de edad. La juez se inhibió entonces a favor de la Fiscalía de Menores, que decretó la libertad sin cargos de la joven manifestándole la incomprensión por lo ocurrido”. Por lo demás, la información periodística también alerta de que “la prueba ósea se utiliza para establecer la edad de los extranjeros detenidos o acogidos sin documentación, y acaba convirtiéndose en un árbitro poco fiable del futuro del indocumentado, ya que se basa en un modelo norteamericano que no puede extrapolarse al resto de la población. El Tribunal Supremo ha señalado en varias sentencias que el margen de error de estas pruebas es mayor en ciudadanos europeos y aún más en subsaharianos. Pero cada fiscalía y comunidad autónoma la interpreta sin un criterio claro. En 2009, las radiografías concluyeron que 50 menores acogidos por la Generalitat tenían más de 18 años, por lo que fueron repatriados” (El País [Ferran Balsells], 7 de mayo de 2010).

sentido de que dichos informes constituyan una suerte de “dossier” de personalidad –y a esto parece referirse el legislador porque en el mismo precepto, *in fine*, habla incluso de que los informantes no contraerán responsabilidad alguna, salvo en el caso de dolo o negligencia–, dicha documentación personal pudiera estar más cercana a un derecho penal de autor que al vigente derecho penal del hecho.

También el art. 378 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal está bajo sospecha de ser inconstitucional pues pretende que el Juez podrá recibir declaración acerca de la conducta del procesado a todas las personas que, por conocerlo, pudieran ilustrar sobre él. Tal interrogatorio, empero, deberá ser practicado respecto del hecho, exclusivamente, y no respecto del autor, al menos no en esta fase procesal de mera instrucción de la causa.³²

Para finalizar, algo parecido debiera decirse incluso de lo dispuesto en el precepto siguiente, el art. 379 de la LECrim., referido a la solicitud de antecedentes penales. Si bien *de lege lata* tal solicitud de antecedentes no puede ser considerada contraria a la Constitución –véase el art. 22.8.^a del CP referido a la reincidencia como circunstancia agravante–, lo cierto es que tal regulación es problemática: para la instrucción –y en esta fase se inserta el citado art. 379 de la LECrim.–, ello es cercano una vez más al derecho penal de autor; salvo contadas excepciones relativas a un necesario conocimiento criminalístico indiciario del *modus operandi*, el conocimiento de antecedentes probablemente será superfluo, insistimos, al menos en ese momento procesal aún tan temprano.

Cuestión distinta es que en algunos supuestos pudiera existir ya desde el inicio del procedimiento una llamada “pieza de personalidad” –separada de la investigación del hecho–, como ya se apuntara en alguna ocasión o, incluso, que en ciertos delitos fuese conveniente o hasta preceptivo un informe o dictamen criminológico. Estos extremos ya fueron propuestos por el Anteproyecto de Código Penal de 1973. Y anteriormente, y hasta con reiteración, habían abogado por tener en cuenta la personalidad del autor

³² Sería diferente, sin embargo, si el interrogatorio sobre la personalidad del encausado, su vida social y familiar, su grado de integración laboral, etc., se llevase a cabo ya durante la posterior fase del plenario, a los efectos de fijar de forma correcta una individualización de la pena adecuada a sus necesidades de resocialización (vid. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Una reforma necesaria para acompañar al Código Penal: el juicio oral en dos fases, CPC 73 (2001), págs. 159 y ss.).

figuras tan destacadas como Jiménez de Asúa.

Instituciones tales como la condena condicional, los grados penitenciarios, y no digamos las referencias legislativas a la peligrosidad criminal, parecen reclamar la existencia de dichas piezas de personalidad, que no quedarían agotadas ni mucho menos con el escueto informe médico forense que en ocasiones se realiza. En todo caso, aquí no es necesario profundizar más al respecto, para no desviarnos del tema que nos ocupa, pese a que el legislador, como vemos, ha entremezclado esta cuestión con los otros diversos temas adyacentes de identificación.

VII. Así pues, hasta aquí llega la regulación de nuestra decimonónica ley en cuanto a lo que afecta y a lo que no, a las ruedas de reconocimiento. Es cierto que a diferencia de lo que sucede en otras diligencias de investigación, la regulación positiva ofrece al menos unas directrices mínimas de cómo han de desarrollarse y qué principios deben regir para su práctica, pero como más adelante veremos todo ello ha de ser completado necesariamente con ciertas garantías adicionales para dar cumplimiento en toda su extensión a los derechos fundamentales del proceso penal.

Por su parte, algunas otras directrices y cautelas también han sido incluidas en la última y muy elaborada propuesta global de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.³³ Sin embargo, aunque así como en otros aspectos el Proyecto propone novedades muy sugerentes, con mejoras que debieran tenerse muy en cuenta, respecto de la rueda de reconocimiento permanece aún muy apegado al texto vigente y a la práctica actual. Son significativos tan solo los núms. 2.º, 3.º y 4.º del art. 275 –que sí recogen con más precisión aspectos modernos de la diligencia–, mientras el resto de las propuestas de regulación –en particular lo referido al acta– no presentan cambios sustanciales, sino más bien de pura redacción.

Así, el art. 274 del texto articulado de reforma, simplemente define: “Rueda de reconocimiento. El Fiscal acordará la práctica de una diligencia de identificación en

³³ “Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2013”, publicado en 2013 (Marchena Gómez, Manuel [Presidente]/[Vocales:] López Barja de Quiroga, Jacobo/Del Moral García, Antonio/Moreno Verdejo, Jaime/Bravo Sanestanislaos, Gabriela/Rodríguez Ramos, Luis/González-Cuellar Serrano, Nicolás/Requena Juliani, Jaime [Secretario:]).

rueda de reconocimiento cuando ésta resulte necesaria para determinar la identidad del autor del hecho objeto de investigación”, y el art. 275 en su número 1º describe su desarrollo sin variación esencial alguna, más allá de señalar de forma taxativa que el grupo será al menos de cinco personas como por lo demás ya viene siendo práctica habitual: “Práctica. 1. La identificación mediante rueda de reconocimiento se realizará en presencia del Fiscal y con la asistencia del Abogado del encausado. Se practicará poniendo a la vista del testigo que haya de efectuar el reconocimiento a la persona sospechosa, haciéndola comparecer en unión de al menos otras cuatro personas que presenten rasgos físicos semejantes. Quien deba realizar el reconocimiento se situará en un lugar desde el que no pueda ser visto y 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 terminantemente”. Este último requisito, de designación “clara y terminantemente” es de dudosa aplicación, como tendremos oportunidad de fundamentar más adelante, a la luz de rigurosos conocimientos de la psicología del testimonio.

Por su parte, el número 2.º de este mismo art. 275, sí resalta y presenta una mejora que habrá de ser tenida muy en cuenta, tal y como también nosotros propondremos en las próximas páginas: “2. Si el reconocimiento tuviera que ser realizado por varios testigos, se llevará a cabo separadamente por cada uno de ellos, sin que puedan comunicarse entre sí hasta que se haya efectuado el último reconocimiento”; la cuestión es fundamental, como veremos, y conviene que la legislación la resalte.

Por su parte, los números 3.º y 4.º que cierran el proyectado art. 275, también introducen alguna variante en el actual sistema: “3. Si el encausado se encontrara detenido, se adoptarán las medidas necesarias para evitar que pueda alterar su aspecto exterior de un modo que dificulte su identificación. 4. No se podrá incluir en la misma rueda a más de un sospechoso”. Sobre ambos aspectos, también daremos nuestra opinión más adelante.

Para finalizar, el art. 276, sobre el acta que habrá de levantarse, introduce alguna variante, pero más adelante veremos que son necesarias aún más modificaciones al respecto, pues la cuestión del acta debe ser replanteada en profundidad: “Documentación. 1. La diligencia será documentada en un acta en la que se consignarán los datos de identificación de las personas que hubieran intervenido, así como de aquéllas que hubiesen formado la rueda. Se harán constar asimismo todas las

circunstancias del acto y se reflejarán las incidencias que se hubieran producido. 2. El acta será firmada por el Fiscal, el Abogado defensor y el testigo que hubiera llevado a cabo el reconocimiento”.

En suma, el proyecto de reforma supone un paso más en la instauración de estas cautelas que venimos describiendo respecto de la rueda de reconocimiento; pasos y pasos que ratifican las imperiosas necesidades de actualización de la institución, pues habrá que convenir que al menos esta actualización es improrrogable si es que se desea que el reconocimiento en rueda perviva en un sistema como el nuestro, que exige que la valoración de la prueba sea racional.

2. FUENTES DE ERRORES; OTRAS RESERVAS QUE DEBEN SER TOMADAS EN CUENTA

I. Hemos comenzado destacando la fragilidad de los reconocimientos en rueda, fuera de toda duda. Es más, como también ya apuntábamos, los resultados de los estudios empíricos se muestran precisamente contra-intuitivos, con los mayores riesgos, todavía, que ello comporta (la primera intuición que contradicen es pensar que la víctima está siempre en condiciones óptimas de reconocer, como veremos que equivocadamente se piensa). En efecto, aparte de otros problemas que surgen de la celebración de la diligencia en sí –de los que nos ocuparemos más adelante–, una correcta rueda presupone que la percepción visual del sujeto, como víctima o como mero testigo, anterior a dicha rueda, haya sido la adecuada, lo que en realidad es difícil que ocurra, o al menos –y esto se olvida con frecuencia– no siempre ocurrirá.

Podría pensarse que ello no debiera constituir nunca una fuente de error, por cuanto en estos casos de deficiente o incluso nula percepción previa, el sujeto no estará en condiciones de reconocer a nadie de entre los integrantes de la rueda. Y ello sería lo lógico *en teoría*, pero la realidad demuestra que no es así, pues como a continuación veremos, factores exógenos al propio sujeto le pueden hacer llegar –y hasta le suelen llevar– a una –falsa– identificación *a toda costa* aun de forma totalmente inconsciente.

Así, aunque es obvio que a mayor duración del suceso y tiempo de exposición del rostro, mayores posibilidades de posterior reconocimiento, la psicología del testimonio ha confirmado que tal conclusión ha de ser tomada con las necesarias cautelas: según la

denominada 'hipótesis de la disponibilidad' una gran exposición de la fisonomía del autor puede ser positiva, ciertamente, pero también puede hacer creer a la parte activa de la rueda que está en condiciones óptimas de reconocer los rasgos sin mayor reflexión, lo que provoca un mayor número de elecciones (es decir, estos sujetos emplean un criterio de decisión más laxo) y, por ende, una mayor tasa de falsos positivos. En otras palabras, el factor de una duración amplia de exposición de la cara durante el suceso, ciertamente comporta aciertos en las ruedas de autor-presente, pero también –falsas– elecciones en las ruedas de autor-ausente³⁴ –lo cual es sumamente grave porque lleva directamente al error judicial de imputar equivocadamente a un inocente–.

II. Otros factores previos a la celebración de la rueda son el número de agresores (el rendimiento de la atención se resiente notablemente cuantos más sean),³⁵ o la etnia del autor frente a la del testigo: está demostrado un sesgo de identificación intra-etnia pues los testigos identifican con mayor exactitud a sospechosos de su propia etnia que a los de una diferente a la suya, sin que ello tenga que ver con prejuicios raciales, siendo éste a su vez un nuevo e independiente sesgo;³⁶ también, la presencia de gafas, vello facial, etc. influyen notablemente: los estudios empíricos demuestran por ejemplo la poca fiabilidad de la identificación cuando en los hechos el autor llevaba gafas y en la rueda ya no las tiene.³⁷

Se trata de errores basados todos ellos, no ya en la práctica de la rueda en sí, sino en la identificación o percepción previas. Igual sucede cuando el sujeto cree haber reconocido

³⁴ Cfr. Diges/Pérez-Mata, La prueba de identificación desde la psicología del testimonio, págs. 37 y ss. En los análisis empíricos de memoria se cuenta con la ventaja de que al tratarse de un estudio, el analista conoce si en la rueda se encuentra o no el verdadero 'autor' de los hechos, de tal modo que se diferencia terminológicamente entre ruedas de autor-presente, en las que el sospechoso es el 'autor' del 'delito', y ruedas de autor-ausente, en las que el sospechoso se sabe que es 'inocente' (vid. Diges/Pérez-Mata, cit., pág. 36); véase también, sobre otros sesgos: Ibáñez Peinado, Psicología e investigación criminal: El testimonio, págs. 36 y ss., así como sobre diversos factores de la memoria, págs. 69 y ss.

³⁵ Véase Diges/Pérez-Mata, La prueba de identificación desde la psicología del testimonio, pág. 39.

³⁶ Cfr. Diges/Pérez-Mata, La prueba de identificación desde la psicología del testimonio, págs. 39 y ss.

³⁷ Cfr. Diges/Pérez-Mata, La prueba de identificación desde la psicología del testimonio, págs. 42 y s.

a alguien en el momento del hecho, que ya conocía, a quien luego efectivamente vuelve a identificar en la rueda, pero lo cierto es que puede surgir un error que nacería, no en la rueda, sino al creer reconocer en aquel primer momento a alguien de forma equivocada –el día de autos o posteriormente por la calle, por ejemplo–. Aquí la coincidencia identificativa es total, aunque también del todo errónea: a aquél concreto vecino del barrio creyó verlo el día de autos, aunque no tenga nada que ver con el hecho, y lo vuelve a identificar en la rueda, pero lo cierto es que el pobre vecino no fue la persona que estaba en el lugar de los hechos, luego ya la rueda, ‘en busca del vecino’, carece de sentido.

De cuando en cuando encontramos este tipo de supuestos en la jurisprudencia, y lamentablemente en ocasiones pasan desapercibidos, a pesar de que sí se ha reconocido por parte del Tribunal Supremo que tales identificaciones son diferentes a las que se producen cuando el testigo no conocía al individuo a reconocer.³⁸ Por ejemplo, el siguiente supuesto –y permítasenos la amplia cita–, en el que la rueda era, según lo que acabamos de explicar, completamente superflua, pues el sujeto ya conocía hasta por su apodo a la persona que luego señalaría; en el supuesto concreto enjuiciado, no se acreditó error alguno de identificación, pero en todo caso, de haber existido, el mismo no sería imputable a la rueda (que no debió nunca celebrarse, por innecesaria e inútil), sino a la identificación previa, a la que no añadía nada desde un punto de vista

³⁸ Cfr. Téllez Aguilera, La diligencia de reconocimiento en rueda, LH Gimbernat, págs. 2.433 y ss. STS de 17 de mayo de 2017: “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”; ya antes STS 24 de mayo de 2015: “nos referimos a los testimonios de identificación de autores que no han tenido contacto previo con el testigo o víctima con antelación, pues en los casos, muy numerosos, en los cuales la víctima, ordinariamente, señala al autor, a quien ya conoce de antemano porque mantiene cualquier relación personal con él, las condiciones de apreciación de su testimonio no irán encaminadas a obtener tal identificación, pues lo conoce sobradamente, sino que el Tribunal sentenciador habrá de valorar las condiciones de credibilidad en las que se sustenta la imputación, siendo entonces aplicables los parámetros que ha elaborado esta Sala Casacional a tal fin, como la ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de alguna situación que le incapacite al testigo por razones personales, la misma verosimilitud de la versión ofrecida por el testigo o víctima, y la propia persistencia en su testimonio, sin perjuicio de las corroboraciones de carácter externo y objetivo que se exigen para dar valor a su testimonio. En consecuencia, los testimonios son de dos tipos: (...) Cuando hablamos de la identificación de tales autores, ante la visión momentánea de los mismos (violaciones, atracos, agresiones físicas, etc.) hay que acudir a los métodos identificativos cuya utilización permite la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

indiciario esa posterior rueda, que lo único que podía llevar ya era a confundir, pues su celebración con resultado positivo –como aconteció– aportaba una falsa sensación de que había más acervo incriminador; pese a ello, como relata el Tribunal Supremo la rueda se celebró: “En la fundamentación de la sentencia impugnada, en contra de lo que alega el recurrente, se recoge una prueba de cargo sin duda suficiente para desvirtuar la inocencia del acusado. Y así, el Tribunal contó con la declaración del testigo protegido 001, argumentando en el fundamento tercero, apartado 1.º, de la sentencia que el testigo manifestó conocerlo anteriormente del barrio y que pudo ver cómo Bienvenido estaba encima de Eusebio. El declarante intentó ayudarlo pero no pudo pues estaban tirándoles piedras; el acusado, a quien conocía de antes, también le puso previamente al testigo el cuchillo en la espalda. El testigo añadió que lo reconoció fotográficamente y en rueda judicial. Matizó que lo identificó por una cicatriz que tenía en la nariz, ‘ya que se le había bajado la braga que llevaba en la cara’. También dijo que vio cómo apuñalaban a Apolonio y a Eusebio, hallándose ambos apuñalados a una distancia de cuatro o cinco metros. La Audiencia precisó que el reconocimiento efectuado lo considera fidedigno, en atención a las condiciones en que se realiza, con la cara descubierta y con el previo conocimiento del acusado, mostrando seguridad el testigo en la identificación. Y subraya que el testigo 001 ha mantenido la participación del acusado Arsenio desde su primera declaración (folios 875 y 876), en la que lo identificó por su nombre y especificó que le apodan ‘Bicho’, efectuando el correspondiente reconocimiento fotográfico (folios 877 y 878) y posteriormente en rueda de identificación ante el Juzgado instructor (folio 1379), en la que el testigo lo reconoce con seguridad, manteniendo en lo sustancial la rememoración fáctica de hechos efectuada”.³⁹

En estos supuestos, en el acto de la rueda el testigo o víctima se mantendrán con seguridad y firmeza en su reconocimiento, pero ello carecerá de toda relevancia si, como decimos, existió un previo error de identificación ya desde el momento en el que sucedieron los hechos. Esta certeza y confianza que mostrarán el testigo o la víctima, puede acabar, a su vez, induciendo a error al juzgador, que basándose en tal aparente solidez, quizás olvide que lo primero y fundamental que debe analizar de manera por demás cuidadosa es si resulta fiable esa primera identificación del sujeto que ahora pretende ratificar.⁴⁰ En realidad, en estos casos la rueda no debiera haberse celebrado.

³⁹ STS de 11 de noviembre de 2016.

⁴⁰ Vid. también Rademacher, *Falsche Identifizierung durch Augenzeugen*, pág. 1.

III. Y es que en el reconocimiento tercián otros muchos factores aparte de la buena voluntad de la parte activa de la rueda, ya que toda identificación encierra un complejo proceso psíquico no controlable en toda su extensión por el propio sujeto que interviene. Aquí conviene recordar los conocimientos de psicología del testimonio, que exponen que toda declaración testifical –y la declaración de quien identifica en rueda lo es–⁴¹ viene lastrada *per se* por una serie de riesgos que la hacen mucho más contingente de lo que habitualmente se piensa. Lo importante no es solo –aunque también– el loable deseo de decir verdad del testigo durante la identificación, o su oculta intención de decir mentira, sino también y muy particularmente su capacidad de identificar o no, con independencia de dichas voluntades.

Por ello, resulta erróneo creer que una valoración racional de la diligencia consistirá tan solo en evaluar la sinceridad o no del sujeto, cuando lo correcto es, además, analizar la memoria, es decir, la posibilidad de un falso recuerdo aunque se trate de un testigo –llamado por la psicología del testimonio– honesto.⁴² Es más, precisamente un plausible deseo de colaborar puede resultar incluso contraproducente: el llamado a reconocer pretenderá identificar *como sea*. Y ese error es mucho más difícil de detectar que la propia mentira, pues el sujeto carece de la conciencia de su equivocación, por lo que tenderá a mantener ‘su verdad’ con toda la vehemencia de quien está convencido de estar colaborando noble y eficazmente con la Administración de Justicia.

IV. Una buena percepción dependerá de muchos factores, todos a tener en cuenta

⁴¹ Sobre la naturaleza jurídica de la diligencia de reconocimiento en rueda, exhaustivo, Nieva Fenoll, Concepto y naturaleza jurídica de los reconocimientos de identidad, págs. 17 y ss., 21 y ss., quien concluye que las ruedas, además del carácter de testifical que referimos en el texto, tendrían un doble carácter testifical-pericial, incluso con preeminencia de esta segunda naturaleza, pues la declaración es “*tan puntual*” y “*superespecializada*” (reconoce o no reconoce) que la mera asignación de tal naturaleza sería insuficiente para abarcar toda la problemática de este tipo de diligencias; véase también: Soletto Muñoz, La identificación del imputado, págs. 30 y ss.; Orriach Navarro, Evaluación de la credibilidad y análisis del testimonio de los sujetos implicados en el proceso judicial, AP 1999 – 1, núm. marginal 133 y ss., 137; Diges Junco/Mira Solves, La identificación de personas por parte de testigos y víctimas: medidas de imparcialidad, Justicia 1988 – 2, págs. 661 y ss., 665 y ss.; Romero Coloma, El error en materia de prueba testifical en el proceso penal, AP 1992 – 1, núm. marg. 7 y ss.

⁴² Véase Nieva Fenoll, Concepto y naturaleza jurídica de los reconocimientos de identidad, pág. 19; Roberts/Zuckerman, Criminal Evidence, pág. 686; Hofmann, Personenidentifizierung durch Zeugen im Strafrecht, págs. 31 y ss., 46, 53, 54 y ss.

cuidadosamente: la luz que hubiera en el momento del hecho (diurna, inicio o final del crepúsculo, nocturna),⁴³ la rapidez con la que éste se produjo, el número de participantes, la distancia entre ellos, las condiciones atmosféricas, el estado físico y psíquico del testigo, etc.; igualmente, de otros aspectos subjetivos, como la capacidad de observación del sujeto, su aptitud para recordar y ordenar datos, sus habilidades para la concentración y la autocrítica de la propia destreza para recordar, etc.⁴⁴ Sobre ello volveremos más adelante.

Igualmente, no es lo mismo si quien ha de participar en el proceso de identificación mediante rueda es un mero testigo no partícipe o es la propia víctima. Y entre las víctimas, si dada la violencia del suceso estuvo en peligro su vida o su integridad física –pues el rendimiento de la memoria se ve seriamente afectado por el estrés–,⁴⁵ o si su conexión con el suceso fue más débil, como cuando se trata de expectativas relacionadas con la propiedad o el patrimonio, u otras de menor entidad. La capacidad de haber observado al autor dependerá, a su vez, de la clase de ejecución y del delito de que se trate. Por ejemplo, en delitos violentos la víctima habrá prestado atención a todos los elementos que le eran útiles para su defensa, a saber: posición propia y del atacante, arma utilizada de contrario, búsqueda de objetos con los que defenderse, quizá para arrojarlos, etc., no siendo necesariamente relevante en ese momento la fisonomía del rostro del autor, aunque sí, v. gr., su corpulencia.⁴⁶

⁴³ Cfr. Diges/Pérez-Mata, La prueba de identificación desde la psicología del testimonio, págs. 38 y s.; Soletto Muñoz, La identificación del imputado, pág. 62; Hofmann, Personenidentifizierung durch Zeugen im Strafrecht, pág. 81, 77 y ss.; estos parámetros de psicología del testimonio deben regir obviamente también para la valoración de las declaraciones en el proceso civil, y así véase el detallado trabajo de: Contreras Rojas, La valoración de la prueba de interrogatorio, págs. 160 y ss., 147 y ss.

⁴⁴ Tras el relevante caso *Turnbull* (R. v. *Turnbull* [1977], QB 224 CA), se instruye a los jurados del Reino Unido que deben examinar cuidadosamente todas estas circunstancias sobre la calidad de la percepción.

⁴⁵ Cfr. Diges/Pérez-Mata, La prueba de identificación desde la psicología del testimonio, págs. 45 y s.; Ibáñez Peinado, Psicología e investigación criminal: El testimonio, págs. 98 y ss.; Soletto Muñoz, La identificación del imputado, págs. 63 y s.; Ríos Martín/Segovia Bernabé/Etxebarria Zarrabeitia, Manual para la defensa de los derechos y libertades ante la intervención de la policía, págs. 255, 261.

⁴⁶ Vid. Odenthal, Die Gegenüberstellung im Strafverfahren, págs. 22 y ss.; se trata de la denominada “focalización en el arma” (un resultado empírico contra-intuitivo); en el mismo sentido, Ibáñez Peinado, Psicología e investigación criminal: El testimonio, págs. 117 y ss.; Hofmann, Personenidentifizierung durch Zeugen im Strafrecht, pág. 83; Diges/Pérez-Mata, La

Son estos resultados empíricos absolutamente contraintuitivos: el acervo popular considera que la víctima, puesto que suele tener contacto más directo con el autor, estará en mejores condiciones de identificación, pero los experimentos empíricos demuestran que esto no tiene por qué ser así necesariamente; los análisis demuestran una superioridad de la identificación en testigos que en víctimas, probablemente debido a que los testigos tienen menores niveles de estrés, lo que permite una mayor concentración.

Uno de los grandes factores que contamina de forma irremediable la práctica de la diligencia de reconocimiento en rueda es el tiempo. En la parte activa, un largo intervalo entre el hecho y la rueda conduce a que el recuerdo, al menos en parte, se borre o modifique; en la pasiva, en la persona que ha de ser identificada, el paso del tiempo llevará a que su aspecto varíe. La inexorable yuxtaposición de ambos elementos habrá de ser tenida muy en cuenta por el juzgador a la hora de conceder mayor o menor valor probatorio a una identificación mediante rueda.

V. Pero además de todo lo anterior, otras amenazas para la correcta identificación no surgen de factores que podríamos denominar –como algunos de los vistos hasta ahora– exógenos y previos a la rueda, sino que nacen de la propia naturaleza de la diligencia, al menos en su concepción actual y sin los correctivos que más adelante recomendaremos. Expuesto brevemente: tal y como se desarrollan en la actualidad las ruedas de reconocimiento, el acto procesal, *per se*, adolece de una serie de peligros en detrimento de un correcto rendimiento cognitivo; así, por ejemplo, porque la praxis constituye una clara inducción, aunque sea inconsciente, a que la parte activa reconozca a alguien, con los gravísimos riesgos de error que ello comporta.

En primer lugar, encontramos que las ruedas se practican sin apenas tomar en serio el ya mencionado paso del tiempo, frente a los conocimientos sabidos –o que deberían serlo– desde Ebbinghaus y su curva del olvido.⁴⁷ Estudios de la policía británica

prueba de identificación desde la psicología del testimonio, págs. 50 y s., 43 y s.; Sydow, Fehlerquellen beim Wiedererkennen durch Zeugen – Zugleich Besprechung von BGH 5, StR 372/12, pág. 4.

⁴⁷ Cfr., por todos, Anderson, Olvido incidental, en: Memoria, págs. 221 y ss., 223 y ss. (“El hecho fundamental de olvidar”).

demuestran que una demora superior a dos semanas entre los hechos y la rueda ya representa y da lugar a dificultades importantes, mientras que otros análisis avalan que hasta tres meses sería un lapso temporal asumible en cierto modo, pues el declive de memoria es aún pequeño, pero evidentemente llega un momento –este último estudio lo cifró en once meses, mientras que otros lo sitúan incluso antes– en el que los niveles de posible acierto son equiparables, sencillamente, al azar.⁴⁸ Una lotería incriminatoria: ‘obligar’ al testigo a la rueda, transcurridos ciertos intervalos, es inducirlo al error. Ruedas tras muchos meses, incluso transcurrido un año desde los hechos, constituyen pseudo-diligencias que no pueden conducir a una valoración racional de la prueba en el sentido exigido por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo: *“ Señala la Audiencia que la rueda judicial de reconocimiento se practicó ‘en fecha próxima a los hechos’. Sin embargo”* –ha tenido que recordar el Alto Tribunal –, *“la lectura del contenido de la diligencia (folios 3318 y 3319) pone de relieve que se practicó más de un año después de que tuvieron lugar los hechos. La agresión se perpetró el 10 de diciembre de 2009 y la rueda judicial de reconocimiento se realizó en enero de 2011 (folio 3318). En segundo lugar, el testigo manifestó (folio 21 de la sentencia recurrida) que las personas que identificó en rueda llevaban machetes en la mano. Pues bien, el recurrente fue identificado en rueda y, al parecer, no llevaba machete alguno en la mano, pues el propio testigo admitió en el curso de la rueda judicial que portaba un bate de béisbol. Estamos ante dos datos objetivos relevantes que generan notables dudas de que el testigo identificara realmente al acusado como uno de los autores de los hechos”*.⁴⁹

⁴⁸ Referencias bibliográficas en: Diges/Pérez-Mata, La prueba de identificación desde la psicología del testimonio, págs. 58 y ss.

⁴⁹ STS de 11 de noviembre de 2016, en la que, con razón no solo se consideró que la práctica de la rueda un año después estaba fuera de todo plazo razonable, negando por tanto virtualidad probatoria a la identificación, sino que además se tuvo que añadir, a mayor abundamiento, que el testigo declaró ocultó y anónimo; la cita continúa: *“ Estamos ante dos datos objetivos relevantes que generan notables dudas de que el testigo identificara realmente al acusado como uno de los autores de los hechos. Datos que si se ponen en relación con el anonimato y el ocultamiento del testigo, abocan no sólo al quebrantamiento de las garantías procesales (...), sino también a cuestionar el resultado de la diligencia de identificación. Máxime cuando al acusado no lo vieron propinar ningún golpe contra las víctimas, sino sólo integrarse en la denominada "masa de acoso". Y como no concurren otras pruebas de cargo con una solidez y consistencia incriminatoria que compensen las carencias de toda índole de las manifestaciones del testigo NUM000, ha de concluirse que no ha sido enervada la presunción de inocencia del acusado en lo que respecta a la autoría de los dos delitos de asesinato en grado de tentativa, de los que ha de ser absuelto en la segunda sentencia”*; cfr. también STS 28 de septiembre de 2012, casando y absolviendo: *“ El 9 de marzo de 2010, es decir, a cuatro meses de la acción, la policía exhibió a Torcuato algunas fotografías (de 4 x 4 cm.), y este señaló como autor al retratado en una de ellas, Herminio. La rueda de identificación tuvo lugar el 12 de mayo de 2010, esto es a seis meses y medio del acuchillamiento. Pues bien, no obstante la complejidad de factores que inciden, en general, en las diligencias de identificación, y que lo hicieron, desde luego, en este caso, la Audiencia omite cualquier consideración*

Otro grave sesgo provocado por la propia diligencia es que el declarante en rueda trata de colmar las expectativas que entiende depositadas en su persona, como testigo o como víctima: de él se espera –así su particular opinión– que identifique al sospechoso; la policía y el juzgado instructor ya han hecho su trabajo, seguro que un buen trabajo, en ocasiones tras meses de investigación, y ahora es esperado de él que complete, cuando no que ‘corone’, tal labor mediante una identificación ‘correcta’.⁵⁰ Todo lo que no lleve al resultado identificador defraudará las expectativas, al menos así lo entiende el llamado a reconocer. La mayoría de los testigos no piensan siquiera que la motivación última de la rueda se debe, precisamente, a que existen dudas sobre si fue esa u otra la persona que habría llevado a cabo el hecho delictivo, sino que antes bien parten de la errónea base –porque no son instruidos convenientemente al respecto– de que su labor identificadora debe consistir en esa suerte de corroboración que estamos describiendo: eficaz ratificación de una identificación previa y acertada por parte del juzgado instructor y de la policía judicial. Con ello, se produce una situación que va mucho más allá de lo realmente exigible: se intenta no desilusionar ni malograr la investigación, en definitiva, ‘hacerlo bien’; pero ‘bien’, ¿para qué y para quién?, deberíamos preguntarnos. Por todo ello, como a continuación exponremos, la previa explicación al testigo o víctima del significado real de la diligencia, de una forma fácil de comprender, neutral y aséptica, a presencia de las partes, se muestra como una exigencia inexcusable, que hoy día no está presente en nuestro proceso penal y debería estarlo.

La situación puede tornarse todavía más grave si en el transcurso de la diligencia alguien –alguno de los partícipes: abogados, letrado de la administración de justicia, el propio juez– hace alguna indicación a la parte activa de la rueda, por ejemplo, se responde a alguna cuestión que formule, o una vez identificada una persona del grupo se pregunta por parte del instructor sobre la seguridad de tal identificación, en un tono de voz o forma de expresarse que implica el supuesto acierto o desacierto de la

sobre tales particulares y se limita a constatar, simplemente, la observancia de ciertos requerimientos de forma. Relevantes sin duda, ya se ha dicho, pero en los que no se agota en absoluto, sino al contrario, lo que debió ser objeto de análisis para llegar a una conclusión probatoria atendible”.

⁵⁰ Cfr. Mazzoni, ¿Se puede creer a un testigo? – El testimonio y las trampas de la memoria, pág. 149; Ríos Martín/Segovia Bernabé/Etxebarria Zarrabeitia, Manual para la defensa de los derechos y libertades ante la intervención de la policía, pág. 261 *in fine*; también, Diges/Pérez-Mata, La prueba de identificación desde la psicología del testimonio, págs. 70 y ss.

identificación. Quien estas líneas escribe lo ha vivido: en una rueda con dos testigos, el primero “identificó” y el segundo no. La reacción de la juez instructora, inconsciente, fue: tras la cita del número por parte del primer testigo en la primera rueda –“es el 2” (el sentado en la posición 2)–, inmediatamente la instructora dictó para su copia en el acta “identifica sin ningún género de dudas al situado en segundo lugar”; empero, al pasar el siguiente testigo, y como quiera que no señalase al sospechoso (que en efecto era el 2), sino a otro del grupo (“es el 4”), la instructora, en vez de dictar para su constancia en el acta –en correspondencia con la primera rueda–, sin más, “el testigo identifica sin ningún género de dudas al situado en cuarto lugar”, preguntó al testigo, “¿el cuarto?”, “¿está Vd. seguro?”, y solo después de que el testigo volviese a aseverar que en efecto era el cuarto, “eso es lo que a mí me parece” –claro, ya con las dudas de quien se ve compelido por Su Señoría a repensarlo–, la instructora dictó: “identifica al situado en cuarto lugar”, ya sin hacer constar que ello fuese “sin ningún género de dudas”. El letrado defensor debe formular protesta y tratar de impedir esta situación, pero ello a veces puede resultar contraproducente. La forma de preguntar, el tono, la gesticulación, siquiera sea leve o en forma de mirada, puede resultar invalidante para la pureza procesal de la diligencia. Por ello propondremos el sistema de doble ciego: ni siquiera el juez, director de la diligencia, debiera saber en qué lugar del grupo está colocado el sospechoso, si es que todavía no lo interrogó. También puede celebrarse por juez distinto, el deseable juez de garantías.⁵¹

Piénsese que, por mucho que se quiera, el testigo nunca podrá identificar con seguridad plena –ni él mismo podrá valorar su propia “seguridad”–,⁵² y ni es la misma situación, ni en su día habrá gozado probablemente de mucho tiempo para la observación, ni el tiempo es ya presente, etc. El testigo cree –desde luego equivocadamente– que de entre todos los sujetos que tiene allí enfrente, uno de ellos es el autor, y eso influye negativamente en el proceso de selección: se siente obligado a identificar a alguien, pues lo demás –como decimos, al menos eso cree–, será considerado por él mismo como un fracaso –de nuevo, erróneamente–. Parte de la premisa equivocada de que la policía ha efectuado exitosamente ya la identificación y de que, por tanto, de entre las personas del grupo necesariamente ha de estar el autor. Más que como una diligencia de

⁵¹ Cfr. mediante cualquier fuente al uso el denominado “*Efecto Clever Hans*” y su historia, origen y explicación de la necesidad del sistema de doble ciego.

⁵² Cfr. Hofmann, *Personenidentifizierung durch Zeugen im Strafrecht*, págs. 143 y s.

investigación, la entiende como una diligencia de corroboración. Ciertamente, para evitar este fenómeno, en realidad, es por lo que son presentados a la parte activa de la rueda un grupo de sujetos y no uno solo, pero ello lo único que hace es reducir algo el peligro, no eliminarlo, y dar además la sensación de que cuando el sujeto 'acierta', la diligencia es la reina de las pruebas. Más adelante expondremos algunos mecanismos que vienen a reducir de forma más efectiva estos riesgos, aun cuando hay que reconocer que los mismos no pueden ser totalmente eliminados, por lo que siempre mostraremos nuestras ineludibles dudas sobre esta diligencia, se lleve a efecto como se lleve a efecto.

VI. Una nueva posible distorsión del resultado de la diligencia nace de otro factor subjetivo en la parte activa de la rueda. En efecto, suele suceder o, al menos, puede suceder, que en el proceso de selección el testigo no busque de forma espontánea a su sospechoso de entre el grupo de personas que le presentan, sino que se valga de otro tipo de instrumentos para llevar a cabo la identificación o para confirmar sus impresiones, y ello siquiera sea inconscientemente: por ejemplo, cuál de los miembros del grupo presenta más nerviosismo –mueve una pierna en posición de sentado–, quién de ellos parece adoptar una posición menos cómoda o más artificial –por ejemplo, adopta una postura más firme o rígida, debido a la tensión–, quién no mira directamente de frente, etc., o sencillamente quién del grupo parece tener 'aspecto' de delincuente. Es decir, criterios que en verdad nada tienen que ver, como debiera suceder, con la confrontación que está siendo solicitada al testigo, y que simplemente consiste en si su recuerdo de una persona coincide o no con lo que ahora percibe mediante el sentido de la vista, sin más adiciones.

Téngase en cuenta también, que aunque en la parte pasiva de la rueda no esté realmente el autor, todas estas señales subjetivas pretendidamente identificadoras pueden producirse de igual manera, y así por ejemplo el nerviosismo de quien se halla investigado y es sometido a una rueda de reconocimiento no es menor por el hecho de saberse inocente; quizás, sea aún mayor debido a lo injusto y delicado de su situación procesal.⁵³

Igualmente, en orden al plano subjetivo, puede influir la opinión que el testigo tenga

⁵³ Tal y como recordaba el ilustre abogado francés, René Floriot, en su obra *Los errores judiciales*: "*un culpable hábil puede causar mejor impresión sobre los jueces que un inocente inexpresivo*" (pág. 13); "*los culpables niegan con idéntico vigor que los inocentes*" (pág. 11).

sobre si los sucesos acaecidos debieran ser claramente merecedores de pena, de tal modo que estará más predispuesto a señalar a alguno de los allí presentes como autor, que a decir que no puede recordar.⁵⁴

VII. Otros aspectos que pueden afectar negativamente son más fácilmente detectables, siquiera sea interrogando a la parte activa de la rueda. Así, cuando el testigo, tras el suceso, ha visto ya al sujeto que ahora tiene enfrente junto al grupo, y que él considera el autor de los hechos. Ejemplo: quien resultó víctima de una agresión en un parque, merodea con posterioridad por dicho lugar para tratar de reconocer al autor de entre las pandillas de jóvenes que frecuentan el lugar. En la rueda, la víctima no buscará el parecido entre el agresor del día de autos y alguno de los que ahora tiene enfrente, sino que tratará de seleccionar a quien él ya ha visto con posterioridad en esa suerte de rueda de reconocimiento que él ha llevado a cabo, vale decir, *por su cuenta*.

También resultan problemáticos, aunque de nuevo relativamente fáciles de descubrir, los casos de reconocimientos en rueda en los que la fotografía del presunto autor del delito ha sido difundida en carteles policiales que instan a la ciudadanía a colaborar en la localización de una persona en busca y captura, o incluso su imagen ha aparecido con reiteración en los medios de comunicación. Aquí la diligencia de reconocimiento en rueda carece ya de sentido, por cuanto el testigo o la víctima no harán su proceso de selección en atención a lo percibido el día de autos, sino tratando de entresacar del grupo a la persona con parecido a los carteles policiales o al individuo que fue exhibido y visto en los medios de comunicación.⁵⁵ Lo mismo puede suceder, aunque quizás en

⁵⁴ También evocado por Floriot, *Los errores judiciales*, pág. 125.

⁵⁵ Por todos, Floriot, *Los errores judiciales*, pág. 124. Sin embargo, a ello –como a otros tantos déficits– no se le suele dar la importancia que merece; vid. STS de 14 de abril de 2016: “... *el cuadro probatorio no se agota aquí: también integra la sentencia de instancia el testimonio de la directora de la sucursal bancaria, que reconoce su firma en el reconocimiento fotográfico realizado ante la policía, cinco meses después [sic!] de que sucedieran los hechos enjuiciados (donde efectivamente identifica a Máximo); y admite que también realizó un reconocimiento en rueda, así como que posteriormente envió una carta donde indicaba que se había basado en imágenes de televisión (las provenientes de las cámaras de seguridad) y por descarte, aunque en su declaración judicial (leída en la vista vía art. 714 a instancia del Ministerio Fiscal) declaró que no había visto las noticias en la tele y que posteriormente no había tenido acceso a las noticias de las detenciones, y ante estas contradicciones llega a manifestar que en todo caso, lo que dijo en su declaración judicial en 2012, era lo cierto. – El Tribunal, reseña y pondera las condiciones psicológicas de la testigo, las contradicciones en que incurre, pero en atención a los detalles descriptivos del autor en su declaración emitida en sede judicial, el mismo día en que se practica la rueda de reconocimiento donde señala en la misma como autor de los hechos precisamente al inculcado; y dado*

menor medida, cuando se publican los denominados retratos robot.

VIII. Todos los anteriores son solamente algunos de los problemas más esenciales que acompañan a la práctica de la diligencia de reconocimiento en rueda, y algunas de las cautelas que, por tanto, deben tomarse muy en cuenta.

En definitiva, está claro, o debería estarlo, que los resultados a los que la diligencia pretende llegar resultan mucho más contingentes de lo que se cree, por mucho que resulte aparentemente espectacular que la víctima señale al presunto autor. Y sin embargo, nuestro legislador no se anima a que tal diligencia pudiera ser incluso *ab ovo* declarada inservible, como pareciera que al menos deberíamos plantearnos a la vista de los resultados acreditados por la psicología del testimonio y que atestiguan los desastres procesales de identificaciones erróneas que hemos presentado al comienzo, con nombres y apellidos de condenados por error.

Por ello, mientras siga siendo derecho positivo, la rueda de reconocimiento al menos habrá de estar presidida de las garantías que acabamos de mencionar y de otras más que abordamos en detalle en los siguientes epígrafes, donde se enuncian y proponen una serie de medidas para asegurar un desarrollo de la diligencia que respete escrupulosamente los derechos fundamentales que constitucionalmente informan nuestro Derecho penal.

que la contaminación que indica deriva de imágenes de televisión que son precisamente las obtenidas por la cámara de seguridad, otorga fiabilidad a la misma".

CAPÍTULO III EN RUEDA

1. PREPARACIÓN DE LA RUEDA: TOMA DE DECLARACIÓN E INSTRUCCIÓN

I. De forma previa a la rueda de reconocimiento y con vistas a las exigencias de la misma, la parte activa de la rueda, sea testigo o víctima, ha de ser recibida en declaración de forma específica (por economía procesal, de forma conjunta a su declaración *general*), a los efectos no solo de llevar a cabo el cabal análisis de la pertinencia y necesidad de la rueda, sino también, en caso afirmativo, para poder organizar la concreta preparación de dicha diligencia. La rueda no debe ser acordada si no es necesaria, y si es necesaria parece obvio que requerirá de cierta preparación y reflexión.

En esta declaración, el testigo o la víctima tienen que describir al sujeto a identificar, según su recuerdo, de tal modo que pueda ser valorada la necesidad misma de realizar la rueda y la forma de efectuarla.⁵⁶ Así, puede suceder que el sujeto refiera que apenas vio al autor o lo hizo sin fijarse:⁵⁷ en este caso la rueda habrá de ser descartada. O por

⁵⁶ Cfr., distinguiendo esta fase de preparación, bien desglosada y con plena instrucción a las partes activa y pasiva de la rueda, Hofmann, *Personenidentifizierung durch Zeugen im Strafrecht*, págs. 114 y ss. Sobre lo fútil de celebrar una rueda si resulta que la descripción dada por la víctima o el testigo no concuerda en absoluto con la persona sospechosa supuestamente a identificar, cfr. Ríos Martín/Segovia Bernabé/Etxebarria Zarrabeitia, *Manual para la defensa de los derechos y libertades ante la intervención de la policía*, págs. 265 y s., 267; vid. también BGH NStZ 1982, 342.

⁵⁷ Cfr. lo sucedido en el supuesto enjuiciado por la STS de 28 de septiembre de 2012, que dio lugar a segunda sentencia absolutoria, y en el que la Sala de casación se refiere precisamente a la declaración que había prestado el testigo-víctima para valorar correctamente la diligencia de rueda producida después: *“El señalamiento de Herminio por Torcuato como autor, tiene en su origen la fugaz observación -recuérdese: un flash, fue la expresión- hecha posible por una rapidísima acción de apuñalamiento, en un lugar de precaria iluminación. Ciertamente Torcuato dirá más tarde haber visto antes la entrada del autor de esta acción en el bar y que luego estaba en la acera frente a su casa. Pero cierto también que no parece que en tales momentos lo hubiera hecho objeto de una observación detenida, algo explicable ya que entonces no tenían para él ningún interés; fue ya a posteriori, después de lo sucedido, cuando estableció cierta relación entre unos y otros. Por tanto, de aquí es razonable concluir que el contacto visual de Torcuato con el individuo que le hirió fue realmente momentáneo y efímero, como lo indica la atribución al mismo de rasgos fisionómicos propios de la etnia gitana, que no son los de Herminio. A partir de ese primer contacto fugaz, cuatro meses más tarde, Torcuato señalará a Herminio en una fotografía; y, luego de otros dos meses, en una rueda. Aquí podrían haber ocurrido dos cosas. Una,*

ejemplo, si en esa declaración el sujeto hace mención a que el autor tenía barba y el detenido ya no la tiene, o hace mención a su estatura y la del detenido no casa con la descripción efectuada, o bien habrá que renunciar a la práctica de la rueda o bien habrá que tomar las medidas a las que *supra* se hizo mención (arts. 371 y 372 LECrim), para que la rueda tenga un mínimo de posible eficacia.

En esta testifical previa a la rueda se ha de interrogar –o al menos las partes deben tener la oportunidad de hacerlo– sobre las circunstancias en las que el testigo dice que vio al autor o partícipe que ahora, en su caso, tratará de identificar. Las circunstancias en las que se produjo la identificación, como expusimos, son de suma importancia para descubrir posibles errores. La distancia a la que se encontraba, la posición de su persona y la del autor, las condiciones de luz, violencia o no del suceso, número de agresores y de personas circundantes, duración del contacto visual, etc., son factores esenciales, tal y como ya tuvimos oportunidad de referir, y sobre todos ellos debe producirse una indagación previa y específica.⁵⁸

que Torcuato, sea un observador y un fisonomista con aptitudes fuera de lo común, que, por eso, a pesar de las precarias condiciones de iluminación y de la brevedad del contacto, habría percibido y retenido los rasgos de su agresor con una precisión inusual, por lo que pudo reconocerlo. Pero ya se ha visto que no es el caso, dado el error en la caracterización inicial. Y otra, que el Herminio de la instantánea hubiera sido ciertamente identificado en la rueda, pero, en realidad y según tantas veces ocurre, como el sujeto de la fotografía. Un fenómeno perfectamente plausible, de notable recurrencia estadística en este tipo de diligencias; que hace que desde el punto de vista de la psicología cognitiva, con gran base experimental, se haya llamado y se llame insistentemente a la prudencia en el uso de tan peligroso instrumento de investigación: por el riesgo bien acreditado que consiste en generar los llamados falsos positivos. La razón de tales reservas está en que, en sus reconocimientos, las personas que han sufrido un delito, por lo general, obtienen, en el curso de la acción de que son víctimas, una impresión, más bien vaga, y siempre de conjunto de la fisonomía del autor (salvo en el caso de la presencia de algún rasgo especialmente llamativo, que aquí no concurre). Además será siempre una fisonomía seguramente gesticulante y captada en movimiento; cuando resulta que luego, la fotografía ofrecerá un aspecto parcial (del rostro) y, sobre todo, estático, de una persona. Por otra parte, es bien sabido que con el paso del tiempo los recuerdos relativos a supuestos como el de esta causa están expuestos a dos tipos de efectos. Uno de degradación cualitativa, que puede ser realmente importante después de tantos meses como los transcurridos en esta causa. Otro de contaminación, generalmente por reelaboración inconsciente, de los datos recordados; que, como todos los que se memorizan, son susceptibles de contagio por los nuevos contenidos de memoria incorporados en el curso del tiempo”.

⁵⁸ Cfr. de nuevo la ya citada STS de 28 de septiembre de 2012, en la que el esfuerzo por dicha indagación previa lo hace la propia Sala en casación, al menos: “Si la formación de la [rueda] no hubiera sido conforme con lo prescrito en el art. 369 LECrim., no cabría entrar siquiera en la valoración como de cargo de lo aportado por ella. Ahora bien, la satisfacción de los requisitos de ese precepto no autoriza a concluir, sin más, que hubo acierto en la identificación (...). Para emitir con fundamento un juicio de esta índole, habrá que ir más lejos, trascender el plano del trámite. En efecto, ya que el índice de calidad de la información obtenida por este medio será fruto de un tipo de apreciación que discurre en el

También deben ser analizados vía interrogatorio, y especialmente cuando los anteriores parámetros puedan hacer dudar de una correcta identificación, las razones de un posible error. Por ejemplo, imaginemos que dos testigos, trabajadores del turno nocturno, pese a la existencia de circunstancias adversas como falta de luz, distancia o rapidez del acontecimiento, etc., que deberían hacer dudar seriamente de la bondad de la identificación –primera fase de las ya vistas–, creen haber identificado a un supuesto compañero del turno de mañana como autor de un robo en el lugar de trabajo. De este modo, habrán de buscarse esos otros motivos en el interrogatorio: puede que –en el ejemplo que estamos planteando– los testigos hayan ‘completado’ inconscientemente la dificultad de la identificación –no la efectuada en la rueda, sino la anterior– con otros datos que les eran conocidos: v. gr. que el sujeto a quien puede que vieran sólo una vez en la fiesta de Navidad, había sido condenado antes de comenzar a trabajar allí por un delito de robo con fuerza en las cosas, extremo éste que era rumoreado en la empresa; puede que los testigos hayan hablado entre ellos, influyéndose, etc. Podría tratarse también del denominado efecto de la familiaridad, igualmente descrito por la psicología del testimonio: según refieren Diges y Pérez Mata, la víctima de una violación en Madrid, cuatro años y medio después (!) de la agresión, identificó a su supuesto agresor en la cola del supermercado; ella trabajaba allí y el supuesto agresor era cliente habitual, de modo que la exposición reiterada causó un elevado sentimiento de familiaridad en la víctima, quien en un momento dado creyó estar viendo a su agresor;

orden epistémico o de la adquisición de conocimiento y depende de criterios de valoración que no son jurídicos. Y de datos empíricos que tampoco pertenecen a este campo. Así, los relativos a las circunstancias ambientales, de luz sobre todo; los atinentes a la dinámica de la acción; y, en fin, otros que tienen que ver con la aptitud de la víctima-testigo para la observación y con su capacidad de retentiva. Además, contará también de manera importante -en virtud de aportaciones de la psicología del testimonio que hoy están en el dominio público- la distancia temporal entre el momento de los hechos y el de la práctica de la diligencia de que aquí se trata. En este caso, y situados en esta segunda perspectiva, hay que valorar algunos elementos altamente significativos, desatendidos en la sentencia. Los hechos datan del 3 de noviembre de 2009 y se produjeron en torno a las 23 horas, en un lugar con mala iluminación (según la propia víctima). Además se desarrollaron con particular rapidez”; en sentido parecido, véase también la acertada STS 24 de mayo de 2015: “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 dice que en primer lugar los factores 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, pues los testigos tienen ordinariamente una mayor capacidad de reconocer los rostros de sujetos de su propia raza o grupo étnico” (idem, STS 30 de diciembre de 2014).

además, el agresor tenía una mancha debajo del ojo y el cliente del supermercado tenía igualmente una mancha de nacimiento en su mejilla izquierda.⁵⁹

El testigo debe ser preguntado sobre las características físicas que recuerda del sujeto al que, en su caso, debe reconocer: mentón o pómulos prominentes, forma de la nariz, tamaño o forma de las orejas, tipo de frente, estatura, complexión, color y tipo de cabello, forma del peinado, color y forma de ojos, peso, edad, etc. Alguna o algunas de las preguntas quedarán incontestadas o respondidas con poca precisión, pues se suele tomar razón del conjunto –de forma global, por así decir–, pero el intento siempre es un empeño loable de evitar el error judicial. Si con posterioridad reconociese a alguien con fisonomía claramente divergente de la previamente señalada, deberá ser cuestionado al respecto en una posterior declaración; nos ocuparemos más adelante de esta segunda declaración.

Ciertamente, como decimos, esta descripción no siempre será fácil de verbalizar, incluso en la mayoría de las ocasiones el testigo tendrá una suerte de impresión general, digamos ‘en bloque’ o a modo de ‘flash’⁶⁰ de la persona a quien ha de identificar –sin rasgos físicos concretos–, pero estas dificultades no han de impedir el intento que sugerimos, siquiera sea eso, como propósito –junto con otros– de minimizar el error judicial en esta diligencia tan sensible y proclive al mismo. Toda prevención es poca. Se trata de instruir al testigo no sólo de sus deberes generales como tal, es decir, de ser veraz, sino también –por así decir– de estos otros deberes especiales del testigo *en* reconocimiento en rueda: que sea consciente de sus propias limitaciones. Un interrogatorio sobre esos aspectos le pondrá en sobreaviso a este propósito y acerca de la importancia de la diligencia, así como de que no debe ser superficial en su comportamiento procesal al respecto.

⁵⁹ Diges/Pérez-Mata, La prueba de identificación desde la psicología del testimonio, pág. 60; véase igualmente, Ríos Martín/Segovia Bernabé/Etxebarria Zarrabeitia, Manual para la defensa de los derechos y libertades ante la intervención de la policía, pág. 258: se trata de la denominada “transferencia inconsciente”; Téllez Aguilera, La diligencia de reconocimiento en rueda, LH Gimbernat, págs. 2.435 y ss. (improcedencia de la rueda si la misma es tras encuentros casuales en la calle, en dependencias policiales, etc.).

⁶⁰ Véase una vez más la recién citada STS de 28 de septiembre de 2012: “Al respecto, el mismo Torcuato utiliza en su declaración en el juicio una expresión bien plástica: fue “un flash”, (...) en el sentido de que, abierta la puerta, y tras una brevísima pregunta, resultó apuñalado de inmediato; a lo que siguió la huida a la carrera del agresor y de su acompañante”.

II. La declaración debe desarrollarse –como cualquier declaración–, sin que al testigo o víctima les sean formuladas preguntas capciosas, sugestivas o en las que se induzca la respuesta. Esto quiere decir que si él mismo no tiene un nivel cultural suficiente para poder aportar una descripción gráfica del sujeto, habrá que tratar de que lo haga lo mejor posible, pero en ningún caso mediante la formulación de preguntas por parte de quien ya conoce el aspecto físico del encausado a quien se quiere someter a la rueda – ¿es corpulento?, ¿es alto?, porque lo es–, que dejen entrever, siquiera sea veladamente, las características físicas del sujeto a identificar. La forma correcta de preguntar es “dígame la estatura”, “la complexión física” o “el peso”, etc., sin más.⁶¹

En esta primera declaración preliminar y para reducir el riesgo de error judicial, también ha de preguntarse al testigo por los datos concretos que realmente le han llevado a creer autor del hecho delictivo a una determinada persona. Ya dijimos que un interrogatorio en tal sentido puede demostrar que la práctica de la rueda es superflua y que no debe ser celebrada, y ello ya fue apuntado en páginas precedentes. Así, el supuesto al que nos referíamos lo planteaba Peters⁶² y se puede encontrar en nuestra jurisprudencia de cuando en cuando: se trata de los casos en los que el sujeto conocía ya de forma previa a quien cree haber identificado como autor, de tal modo que en verdad él mismo ya llevó a cabo una ‘selección’ –ciertamente sin otras personas acompañantes– en el mismo momento en el que se produjeron los hechos o inmediatamente después: en dicho momento, él cree identificar como autor del delito a alguien que ya conoce, un vecino, un compañero de trabajo, el amigo de un conocido, etc. De este modo, la realización de una rueda de reconocimiento carece de sentido absolutamente,⁶³ pues en

⁶¹ Destacado con razón por Diges/Pérez-Mata, La prueba de identificación desde la psicología del testimonio, pág. 61.

⁶² Peters, FS Undeutsch, pág. 468.

⁶³ De otra opinión, en diversas sentencias, el Tribunal Supremo: véase por ejemplo la STS de 10 de febrero de 2010: la circunstancia de que “la testigo conociera con anterioridad a los acusados no invalida el reconocimiento en rueda, sino que lo refuerza otorgando mayor credibilidad”; o la STS de 11 de noviembre de 2016, que ya citamos *supra* pero que conviene volver a reproducir: “En la fundamentación de la sentencia impugnada, en contra de lo que alega el recurrente, se recoge una prueba de cargo sin duda suficiente para desvirtuar la inocencia del acusado. Y así, el Tribunal contó con la declaración del testigo protegido 001, argumentando en el fundamento tercero, apartado 1º, de la sentencia que el testigo manifestó conocerlo anteriormente del barrio y que pudo ver cómo Arsenio Bienvenido estaba encima de Eusebio Claudio. El declarante intentó ayudarlo pero no pudo pues estaban tirándoles piedras; el acusado, a quien conocía de antes, también le puso previamente al testigo el cuchillo

estos casos la rueda lo único que aportaría es si el sujeto recuerda a quien creyó identificar en el momento del hecho y ya conocía. Pero ello obviamente no es lo que se busca mediante esta diligencia de investigación y que puede acabar haciendo prueba. En estos casos lo verdaderamente relevante será saber si el sujeto que el testigo ya conocía e identificó es el autor del hecho, y sobre ello nada dice ni puede decir la rueda.

Algo tan sencillo como lo anterior, empero, puede pasar inadvertido si el instructor no realiza un interrogatorio *ex profeso* para despejar todas estas dudas antes de la celebración de la rueda, o si al menos en el marco de un interrogatorio general no se tratan también estas cuestiones. Se pueden producir errores devastadores: 'identificada' en estas condiciones una persona, lo inane de dicha 'identificación' se pasará por alto para acabar convirtiéndose en una prueba de cargo más -normalmente a sumar a la propia declaración del testigo, como si fuera algo distinto-, en una suerte de '¡si hasta la víctima o testigo identificó en rueda al acusado!'. Donde en realidad únicamente había un indicio -a lo sumo-, consistente en "el testigo cree haber visto a su vecino en el lugar de los hechos", pasaríamos, erróneamente, a un indicio más una supuesta prueba: "el testigo reconoce al sospechoso en rueda".

III. También con carácter previo a la rueda, la parte activa habrá de ser instruida de que tiene que procurar ser muy estricta en su valoración, y sobre todo, de que no ha de identificar a alguien de forma obligada, pues el autor del hecho delictivo puede no estar *necesariamente* entre los seleccionados.⁶⁴ Precisamente por eso se practica la rueda. Con ello se tratará de evitar, ya desde el principio, el vicio puesto de manifiesto *supra* según

en la espalda. El testigo añadió que lo reconoció fotográficamente y en rueda judicial. Matizó que lo identificó por una cicatriz que tenía en la nariz, 'ya que se le había bajado la braga que llevaba en la cara'. (...). La Audiencia precisó que el reconocimiento efectuado lo considera fidedigno, en atención a las condiciones en que se realiza, con la cara descubierta y con el previo conocimiento del acusado, mostrando seguridad el testigo en la identificación. Y subraya que el testigo 001 ha mantenido la participación del acusado Arsenio Bienvenido desde su primera declaración (folios 875 y 876), en la que lo identificó por su nombre y especificó que le apodan 'Bicho', efectuando el correspondiente reconocimiento fotográfico (folios 877 y 878) y posteriormente en rueda de identificación ante el Juzgado instructor (folio 1379), en la que el testigo lo reconoce con seguridad, manteniendo en lo sustancial la rememoración fáctica de hechos efectuada."

⁶⁴ En el mismo sentido, Picatoste Bobillo, Cuestiones en torno a la diligencia de reconocimiento en rueda: práctica y jurisprudencia, AP 1995 - 2, núms. margs. 477 y ss., 480; Hofmann, Personenidentifizierung durch Zeugen im Strafrecht, págs. 116 y ss., 118; vid. también Mazzoni, ¿Se puede creer a un testigo? - El testimonio y las trampas de la memoria, pág. 149.

el cual el testigo trata de 'no defraudar las expectativas' que cree depositadas en él, tendiendo decididamente a creer que tiene que identificar casi por obligación a alguna de las personas que tiene enfrente, pues parte de la errónea concepción de que la policía y el propio juzgado habrán hecho bien su trabajo, y de que por tanto entre los individuos allí presentes estará sin duda el autor del hecho. Es evidente que si esto fuese así, lo que sobraría entonces es la rueda de reconocimiento, y hasta el resto de la instrucción, pero ello ha de ser explicado a la parte activa de la rueda, pues ni tiene porqué plantearse en estos términos –es un lego en la materia–, ni casi seguro lo sabrá. En definitiva, se ha de evitar con ello una identificación 'a toda costa' –un sesgo muy habitual–, instruyendo al testigo convenientemente en los momentos anteriores a la rueda de que tal suposición no se asienta en principio criminalístico o procesal alguno, todo lo contrario. La parte activa de la rueda ha de saber, en suma, que la celebración de la diligencia no implica, ni mucho menos, que entre sus componentes se encuentre el verdadero autor. Se debe dejar claro al testigo que no sucede absolutamente nada porque no identifique a alguien del grupo; es más, se le debe decir de forma expresa que ello puede que se deba a que todavía no ha sido localizado el autor del delito que él vio o denunció, y que entonces es importante saberlo para seguir investigando y localizar al verdadero autor. Esta última advertencia es muy efectiva. Y frente al imaginable argumento de contrario, según el cual con tanta prevención y advertencia se van a frustrar muchas identificaciones, ha de contestarse que éste cae en vacío: se van a frustrar muchas *falsas* identificaciones.

Todo esto naturalmente –y otras cuestiones que abordaremos en las próximas páginas–, sólo está en condiciones de hacerlo de una forma imparcial el juez, pues la policía puede ser incluso parte denunciante y en todo caso se halla –por mor de sus propias investigaciones– altamente contaminada, por lo que la diligencia en rueda no debe ser jamás una diligencia policial, sino siempre y exclusivamente una verdadera diligencia judicial, eso sí, de temprana e inmediata práctica.

Las instrucciones a la parte activa de la rueda antes de la celebración de la misma deben extenderse también al aspecto de que el declarante no debe dejarse influir por el nerviosismo que pueda presentar alguno de los miembros de la rueda. Asimismo, debe indicarse al testigo la conveniencia de observar y fijarse con atención en las personas que tiene enfrente, dedicando a cada uno de ellos al menos un breve tiempo, sin precipitarse en señalar a uno u otro con ligereza y sin mayor reflexión.

Una futura Ley de Enjuiciamiento Criminal debería estatuir la obligatoriedad de este interrogatorio previo que estamos proponiendo, para minimizar en lo posible los vicios que fueron aludidos o, lo que es lo mismo, las posibilidades de terribles errores judiciales como los vistos al comienzo de nuestras páginas. Tras ello, sería muy conveniente una Circular por parte de la Fiscalía General del Estado, explicativa y hasta protocolizando y sistematizando todos estos puntos y preguntas.

IV. También de forma previa a la rueda y con la misma finalidad de evitar el error judicial, se debe ser muy pulcro –sobre todo si el encausado está reducido a prisión provisional– con que el testigo no vea antes de la celebración de la diligencia ni al investigado –con grilletes y conducido–⁶⁵ ni a los otros integrantes del grupo, libres y charlando –lo que le influiría obviamente del mismo modo, pero por descarte–; en especial, que el testigo no pueda ver cómo alguno de los que van a formar parte del grupo habla con uno de los letrados actuantes, espera pacientemente en el pasillo, entra esposado en la oficina judicial, etc.

Estas sencillas –y obvias– normas de conducta procesal antes de la rueda en ocasiones no son respetadas.⁶⁶ El mejor sistema para soslayar estos problemas es la citación al testigo o testigos algún tiempo antes, como de hecho se viene haciendo en algunos juzgados de instrucción de Plaza de Castilla en Madrid, o en todo caso en lugares distintos: al sospechoso y a los figurantes o distractores, directamente en calabozos del juzgado de guardia, que es donde se encuentran las salas habilitadas para ruedas de

⁶⁵ Por todos, Téllez Aguilera, La diligencia de reconocimiento en rueda, LH Gimbernat, págs. 2.441 y s., con cita de amplia jurisprudencia; De Antón y Barberá, Iniciación a la dactiloscopia y otras técnicas policiales, pág. 175; Floriot, Los errores judiciales, págs. 123 y s., 128.

⁶⁶ Esta situación se produjo por ejemplo en el caso citado *supra* en el Capítulo I., de Ahmed Tommouhi, reconocido así por la propia Guardia Civil actuante, con los lamentables resultados ya expuestos; vid. también STC 36/1995, que anula la condena basada en un reconocimiento fotográfico a su vez basado en una previa identificación “*por el pasillo*” de una mujer que habían detenido por utilizar el mismo *modus operandi* para el robo que el descrito por el denunciante. Cfr. también ATS de 1 de julio de 2010 que da valor a “*los distintos reconocimientos –espontáneo, mediante fotografía y en rueda*”, siendo así que el “*espontáneo*” es uno producido al encontrarse el declarante al investigado en comisaría, lo que en verdad, ciertamente, debiera haber determinado a no celebrar ya la rueda. Sobre ello, ampliamente, Soletto Muñoz, La identificación del imputado, págs. 42 y ss.; vid. también Ríos Martín/Segovia Bernabé/Etxebarria Zarrabeitia, Manual para la defensa de los derechos y libertades ante la intervención de la policía, págs. 268, 270.

reconocimiento; a los testigos, en la oficina judicial, y ello con un cierto decalaje temporal, de tal forma que bajan a las salas de ruedas ya acompañados por los funcionarios cuando todo está listo y preparado, sospechoso y figurantes en la sala y bajo sus números, y sin ni siquiera posibilidad de coincidir en la puerta de entrada a los juzgados.

V. Si son varios los testigos, deberán esperar cada cual en recinto separado para evitar contaminaciones,⁶⁷ tal y como también ha previsto el Proyecto de un nuevo Código Procesal Penal: es humano que, si están juntos, durante la espera hablen de las características físicas que cada uno recuerda. En caso de diversos testigos, el valor añadido de la diligencia de reconocimiento en rueda está, precisamente, en que de forma independiente sean varias las personas que lleguen a identificar a un mismo miembro del grupo. La diligencia es tan contingente, como hemos expuesto con reiteración, que para que quepa concederle algún valor probatorio, o bien deberá acumularse su resultado a otras pruebas que igualmente conduzcan a la identificación o, al menos, deberá haberse producido un resultado coincidente entre varios sujetos, pero siempre, como decimos, de tal modo que no puedan hablar ni verse entre ellos. Un simple gesto, incluso en el sentido de que un testigo sí ha identificado a una persona, aunque no diga a quién, echaría por tierra todo el valor probatorio racional de la pretendida prueba, si es que, insistimos, se le quiere conceder alguno. Si los testigos hablasen entre ellos, ante la posibilidad de que hayan podido influirse, habrán de ser interrogados al respecto, y si persisten las dudas sobre este delicado extremo, la única valoración racional es que estamos ante una sola identificación, no ante varias coincidentes.

VI. Además tanto los miembros del grupo o figurantes como el propio encartado habrán de ser igualmente preparados de forma previa a la diligencia en rueda. En especial, se ha de lograr dar las instrucciones precisas a los distractores para que con su actitud, aun inconscientemente, no ‘descubran’ al encausado: no deben sino mirar al frente y mantener todos la misma postura, no gesticular, etc.

Para finalizar, se pondrá en conocimiento del investigado que se han adoptado todas las anteriores prevenciones que acabamos de mencionar, de tal modo que se logrará que su

⁶⁷ En igual sentido, Hofmann, *Personenidentifizierung durch Zeugen im Strafrecht*, págs. 116 y s.; vid., empero, STS 18 de septiembre de 2002.

actitud sea más colaboradora –si es que decide someterse a la rueda– y, en todo caso, que se sienta menos nervioso.

No es correcto someter a un investigado, sin mayor instrucción ni información de clase alguna, a una diligencia de investigación que desconoce totalmente –lo único que sabe es lo que ha visto en las pantallas cinematográficas sobre sistemas judiciales muy ajenos al nuestro–, y menos hacerlo con la pretendida trascendencia incriminatoria que se predica en caso de que la identificación en la rueda sea positiva.

2. DURANTE LA RUEDA: CORRECCIÓN Y PULCRITUD DE SU DESARROLLO

I. La jurisprudencia viene admitiendo que la rueda pueda ser llevada a cabo por las fuerzas policiales, es decir, no necesariamente por el juez de instrucción. Y ello, a pesar de que el art. 368 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es taxativo en su contenido y se refiere únicamente a “*reconocimiento judicial*”.⁶⁸ Más correctamente, alguna sentencia aislada ha descartado que la policía pueda llevar a cabo tal diligencia en el marco de sus investigaciones, criterio éste que debiera imponerse en exclusividad.⁶⁹ El principio de legalidad procesal debe prevalecer. Entre otras cosas, porque es difícil que todas las prevenciones a las que hemos hecho alusión anteriormente, y que se nos presentan como imprescindibles, sean llevadas a cabo por las fuerzas policiales, convertidas inexorablemente y aun a su pesar –animados por el espíritu receloso hostil del que hablase Alonso Martínez– en una parte muy parcial tras su proceso investigador; es humano.

En todo caso, si la rueda fuese practicada por y ante la policía, debe subrayarse que tal reconocimiento incorporado al atestado no tiene más valor que el que debe concederse al documento al que se incorpora tal acta de rueda, esto es, el de simple denuncia (art. 297 LECrim.), no constituyendo prueba sino precisamente objeto de la prueba.⁷⁰ Sin

⁶⁸ Destacado con razón por López Barja de Quiroga, Tratado de Derecho procesal penal (I), pág. 1304.

⁶⁹ SSTS de 12 de septiembre de 1986 y 21 de enero de 1991; cfr. también Lorca Navarrete, La diligencia de reconocimiento de voz, La Ley 1987 – 2, págs. 1159 y ss.; Ríos Martín/Segovia Bernabé/Etxebarria Zarrabeitia, Manual para la defensa de los derechos y libertades ante la intervención de la policía, pág. 253.

⁷⁰ Por todas, por ejemplo, SSTS de 1 de diciembre de 1995, 20 de junio de 2000, 20 de diciembre

embargo, se hace concurrir a los policías como testigos al juicio oral, que naturalmente se ratifican,⁷¹ y entonces se dice que sí constituye prueba.⁷² En verdad, creemos, se trata de un fraude de ley.

Es más: no solo la rueda policial carece de valor probatorio, porque es policial, sino que encima invalida posibles ruedas posteriores, porque, como ya expusimos, la parte activa de la rueda tratará de recordar a quien ya identificó en la rueda anterior (la policial que, insistimos, no hace prueba), en lugar de tratar de identificar al sospechoso en la “nueva” rueda, la judicial, única supuestamente válida pero que ha devenido definitivamente inválida con causa en la celebración de la anterior (policial, sin valor probatorio).

Frente a todo lo anterior, el argumento que suele darse para opinar lo contrario suele residenciarse en el factor temporal: que una demora en la práctica de la diligencia haría peligrar los fines que se tratan de lograr. Pero lo cierto es que son difíciles de imaginar las razones por las cuales un juez de instrucción no pueda atender, como mucho un par de horas después y con la misma urgencia la celebración de la rueda. El único caso imaginable de no poder esperar podría ser que existiese riesgo de fuga antes de la práctica de la rueda, pero entonces lo que correspondería no sería que la misma se llevase a cabo policialmente, sino decretar la prisión provisional, acto procesal éste que naturalmente es competencia, una vez más, del juez instructor. Y si el argumento *pro* rueda policial se refiriese a que tal celeridad no puede ser alcanzada, de modo tal que habría de celebrarse cuanto antes en policía,⁷³ porque el juez instructor no puede acudir, lo cierto es que el imputado no puede verse lastrado por las carencias materiales, personales y, por ende, temporales, de la Administración de Justicia: frente a su derecho

de 2001 (lo cual no es sino aplicación al caso concreto de la doctrina general y secular del Tribunal Constitucional, y así véase la STC de 23 de febrero de 1995, si bien no siempre tan consolidada como debiera frente a alguna soterrada práctica judicial); cfr. también Nieva Fenoll, Concepto y naturaleza jurídica de los reconocimientos de identidad, págs. 27 y ss.

⁷¹ No creo que se conozca el caso de un policía que no se haya ratificado, pues incluso cuando – dado el tiempo transcurrido– no se acuerdan del contenido que supuestamente tienen que ratificar, de todas formas se ratifican bajo la fórmula ‘lo que conste en el atestado es lo correcto, lo ratifico’.

⁷² Además de las citadas en las notas anteriores, véase igualmente la STS de 29 de septiembre de 2000.

⁷³ Así lo expuesto por: Nieva Fenoll, Concepto y naturaleza jurídica de los reconocimientos de identidad, págs. 25 y s.

fundamental a la presunción de inocencia, no pueden intentar contraponerse meras necesidades de falta de medios de la Administración, por muy entendibles que puedan llegar a ser. Lo que hay que lograr es que la rueda judicial, única procesalmente válida, se celebre sin demoras, y para lograrlo se debe dotar a la Administración de Justicia de los medios necesarios; no, al contrario, por carencias presupuestarias, rebajar las exigencias procesales, lo que conlleva el ninguneo del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

II. Sumamente interesante en este tipo de diligencias resulta siempre la cuestión de si el encartado puede ser compelido a formar parte de la rueda o si puede negarse a su práctica. Por la fuerza es obvio que no puede ser obligado: una rueda no se puede celebrar con dos policías sujetando a uno de los miembros del grupo.⁷⁴

Y que no puede ser obligado por la fuerza, no se debe únicamente a una razón práctica, sino también por supuesto a una jurídica: el empleo de la *vis phisica* o absoluta, para los casos en los que el sujeto no preste su consentimiento, afectaría gravemente a la proscripción constitucional de los tratos inhumanos o degradantes (art. 15 de la CE). Al respecto, la doctrina es unánime, y también la jurisprudencia: desde la ya lejana sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1989 (referida a si se podía compeler a un examen ginecológico), la Sala tiene prohibido "el empleo de la fuerza física, que sería, en este supuesto, degradante e incompatible con la prohibición contenida en el artículo 15 de la Constitución".

En verdad, a la misma conclusión se debe llegar, no ya por razones de practicidad o fácticas, sino una vez más de estricta índole jurídica, respecto de la *vis compulsiva*, también denominada, más bien eufemísticamente, "relativa", es decir, del intento de convocar a una rueda por parte del juzgado instructor bajo la intimación de incurrir en delito de desobediencia en caso de negarse a participar. Aquí de nuevo eufemísticamente, esta práctica judicial muy habitual de apercibir de desobediencia, es elegantemente formulada: se alecciona al investigado de las consecuencias que le

⁷⁴ Destacado por Téllez Aguilera, La diligencia de reconocimiento en rueda, LH Gimbernat, págs. 2.447 y s., y por Hofmann, Personenidentifizierung durch Zeugen im Strafrecht, pág. 112; en general, sobre esta problemática de si es o no conforme a derecho la obligatoriedad de someterse a una rueda de reconocimiento, la misma, págs. 96 y ss., 110 y ss., si bien la situación legislativa en Alemania es parcialmente diferente.

pararán en Derecho, sin decir las, de no atender a la solicitud del Ilmo. Juzgado instructor.⁷⁵

La excusa procesal que se suele proponer para la obligatoriedad de la rueda es que se trata, no de una obligación de “participación activa”, sino de un mero “tolerar”:⁷⁶ nada habría que declarar, sino únicamente posar. En todo caso y pese a ello no parece que sea plausible utilizar *vis compulsiva* para lograr la participación en la rueda; al contrario, se debe afirmar que no existe ni delito de desobediencia ni ilícito de clase alguna por no prestarse a la rueda y tal actitud debe quedar amparada –por analogía– en el derecho fundamental al silencio,⁷⁷ y en definitiva en el derecho a utilizar los medios de defensa que el investigado tenga por convenientes, ambos garantizados por el art. 24 de la Constitución; por ejemplo, el encartado, aun siendo inocente, no desea defenderse participando en una rueda, dado que ha leído páginas y reflexiones como las presentes y no desea correr el riesgo de ser identificado por error pues sabe del resultado sumamente incierto de la diligencia. No existe disposición normativa alguna que habilite a un juzgado instructor para tal compulsión, siendo así que, naturalmente, como mínimo debiera existir reserva de ley orgánica,⁷⁸ dejando de lado su más que posible tacha de inconstitucionalidad a la vista de que convertiría al imputado en objeto del proceso.

⁷⁵ Y así, la sentencia del Tribunal Supremo que acaba de ser mencionada en el texto, de 15 de febrero de 1989, añadía que –pese a negar la posibilidad de la fuerza física– sí se podría compeler a la investigada al examen ginecológico “mediante la advertencia de las consecuencias sancionatorias que pueden seguirse de su negativa”.

⁷⁶ Por todos, con ulteriores referencias bibliográficas, Krekeler/Löffelmann, *Anwaltkommentar – Strafprozessordnung, Einleitung/24*.

⁷⁷ Cfr. López Barja de Quiroga, *Tratado de Derecho procesal penal (I)*, pág. 1304; Prieto Rodríguez, *La identificación del delincuente mediante la diligencia de reconocimiento en rueda (I)*, AP 1992 – 2, núm. marg. 451 y ss., 453 y s.; desde otra perspectiva, pero llegando a la misma conclusión: Picatoste Bobillo, *Cuestiones en torno a la diligencia de reconocimiento en rueda: práctica y jurisprudencia*, AP 1995 – 2, núm. marg. 477 y ss., 479 y s.; Obach Martínez/García Martínez, *Praxis judicial sobre los reconocimientos de identidad*, pág. 105; de otra opinión (posibilidad de acusar por delito de desobediencia), Soletto Muñoz, *La identificación del imputado*, págs. 40 y s.

⁷⁸ Cfr. Burgdorf/Ehrentraut/Lesch, *Die Identifizierungsgegenüberstellung gegen den Willen des Beschuldigten – Eine unzulässige Ermittlungsmassnahme?*, GA 1987, págs. 106 y ss., quienes, empero, estarían conformes con la solución contraria en caso de existir ley habilitante para ello (pág. 127, de lege ferenda); véase también BVerfGE 49, 280, 284: quienes sí tendrían obligación de participar en las ruedas serían los testigos.

En realidad, la aceptación de la presión mediante *vis compulsiva*, a la vez que en cambio se rechaza la *vis phisica*, parece un hipócrita ejercicio rayano en el fraude de ley. Si la *vis phisica* debe estar prohibida, y lo está indudablemente por mor del artículo 15 de la Constitución, también debe estar proscrita la *vis compulsiva*, exactamente por las mismas razones. Y así, a lo ya dicho baste añadir que el legislador penal, habitualmente, equipara la violencia *phisica* y la *compulsiva*, a la hora de tipificar las conductas punibles, de tal modo que resultaría cuanto menos sumamente extraño que no hubiera de regir lo mismo cuando se trata de la defensa de los derechos fundamentales en el proceso. Entre otros, en los artículos 178,⁷⁹ 202.2,⁸⁰ 242,⁸¹ 464⁸² o 522,⁸³ el Código Penal ha hecho equiparación concreta y plena, como es sabido, de la “violencia” (*vis phisica*) y la “intimidación” (*vis compulsiva*).

Y es que, en contra de cierta doctrina, no parece que siempre deba ser hecha una diferencia tan radical entre *vis compulsiva* y *vis absoluta*, y, desde luego, menos aún, como decimos, en relación con la vigencia o no de derechos fundamentales como aquí

⁷⁹ De los delitos contra la libertad y la indemnidad sexual, art. 178 CP: “*El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años*”.

⁸⁰ Del allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público, art. 202 CP: “*1. El particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. 2. Si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación la pena será de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses*”.

⁸¹ De la extorsión, art. 243 CP: “*El que, con ánimo de lucro, obligare a otro, con violencia o intimidación, a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o del de un tercero, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, sin perjuicio de las que pudieran imponerse por los actos de violencia física realizados*”.

⁸² De la obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional, art. 464 CP: “*1. El que con violencia o intimidación intentare influir directa o indirectamente en quien sea denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo en un procedimiento para que modifique su actuación procesal, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a veinticuatro meses*”.

⁸³ De los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos, art. 522 CP: “*Incurrirán en la pena de multa de cuatro a diez meses: 1.º Los que por medio de violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo impidan a un miembro o miembros de una confesión religiosa practicar los actos propios de las creencias que profesen, o asistir a los mismos. 2.º Los que por iguales medios fuercen a otro u otros a practicar o concurrir a actos de culto o ritos, o a realizar actos reveladores de profesar o no profesar una religión, o a mudar la que profesen*”.

sucede: cuando se dice que la clásica intimidación “la bolsa o la vida” es un claro caso de *vis compulsiva*, ello ha de ser relativizado; en verdad, igualmente podríamos decir que estamos ante un caso de *vis absoluta* porque, pese a la capciosa formulación de la conminación, el sujeto carece de alternativas, por lo que, en realidad, se ve obligado físicamente: la amenaza no es, ciertamente, “la bolsa o la vida”, sino antes bien, “la bolsa o la vida y la bolsa”, pues inimaginable es que el ladrón, ‘pagada’ la vida como resistencia al despojo, no tomara también, obvio por demás, la bolsa.⁸⁴

Pero es que, además, hay otros motivos suplementarios para rechazar que el investigado pueda ser presionado, bajo apercibimiento de sanción, a someterse a una rueda de reconocimiento, igual que tampoco puede serlo a intervenciones o inspecciones corporales. Así, la existencia del artículo 383 del Código penal, precepto que de forma concreta sanciona la negativa a someterse a una investigación corporal,⁸⁵ ha de ser interpretada, *sensu contrario*, en el sentido de que para los demás casos, ante la carencia de tal normativa específica, no puede derivarse sanción alguna por un tal tipo de negativa.

Por lo demás, del disfrute de tal derecho tampoco se deberían extraer consecuencias negativas para el investigado, es decir, no debe ser tomado como indicio de culpabilidad el hecho de que no haya querido someterse a la rueda de reconocimiento.⁸⁶ En la hipótesis que acabamos de proponer, la razón para tal negativa no residiría en tratar de evitar ser ‘identificado’, sino en una más que plausible sospecha de inutilidad de la diligencia, o lo que es peor: en un miedo –fundado y con razón– a ser identificado erróneamente pese a no ser el autor del delito ni haber intervenido en modo alguno en él; como sabemos, los falsos positivos están al cabo de la calle.

⁸⁴ Vid. Cobo del Rosal/Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Gestión de cobro de morosos y Derecho penal, págs. 48 y ss., poniendo en duda la pretendida radical separación entre las denominadas *vis absoluta* y *vis compulsiva* (pág. 50).

⁸⁵ Cfr. también STC 161/1997; de los delitos contra la seguridad vial, art. 383 CP: “El conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupeficientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores, será castigado con la penas de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años”.

⁸⁶ De otra opinión, Téllez Aguilera, La diligencia de reconocimiento en rueda, LH Gimbernat, págs. 2.448.

Lo mismo cabe decir, por tanto, de los cambios que el imputado haya podido emprender en su imagen externa, como dejarse bigote, cortarse el pelo, etc., propios de su derecho fundamental al libre desarrollo de su personalidad. De este modo, los arts. 371 y 372 LECrim. que *supra* citásemos, referidos a que los funcionarios encargados de la custodia de los encausados procurarán que tales cambios no se produzcan, deben ser interpretados conforme a la Constitución: únicamente en el sentido de que ellos habrán de dar cuenta de si tales cambios se han producido, lo que pueda hacer ineficaz la rueda, al menos si el investigado no accede voluntariamente a retornar a la situación anterior; pero nada más.

III. Los distractores o personas elegidas para formar parte de la rueda han de ser parecidas físicamente al encausado, "*circunstancias exteriores semejantes*" dice la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 369.⁸⁷ Si dichos componentes no reuniesen estas características, ello sería incluso más contraproducente que llevar a cabo una identificación sin rueda de clase alguna, sólo sobre la persona del sospechoso. En efecto, entonces el sujeto destacaría todavía más de entre el grupo, de tal modo que el testigo creerá ver reafirmada su impresión de a quien ha identificado –aunque solo lo haya hecho ‘por descarte’–, cosa que no sucedería si se hubiese llevado a cabo una identificación individual sin rueda. Por lo demás, es obvio que en estos casos el testigo será más proclive a la identificación: si la parte activa de la rueda recuerda un hombre delgado, y en el grupo todos menos uno tienen sobrepeso, ello, unido a la tendencia general a creer que en el grupo está el autor –opinión ésta contra la que ya advertimos en páginas anteriores–, estaremos ante el escenario perfecto que llevará a acrecentar las posibilidades de una identificación del más parecido, aunque no se esté seguro. Y si el testigo ha descrito un hombre con un lunar, todos deberán tener un lunar, pues de otro modo la rueda no será funcional.⁸⁸ Sin lunar, es como si los otros estuvieran indicando

⁸⁷ Véase la cita de abundante jurisprudencia que aborda la cuestión, en: Alonso Pérez, Requisitos procesales de la diligencia de reconocimiento en rueda o grupo de personas, La Ley 1999 - 5, D. 231, págs. 1858 y ss., 1859: un rubio entre personas de raza árabe, una rueda mixta hombres y mujeres, etc.

⁸⁸ En gran medida de otra opinión, las SSTs de 7 de julio de 2001 y de 23 de octubre de 2002; empero, correcta –no es semejante una persona de raza negra de origen iberoamericano a otra igualmente de raza negra pero de origen africano de Nigeria–, la STS de 3 de junio de 2009; véase también Ríos Martín/Segovia Bernabé/Etxebarria Zarrabeitia, Manual para la defensa de los derechos y libertades ante la intervención de la policía, págs. 255 y s.

que se debe señalar al del lunar.

Sin embargo, esta no es la práctica jurisprudencial, la cual parece conformarse con la máxima de que más vale una rueda no homogénea, que una rueda no celebrada –algo así como: en caso de dificultades para encontrar parecidos, se debe escoger siquiera a los distractores menos desemejantes–, como si existiese una suerte de derecho fundamental para las acusaciones a la celebración de ruedas. Y consecuente con ello, absurdamente, muchos tribunales únicamente han llegado a concluir que no habría semejanza en casos extremos, como en supuestos de diferencias de color de piel o hasta de sexo, por increíble que parezca.⁸⁹ Por las razones que venimos exponiendo, empero, no es necesario llegar a tales rocambolescos casos para tachar de inadecuada e inválida la conformación de tales ruedas. Si no se encuentran personas semejantes, la rueda no debe ser celebrada, y si no hay otra forma de probar la identificación, es claro que ésta no habrá quedado probada y punto final. Una fuente de agua no potable –una rueda no homogénea– no se convierte en una fuente de agua potable porque no exista otra fuente o porque se tenga mucha sed –probatoria o, por mejor decir, incriminatoria–. Y aquellos defensores de la rueda no homogénea bajo la fórmula de que *si no hay otra cosa más vale al menos la celebración de esa*, que intenten beber de una fuente de agua no potable cuando no tengan otra fuente o porque tengan mucha sed –incriminatoria–, a ver qué pasa.

IV. Como ya indicamos, en ocasiones el denominado lenguaje corporal puede “descubrir” al investigado. Por eso, los figurantes o distractores deben ser personas elegidas al azar o –mejor– traídas por el propio abogado del encartado,⁹⁰ y no los propios policías o funcionarios,⁹¹ como antiguamente se hacía, ya plenamente acostumbrados a la práctica de la diligencia. Si realmente son personas buscadas *ad hoc* que por vez primera participan en este acto procesal, estarán igual de incómodos que el

⁸⁹ Véase la STS de 7 de diciembre de 2000. Al respecto también, Téllez Aguilera, La diligencia de reconocimiento en rueda, LH Gimbernat, págs. 2.450 y s., y Soletto Muñoz, La identificación del imputado, págs. 36 y ss.

⁹⁰ Quien por supuesto deberá estar presente: por todos, Obach Martínez/García Martínez, Praxis judicial sobre los reconocimientos de identidad, págs. 100 y s.; Soletto Muñoz, La identificación del imputado, págs. 38 y s.; Miranda Estrampes, Licitud, regularidad y suficiencia probatoria de las identificaciones visuales, pág. 120.

⁹¹ Hofmann, Personenidentifizierung durch Zeugen im Strafrecht, págs. 127 y s.

propio encausado, de tal modo que se aminorará al menos en cierta medida el efecto que causarán los nervios del propio investigado. Más incluso: lo ideal es que los acompañantes, en caso de que no sean traídos por el propio encartado, ni tan siquiera conozcan quién es el sospechoso. Se evitarán así posibles reacciones durante la rueda que puedan descubrirle, desde la curiosidad al distanciamiento, pasando por la precaución o hasta el miedo, dependiendo del delito por el que se siga el proceso. Por supuesto que esta propuesta es más complicada de poner en práctica que la rueda con policías o funcionarios, pero una vez más hay que insistir en que no conviene racanear con la eficacia de los derechos fundamentales en juego. Además de todo ello, ya pusimos de manifiesto *supra* la conveniencia de la utilización del sistema denominado de doble-ciego,⁹² en el que ni tan siquiera el juez –que es quien se dirige a los testigos impartiendo las directrices– conoce quién es sospechoso y quiénes son distractores. Puede ser un juez de garantías, por ejemplo, cuando el sistema procesal lo permita.

Alguna literatura científica antigua sugería la conformación de ruedas con procesados en otras causas,⁹³ y algunos juzgados españoles han intentado también esta opción. Sin embargo, las dificultades prácticas y las incertidumbres jurídicas de tal propuesta son obvias: desde la conducción a las dependencias judiciales si se hallan en prisión provisional, hasta si se puede imponer este deber positivo de colaboración a quien ya tiene, por su parte, otros deberes positivos en su propio procedimiento –y por tanto: restrictivos de su libertad de actuar–;⁹⁴ todo ello hace que debamos concluir que este método no es el adecuado.

En definitiva, la práctica judicial más correcta es disponer en el auto que acuerde la diligencia que sea el propio abogado del investigado quien deberá reunir y hacerse acompañar del grupo de figurantes de semejantes características físicas a las de su

⁹² Véase Diges/Pérez-Mata, La prueba de identificación desde la psicología del testimonio, pág. 72; Miranda Estrampes, Licitud, regularidad y suficiencia probatoria de las identificaciones visuales, pág. 132; Hofmann, Personenidentifizierung durch Zeugen im Strafrecht, págs. 122 y s.

⁹³ Cfr. Stadler/Fabian/Wetzels, MSchrKrim 1992, Heft 2: Wiedererkennen des Täters oder Identifizieren des Beschuldigten? Ein wirklichkeits(nahes) Experiment zum Beweiswert von Gegenüberstellungen, *passim*.

⁹⁴ Aun con todo, perfectamente lícitos; vid. al respecto, sin perjuicio de la bibliografía citada sobre este particular en nota, algo más adelante, Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Variaciones sobre la presunción de inocencia, págs. 37 y ss.

cliente.⁹⁵ Hay que lograr, dicho de una forma gráfica, que la rueda llegue a ser una 'identificación del autor' y no una 'identificación del encausado'.⁹⁶

V. Muy compleja e impracticable, en cambio, es la propuesta que en su día realizase Odenthal para paliar este problema conocido como de la 'identificación del encausado'. Según él, lo más correcto sería llevar a cabo la por él denominada "rueda ambiental",⁹⁷ es decir, no artificial y en línea, como la que conocemos, sino en un lugar donde tanto la persona que debe someterse a la identificación como el testigo pudieran encontrarse por casualidad, en unos grandes almacenes, en un restaurante, en una estación de ferrocarril o hasta en una calle céntrica y concurrida. El testigo tendría la instrucción de encontrar allí, en su caso, a la persona que ha de ser identificada, y el hecho de que las personas acompañantes no pudieran ser seleccionadas no importaría, pues su mayor número compensaría con creces esta ausencia de selección. Sin embargo, lo cierto es que esta suerte de rueda 'en vivo' se nos presenta, por múltiples motivos (seguridad, logística, etc.), más como un experimento de laboratorio que como una propuesta con visos de poder ser llevada a la práctica.

Quizás una variante algo más factible, aunque también presentaría problemas de desarrollo importantes, sería la celebración de la rueda en la propia prisión, en concreto en el patio del centro penitenciario. Pero aquí de nuevo, junto con otros problemas organizativos fáciles de imaginar –el testigo cuasi espiando a los internos sin que ellos lo sepan–, se presentan posibles afectaciones de derechos fundamentales: supondría probablemente una intromisión en los derechos de los otros presos no encartados en la causa de que se trate, incluso en régimen ya de cumplimiento. En suma, la denominada "rueda ambiental" no parece ser, ni práctica, ni jurídicamente, realizable.

⁹⁵ Mediante esta forma de configurar la rueda no se logra la prevención *supra* reseñada de que los otros componentes de la rueda no conozcan al encausado, pero el abogado que los haya convocado deberá instruirles convenientemente, en beneficio de su cliente, de que no 'descubran' al investigado.

⁹⁶ Véase: Stadler/Fabian/Wetzels, MSchrKrim 1992, Heft 2: Wiedererkennen des Täters oder Identifizieren des Beschuldigten? Ein wirklichkeits(nahes) Experiment zum Beweiswert von Gegenüberstellungen, pues el título de este trabajo resulta muy indicativo de estos problemas de la diligencia de reconocimiento en rueda: "¿Reconocimiento del autor o identificación del encausado?".

⁹⁷ Odenthal, Die Gegenüberstellung im Strafverfahren, pág. 38.

En otro sentido sí puede y debe ser entendida la propuesta de “rueda ambiental”: ciertos elementos accesorios, como la ropa que vistan los componentes del grupo, un gesto, su posición de sentados o de pie, etc., pueden resultar importantes, porque como enseña la psicología del testimonio ayudan a “activar la memoria”. Por ello, no debe descartarse llevar a cabo esta diligencia a la vez que la de reconstrucción de los hechos, de tal modo que, uno tras otro, el imputado y los miembros de grupo vayan realizando algunas de las acciones que en su día creyeron ser vistas por el testigo. En todo caso, recordemos que ello será así siempre y cuando el investigado decida voluntariamente someterse al pretendido reconocimiento.

VI. Cuántas personas deban conformar la rueda, es algo que la ley deja abierto, aunque se viene estimando que al menos deben ser el sospechoso y dos figurantes.⁹⁸ Como ya expusimos, el art. 369 LECrim. sólo señala que se pondrá a la vista del que hubiere de verificar el reconocimiento a la persona que haya de ser reconocida *“haciéndola comparecer en unión de otras de circunstancias exteriores semejantes”*.

Lo habitual es que la rueda se desarrolle con el encausado y cuatro distractores. De hecho, las salas habilitadas en los juzgados para la práctica de la diligencia suelen estar diseñadas -asientos y numeración en la pared- como máximo para un total de cinco personas. Naturalmente, cuantos más sean los acompañantes mejor será, y desde luego una rueda con sólo dos cebos es de todo punto escasa, con un grave riesgo -un tercio- de elección al azar.⁹⁹ La Ley 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, prevé que la rueda se componga *“de cinco personas, además de las que deban ser reconocidas”* (art. 155).

Una correcta ratio encausado/distractores ha de ser observada también, especialmente, para el supuesto mencionado en el art. 370.II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de varias personas a identificar, pues lo importante es el aspecto ‘funcional’ de la rueda, no

⁹⁸ Por todos, Alonso Pérez, Requisitos procesales de la diligencia de reconocimiento en rueda o grupo de personas, La Ley 1999 - 5, D. 231, págs. 1858 y ss., 1859 y s., aun reconociendo su probable insuficiencia; Téllez Aguilera, La diligencia de reconocimiento en rueda, LH Gimbernat, págs. 2.449 y s.; vid. también Soletto Muñoz, La identificación del imputado, págs. 35 y s.; Obach Martínez/García Martínez, Praxis judicial sobre los reconocimientos de identidad, pág. 101.

⁹⁹ Vid. Diges Junco/Mira Solves, La identificación de personas por parte de testigos y víctimas: medidas de imparcialidad, Justicia 1988 - 2, págs. 661 y ss., 674 y s., 678.

tanto el numérico.¹⁰⁰ Como vimos, según este precepto, cuando fueren varios quienes hayan de ser reconocidos por una misma persona el reconocimiento de todos podrá hacerse en un solo acto. Pues bien, conforme a lo expuesto sobre el número de figurantes y aunque la ley, una vez más, nada diga al respecto, en estos casos siempre deberá mantenerse la proporción adecuada entre encausados y distractores. Si va a practicarse el reconocimiento de dos sospechosos a la vez, ambos deberán estar acompañados del doble de personas que si va a ser identificada una sola persona, es decir, en el caso español al menos de otras ocho personas y no sólo de cuatro. De todas formas será difícil que los dos sospechosos sean tan parecidos que pueda formarse un único grupo de cebos todos “*de circunstancias exteriores semejantes*” a ambos, y si lo que se hace es conformar en sí dos grupos, pero unirlos –por así decir– a los efectos de la celebración de la rueda, entonces no es necesaria una rueda conjunta que, *de facto*, se estará celebrando separadamente, pero –por así decir– revuelta. En suma, como se aprecia, esta posibilidad que ofrece la ley tiene más inconvenientes organizativos –empezando porque no hay salas preparadas al efecto– que ventajas, así que mejor será realizar sucesivas ruedas que una sola de conjunto.

VII. La posibilidad de llevar a cabo la rueda sin que lo conozca el investigado –es observado por ejemplo, como apuntásemos, en el patio del centro penitenciario, o se le toman fotos en secreto que luego son exhibidas, etc.–, debe ser descartada como prueba ilícita que es, por cuanto la misma no está prevista en los arts. 368 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reguladores de la diligencia en rueda. La carencia de Ley Orgánica habilitante torna la prueba en ilícita. A mayor abundamiento, una tal práctica quebrantaría el derecho del encausado a ser informado de que puede negarse a su participación en la diligencia, según nuestra opinión que ya expusimos.

VIII. La rueda no debe ser practicada si ya ha sido llevada a cabo otra diligencia de identificación, especialmente el reconocimiento fotográfico, sea en sede policial¹⁰¹ o

¹⁰⁰ Así, López Barja de Quiroga, Tratado de Derecho procesal penal (I.), págs. 1305 y s.; al respecto también: STC 164/1998; Obach Martínez/García Martínez, Praxis judicial sobre los reconocimientos de identidad, págs. 101 y s., con cita de la STS de 12 de abril de 1991; Miranda Estrampes, Licitud, regularidad y suficiencia probatoria de las identificaciones visuales, pág. 133.

¹⁰¹ Cfr., en todo caso, las SSTC 80/1986 y 36/1995. El Proyecto de Código Procesal Penal prevé el reconocimiento fotográfico en su articulado, pero no se pronuncia si ello deberá hacerse de manera excluyente de una posterior rueda o de forma previa y cumulativa a la rueda, como es

hasta de forma –por así decir– privada: la víctima dice haber sido agredida por un jugador de un equipo de rugby de una universidad; busca en internet las fotos de los jugadores hasta que encuentra a uno de ellos que la víctima dice identificar, y tras ello se pretende la celebración de una rueda con participación del joven ya previamente así “identificado”.¹⁰²

El supuesto habitual suele ser, no obstante, no éste ‘privado’, sino el policial: tras la denuncia, se muestra a la víctima o al testigo el álbum fotográfico de personas ‘fichadas’ por la policía, sin la presencia del abogado de los retratados –no están imputados formalmente– y, ciertamente en un ambiente caracterizado por su opacidad y absoluta falta de transparencia;¹⁰³ con posterioridad, tras la detención del supuesto sospechoso guiada por la identificación fotográfica, la víctima o el testigo vuelven a ser llamados para la práctica de la rueda de reconocimiento.¹⁰⁴ Incluso cierta jurisprudencia dice que

la práctica actual habitual (*“Artículo 277. Identificación fotográfica: 1. El reconocimiento también podrá llevarse a cabo mediante la exhibición de un número razonable de fotografías, imágenes o retratos de personas que reúnan los rasgos identificativos a que hubiera hecho referencia el testigo en su denuncia o declaración. 2. El acta del reconocimiento se ajustará a lo dispuesto en el apartado segundo del artículo anterior [Artículo 276. Documentación (...) 2. El acta será firmada por el Fiscal, el Abogado defensor y el testigo que hubiera llevado a cabo el reconocimiento.]”*).

¹⁰² Vid., así, el Procedimiento Abreviado Diligencias Previas 5763/2013, seguido ante el Juzgado de Instrucción n.º 45 de Madrid; vid. también, poniendo de manifiesto lo superfluo de estas ruedas, Téllez Aguilera, La diligencia de reconocimiento en rueda, LH Gimbernat, págs. 2.435 y ss., con cita de amplia jurisprudencia.

¹⁰³ No lo decimos –solamente– nosotros, son voces que se alzan desde el propio Tribunal Supremo o desde la misma Fiscalía del Tribunal Constitucional: cfr. Andrés Ibáñez, Prueba y convicción judicial en el proceso penal, págs. 118 y s.; Miranda Estrampes, Licitud, regularidad y suficiencia probatoria de las identificaciones visuales, pág. 127; en el derecho comparado, parecido, Siebers, Wahlgegenüberstellung und Wahllichtbildvorlage, pág. 3, o Laudon, Gegenüberstellung durch Wahllichtbildvorlage: Den Verdächtigen bei der Polizei sicher wiedererkannt?, pág. 1, con cita de las sentencias BGH StV 1993, 234 y BGH StV 1998, 249; véase también la STS 24 de mayo de 2015: *“existen otros 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. 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”* (idem, STS 30 de diciembre de 2014).

¹⁰⁴ Por tanto estos dos medios habituales para tratar de identificar a la persona a quien se imputa el delito, el reconocimiento fotográfico y el reconocimiento en rueda, suelen ser utilizados

debe reconocerse excepcionalmente “la eficacia cuando el testigo o los funcionarios actuantes acuden al juicio oral y allí declaran sobre ese reconocimiento [sobre fotos] que se hizo en su día”.¹⁰⁵

En puridad, y por mucho que los tribunales suelen admitir tal sistema, la rueda practicada tras el reconocimiento fotográfico carece de valor probatorio suplementario a la propia identificación fotográfica¹⁰⁶ –que a su vez tampoco lo tiene por practicarse ante la policía– por lo que en su totalidad ha de ser considerada una diligencia superflua, cuando no procesalmente dañina. Pese a que tiende a pensarse que la doble identificación, fotográfica y en rueda, ofrece resultados más fiables (doblemente reforzados), la identificación en rueda será fruto –o al menos podrá serlo, y esto es

conjuntamente. En el primero, como es sabido, se exhiben fotografías de varias personas –que obran como “fichadas” en los archivos de la policía (*sic*)– para que un testigo o también frecuentemente la víctima del delito, traten de reconocer de entre todas la del presunto autor. Ciertamente tal clase de reconocimiento no se halla regulado en la LECrim., por lo que suelen aplicarse de forma analógica las prevenciones de la ley procesal para el reconocimiento en rueda: así, no es lícito que se muestre tan sólo la fotografía del sospechoso, sino que debe ser mostrado un grupo suficientemente amplio de fotografías de individuos de semejantes características –normalmente, cerca de 20–. Con todo, es obvio que la exhibición de fotografías es un peor método: no son en tres dimensiones, son estáticas, sólo muestran habitualmente la cara, o la parte superior del cuerpo, no reflejan sino la expresión de la cara del instante en el que son tomadas, esto es, puede que justo en ese momento se tratase de una expresión más o menos forzada o artificial, etc.

¹⁰⁵ STC 340/2005, de 20 de diciembre.

¹⁰⁶ Hay numerosa jurisprudencia, empero, de otra opinión: por todas, las SSTS de 24 de mayo de 2015 o de 29 de julio de 2011; vid. también otras muchas: ya desde las de fechas 26 de diciembre de 1990 o de 23 de enero de 1991, hasta las de 25 de octubre de 1999, 20 de junio (exhibición de una sola foto, obtenida de las cámaras de seguridad de un banco) o 1 de diciembre de 2000, 15 de abril de 2002, 5 de diciembre de 2007, 17 de julio de 2008, 18 de mayo de 2009, etc., pasando por la de 30 de abril de 2003: “El valor de la prueba de identificación no sufre merma alguna por el solo hecho de que el reconociente en ella hubiese identificado antes, en fotografías exhibidas por funcionarios policiales en el ámbito de la investigación; práctica que no contamina ni erosiona la confianza que puedan suscitar las posteriores manifestaciones del testigo, tanto en las ruedas de reconocimiento como en las sesiones del Juicio Oral”; en el mismo sentido, desde la doctrina, Téllez Aguilera, La diligencia de reconocimiento en rueda, LH Gimbernat, págs. 2.460, con notas. Que no se desee declarar nula la rueda, completamente nula –por así decir–, lo podemos hasta comprender, aunque desde luego no lo compartamos en absoluto porque realmente nos parece obvio que –al texto nos remitimos– no es conforme a Derecho; en cambio, que se trate de mantener que el valor probatorio de la rueda es exactamente igual que si no hubiera habido reconocimientos fotográficos previos, es decir, que no es menor, resulta una empecinada huida hacia adelante: es una mera aseveración apodíctica, sin base alguna y en contra de los claros conocimientos de la ciencia de la psicología del testimonio.

suficiente para su descarte- de la previa identificación fotográfica, y no de la identificación acaecida el día de autos.¹⁰⁷ En otras palabras, en la rueda el testigo tratará de reconocer a quien ya reconoció en la fotografía y no a quien creyó ver el día de autos.¹⁰⁸ Habrá mirado las fotos atentamente y tras ello tratará de localizarlo de nuevo. Por ello, no puede extrañar que al abogado gallego José Manuel lo reconocieran una y otra vez, aunque erróneamente, tras hacerlo primeramente sobre el álbum de los sospechosos habituales.

Y es que, todas las dudas que venimos señalando sobre la verdadera eficacia del reconocimiento en rueda, hacen que hayan sido creadas esta suerte de perversiones de la misma para hacer sus resultados ‘más seguros’, pero también con ello inevitablemente más distantes del Derecho. La pretendida ‘seguridad’ consiste en tratar de *dirigir finalmente* el proceso de identificación, con ayuda, por ejemplo y como vemos, de la diligencia fotográfica. Así, como ya hemos indicado, la jurisprudencia acepta que la diligencia de reconocimiento en rueda no se vería afectada porque previamente hayan sido exhibidas por parte de la policía algunas fotografías del sospechoso.¹⁰⁹ Sin

¹⁰⁷ Véase también, en contra de tal práctica, Miranda Estrampes, Licitud, regularidad y suficiencia probatoria de las identificaciones visuales, págs. 123 y ss., 125, 134; Picatoste Bobillo, Cuestiones en torno a la diligencia de reconocimiento en rueda: práctica y jurisprudencia, AP 1995 - 2, núm. marg. 477 y ss., 491, 484 y s.; desde la psicología del testimonio, en contra igualmente (debido al denominado “efecto de compromiso”: tendencia a buscar y repetir a la persona ya señalada en las fotografías), Ríos Martín/Segovia Bernabé/Etxebarria Zarrabeitia, Manual para la defensa de los derechos y libertades ante la intervención de la policía, pág. 263 y ss.; Soleto Muñoz, La identificación del imputado, pág. 49; Diges/Pérez-Mata, La prueba de identificación desde la psicología del testimonio, págs. 61 y ss.

¹⁰⁸ Como pone de manifiesto acertadamente la STS de 28 de septiembre de 2012, que ya citamos en páginas anteriores: “*A partir de ese primer contacto fugaz, cuatro meses más tarde, Torcuato señalará a Herminio en una fotografía; y, luego de otros dos meses, en una rueda. Aquí podrían haber ocurrido dos cosas. Una, que Torcuato, sea un observador y un fisonomista con aptitudes fuera de lo común, (...). Y otra, que el Herminio de la instantánea hubiera sido ciertamente identificado en la rueda, pero, en realidad y según tantas veces ocurre, como el sujeto de la fotografía. Un fenómeno perfectamente plausible, de notable recurrencia estadística en este tipo de diligencias; que hace que desde el punto de vista de la psicología cognitiva, con gran base experimental, se haya llamado y se llame insistentemente a la prudencia en el uso de tan peligroso instrumento de investigación: por el riesgo bien acreditado que consiste en generar los llamados falsos positivos*”.

¹⁰⁹ Vid. las SSTs ya citadas; críticos, con razón, además de la bibliografía ya citada, Obach Martínez/García Martínez, Praxis judicial sobre los reconocimientos de identidad, págs. 89 y ss., con cita también de una interesante sentencia de la AP de Sevilla que sí reconoce que “*en los subsiguientes reconocimientos es mucho más probable que el testigo señale a la misma persona incorrectamente identificada [en fotografía] y no al verdadero culpable*”.

embargo, por mucho que esta jurisprudencia señale que se trata de una legítima actuación de investigación policial, contra la que no habría nada que oponer, lo hay y mucho: como ya expusimos, la identificación fotográfica no hará prueba, por ser policial, y dañará irremediabilmente la posibilidad de articular la prueba sobre la identidad –la rueda misma–, que habrá quedado contaminada para siempre como consecuencia de la identificación fotográfica previa.¹¹⁰ *Tertium non datur*.

IX. De *lege ferenda* debe proponerse que el reconocimiento en rueda sea grabado en video o, al menos, sea tomada una fotografía de los figurantes y del encausado una vez conformado el grupo.¹¹¹ En caso de duda o hasta de impugnación, dicho video o la fotografía pueden ser exhibidos y valorados en el juicio oral por los magistrados que han de sentenciar. De este modo, existirá contradicción plenaria sobre un aspecto esencial de la práctica de la rueda, normalmente desatendido: sobre la cuestión de si los acompañantes han sido convenientemente elegidos, es decir, si realmente eran personas “*de circunstancias exteriores semejantes*”, como taxativamente exige el artículo 369 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

X. En la diligencia pueden también participar menores como parte activa, pero entonces se eleva aún más el riesgo de error judicial, de modo que habrá de tenerse muy en cuenta a la hora de valorar la pretendida fuerza probatoria del reconocimiento

¹¹⁰ Vid. también Miranda Estrampes, Licitud, regularidad y suficiencia probatoria de las identificaciones visuales, pág. 130.

¹¹¹ Cfr. Roberts/Zuckerman, Criminal Evidence, pág. 292. En alguna ocasión, ya se ha hecho: cfr. STS de 23 de abril de 1993; en otras, se ha insinuado su necesidad por parte del Tribunal Supremo: cfr. su sentencia de 23 de octubre de 2002: “*la exigencia de semejanza ha de ser garantizada por el órgano jurisdiccional que la realiza como garantía de su observancia. Esta Sala, a salvo de una documentación relevante, no puede comprobar ese requisito*”; en igual sentido, el voto particular emitido por el Excmo. Sr. Granados Pérez a la STS de 28 de septiembre de 2012: “*Por lo que se refiere a la diligencia de reconocimiento en rueda, al margen de que en su momento no consta que se formulara protesta por parte de ninguno de los intervinientes, no existe ningún motivo para pensar que la práctica de la misma no se acomodara a lo previsto en el art. 369 LECrim. Resulta ciertamente lamentable que a fecha de hoy, y con las facilidades que ofrecen los avances tecnológicos, no exista una grabación en vídeo, o cuando menos una fotografía de la composición de la rueda para que el tribunal pueda valorar si se han producido o no las irregularidades que se denuncian, pero sin contar con tales soportes visuales, no queda otro remedio que aceptar su corrección ante la mencionada ausencia de protesta formal. Sin que el simple hecho de que los nombres de alguno de los componentes apunten claramente a su procedencia de países árabes suponga por sí mismo desvirtuar lo antes argumentado cuando ninguna referencia consta sobre sus características físicas salvo la del propio acta donde se califican textualmente como "similares" a las del imputado*”.

realizado. Los peligros que han venido siendo puestos de manifiesto se multiplican: influencias externas, intento de 'hacerlo bien' identificando a toda costa a algún miembro del grupo, precipitación en la decisión, etc.¹¹²

Desde luego no es imposible en estos casos la práctica de la rueda, pero la presencia de menores sí la convierte en más incierta aún de lo que ya es habitualmente, pues como la jurisprudencia ha señalado, los mismos males que aquejan al testimonio del adulto – acoplamiento a lo que se consideran las expectativas de identificación, por ejemplo–¹¹³

¹¹² Existe una muy amplia jurisprudencia sobre la psicología del testimonio de menores, siempre atenta a estos riesgos, tanto respecto de los problemas de identificación como referida a su testimonio en general; véase ya desde la STS de 22 de abril de 1999: “Cabe señalar, (...), que como se deduce de las sentencias 990/95, de 11 de octubre, 331/96, de 11 de abril o 430/99, de 23 de marzo, cuando la única base en que se fundamenta la acusación son las manifestaciones de menores, que por su propia fragilidad e inmadurez son lamentablemente influenciados, el móvil de resentimiento, enemistad o interés que pueda afectar a su credibilidad subjetiva no ha de buscarse en el propio menor, sino en el entorno familiar que haya podido influir sobre su testimonio. En relación con la credibilidad del testimonio infantil resultan tan inadmisibles las posturas extremas de quienes piensan que por su inmadurez y sugestionabilidad siempre se debe dudar de sus relatos, como las de quienes sostienen que en todo caso deben ser creídos, olvidando los factores de riesgo que concurren en este tipo de declaraciones, puestos de manifiesto por los especialistas en psicología del testimonio”; STS de 26 de abril de 2005: “Y también la jurisprudencia tiene sentado que “la psicología del testimonio en tanto que disciplina científica goza hoy de un notable desarrollo, merced en gran parte al trabajo de campo realizado en torno a la experiencia jurisdiccional. Fruto de ese desarrollo cultural es un buen conocimiento de los diversos riesgos de desviación y consiguiente pérdida de objetividad que gravan la prueba testifical. Entre los que, en el caso de los niños, se cuenta muy especialmente el derivado de la fácil sugestionabilidad, en función de las circunstancias personales y de entorno, la marcada apertura a influencias externas recibidas por vía de autoridad o de afectos, y la proximidad a la reelaboración inducida de los contenidos de memoria, tanto mayor cuanto más numerosas en las ocasiones en que se vuelven sobre ellos en conversaciones o interrogatorios sucesivos. Es así hasta el punto de que en los exámenes psicológicos a que se les someta, y más si se trata de evaluar la credibilidad de sus testimonios juega un papel importantísimo la selección de los criterios de validez y la acreditación de que su uso ha sido el correcto” (véanse sentencias de 21/11/2003 y 14/03/2005 TS)”; ídem, SSTs de 21 de noviembre de 2003, 14 de marzo de 2005 y 12 de abril de 2005.

¹¹³ Así, STS 14 de junio de 2016: “esta Sala cumpliendo su función nomofiláctica considera necesario recordar la doctrina jurisprudencial en orden a los informes periciales sobre credibilidad, contenida entre otras, en STS 632/2014 de 16.10: ‘La psicología del testimonio nos advierte sobre la mayor permeabilidad del testimonio de los menores al influjo de preguntas sugestivas. El menor tiene menos recursos para sustraerse a la tendencia tanto de dar la razón al adulto interrogador cuando percibe gestos de asentimiento o de complacencia con su declaración; como de retractarse cuando percibe que sus respuestas no son del agrado de quien le entrevista. Está muy inclinado a ajustarse a la versión que espera que ofrezca. La técnica de interrogatorio de un menor requiere ciertas habilidades de las que normalmente carecen los profesionales del ámbito forense. Debe primarse la narración libre en los primeros momentos y ser muy escrupulosos para expulsar cualquier atisbo de sugerencia o sobrentendidos. Cuando el primer interrogatorio del menor no se ajusta a los parámetros deseables puede quedar contaminada la prueba: el menor repetirá la versión que ha adquirido a sus ojos el marchamo de versión «oficial», la que satisface las

se ven acrecentados en el testimonio del menor. Por ello, resultarán fundamentales, y vienen siendo aceptados por la jurisprudencia, los dictámenes de psicología del testimonio del menor.¹¹⁴

3. TRAS LA RUEDA: NUEVA DECLARACIÓN Y ACTA

I. Los funcionarios actuantes no deben precipitar nunca la finalización de la diligencia. Este peligro planea, sobre todo, cuando la rueda de reconocimiento se realiza ante la policía, comprensiblemente contaminada por su afán indagador. Con ello queremos decir que si, por ejemplo, el testigo señala de forma irreflexiva e inmediata, o parece querer señalar de forma aún titubeante, de entre las personas que se le presentan, a un determinado miembro del grupo, y ese es precisamente el encausado, los funcionarios que asisten a la diligencia no deben dar por cerrada la diligencia, sino que estarán en la obligación de recordar al testigo que en el primer caso –el de la identificación precipitada– debe fijarse minuciosamente también en todos los miembros del grupo y no atropellarse en su respuesta, mientras que, en el segundo supuesto, deben dejar que el testigo sopesa su respuesta hasta que, en su caso, los titubeos desaparezcan o, de otro modo, hacer constar en el acta la existencia de los mismos. De ninguna manera los funcionarios deben dejarse llevar por su ‘satisfacción’ de la correcta identificación y dar por concluido el acto sin posibilidad de afianzamiento de la respuesta o hasta de una rectificación. Todo ello, por supuesto, aceptando ahora a efectos dialécticos la línea jurisprudencial que permite la rueda policial.

expectativas que el investigador ha depositado en él”. En igual sentido, lo expuesto en el voto particular de los Excmos. Sres. Soriano Soriano y Del Moral García a la STS de 1 de febrero de 2017.

¹¹⁴ Cfr. SSTS de 24 de enero de 2017, 22 de junio de 2016, 7 de abril de 2016, 9 de octubre de 2014, 21 de mayo de 2014, 24 de octubre de 2013, 8 de noviembre de 2012, 26 de marzo de 2012, 3 de noviembre de 2009, 27 de mayo de 2008, 19 de julio de 2007, 3 de julio de 2007, 20 de julio de 2006, 1 de febrero de 2006, 9 de noviembre de 2005, 7 de noviembre de 2005, 15 de julio de 2005, 24 de febrero de 2005, 17 de septiembre de 2007, 21 de noviembre de 1992; AATS de 23 de marzo de 2017, 11 de febrero de 2016, 21 de enero de 2016, 2 de octubre de 2014, 27 de marzo de 2014, 30 de abril de 2013, 21 de marzo de 2013. Sostiene que no resulta definitiva la pericia de psicología del testimonio de menores pero que desde luego puede ayudar a una correcta valoración de la prueba, la STS 25 de enero de 2017; vid. también la STS de 16 de noviembre de 2015, casando y retrotrayendo al momento previo al juicio oral, a los efectos de realización, por considerarla pertinente y necesaria, una pericia de psicología del testimonio del menor (ídem STS de 6 de marzo de 2014).

II. El último párrafo del art. 369 dispone que “*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*”. La regulación, pues, consiste en una cláusula abierta, que no especifica ni el contenido del acta, ni los sujetos activos que en el levantamiento de la misma deben intervenir.

En cuanto a esto último obviamente deberá ser un acta levantada por el titular de la fe judicial, es decir, por el letrado de la administración de justicia, con la supervisión del juez y de todas las partes. Éstas, en el acta, podrán llevar a cabo las protestas y observaciones que estimen convenientes a su derecho.¹¹⁵ De lo contrario la jurisprudencia viene entendiendo que la diligencia no podrá ser impugnada en fase plenaria con posibilidades de éxito.¹¹⁶

El contenido del acta debe adecuarse a todas las prevenciones que hemos ido exponiendo: desde la dación de fe judicial de que el testigo ha sido correctamente instruido, hasta las dudas de identificación que haya podido manifestar, pasando por las posibles contradicciones que por ejemplo la defensa ponga de manifiesto entre la descripción realizada antes de la rueda y las características físicas de la persona después identificada, así como sus explicaciones al respecto, etc. También del acta, en concreto de su fecha, obtendremos una importante información que ya fue apuntada: el tiempo transcurrido entre que acaecieron los sucesos penales que están siendo investigados y la práctica de la diligencia. Como vimos, ello es de suma importancia, pues naturalmente cuanto más tiempo haya pasado más difícil le será recordar a la parte activa, y de forma paralela más habrá cambiado físicamente el encausado, o lo que es lo mismo, menos rendimiento probatorio podrá tener la diligencia de rueda, hasta acabar alcanzando el valor cero o de puro azar: el reconocimiento, si es que se produce en la persona del encausado, se podrá haber debido simplemente a una mera cuestión aleatoria o probabilística. Siendo rigurosos, un lapso de tiempo demasiado extenso lo que debe conllevar es, de forma previa, un auto motivado que deniegue la práctica de la rueda, si

¹¹⁵ Véase también Prieto Rodríguez, La identificación del delincuente mediante la diligencia de reconocimiento en rueda (I), AP 1992 - 2, núm. marg. 451 y ss., 457 y s.

¹¹⁶ Por ello es de suma importancia la actuación del Letrado: sobre la problemática de este supuesto valor sanador del silencio del abogado, aunque restando importancia a esta previa protesta letrada, Picatoste Bobillo, Cuestiones en torno a la diligencia de reconocimiento en rueda: práctica y jurisprudencia, AP 1995 - 2, núm. marg. 477 y ss., 484, 486.

es que la ha solicitado alguna de las partes.

III. Antes de extender el acta y como parte fundamente de ella, habrá que recibir de nuevo en declaración al testigo; más si cabe, cuando haya habido identificación. En todo caso, esta última información será reservada: para evitar un conocido sesgo, no se dirá al testigo si ha ‘acertado’ o no, pues tal información haría que aumente significativamente su confianza en el supuesto reconocimiento producido, siendo obviamente éste un factor post-identificación ajeno a la seguridad o no que debiera tener el sujeto respecto de la persona que haya señalado.¹¹⁷ Es más, está empíricamente demostrado que información post-suceso puede acabar integrándose inconscientemente en el evento mismo como parte de él y por ello, como a continuación exponemos, se ha de ser sumamente cauteloso en no facilitar mediante el interrogatorio información suplementaria que el testigo en realidad desconocía.¹¹⁸

El testigo debe ser interrogado sobre qué le ha llevado a identificar a esa concreta persona frente a los otros miembros del grupo; imaginemos que dice algo así como que “porque era el único delgado de todos ellos” o “porque al verlo he recordado que, aunque no era quien yo describí, sí uno de sus cómplices” –esta extraña situación ha sido vivida por quien estas líneas suscribe–, etc., aspectos todos estos muy relevantes. En cambio es de menor trascendencia –frente a la práctica habitual– preguntar por el grado de seguridad en cuanto a la identificación que el sujeto acaba de realizar. Según enseña la psicología del testimonio, no es ni mucho menos esencial la opinión que tenga el propio testigo sobre la seguridad con la que ha reconocido a alguien del grupo, porque respecto de dicha opinión él se está juzgando a sí mismo, siendo juez y parte. Por ello, el juzgador, más que valorar si el testigo dice que está “completamente seguro de haber reconocido al autor”, que lo “tiene absolutamente claro”, o que “no le cabe ninguna duda”, etc., habrá de ponderar, antes bien si, según las circunstancias que concurren en el caso, el testigo tenía o no motivos plausibles y racionales para estar seguro o para dudar. Es una imputación de conocimientos, que una vez más trata de minimizar el error judicial; que trata de evitar, como siempre, no solo la mentira del testigo, sino también su equivocación, su precipitación en la selección o su falta de

¹¹⁷ Cfr. Diges/Pérez-Mata, La prueba de identificación desde la psicología del testimonio, págs. 75 y s.

¹¹⁸ Véase Soleto Muñoz, La identificación del imputado, págs. 67, 69, 216 y 218.

autocrítica. Todo ello debe tratar de ser descubierto también en ese interrogatorio posterior y plasmado en el acta. Fórmulas de estilo que se suelen emplear en las actas de rueda, como “reconoce al n.º x sin ningún género de dudas”, están de más y no aportan nada.¹¹⁹ Son claramente contraproducentes.

No sólo debe constar si el testigo identifica o no, sino que también hay que dejar la puerta abierta a si al menos puede manifestar que, aun sin identificar plenamente, alguien guarda un parecido con aquél que él recuerda como autor. Siempre será más convincente y más racional a nivel probatorio una explicación sobre la identificación, que una simple respuesta positiva o negativa, sin más.

En cuanto al porqué el testigo o víctima identifica a una determinada persona, hay que recordar que en la declaración previa a la celebración de la rueda –tal y como hemos propuesto– se hubo ya de preguntarles por la fisonomía que recordaba del sujeto –mentón o pómulos prominentes, forma de la nariz, tamaño o forma de las orejas, tipo de frente, estatura, complexión, color y tipo de cabello, clase de peinado, color y forma de ojos, peso, edad, etc.–, con lo que ahora, tras el reconocimiento, tendremos un valioso *tertium comparationis* que debe servir al juzgador para conceder mayor o menor valor probatorio a la diligencia. En otras palabras, habrá que estarse a las posibles divergencias entre lo declarado antes de la rueda y la posterior selección realizada, así como en su caso a las explicaciones dadas al respecto. Sin desconocer –como también ya señalásemos– las dificultades de verbalizar el recuerdo que se tenga de una persona, al igual que lo dicho sobre la identificación ‘en bloque’ o a modo de ‘flash’, en todo caso se trata como siempre de evitar el error de identificación que acecha a esta diligencia y conduce al error judicial.

Así las cosas, la Ley de Enjuiciamiento Criminal peca por exceso cuando mediante su art. 369 impone al testigo que designe a la persona identificada “*clara y determinadamente*”. Lo único claro es que una identificación con base en características concretas y que coincidan con las que habían sido señaladas con anterioridad en el

¹¹⁹ “*Seguridad sorprendente*”, como lo califican Ríos Martín/Segovia Bernabé/Etxebarria Zarrabeitia, Manual para la defensa de los derechos y libertades ante la intervención de la policía, pág. 254; véase también Diges/Pérez-Mata, La prueba de identificación desde la psicología del testimonio, págs. 73 y s.; Miranda Estrampes, Licitud, regularidad y suficiencia probatoria de las identificaciones visuales, págs. 117 y 137.

interrogatorio previo será más persuasiva que una identificación con base en una impresión 'general' o 'en bloque'. Y lo único claro es que el reconocimiento en rueda es una diligencia por demás voluble e imprecisa, a la luz de las únicas máximas de la experiencia que permiten su valoración racional: las que proporcionan los estudios de psicología del testimonio. Aun para el caso de que tales análisis no debieran de ser tomados como concluyentes ni decisivos para negar todo valor probatorio racional a la diligencia en rueda, de todas formas sí aportarán más datos que minimicen, como no nos debemos cansar de repetir, el error judicial en esta diligencia tan sensible al mismo.

También conviene preguntar al testigo en esta ulterior toma de declaración por el resto de las advertencias que le fueron realizadas al comienzo; al menos así deberá hacerlo, en interés de su mandante, el letrado defensor del encausado supuestamente reconocido: para saber, por ejemplo, si se ha dejado influir o al menos ha tomado en consideración de alguna manera la actitud nerviosa –si la hubo– de la persona que ha reconocido, o para conocer por ejemplo también si no estaremos ante un caso de 'descubrimiento' del encausado por parte de los demás miembros del grupo, o también, por último, para averiguar si el testigo, tras los hechos, había vuelto a ver al ahora identificado –recuérdese el ejemplo de la víctima que acude al parque para tratar de ver al autor, antes de celebrar la rueda–, etc. Tampoco está de más interrogar al testigo sobre si recuerda más circunstancias del presunto hecho delictivo, porque puede que, tras haber visto al autor, hayan aflorado más detalles sobre el suceso omitidos en anteriores declaraciones: es lo que la psicología del testimonio conoce, como ya apuntásemos, por "activación de la memoria".

IV. Al igual que el art. 406 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que la confesión del imputado no dispensará al juez instructor de practicar las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento sobre la existencia del delito, una identificación por parte de la víctima o de un testigo no dispensa tampoco al instructor de corroborar dicho pretendido indicio por medio de las demás diligencias de investigación. No se hace porque se suele considerar que un testigo o víctima señalando al autor sería una suerte de prueba reina.

Sin embargo, debe hacerse, y ello aunque fuesen varios los testigos que hayan identificado al presunto autor, e incluso aunque los mismos manifestasen estar plenamente "seguros" (*sic*) de su identificación, pues conviene partir siempre del alto

índice de inseguridad que preside *per se* la diligencia.

V. Tras una primera identificación en rueda, y cuando dado el desarrollo de la instrucción surjan vacilaciones sobre la corrección de la misma, alguna de las partes o incluso el propio instructor pueden verse tentados de repetir la rueda para tratar de despejar las dudas o alcanzar pretendidamente un mayor grado de seguridad. Una identificación por dos veces, consecutiva por parte del mismo testigo, tendría –así, este pretendido argumentario– más valor que una única identificación aislada.

Tales empeños suponen, sin embargo, intentos vanos; y es que los mismos se basan en una grave equivocación: que de la duplicación de la diligencia se puedan extraer consecuencias más seguras. Frente a ello, es opinión absolutamente unánime en la psicología del testimonio, y no de ahora, sino desde Altavilla, que la repetición de la identificación carece totalmente de valor. En la segunda o sucesivas ruedas –aun inconscientemente– no se intenta identificar ya al presunto autor del hecho, sino a quien ya se identificó la vez anterior –hecho más cercano en el tiempo que el suceso penal investigado–: las posteriores ruedas son totalmente superfluas.¹²⁰ El testigo no retrotrae su memoria al día de autos –como debiera–, sino hasta la anterior rueda, y trata de identificar a quien ya identificó. De esta suerte, además, una rueda ya practicada defectuosamente no puede ser repetida para subsanar sus vicios, otra creencia errónea pero muy extendida.¹²¹

A este propósito, la pregunta muy habitual en el plenario de si la víctima o un testigo identifican al sujeto que se encuentra sentado en el banquillo, tiene únicamente el valor –y así debe ser tomado– de identificar a quien ya en su día se identificó mediante rueda, no el valor de identificar a quien supuestamente cometió el hecho que esté siendo

¹²⁰ Por todos, Odenthal, *Die Gegenüberstellung im Strafverfahren*, págs. 24 y s.; Nieva Fenoll, *Concepto y naturaleza jurídica de los reconocimientos de identidad*, pág. 25; Rademacher, *Falsche Identifizierung durch Augenzeugen*, pág. 1; Siebers, *Wahlgegenüberstellung und Wahllichtbildvorlage*, pág. 1.

¹²¹ De otra opinión, Prieto Rodríguez, *La identificación del delincuente mediante la diligencia de reconocimiento en rueda (y II)*, AP 1992 - 2, núm. marg. 467 y ss., 474 y s.; no se puede estar de acuerdo, por tanto, con la STS de 31 de enero de 1991, la cual, tras un reconocimiento sin rueda ni abogado, en comisaría, da por válida la identificación en el plenario; vid. también Alonso Pérez, *Requisitos procesales de la diligencia de reconocimiento en rueda o grupo de personas*, *La Ley* 1999 - 5, D. 231, págs. 1858 y ss., 1859, con cita de la STS de 24 de junio de 1991.

juzgado –como suele ser considerada, erróneamente, la respuesta–.¹²² En suma, las sucesivas ruedas no conducen al resultado apetecido –si el sujeto ha identificado al autor–, sino a una solución distinta: si ha identificado a quien ya identificó en la rueda anterior, un resultando éste desde luego irrelevante a los efectos probatorios buscados.

Todavía más, los peligros probatorios se multiplican: como con el paso del tiempo, la identificación se va haciendo aparentemente cada vez más segura –entre otros extremos, porque a diferencia del día de los hechos, en la anterior o anteriores ruedas el testigo, si ha querido, habrá podido observar con todo detenimiento al sujeto–, el testigo, al final del proceso, estará completamente confiado en lo correcto de su identificación, aun cuando en la primera rueda quizás hubiese carecido de tal certidumbre. Y se produce la paradoja, como es sabido, de que precisamente la identificación plenaria es la que suele acabar considerándose como prueba. Recuérdese cómo dos de las tres supuestas víctimas del ciudadano holandés de nuestro ejemplo lo identificaron sin dudas en fase plenaria, incluso con la aparente seguridad que daba su afirmación entre llantos. Suma y sigue de arritmias que, como vemos, en cambio podrían y deberían ser fácilmente evitadas.

¹²² La identificación del presunto autor en el plenario por parte de un testigo, como tendremos oportunidad de retomar en páginas posteriores, no está prevista en la ley y no tiene, pues, valor probatorio alguno (de otra opinión, SSTS de 28 de noviembre de 2003 y de 1 de diciembre de 2000, entre otras, o la STC 172/1997); y no lo tiene porque ni tan siquiera se hace mediante un reconocimiento en rueda, sino con el encartado sentado en el banquillo (cfr. también, además de la bibliografía que se citará *infra*, Hofmann, Personenidentifizierung durch Zeugen im Strafrecht, págs. 109 y s.; Roberts/Zuckerman, Criminal Evidence, pág. 690; Nieva Fenoll, Concepto y naturaleza jurídica de los reconocimientos de identidad, pág. 24; Ríos Martín/Segovia Bernabé/Etxebarria Zarrabeitia, Manual para la defensa de los derechos y libertades ante la intervención de la policía, pág. 262).

4. OTRAS FORMAS LEGALMENTE POSIBLES Y MÁS IDÓNEAS DE CONFIGURAR LA RUEDA

I. Ya que la diligencia de reconocimiento en rueda existe, y mientras exista, estamos proponiendo bases para su práctica de una forma que preserve el derecho a la presunción de inocencia, es decir, que garantice una ejecución racional de la prueba. Por ello, no queremos cerrar estas reflexiones sin hacer referencia siquiera sea brevemente a dos propuestas que la bibliografía científica ha esbozado desde hace tiempo para practicar las ruedas minimizando algunos de los gravísimos problemas que la afectan en la actualidad.¹²³

II. En primer lugar, se ha sugerido que, en vez de practicar una sola rueda, sean dos consecutivas las que se lleven a efecto –o una en dos fases, como se prefiera terminológicamente–, de tal modo que sólo en una de ellas, claro está, se encuentre el sospechoso.¹²⁴ La intención es evitar al testigo la sensación o sesgo de tener que identificar de entre un único grupo a alguien *necesariamente*, como sucede en los casos de ‘rueda única’, pues como ya expusimos el testigo suele partir de la –errónea– premisa de que la policía y el Juzgado habrán desempeñado ‘bien’ su labor y que, por ende, el autor del hecho delictivo se encontrará *con seguridad* entre las personas que le presentan; se evita, en fin, que el testigo piense que su función en la rueda es tratar de encontrar al sospechoso, no en cambio tratar de aclarar si, en definitiva, el sospechoso-autor está en el grupo, es decir, si hay motivos para que el sospechoso sea tenido como tal –identificación positiva– o no –ausencia de identificación–.

La doble rueda o rueda en dos fases evita este peligro cierto: se pregunta al testigo,

¹²³ Otra propuesta para la comprobación de si la rueda ya conformada es imparcial, es la denominada rueda de testigos simulados. Véase al respecto, Diges Junco/Mira Solves, La identificación de personas por parte de testigos y víctimas: medidas de imparcialidad, Justicia 1988 – 2, págs. 661 y ss.: “El procedimiento científico para conocer si una rueda de identificación es imparcial requiere la colaboración de testigos simulados, personas que no han presenciado el delito y, por tanto, no han visto a su autor, a las que se proporciona una descripción del sospechoso facilitada por uno o varios testigos reales” (pág. 678); “a continuación se les muestra la rueda de identificación, en vivo o en fotografía, y se les pide que señalen quién creen que es el autor del delito sobre esa base. Si la rueda es imparcial, los testigos simulados elegirán aproximadamente por igual a cualquiera de sus componentes (sospechosos y cebos). Por el contrario, con esa misma rueda, imparcial, el testigo real que vio al autor del suceso podrá identificarlo si está presente (si su memoria no le falla)” (pág. 681).

¹²⁴ Cfr. Undeutsch, Die Wiedererkennung von Personen, págs. 461 y ss., pág. 471.

después de que haya observado al primer grupo y siendo conocedor de que después le va a ser presentado un segundo grupo, si considera que el presunto autor está entre las personas vistas y, sólo si la respuesta es negativa, se procederá a la exhibición del segundo grupo. Ello minimiza además la identificación por azar y, con ello, el error judicial casual, porque tras el visionado de ese primer grupo el testigo no puede ya partir de que cabalmente el sospechoso se encuentra entre las personas que le han sido mostradas –pues puede haber sido colocado en el segundo grupo–. Se previene, en suma, el riesgo de que, sabiendo el testigo que el sospechoso se encuentra en el grupo –en supuestos de “rueda simple”–, tienda a una suerte de identificación voluntarista y hasta precipitada, y se muestre con una certeza allí donde en verdad tan sólo encuentra, en el mejor de los casos, un mero parecido. En cambio, si el testigo ha de contar con un segundo grupo, su actitud será más reservada, reprimiendo la tendencia a identificar a toda costa para no defraudar las supuestas expectativas que cree que la policía y juzgado han depositado en él.

Obviamente, para que el sistema funcione, ya tras el primer grupo el testigo debe ser preguntado si entre las personas vistas se encuentra quien él cree autor del hecho, pues si se pospone la pregunta para cuando ya ha examinado los dos grupos, la situación sería exactamente la misma que si se hubiese celebrado una sola rueda simple, pero con el doble de figurantes.

Ningún impedimento hay para que tal sistema pueda practicarse con la actual legislación positiva española. Una interpretación conforme a la Constitución exige reserva de ley para intervenciones injerentes en Derechos Fundamentales, no para prácticas maximizadoras de Derechos Fundamentales por encima de la regulación de Alonso Martínez. Pero es que además, si terminológicamente hablamos de “rueda única pero doble” y no de dos ruedas, hasta el tenor literal de la regulación se puede acomodar sin mayores problemas a la propuesta.

III. Una segunda propuesta de variación del desarrollo de la rueda –y que también debería ser tenida muy en cuenta por nuestro legislador–, es la denominada “rueda secuencial” de reconocimiento.¹²⁵ En este tipo de rueda, para evitar la consabida

¹²⁵ Cfr. Odenthal, *Die Gegenüberstellung im Strafverfahren*, págs. 46 y s.; Nieva Fenoll, *Concepto y naturaleza jurídica de los reconocimientos de identidad*, pág. 17; Diges/Pérez-Mata, *La prueba de identificación desde la psicología del testimonio*, pág. 72; Soleto Muñoz, *La identificación del imputado*, pág. 73; Laudon, *Gegenüberstellung durch Wahllichtbildvorlage*:

identificación por azar o por descarte, o que se realice un “juicio relativo” –señalar a quien al menos se parezca más–, se van presentando los miembros del grupo consecutivamente uno tras otro –y no todos en línea–, de suerte que el testigo debe manifestar *después de cada presentación* si identifica o no, es decir, sin esperar a ver al resto del grupo que poco a poco se le irá exhibiendo. En el primer pase, de una primera persona, él sabe que restan cuatro sujetos (al menos), en el segundo, que aún hay tres, y así sucesivamente. Si identifica al primero, o al segundo, por ejemplo, no se le muestra el resto. Si tras el paso de los cinco no ha identificado a ninguno no podrá “retrotraer” su identificación y señalar que entonces cree que era el segundo o el tercero. Es más: se puede configurar de modo que incluso el testigo no conozca cuántos componentes tiene la rueda. El orden de aparición lo podrá elegir el abogado del investigado.

Esta sugerente propuesta, como la anterior, merecería un estudio empírico adecuado y una discusión doctrinal suficiente para, en su caso, ser llevada a la práctica diaria de nuestros juzgados de instrucción, si sus resultados fueran, como *prima facie* parece, más satisfactorios que los de la rueda tal y como hoy la conocemos, la cual sí tiene ya acreditados sus graves déficits y sus víctimas con nombres y apellidos injustamente encarceladas, tal y como vimos al comienzo de nuestras reflexiones. Quizás tales propuestas puedan ser llevadas a la práctica al menos para aquellos supuestos especialmente problemáticos en los que la rueda de reconocimiento pretenda adquirir una significación probatoria particular.

5. PLENARIO Y SENTENCIA

I. Todo lo expuesto con anterioridad debiera llevar a exigir durante el plenario, primero, y en la sentencia, después, que se preste especial atención al supuesto valor probatorio que quiera ser concedido a la diligencia de reconocimiento en rueda, es decir, a su racionalidad probatoria. El juicio sobre la prueba ha de estar presidido por las cautelas que la diligencia (des)merece y que han sido puestas de manifiesto en todas las páginas anteriores.

II. En el plenario será el momento de hacer valer las protestas que en su día pudieran

Den Verdächtigen bei der Polizei sicher wiedererkannt?, pág. 1; Mazzoni, ¿Se puede creer a un testigo? – El testimonio y las trampas de la memoria, pág. 150; Hofmann, Personenidentifizierung durch Zeugen im Strafrecht, págs. 131 y s.

haber sido elevadas al confeccionar el acta o de forma previa. Además, si es que esta diligencia de investigación quiere ser 'introducida' como prueba, la parte activa de la rueda será interrogada¹²⁶ como testigo en el juicio oral sobre las completas circunstancias que rodearon la identificación y que hemos ido desgranando en todas las páginas precedentes –posibles contradicciones entre la fisonomía que el testigo describió y la persona finalmente identificada, pureza de la diligencia, etc.–. Será éste también el momento de exhibir, en su caso, el video del desarrollo de la rueda o, al menos, las fotografías sobre el grupo, para que pueda apreciarse si efectivamente los figurantes eran de características similares al encausado –a todo ello ya nos referimos *supra*–. Aun sin resaltar ciertamente todas estas prevenciones, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo consideran al menos que es necesario que los testigos declaren en el plenario para que esta diligencia de investigación adquiriera eficacia como prueba; se dice que se trata de una diligencia “sumarial” que ha de ser debatida en el juicio oral.¹²⁷

No obstante, en ocasiones se habla de “imposibilidad de la práctica de la prueba en el juicio oral”, y lo que no era sino una mera diligencia sumarial y por tanto no válida a efectos probatorios, se acaba admitiendo como prueba, debido a esa imposibilidad, doctrina ésta repetida con frecuencia por el Tribunal Constitucional;¹²⁸ ciertamente no entendemos y no compartimos que lo que no es una prueba se pueda convertir en tal con causa en algo ajeno a la misma; lo que no es, no es, y no puede transmutarse en otra cosa por imperiosa que quiera ser entendida la escasez probatoria de la que adolezca la acusación.

III. Todavía se va más allá cuando incluso lo que se pretende es que el testigo

¹²⁶ Aunque existe cierta jurisprudencia contradictoria, ésta es la postura mayoritaria; al respecto, cfr. Prieto Rodríguez, La identificación del delincuente mediante la diligencia de reconocimiento en rueda (y II), AP 1992 - 2, núm. marg. 467 y ss., 469 y ss.; también, Picatoste Bobillo, Cuestiones en torno a la diligencia de reconocimiento en rueda: práctica y jurisprudencia, AP 1995 - 2, núm. marg. 477 y ss., 498 y ss.

¹²⁷ Cfr. STC 10/1992, de 26 de enero o STS de 23 de enero de 2007; véase también la STS de 2 de abril de 2004, que matiza con razón que ciertos defectos son ya insubsanables por mucho que sean debatidos en el plenario; para más jurisprudencia vid. Obach Martínez/García Martínez, Praxis judicial sobre los reconocimientos de identidad, págs. 96 y ss.

¹²⁸ Véase Soletto Muñoz, La identificación del imputado, págs. 170 y ss., con amplias referencias jurisprudenciales: por todas, SSTC 10/1992, 94/2002; SSTS de 5 de julio de 2000 y 9 de julio de 2004.

identifique al sujeto en el plenario, por cierto, sin que dicha diligencia esté prevista en la Ley, ni por lo demás haya sido solicitada como prueba en el correspondiente escrito de calificación. Antes bien, es practicada al hilo o como parte de la prueba testifical o incluso acordada de oficio por la presidencia del tribunal, que sustituye en este punto a la acusación, indebidamente.¹²⁹

Una identificación tal, sin figurantes, años después de los hechos y además con el sesgo inevitable y esencial de que la persona a identificar está sentada en el banquillo, carece de racionalidad probatoria: ni tan siquiera se hace mediante un reconocimiento en rueda, sino únicamente sobre el encartado lo que, sumado a que –insistimos– el acusado está sentado en el banquillo, influirá en el testigo de tal manera que, a poco que se parezca a quien el testigo recuerda como autor del hecho delictivo, tenderá a una “identificación sin duda alguna”¹³⁰. Más si cabe cuando dicha petición de reconocimiento se produce porque habría habido alguna irregularidad en la rueda anterior.¹³¹

¹²⁹ Así, sin hacerse mayores problemas, de otra opinión, empero, la STS 1278/2011, o también las de fechas 1 de diciembre de 2000, de 28 de noviembre de 2003, de 14 de mayo de 2009, o de 13 de marzo de 2012 (ratificada por ATS de 3 de mayo de 2012, como decimos, sin darle mayor importancia: “reconocimiento ... en foto y en rueda y en el acto del plenario. (...) careciendo de toda relevancia, a estos efectos, el que se le hubieran mostrado a la testigo víctima de los hechos cuatro fotogramas antes de que se le exhibieran las fotografías, ya que junto a ello se practicó reconocimiento en rueda, con todas las garantías y reprodujo los reconocimientos de los tres recurrentes en el acto del plenario”); igualmente, las SSTC 172/1997 o 340/2005; Téllez Aguilera, La diligencia de reconocimiento en rueda, LH Gimbernat, págs. 2.443 y s., con más cita de jurisprudencia.

¹³⁰ Véase también Hofmann, Personenidentifizierung durch Zeugen im Strafrecht, págs. 109 y s.; Roberts/Zuckerman, Criminal Evidence, pág. 690; Nieva Fenoll, Concepto y naturaleza jurídica de los reconocimientos de identidad, pág. 24; Ríos Martín/Segovia Bernabé/Etxebarria Zarrabeitia, Manual para la defensa de los derechos y libertades ante la intervención de la policía, pág. 262. Por lo demás, un reconocimiento en rueda por vez primera en el plenario es apenas imaginable, por cuanto si ya se abrió juicio oral contra una determinada persona, deberá ser porque su identificación ya se ha asegurado previamente. Cfr. también Prieto Rodríguez, La identificación del delincuente mediante la diligencia de reconocimiento en rueda (y II), AP 1992 – 2, núm. marg. 467 y ss., 471 y s.; Picatoste Bobillo, Cuestiones en torno a la diligencia de reconocimiento en rueda: práctica y jurisprudencia, AP 1995 – 2, núms. margs. 477 y ss., 497 y s.

¹³¹ En gran medida de otra opinión, en cuanto a que si no existe irregularidad previa, la identificación plenaria es posible (insistimos: como si no existiesen insalvables sesgos y el paso del tiempo no redujera la elección de la memoria a puro nivel de azar), Soletto Muñoz, La identificación del imputado, págs. 29 y s., 48; vid. también: Obach Martínez/García Martínez, Praxis judicial sobre los reconocimientos de identidad, págs. 106 y s.; Miranda Estrampes, Licitud, regularidad y suficiencia probatoria de las identificaciones visuales, pág. 137.

Tal práctica debe ser rechazada de plano, por muy aparentemente espectacular –más bien “*teatral*” –¹³² que resulte una víctima señalando al acusado en el juicio oral, a veces hasta entre sollozos, como en el supuesto de nuestro erróneamente identificado holandés del capítulo I de este libro. No debe ser sustituida la racionalidad probatoria por la pasión o hasta el acaloramiento. A lo sumo, y *pro reo*, pudieran tenerse casos en los que la diligencia tenga valor negativo, es decir, para descartar a un autor. Ejemplo: se pregunta al testigo si conoce a los acusados, y reconoce a todos menos a uno, por ser éste último de rasgos asiáticos, lo cual no coincide en absoluto con lo que él vio y recuerda.

IV. La sentencia debe dedicar un especial apartado a la valoración probatoria del reconocimiento en rueda, y ello tanto si fue positivo o supuestamente incriminatorio, como desde luego si fue negativo o de no identificación.

No es correcto el tratamiento como una suerte de diligencia en la que –dicho llanamente– solo hay que perder, pero nada se puede ganar por parte del investigado. En efecto, si la diligencia fue fallida, su resultado desde el punto de vista de la valoración racional probatoria no es simplemente neutro, sino exonerante. No es una valoración racional de la prueba la que consiste en que si la parte activa de la rueda identifica al encausado, ello tiene valor probatorio (incriminatorio), y si no lo hace, empero, parezca como si tal careciera de toda relevancia probatoria: si una la tiene, la otra también, pero exonerante,¹³³ a valorar racionalmente junto con el resto de las pruebas. Por ello, es lógico también admitir que sea el propio investigado quien en su caso pueda instar someterse a una rueda de reconocimiento, y que ese ejercicio del derecho de defensa deba ser respetado.¹³⁴

A la hora de valorar la relevancia probatoria de la rueda de identificación deben ser tenidos en cuenta los parámetros que hemos venido exponiendo y, en general, todos aquellos que los experimentos empíricos de la psicología del testimonio nos ofrecen, es

¹³² Así, Roberts/Zuckerman, *Criminal Evidence*, pág. 690.

¹³³ Cfr. *R v Fobes* [2001] 1 AC 473, HL; vid. al respecto, Roberts/Zuckerman, *Criminal Evidence*, págs. 196 y s.

¹³⁴ Roberts/Zuckerman, *Criminal Evidence*, pág. 197.

decir, las máximas de la experiencia en el campo concreto de la rueda de reconocimiento. Si el juez quiere apartarse de alguna de estas máximas, por supuesto que podrá hacerlo –no estamos ante la antigua prueba tasada–, pero tendrá entonces que explicar en su sentencia, de forma pormenorizada y particular, el porqué de tal distanciamiento de la regla de experiencia. En el caso más sencillo, si hay varios testigos que identifican, en tanto otros no lo hacen, deberá exponer de forma detallada por qué concede más credibilidad a unos que a otros. En uno de los casos con los que comenzábamos, el tan repetido del ciudadano holandés, ello fue claramente desatendido: a las mujeres que no identificaban al sospechoso, simplemente no se les ofrecían acciones, sin que el órgano jurisdiccional se plantease que ello era una prueba exonerante, que debió evitar el error judicial que finalmente aconteció.

Si la sentencia no explica qué le lleva a apartarse de una máxima de la experiencia criminalística o de la psicología del testimonio en materia de rueda de reconocimiento (incongruencia omisiva), o sus explicaciones son insuficientes o no resultan racionales, ello podrá ser revisado en casación. Ejemplo: los fundamentos jurídicos no explican o no lo hacen adecuadamente por qué se considera correcta una identificación a pesar de que el testigo dudó o señaló precipitadamente y sin reflexión alguna, o a pesar de que pudo dejarse influir en su elección por el nerviosismo o el cansancio que mostraba uno de los miembros del grupo (como detenido que estaba, ojeroso, sin afeitado) o por que el encausado fue ‘descubierto’ por los otros acompañantes, o a pesar –en fin– de que el testigo entró en graves contradicciones entre lo declarado previamente en cuanto a la fisonomía de la persona a identificar y la finalmente identificada, etc.; por ello, todas estas cuestiones deben encontrarse correctamente documentadas a solicitud del abogado en el acta levantada al efecto por el letrado de la administración de justicia.

En otras ocasiones, no deberá concederse valor probatorio alguno al resultado de la rueda de reconocimiento, y cualquier intento de explicación estará de más. Como ya expusimos, habrá de reputarse nula la práctica de la diligencia cuando el testigo finalmente aclara que vio previamente a la persona a identificar acompañado de la policía, o cuando fue influido por los funcionarios o alguno de los presentes, o cuando habló con otro testigo que ya había identificado al encausado, etc.