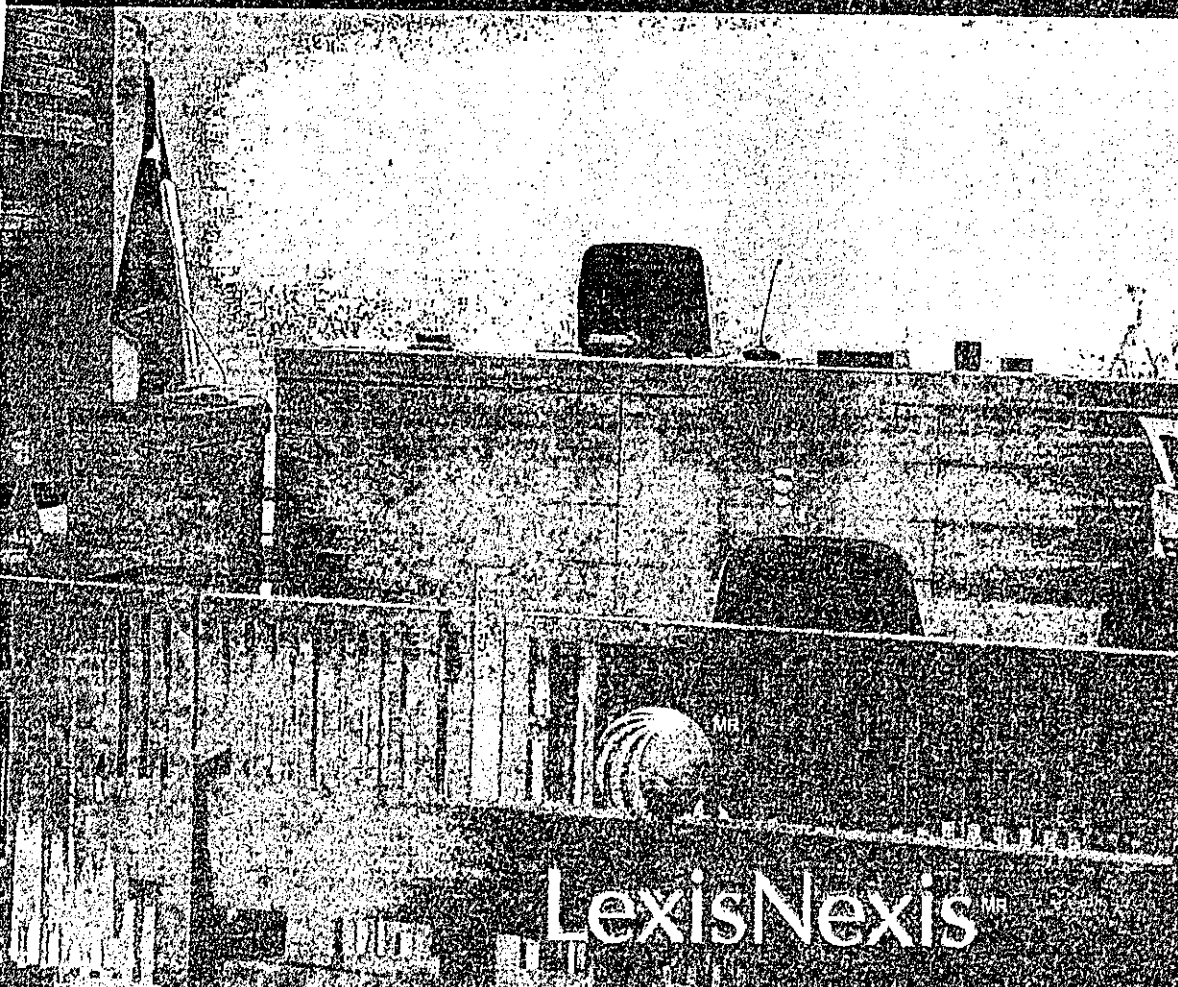


Rodrigo Coloma Correa
Gonzalo Medina Schulz
Miguel Ángel Méndez Longoria
Raúl Núñez Ojeda
L. Iván Díaz García
Michele Taruffo
Gerhard Dannecker



La Prueba en el Nuevo Proceso Penal Oral

Editor: Rodrigo Coloma Correa



EL OFENDIDO POR EL DELITO Y LA PRUEBA EN EL ENJUICIAMIENTO CRIMINAL ESPAÑOL*

RAÚL NÚÑEZ OJEDA**

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los capítulos más importantes del Derecho Procesal es precisamente el de la prueba. En este sentido, BENTHAM¹ señala que "el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar la prueba". Las presentes líneas no persiguen dar por cerrada la discusión dogmática sobre los diferentes extremos problemáticos de esta institución. Tan sólo pretenden realizar una breve aproximación a los mismos con el objeto de facilitar una mejor comprensión

* Abreviaturas más utilizadas: §: Parágrafo; A: Repertorio Aranzadi; ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; AN: Audiencia Nacional; AP: Audiencia Provincial; APen: Actualidad Penal; art.: Artículo; ATS: Auto del Tribunal Supremo; BGB: Bürgerliches Gesetzbuch; BGH: Bundersgerichtshof; BGHSt: Entscheidungen des Bundersgerichtshofes in Strafsachen; BOE: Boletín Oficial del Estado; BverfG: Bundesverfassungsgericht; BVerfGE: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts; CE: Constitución Española; CGPJ: Consejo General del Poder Judicial; Coord.: Coordinado; Comp.: Compilador; CP: Código Penal; CPC: Cuadernos de Política Criminal; DOCE: Diario Oficial de las Comunidades Europeas; ed.: Edición/editor; ed. org.: Edición original; fj.: Fundamento jurídico; GA: Goldammer's Archiv für Strafrecht; GG: Grundgesetz; GVG: Gerichtsverfassungsgesetz; Hrsg.: Herausgeber/herausgegeben; id.: Idem; Jura: Juristische Ausbildung; JuS: Juristische Schulung; JZ: Juristenzeitung; KrimJ: Kriminologisches Journal; KritV: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft; LECr: Ley de Enjuiciamiento Criminal; LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial; LOTJ: Ley Orgánica del Tribunal del Jurado; NJW: Neue Juristische Wochenschrift; NSTZ: Neue Zeitschrift für Strafrecht; núm.: Número; op. cit.: Opus citatum; PJ: Poder Judicial; RD: Real Decreto; RDPC: Revista de Derecho Penal y Criminología; RDProc: Revista de Derecho Procesal; RDProc.Ib.: Revista de Derecho Procesal Iberoamericana; RJCat: Revista Jurídica de Cataluña; RP: Revista Penal; SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial; ss.: Sigüientes; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; StPO: Strafprozeßordnung 1877; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia; StV: Strafverteidiger; t.: Tomo; TC: Tribunal Constitucional; TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos; TJ: Tribunales de Justicia; trad.: Traducción; TS: Tribunal Supremo; TSJ: Tribunal Superior de Justicia; vol.: Volumen; y ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

** Profesor de Derecho Procesal en la Universidad Pompeu Fabra (España); profesor de Derecho Penal y Procesal en la Universidad de Valparaíso (Chile).

¹ BENTHAM, J., *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. O. Florit, vol. I, EJEa, Buenos Aires, 1959, p. 11.

de la posición jurídica que ostenta el ofendido por el hecho punible durante la etapa probatoria en el enjuiciamiento criminal español.²

En sentido amplio, prueba es la actividad de comparación entre una afirmación sobre unos hechos y la realidad de los mismos encaminada a formar la convicción de una persona³. Esta noción nos permite simultáneamente conceptualizar la prueba desde una perspectiva estrictamente procesal, como aquella actividad de carácter procesal cuya finalidad consiste en lograr la convicción del Juez o Tribunal acerca de la exactitud de las afirmaciones de hechos operadas por las partes del proceso.⁴

En el enjuiciamiento criminal, el problema de la prueba cobra una importancia máxima si se tiene presente la tarea a que está destinada esta institución, formar la convicción del juzgador penal sobre la culpabilidad o la inocencia del acusado. En otras palabras, la finalidad de la prueba penal es comprobar la efectividad de las acusaciones sostenidas por las partes acusadoras en contra del acusado. En este sentido, la prueba en el proceso penal no persigue la verdad de lo ocurrido, sino simplemente formar la convicción del juzgador penal.⁵

² Para un completo estudio sobre los distintos problemas de la prueba en el proceso se puede consultar: LOMBARDO, LUIGI, *La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Giuffrè, Milano, 1999; y TARUFFO, MICHELE, *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1992.

³ SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL, "Contribución al estudio de la prueba", *Estudios de Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1969, p. 356. Para Cafferata Nores (CAFFERATA NORES, JOSÉ I., *La prueba en el proceso penal* (2ª edición) Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 3) es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente. La noción de prueba está presente en todas las manifestaciones de la vida humana, así nos lo recuerda Zuckerman (ZUCKERMAN, A.A.S., *The Principles of Criminal Evidence*, Oxford University Press, London, 1989, p. 1) tanto los médicos, científicos, periodistas e historiadores están interesados en encontrar la verdad de los hechos adoptando cada uno de ellos diferentes procedimientos para este fin.

⁴ GIMENO SENDRA, VICENTE, *Fundamentos del Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 1981, p. 214. En términos similares se pronuncia MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, JM. Bosch, Barcelona, 1997, p. 102. Una definición de prueba desde el prisma del proceso civil se puede encontrar en Montero Aroca (MONTERO AROCA, JUAN, *La prueba en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1996, p. 31) para quien es "la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento razonado del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos".

⁵ De una manera similar razona HASSEMER, WINFRIED, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts* (2ª edición), CH. Beck, München, 1990, pp. 147 y ss.; y MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, pp. 95 y ss.

Una posición más radical es la sustentada por Luhmann (LUHMANN, NIKLAS, *Legitimation durch Verfahren* (2ª edición), Luchterhand, Neuwied, 1975, pp. 57 y ss.), para quien el proceso penal ya no está dirigido a la búsqueda de la verdad, ni siquiera de la justicia, su misión es estrictamente funcional, la neutralización de las protestas, sea a través de un proceso cuya conclusión aceptada por todos en la medida que se han aceptado las reglas del juego, sea aislando y quitando credibilidad a los que siguen protestando tras la conclusión del proceso. Finalmente, para un completo estudio de las diferentes posiciones doctrinales sobre la búsqueda de la verdad como fin del proceso penal, confrontar por todos: STAMP, FRAUKE, *Die Wahrheit im Strafverfahren*, Nomos, Baden-Baden, 1998.

2. EL OFENDIDO POR EL HECHO PUNIBLE COMO PARTE ACUSADORA EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL ESPAÑOL. LA FIGURA DEL ACUSADOR PARTICULAR EN ESPAÑA

En la historia del proceso penal, el ofendido por el delito ha pasado de ocupar una posición fuerte en la solución del conflicto penal, a convertirse en una figura marginal dentro del enjuiciamiento criminal⁶. Incluso, más de alguna vez la doctrina ha llegado a proponer que su actividad dentro del proceso penal sea reducida a la de mero denunciante y testigo de la comisión de un ilícito⁷. Con todo, hoy esta postura es rechazada no sólo por la dogmática procesal penal europea continental⁸ sino también en el ámbito internacional, propugnándose una mayor participación del ofendido por el hecho punible en el enjuiciamiento punitivo⁹.

⁶ Confrontar ampliamente con: JÄGER, MICHAEL C., *Die Stellung des Opfers im Strafverfahren unter besonderer Berücksichtigung der Rechte des Beschuldigten*, Dissertation, Univesität Mannheim, Mannheim, 1996, pp. 3 y ss.; JABORNIGG, DANIELA V., *Die Stellung des Verletzten in der Schweizerischen Strafprozessordnung zwischen Beweismittel und Partei*, Helbing & Lichtenhahn, Zurich, 2001, pp. 178 y ss.; NÉGRIER-DORMONT, LYGIA, *Regards posés sur Le criminel et la victime depuis la nuit des temps jusqu'à nos jours*, Chlorofeuilles, Nanterre, 1997, pp. 13 y ss.; SCHÜTZER, KARL, *"Private Strafverfahren" im österreichischen Strafprozeß*, Dissertation, Universität Salzburg, Salzburg, 1998, pp. 10 y ss.; y WEIGEND THOMAS, *Deliktsoffer und Strafverfahren*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989, pp. 24 y ss. Con mayores referencias al derecho penal material: STRATENWERTH, GÜNTER, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, trad. E. Bacigalupo, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1980, pp. 87 y ss.

⁷ Según Clariá Olmedo (CLARIÁ OLMEDO, JORGE, *Derecho Procesal Penal*, vol. II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998, pp. 38 y 39), las razones históricamente esgrimidas por la doctrina para expulsar al ofendido del proceso penal son las siguientes: 1) Concebir al ofendido como un resabio de la acusación privada, y más aún, reminiscencia de la venganza individual a pesar de su control por el Estado; 2) Alegar como criterios de nuestro tiempo los de justicia y defensa social, y no los de venganza privada, propios de otra época; 3) Considerar que en la práctica el ofendido es impulsado casi siempre por la idea de venganza y por un interés pecuniario, móviles contrarios a los de justicia que deben guiar la acusación. Como corolario, tal figura resulta ser un obstáculo para la recta administración de justicia; 4) Calificar como error atribuir al ofendido la intervención, como consecuencia de la despreocupación del acusador público (Ministerio Fiscal), delegando la actividad en quien sólo vela por el interés particular; 5) Concebirlo como un elemento distorsionador del principio de igualdad de armas rector del proceso penal, al situar frente el imputado otro acusador distinto del público (Ministerio Fiscal); y 6) Predicar su exclusión al considerar enteramente socializada la actividad acusatoria, dignificándose así en una elevada concepción del derecho y de la justicia.

⁸ Buena cuenta dan de ello los recientes trabajos monográficos sobre el tema publicados en países centroeuropeos, entre los cuales cabe destacar: EDER-RIEDER, MARIA A., *Der Opferschutz. Schutz und Hilfe für Opfer einer Straftat in Österreich*, Springer, Wien, 1998; FUCHS, HELMUT, *Die strafprozessuale Stellung des Verbrechensopfers und die Durchsetzung seiner Ersatzansprüche im Strafverfahren*, Manz, Wien, 1997; y JABORNIGG, DANIELA V., *Die Stellung des Verletzten in der Schweizerischen Strafprozessordnung*, Helbing & Lichtenhahn, Zurich, 2001. En España consultar: NÚÑEZ OJEDA, RAÚL, *El acusador particular en el sistema procesal penal español*, Universidad Pompeu Fabra, Tesis Doctoral, Barcelona, 2002; y SOLÉ RIERA, JAUME, *La tutela de la víctima en el proceso penal*, JM. Bosch, Barcelona, 1997.

⁹ Estos documentos internacionales son: *Convenio europeo sobre indemnización a las víctimas de los delitos violentos*, de 24 de noviembre de 1983 y *Declaración de Naciones Unidas sobre los Principios Básicos de la Justicia en relación con las víctimas de los delitos y de los abusos de poder*, de 1986. El Comité de Ministros del Consejo de Europa ha formulado recomendaciones instando a una mayor

Así las cosas, es necesario precisar el concepto de ofendido por el delito. En primer lugar, si acudimos al texto actualmente vigente de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, éste no ofrece un concepto de ofendido¹⁰. Por el contrario, induce a confusiones al utilizar las expresiones de *ofendido* y *perjudicado* por el delito como sinónimos.¹¹

Es necesario, por tanto, dar un paso más en la investigación y fijar con claridad los conceptos de ofendido y perjudicado. Para ANTOLISEI¹², un hecho ilícito es siempre un hecho nocivo. Este hecho nocivo puede ser designado con el nombre de daño, expresión usualmente empleada. Sin embargo, si bien esta expresión no es incorrecta, es preferible utilizar palabras distintas para significar cosas diversas. Por esto es conveniente distinguir entre *ofensa* y *daño*. La *ofensa* es la lesión o puesta en peligro de un interés jurídicamente protegido que constituye la esencia del hecho mismo. El *daño* no es un mal ínsito en el delito, o sea la ofensa, sino aquel particular perjuicio representado por las consecuencias nocivas del hecho mismo.

Por tanto, la distinción entre ofendido y perjudicado queda fijada en los siguientes términos: *ofendido* (o sujeto pasivo del delito¹³) es el titular o portador del

Continuación nota ⁹

participación de la víctima en enjuiciamiento criminal. Estas son: *Recomendación R(85) 11 sobre la posición de la víctima en el campo del Derecho Penal y Procesal Penal*, aprobada el 28 de junio de 1985; *Recomendación R(87) 18 relativa a la simplificación de la justicia penal*; y *Recomendación R(87) 20 sobre las reacciones sociales a la delincuencia juvenil*, ambas aprobadas el 17 de septiembre de 1987. Por otro lado, el Consejo de la Unión Europea, en su Decisión Marco, de 15 de marzo del 2001, *relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal*. Por último, la Comisión de las Comunidades Europeas también se ha preocupado del tema y ha elaborado el "Libro Verde" sobre *Indemnización a las víctimas de los delitos*, de 28 de septiembre del 2000.

¹⁰ El hoy derogado, por la LO. 5/1995, artículo 761 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal disponía: "se entiende por ofendido aquel a quien directamente dañe o perjudique el delito".

Entre las leyes procesales penales de otros Estados europeos se puede encontrar una definición legal del término ofendido por el delito en el artículo 68.1 a) del *Código de Processal Penal* portugués de 1987, que señala: "(...) os titulares dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação (...)".

¹¹ Un ejemplo lo encontramos en los arts. 109 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en que se hace una utilización indistinta de ambos términos.

¹² ANTOLISEI, FRANCESCO, *L'offesa e il danno nel reato*, 1930, citado por: GÓMEZ ORBANEJA, EMILIO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. II, Bosch, Barcelona, 1951, pp. 258 y ss.

¹³ En la dogmática penal se utiliza el término "sujeto pasivo del delito", por todos ver: BUSTOS RAMÍREZ, JUAN y HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Manual de Derecho Penal. Parte general* (4ª edición), PPU, Barcelona, 1994, p. 297; CEREZO MIR, JOSÉ, *Curso de Derecho Penal Español* (5ª edición), vol. II, Tecnos, Madrid, 1997, p. 71; COBO DEL ROSAL, MANUEL y VIVES ANTÓN, TOMÁS, *Derecho Penal. Parte general* (4ª edición), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 331; LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL, *Curso de Derecho Penal. Parte general*, Editorial Universitas, Madrid, 1996, p. 316, MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal. Parte general* (5ª edición), PPU, Barcelona, 1998, p. 198; y MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho Penal. Parte general* (2ª edición), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 279.

interés jurídicamente protegido cuya ofensa (lesión o puesta en peligro) constituye la esencia del delito¹⁴; *perjudicado* es el titular de la esfera en que inciden directamente las consecuencias nocivas del hecho ilícito, el titular de intereses extrapenales patrimoniales y/o no patrimoniales¹⁵.

Siguiendo la delimitación de conceptos y términos, cabe distinguir conceptualmente el ofendido por el delito, del sujeto pasivo de la acción y del objeto material del delito. El primero se refiere a la persona sobre la que recae la acción típica. El segundo, esto es el objeto material del delito, es la persona o cosa sobre la que recae físicamente la acción, por lo que también es designado como "objeto de la acción"¹⁶. Un ejemplo ilustrará la diferencia: engañando a un dependiente de una joyería, alguien se hace entregar por él unas joyas con las que desaparece¹⁷. En este caso, el ofendido es el propietario de la joyería, el sujeto pasivo de la acción es el dependiente de la misma y la cosa hurtada (las joyas) el objeto material del delito.

Normalmente, el ofendido coincide con el perjudicado, pero puede ocurrir que el perjuicio trascienda a un tercero, dada la mayor amplitud de la noción de perjudicado¹⁸. Pues, ésta comprende toda persona que haya sufrido un perjuicio

¹⁴ Para Califano (CALIFANO, ENRICO, *La condotta del soggetto passivo*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 24) el sujeto pasivo será la persona o personas titulares del interés tutelado que se ha atacado o puesto en peligro. Otra definición de ofendido partiendo desde la perspectiva de los bienes jurídicos es la elaborada por V. Liszt (LISZT, FRANZ VON, *Tratado de Derecho Penal*, vol. II, trad. L. Jiménez de Asúa, Reus, Madrid, 1914-1929, p. 464) que define al ofendido por el delito como "(...) la persona a quien pertenece el bien jurídico atacado inmediatamente por el hecho punible"; en este mismo sentido se pronuncia Tranchina (TRANCHINA, G. con SIRACUSANO, D.; GALITI, A.; y ZAPPALÀ E.), *Diritto Processuale Penale* (2ª edición), vol. I, Giuffrè, Milano, 1996, p. 205) para quien el ofendido es: "(...) il titolare del bene giuridico la cui lesione o la cui messa in pericolo costituisce l'essenza della condotta penalmente illecita".

¹⁵ Hay autores que distinguen también entre: ofendido (sujeto pasivo) genérico o mediato y ofendido (sujeto pasivo) específico o inmediato. Desde esta perspectiva, sujeto pasivo genérico -para todo delito-, sería el Estado en cuanto éste asume la defensa de los bienes jurídicos aun cuando sean de titularidad individual (MATA Y MARTÍN, RICARDO M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Comares, Granada, 1999, p. 15).

¹⁶ Distinción que en la dogmática penal sustentan la mayoría de los autores, por todos ver: BUSTOS RAMÍREZ, JUAN Y HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, op. cit., p. 297; CEREZO MIR, JOSÉ, *Curso de Derecho Penal Español*, vol. II, op. cit., p. 71; COBO DEL ROSAL, MANUEL Y VIVES ANTÓN, TOMÁS, *Derecho Penal. Parte general*, op. cit., p. 331; MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal. Parte general*, op. cit., p. 199; y MUÑOZ CONDE, FRANCISCO Y GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho Penal. Parte general*, op. cit., p. 279.

¹⁷ Ejemplo tomado de: MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal. Parte general*, op. cit., p. 198.

¹⁸ El ofendido no coincide con el perjudicado en casos como el homicidio, donde el ofendido es quien pierde la vida, como titular de tal bien jurídico, siendo considerados perjudicados aquellos familiares que vivían de su trabajo o resultan lesionados en sus efectos. Otro ejemplo nos propone el profesor italiano Lozzi (LOZZI, GILBERTO, *Lezioni di procedura penale* (2ª edición), Giappichelli, Torino, 1995, pp. 102 y 103): "Se Tizio guiando in modo imprudente investe una automobile guidata da Caio e di proprietà di Sempronio ed in tal modo cagiona lesioni a Caio e danni all'auto di Sempronio, si avrà un danneggiato (Caio) che è nel contempo persona offesa del reato di lesioni ed un danneggiato (Sempronio) che non è persona offesa del reato".

material o moral por la comisión del delito aunque no sea el titular del interés jurídicamente lesionado o puesto en peligro por el delito. El Código Penal español parece distinguir con claridad las dos nociones al disponer en el artículo 113: "La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros".

Finalmente, cabe preguntarse si el concepto de víctima comprende tanto el de ofendido y el de perjudicado o sólo el primero de ellos. Una parte de la dogmática¹⁹ identifica el concepto de víctima con el de ofendido por el delito²⁰. Para un segundo grupo de autores²¹, el concepto de víctima engloba tanto el de ofendido como el de perjudicado por el delito. También existiría un tercer grupo de autores para los cuales el concepto de ofendido (sujeto pasivo) sería más amplio que el concepto de víctima.²²

En nuestra opinión, frente a un concepto abstracto y general, resultaría preferible un concepto pragmático de víctima. Ésta parece ser la idea sobre la que se elaboró el concepto de víctimas contenido en la *Declaración de las Naciones Unidas sobre Principios Básicos de la Justicia en relación con las Víctimas de los Delitos y del Abuso de Poder*²³. De acuerdo a la misma, son víctimas de delitos: "Las personas que, individualmente o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente". Por otro lado, cabe destacar que recientemente el Consejo de la Unión Europea, en

¹⁹ Ver a modo indicativo: GIARDA, ANGELO, *La persona offesa dal reato nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1971, pp. 3 y ss; FROSALI, RAUL A., "Soggetto passivo del reato", *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XXVII, UTET, Torino, 1970, pp. 816 y ss; y QUERALT, JOAN J. "Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos", *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin* (ed. JM. SILVA SÁNCHEZ), JM. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 156 y ss.

²⁰ En palabras de Antolisei (ANTOLISEI, FRANCESCO [con L. CONTI]), *Manuale di Diritto Penale. Parte generale* (14ª edición), Giuffrè, Milano, 1997, p. 184) "Per soggetto passivo si intende la persona offesa dal reato: in altre parole, la vittima del reato". En el mismo sentido, a modo indicativo: CHIAVARIO, MARIO, *Appunti sul processo penale*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 178; y CORRERA, MICHELE M. y RIPONTI, DANILO, *La vittima nel sistema italiano della giustizia penale*, Cedam, Padova, 1990, pp. 1 y 2.

²¹ Entre otros: FONDAROLI, DÉSIRÉE, *Illicito penale e riparazione del danno*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 51 y 52; LANDROVE DÍAZ, GERARDO, *La moderna Victimologia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 160; y SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARIA, "Innovaciones técnico-prácticas de la Victimología en el Derecho Penal", *Victimologia*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1990, p. 77.

²² BUSTOS RAMÍREZ, JUAN (con LARRAURI PIJOAN, ELENA), *Victimología: Presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas*, PPU, Barcelona, 1993, pp. 17 y ss.

²³ El "Center for International Crime Prevention" dependiente de Naciones Unidas ha elaborado un documento que desarrolla las ideas contenidas en Declaración sobre Principios Básicos de la Justicia en relación con las Víctimas de los Delitos y del Abuso de Poder: *Handbook on Justice for Victims. On the use and application of the Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime an Abuse of Power*, New York, 1999.

su Decisión Marco de 15 de marzo del 2001, relativa al *estatuto de la víctima en el proceso penal*²⁴, en su artículo 1 define a la víctima como: "la persona física que haya sufrido un perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado Miembro".

Tales definiciones ponen de manifiesto la dificultad al elaborar un concepto abstracto de víctima sin tener en cuenta, en cada caso concreto, el titular del interés o bien jurídicamente protegido por la norma penal. Por tanto, es necesario considerar como víctimas a toda persona o conjunto de personas a las que el delito cause un daño o un perjuicio.²⁵

El presente trabajo utilizará preferentemente los conceptos de ofendido y perjudicado por el delito sobre el concepto de víctima. Pues, a nuestro parecer, aquellas expresiones conllevan ciertas ventajas metodológicas²⁶. La primera ventaja es permitir una mayor precisión conceptual. Efectivamente, el concepto de víctima, como se analizó en el párrafo anterior, comprende tanto al ofendido como al perjudicado, haciendo imposible una distinción entre ambos conceptos.²⁷

Una segunda ventaja consiste en permitir una mayor coherencia discursiva, por cuanto el concepto de víctima se encuentra más vinculado a la victimología que a la dogmática procesal penal²⁸. En consecuencia, su utilización puede comportar la introducción de consideraciones ajenas a la ciencia procesal penal, sus-

²⁴ DOCE L 82, 22.03.2001, pp. 1 y ss.

²⁵ En el mismo sentido: ARAGONESES MARTÍNEZ, SARA, "Introducción al régimen procesal de la víctima del delito. Deberes y medidas de protección (I)", *RDPProc*, 1995, p. 419; PÉREZ GIL, JULIO, *La acusación popular*, Comares, Granada, 1998, p. 349; RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, "La tutela de la víctima en el proceso penal", *Justicia*, 1995, pp. 27 y 28; SOLÉ RIERA, JAUME, *La tutela de la víctima en el proceso penal*, op. cit., p. 21; y BONET ESTEVA, MARGARITA, *La víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto)*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pp. 128 y 129.

²⁶ En este sentido: TRANCHINA, GIOVANNI, "La vittima del reato nel sistema penale italiano", *Dalla parte della vittima* (Dir. GULOTTA y VAGAGGINI), Giuffrè, Milano, 1980, p. 319.

²⁷ Además, la noción de víctima tiene un problema adicional. Como apunta Albrecht (ALBRECHT, PETER-ALEXIS, *Kriminologie*, CH. Beck, München, 1999, p. 387), mirado con distancia, éste se nos presenta como un concepto opalescente de la justicia criminal. Opalescente, en el sentido que el concepto de víctima dependerá, en gran medida, de la perspectiva del observador. Así las cosas, podemos encontrar: 1) la víctima que primero es neutralizada normativamente para luego ser redescubierta; 2) la víctima presentada por los medios de comunicación que atrae el interés político, especialmente en los tiempos de elecciones; 3) la víctima que comienza a ser objeto de estudios científicos y el punto de partida de la crítica criminológica del significado y función de la justicia criminal; 4) la víctima, quien constituye un elemento de la infracción criminal necesario para la aplicación de la justicia criminal; y 5) la víctima invisible y potencial que se siente expuesta a los incontables peligros de la era moderna.

²⁸ Para la dogmática germana la distinción entre *Opfer* (víctima) y *Verletzter* (ofendido), en el sentido antes señalado puede verse en: RIESS, PETER, "Der Strafprozeß unde der Verletzten –eine Zwischenbilanz", *JURA*, 1987, pp. 218 y ss. En todo caso, en Alemania la expresión *Opfer* (víctima) es propia de

ceptibles de generar algunas distorsiones en el momento de emplearla para analizar conceptos básicos de aquella ciencia.²⁹

Fijado el concepto de ofendido por el delito, cabe preguntarse ¿qué relación tiene la noción de ofendido con la institución del acusador particular en el sistema procesal penal español?

Una de las características del sistema procesal penal español consiste en que el Ministerio Fiscal carece del monopolio del ejercicio de la acusación. En consecuencia, al lado del acusador público está permitida la participación del ofendido, sea nacional o extranjero, a través de la figura del acusador particular, cuando estamos frente a un delito público o semipúblico, o del acusador privado si es un delito de naturaleza privada, e incluso de cualquier ciudadano español por medio de la institución del acusador popular.

En contraposición a su importancia, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal existe una total falta de rigor en cuanto a las denominaciones de las partes acusadoras privadas que intervienen en el proceso penal.³⁰

Continuación nota ²⁸

la criminología mientras que la ciencia procesal trabaja con la expresión *Verletzter* (ofendido) y la doctrina civil con la denominación *Geschädigter* (perjudicado).

En Italia Giarda (GIARDA, ANGELO, "La vittima del reato nel sistema del processo penale italiano: Lineamenti", *Dalla parte della vittima* (dir. GULOTTA y VAGAGGINI), op. cit., p. 331) señala: "La locuzione 'vittima del reato' non appartiene propriamente al linguaggio tecnico-giuridico, ma a quello, di più recente conio, di una branca della criminologia che, sulla scorta delle analoghe espressioni francesi, inglesi e tedesche soprattutto, prende appunto il nome di 'vittimologia'".

²⁹ La Victimología o estudio sobre la víctima, tanto en su papel activo o pasivo en el surgimiento y producción del delito como posteriormente en la resolución del conflicto provocado por el delito, surge primero como una parte de la Criminología. Pero actualmente tiende a una autonomía completa respecto de aquella, por más que continúe habiendo algunas voces que defiendan su ubicación dentro de la Criminología. Sobre Victimología se puede consultar a título indicativo: BERISTAN, ANTONIO, *Nueva criminología desde el Derecho Penal y la victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994; id., *Victimología. Nueve palabras claves*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; DRAPKIN, J., "El Derecho de las Víctimas", *ADPCP*, 1980, pp. 367 y ss.; GARCÍA-PABLOS, ANTONIO, *Criminología, una introducción a sus fundamentos teóricos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996; id., *Tratado de criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; GULOTTA, G., *La Vittima*, Giuffrè, Milano, 1976; HASSEMER, WINFRIED, "Consideraciones sobre la víctima del delito", trad. R. Cantero, *ADPCP*, 1990, pp. 241 y ss.; id., *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts* (2ª edición), CH. Beck, München, 1990, pp. 67 y ss.; HENTING, HANS VON, *The criminal and his victims*, Yale University Press, New Haven, 1948; HERRERA MORENO, MYRIAM, *La hora de la víctima. Compendio de victimología*, Edersa, Madrid, 1996; LANDROVE DÍAZ, GERARDO, *La moderna victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998; MAWBY, R.I. y WALKLATE S., *Critical Victimology*, Sage Publications, London, 1994; NEUMAN, ELIAS, *Victimología: el rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984; id., *Victimología y control social*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994; y WRIGHT, MARTIN, *Justice for Victims and offenders*, Open University Press, Philadelphia, 1991.

³⁰ Así a modo indicativo encontramos: *Querellante* (arts. 275, 276, 277.2º y 7, 448, 468, 471, 476, 627, 629, 638, 962, 969), *Querellante particular* (arts. 240.3º, 317, 385, 501, 529, 623, 642, 644, 645, 689, 967, 969), *Particular querellante* (arts. 273, 274, 280), *Partes* (arts. 23, 26, 34, 36, 38, 39, 44, 54.2º y

Este problema tiene su origen en el legislador decimonónico de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, quien confundió términos y adoleció de una total falta de precisión en la utilización del lenguaje. Si a lo antes expuesto agregamos que las reformas posteriores de la Ley de Enjuiciamiento Criminal carecieron de una correcta técnica legislativa³¹, el panorama actual resultante es poco alentador.³²

Ante esta situación, parece conveniente realizar una interpretación correctora de las diversas expresiones utilizadas por el legislador en esta materia. Siguiendo a MONTERO AROCA³³, es posible establecer que, a pesar de la falta de precisión terminológica de la Ley procesal penal española: 1) En ocasiones, cuando habla de acusador particular está comprendiendo a todos los acusadores, con excepción del Ministerio Fiscal (art. 53 LECr), aunque otras veces se refiera al querellante particular (art. 274 LECr) e incluso al actor particular (art. 142 LECr); 2) A veces, las expresiones acusador o querellante particular no pueden incluir, en ningún caso, al acusador privado (arts. 19.5º, 108, 280, 642 LECr); 3) Otras veces, las diferencias entre acusador particular y privado son evidentes (arts. 105, 649, 650 respecto del 651 LECr); 4) Por último, no faltan casos en los que la expresión acusador privado debe significar necesariamente acusador popular (art. 622.II LECr).³⁴

Continuación nota ³⁰

4º, 76, 81, 472, 483, 621, 653, 654, 656, 662, 669, 673, 678, 685), *Partes personadas* (arts. 302, 311, 504. bis 2, 657, 668, 782, 787.3, 789, 790.2, 867), *Parte acusadora* (arts. 646, 655, 790.1 y 6, 793.1º y 7º, 850.2º, 898), *Acusador privado* (arts. 54.5º, 385, 622, 659, 681, 875), *Actor* (arts. 471 y 701), *Actor particular* (arts. 19.5º, 37, 53, 105, 108, 141, 651, 734, 790.3 y 4, 900, 993); *Acusador o acusadores* (arts. 368, 680, 906), *La acusación o acusaciones* (arts. 739, 741, 790.3, 793.3º, 6º, 7º, 8º y 9º, 851.2º), *Acusación particular* (art. 790.6), y, *Acusaciones personadas* (arts. 790.1 y 2) [PÉREZ GIL, JULIO, *La acusación popular*, op. cit., pp. 291 y 292].

³¹ Es interesante destacar en este punto la crítica certera de este fenómeno de: RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, "De cómo hacer reformas procesales (Manual del aprendiz de legislador)", *Justicia*, 1988, pp. 791 y ss.

³² Para algún autor el legislador de finales del siglo pasado sólo distinguía entre la acción penal que ejercía el Ministerio Fiscal (acusador público) y la acción penal que ejercía las partes privadas (acusadores privados) en el proceso penal. Si bien la acción penal es una, para el legislador, no se podía concebir que en el ejercicio de ésta se otorgaran los mismos poderes tanto al Ministerio Fiscal como a los privados que intervenían en el enjuiciamiento penal (PÉREZ GIL, JULIO, *La acusación popular*, op. cit., p. 292).

³³ MONTERO AROCA, JUAN (CON GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS; MONTÓN REDONDO, ALBERTO; y BARONA VILAR, SILVIA), *Derecho Jurisdiccional. Proceso penal* (9ª edición), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 73.

³⁴ Esta confusión terminológica se manifiesta también en la doctrina. Ésta utiliza términos diversos con alcances distintos al analizar una misma institución jurídica. Sin ánimo de exhaustividad, quisiéramos poner de manifiesto algunas diferencias: Almagro Nosete (ALMAGRO NOSETE, JOSÉ, *Derecho Procesal Penal. Proceso Penal*, t. II, vol. I, Trivium, Madrid, 1995, pp. 129 y ss.), dentro de la noción de acusador particular, comprende tanto la acusación particular ejercida por el ofendido por el delito como la ejercida por cualquier ciudadano español; Asencio Mellado (ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA, *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, 56 y ss.) distingue entre acusador particular ofendido por delito —público, semipúblico y privado—, del acusador particular no ofendido por delito público —acción popular—; López Barja de Quiroga (LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO, *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, Akal, Madrid, 1999, pp. 180 y 181) bajo el epígrafe de la acusación particular trata la

Con todo, en la actualidad es posible distinguir con absoluta claridad las figuras del acusador particular, el acusador popular y el acusador privado, atendiendo a la práctica forense. Por otro lado, desde un punto de vista dogmático parece aconsejable que frente a diferentes supuestos de hecho y consecuencias jurídicas, se den distintas denominaciones.³⁵

Llegados a este punto, resultará necesario ofrecer una noción de la figura del acusador particular. Por tanto, llamamos acusador particular al ofendido por un hecho punible que interviene como parte acusadora privada en el enjuiciamiento criminal por delitos públicos y semipúblicos.³⁶

Desde la perspectiva del Tribunal Constitucional de España, tanto el ejercicio de la acción penal por el acusador popular como la ejercida por el acusador particular integran el contenido de la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva³⁷. Sin embargo, para el mismo alto Tribunal su fundamento constitucional es diferente: mientras el del acusador popular deriva del artículo 125 de la Constitución española³⁸; el del acusador particular proviene del artículo 24.1 del mismo

Continuación nota ³⁴

figura del acusador particular como la del acusador popular; Robles Garzón (ROBLES GARZÓN, JUAN ANTONIO, "El acusador privado", *RDProc.lb*, 1978, pp. 533 y ss.) habla en términos generales de "acusadores privados"; Muerza Esparza (MUERZA ESPARZA, JULIO, "Acusador Particular (Derecho Procesal)", *Enciclopedia Jurídica Básica* (dir. A. MONTAÑA MELGAR), vol. I, Civitas, Madrid, 1995, pp. 238 y ss.; MUERZA ESPARZA, JULIO (CON OLIVA SANTOS, ANDRÉS DE LA; ARAGONESES MARTÍNEZ, SARA; HINOJOSA SEGOVIA, RAFAEL; y TOMÉ GARCÍA, JOSÉ ANTONIO), *Derecho Procesal Penal*, CEURA, Madrid, 1995, 137 y ss.), bajo el título "acusador particular", incluye toda persona distinta al acusador público (Ministerio Fiscal) que interponga la acción penal por delito públicos y semipúblicos; Muñoz Rojas (MUÑOZ ROJAS, TOMÁS, "En torno al acusador particular en el proceso penal español", *RDProc.lb*, 1977, p. 105 y ss.), dentro del acusador particular incluye también al no ofendido por el hecho punible; finalmente, Prieto-Castro y Gutiérrez de Cabiédes (PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, LEONARDO Y GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, EDUARDO, *Derecho Procesal Penal* (4ª edición), Tecnos, Madrid, 1989, pp. 107 y ss.) también engloban dentro de la noción de acusador particular al no ofendido por el delito.

³⁵ En este sentido, entre otros: MONTERO AROCA, JUAN (CON GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS; MONTÓN REDONDO, ALBERTO; y BARONA VILAR, SILVIA), *Derecho Jurisdiccional. Proceso penal*, op. cit., p. 68; MORENO CATENA, VÍCTOR (CON GIMENO SENDRA, VICENTE Y CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN), *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2001, pp. 124 y 125; y RIFÀ SOLER, JOSÉ MARÍA Y VALLS GOMBAU, JOSÉ FRANCISCO, *Derecho Procesal Penal*, Iurgium, Madrid, 2000, pp. 100 y 101.

³⁶ Otras definiciones serían las ofrecidas por Viada López-Puigcerver y Aragoneses Alonso (VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, CARLOS Y ARAGONESES ALONSO, PEDRO, *Curso de Derecho Procesal Penal* (4ª edición), Madrid, 1974, p. 133) para quien es "el particular que ejercita la acción en calidad de ofendido por delitos perseguibles de oficio"; y la propuesta por Armenta Deu y Ormazábal Sánchez (ARMENTA DEU, TERESA Y ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, GUILLEM, *Lliçons de dret processal penal*, Edicions de la Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 1999, p. 323) para quien es "persona física o jurídica que ha estat ofesa pel delict i que es constitueix en part activa del procés penal instant el càstig del responsable".

³⁷ SSTC 108/1983; 114/1984; 147/1985; 137/1987; 34/1994; y 50/1998.

³⁸ El artículo 125 de la Constitución española de 1978 señala: "Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales".

cuerpo normativo³⁹. Por esta vía, la vulneración del derecho a acusar del acusador particular tendría la específica protección del recurso de amparo (arts. 24.1 y 53 CE).

Por otro lado, la institución del acusador particular encuentra su fundamento, desde una óptica estrictamente procesal, en la necesidad de controlar el cumplimiento del principio de legalidad por parte del Ministerio Fiscal. Efectivamente, la idea de disminuir el ámbito de discrecionalidad del Ministerio Fiscal (especialmente en tiempos como los actuales donde el principio de oportunidad gana cada vez más partidarios dentro de las filas de la dogmática procesal penal) es un argumento de peso a favor del mantenimiento de la acusación particular dentro del sistema procesal penal español⁴⁰. Además este sistema presenta una ventaja por sobre la acusación popular: como señala NEUMANN⁴¹, el reconocimiento de legitimación a los ofendidos por el hecho punible para actuar el proceso penal evitaría la aparición de "acusaciones populares de pleitistas".

Finalmente, si se quiere buscar el fundamento último de la institución del acusador particular, debemos necesariamente realizar un análisis de esta figura desde el prisma de la teoría de los fines de las penas.

Así las cosas, y tomando en consideración que el estudio de dichas teorías supera los márgenes de esta investigación, sólo nos limitaremos a exponer una

³⁹ El artículo 24.1 de la Constitución española de 1978 dispone: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión". Vid. SSTC 34/1994 (fj. 2) y 50/1998 (fj. 4).

⁴⁰ En países como Estados Unidos de América donde el Ministerio Público tiene pleno dominio sobre el ejercicio de la acusación existe una tendencia a reconocer a las víctimas de los delitos la facultad de controlar la discrecionalidad con que se mueve el Fiscal. Sobre este aspecto confrontar, entre otros los trabajos del profesor: BELOOF, DOUGLAS E., "The Third model of Criminal Process: The Victim Participation Model", *UTAH Law Review*, 1999, pp. 289 y ss.; e id., *Victims in Criminal Procedure*, Carolina Academic Press, Durham, 1999, pp. 250 y ss.

En Alemania, una parte de la dogmática procesal penal del siglo XIX mantuvo posiciones proclives a que el ofendido por el hecho punible realizara una labor de fiscalización de la actividad del Ministerio Público, ya sea bajo la forma de acusación popular o como acusación adhesiva. Para un ejemplo de estas posiciones, consultar entre otros los trabajos de: OPPENHEIM, L., *Die Nebenklage des Deutschen Strafprozesses. Eine Studie*, Wilhelm Koebner, Breslau, 1889, p. 87; y SUNDELIN, PAUL, *Die Staatssanwaltschaft in Deutschland*, Anclam, 1860, p. 44. Si bien la Strafprozeßordnung alemana reconoce el monopolio acusatorio al Ministerio Público, la mayor parte de la doctrina germana considera que el *Klageerzwingungsverfahren* contribuye al aseguramiento y aplicación del principio de legalidad por parte del Fiscal; confrontar por todos: JANS, SIGRID, *Die Aushöhlung des Klageerzwingungsverfahrens*, Peter Lang, Frankfurt, 1990, pp. 11 y 49.

⁴¹ NEUMANN, ULFRID, "Die Stellung des Opfers im Strafrecht". *Strafrechtspolitik. Bedingungen der Strafrechtsreform* (Hrsg. W. HASSEMER), Peter Lang, Frankfurt, 1987, p. 245.

de las teorías que explica el sentido y límite de la pena estatal⁴²: la teoría de la *prevención general positiva*. Esta elección se funda en dos razones: la primera, en el hecho empírico de ser la teoría dominante en la dogmática penal contemporánea⁴³; y la segunda, en que, entendemos, es la más idónea para explicar la función que cumple el acusador particular dentro del sistema de la justicia criminal.⁴⁴

Tomando como punto de partida la antigua sentencia de SÉNECA "*Nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur*"⁴⁵ que nos recuerda una idea central en esta materia, y por lo mismo de plena actualidad: sumar un mal a otro no es compatible con el concepto de Estado social y democrático de Derecho. En consecuencia, los Estados contemporáneos deben ajustar su actuación a criterios empíricos basados en los éxitos y los fracasos de sus políticas criminales, y esto los hace responsables tanto ante la víctima como ante el ciudadano.⁴⁶

⁴² Para una exposición de las diversas teorías de la pena ver ampliamente en la dogmática española: BACIGALUPO, ENRIQUE, *Principios de Derecho Penal. Parte general* (4ª edición), Akal, Madrid, 1997, pp. 7 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, JUAN y HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 71 y ss.; ÍD., *Lecciones de Derecho Penal*, vol. I, op. cit., pp. 44 y ss.; CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español*, op. cit., pp. 20 y ss.; COBO DEL ROSAL, MANUEL y VIVES ANTÓN, TOMÁS, *Derecho Penal. Parte general*, op. cit., pp. 30 y ss.; GARCÍA-PABLOS, ANTONIO, *Derecho Penal. Introducción* (2ª edición), Servicio de publicaciones Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, pp. 118 y ss.; MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal. Parte general*, op. cit., pp. 45 y ss.; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO (CON GARCÍA ARÁN, MERCEDES), *Derecho Penal. Parte general*, op. cit., pp. 47 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, JM. Bosch, Barcelona, 1992, pp. 179 y ss.; y ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL, *Fundamentos de Derecho Penal* (3ª edición), Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 59 y ss.

Para la dogmática alemana una clasificación y exposición de las mismas se puede encontrar en los recientes manuales de Derecho Penal, ver especialmente: GROPP, WALTER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (2ª edición), Springer, Berlin, 2001, pp. 31 y ss.; HASSEMER, WINFRIED, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, op. cit., pp. 281 y ss.; JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho Penal. Parte general*, trad. J. Cuello y JL. Serrano, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 8 y ss.; JESCHECK, HANS-HEINRICH y WEIGEND, THOMAS, *Lehrbuch des Strafrecht* (5ª edición), Duncker & Humblot, Berlin, 1996, pp. 63 y ss.; KÖHLER, MICHAEL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin, 1997, pp. 37 y ss.; NAUCKE, WOLFGANG, *Strafrecht. Eine Einführung* (9ª edición), Luchterhand, Neuwied, 2000, pp. 29 y ss.; y ROXIN, CLAUD, *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (3ª edición), vol. I, CH. Beck, München, 1997, pp. 41 y ss.

⁴³ Así lo pone de manifiesto, entre otros: HASSEMER, WINFRIED, "Perspectivas del Derecho Penal futuro", trad. E. Anarte, *RP*, 1998, p. 38; JESCHECK, HANS-HEINRICH y WEIGEND, THOMAS, *Lehrbuch des Strafrecht*, op. cit., p. 64; y ROXIN, CLAUD, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, op. cit., p. 49.

⁴⁴ Para un sector de la doctrina alemana (ALBRECHT, PETER-ALEXIS, *Kriminologie*, op. cit., p. 391; y SCHÜNEMANN, BERND, "Die Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege: Ein Drei-Säulen-Modell", *Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem* [Hrsg. SCHÜNEMANN/DUBBER], Carl Heymanns, Köln, 2000, pp. 1 y ss.), las únicas teorías sobre la pena que reconocen alguna función a la víctima son las teorías absolutas.

⁴⁵ "Ninguna persona razonable castiga por el pecado cometido, sino para que no se peque". De acuerdo a Grotius esta frase fue tomada por Séneca de la obra *Protágoras* de Platón (HASSEMER, WINFRIED, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, op. cit., p. 282).

⁴⁶ HASSEMER, WINFRIED, "¿Por qué y con qué fin se aplican las penas? (Sentido y fin de la sanción penal)", trad. M. Díaz Pita, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 191.

La teoría de la *prevención general positiva* responde a este orden lógico, como explicación del sentido y límites de la pena estatal⁴⁷. Con todo, se nos plantea un problema: no es posible hablar de una teoría unitaria de la prevención general positiva, sino de una variedad de ellas⁴⁸. De ahí la necesidad de circunscribir el discurso de esta investigación a una sola de dichas variantes, premisa básica adoptada con el objeto de explicar el fundamento de la figura del acusador particular.⁴⁹

Uno de los autores defensores de esta teoría de la pena es HASSEMER⁵⁰. Su concepción particular de la *prevención general positiva* parte de la crítica a la teoría de la pena "tradicional" y a la ciencia jurídico-penal, denunciando el aislamiento de la dogmática penal y, en especial, la excesiva abstracción del debate en torno a los fines de las penas y su falta de base empírica. Con el objeto de superar estos problemas, el autor postula la orientación del Derecho Penal y de la pena a sus consecuencias, y su puesta en relación con la sociedad en la que se aplica.

Para HASSEMER⁵¹, tanto la prevención-intimidación como la coacción psicológica y la resocialización no constituyen fines empíricamente alcanzables por el siste-

⁴⁷ Para Herzog (HERZOG, FELIX, *Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts*, Peter Lang, Frankfurt, 1987, pp. 50 y ss.) la doctrina de la prevención general positiva se aproxima a las teorías absolutas de la pena, dada su crítica a las nociones de intimidación y terapia; sin embargo, no parece que deje de ser una *teoría moderna*, ya que se orienta a los *output*, esto es a las consecuencias externas.

⁴⁸ Para un examen y crítica de ellas ver el trabajo de: PÉREZ MANZANO, MERCEDES, *Culpabilidad y prevención. Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1990, pp. 17 y ss. Para un estudio de las repercusiones de las distintas teorías de la prevención general positiva en el proceso penal ver el trabajo de: HAUSCHILD, JÖRN, *Die positive Generalprävention und das Strafverfahren*, Peter Lang, Frankfurt, 2000.

⁴⁹ Otro defensor a ultranza de la prevención general positiva es Jakobs (JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho Penal. Parte general*, op. cit., pp. 8 y ss.). Para este autor la tarea del Derecho Penal es el mantenimiento de la norma, como modelo orientador del contrato social. El contenido de la pena, por tanto, es el rechazo a la desautorización de la norma llevado a costa del que la ha quebrantado. La pena tiene, en este sentido, la función de ratificar las normas que han sido violadas y, de esta manera, reforzar la confianza general en las mismas. Esta confianza, sin embargo, no consiste en la creencia de que nunca más se cometerán hechos semejantes, ya que los destinatarios de la pena en primera línea no son algunas personas consideradas como autores potenciales, sino que todas las personas tienen que saber lo que deben esperar en tales situaciones.

⁵⁰ HASSEMER, WINFRIED, "Generalprävention und Strafzumessung", *Hauptprobleme der Generalprävention* (Hrsg. W. HASSEMER, K. LÜDERSSEN y W. NAUCKE), Alfred Metzner, Frankfurt, 1977, pp. 29 y ss.; id., "Prevención en el Derecho Penal", trad. J. Bustos, *Poder y Control*, núm. 0, pp. 93 y ss.; id., "Fines de la pena en el Derecho Penal de orientación científico social", trad. T. Castiñeira, *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, Servicio de Publicaciones Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1982, pp. 132 y ss.; id., *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, op. cit., pp. 281; y HASSEMER, WINFRIED y MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 161 y ss.

⁵¹ HASSEMER, WINFRIED, "Generalprävention und Strafzumessung", *Hauptprobleme der Generalprävention*, op. cit., pp. 29 y ss.; id., "Fines de la pena en el Derecho Penal de orientación científico social", op. cit., pp. 132 y ss.; id., *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, op. cit., pp. 281

ma penal. Según este autor, la función de la pena ha de consistir en la reacción estatal a hechos punibles. Al mismo tiempo, la pena importa un apoyo y un auxilio para la conciencia normativa social, esto es, la afirmación y aseguramiento de las normas fundamentales. Pero un sistema penal orientado hacia las consecuencias debe necesariamente dirigir su mirada hacia la protección de la víctima. Esto supone incorporar un nuevo elemento normativo al concepto de pena: la rehabilitación de la persona lesionada; la reconstrucción de su dignidad personal; el trazado inequívoco de la línea entre un comportamiento justo e injusto y la constatación ulterior para la víctima de que, efectivamente, ha sido víctima (y por tanto no es delincuente ni tampoco protagonista de un simple accidente).⁵²

En definitiva, esta concepción parece coincidir con la posición de PRITTWITZ⁵³. Este autor justifica el interés legítimo de la víctima en la existencia de una reacción pública frente al delito, por entender que el sistema de justicia criminal, además de constatar el daño sufrido por el sujeto pasivo del delito, lo victimiza nuevamente, ya que el sufrimiento de la víctima no finaliza cuando el sistema de justicia criminal pone fin al conflicto⁵⁴. El elemento decisivo de esta reacción, sin embargo, no es el castigo, sino la declaración y determinación judicial sobre quién tiene la razón y quién está equivocado, y sobre quién es culpable y quién no debe sentirse culpable.⁵⁵

Con todo, no se puede llegar al extremo contrario de, bajo la consigna de mejorar la posición del ofendido en el enjuiciamiento criminal, hacer "*tabula rasa*" con todas las garantías constitucionales que rodean al inculpado, alegando que im-

⁵² HASSEMER, WINFRIED, "¿Por qué y con qué fin se aplican las penas? (Sentido y fin de la sanción penal)", op. cit., p. 198.

⁵³ Ver ampliamente: PRITTWITZ, CORNELIUS, "Opferlose Straftheorien?", *Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem* (Hrsg. SHÖNEMANN/DUBBER), Carl Heymanns, Köln, 2000 pp. 51 y ss.; e id., "Positive Generalprävention und "Recht des Opfers auf Bestrafung des Täters"?", *KritV Sonderheft Winfried Hassemer zum sechzigsten Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, 2000, pp. 162 y ss.

⁵⁴ PRITTWITZ, CORNELIUS, "Opferlose Straftheorien?", op. cit., pp. 72 y 73.

⁵⁵ Incluso existen autores que llegan más lejos. Este es el caso de Reemtsma (REEMTSMA, JAN PHILIPP, *Das Rechts der Opfer auf Bestrafung des Täters als Problem*, 1998, citado por: PRITTWITZ, CORNELIUS, "Opferlose Straftheorien?", op. cit., pp. 64 y ss.) la propia institución de la pena es un mecanismo de ayuda a la víctima del trauma generado por el delito. Efectivamente, si la sociedad no ha sido capaz de evitar a la víctima el trauma ocasionado por el hecho punible, a lo menos tendría una deuda con la víctima, que consistiría en el castigo del culpable. En cumplimiento de esta deuda, por lo demás, sólo la pena de prisión y la multa cumple la deseada función simbólica. Para este autor, la pena manifiesta la solidaridad del grupo social con la víctima. Para comentario crítico de esta posición consultar: LÜDERSEN, KLAUS, "Opfer im Zwielicht", *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999* (Hrsg. T. WEIGEND y G. KÖPPER), Walter de Gruyter, Berlin, 1999, pp. 879 y ss.

piden la completa satisfacción de los intereses penales y extrapenales del ofendido por el hecho punible.⁵⁶

El objetivo último es obtener una participación más activa del ofendido por el delito en el proceso penal, pero no en detrimento del sistema de garantías constitucionales, durante tanto tiempo gestado en favor del inculcado por el hecho punible.⁵⁷

Desde esta perspectiva, se considera al instituto del acusador particular un instrumento idóneo para aquella labor, por permitir una intervención del ofendido por el delito en el proceso penal como coacusador al lado del órgano de persecución penal del Estado (Ministerio Fiscal).⁵⁸

3. EL PROBLEMA DE LAS INVESTIGACIONES PRIVADAS DEL ACUSADOR PARTICULAR EN EL ENJUICIAMIENTO CRIMINAL ESPAÑOL

Un tema importante a tratar es el relativo a la eficacia procesal de las investigaciones privadas (paralelas a las judiciales), realizadas por el acusador particular en el enjuiciamiento criminal, independientemente si son efectuadas personal-

⁵⁶ En palabras de Hassemer (HASSEMER, WINFRIED, "Derecho Penal y Filosofía de Derecho", trad. F. Muñoz Conde, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 31): "Las reformas que favorecen los intereses de las víctimas se hacen a costa del imputado y del Estado como detentador del monopolio del *ius puniendi*". También se puede ver esta misma idea en: FLETCHER, GEORGE P., *Conceptos básicos de Derecho Penal*, trad. F. Muñoz Conde, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 76; HASSEMER, WINFRIED, "Consideraciones sobre la víctima del delito", *ADPCP*, 1990, pp. 256 y ss.; y HERZOG, FÉLIX, "Die Krise der geistigen und sozialen Grundlagen des reformierten Strafprozesses", *Quo vadis, Strafprozeß?* (Hrsg. F. HERZOG), Nomos, Baden-Baden, 1998, p. 21.

⁵⁷ Se ha podido comprobar que la institución del acusador particular, por regla general, ha resultado muy útil dentro del enjuiciamiento punitivo, ya que mueve a la Justicia penal y le quita trabajo al Ministerio Fiscal que, normalmente, se encuentra saturado (BINDER, ALBERTO, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 307).

⁵⁸ Además, el instituto del acusador particular tiene una ventaja añadida: normalmente el acusador particular no es sólo el ofendido por el delito, sino también el perjudicado por el mismo. Por consiguiente, una misma parte acusador puede reunir simultáneamente la condición de titular de intereses penales y patrimoniales.

Efectivamente, si partimos de la base de que un mismo hecho puede generar responsabilidad penal y responsabilidad civil, una primera opción sería encomendar el enjuiciamiento de cada una de estas responsabilidades al orden jurisdiccional correspondiente. Sin embargo, el sistema procesal penal español presenta una particularidad en esta materia. Pues permite al acusador particular (en cuanto perjudicado por el hecho punible), acumular las acciones civil y penal en un mismo proceso penal a objeto de concluir la causa con una única sentencia. Se trata pura y simplemente de la inserción de un juicio civil dentro de un proceso penal. El fundamento de la acumulación de la acción civil en el proceso penal es el principio de economía procesal. Este argumento fue introducido por el legislador español al importar esta solución legislativa del *Code d'instruction criminelle* francés de 1808. Monográficamente sobre la acción civil acumulada al juicio penal en el sistema procesal español ver: FONT SERRA, EDUARDO, *La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal*, La Ley, Madrid, 1991; y NADAL GÓMEZ, IRENE, *El ejercicio de acciones civiles en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

mente por el acusador particular o a través de terceros bajo encargo suyo (ej. detectives privados).⁵⁹

Si bien la persecución de los delitos es tarea del Estado, no es posible deducir de ello que exista un monopolio estatal absoluto respecto a la realización de las investigaciones del proceso penal, del mismo modo que al ofendido por el delito le asiste el derecho a participar en el enjuiciamiento punitivo, de forma activa bajo la forma jurídica de la acusación particular.⁶⁰

En términos generales, es posible concluir que los elementos de prueba obtenidos, de forma legal, por el acusador particular pueden ser utilizados con plena eficacia en el enjuiciamiento criminal seguido ante Tribunal competente.⁶¹

Pero a continuación cabe preguntarse, ¿qué pasa con los medios o elementos de prueba que obtiene el acusador particular o un tercero, por encargo del mismo, con violación de algún derecho o garantía reconocido por la Constitución del Estado? Imaginemos el siguiente supuesto: el acusador particular para hacerse con un documento privado de vital importancia para acreditar la perpetración de un delito patrimonial en su contra, ingresa a la oficina del acusado, forzando la puerta y el escritorio donde este sujeto guarda dicha documentación. Otro supuesto podría ser el acusador particular que, mediante coacción, graba una cinta de video donde el acusado reconoce haber cometido un delito en contra del primero.

Antes de intentar dar una respuesta a estas cuestiones y supuestos en derecho español, parece conveniente analizar previamente las soluciones aporta-

⁵⁹ En Alemania recientemente se pueden consultar cinco excelentes monografías que abordan esta problemática: BIENERT, ANJA, *Private Ermittlungen und ihre Bedeutung auf dem Gebiet der Beweisverwertungsverbote*, Shaker, Aachen, 1997; BOCKEMÜHL, JAN, *Private Ermittlungen in Strafprozeß: ein Beitrag zur der Lehre vom den Beweisverboten*, Nomos, Baden-Baden, 1996; HASSEMER, WINFRIED y MATUSSEK, KARIN, *Das Opfer als Verfolger. Ermittlungen des Verletzten im Strafverfahren*, Peter Lang, Frankfurt, 1996; MENDE, BORIS, *Grenzen private Ermittlungen durch den Verletzten ein Straftat*, Dissertation, Humboldt Universität, Berlin, 2000; y KREY, VOLKER, *Zur Problematik privater Ermittlungen des durch eine Straftat Verletzten*, Duncker & Humblot, Berlin, 1994.

⁶⁰ En este sentido, algunos autores germanos se han expresado respecto al derecho que le asiste al ofendido por el hecho punible a participar activamente en el proceso penal: BOCKEMÜHL, JAN, *Private Ermittlungen in Strafprozeß: ein Beitrag zur der Lehre vom den Beweisverboten*, op. cit., pp. 32 y ss; HELLMANN, UWE, *Strafprozeßrecht*, Springer, Berlin, 1998, pp. 164 y ss.; y KREY, VOLKER, *Zur Problematik privater Ermittlungen des durch eine Straftat Verletzten*, op. cit., pp. 25 y ss.

⁶¹ En el mismo sentido: BOCKEMÜHL, JAN, *Private Ermittlungen in Strafprozeß: ein Beitrag zur der Lehre vom den Beweisverboten*, op. cit., pp. 116 y ss. Para Miranda Estrampes (MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, op. cit., 1997, p. 90) la actividad de investigación llevada a cabo por los particulares adquiere una gran importancia en el campo de los delitos privados y semipúblicos. Pues en ellos la presentación de la querrela por el acusador privado o particular, según sea el caso, precede, normalmente, a una actividad de investigación encaminada a identificar las fuentes de prueba que le interesa incorporar al proceso.

das a esta problemática por los sistemas procesales penales de Alemania y de Estados Unidos de América. Esta elección tiene su fundamento en la gran influencia que ejercen estos sistemas procesales tanto en la dogmática como en el legislador español.

En el primer sistema, en el alemán, cuando el ofendido por el hecho punible o un tercero, bajo encargo suyo, obtiene fuentes de pruebas de manera ilícita (ej. sustraen documentos) y los pone a disposición de la autoridad de investigación, es cuestionada la admisibilidad de las pruebas así obtenidas en el enjuiciamiento criminal respectivo. Para la mayor parte de doctrina⁶², estas pruebas son eficaces. Efectivamente, los parágrafos de la *Strafprozeßordnung* que regulan los métodos probatorios prohibidos⁶³, sólo están referidos a los órganos de persecución penal del Estado.⁶⁴

La excepción a la regla anterior vendría prevista para los casos extremos que implican una violación de los derechos fundamentales reconocidos por la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (GG). Un ejemplo sería el del particular que obtiene una confesión a través de tormentos.⁶⁵

En el segundo sistema, el sistema procesal penal de Estados Unidos de América, la cuarta enmienda, que limita el poder de los órganos de persecución crimi-

⁶² Entre otros: BIENERT, ANJA, *Private Ermittlungen und ihre Bedeutung auf dem Gebiet der Beweisverwertungsverbote*, op. cit., pp. 85 y ss.; BOCKEMÜHL, JAN, *Private Ermittlungen in Strafprozeß: ein Beitrag zur der Lehre vom Beweisverboten*, op. cit., pp. 32 y ss.; HELLMANN, UWE, *Strafprozeßrecht*, op. cit., pp. 164 y ss.; KREY, VOLKER, *Zur Problematik privater Ermittlungen des durch eine Straftat Verletzten*, op. cit., pp. 99 y ss.; y ROXIN, CLAUD, *Strafverfahrensrecht* (25ª edición), CH. Beck, München, 1998, pp. 194 y 195.

⁶³ El Tribunal Supremo alemán ha negado la aplicación de los §§ 136, 136a, 163 y 163a de la StPO en las investigaciones realizadas por personas privadas [BGH StV, 1996, pp. 465 y ss.](ALBRECHT, PETER-ALEXIS, *Kriminologie*, op. cit., p. 395).

⁶⁴ Hassemer y Matussek (HASSEMER, WINFRIED y MATUSSEK, KARIN, *Das Opfer als Verfolger. Ermittlungen des Verletzten im Strafverfahren*, op. cit., pp. 74 y ss.) critican esta solución. Pero su razonamiento no se basa en la licitud de los métodos de averiguación privados según las medidas válidas para los funcionarios encargados de la investigación, al no poder los particulares alegar esas disposiciones. Antes bien, la posición subjetiva del imputado en el proceso penal se opone, en principio (con la excepción de los reproches más graves), a la admisión de métodos ocultos de investigación. Por tanto, la consecuencia sería una prohibición de valoración probatoria, aun cuando no pueda ser comprobado claramente si el imputado fue declarado culpable por averiguaciones privadas u oficiales. En el mismo sentido: MENDE, BORIS, *Grenzen private Ermittlungen durch den Verletzten ein Straftat*, op. cit., pp. 119 y ss.

⁶⁵ El profesor Roxin (ROXIN, CLAUD, *Strafverfahrensrecht*, op. cit., pp. 191 y 195) señala que aún tratándose de prueba admisible, puede darse una prohibición de valoración de la misma emanada directamente de los artículos 1º y 2º de la Ley Fundamental (GG). En este sentido, "la valoración es absolutamente imposible cuando ella lesiona el núcleo esencial intangible de la personalidad y, con ello, de la dignidad humana" (BVerfGE 43, 238).

nal en la investigación de los delitos⁶⁶, no es aplicable a las investigaciones realizadas por los particulares⁶⁷. Efectivamente, las investigaciones y recogida de elementos de prueba realizadas por particulares pueden ser utilizadas en juicio contra el acusado sin importar lo ilegal de los métodos utilizados para obtenerla (*Burdeau v/s McDowell* de 1921)⁶⁸. En otras palabras, en la jurisprudencia norteamericana la *exclusionary rule* no entra en juego cuando se trata de pruebas obtenidas ilegalmente por particulares, por considerar que su objetivo fundamental es el control de actuaciones policiales. Excepcionalmente, la cuarta enmienda será aplicable a las investigaciones realizadas por los particulares cuando éstos actúen como un "instrumento o agente del gobierno"⁶⁹, por ejemplo cuando la policía ordena a un particular abrir un paquete que pertenece a otra persona.⁷⁰

En España, como ya se señaló, el Estado no cuenta con el monopolio en la investigación de los delitos. Sin embargo, de esta regla general no es posible colegir facultad alguna del acusador particular o de los terceros, que actúan bajo su encargo, para realizar investigaciones que puedan afectar a las *garantías constitucionales* reconocidas en la Carta Magna española.

Efectivamente, el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece: "(...) No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente violando los derechos o libertades fundamentales"⁷¹. Para la mayor parte de la doctrina española⁷², el mandato legal que limita la inadmisibilidad o exclusión de

⁶⁶ [Amendment IV] "The right of the people to be their persons, houses, paper, and effect, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized".

⁶⁷ BELOOF, DOUGLAS E., *Victims in Criminal Procedure*, op. cit., pp. 215 y ss.; DRESSLER, JOSHUA, *Understanding Criminal Procedure* (2ª edición), Matthew Bender, New York, 1998, pp. 74 y 75; y HALL, DANIEL E., *Criminal Law and Procedure* (2ª edición), Delmar, Albany-New York, 1996, pp. 294 y ss.

⁶⁸ Para consultar la sentencia *Burdeau v/s McDowell*, 256 U.S. 465 (1921) ver: BELOOF, DOUGLAS E., *Victims in Criminal Procedure*, op. cit., pp. 218 y ss.

⁶⁹ *Skinner v/s Railway Labor Executive Ass'n*, 489 U.S. 602, 614 (1989). Ver también: *United States v/s Jacobsen*, 489 U.S. 109, 113-14 (1984).

⁷⁰ DRESSLER, JOSHUA, *Understanding Criminal Procedure*, op. cit., p. 74.

⁷¹ Para un estudio acerca del artículo 11.1 de la LOPJ y el enjuiciamiento criminal, consultar a modo indicativo: ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989, pp. 75 y ss.; DÍAZ CABIALE, JOSÉ ANTONIO, "La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal", *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, núm. 20, 1992, pp. 120 y ss.; MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, JM. Bosch, Barcelona, 1999, pp. 62 y ss.; y URBANO CASTRILLO, EDUARDO DE Y TORRES MORATO, MIGUEL ÁNGEL, *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, (2ª edición), Aranzadi, Pamplona 2000, pp. 37 y ss.

⁷² A modo indicativo: GONZÁLEZ MONTES, JOSÉ LUIS "La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (el derecho constitucional a la prueba y sus límites)", *RDProc*, 1990, p. 39; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal, Madrid, 1989, pp. 132 y 133; MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL, *El concepto de prueba ilícita y su tratamien-*

la prueba ilícita afecta tanto a las autoridades o funcionarios públicos como a los particulares. Así lo reconoce expresamente la sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984 de 29 de noviembre, al proclamar "la nulidad de todo acto -público, o en su caso privado- violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la sección primera del capítulo segundo del Título I de la Constitución". En conclusión, en estos casos necesariamente estas investigaciones serán ordenadas por el Juez de Instrucción competente.

Respecto a la actividad realizada por detectives privados⁷³ cabe tener presente el artículo 19.3 de la ley Nº 23/1992 de 30 de julio, de Seguridad Privada, reproducido por el artículo 102.1 del Reglamento respectivo (RD 2364/1994 de 9 de diciembre). Este artículo señala que los detectives privados "(...) tampoco podrán realizar investigaciones sobre delitos perseguibles de oficio, debiendo denunciar inmediatamente ante la autoridad competente cualquier hecho de esta naturaleza que llegara a su conocimiento y poniendo a su disposición toda la información y los instrumentos que pudieren haber obtenido". En consonancia con esta obligación, el artículo 103 del Reglamento antes citado establece la obligación para los detectives privados de facilitar datos a los órganos judiciales y policiales para el ejercicio de sus funciones. Además, el artículo 19.4 de la ley antes mencionada (Nº 23/1992) dispone que los detectives privados, en ningún caso podrán utilizar para sus investigaciones medios materiales o técnicos que atenten contra el derecho al honor, a la intimidad personal o familiar o a la propia imagen o al secreto de las comunicaciones.

Tras fijar los parámetros bajo los cuales se pueden desarrollar las investigaciones privadas del acusador particular en el sistema procesal penal español, parece conveniente revisar ciertos supuestos habituales en la práctica.

El primero tiene lugar cuando el acusador particular, sin mediar coacción alguna, graba, en una cinta magnetofónica, una conversación con el acusado, en la que éste reconoce haber cometido un delito contra el primero. En nuestra opinión, esta fuente de prueba es plenamente lícita y susceptible de ser valorada por el órgano judicial. Pues su obtención no vulneraría ni el derecho a la intimi-

Continuación nota ⁷²

to en el proceso penal, op. cit., pp. 27 y 28; PASTOR BORGONÓN, BLANCA, "Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas", *Justicia*, 1986, p. 346; URBANO CASTRILLO, EDUARDO DE Y TORRES MORATO, MIGUEL ÁNGEL, *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, op. cit.; p. 41; y VEGAS TORRES, JAIME, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Editorial La Ley, Madrid, 1993, pp. 123 y 124.

⁷³ En cuanto a la actividad realizada por los detectives privados en el sistema procesal español, consultar a modo indicativo: SERRANO BUTRAGUEÑO, IGNACIO, "Los servicios de los detectives privados: Ilícitud y valor de sus investigaciones", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1774, 1996, pp. 5 y ss.; y PÉREZ HERNÁNDEZ, ELIA, "La constitucionalidad de las pruebas aportadas por los detectives privados", *PJ*, núm. 35, 1994, pp. 225 y ss.

dad ni al secreto de las comunicaciones consagrados en el artículo 18 de la Constitución del Estado.

El Tribunal Constitucional en la sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, concluyó que la grabación de una conversación por uno de los intervinientes no afecta al secreto de las comunicaciones. La sentencia en cuestión señala en su fundamento jurídico séptimo: "(...) No hay secreto para aquél a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el artículo 18.3 CE la retención, por cualquier medio, del contenido del mensaje. Dicha retención (la grabación, en el presente caso) podrá ser, en muchos casos, el presupuesto fáctico para la comunicación a terceros, pero ni aun considerando el problema desde este punto de vista puede apreciarse la conducta del interlocutor como preparatoria del ilícito constitucional, que es el quebrantamiento del secreto de las comunicaciones. Ocurre, en efecto, que el concepto de "secreto" en el artículo 18.3 tiene un carácter "formal", en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual fuese su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. Esta condición formal del secreto de las comunicaciones (la presunción "iuris et de iure" de que lo comunicado es "secreto", en un sentido sustancial) ilumina sobre la identidad del sujeto genérico sobre el que pesa el deber impuesto por la norma constitucional". Añade la sentencia: "Y es tal imposición absoluta e indiferente del 'secreto' no puede valer, siempre y en todo caso, para los comunicantes, de modo que pudieran considerarse actos previos a su contravención (previos al quebrantamiento de dicho secreto) los encaminados a la retención del mensaje. Sobre los comunicantes no pesa tal deber, sino, en todo caso, y ya en virtud de norma distinta a la recogida en el artículo 18 de CE, un posible "deber de reserva" que —de existir— tendría un contenido estrictamente material, en razón de cuál fue el contenido de lo comunicado (un deber que derivaría así del derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18.1 CE)". Continúa el razonamiento del Tribunal: "Quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera 'íntima' del interlocutor, pudiese constituir atentado al derecho garantizado en el artículo 18.1 de CE. Otro tanto cabe decir, en el presente caso, respecto de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica. Este acto no conculca secreto alguno impuesto por el artículo 18.3 y tan sólo, acaso, podría concebirse como conducta preparatoria para la ulterior difusión de lo grabado. Por lo que a esta última dimensión del comportamiento considerado se refiere, es también claro que la contravención constitucional sólo podría entenderse materializada por el hecho mismo de la difusión (art. 18.1 CE). Quien graba una conversación de otro atenta, independientemente de toda otra considera-

ción, al derecho reconocido en el artículo 18.3 CE; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado".

En el mismo sentido se manifiesta el Tribunal Supremo en su sentencia, de 6 de julio del año 2000 (A 5672), concretamente en su fundamento jurídico sexto señala: "(...) que el Tribunal Constitucional en su STC 114/1984, de 29 de noviembre, señala que 'no constituye contravención alguna del secreto de las comunicaciones, la conducta del interlocutor en la conversación que grava ésta'; asimismo la sentencia de esta Sala de 20 de mayo de 1997 (A 4263), señala que 'no existe vulneración del derecho a la intimidad cuando es el propio recurrente quien ha exteriorizado sus pensamientos sin coacción de ninguna especie', y que 'la grabación de las palabras de los acusados realizada por el denunciante con el propósito de su posterior revelación no vulnera ningún derecho al respeto, ni a la discreción ni a la intimidad del recurrente'. Este mismo criterio es acogido por la sentencia de 1 de marzo de 1996 (A 1886) al señalar que 'cuando una persona emite voluntariamente sus opiniones o secretos a un contertulio sabe de antemano que se despoja de sus intimidades y se las trasmite, más o menos confiadamente, a los que le escuchan, los cuales podrán usar su contenido sin incurrir en ningún reproche jurídico', añadiendo que el contenido de una conversación puede llegar al proceso por vía de reproducción oral si alguno de los asistentes recuerda fielmente lo conversado, o mediante la entrega de una cinta que recoja textualmente, con mayor o menor calidad de sonido, el intercambio de palabras entre los asistentes. En consecuencia, no cabe apreciar, en principio, que la grabación de una conversación por un interlocutor privado implique la violación de un derecho constitucional, que determine la prohibición de valoración de la prueba así obtenida".⁷⁴

⁷⁴ El Tribunal Supremo ha mantenido una postura similar también en la sentencia de 11 de mayo de 1994 (A 3687). Se trata de un supuesto de grabación de conversaciones por parte de una persona que interviene en la misma. El tema que se discute por el recurrente en la citada resolución es la infracción de los derechos a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a un proceso con todas las garantías. La sentencia señala en su fundamento jurídico tercero: "(...) Como es sabido, los derechos fundamentales protegen al individuo frente al Estado, dado que son derechos previos a la existencia misma de éste. Por el contrario, los derechos fundamentales no producen una vinculación general de sujetos privados, o dicho técnicamente carecen, en principio, de un efecto horizontal o respecto de terceros. Las excepciones a este principio requieren una fundamentación especial, dado que dicho efecto obligante de terceros no surge de la Constitución misma. La pretensión del recurrente, en consecuencia, sólo podría ser acogida si en el caso de los derechos que invoca fuera posible admitir una excepción a la exclusión del derecho horizontal de los derechos fundamentales. b) Dicho esto, es claro, en primer lugar, que no existe una vulneración del derecho a la intimidad cuando el propio recurrente es el que ha exteriorizado sus pensamientos sin coacción de ninguna especie. Tal exteriorización demuestra que el titular del derecho no desea que su intimidad se mantenga fuera del alcance del conocimiento de los demás. Pretender que el derecho a la intimidad alcanza inclusive al interés de ciertos actos, que el sujeto ha comunicado a otros, sea mantenido en secreto, por quien ha sido destinatario de la comunicación, implica una exagerada extensión del efecto horizontal que se pudiera otorgar al derecho fundamental a la intimidad. Dicho en otras palabras: El art. 18 CE no garantiza el

Una variable del supuesto anterior consistiría en la presentación en juicio de una cinta del contestador automático del ofendido, en la que quedaron grabadas las amenazas dirigidas al primero. En esta hipótesis, el Tribunal Supremo también llega a la conclusión de que esta fuente de prueba podía ser presentada en el proceso penal, pues no vulneraba ni el derecho a la intimidad ni al secreto de las comunicaciones. Efectivamente, la sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de junio de 1994 (A 5034), dispone: "(...) Esta cuestión ha sido abordada por la Sala sentenciadora en el fundamento jurídico 5 que descarta de entrada la afección de un vicio de nulidad respecto de las cintas entregadas por una de las personas extorsionadas y que fueron transcritas por el Secretario Judicial, incorporando a las actuaciones y escuchadas en las sesiones del juicio oral, ya que corresponden a grabaciones realizadas por la interesada en su contestador automático pues, como dice el Tribunal Constitucional, no hay secreto para aquel a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el artículo 18.3 de la Constitución la retención por cualquier medio tanto de la grabación como del mensaje".

Finalmente, a una solución similar se llega en materia de filmaciones de video por parte del ofendido por el delito, como lo demuestra la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1999 (A 5653). Según tal pronunciamiento, no hay vulneración de la intimidad cuando quien realiza la grabación en vídeo es el

Continuación nota ⁷⁴

mantenimiento del secreto de los pensamientos que un ciudadano comunica a otro. c) (...) De ello se deduce sin la menor fricción que la grabación de las palabras de los acusados realizada por el denunciante con el propósito de su posterior revelación no vulnera ningún derecho al secreto, ni a la discreción, ni a la intimidad del recurrente. La Constitución y el derecho ordinario, por otra parte, no podrían establecer un derecho a que la exteriorización de propósitos delictivos sea mantenida en secreto por el destinatario de la misma. En principio, tal derecho resulta rotundamente negado por la obligación de denunciar que impone a todos los ciudadanos el art. 259 LECr, cuya constitucionalidad no ha sido puesta en tela de juicio por ninguno de los sujetos del presente proceso. Por lo demás, no se alcanza a comprender el interés constitucional que podría existir en proteger el secreto de los propósitos delictivos. d) De todo lo anterior se deduce que tampoco tiene fundamento la impugnación que afirma el control judicial como condición de la validez probatoria de las grabaciones. Con este argumento, la defensa pretende establecer que el tribunal *a quo* no podría utilizar en modo alguno estas grabaciones para la prueba de los hechos, sin embargo, en la medida en que, como se dijo, nada impide en el derecho vigente que una persona revele lo que otra le ha comunicado, es indudable que es totalmente irrelevante la forma en la que se documente este acto privado. De la misma forma que hubiera podido revelar el contenido de correspondencia a él dirigida o presentar su propio diario personal para acreditar sus dichos, el testigo denunciante ha podido poner a su disposición del Tribunal de la causa una grabación privada. No existe ninguna disposición que exija un control judicial para tales obtenciones privadas de prueba. Tampoco existe ninguna disposición que impida valorar como prueba tales grabaciones. e) Consecuentemente, tampoco cabe admitir una vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), fundada en el empleo de pruebas que el Tribunal *a quo* no estaba autorizado a valorar. No se puede deducir del derecho vigente una prohibición de valoración de grabaciones privadas, que sólo han servido para que el Tribunal de la causa apoye su convicción en la credibilidad de un testigo (...)"

destinatario de los actos y manifestaciones grabadas. Se trata de la grabación, realizada por un menor, de los hechos de que fue víctima. Lo que grabó el menor fue lo que exhibió y dijo el acusado, es decir, lo que vio con sus ojos y lo que oyó con sus oídos. Ninguna otra cosa aporta la grabación, y no existe inconveniente alguno para que pueda transferir esas percepciones a un instrumento mecánico de grabación de imágenes que complete y tome constancia de lo que el acusado dijo y exhibió ante su presencia, grabación que viene a corroborar las declaraciones que el menor depuso ante la policía y posteriormente en el proceso criminal (fj. 1).

Así las cosas, en los casos antes mencionados, el único límite para la obtención de pruebas por parte del acusador particular vendría dado por aquellos supuestos donde el medio empleado sea constitutivo de alguno de los delitos señalados en el Libro segundo, Título X, capítulo primero del Código Penal (arts. 197 a 201 del CP).⁷⁵

⁷⁵ En este sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 3 de febrero de 1998 (A 933), señala: "(...) Ocurre sin embargo que la conversación en que tales, y otras, expresiones se vertieron, fueron grabadas sin conocimiento (ni consentimiento) de las interlocutoras, y que lo que ambas han declarado sobre tal conversación ha sido debido a que se les puso de manifiesto la existencia de la grabación, medio además por el que la denunciante conoció lo que su suegra había dicho de ella. En el caso enjuiciado toda la prueba consistió y derivó de lo escuchado en la grabación de lo conversado por teléfono, en tanto que, de no conocer previamente el contenido de tal conversación, no se hubiera preguntado por ella a las dos personas que la sostuvieron. Por ello, si la presunción de inocencia sólo puede ser destruida mediante prueba de cargo legítimamente obtenida (y práctica en el acto del juicio), lo que debe analizarse es la posible validez y eficacia de la repetida grabación a la luz de lo establecido en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que prohíbe la prueba obtenida, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. Centrando así el problema, el artículo 18 de la Constitución garantiza como derecho fundamental el de la intimidad, especificándose en el apartado 3 el del secreto de las comunicaciones "y, en especial, de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial"; todo ello en consonancia con los tratados internacionales (entre otros, Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 12, Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, artículo 8, y Pacto de Nueva York de Derechos Civiles y Políticos, artículo 17), que velan por la prohibición de injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada. De ahí que si el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece claros límites a las facultades de los Jueces de Instrucción regulando la intervención y observación de las comunicaciones telefónicas privadas a efectos del proceso penal para la persecución y esclarecimiento de delitos, con igual o mayor razón los particulares deben respetar la privacidad de las conversaciones telefónicas ajenas; como mucho, y tampoco de forma absoluta, cabría admitir que se graben las propias conversaciones, pero nunca aquellas en las que ni se es interlocutor, aunque un extremo de la línea telefónica esté en el domicilio de quien ha dispuesto el mecanismo de grabación. Consecuentemente, la grabación de lo conversado aquel día entre la suegra de la denunciante y la empleada del hogar ha de reputarse ilícita a los efectos de constituir un medio de prueba, no pudiendo considerarse tampoco como material probatorio, al derivar directamente de aquella, lo declarado respecto de tal conversación. De tal forma, ninguna prueba valorable, a efectos de desvirtuar la presunción de inocencia, se ha obtenido en relación a los hechos denunciados, por lo que ha de confirmarse el fallo o pronunciamiento absolutorio de la sentencia recurrida, bien que con distinta fundamentación de la sustentada por el Juez de instancia" (citada por MONTERO AROCA, JUAN, *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal (Un estudio jurisprudencial)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 35 y 36).

4. ALGUNOS ASPECTOS RELEVANTES DE LA PARTICIPACIÓN DEL ACUSADOR PARTICULAR DURANTE LA FASE PROBATORIA DEL JUICIO ORAL EN ESPAÑA

El acusador particular participará en todas las actuaciones probatorias que se desarrollarán durante el transcurso de la fase de juicio oral: a) en el interrogatorio cruzado de testigos (*cross examination*) donde podrá hacerles directamente las preguntas que considere oportunas a la luz de sus contestaciones (art. 708 LECr); b) en el examen de los peritos, solicitando aclaraciones y planteando preguntas y repreguntas (art. 724 LECr), podrá también recusarlos por las causas y en la forma prevista en los artículos 468 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; c) en la prueba documental y el examen de documentos y piezas de convicción (art. 726 LECr)⁷⁶; d) en la constitución junto con el Tribunal, el Secretario Judicial y los demás sujetos en el lugar del reconocimiento judicial, pudiendo hacer constar en las diligencias las observaciones que estime pertinentes (art. 727 LECr).

Respecto al orden de intervención del Ministerio Fiscal y los demás acusadores privados, cuando concurren varios, la Ley de Enjuiciamiento Criminal no regula de forma expresa esta hipótesis. Sin embargo, la práctica forense ha llenado este vacío legal, dando una interpretación extensiva a lo previsto en el artículo 701.IV de la ley procesal penal española. De acuerdo a este artículo, las diligencias de prueba deberán comenzar por el examen de los testigos ofrecidos por el Ministerio Fiscal, para continuar con los propuestos por los demás actores. Una hipótesis distinta sería que la acusación penal fuera sostenida sólo por el acusador particular, en contra de la opinión sustentada por el Ministerio Fiscal. En tal caso, necesariamente habría que concluir que el turno de intervención debe corresponder primero al acusador particular y sólo, en segundo término, al Ministerio Fiscal.

Tampoco la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha señalado el orden de intervención entre los distintos acusadores no oficiales. Ha sido nuevamente la práctica forense quien ha llenado esta laguna legal. Según ésta, el acusador particular, en cuanto ofendido por el hecho punible, interviene en primer término como máxima, para hacerlo posteriormente el acusador popular.

Corresponde a esta parte del trabajo estudiar con mayor detalle la figura del acusador particular y su relación con la prueba testifical. Una vez sentados en los

⁷⁶ Frente a la sucinta regulación de este medio de prueba por la Ley de Enjuiciamiento Criminal y a pesar de que esta misma no señala nada en cuanto a la intervención del acusador particular, su régimen debe ser deducido de las restantes previsiones en materia probatoria. Por tanto, el acusador particular podrá proponerla, tener la posibilidad de intervenir en su práctica y, finalmente, conocer el resultado de la misma.

escritos de alegaciones unos hechos, las partes habrán de ir proporcionando al juzgador afirmaciones que intentarán traducir la realidad que interesa al proceso, y respecto al que son instrumentales. Cuando estas afirmaciones instrumentales provienen de un tercero, nos encontramos frente a la prueba testifical.⁷⁷

Para MORENO CATENA⁷⁸ el testigo es una persona física ajena al proceso, citada por el órgano jurisdiccional a fin de prestar declaración de ciencia sobre hechos pasados, relevantes para el proceso penal. Todo ello en orden a la averiguación y constancia, por un lado, de la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que pudieren influir en su calificación y, por el otro, de culpabilidad de los delincuentes, adquiriendo un *status* procesal propio. Así las cosas, el testimonio resulta ser uno de los medios de prueba más idóneos para el enjuiciamiento punitivo, por razón de la fenomenología del delito y por la absoluta libertad del interrogatorio de viva voz en el acto del juicio oral.⁷⁹

Por otra parte, la praxis judicial nos demuestra en un gran número de casos cómo frente a la posición del acusado, que niega de forma categórica los hechos que se le imputan, sólo se levanta la declaración del ofendido por el delito, como única prueba incriminatoria del mismo⁸⁰. Esta situación plantea dos problemas, el primero, atiende a la calificación jurídica de la declaración del ofendido cuando se persona en el proceso penal; y el segundo, apunta a la virtualidad probatoria de esta declaración para destruir la presunción de inocencia.

En primer término, cabe plantear si la posición procesal del acusador particular (que presta declaración de conocimiento por haber presenciado los hechos) es la de testigo o integra una categoría diferente, por tener un interés directo en el resultado del pleito y por carecer, en consecuencia, de la imparcialidad inherente a la categoría jurídica de testigo⁸¹. Los deberes a que se somete la declaración del acusador particular (comparecencia, juramento y veracidad) lo asimilan al

⁷⁷ SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL, "Contribución al estudio de la prueba", *Estudios de Derecho Procesal*, op. cit., p. 360. Aun cuando el autor formula esta afirmación respecto del proceso civil, es plenamente aplicable al ámbito penal.

⁷⁸ MORENO CATENA, VÍCTOR (CON GIMENO SENDRA, VICENTE Y CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN), *Derecho Procesal Penal* (3ª edición), Colex, Madrid, 1999, p. 644.

⁷⁹ RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *El proceso penal. Sexta lectura constitucional*, JM. Bosch, Barcelona, 2000, p. 226.

⁸⁰ Piénsese en el supuesto de los delitos contra la libertad sexual, en que, usualmente, sólo existe la declaración del ofendido por el hecho punible en contra del imputado.

⁸¹ En este sentido, Gorphe (GORPHE, FRANCISCO, *La crítica del testimonio*, trad. M. Ruiz-Funes, Reus, Madrid, 1972, p. 160) nos recuerda que: "Siempre se ha comprendido que la primera condición de un buen testigo era que no estuviere interesado material o moralmente, en el proceso. No solamente 'ninguno es reputado buen testigo en su propia causa': *Nuius in re sua testis intelligitur*, decía la ley romana (Ley 10, *De testibus*), sino todavía más: *Nemo tenetur edere contra se*".

testigo, aun cuando su falsa declaración integra un tipo penal distinto del de falso testimonio (arts. 458 y ss. CP): el de acusación o denuncia falsa (art. 456 CP)⁸². De lo antes expuesto, cabe colegir que la posición procesal con la que comparece el acusador particular a declarar lo sitúa en la órbita de los testigos.⁸³

En términos generales, para el Tribunal Constitucional las declaraciones de las víctimas o perjudicados por el delito tienen el valor de prueba testifical y, siempre que sean prestadas con las debidas garantías, pueden constituir prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia⁸⁴. Por otra parte, para el Tribunal Supremo la víctima del delito es un testigo con un estatus especial⁸⁵. Su declaración no es encuadrable en el concepto genuino de prueba testifical, pues puede constituirse en parte acusadora, lo que excluye su naturaleza de prueba personal de un tercero⁸⁶. No obstante, presenta un valor de legítima actividad probatoria, y ello aunque su testimonio sea único al no existir en el proceso penal el sistema legal o tasado de valoración de la prueba⁸⁷, sin perjuicio de las cautelas a adoptar frente a tales declaraciones.⁸⁸

El segundo problema atiende a la valoración a realizar de las declaraciones que el acusador particular formule. Estas declaraciones deben ajustarse a determi-

⁸² En el sistema procesal penal alemán el acusador privado (*Privatkläger*) no puede ser interrogado como testigo ni en su propia causa, ni sobre otro actor privado del mismo procedimiento, debido a la aproximación de su posición al papel de parte. Por otro lado, el acusador adhesivo (*Nebenkläger*) está admitido expresamente por la *Strafprozeßordnung* (§ 397.1.1) para participar como testigo en la causa (Vid. HELLMANN, UWE, *Strafprozeßrecht*, op. cit., p. 220 y ROXIN, CLAUD, *Strafverfahrenrecht*, op. cit., p. 209).

⁸³ En este sentido se manifiesta MORENO CATENA, VÍCTOR; COQUILLAT VICENTE, ÁNGELA; DIEGO DÍEZ, ALFREDO DE; JUANES PECES, ÁNGEL; LLERA SUÁREZ BÁRCENA, EMILIO DE; y FLORES PARADA, IGNACIO, *El proceso penal. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 1131; y MORENO CATENA, VÍCTOR (CON GIMENO SENDRA, VICENTE y CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN), *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 379.

⁸⁴ SSTC 62/1985; 201/1989; 174/1990; 229/1991; 283/1993; y 64/1994.

⁸⁵ STS de 28 de octubre de 1992 (A 8545).

⁸⁶ SSTS de 11 de julio de 1990 (A 6629); de 18 de diciembre de 1991 (A 9493); y 10 de diciembre de 1992 (A 10203).

⁸⁷ SSTS de 21 de enero de 1988 (A 410); de 27 de mayo de 1988 (A 3851); 28 de septiembre de 1988 (A 7070); de 24 de octubre de 1988 (A 8090); de 4 de mayo de 1990 (A 3849); de 4 de octubre de 1990 (A 7670); de 3 de junio de 1991 (A 4487); de 8 de julio de 1991 (A 5698); de 9 de junio de 1992 (A 4887) de 25 de febrero de 1994 (A 1122); de 11 de marzo de 1994 (A 2134); de 22 de marzo de 1994 (A 2391); entre otras. Además, ver ampliamente en: MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, op. cit., pp. 182 y ss., y, VEGAS TORRES, JAIME, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, op. cit., pp. 179 y ss.

⁸⁸ Como pone de manifiesto Döhring (DÖHRING, ERICH, *La investigación del Estado de los hechos en el proceso. La prueba, su práctica y apreciación*, trad. TA. Banzhaf, EJE, Buenos Aires, 1986, p. 146) el relato de un supuesto damnificado suscitará dudas especialmente fuertes cuando pueda ser cuestionable si ha ocurrido en realidad el entuerto que se aduce, o si lo ha simulado para sacar de ello una ventaja personal; por ejemplo, si cabe la posibilidad de que el robo denunciado haya sido fingido para cobrar un seguro.

nados requisitos, en cuanto a su credibilidad como prueba de cargo, fijados por el Tribunal Supremo⁸⁹. Estos requisitos son los siguientes:

- a) Ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones acusado-víctima que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento o enemistad que privase al testimonio de aptitud para generar la certidumbre que la convicción judicial demanda.
- b) Verosimilitud. El testimonio —con mayor razón al tratarse de un perjudicado— debe estar rodeado de ciertas corroboraciones periféricas de carácter objetivo que les dote de aptitud probatoria.
- c) Persistencia de la incriminación, que ha de prolongarse en el tiempo, plural y sin ambigüedades.⁹⁰

Finalmente, es necesario destacar que la garantía constitucional de la presunción de inocencia no puede considerarse desvirtuada por la sola declaración de la víctima efectuada ante el Juez de Instrucción. En contraposición, debe ser ratificada ante el Tribunal del juicio oral, pues dicha declaración no ofrece las garantías establecidas en el artículo 24 de la Constitución española.

⁸⁹ SSTs de 28 de septiembre de 1988 (A 7070), de 5 de abril de 1992 (A 2739), de 26 de mayo de 1992 (A 4487), de 5 de junio de 1992 (A 4857), 26 de mayo de 1993 (A 4321), 1 de febrero de 1994 (A 1240), 7 de marzo de 1994 (A 1861), 14 de julio de 1995 (A 5410), de 12 de febrero de 1996 (A 1551), 13 de mayo de 1996 (A 4547), y de 20 de noviembre de 1996 (A 8397).

⁹⁰ Una aplicación práctica de estos requisitos la podemos encontrar en la sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de 19 de octubre de 2001 (A 1854), en su fundamento jurídico primero señala: "(...) Esta sala ha señalado reiteradamente que, en principio, la declaración de la víctima es hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos impide en ocasiones disponer de otras pruebas y a que las víctimas participan al Tribunal unos hechos de los que han sido testigos directos. Tratándose de una prueba de carácter personal, su valoración debe efectuarse por el Tribunal de instancia que ha percibido la prueba a través de sus sentidos, en definitiva a través de la inmediación no sólo por lo que los testigos dicen, sino también por la coherencia interna de sus manifestaciones, la seguridad con que se expresan, las reacciones que ese testimonio provoca en los interesados, etc. Con el fin de garantizar su fiabilidad y tutelar eficazmente el derecho constitucional a la presunción de inocencia esta Sala ha señalado adicionalmente que, cuando se fundamenta una sentencia condenatoria en dicha única prueba, el Tribunal "a quo" debe efectuar una cuidada valoración de dicho testimonio atendiendo, entre otros posibles factores, a los siguientes: 1º) ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil espurio en la acusación; 2º) verosimilitud, es decir constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo que la avalen; 3º) persistencia en la incriminación que debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones (Sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, entre otras, de 28 de septiembre de 1988, 26 de mayo y 5 de junio de 1992, 8 de noviembre de 1994, 27 de abril y 11 de octubre de 1995, 3 y 15 de abril de 1996, 23 de marzo y 22 de abril de 1999, 6 de abril de 2001, etc.). Se trata de criterio que esta Sala proporciona a fin de comprobar y ayudar a la racionalidad de la valoración de la prueba, pero no sustituyen a la inmediación en la práctica de la misma".