

HX/XIV⁹, 1570

Rafael Macedo de la Concha
(Coordinador)

DELINCUENCIA ORGANIZADA

DELINCUENCIA ORGANIZADA

Publicado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales
Magisterio Nacional Núm. 113, Col. Tlalpan
Delegación Tlalpan
C. P. 14000, México, D. F.

ISBN: 968-50-74-57-7

Edición y distribución a cargo del
Instituto Nacional de Ciencias Penales

D. R. © 2003 INACIPE

Prohibida por cualquier medio la reproducción parcial o total de cualquier capítulo o información publicados sin previa autorización expresa del Instituto Nacional de Ciencias Penales, titular de todos los derechos.

Impreso y hecho en México
Made and printed in Mexico

www.pgr.gob.mx/capacita/inacipe/inacipe.htm
Correo electrónico (e-mail): inacipe@pgr.gob.mx



INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES
México, 2003

DIRECTORIO

Gerardo Laveaga
Director General del INACIPE

Mercedes Peláez Ferrusca
Secretaria General Académica del INACIPE

Álvaro Vizcaíno Zamora
*Secretario General de Profesionalización
y Extensión del INACIPE*

Rafael Ruiz Mena
Director de Publicaciones del INACIPE

Juristisches Seminar
der Universität
Göttingen

2004/1613

CONTENIDO

Presentación	
Rafael MACEDO DE LA CONCHA	15

INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN PENAL

María Concepción CRUZ GÓMEZ	19
I. Preámbulo	19
1. Infiltración de agentes (artículo 11)	20
2. Intervención de comunicaciones privadas (artículos del 16 al 28)	21
2.1. Requisitos de forma y fondo para la intervención de comunicaciones privadas	21
3. La colaboración (artículos 35 y 36)	24
3.1. Los planteamientos más frecuentes en relación con la colaboración	24
3.2. Algunas cuestiones sobre el interrogatorio de testigos colaboradores	30
3.3. El cateo	30
3.4. Protección de los sujetos procesales y auxiliares del proceso (protección de personas) (artículo 34)	30

penetración del Estado por parte de organizaciones criminales nacionales o, lo que es peor, transnacionales, las cuales pueden ser terroristas.

La falta de programas de enseñanza de la cultura de la legalidad a los ciudadanos y en especial por parte del Estado es capaz de generar una inestabilidad en la convivencia social e incrementos en acciones corruptoras hacia la autoridad por parte de los ciudadanos. Ulterior efecto será la penetración de las organizaciones criminales en el tejido social con la consecuente descomposición del Estado social-democrático y de derecho.

Desde el punto de vista social, aumentos en los niveles de pobreza se traduce en más amplias oportunidades para los grupos terroristas, que se valen de la desesperanza y la desesperación de las personas que se encuentran en condiciones de pobreza extrema para reclutar y utilizar en sus medios ilícitos para financiarse o en la preparación de sus actos terroristas. La misma estrategia ha sido adoptada por las organizaciones criminales en muchas partes del mundo, como en el sur de Italia, donde por el problema crónico del desempleo las organizaciones criminales ganan a los ciudadanos sin trabajo al ofrecerles pequeños trabajos en cambio de *omertà* o de apoyo en sus actividades ilícitas. Por esta razón los Estados occidentales deben considerar la necesidad de invertir dinero no sólo en medidas represivas, como por ejemplo el fortalecimiento de los arsenales bélicos, sino también en procesos de prevención, como podría ser un programa de desarrollo sostenible de países en vías de progreso, como resultó evidente en las discusiones surgidas en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, organizada por las Naciones Unidas.

La comunidad internacional debe presionar y velar por una cultura de la legalidad en la cual la ley, el Derecho y la justicia imperen e incluso ahí donde se fomenta el terrorismo como instrumento y medio para controlar o disuadir actitudes terroristas, porque esto es igual de peligroso para una sociedad como para un Estado y el mundo entero.

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

Kai AMBOS**

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:¹ 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 guardián 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”² y también —precisamente con respecto a la policía— en garante de un proceso jurídico-estatal revestido de forma judicial.³ A este punto de partida histórico volveremos posteriormente, sin embargo merece ser mencionado ya aquí por cuanto que se puede afirmar sin más que la lucha del Ministerio Fiscal por el control de la

* 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 importantes referencias. Martin Viciano Gofferje merece asimismo mi agradecimiento por su apoyo en la composición del texto.

¹ Roxin. “Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben der Staatsanwaltschaft”, en *DRiZ*, 1969, pp. 385 y s.

² “Bundesverfassungsgericht” (Tribunal Constitucional, *BVerfG*), en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1976, p. 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 Schäfer, 1980, p. 155 (194).

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.).

I. LA SITUACIÓN LEGAL

1. Fundamentos

El Ministerio Fiscal está llamado a ejercer la acusación pública (principio de acusación, § 152 I *StPO*).⁴ 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 ss.) o por motivos fácticos o jurídicos (§ 170 II)— dicta el sobreseimiento.

Según la concepción normativa del ordenamiento procesal, el Ministerio Fiscal debe, tal 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”.⁵ Según el § 161 I primer inciso, primera alternativa, el fiscal puede incluso asumir él mismo las investigaciones. Sin embargo, eso es sólo una posibilidad teórica, pues no dispone de una policía judicial propia, tal como la conocemos del derecho francés bajo *police judiciaire*,⁶ o como existe también en España y Latinoamérica como *poli-*

cía judicial.⁷ El fiscal alemán es más bien, como lo expresó una vez Kern,⁸ 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); ésta, “como brazo prolongado de la fiscalía”,⁹ 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 éste.¹⁰ Se trata de una relación legal de encargo, de un mandato *a iure*; la policía es mandataria del Ministerio Fiscal.¹¹

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—¹² y, por otro, los funcionarios de policía ordinarios, que no poseen el estatus de los funcionarios auxiliares. Este 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 funcionarios de la administración financiera y tributaria, de la policía federal (policía criminal y policía uniformada) y de la administración de montes, caza y pesca, así como de las direcciones de minas del Gobierno.¹³ Disposiciones similares se en-

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. *Vid.* en: Arbour/Eser/Ambos/Sanders (eds.), *supra* nota 6, pp. 311 y s. Sobre Latinoamérica *cfr.* Ambos/Woischnik, *ZStW*, 113, 2001, pp. 334 y ss., con ulteriores reseñas bibliográficas.

⁸ Kern, *Gerichtsverfassungsrecht*, 1965, p. 227; *cfr.* asimismo Roxin, *supra* nota 1, p. 388.

⁹ Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Supremo Administrativo = *BVerwG*), t. 7, p. 255 (263); la misma en *NJW*, 1975, p. 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, pp. 44 y ss.

¹¹ *Cfr.* para mayor detalle Görgen, *supra* nota 6, pp. 89, 123 y 162; asimismo Habel, *supra* nota 10, p. 47; Kunzmann, *Die Kollision zwischen der Aufgabe der Gefahrenabwehr und anderen Aufgaben der Polizei*, 1990, pp. 27 y ss., 157.

¹² *Cfr.* Görgen, *supra* nota 6, p. 54.

¹³ *Reglamento acerca de los funcionarios auxiliares de la Fiscalía* de 21 de diciembre de 1995, *Bayerisches Gesetz und Verordnungsblatt (BayGVBl)*, 1/1996, p. 4.

⁴ Parágrafos sin designación específica corresponden al ordenamiento procesal alemán (*Strafprozeßordnung, StPO*).

⁵ *Bundesgerichtshof Strafsachen* (Corte Suprema, asuntos penales = *BGHS*), t. 34, p. 215 (217); la misma en *NJW*, 1987, p. 1033.

⁶ *Cfr.* Görgen, *Die organisatorische Stellung der Staatsanwaltschaft*, 1973, pp. 53 y s.; Rüping, “Das Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Polizei”, en *ZStW*, 95, 1983, pp. 894 y s.; acerca del control a través del Ministerio y del Juez de Instrucción *cfr.* Cédras, en Arbour/Eser/Ambos/Sanders (eds.), *The Prosecutor of a Permanent International Criminal Court*, 2000, p. 327.

cuentran en los reglamentos de los otros Estados federales,¹⁴ si bien cabe matizar que no sólo están afectados miembros de la policía criminal, sino también fundamentalmente servicios de categoría intermedia y también sectores de la policía común.¹⁵ Cuando se trata de una tarea encomendada por la fiscalía a funcionarios auxiliares se habla de encargo (*Auftrag*), mientras que si es a funcionarios de policía ordinarios se habla de requerimiento (*Ersuchen*).¹⁶ 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 por la fiscalía—, como, por ejemplo, una exploración corporal conforme al § 81 a II o un registro domiciliario de acuerdo con el § 105 I.¹⁷

2. Imprecisiones normativas

Sin embargo, la relación entre policía y Ministerio Fiscal en 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

¹⁴ Cfr., por ejemplo, el *Reglamento del Gobierno Federal de Baden-Württemberg* de 12 de febrero de 1996 y *Gesetzblatt (GBl.)* de 6 de marzo de 1996, p. 184; también el *Reglamento de Renania del Norte-Westfalia* de 31 de agosto de 1982 (*GVBl.* 592) y *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*, 5ª ed., 1999, núm. marg. 147; Hellmann, *supra* nota 2, § 3 núm. marg. 91; Peters. *Strafprozess*, 4ª ed., 1985, § 24 IV; detalladamente Habel, *supra* nota 10, pp. 52 y ss., que lamenta que no se haga funcionarios auxiliares a los de mayor graduación.

¹⁶ Cfr. Beulke. *Strafprozessrecht*, 5ª ed., 2000, núm. marg. 102; Volk. *Strafprozessrecht*, 1999, § 7 núms. margs. 5 y s.; Füllkrug. “Neue Formen der Kriminalitätsbekämpfung und ihre Auswirkungen auf das Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Polizei”, en *ZRP*, 1984, p. 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 y 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 asimismo —con independencia del peligro en la demora— de las facultades del § 100b III y § 111 f I.

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.¹⁸ Ya en la exposición de motivos de la Ley de Organización Judicial se caracterizó a la relación entre Ministerio Fiscal y policía como “inacabada e indeterminada en cuanto a sus límites”, “pues no existe un vínculo organizativo entre ambos”.¹⁹ Últimamente se le ha calificado de “inestable”.²⁰ 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”.²¹

Sobre esto el derecho vigente —y ya incluso el Ordenamiento Procesal del Imperio— resulta contradictorio en cuanto que faculta a la policía —dentro del marco del llamado primer asalto²² o, como decimos hoy en día, la *primera intervención*—²³ a “investigar hechos penales y a dictar todas las órdenes que no permitan dilación...” (§ 163 I 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 postura 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.²⁴ En contra de esa relación de regla-

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

¹⁹ Cfr. Hahn. *Die gesamten Materialien zu dem Gerichtsverfassungsgesetz*, sección 1, 1879, p. 153.

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

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

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

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

²⁴ Cfr. Peters, *supra* nota 15, § 24 ap. 3; Pfeiffer, *supra* nota 23, § 163 núm. marg. 10; cfr. asimismo Görgen, *supra* nota 6, pp. 69 y s., que pretende limitar las competencias de la policía a las medidas imposibles.

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".²⁵ 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*.²⁶ 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),²⁷ 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.²⁸ 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, investigaciones en estadio previo o investigaciones iniciales. Sobre ello se volverá más adelante.

Finalmente, en este contexto debe también advertirse del hecho de que la disposición legal de dar traslado de 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 no se haya "actuado", es decir, se haya investigado algo.²⁹ Así, "sin demora" significa después del aseguramiento imponible de

²⁵ Cfr. Karlsruher Kommentar. *Wache*, 4ª ed., 1999, § 163 núm. marg. 4; Rüping, *supra* nota 6, pp. 65 y ss.; Habel, *supra* nota 10, pp. 41 y ss.

²⁶ Cfr. Hilger. "Zum Strafverfahrensänderungsgesetz", 1999 (*StVÄG*, 1999), parte 1, en *NSiZ*, 2000, p. 561 (563 y s.).

²⁷ Ejemplos en *ibidem*, 564; de la misma opinión Murmann/Grassmann. "Die strafprozessuale Zusatzfrage im Ersten Juristischen Staatsexamen", en *Juristische Schulung (JuS)* anexo al fascículo 3/2001, p. 1 (6).

²⁸ Cfr. Pfeiffer, *supra* nota 23, § 163 núm. marg. 2. Críticamente, P. A. Albrecht. "Vom Unheil der Reformbemühungen im Strafverfahren", en *StV*, 2001, p. 416 (419), que habla incluso de "violación constitucional".

²⁹ Cfr. Görgen, *supra* nota 6, pp. 68 y s.; Habel, *supra* nota 10, pp. 63 y s.

las pruebas, de las debidas actuaciones de investigación y de su documentación escrita en el sumario.³⁰

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,³¹ 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,³² si bien no se alcanzó un control total de ella por parte de la fiscalía.

En el año 1845 el célebre Von Savigny, entonces ministro prusiano de legislación, acordó con Uhden, el nuevo Ministro de Justicia:

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 proporcionar al Estado nuevos postes, particularmente en los crímenes políticos.³³

Consecuentemente, también la policía habría de someterse al control del Ministerio Fiscal, como resulta por ejemplo del voto de Von 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 ... incurren en semejantes infracciones".³⁴ Posteriormente, en la "Promemoria del Ministro del Estado

³⁰ Cfr. Pfeiffer, *supra* nota 23, § 163 núm. marg. 10; asimismo, entre otros, A K-Achenbach, tomo 2, parte 1, 1992, § 163 núm. marg. 25.

³¹ Cfr. Schünemann. *Polizei und Staatsanwaltschaft*, parte 1, Kriminalistik, 1999, p. 74 (76 y ss.).

³² Cfr. Görgen, *supra* nota 5, pp. 48 y ss.; Habel, *supra* nota 10, pp. 15 y ss., 24 y s.; en detalle, Collin. "Wächter der Gesetze" oder "Organ der Staatsregierung?", en *Konzipierung, Einrichtung und Anteilung der Staatsanwaltschaft durch das preußische Justizministerium*, 2000, pp. 62 y ss.; asimismo Füllkrug, *supra* nota 16, pp. 193 y ss.

³³ Cita según Otto. *Die preussische Staatsanwaltschaft*, Berlín, 1899, p. 35. Según Collin, *supra* nota 32, pp. 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, pp. 40 y s.

y del Ministro de Justicia Von 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 prejudicadora quedaría excluida a su control".³⁵

Básicamente el Ministerio Fiscal había de ser concebido como *órgano de control* de la policía. Sin embargo, no se puede ignorar que por otro lado el Ministerio Fiscal siempre fue visto como órgano del Estado y representante de sus intereses,³⁶ y ya entonces se manifestó la crítica de que un control por parte de la fiscalía obstaculizaría una actividad policial efectiva.³⁷ 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 éste al Ministerio de Justicia y a la policía le dejó la facultad de investigar autónomamente.³⁸ 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,³⁹ 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

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

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

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

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

³⁹ Collin, *supra* nota 32, pp. 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*, pp. 208 y s.). Acerca de los posteriores (vanos) esfuerzos hacia un control de la policía: *ibidem*, pp. 218 y ss. (221).

continentales europeos⁴⁰ —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 sólo tiene lugar un control interno dentro de la jerarquía policial.⁴¹

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 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 Jefe 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.⁴² 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.⁴³ En investigaciones científicas se critica que en la realidad del proceso, con respecto a amplios ámbitos de criminalidad, la fiscalía sólo aparece en el esclarecimiento de los hechos y la adquisición de información en la fase diligencias previas como una figura marginal.⁴⁴ La

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

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

⁴² Bräutigam. "Probleme der Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft", en *DRiZ*, 1992, p. 214.

⁴³ Cfr. Wick. "Gefahrenabwehr-Vorbeugende Verbrechensbekämpfung-Legalitätsprinzip", en *DRiZ*, 1992, p. 217 (222); cfr. también Kuhlmann. "Gedanken zum Bericht über das Verhältnis 'Staatsanwaltschaft und Polizei'", en *DRiZ*, 1976, p. 265 (266); Schoreit. "Verpolizeilichung des Ermittlungsverfahrens", en *StV*, 1989, p. 499 (450).

⁴⁴ Cfr. fundamentalmente Blankenburg/Sessar/Steffen. *Die Staatsanwaltschaft im Prozeß strafrechtlicher Sozialkontrolle*, 1978, pp. 90 y ss., 303 y ss.; también Lillie. "Das Verhältnis von Polizei und Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren", en *ZStW*, 106, 1994, p. 625 (626). Wolter. "Datenschutz und Strafprozeß", en *ZStW*, 107, 1995, p. 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, p. 119) "hoy la opinión general es que

expresión *policialización* (*Verpolizeilichung*) en la etapa de instrucción, e incluso en todo el proceso penal —por cierto, también en otros ordenamientos jurídicos de la Europa continental—,⁴⁵ hace la ronda, entendiéndose por tal, en general, el creciente papel dominante que juega la policía en la investigación de los hechos.⁴⁶ En concreto, esto significa que en los ámbitos de la criminalidad menor y media la policía dirige las investigaciones de manera prácticamente autónoma,⁴⁷ 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.⁴⁸ Esta situación es objetable debido a la conocida dependencia de la fiscalía del resultado de las investigaciones policiales⁴⁹ y la “revaloración” de la criminalidad por parte de la policía.⁵⁰

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, p. 146, advierte que la policía ha pasado de ayudante a amo oculto del proceso penal; *cfr.* asimismo *Habel, supra*, nota 10, pp. 2, 41 y ss., 199.

⁴⁵ *Cfr.* Gleß, *supra* nota 40, p. 661.

⁴⁶ *Cfr.* por ejemplo, Paefgen. “‘Verpolizeilichung’ des Strafprozesses-Chimäre oder Gefahr?”, en Wolter (ed.). *Symposium für Rudolphi*, 1995, p. 13 (14) con ulteriores reseñas bibliográficas; *cfr.* asimismo Schoreit, *supra* nota 43, p. 449; Schaefer. *Zur Entwicklung des Verhältnisses Staatsanwaltschaft-Polizei*, libro-homenaje Hanack, 1999, p. 191 (196); Schünemann, *supra* nota 31, p. 78; Albrecht, *supra* nota 28, pp. 417 y ss.

⁴⁷ *Cfr.* fundamentalmente Blankenburg/Sessar/Steffen, *supra* nota 44, pp. 90 y ss., 303 y s.; también Paefgen, *supra* nota 46, p. 14; Wick, *supra* nota 43, p. 219.

⁴⁸ *Cfr.* diferenciadamente Blankenburg/Sessar/Steffen, *supra* nota 44, pp. 161 y ss., 268 y ss., 304; también, entre otros, Bräutigam, *supra* nota 42, pp. 215 y s.; Hellmann, *supra* nota 2, § 3 núm. marg. 58; Roxin, *supra* nota 38, p. 120.

⁴⁹ Blankenburg/Sessar/Steffen, *supra* nota 44, pp. 81 y ss., 86, 307 y s., 317, 322 y s.

⁵⁰ Fundamentalmente Steffen. *Analyse polizeilicher Ermittlungstätigkeit aus der Sicht des späteren Strafverfahrens*, 1976, pp. 292 y ss. y *passim*; el mismo, *Die polizeiliche Ermittlungstätigkeit*, Kriminalistik, 1976, pp. 97 y ss.; Kaiser. “Kriminologische Forschung in Deutschland und die empirischen Untersuchungen am Max-Planck-Institut”, en *ZStW*, 83, 1971, p. 1093 (1110 y s.); también Kuhlmann, *supra* nota 43, p. 268, así como también desarrolladamente y con referencias Habel, *supra* nota 10, pp. 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, pp. 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.

Sin embargo, puede decirse sin caer en la exageración que el Ejecutivo ha intentado adaptar la situación normativa a la real mediante de ciertas recomendaciones o la promulgación de disposiciones de rango inferior a ley. Un ejemplo de lo primero son las “directrices sobre la nueva configuración de las relaciones entre la policía y el Ministerio Fiscal”,⁵¹ 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.⁵² 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.⁵³ 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*).⁵⁴ Allí se puede leer en el núm. 3 ap. 1 que “la fiscalía ... en los casos *relevantes* o ... *difíciles* (deberá) esclarecer ella misma el supuesto de hecho desde la primera intervención”,⁵⁵ 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 que aquí, ya por disposición normativa, se 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.⁵⁶

El reparto de competencias descrito en el caso de las formas tradicionales de criminalidad se debe fundamentalmente a que, por regla general, es la

⁵¹ *Cfr.* Blankenburg/Sessar/Steffen, *supra* nota 44, pp. 95 y ss.; críticamente Kuhlmann, *supra* nota 43, pp. 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, p. 266 en nota 7.

⁵³ *Cfr.* Kuhlmann, *ibid.*

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

⁵⁵ Cursiva del autor.

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

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.⁵⁷ 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,⁵⁸ 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 determinado en el que se supone la comisión (futura) de delitos.⁵⁹ Aquí se trata enteramente de

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

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

⁵⁹ *Cfr.* entre otros Weßlau. *Vorfelddermittlungen-Probleme der Legalisierung vorbeugender Verbrechensbekämpfung aus prozessualer Sicht*, 1989, p. 27; Schüler Springorum. *Kriminalpolitik für Menschen*, 1991, p. 248; Merten/Merten. “Vorbeugende Verbrechensbekämpfung”, en *ZRP*, 1991, p. 213 (217); Kniesel. “Vorbeugende Bekämpfung von Straftaten im juristischen Meinungsstreit-eine unendliche Geschichte”, en *ZRP*, 1992, pp. 164 y s.; Liskén. “Vorfeldeingriffe im Bereich der Organisierten Kriminalität-gemeinsame Aufgabe von Verfassungsschutz und Polizei?”, en *ZRP*, 1994, p. 264 (265); Wolter, *supra* nota 44, p. 824; Hoppe. *Vorfelddermittlungen im Spannungsverhältnis von Rechtsstaat und der Bekämpfung organisierter Kriminalität*, 1999, pp. 25 y ss.; Artzt. *Die verfahrensrechtliche Bedeutung polizeilicher Vorfelddermittlungen*, 2000, pp. 11 y ss.

piezas de investigación que se dirigen contra la llamada criminalidad organizada (CO). Ésta está definida en el núm. 2. 1. del Anexo E a la *RiStBV* de la forma siguiente:

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.⁶⁰

Según la *RiStBV* las manifestaciones de la CO no sólo 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—.⁶¹ La consideración de un determinado supuesto de hecho como criminalidad organizada ha de ser posible con arreglo a numerosos indicadores, aunque sólo unos pocos son precisos.⁶²

⁶⁰ En Kleinknecht/Meyer-Goßner, *supra* nota 54, p. 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, pp. 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, p. 191 (196 y s.); Gropp, en Gropp/Huber (eds.). *Rechtliche Initiativen gegen organisierte Kriminalität*, 2001, p. 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-Goßner, *supra* nota 54, p. 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-Goßner, *supra* nota 54, pp. 1919 y ss.).

En el fondo, en este concepto de CO estructurado aquí a *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.⁶³ Se trata, por tanto, de manera predominante —y aquí resulta clara la influencia de la “illegal-enterprise Theorie” estadounidense—⁶⁴ de “criminalidad de dominio económico”,⁶⁵ o lo que es lo mismo —expresado de modo más neutral—: *criminalidad económica organizada de forma colectiva*.⁶⁶ Por el contrario, el ejercicio

-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 proporcionadamente 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:** contraobservación; 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, etcétera. **-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 otras, de actividades deportivas; búsqueda de contacto con personajes de la vida pública.

Criticamente, Wessel. *Organisierte Kriminalität und soziale Kontrolle*, 2001, pp. 55 y ss., con otras referencias bibliográficas.

⁶³ Cfr. Art. 2 (a) “UN 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, p. 58.

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

⁶⁶ Cfr. de manera similar Albrecht. “Organisierte Kriminalität und neuere Strafprozeßreformen in Deutschland”, en *Libro-homenaje a Nishihara*, t. 5, 1998, p. 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, p. 54 con otras referencias bibliográficas; Volk. *Libro-homenaje a Roxin*, 2001, p. 563 (570).

de influencia sobre la política, los medios de comunicación, la administración pública, la justicia o la economía sólo se exige alternativamente (“o”), pues la infiltración social que esto conlleva, aun cuando es sostenida una y otra vez desde el sector policial,⁶⁷ no se puede demostrar de forma empírica, al menos en lo que respecta a la República Federal Alemana.⁶⁸ La política criminal nacional actúa aquí, *nolens volens*, sin solidez científica,⁶⁹ 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, *bestseller Der Mob (La chusma)*, del periodista bávaro Dagobert Lindlau.⁷⁰ Pero si la supuesta peligrosidad de la CO *de facto* no existe o no en la magnitud que se propaga por parte policial,⁷¹ 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 sólo se puede hablar acerca 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.⁷² 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.⁷³ No queda

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

⁶⁸ Cfr. Albrecht, *supra* nota 66, p. 317: Si el peligro potencial de la CO efectivamente reside en el “efecto demoledor 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, pp. 197, 205, 217.

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

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

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

⁷² Cfr. Ambos. *Die Drogenkontrolle und ihre Probleme in Kolumbien, Peru und Bolivien*, 1993, pp. 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, pp. 71 y ss., 217 y s. y *passim*; *cfr.* asimismo Albrecht, *supra* nota 66, p. 317, según el cual hoy no se puede pasar por alto que existe un cierto desvalimiento, cuando no una crisis, en los intentos de describir la CO de forma comprensible.

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 criminalidad”.⁷⁴ Aquí, al parecer, se fundamenta la “policialización” en la lucha contra la CO por medio no sólo 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.⁷⁵

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 rótulo “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 perjudicadas que sean testigos presenciales. En caso de que haya víctimas y/o testigos inmediatos, éstos 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 presuponen, como se indica en el Anexo E a la *RiStBV*, que la fiscalía y la policía, dentro 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

⁷⁴ Kniesel, *supra* nota 59, p. 164.

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

investigaciones iniciales. Respecto a la sospecha inicial, ésta tendría ya lugar cuando según la experiencia criminalística exista una posibilidad aún 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 llegar a su esclarecimiento. Por la especial peligrosidad de la CO, en el supuesto de puntos de partida en relación a hechos penales se deben agotar, por regla general, las posibilidades de esclarecimiento.

Propiamente se trata en esas 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.⁷⁶ Aquí, como quedó probado en un reciente estudio de Matthias Artzt,⁷⁷ juegan un papel, por un lado, meras *suposiciones* criminalísticas; éstas 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 fácticos, sino que tendrían que ver con el traslado de una idea a la realidad.⁷⁸ Por otro lado, habría una sospecha general o *presospecha* que, como estadio previo inmediato a la verdadera sospecha inicial, estaría caracterizada por tratarse de una situación incierta de sospecha y por la existencia de un indicio más bien general.⁷⁹ 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 dar cuerpo de sospecha concreta a suposiciones criminalísticas de todo punto subjetivas.⁸⁰ El procedimiento de diligencias previas común, previsto en el ordenamiento procesal penal,⁸¹ se convierte en maculatura normativa.

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

⁷⁷ Artzt, *supra* nota 59, pp. 108 y ss.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 122.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 132.

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

⁸¹ *Cfr.* entre otros Füllkrug, *supra* nota 16, p. 194.

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 criminológicos⁸² 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*—⁸³ 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”.⁸⁴ Pero la cuestión tiene relevancia no sólo 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 fáctica 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”.⁸⁵ 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 esa sospecha inicial a la vista

⁸² Cfr. *supra* texto de la nota 50.

⁸³ Cfr. fundamentalmente Eschelbach. “Rechtsfragen zum Einsatz von V-Leuten”, en *StV*, 2000, p. 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 y obtención de medios para el hecho, así como la disposición de múltiples supuestos de hecho. Crítico asimismo Körner. “Tatprovokation und BtM-Sachen, 17º 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”, en *StV*, 1995, p. 431. La Corte Suprema (*BGH NJW*, 2000, pp. 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*, p. 1124).

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

⁸⁵ Wick, *supra* nota 43, p. 220.

de su solidez de cara a una ulterior acusación y —en última instancia— condena del acusado o acusados.⁸⁶ A la luz de la creciente importancia del procedimiento de investigación como núcleo fáctico y punto culminante del proceso,⁸⁷ 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, sólo pueden ser equilibradas mediante del establecimiento de un *contrapoder jurídico*. En un procedimiento acusatorio de instrucción al estilo alemán sólo 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—⁸⁸ 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 los intereses particulares de quienes deben tomar decisiones o posturas.⁸⁹ En la práctica se trata de algo totalmente distinto,

⁸⁶ Cfr. también Wick, *supra* nota 43, p. 220.

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

⁸⁸ Cfr. la reproducción del estado de la discusión en Hoppe, *supra* nota 59, pp. 95 y ss. A favor de una valoración en función del objetivo de la medida Görgen, *supra* nota 6, pp. 164 y ss.; Habel, *supra* nota 10, p. 40. Cfr. también Kunzmann, *supra* nota 11, pp. 32 y ss., 91 y ss., quien en los resultados opta (177) por una ponderación de intereses. Desde una perspectiva comparada Grote, en Gleß/Grote/Heine (eds.), *supra* nota 40 (tomo 2), pp. 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 (*DNA-Identitätsfeststellungsgesetz*) en unión con el § 81 g *StPO*— a la persecución penal cfr. *Senge, NSiZ*, 2001, p. 331 (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán *BVerfG NSiZ*, 2001, p. 328).

⁸⁹ Así Hoppe, *supra* nota 59, pp. 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-policial 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, sí serían encuadrables, en cuanto sean medidas para eliminación de un peligro abstracto (*sic*), dentro de la defensa policial frente a peligros. (pp. 169 y s.). Artzt (*supra* nota 59, pp. 91 y ss.), por su parte, diferencia de forma más convincente que Hoppe entre un punto de vista jurídico-policial 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 procesualistas penales quieren someterla con carácter general, ya debido a la facultad de dirección material que ostenta la fiscalía, al derecho procesal penal.

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 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.⁹⁰ Esto se confirma también mediante de la Ley de Modificación del Proceso Penal de 1999 (*Strafverfahrensänderungsgesetz, StVAG*), ya que reconoce —por fin— la componente que asocia el registro y la conservación preventiva de datos a la persecución penal (§§ 483 y ss.),⁹¹ 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 no se reduzca al menos el *desequilibrio de recursos* existente 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,⁹² se acentúan aún más dentro del ámbito de la lucha preventiva contra la delincuencia porque la policía es la que 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”⁹³

⁹⁰ Cfr. Hund. “Polizeiliches Effektivitätsdenken contra Rechtsstaat”, en *ZRP*, 1991, p. 463 (465); Artzt, *supra* nota 59, pp. 95 y ss.; Wolter, *supra* nota 44, p. 829; en el resultado final, asimismo Merten/Merten, *supra* nota 59, p. 220; dejándolo abierto Kniesel, *supra* nota 59, p. 165.

⁹¹ Cfr. Hilger. “Zum Strafverfahrensrechtsänderungsgesetz”, 1999 (*StVAG*, 1999), 2ª parte, en *NSZ*, 2001, p. 15 (17).

⁹² Cfr. Lilie, *supra* nota 44, pp. 627 y ss.; asimismo Kühne, *supra* nota 15, núm. marg. 135; Hellmann, *supra* nota 2, § 3 núm. marg. 4; Roxin, *supra* nota 38, p. 119.

⁹³ Cfr. sobre este concepto entre otros Liskén, *supra* nota 59, p. 264; Artzt, *supra* nota 59, p. 2; Weßlau. “Waffengleichheit mit dem ‘Organisierten Verbrechen’?”, en *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, 1997, p. 238 (241).

(“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) sólo ella dispone de la reserva central de datos para fines investigatorios y la fiscalía no tiene ningún acceso directo a este sistema.⁹⁴ La creciente internacionalización también fortalece la supremacía de la policía, pues ésta se manifiesta única y preferentemente, sobre todo en nivel europeo, como fenómeno de policialismo carente de instancias de control jurídico.⁹⁵ Así la Policía Europea (Europol), no sólo 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 sólo existe sobre el papel.⁹⁶

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 ley.⁹⁷ 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,⁹⁸ se fortalece, por el contrario, la posición jurídica

⁹⁴ Cfr. Lilie, *supra* nota 44, pp. 631 y ss.; Schaefer, *supra* nota 46, pp. 196 y s.

⁹⁵ Cfr. Nelles. “Europäisierung des Strafverfahrens-Strafprozessrecht für Europa?”, en *ZStW*, 109 1997, p. 727 (730).

⁹⁶ Critico con Europol Schaefer, *supra* nota 46, pp. 197 y ss.; P.A. Albrecht. “Europäische Informalisierung des Strafrechts”, en *StV*, 2001, pp. 69 y ss.; fundamentadamente entre otros Gleß/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. 1, 2000, pp. 196 y ss.; critico con el *Corpus Iuris* —en lugar de muchos otros— Weigend. “Spricht Europa mit zwei Zungen?”, en *StV*, 2001, p. 63 (65 y ss.). — Sobre “Eurojust”, en este contexto Hamm. “Der Einsatz heimlicher Ermittlungsmethoden und der Anspruch auf ein faires Verfahren”, en *StV*, 2001, p. 81 (84 y ss.).

⁹⁷ Cfr. texto nota 52.

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

ca de la fiscalía y de los tribunales frente a la policía, pues estas 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”,⁹⁹ que desarrollará sus efectos más allá de los registros domiciliarios conforme al artículo 13 II de la Constitución Alemana (Grundgesetz, GG) y § 105 I 1,¹⁰⁰ se mueve en esta dirección. Con todo —además del ya citado desequilibrio de recursos— no se debe pasar por alto que la fiscalía sólo 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.¹⁰¹

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,¹⁰² han fracasado sistemáticamente en Alemania, bien por la policía, bien ante los ministerios de interior.¹⁰³ Así, anteriores defensores de esta solución, como, por ejem-

⁹⁹ BVerfG EuGRZ, 2001, 156 = NSiZ, 2001, 382, Leitsatz I 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, en NSiZ, 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, aún 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, pp. 80 y ss., 164 y ss., 192 y s.; sobre la provincia prusiana del Rin cfr. Collin, *supra* nota 32, p. 205 y ss.

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

plo, Roxin,¹⁰⁴ actualmente se resignan a sostener que es inviable.¹⁰⁵ Tampoco el análisis fundamental de Habel en 1982¹⁰⁶ 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 Estado de Derecho.¹⁰⁷ Sobre esta 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 sólo 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”),¹⁰⁸ en cuyo caso este último también estaría dotado de potestad disciplinaria sobre estos funcionarios.¹⁰⁹

- 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 sólo cuando se le requiere para llevar a cabo medidas coercitivas. Especialmente, debe tener un acceso ilimitado al efectivo de datos policiales.¹¹⁰ Tal temprana participación no sólo es correcta en un

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

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

¹⁰⁶ Habel, *supra* nota 10, pp. 71 y ss., 102 y ss.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pp. 184 y ss.

¹⁰⁸ *Ibidem*, pp. 192 y ss.

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

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

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.¹¹¹

• 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.¹¹² Es evidente que esto, tal 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.¹¹³

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—¹¹⁴ generar recíprocamente un escalamiento. Esto no es sino una verdad evidente que entre tanto ha sido reconocida en Alemania por la propia policía.¹¹⁵ El desarrollo de una política criminal no sólo represiva, de una política criminal para seres humanos,¹¹⁶ que al mismo tiempo garantice una mayor efectividad y se

¹¹¹ Habel, *supra* nota 10, pp. 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, p. 211, sobre 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* 38, p. 121.

¹¹³ Cfr. Südkurier, 16.3.01. Según el mismo la fiscalía adquiere 20 nuevas delegaciones, mientras que la policía obtiene 60. El Ministro del 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, pp. 238 y ss.

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

¹¹⁶ Schüler Springorum, *supra* nota 59.

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 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 perjudicar 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 mediante el Ministerio Fiscal. Esto hace necesario su reforzamiento frente a la policía; un reforzamiento no sólo normativo, sino fundamentalmente fáctico.