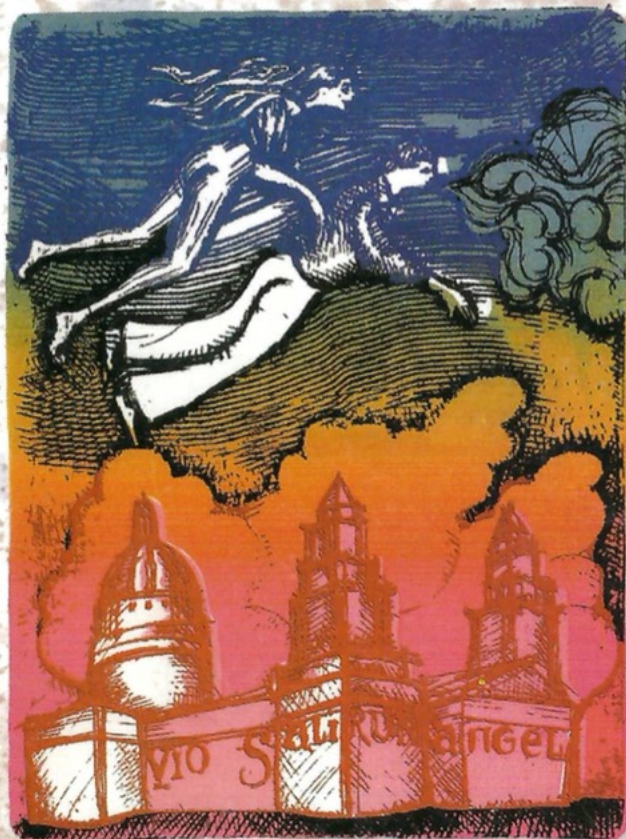


# CIENCIAS PENALES

Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica

OCTUBRE, 2003

AÑO 15, Nº 21



"Un ángel". Serigrafía de Juan Bernal Ponce.

## DOCTRINA EXTRANJERA

Responsabilidad penal individual en el Derecho Penal supranacional.

**Kai Ambos.**

Penas alternativas a la prisión.

**Nieves Sanz Mulas.**

Evaluación de la reforma procesal penal en Guatemala.

**César Barrientos Pellecer.**

## DOCTRINA NACIONAL

Algunas reflexiones sobre el concepto de violencia. Influencia y consecuencias sobre las agencias judiciales del sistema penal

**Carlos Humberto Cascante Segura.**

Penas alternativas a la prisión. ¿Menos cárcel o más control social? (Análisis del proyecto de Código Penal).

**Rosaura Chinchilla Calderón**

**Éricka Linares Orozco.**

La jurisdiccionalización de la ejecución penal juvenil.

**Mayra Campos Zúñiga**

**Omar Vargas Rojas.**

La fijación jurisdiccional de plazo para terminar el procedimiento preparatorio.

**Saúl Araya M.**

Alcances prácticos de la reforma procesal penal en Costa Rica.

**Daniel González Álvarez**

**Francisco Dall'Anese Ruiz.**

## JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia penal.

**Martín Rodríguez Miranda.**



## CONSEJO EDITORIAL CONSULTIVO

<i>Dr. Wolfgang Shóne</i>	<i>Alemania</i>
<i>Dr. David Baigún</i>	<i>Argentina</i>
<i>Dr. Raúl Zaffaroni</i>	<i>Argentina</i>
<i>Dr. Alberto Bínder</i>	<i>Argentina</i>
<i>Dr. Fernando de la Rúa</i>	<i>Argentina</i>
<i>Dr. Julio B. J. Maier</i>	<i>Argentina</i>
<i>Dr. Jaime Malamud G.</i>	<i>Argentina</i>
<i>Dr Alejandro Dolanzi Z.</i>	<i>Bolivia</i>
<i>Dra. Ada Pellegrini Grinover</i>	<i>Brasil</i>
<i>Dr. Edgar Saavedra Rojas</i>	<i>Colombia</i>
<i>Dr. Juan Bustos Ramírez</i>	<i>Chile</i>
<i>Dr. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre</i>	<i>España</i>
<i>Dr. Antonio González Cuéllar</i>	<i>España</i>
<i>Dr. Vicente Gimeno Sendra</i>	<i>España</i>
<i>Dr. Antonio Beristain Ipiña</i>	<i>España</i>
<i>Dr. Juan Luis Gómez Colomer</i>	<i>España</i>
<i>Dr. Giovanni Conso</i>	<i>Italia</i>

## JUNTA DIRECTIVA

<i>Presidente:</i>	<i>Francisco Dall'Anese Ruiz</i>
<i>Vicepresidente:</i>	<i>Rafael Sanabria Rojas</i>
<i>Secretario:</i>	<i>Roberto Madrigal Zamora</i>
<i>Tesorero:</i>	<i>Carlos Núñez Núñez</i>
<i>Vocal:</i>	<i>Federico Campos Calderón</i>
<i>Fiscal</i>	<i>Carmen Aguilar Mora</i>

# CONTROL DE LA POLICÍA POR EL FISCAL *VERSUS* DOMINIO POLICIAL DE LA INSTRUCCIÓN \*

*Kai Ambos*

## Observación preliminar

- I. La situación legal
  1. Fundamentos
  2. Imprecisiones normativas
- II. La realidad del proceso
- III. Criminalidad organizada y lucha preventiva contra la delincuencia
  1. Fundamentos
  2. Lucha preventiva contra el delito y Estado de Derecho
- IV. ¿Reformas?

## Resumen

### Observación preliminar

De acuerdo con el propósito del legislador reformista del siglo XIX, con la creación del ministerio fiscal (*Staatsanwaltschaft*) se persiguieron, fundamentalmente, tres objetivos<sup>1</sup>: la derogación del tradicional proceso inquisitivo mediante la realización, de forma separada, de las funciones de acusación y enjuiciamiento por parte de la fiscalía y de los tribunales; la creación de una institución objetiva encargada de la investigación que, al mismo tiempo, habría de asumir el papel de guardiana de la ley con respecto a la actuación estatal; y finalmente —relacionado con esto último— el control jurídico-estatal de las investigaciones policiales. De este modo, debido a sus amplias competencias en

la dirección material, el ministerio fiscal habría de convertirse en "dueño y señor de la instrucción procesal"<sup>2</sup> y también —precisamente con respecto a la policía— en garante de un proceso jurídico-estatal revestido de forma judicial<sup>3</sup>. A este punto de partida histórico volveremos posteriormente, sin embargo, merece ser mencionado aquí, por cuanto se puede afirmar, sin más, que la lucha del ministerio fiscal por el control de la policía ha ido dejando huella a lo largo de su historia; es más, es tan antigua como la institución misma. Esto no debe perderse de vista si pretendemos hablar, desde la perspectiva actual, de la contradicción existente entre la situación legal (I.) y la realidad del proceso (II.), para ocuparnos finalmente de la llamada lucha preventiva contra la delincuencia (III.).

*Título original: Staatsanwaltschaftliche Kontrolle der Polizei versus Verpolizeilichung des Ermittlungsverfahrens. Traducción de Teresa Manso Porto, colaboradora científica en el Instituto Max Planck de Friburgo; revisión y actualización del autor.*

*Agradezco a mi colega, Dr. Jörg Kinzig, por sus importantes referencias. Cand. iur. Martin Viciano Gofferje merece asimismo mi agradecimiento por su apoyo en la composición del texto.*

1. Roxin, *Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben der Staatsanwaltschaft*, DRiZ 1969, págs. 385 y s.
2. Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional, BVerfG), en: *Neue Juristische Wochenschrift* 1976, pág. 231; cfr. en la —inabarcable— literatura entre otros Hellmann, *Strafprozeßrecht*, 1998, § 3 núm. marg. 1.
3. Cfr. Riess, *Prolegomena zu einer Gesamtreform des Strafverfahrensrechts, Libro-homenaje a Schafer* (1980), pág. 155 (194).

## I. La situación legal

### 1. Fundamentos

El ministerio fiscal está llamado a ejercer la acusación pública (principio de acusación, § 152 I StPO)<sup>4</sup>. Está obligado a intervenir en cualquier hecho penal perseguible, siempre y cuando haya indicios suficientes, es decir, cuando exista lo que se llama una *sospecha inicial* (principio de legalidad, § 152 II). Es quien decide acerca del resultado final de la instrucción procesal en tanto que formula la acusación (§ 170 I) o—por razones de oportunidad (§ 153 y sgs.) o por motivos tácticos o jurídicos (§ 170 II)— dicta el sobreseimiento.

Según la concepción normativa del ordenamiento procesal, el ministerio fiscal debe, tal y como señala el Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*), "garantizar el correcto transcurso de las investigaciones y ejercer el permanente control jurídico de la actividad de investigación policial...; está obligado a ejercer la función de control y dirección,... la competencia exclusiva en la dirección material"<sup>5</sup>. Según el § 161 I, primer inciso, primera alternativa, el fiscal puede incluso asumir, él mismo, las investigaciones. Sin embargo, eso es solo una posibilidad teórica, pues no dispone de una policía judicial propia, tal como la conocemos del Derecho francés con el nombre de *police judiciaire*<sup>6</sup>, o como existe también en España y Latinoamérica como *policía judicial*<sup>7</sup>. El fiscal alemán es,

más bien, como lo expresó una vez *Kern*<sup>8</sup>, una "cabeza sin manos" y, como tal, dependiente de la policía. Generalmente, el ministerio fiscal deja que las investigaciones sean realizadas por parte de la policía (§ 161 I, primer inciso, segunda alternativa); esta, "como brazo prolongado de la fiscalía"<sup>9</sup>, está obligada a satisfacer el requerimiento o la instrucción del ministerio fiscal (§ 161 I, segundo inciso), está vinculada —en el ámbito represivo— a las órdenes de este<sup>10</sup>. Se trata de una relación legal de encargo, de un mandato a *iure*, la policía es mandataria del ministerio fiscal<sup>11</sup>.

Se deben distinguir dos categorías de funcionarios de la policía: por un lado, los llamados funcionarios auxiliares de la fiscalía, conforme al § 152 de la Ley de Organización Judicial (*Gerichtsverfassungsgesetz, GVG*) —imitando a los "officiers de police judiciaire auxiliaires" franceses<sup>12</sup>— y, por otro, los funcionarios de policía ordinarios, que no poseen el estatus de los funcionarios auxiliares. Dicho estatus se determina a través de reglamentos ejecutivos de los Estados Federales respectivos por grupos (§ 152 II GVG), es decir, se nombran los grupos de funcionarios que deben ser considerados funcionarios auxiliares en el sentido de la ley. Así, por ejemplo, en Baviera, se cuentan entre los funcionarios auxiliares de la fiscalía los de la administración financiera y tributaria, de la policía federal (policía criminal y policía uniformada), de la Administración de montes, caza y pesca, así como de las direcciones de minas del gobierno<sup>13</sup>. Disposiciones similares se encuentran

4. *Parágrafos sin designación específica corresponden al Ordenamiento Procesal Alemán* ("Strafprozeßordnung, StPOj).
5. *Bundesgerichtshof Strafsachen (Corte Suprema, asuntos penales = BGHSt)*, t. 34, pág. 215 (217); la misma en *NJW* 1987, pág. 1033.
6. Cfr. Görge, *Die organisatorische Stellung der Staatsanwaltschaft*, 1973, págs. 53 y s.; Rüping, *Das Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Polizei*, *ZStW* 95 (1983), págs. 894 y s.; acerca del control a través del ministerio y del juez de instrucción cfr. Cedras, en: *Arbour/Eser/Ambos/Sanders (eds.), The Prosecutor of a Permanent International Criminal Court*, 2000, pág. 327.
7. *Aquí, sin embargo, es necesario hacer algunas diferenciaciones. Así, según Gómez Colomer, en España no existe una policía judicial en el sentido de un cuerpo policial perteneciente exclusivamente al Ministerio Fiscal*, en: *Arbour/Eser/Ambos/Sanders (eds.)*, supra nota 6, págs. 311 y s. *Sobre Latinoamérica*, cfr. Ambos/Woischnik, *ZStW* 113 (2001), págs. 334 y ss., con ulteriores reseñas bibliográficas.
8. Kern, *Gerichtsverfassungsrecht*, 1965, pág. 227; cfr. asimismo Roxin, supra nota 1, pág. 388.
9. *Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Supremo Administrativo = BVerwG)*, t. 7, pág. 255 (263); la misma en *NJW* 1975, pág. 893.
10. *Sobre las limitaciones de la facultad de dar instrucciones —que también se deriva del § 152 I GVG—* cfr. Habel, *Möglichkeiten einer Reform des Verhältnisses von Staatsanwaltschaft und Polizei im Ermittlungsverfahren*, 1982, págs. 44 y ss.
11. Cfr. para mayor detalle Görge, supra nota 6, págs. 89, 123 y 162; asimismo Habel, supra nota 10, pág. 47; Kunzmann, *Die Kollision zwischen der Aufgabe der Gefahrenabwehr und anderen Aufgaben der Polizei*, 1990, págs. 27 y ss., 157.
12. Cfr. Görge, supra nota 6, pág. 54.
13. *Reglamento acerca de los funcionarios auxiliares de la fiscalía de 21 de diciembre de 1995, Bayerisches Gesetz und Verordnungsblatt (BayGVBl.)* 1/1996, pág. 4.

en los reglamentos de los otros Estados Federales<sup>14</sup>, si bien cabe matizar que no solo están afectados miembros de la policía criminal, sino también, fundamentalmente, servicios de categoría intermedia y sectores de la policía común<sup>15</sup>.

Cuando se trata de una tarea encomendada por la fiscalía a funcionarios auxiliares se habla de encargo (*"Auftrag"*), mientras que si se encomienda a funcionarios de policía ordinarios se habla de requerimiento (*"Ersuchen"*)<sup>16</sup>. La verdadera diferencia entre funcionarios de policía ordinarios y funcionarios auxiliares estriba en que algunas de las medidas coercitivas, previstas en el ordenamiento procesal para casos de "peligro en la demora", no pueden ser adoptadas por funcionarios de policía ordinarios, sino por funcionarios auxiliares—además de la fiscalía—, como por ejemplo, una exploración corporal conforme al § 81 a II, o un registro domiciliario, de acuerdo con el § 105 I<sup>17</sup>.

## 2. Imprecisiones normativas

Sin embargo, la relación entre policía y ministerio fiscal, a nivel normativo, no está libre de ciertas imprecisiones. Ello tiene que ver, por un lado, con el hecho de que la policía y el ministerio fiscal *sirven a dos amos distintos*: la policía está subordinada en el aspecto jurídico-organizativo a los respectivos ministerios estatales del interior, mientras

que la fiscalía depende de los ministerios de justicia. En el aspecto disciplinario, el funcionario de policía ordinario solamente está sujeto a sus superiores policiales. El ministerio fiscal, más allá de sus facultades de instrucción y vigilancia, no posee ningún poder disciplinario sobre la policía en el ejercicio de sus funciones represivas<sup>18</sup>. Ya en la Exposición de Motivos de la Ley de Organización Judicial se caracterizó la relación entre ministerio fiscal y policía como "inacabada e indeterminada en cuanto a sus límites", "pues no existe un vínculo organizativo entre ambos"<sup>19</sup>.

Últimamente se le ha calificado de "inestable"<sup>20</sup>. En este sentido, se ha manifestado tempranamente la sospecha de que uno debe conformarse conscientemente con esta indeterminación, a fin de no someter la supuesta eficacia policial a mayores limitaciones. Así, *Mittermaier* ya recogía la opinión de que "con una escasa libertad de movimientos y una posición de la institución policial en la que la discrecionalidad para disponer lo conveniente según las necesidades del caso concreto ha de ser traspasada, la buena efectividad de la policía no está garantizada"<sup>21</sup>.

Sobre esto, el derecho vigente —y ya incluso el Ordenamiento Procesal del Imperio— resulta contradictorio en cuanto faculta a la policía —dentro del marco del llamado primer asalto<sup>22</sup> o, como decimos hoy día, la *primera intervención*<sup>23</sup>— "a investigar hechos penales y a dictar todas las órdenes que no permitan dilación..." (§ 163 I,

14. Cfr., por ejemplo, el Reglamento del Gobierno Federal de Baden-Württemberg de 12 de febrero de 1996, *Gesetzblatt (GBl.)* de 6 de marzo de 1996, pág. 184; también el Reglamento de Renania del Norte-Westfalia de 31 de agosto de 1982 (*GVBl.* 592), *Änderungsverordnung* de 7 de mayo de 1985 (*GVBl.* 382), así como de Thüringen, de 12 de junio de 1996 (*GVBl.* 110).

15. Cfr. también Kühne, *Strafprozessrecht*, 5. ed., 1999, núm. marg. 147; Hellmann, *supra nota* 2, § 3 núm. marg. 91; Peters, *Strafprozess*, 4. ed. 1985, § 24 IV; detalladamente Habel, *supra nota* 10, pág. 52 y ss., que lamenta que no se haga funcionarios auxiliares a los de mayor graduación.

16. Cfr. Beulke, *Strafprozessrecht*, 5. ed. 2000, núm. marg. 102; Volk, *Strafprozessrecht*, 1999, § 7 núm. marg. 5 y s.; Füllkrug, *Neue Formen der Kriminalitätsbekämpfung und ihre Auswirkungen auf das Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Polizei*, ZRP 1984, pág. 193 (194).

17. Además, la confiscación de acuerdo con el § 98 I (cfr. también § 111 e i), investigación de otras personas según el § 81 c V, empleo de medios técnicos (§ 100c I) según el § 100 d I, establecimiento con el fin de realizar una detención según el § 131 I, búsqueda y captura según el § 131 c I, medidas para asegurar la persecución o la ejecución según el § 132 II, pesquisas policiales con registro de datos en los casos del § 163 d II, así como seguimientos prolongados según el § 163 f III. Los funcionarios auxiliares disponen además —con independencia del peligro en la demora— de las facultades del § 100b III y § 111 f I.

18. Cfr. Görgen, *supra nota* 6, pág. 112; Habel, *supra nota* 10, págs. 47 y ss.

19. Cfr. Hahn, *Die gesamten Materialien zu dem Gerichtsverfassungsgesetz*, Sección 1, 1879, pág. 153.

20. Cfr. Rüping, *supra nota* 6, pág. 916.

21. Mittermaier, *Gesammelte Schriften* 14 (1862), pág. 41; cit. según Rüping, *supra nota* 6, pág. 897.

22. Así todavía en el Derecho prusiano, cfr. Görgen *supra nota* 6, págs. 40 y ss.

23. Cfr. Pfeiffer, *Strafprozeßordnung*, 3. ed. 2000, § 163 núms. margs. 1 y 2.

primer inciso); pero, por otro lado, obliga a que dé traslado de las "actuaciones sin demora" al ministerio fiscal (§ 163 II, segundo inciso) y la somete de manera general a las órdenes de la fiscalía (§ 161 I). Esto se ha interpretado siempre, por parte de la posición tradicional, como que el mandato policial a través del ministerio fiscal, conforme al §161 I, constituye lo que el ordenamiento procesal considera como caso general, mientras que la facultad de la primera intervención, de conformidad con el § 163 I, es solamente una *facultad de urgente necesidad*, es decir, una excepción<sup>24</sup>. En contra de dicha relación de regla-excepción, esto es, del sometimiento estricto de la policía, habla, sin embargo, la asignación ilimitada de funciones con carácter general dentro de la primera intervención, es decir, "investigar hechos penales y adoptar todas las medidas que no admitan demora, para evitar que se entorpezca la causa"<sup>25</sup>. Además, la última Ley de Reforma del Procedimiento Penal (*Strafverfahrensänderungsgesetz, StVÄG*) de 2 de agosto de 2000, ha convertido la asignación originaria de funciones, contenida en los § 161 I y 163 I, en una *cláusula general de investigación*<sup>26</sup>.

Si bien ello ha de contener únicamente la facultad de adoptar medidas de investigación que sean menos intensivas en cuanto a recorte de derechos fundamentales que en el caso de las medidas coercitivas individuales (*Einzeleingriffsermächtigungen*)<sup>27</sup>, lo cierto es que la policía también está facultada —en el marco de esta primera intervención ("con este fin")— "para llevar a cabo investigaciones de todo tipo"; se le otorga, por tanto una *facultad de investigación* procesal penal<sup>28</sup>. Esta facultad adquiere mayor significado si se le considera dentro del

contexto de la discusión acerca de la competencia de la policía para la adopción de las llamadas investigaciones previas, en estadio previo o iniciales. En cuanto a ello se volverá más adelante.

Finalmente, en este contexto debe también advertirse del hecho de que la disposición legal de dar traslado a las "actuaciones sin demora" del § 163 II —tomando como base una sentencia del Tribunal del Imperio (*Reichsgericht*) del año 1883— desde siempre se ha interpretado con relativa generosidad, en el sentido de que la obligación de entrega no surge hasta que se haya "actuado", es decir, se haya investigado algo<sup>29</sup>. Así, "sin demora" significa después del aseguramiento impostergable de las pruebas, de las debidas actuaciones de investigación y de su documentación escrita en el sumario<sup>30</sup>.

Ahora bien, en esta discusión no debe perderse de vista la dimensión histórica. Si en el proceso inquisitivo de la primera mitad del siglo XIX era práctica habitual que los funcionarios de policía monopolizaran completamente la fase de instrucción y entregasen el asunto al tribunal penal, una vez que el supuesto de hecho estuviese totalmente investigado y listo para su enjuiciamiento definitivo por parte del tribunal<sup>31</sup>, con la creación de la fiscalía y la introducción de un procedimiento penal reformado durante la segunda mitad del siglo XIX, primero en Prusia, a la policía se contrapuso un órgano de control jurisdiccional<sup>32</sup>, si bien no se alcanzó un control total de ella por parte de la fiscalía.

En el año 1845 el célebre v. Savigny, entonces ministro prusiano de legislación, acordó con el nuevo Ministro de

24. Cfr. Peters, *supra nota 15*, § 24 Ap. 3; Pfeiffer, *supra nota 23*, § 163 *núm. marg.* 10; cfr. asimismo Görjen, *supra nota 6*, págs. 69 y s., que pretende limitar las competencias de la policía a las medidas impostergables.
25. Cfr. *Karlsruher Kommentar-Wache*, 4. ed. 1999, § 163 *núm. marg.* 4; Rüping, *supra nota 6*, págs. 65 y ss.; Habel, *supra nota 10*, págs. 41 y ss.
26. Cfr. Hilger, *Zum Strafverfahrensänderungsgesetz 1999 (StVÄG 1999) - Parte 1, NSiZ 2000*, pág. 561 (563 y s.).
27. Ejemplos en *ibidem*, 564; de la misma opinión Murmann/Grassmann, *Die strafprozessuale Zusatzfrage im Ersten Juristischen Staatsexamen, Juristische Schulung (JuS) anexo al fascículo 3/2001*, pág. 1 (6).
28. Cfr. Pfeiffer, *supra nota 23*, § 163 *núm. marg.* 2. Críticamente, P. A. Albrecht, *Vom Unheil der Reformbemühungen im Strafverfahren, StV 2001*, pág. 416 (419), que habla incluso de "violación constitucional".
29. Cfr. Görjen, *supra nota 6*, págs. 68 y s.; Habel, *supra nota 10*, págs. 63 y s.
30. Cfr. Pfeiffer, *supra nota 23*, § 163 *núm. marg.* 10; asimismo, entre otros AK-Achenbach, *Tomo 2, Parte 1, 1992*, § 163 *núm. marg.* 25.
31. Cfr. Schünemann, *Polizei und Staatsanwaltschaft - Parte 1, Kriminalistik 1999*, pág. 74 (76 y ss.).
32. Cfr. Görjen, *supra nota 6*, págs. 48 y ss.; Habel, *supra nota 10*, págs. 15 y ss., 24 y s.; en detalle, Collin, "Wächter der Gesetze" oder "Organ der Staatsregierung"? *Konzipierung, Einrichtung und Anteilung der Staatsanwaltschaft durch das preubische Justizministerium, 2000*, págs. 62 y ss.; asimismo Füllkrug, *supra nota 16*, págs. 193 y ss.

Justicia Uhden: "el ministerio fiscal debe mostrarse efectivo no solamente en interés del Estado, sino también en grado similar en favor del acusado, esto es, para su defensa. Ello contribuirá esencialmente a lograr el acuerdo público para la nueva implantación que se pretende y a rebatir la opinión de que sólo se ponen las miras en proporcionarle al Estado nuevos postes, particularmente en los crímenes políticos"<sup>33</sup>. Consecuentemente, también la policía habría de someterse al control del ministerio fiscal, como resulta por ejemplo del voto de v. Savigny de 17 de diciembre de 1845: "precisamente en las ... operaciones de la policía subyace el peligro de una infracción jurídica y la experiencia muestra cómo no pocas veces los agentes de policía inferiores ... incurrir en semejantes infracciones"<sup>34</sup>. Posteriormente, en la "Promemoria del Ministro del Estado y del Ministro de Justicia v. Savigny y Uhden acerca de la implantación del ministerio fiscal", el 23 de marzo de 1846, éste se obligó "como guardián de la ley... a intervenir desde el comienzo para que en todas partes la ley resulte satisfecha", extendiéndose el control jurídico del ministerio fiscal de manera expresa "a operaciones policiales precedentes", "pues de otro modo una parte del proceso esencial y a menudo muy prejujadora quedaría excluida a su control"<sup>35</sup>.

Básicamente, el ministerio fiscal había de ser concebido como órgano de control de la policía. Sin embargo, no se puede ignorar que, por otra parte, el ministerio fiscal siempre fue visto como órgano del Estado y representante de sus intereses<sup>36</sup>, y ya entonces se manifestó la crítica de que un control por parte de la fiscalía

obstaculizaría una actividad policial efectiva<sup>37</sup>. Se sugirió, por tanto, que entre un procedimiento de instrucción jurídico-estatal y la eficiencia policial existe una contradicción irresoluble, una visión de las cosas conocida hasta la actualidad. Finalmente, el reglamento prusiano de 3 de enero de 1849 sometió a la policía a un (limitado) derecho de instrucción ("derecho de requisición") del ministerio fiscal, pero subordinó a este al ministerio de justicia y a la policía le dejó la facultad de investigar autónomamente<sup>38</sup>. Si bien con ello fracasaba la concepción originaria de uno de los colaboradores de Uhden, Friedberg, consistente en conceder al ministerio fiscal el "imperio material" sobre la policía, en el sentido de una facultad de control y ordenanza absolutos<sup>39</sup>, con la institucionalización del ministerio fiscal se alcanzó, al menos, un contrapeso a la policía. Una mirada en la historia confirma la tesis ya formulada al principio: la lucha del ministerio fiscal por el control de la policía es tan antigua como la institución misma. Por lo demás, la idea de un control jurisdiccional externo de las investigaciones policiales se ha implantado en casi todos los ordenamientos continentales europeos<sup>40</sup> —a excepción de Dinamarca—, mientras que en los procedimientos penales angloamericanos, como es conocido, las investigaciones ("investigation") las lleva a cabo la policía, de una manera prácticamente autónoma, y solo tiene lugar un control interno dentro de la jerarquía policial<sup>41</sup>.

## II. La realidad del proceso

En la práctica, tanto los que actúan dentro de la administración de justicia, como los que se dedican a la

33. Cita según Otto, *Die preussische Staatsanwaltschaft, Berlin 1899*, pág. 35. Según Collin, *supra nota 32*, págs. 77 y s., la concepción original provenía de Friedberg, colaborador de Uhden, mientras que Savigny únicamente dio su conformidad.

34. Cita según Otto, *supra nota 33*, pág. 40 y s.

35. Cita según Otto, *supra nota 33*, págs. 40 y s.; crítico con la trascendencia de la Promemoria Collin, *supra nota 32*, pág. 37.

36. Cfr. Collin, *supra nota 32*, págs. 64 y ss.

37. Cfr. Habel, *supra nota 10*, pág. 30; Collin, *supra nota 32*, pág. 78.

38. Cfr. § 4 del Reglamento de 1849, en Collin, *supra nota 32*, pág. 205; también *ibidem*, págs. 91 y ss.; Rüping, *supra nota 6*, pág. 896; Roxin, *Zur Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft damals und heute, DRÍZ 1997*, pág. 109 (111). Sobre la Ley de 1846, cfr. Collin, *op. cit.*, págs. 83 y ss.

39. Collin, *supra nota 32*, págs. 85 y s., 205, 210; además, el derecho de requisición de la fiscalía se interpretó como un mero derecho de petición a los funcionarios de policía (*ibidem*, págs. 208 y s.). Acerca de los posteriores (vanos) esfuerzos hacia un control de la policía: *ibidem*, págs. 218 y ss. (221).

40. Cfr. Gleib, en: Gleib/Grote/Heine (Eds.), *Justizielle Einbindung und Kontrolle von Europol, Tomo 1, 2001*, págs. 660 y ss.; Ambos, en: *Arbour/Eser/Ambos/Sanders (eds.) supra nota 6*, págs. 513 y ss.; también el mismo, *Eur.J.Crime CrLcrJ 8 (2000)*, pág. 89 (105 f).

41. Cfr. Ambos, *supra nota 6*, págs. 512 y s.; también el mismo, *Eur.J.Crime CrLcrJ 8 (2000)*, pág. 89 (105 f); Gleib, *supra nota 40*, pág. 662.

ciencia jurídica, critican, en igual medida, el dominio policial en la fase de investigación, el cual ha dejado poco a la idea legal de un ministerio fiscal que sea amo y señor del procedimiento de investigación. Así, señala con resignación la fiscal superior, Jefa *Margarete Bräutigam*, que miembros veteranos del ministerio fiscal al oír el término "facultad de dirección" resoplaban negando con la cabeza y que posición y realidad jurídicas eran ya dos cosas totalmente distintas<sup>42</sup>. Según la opinión del Fiscal Superior de Munich, *Manfred Wick*, la policía ha invadido el terreno del ministerio fiscal precisamente en el campo de la lucha preventiva contra la criminalidad y domina partes de la fase de investigación sin estar sujeta a control alguno<sup>43</sup>. En investigaciones científicas se critica que en la realidad del proceso, con respecto a amplios ámbitos de criminalidad, la fiscalía solo aparece en el esclarecimiento de los hechos y la adquisición de información en la fase de diligencias previas como una figura marginal<sup>44</sup>. La expresión "*policialización*" (*Verpolizeilichung*) en la fase de instrucción, e incluso en todo el proceso penal —por cierto, también en otros

ordenamientos jurídicos de la Europa continental<sup>45</sup>— hace la ronda, entendiéndose por tal, en general, el creciente papel dominante que juega la policía en la investigación de los hechos<sup>46</sup>. En concreto, esto significa que en los ámbitos de la criminalidad menor y media la policía dirige las investigaciones de manera prácticamente autónoma<sup>47</sup>, es decir, averigua los hechos con independencia y solamente informa a la fiscalía —"sin demora"— cuando obtiene un resultado de la investigación que esté listo para ser presentado. Por el contrario, la fiscalía ejerce más decididamente sus facultades de dirección en la investigación de crímenes capitales, como el asesinato o el homicidio, y en la criminalidad económica tradicional<sup>48</sup>. Esta situación es objetable debido a la conocida dependencia de la fiscalía del resultado de las investigaciones policiales<sup>49</sup> y la "revaloración" de la criminalidad por parte de la policía<sup>50</sup>.

Sin embargo, puede decirse, sin caer en la exageración, que el ejecutivo ha intentado adaptar la

42. Bräutigam, *Probleme der Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft*, DRiZ 1992, pág. 214.
43. Cfr. Wick, *Gefahrenabwehr - Vorbeugende Verbrechensbekämpfung - Legalitätsprinzip*, DRiZ 1992, pág. 217 (222); cfr. también ya Kuhlmann, *Gedanken zum Bericht über das Verhältnis "Staatsanwaltschaft und Polizei"*, DRiZ 1976, pág. 265 (266); Schoreit, *Verpolizeilichung des Ermittlungsverfahrens*, StV 1989, pág. 499 (450).
44. Cfr. fundamentalmente Blankenburg/Sessar/Steffen, *Die Staatsanwaltschaft im Prozeß strafrechtlicher Sozialkontrolle*, 1978, págs. 90 y ss., 303 y ss.; también Lilie, *Das Verhältnis von Polizei und Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren*, ZStW 106 (1994), pág. 625 (626). Wolter, *Datenschutz und Strafprozeß*, ZStW 107 (1995), pág. 793 (813, 826), lamenta que el moderno Derecho Procesal Penal de seguridad, entre otras cosas, disimula la facultad de dirección material de la fiscalía. Para Roxin (supra nota 38, pág. 119), "hoy la opinión general es que no es la fiscalía el dueño y señor de la fase previa, sino que las investigaciones, bajo inobservancia del § 163 II 1, se realizan básicamente por la policía bajo su propia responsabilidad". (De manera similar, el mismo, *Strafverfahrensrecht*, 25ª ed. 1998, § 10 núm. marg. 34). Schünemann, supra nota 31, pág. 146, advierte que la policía ha pasado de ayudante a amo oculto del proceso penal; cfr. asimismo Habel, supra, nota 10, págs. 2, 41 y ss., 199.
45. Cfr. Gleß, supra nota 40, pág. 661.
46. Cfr. por ejemplo Paeffgen, "*Verpolizeilichung*" des Strafprozesses - Chimare oder Gefahr?, en Wolter (ed.), *Symposium für Rudolphi*, 1995, pág. 13 (14) con ulteriores reseñas bibliográficas; cfr. asimismo Schoreit, supra nota 43, pág. 449; Schaefer, *Zur Entwicklung des Verhältnisses Staatsanwaltschaft - Polizei*, Libro-homenaje Hanack (1999), pág. 191 (196); Schünemann, supra nota 31, pág. 78; Albrecht, supra nota 28, págs. 417 y ss.
47. Cfr. fundamentalmente Blankenburg/Sessar/Steffen, supra nota 44, págs. 90 y ss., 303 y s.; también Paeffgen, supra nota 46, pág. 14; Wick, supra nota 43, pág. 219.
48. Cfr. diferenciadamente Blankenburg/Sessar/Steffen, supra nota 44, págs. 161 y ss., 268 y ss., 304; también, entre otros, Bräutigam, supra nota 42, págs. 215 y s.; Hellmann, supra nota 2, § 3 núm. marg. 58; Roxin, supra nota 38, pág. 120.
49. Blankenburg/Sessar/Steffen, supra nota 44, págs. 81 y ss., 86, 307 y s., 317, 322 y s.
50. Fundamentalmente Steffen, *Analyse polizeilicher Ermittlungstätigkeit aus der Sicht des späteren Strafverfahrens*, 1976, págs. 292 y ss. y passim; el mismo, *Die polizeiliche Ermittlungstätigkeit*, *Kriminalistik*, 1976, págs. 97 y ss.; Kaiser, *Kriminologische Forschung in Deutschland und die empirischen Untersuchungen am Max-Planck-Institut*, ZStW 83 (1971), pág. 1093 (1110 y s.); también Kuhlmann, supra nota 43, pág. 268, así como también desarrolladamente y con referencias Habel, supra nota 10, págs. 58 y ss. Sobre la a menudo temprana suposición policial de dolo de homicidio debido a una orientación excesivamente parcial al resultado de la acción cfr. Sessar, *Rechtliche und soziale Prozesse einer Definition der Tötungskriminalität*, 1981, págs. 208 y ss. y passim; Eisenberg, *Kriminologie*, 5ª ed. 2000, § 45 núm. marg. 15; cfr. también Kaiser, *Kriminologie*, 3ª ed. 1996 § 37 núms. margs. 24 y ss.; Bock, *Kriminologie*, 2ª ed. 2000, núms. margs. 262 y ss.



situación normativa a la real, a través de ciertas recomendaciones o mediante la promulgación de disposiciones de rango inferior a la ley. Un ejemplo de lo primero son las "directrices sobre la nueva configuración de las relaciones entre la policía y el ministerio fiscal"<sup>51</sup>, aprobadas en el año 1975 por la Conferencia de Ministros de interior y de justicia, en cuyo núm. 7 d) se aboga, por ejemplo, en favor de una facultad general de la policía de encargarse autónomamente del procedimiento dentro de un plazo —prorrogable— de diez semanas, a partir de la fecha de presentación de la denuncia o del comienzo de las investigaciones<sup>52</sup>. Con ello, si bien es cierto que no se opta explícitamente por una instrucción policial, sí se renuncia a un procedimiento de investigación que esté plenamente en manos de la fiscalía<sup>53</sup>. Aún más importantes son, sin duda, las directivas comunes del *Bund* y de los *Länder* para el proceso penal y el procedimiento de imposición de multas (*Bußgeldverfahren, RiStBV*)<sup>54</sup>. Allí se puede leer en el núm. 3 ap. 1 "que la fiscalía... en los casos *relevantes o... difíciles* (deberá) esclarecer él mismo el supuesto de hecho desde la primera intervención<sup>55</sup>" (sic), de lo que se deduce, a contrario, que esto no es aplicable en los casos de criminalidad menor o media, esto es, la criminalidad en masa, por cuanto aquí, ya por disposición normativa, se le deben asignar a la policía facultades de investigación con una amplia autonomía. Si bien la fiscalía, de acuerdo con lo dispuesto en el núm. 3 ap. 2 RiStBV, debe *dirigir* las investigaciones también en estos casos y, especialmente, puede disponer medidas concretas relativas a la clase de actos de investigación específicos y a su ejecución, ya no se puede hablar *stricto sensu* del ejercicio de la dirección material cuando la fiscalía únicamente decide sobre la base de los *resultados* de la investigación, obtenidos autónomamente por la policía<sup>56</sup>.

El reparto de competencias descrito en el caso de las formas tradicionales de criminalidad se debe, fundamentalmente, a que, por regla general, es la policía la que primero toma conocimiento de los hechos penales —por medio de denuncia o de otro modo—, mientras que la fiscalía ya no está personalmente en disposición de perseguir ella misma cualquier hecho sospechoso<sup>57</sup>. En los casos fáctica y jurídicamente sencillos, se podría sostener que tiene sentido también desde un punto de vista práctico que la policía haga una "primera investigación" del asunto y que remita las "actuaciones" al ministerio fiscal cuando pueda mostrar un resultado de las investigaciones procesalmente significativo<sup>58</sup>; sobre todo teniendo en cuenta que también en este caso el ministerio fiscal conserva una notable influencia a través de su facultad de disponer medidas y especialmente la de concluir la investigación (§ 170). Desde esta óptica, es perfectamente comprensible que la actual discusión jurídico-política y dogmática gire menos en torno a la criminalidad tradicional y más en torno a la lucha contra el llamado "crimen organizado", a través de investigaciones previas a la comisión del delito. Este aspecto tiene que ser abordado más detenidamente.

### III. Criminalidad organizada y lucha preventiva contra la delincuencia

#### 1. Fundamentos

La prevención de delitos o investigaciones en estadio previo consiste en medidas policiales de inquisición e investigación, que se llevan a cabo con ocasión de una sospecha inicial en el sentido del § 152 II StPO y que tienen como meta sondear un ámbito turbio o medio social

51. Cfr. Blankenburg/Sessar/Steffen, supra nota 44, págs. 95 y ss.; críticamente Kuhlmann, supra nota 43, págs. 266 y ss.; también Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 25. Aufl. 1998 (edic. en castellano de Daniel Pastor y Gabriela Córdoba, Buenos Aires 2000), § 10 núms. margs. 34 y s.

52. Reproducción en Kuhlmann, supra nota 43, pág. 266 en nota 7.

53. Cfr. Kuhlmann, *ibid.*

54. Reproducción en Kleinknecht/Meyer-Goßner, *StPO*, 44ed. 1999, págs. 1813 y ss.

55. *Cursiva del autor.*

56. Cfr. de manera similar Blankenburg/Sessar/Steffen, supra nota 44, pág. 92.

57. Sobre los (otros) motivos del dominio policial en la criminalidad tradicional cfr. Habel, supra nota 10, págs. 62 y ss.; también Lilie, supra nota 44, págs. 627 y ss.; Roxin, supra nota 38, págs. 119 y s.

58. Cfr. entre otros Hellmann, supra nota 2, § 3 núm. marg. 62; AK-Achenbach, supra nota 30, § 163 núm. marg. 4.

determinado, en el que se supone la comisión (futura) de delitos<sup>59</sup>. Aquí se trata enteramente de piezas de investigación que se dirigen contra la llamada criminalidad organizada (CO). Esta se encuentra definida en el núm. 2. 1. del Anexo E a la RiStBV de la siguiente forma:

"Criminalidad organizada es la comisión de hechos penales planificada y determinada por la ambición de lucro o poder, la cual, individualmente o en su conjunto, adquiere notable relevancia cuando más de dos partícipes actúan bajo división de trabajo durante un tiempo prolongado o indeterminado:

a) empleando estructuras industriales o semicomerciales,

b) empleando la fuerza u otros medios idóneos para la intimidación, o

c) ejerciendo influencia sobre la política, los medios de comunicación, la administración pública, la justicia o la economía<sup>60</sup>.

Según la RiStBV, las manifestaciones de la CO no solo son multiformes, sino que se pueden detectar en casi todos los ámbitos de la criminalidad que quepa imaginar—desde el tráfico de drogas hasta el robo domiciliario con reparto centralizado del botín, pasando por la trata de personas—<sup>61</sup>. La consideración de un determinado supuesto de hecho como criminalidad organizada ha de ser posible con arreglo a numerosos indicadores, aunque solo unos pocos son precisos<sup>62</sup>.

59. Cfr. entre otros WeBlau, *Vorfelddermittlungen - Probleme der Legalisierung vorbeugender Verbrechensbekämpfung aus prozessualer Sicht*, 1989, pág. 27; Schüler Springorum, *Kriminalpolitik für Menschen*, 1991, pág. 248; Merten/Merten, *Vorbeugende Verbrechensbekämpfung*, ZRP 1991, pág. 213 (217); Kniesel, *Vorbeugende Bekämpfung von Straftaten im juristischen Meinungsstreit - eine unendliche Geschichte*, ZRP 1992, págs. 164 y s.; Lisken, *Vorfelddringriffe im Bereich der Organisierten Kriminalität" - gemeinsame Aufgabe von Verfassungsschutz und Polizei?*, ZRP 1994, pág. 264 (265); Wolter, supra nota 44, pág. 824; Hoppe, *Vorfelddermittlungen im Spannungsverhältnis von Rechtsstaat und der Bekämpfung organisierter Kriminalität*, 1999, págs. 25 y ss.; Artzt, *Die verfahrensrechtliche Bedeutung polizeilicher Vorfelddermittlungen*, 2000, págs. 11 y ss.
60. En: Kleinknecht/Meyer-GoBner, supra nota 54, pág. 1914. La definición tiene su origen en una definición de un grupo de trabajo de los ministros y senadores de justicia y de los ministros y senadores de interior de los Länder del año 1990 (cfr. Hoppe, supra nota 59, págs. 172 y s.; Kinzig, *Organisierte Kriminalität und ihre Einflussnahme auf Polizei, Wirtschaft und Justiz in Deutschland*, en: Militello/Arnold/ Paoli (eds.), *Organisierte Kriminalität als transnationale Phänomen*, 2000, pág. 191 (196 y s.); Gropp, en: Gropp/Huber (eds.), *Rechtliche Initiativen gegen organisierte Kriminalität*, 2001, pág. 65 (84).
61. Según el Núm. 2.2 de Anexo E RiStBV, las formas de manifestación de la criminalidad organizada son "múltiples. Junto a formas de organización estructuradas, construidas jerárquicamente (a menudo respaldadas auxiliariamente a través de la solidaridad étnica, la lengua, las costumbres, el entorno social o familiar) se encuentran—sobre la base de un sistema de conexiones personales o comerciales criminalmente útiles—concentraciones de autores criminales con distintos grados de vinculación de las personas entre sí, cuya concreta configuración se determina a través de los respectivos intereses criminales". El Núm. 2.3 menciona numerosos ámbitos de criminalidad, si bien los hechos penales en relación con el terrorismo están expresamente excluidos en el Núm. 2.1 (Kleinknecht/Meyer-GoBner, supra nota 54, pág. 1914).
62. El Núm. 2.4 Anexo E RiStBV remite, en este sentido, a los siguientes "indicadores generales para reconocer sucesos relevantes desde el punto de vista de la criminalidad organizada" (Kleinknecht/Meyer-GoBner, supra nota 54, págs. 1919 y ss.).
- **Preparación y planificación del hecho penal:** planificación precisa; adaptación a las exigencias del mercado a través del aprovechamiento de las lagunas del mercado, reconocimiento de necesidades o similares; trabajo a encargo; altas inversiones, por ejemplo, a través de financiación anticipada proveniente de fuentes desconocidas.
  - **Ejecución del hecho penal:** ejecución cualificada, precisa y profesional del hecho; empleo de conocimientos y medios económicos proporcionalmente más caros, desconocidos o difíciles de poner en marcha; actuación de especialistas (también del extranjero); actuación mediante división del trabajo.
  - **Aprovechamiento del botín obtenido a través del hecho penal:** fuerte orientación a la obtención de beneficios; reflujo al curso económico legal; enajenaciones en el marco de actividades económicas (legales) propias; medidas de lavado de dinero.
  - **Comportamientos conspiradores por parte del autor:** contra-observación; aislamiento; nombres falsos; codificación del idioma y la escritura.
  - **Contactos del autor/circunstancias del hecho:** suprarregional; nacional; internacional.
  - **Estructura de los grupos:** construcción jerárquica; un comportamiento no explicable a simple vista de autoridad y dependencia entre varios sospechosos; sistema interno de sanciones.
  - **Ayuda para miembros del grupo:** apoyo en la huida; contratación de ciertos abogados y pago de honorarios a través de terceros; llevar poderes de representación ya preparados para abogados; altas ofertas de fianza; amenaza e intimidación de partícipes en el proceso; inexistencia de testigos; típico silencio por temor por parte de los afectados; aparición repentina de testigos de descargo; asesoramiento en la prisión preventiva o en la condena; asistencia a parientes; readmisión tras la puesta en libertad.
  - **Corrupción:** inclusión en el estilo de vida lujoso del autor; generación de dependencias (por ejemplo a través del sexo, juegos de azar prohibidos, créditos o intereses usureros); pago de sobornos, entrega de viviendas de vacaciones, vehículos de lujo, etc.
  - **Afán de monopolio:** "Adquisición" de empresas comerciales o participaciones; dirección de empresas comerciales por medio de testaferros; control de determinados sectores comerciales (casinos, burdeles); "garantía de protección" a cambio de un pago por los procedimientos penales o de imposición de multa.
  - **Actividades públicas:** publicaciones con una orientación determinada o carácter tendencioso; mecenazgo ostentoso, entre otros, de actividades deportivas; búsqueda de contacto con personajes de la vida pública.
- Criticamente, Wessel, *Organisierte Kriminalität und soziale Kontrolle*, 2001, págs. 55 y ss, con otras referencias bibliográficas.

En el fondo, en este concepto de CO, estructurado aquí grosso modo, de lo que se trata es de abarcar cualquier práctica punible de tipo *industrial* o *semicomercial* desempeñada por más de dos personas o —según los baremos internacionales— por tres personas<sup>63</sup>. Se trata, por tanto, de manera predominante—y aquí resulta clara la influencia de la "illegal-enterprise Theorie" estadounidense<sup>64</sup>— de "criminalidad de dominio económico"<sup>65</sup>, o lo que es lo mismo —expresado de modo más neutral— *criminalidad económica organizada de forma colectiva*<sup>66</sup>. Por el contrario, el ejercicio de influencia sobre la política, los medios de comunicación, la administración pública, la justicia o la economía solo se exige alternativamente ("o"), pues la infiltración social que esto conlleva, aunque es sostenida una y otra vez desde el sector policial<sup>67</sup>, no se puede demostrar empíricamente, al menos en lo que respecta a la República Federal Alemana<sup>68</sup>. La política criminal nacional actúa aquí, *volens volens*, sin solidez científica<sup>69</sup>, lo cual sorprende muy poco si se recuerda que en Alemania el concepto fue admitido en la corte a raíz del exitoso, pero desde luego carente de fundamentación científica, *best seller* "Der Mob" (La chusma), del periodista bávaro Dagobert Lindlau<sup>70</sup>. Pero si

la supuesta peligrosidad de la CO de facto no existe, o no en la magnitud que se propaga por parte policial<sup>71</sup>, a la estrategia en estadio previo en cierta medida le falta una razón de ser. Con ello debería ser claro que ya, desde un punto de vista meramente lógico, solo se puede hablar de una cosa —estrategias en estadio previo— cuando la otra —la CO como su objeto de investigación— esté definida exacta o, al menos, más exactamente.

Para evitar malentendidos, no se trata aquí de llevar a cabo una purga de conceptos ni de cuestionar que existen (y que siempre ha habido) formas organizadas de criminalidad. En este sentido, me puedo remitir a mis propias investigaciones de campo en Colombia, Perú y Bolivia<sup>72</sup>. Sin embargo, la definición oficial de CO como criminalidad económica organizada de forma colectiva, debe ser analizada críticamente, pues proporciona un concepto de CO tan *carente de contornos* que ya no es capaz de cumplir su función de legitimar un derecho penal especial de seguridad<sup>73</sup>. No queda mucho para llegar a la afirmación de que, "por principio", las estrategias en estadio previo son necesarias porque el sometimiento a las posibilidades procesal-penales impide "una eficiente lucha contra la

63. Cfr. Art. 2 (a) *En Convention Against Transnational Organised Crime* de 2.11.2000, UN Doc. A/55/383.

64. Paoli, *Das organisierte Verbrechen in Italien und Deutschland*, en: *Militello/Arnold/Paoli* (eds.) supra nota 60, pág. 58.

65. Arnold, *Kriminelle Vereinigung und organisierte Kriminalität in Deutschland und anderen europäischen Staaten*, en: *Militello/Arnold/Paoli* (eds.) supra nota 60, pág. 95; *asimismo* Gropp, supra nota 60, págs. 331 y ss.

66. Cfr. de manera similar Albrecht, *Organisierte Kriminalität und neuere Strafprozessreformen in Deutschland*, en *Libro-homenaje a Nishihara* (1998), Tomo 5, pág. 311 (318), para quien los elementos de la definición de CO no permiten una diferenciación entre CO y comercio económico organizado; crítico también Wessel, supra nota 62, pág. 54 con otras referencias bibliográficas; Volk, *Libro-homenaje a Roxin* (2001), pág. 563 (570).

67. Últimamente, en un congreso científico de la Fundación Friedrich Ebert, cfr. FAZ de 22.5.01.

68. Cfr. Albrecht, supra nota 66, pág. 317: *si el peligro potencial de la CO efectivamente reside en el "efecto demoleador para el sistema democrático" y su reverso es la corrupción, entonces un concepto fundamentado teóricamente sería muy difícil de elaborar y una base empírica resultaría de todo punto imposible; en cualquier caso, los cuadros informativos hasta ahora existentes no son adecuados. Cfr. también Kinzig, supra nota 60, pág. 197, 205, 217.*

69. Kinzig, supra nota 60, pág. 192; crítico *asimismo* Liskén, supra nota 59, pág. 264.

70. Cfr. *instructiva* y *críticamente* Schüler Springorum, supra nota 59, págs. 237 y ss.

71. *Dudas entre otros* en Kinzig, supra nota 60, pág. 192.

72. Cfr. Ambos, *Die Drogenkontrolle und ihre Probleme in Kolumbien, Peru und Bolivien*, 1993, págs. 38 y ss., 56 y ss., 88 y ss., 115 y ss. *Acerca de la historia de Pablo Escobar*, cfr. entre otros Bowden, *Killing Pablo*, 2001.

73. Cfr. de nuevo Wessel, supra nota 62, págs. 71 y ss., 217 y s. *y passim*; cfr. *asimismo* Albrecht, supra nota 66, pág. 317, según el cual, hoy no se puede pasar por alto que existe un cierto desvalimiento, cuando no una crisis, en los intentos por describir la CO de forma comprensible.

criminalidad"<sup>74</sup>. Aquí, al parecer, se fundamenta la "policialización" en la lucha contra la CO por medio no solo de la necesidad, sino también de la supuesta *efectividad* de la lucha preventiva contra el delito. Esto, sin embargo, puede demostrarse tan poco empíricamente como la misma CO. La muy controvertida discusión muestra al menos que una ciencia del Derecho Penal moderna, y sobre todo también una política criminal, no pueden sobrevivir sin una investigación criminológica de sus fundamentos<sup>75</sup>.

## 2. Lucha preventiva contra el delito y Estado de Derecho

Supuesta la existencia de CO —a pesar del necesario escepticismo en la base científica— se plantea naturalmente la cuestión de cómo puede uno hacerse dueño de semejante fenómeno de la criminalidad sin estrategias proactivas. No se puede poner en duda que, como consta en el Anexo E a la RiStBV bajo el título "investigaciones iniciales", la CO se manifiesta rara vez por sí sola, pues en este ámbito casi no se interponen denuncias. Esto se debe, especialmente, a que en el caso de la CO se trata de una forma de criminalidad que no genera "verdaderas" víctimas, de manera que ya por eso tiene que prescindir —contrariamente a lo que sucede en la criminalidad clásica— de personas directamente afectadas que sean testigos presenciales. En caso de que haya víctimas o testigos inmediatos, estos normalmente no se muestran muy dispuestos a cooperar por miedo a represalias. Tampoco se puede ignorar que las formas de criminalidad, que en su mayor parte operan de forma anónima y neutral, son difíciles de identificar y de delimitar espacial y personalmente. Por ello, el esclarecimiento y la persecución eficaz de la CO presupone, como se indica en el Anexo E a la RiStBV, que la fiscalía y la policía, en el marco de sus competencias legales, recaben por sí mismas informaciones o reúnan las que ya posean a fin de lograr un enfoque para

nuevas investigaciones; es decir, que realicen las llamadas *investigaciones iniciales*. Por lo que respecta a la sospecha inicial, esta tendría ya lugar cuando según la experiencia criminalística exista una posibilidad, aun pequeña, de que se haya cometido un hecho penal perseguible. Incluso cuando la existencia de una sospecha inicial sea poco clara, los órganos de persecución penal podrían buscar enfoques para nuevas investigaciones con la finalidad de su esclarecimiento. Por la especial peligrosidad de la CO, en el supuesto de puntos de partida en relación con hechos penales, se deben agotar, por regla general, las posibilidades de esclarecimiento.

Propiamente se trata en dichas investigaciones iniciales, esto es, en la lucha preventiva contra la delincuencia, no de la persecución *reactiva* de una sospecha inicial en el sentido del § 152 II, sino de *obtención proactiva* de sospecha, regularmente mediante la *cumulación* de diferentes actos de investigación<sup>76</sup>. Aquí, como quedó probado en un reciente estudio de *Matthias Artzt*<sup>77</sup>, protagonizan un papel, por un lado, meras *suposiciones* criminalísticas; estas se considerarían como primer escalón en el camino hacia la configuración de una sospecha, y no se basarían en la existencia de puntos de partida tácticos, sino que tendrían que ver con el traslado de una idea a la realidad<sup>78</sup>. Por otro lado, habría una sospecha general o *presospecha* que, como estadio previo inmediato a la verdadera sospecha inicial, estaría caracterizado por tratarse de una situación incierta de sospecha y por la existencia de un indicio más bien general<sup>79</sup>. El cuadro resultante es claro: la lucha preventiva contra la criminalidad se ha separado en gran medida del umbral procesal-penal de la sospecha inicial. De facto, tiene lugar un *procedimiento de diligencias policiales previas*, cuya finalidad principal consiste en darle cuerpo de sospecha concreta a suposiciones criminalísticas desde todo punto subjetivas<sup>80</sup>. El

74. Kniesel, supra nota 59, pág. 164.

75. Cfr. nuevamente Albrecht, supra nota 66, pág. 338, que denuncia la falta de investigación empírica, especialmente de evaluación, y reclama apoyos.

76. Cf. Steinmetz, *Zur Kumulierung strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen*, NStZ 2001, 344 con comentario de BGH NStZ 2001, 386.

77. Artzt, supra nota 59, págs: 108 y ss.

78. *Ibidem*, pág. 122.

79. *Ibidem*, pág. 132.

80. Cfr. asimismo *ibidem*, pág. 163; cfr. también Núm. 6. 4. primer guión, Anexo E RiStBV: objetivo de las primeras investigaciones, el esclarecimiento de la sospecha inicial/de la situación de peligro.



procedimiento de diligencias previas común, previsto en el ordenamiento procesal penal<sup>81</sup>, se convierte en maculatura normativa.

Las objeciones desde consideraciones del Estado de Derecho frente a una *fase policial de obtención de sospechas*, previa a la sospecha inicial procesal-penal, son obvias: la revaloración policial de la criminalidad demostrada en estudios criminológicos<sup>82</sup> adquiere nueva cualidad, pues la policía sienta "proactivamente" los puntos básicos de la investigación de forma completamente autónoma y, en ocasiones, hasta origina delincuencia —a través de la *provocación al hecho*<sup>83</sup>— cuando no incluso la "produce". La actuación policial con estrategias en estadio previo es por ello tan poco transparente como los criterios por razón de los cuales se investiga a determinados círculos o grupos de autores. Ya se habla de una "vuelta a un proceso inquisitivo de una autoridad secreta sin forma judicial"<sup>84</sup>. Pero la cuestión tiene relevancia no solo desde consideraciones del Estado de Derecho, sino también por razones de *efectividad* policial en la lucha contra la criminalidad organizada. Uno puede partir del presupuesto de que los recursos policiales nunca serán suficientes para poder investigar y combatir todas las manifestaciones de criminalidad organizada. Precisamente por razones de efectividad todo depende de manera esencial de la correcta elección de los objetivos y objetos de la investigación. Finalmente, no puede pasarse por alto que la existencia

táctica de diligencias previas de investigación policial, obligatoriamente conduce a una transformación de la esencia del procedimiento de investigación hacia un proceso de investigación "que está acuñado por el pensamiento policial y que con ello, conforme a la experiencia, pierde en cuanto a morfología judicial y transparencia"<sup>85</sup>. Mientras que la policía, en el marco de las investigaciones en estadio previo, trabaja orientada a la obtención de una sospecha inicial, la fiscalía examina dicha sospecha inicial a la vista de su solidez, de cara a una ulterior acusación y —en última instancia— condena del acusado o acusados<sup>86</sup>. A la luz de la creciente importancia del procedimiento de investigación como núcleo táctico y punto culminante del proceso<sup>87</sup>, habrá que constatar, aún más allá, que las diligencias previas de investigación modifican la esencia del proceso penal en su conjunto.

Estas objeciones, realizadas desde consideraciones del Estado de Derecho, solo pueden ser equilibradas mediante del establecimiento de un *contrapoder jurídico*. En un procedimiento acusatorio de instrucción, al estilo alemán, solo entra en consideración como tal la fiscalía. La discusión acerca de la ordenación correcta de la lucha preventiva contra la delincuencia —como protección de peligros policial-preventiva o como persecución penal represiva<sup>88</sup>— tiene aquí un rango secundario; la decisión depende también, en muchos aspectos, no tanto de las mejores razones jurídicas, sino más bien del origen y de

81. Cfr. entre otros Füllkrug, supra nota 16, pág. 194.

82. Cfr. supra texto de la nota 50.

83. Cfr. fundamentalmente Eschelbach, *Rechtsfragen zum Einsatz von V-Leuten*, StV 2000, pág. 390 (391) con ejemplos del repertorio de la *provocación al hecho*: insistente influir sobre personas especialmente seleccionadas, seducción mediante exhibición de grandes sumas de dinero, aprovechamiento de situaciones de necesidad, preparación precisa y dirección intensiva de la comisión de hechos penales, obtención de medios para el hecho, así como la disposición de múltiples supuestos de hecho. Crítico asimismo Körner, *Tatprovokation und BtM-Sachen*, 17° Grupo de Trabajo de la Oficina Central de la Lucha contra la Criminalidad relacionada con las Drogas (ZfB), manuscrito no publicado, Francfort 1.2.2001. De un caso concreto da noticia von Danwitz, *Anmerkungen zu einem Irrweg in der Bekämpfung der Drogenkriminalität*, StV 1995, pág. 431. La Corte Suprema (BGH NJW 2000, págs. 1123 y ss.) se mantiene —pese a las críticas de la doctrina— en la "solución de la medición de la pena" y rechaza otras soluciones propuestas por la doctrina (impedimento procesal, prohibición de solicitud y de valoración de prueba; referencias ibidem, pág. 1124).

84. Köhler, StV 1994, 386 (388); conforme P. A. Albrecht, supra nota 28, pág. 418.

85. Wick, supra nota 43, pág. 220.

86. Cfr. también Wick, supra nota 43, pág. 220.

87. Wolter, *Aspekte einer Strafprozeßreform bis 2007*, 1991, págs. 35, 53 y ss.

88. Cfr. la reproducción del estado de la discusión en Hoppe, supra nota 59, págs. 95 y ss. A favor de una valoración en función del objetivo de la medida Görgen, supra nota 6, págs. 164 y ss.; Habel, supra nota 10, pág. 40. Cfr. también Kunzmann, supra nota 11, págs. 32 y ss., 91 y ss., quien en los resultados opta (177) por una ponderación de intereses. Desde una perspectiva comparada Grote, en: *Gleiß/Grote/ Heine* (Eds.), supra nota 40 (tomo 2), págs. 563 y ss. Según en Núm. 6. 4. Anexo E RiStBV en las investigaciones iniciales existen a menudo elementos de la persecución penal y de la defensa frente a peligros en situaciones complejas, o bien se entremezclan unos y otros en el transcurso de un proceso de reconocimiento o de concretización. Sobre la primera asignación en la jurisdicción constitucional de una medida de lucha preventiva contra la delincuencia —el test de identidad del ADN según el § 2 de la Ley sobre el test de Identidad del ADN (ÜNA-Identitätsfeststellungsgesetz) en unión con el § 81 g StPO— a la persecución penal cfr. Senge NSZ 2001, pág. 331 (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán BVerfG NSZ 2001, pág. 328).

los intereses particulares de quienes deben tomar decisiones o posturas<sup>89</sup>. En la práctica, se trata de algo totalmente distinto, de una *cuestión de poder*, a saber, si la fiscalía, en cuanto al tema central de sus poderes, puede ir más allá de la mera actuación técnica en la lucha preventiva contra la delincuencia, supervisando personalmente los actos de la policía. Como es natural, esto presupone que la lucha preventiva contra la delincuencia se incardine en la persecución penal, ya que en el caso de protección frente al peligro, como señala explícitamente el núm. 6 del Anexo E RiStBV, no le corresponde a la fiscalía una facultad de dirección. La coordinación dentro de la persecución penal se puede fundamentar en que la lucha preventiva contra la criminalidad, en el sentido de la obtención de sospechas descrita, siempre constituye también una previsión para la posterior persecución penal, es decir, una intervención represivo-policial<sup>90</sup>. Esto se confirma, asimismo, a través de la Ley de Modificación del Proceso Penal de 1999 (*Strafverfahrensänderungsgesetz, StVÄG*), ya que reconoce —por fin— el componente que asocia el registro y la conservación preventiva de datos a la persecución penal (§§483 y ss.)<sup>91</sup>, un ámbito de regulación, por tanto, que hasta ahora estaba reservado al derecho policial.

Sin embargo, no debe pasarse por alto que con la fundamentación jurídica no se ha ganado mucho mientras

que no se reduzca, al menos, el *desequilibrio de recursos* que existe entre el ministerio fiscal y la policía. Las razones para el reforzamiento del mayor peso investigador de la policía, puestas de manifiesto sobre todo por *Lilie*, como son los mejores recursos personales y técnicos, así como la profesionalización técnico-criminalística<sup>92</sup>, se acentúan aún más dentro del ámbito de la lucha preventiva contra la delincuencia, porque la policía es quien posee la soberanía en las decisiones y sobre los datos. *Soberanía en la decisión* posee en cuanto que puede decidir cuándo, dónde y contra quién han de dirigirse "investigaciones estructurales"<sup>93</sup> ("hoy le toca al barrio de prostitutas, mañana a los albaneses"). La *soberanía sobre los datos*, por parte de la policía, se basa en que con el sistema Inpol (Sistema de Información de la Policía) solo ella dispone de la reserva central de datos para fines investigadores y la fiscalía no tiene ningún acceso directo a este sistema<sup>94</sup>. También la creciente internacionalización fortalece la supremacía de la policía, pues esta se manifiesta única y preferentemente, sobre todo a nivel europeo, como fenómeno de policialismo carente de instancias de control jurídico<sup>95</sup>. Así, la Policía Europea (Europol), no solo en lo que respecta a la protección jurídica de datos, sino en general, no está sujeta a ningún tipo de control jurídico, pues un ministerio fiscal europeo, hasta la fecha, solo existe sobre el papel<sup>96</sup>.

89. Así, Hoppe, supra nota 59, págs. 95 y ss., subsume en su trabajo, realizado bajo el asesoramiento del jurista de Derecho Público von Münch, la prevención de hechos penales bajo la norma jurídico-policia de asignación de tareas, mientras que las investigaciones en el estadio previo destinadas a precaución para la investigación de futuros hechos penales sería, en general, no permitida; como resultado final, en cambio, si serían encuadrables, en cuanto sean medidas para eliminación de un peligro abstracto (sic), dentro de la defensa policial frente a peligros (págs. 169 y s.). Artzt (supra nota 59, págs. 91 y ss.), por su parte, diferencia de forma más convincente que Hoppe entre un punto de vista jurídico-policia y un punto de vista procesal. Precisamente su exposición pone de manifiesto que la adscripción exclusiva de medidas al derecho policial o al derecho procesal depende del punto de partida y del origen de quien opina: desde el ámbito del derecho policial se tiende a someter la lucha preventiva contra la criminalidad con carácter general al derecho policial, mientras que los procesalistas penales quieren someterla con carácter general, ya debido a la facultad de dirección material que ostenta la fiscalía, al Derecho Procesal Penal.
90. Cfr. Hund, *Polizeiliches Effektivitätsdenken contra Rechtsstaat*, ZRP 1991, pág. 463 (465); Artzt, supra nota 59, págs. 95 y ss.; Wolter, supra nota 44, pág. 829; en el resultado final, asimismo Merten/Merten, supra nota 59, pág. 220; dejándolo abierto Kniesel, supra nota 59, pág. 165.
91. Cfr. Hilger, *Zum Strafverfahrensrechtsänderungsgesetz 1999 (StVÄG 1999) - 2. Parte*, NStZ 2001, pág. 15 (17).
92. Cfr. *Lilie*, supra nota 44, págs. 627 y ss.; asimismo Kühne, supra nota 15, núm. marg. 135; Hellmann, supra nota 2, § 3 núm. marg. 4; Roxin, supra nota 38, pág. 119.
93. Cfr. sobre este concepto entre otros Lisken, supra nota 59, pág. 264; Artzt, supra nota 59, pág. 2; WeBlau, *Waffengleichheit mit dem "Organisierten Verbrechen"?*, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV) 1997, pág. 238 (241).
94. Cfr. *Lilie*, supra nota 44, págs. 631 y ss.; Schaefer, supra nota 46, págs. 196 y s.
95. Cfr. Nelles, *Europäisierung des Strafverfahrens - Strafprozessrecht für Europa?*, ZStW 109 (1997), pág. 727 (730).
96. Crítico con Europol Schaefer, supra nota 46, págs. 197 y ss.; P.A. Albrecht, *Europäische Informalisierung des Strafrechts*, StV 2001, págs. 69 y ss.; fundamentadamente entre otros Gieft/Grote/Heine (Eds.), supra nota 40. Sobre el establecimiento de un "European Public Prosecutor" cfr. arts. 18 y ss. *Corpus Iuris*, en: Delmas-Marty/Vervaele (Eds.), *The implementation of the Corpus Iuris in the Member States*, Vol. I, 2000, págs. 196 y ss.; crítico con el *Corpus Iuris* —en lugar de muchos otros— Weigend, *Spricht Europa mit zwei Zungen?*, StV 2001, pág. 63 (65 y ss.). Sobre "Eurojust" en este contexto Hamm, *Der Einsatz heimlicher Ermittlungsmethoden und der Anspruch auf ein faires Verfahren*, StV 2001, pág. 81 (84 y ss.).

## IV. ¿Reformas?

Hasta ahora las reformas, en cuanto a la relación entre ministerio fiscal y policía, han reaccionado contra la policialización de mero hecho en el procedimiento de investigación y especialmente han tenido en cuenta las supuestas exigencias de una lucha más eficaz contra la criminalidad organizada en forma de recomendaciones ministeriales y disposiciones de rango inferior a la ley<sup>97</sup>. Con ello, en un principio se incrementó la tendencia al policialismo, en el sentido de investigaciones autónomas de la policía en el estadio previo al proceso penal. Con la adaptación del instrumentario procesal-penal a las necesidades jurídico-policiales, mediante la creación de autorizaciones legales para adoptar medidas especiales de investigación destinadas a combatir la criminalidad organizada<sup>98</sup>, se fortalece, por el contrario, la posición jurídica de la fiscalía y de los tribunales frente a la policía, pues dichas medidas de investigación —ya debido al lugar que ocupan en el ordenamiento procesal— se integran dentro de la persecución penal y con ello quedan subordinadas al control jurídico del ministerio fiscal. También la reciente interpretación restrictiva hecha por el Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht, BVerfG*) del concepto de "peligro en la demora"<sup>99</sup>, que desarrollará sus efectos más allá de los registros domiciliarios conforme al art. 1.3II de la Constitución Alemana (*Grundgesetz, GG*) y § 105 I 1<sup>100</sup>, se mueve en esta dirección. Con todo —además del ya mencionado desequilibrio de recursos—

no se debe pasar por alto que la fiscalía solo puede entrar en acción si llegan a su conocimiento investigaciones policiales. En el ámbito de la lucha preventiva contra la delincuencia esto suele suceder en la práctica, cuando la policía requiere al ministerio fiscal para llevar a cabo una medida coercitiva que no pueda decretar por sí misma —ni siquiera en caso de peligro en la demora—. Un ejemplo de importancia práctica lo constituye en este contexto el decreto de las escuchas telefónicas conforme al § 100 a.

A este respecto, puedo remitir aquí al estudio de actas sumariales realizado actualmente por *Kinzig* en el Instituto Max Planck<sup>101</sup>.

Por otra parte, las propuestas de reforma que pretendían mejorar estas anomalías mediante la creación de una unidad policial propia para el ministerio fiscal, sobre la base del modelo francés o badense<sup>102</sup>, han fracasado sistemáticamente en Alemania, bien por la policía, bien ante los ministerios de interior<sup>103</sup>. Así, anteriores defensores de esta solución, como por ejemplo *Roxin*<sup>104</sup>, actualmente se resignan a sostener que es inviable<sup>105</sup>. Tampoco el análisis fundamental de *Habel* en 1982<sup>106</sup>, acerca de las distintas propuestas de reforma relativas a la relación entre policía y ministerio fiscal, tuvo mucha trascendencia. Los criterios jurídico-políticos para una reforma, desarrollados por este autor, merecen sin embargo ser tenidos en cuenta, pues intentó conjugar por igual intereses policiales y fiscales, es decir, las perspectivas de la eficacia y del

97. Cfr. texto nota 52.

98. Cfr. Gropp, en: *Militello/Arnold/Paoli*, supra nota 60, págs. 334 y ss.

99. BVerfG EuGRZ 2001, 156 = NSTZ 2001, 382, Leitsatz 1 b) "peligro en la demora' debe estar fundamentado en hechos referidos al caso concreto. Meras especulaciones, estimaciones hipotéticas o presunciones independientes del caso o basadas únicamente en la experiencia criminalística cotidiana no son suficientes". La ordenación, por parte judicial, ha de ser la regla, no la excepción.

100. Ver Amelung, *Die Entscheidung des BVerfG zur "Gefahr im Verzug" i.S. des Art. 13 II GG, NSTZ 2001, 337 (342 f.)* extendiendo esta decisión a medidas coercitivas de la misma naturaleza, por ej. la interceptación telefónica según §§ 100 b I, 100 d I.

101. Según una primera impresión de esta investigación, aun no confirmada válidamente, en cuestiones de criminalidad organizada el proceso de instrucción comienza a menudo con la solicitud de una medida especial de investigación, como por ejemplo, la intervención telefónica según el §100 a.

102. Cfr. ya supra en nota 6 así como —adentrándose en el "sistema badense"— Habel, supra nota 10, págs. 80 y ss., 164 y ss., 192 y s.; sobre la provincia prusiana del Rin cfr. Collin, supra nota 32, págs. 205 y ss.

103. Cfr. histórico-jurídicamente Collin, supra nota 32, págs. 205 y ss.

104. Roxin, supra nota 1, págs. 388 y ss.; de forma similar Kuhlmann, supra nota 43, págs. 268 y s.; Lilie, supra nota 44, pág. 641 en nota 70.

105. Roxin, supra nota 38, pág. 121; el mismo, supra nota 51, § 10 núm. marg. 35, ambos con ulteriores referencias bibliográficas; crítico también Rüping, supra nota 6, pág. 908.

106. Habel, supra nota 10, págs. 71 y ss., 102 y ss.

Estado de Derecho<sup>107</sup>. Sobre dicha base pueden formularse, para la actual discusión acerca de la reforma, las tres directrices siguientes:

La unidad de los *cuerpos de policía* debe mantenerse tanto en el aspecto organizativo como en el funcional, es decir, una policía judicial con independencia jurídico-organizativa y con competencias solo represivas no es recomendable, pues a ello se asociarían pérdidas de eficiencia y fricciones y, además, en la práctica no se pueden separar estrictamente las actividades policiales preventivas y represivas (doble funcionalidad). Es decir, en todo caso entraría en consideración una asignación temporalmente limitada de determinados funcionarios de la policía al ministerio fiscal (en el sentido del "sistema badense")<sup>108</sup>, en cuyo caso, este último también estaría dotado de potestad disciplinaria sobre estos funcionarios<sup>109</sup>.

La *autoridad acusatoria* debe ser partícipe, lo más amplia y tempranamente posible, de las investigaciones para poder ejercer su función de control. Por tanto, también, pero sobre todo, en el ámbito de la lucha preventiva contra la delincuencia, debe ser informada sin demora de las medidas de investigación, o ya con anterioridad, de la fijación de puntos prioritarios en el estadio previo, y no solo cuando se la requiere para llevar a cabo medidas coercitivas. Especialmente, debe tener un acceso ilimitado al efectivo de datos policiales<sup>110</sup>. Tal temprana participación no solo es correcta en un Estado de Derecho, sino también exigible por

razones de eficacia, pues incrementa la calidad (jurídica) de los resultados de la investigación y, en su caso, de la acusación, de cara a las probabilidades de condena<sup>111</sup>.

El *desequilibrio de recursos* entre la policía y el ministerio fiscal debe eliminarse o, al menos, reducirse mediante una mejor dotación técnica y personal, así como un reforzamiento de la especialización en la fiscalía<sup>112</sup>. Es evidente que esto, tal y como se comprobó muy pronto en Baden-Württemberg, no se va a conseguir mediante una ampliación de personal del ministerio fiscal en el ámbito de la lucha contra la criminalidad organizada unida a una multiplicación del personal policial<sup>113</sup>.

Naturalmente, en la discusión acerca de *dichas* propuestas de reforma no deben dejarse a un lado los *límites estructurales* policiales o generales de la lucha contra la criminalidad organizada. Precisamente cuando se parte, adhiriéndose a la política criminal oficial, de un concepto de criminalidad configurado de manera predominantemente económica, hay que tolerar el reproche de que con un mero endurecimiento del Derecho Penal y con el equipamiento (técnico) de los órganos de persecución penal no se logra una aproximación a las causas de esta criminalidad. En efecto, de este modo la criminalidad organizada y la policía lo único que logran es —propriadamente en el sentido de la oficialmente propagada igualdad de armas<sup>114</sup>— generar recíprocamente un escalamiento. Esto no es sino una verdad evidente que entre tanto ha sido reconocida en Alemania por la propia policía<sup>115</sup>. El desarrollo de una política criminal no solo represiva, sino de una política criminal para

107. *Ibidem*, págs. 184 y ss.

108. *Ibidem*, págs. 192 y ss.

109. Cfr. Görgen, *supra* nota 6, pág. 168.

110. Cfr. *asimismo* Lilie, *supra* nota 44, pág. 642; Roxin, *supra* nota 38, pág. 121; Schaefer, *supra* nota 46, págs. 196 y s.

111. Habel, *supra* nota 10, págs. 165 y s., *demuestra que a comienzos del siglo XX en el "sistema badense" la tasa de declaraciones de inocencia en relación con las acusaciones era bastante inferior al caso, por ejemplo, de Prusia, donde la fiscalía ejercía un control menor sobre la policía dentro del procedimiento de instrucción. Esto se corresponde con el panorama criminológico del que da noticia Kinzig, supra nota 60, pág. 211, en cuanto a que la fiscalía en la consideración de determinados supuestos de hechos como pertenecientes a la criminalidad organizada es, al parecer, más cautelosa que la jefatura de policía de Baden-Württemberg.*

112. Cfr. *asimismo* Roxin, *supra* nota 38, pág. 121.

113. Cfr. Südkurier, 16.3.01. Según el mismo, la fiscalía adquiere 20 nuevas delegaciones, mientras que la policía obtiene 60. El Ministro de Interior Schäuble ha señalado *asimismo* el hecho de que en el transcurso del año 2000 el número de los funcionarios de policía se ha incrementado de 60 a 400, y el de departamentos especiales de 15 a 27.

114. Cfr. Weßlau, *supra* nota 93, págs. 238 y ss.

115. Cfr. *entre otros* Liskén, *supra* nota 59, pág. 270.

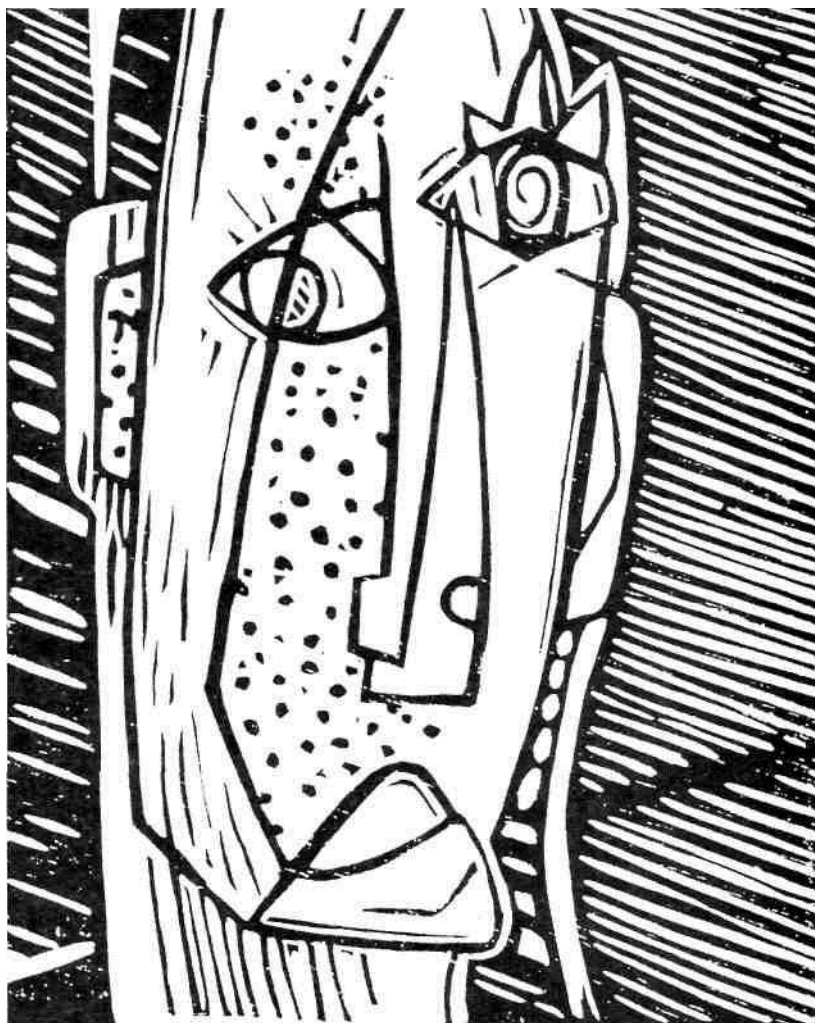


seres humanos<sup>116</sup>, que al mismo tiempo garantice una mayor efectividad y se corresponda así a las necesidades legítimas de seguridad por parte de la población, es otro tema que ya no se puede desarrollar aquí.

#### Resumen

La regulación normativa del procedimiento de instrucción procesal alemán se encuentra en contradicción con la realidad jurídica. El ministerio fiscal es únicamente el dueño y señor del proceso de instrucción, es decir, posee una facultad exclusiva de dirección material en los casos de la *tradicional delincuencia grave*, como delitos capitales y delincuencia económica. En todos los demás casos, es decir, en la *criminalidad menor y media* y especialmente en el ámbito de la *lucha preventiva contra la delincuencia* para combatir la criminalidad organizada,

el verdadero dueño y señor ha pasado a ser la policía. La facultad de dirección material de la fiscalía se limita al decreto u ordenación de determinadas medidas coercitivas o a la decisión acerca del cierre de la Instrucción. Mientras que esto resulta poco objetable, o incluso necesario en la práctica cuando se trata de criminalidad inferior o media, en el ámbito de la lucha preventiva contra la delincuencia prácticamente se desarrolla un *aparato policial autónomo*, que lleva a cabo intervenciones o medidas independientes, las cuales potencialmente podrían afectar a cualquier ciudadano, de tal manera que es indispensable un control jurídico-estatal más eficiente. Un control de este tipo en un proceso acusatorio de instrucción, al estilo alemán, solamente puede ser ejercido a través del ministerio fiscal. Esto hace necesario su reforzamiento frente a la policía; un reforzamiento no solo normativo, sino fundamentalmente fáctico.



Xilografía de Hernán Arévalo

"Mestizo"

116. Schüler Springorum, supra nota 59.