

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VI, número 12, pp. 80-97.

Traducciones

AL PRINCIPIO EXISTÍA LA SOSPECHA... ¿O AÚN NO? SOBRE LA CUESTIÓN DE SI LA FISCALÍA, SIN CONOCIMIENTO DE UN DELITO, PUEDE INVESTIGAR A UN CIUDADANO QUE SE COMPORTA LEGALMENTE*

Helmut SATZGER*

Fecha de recepción: 23 de octubre de 2021

Fecha de aceptación: 1 de diciembre de 2021

Hace poco tiempo, en Alemania se debatió y problematizó una cuestión procesal de fuerte impacto mediático. A primera vista, el tema no resulta para nada “cautivante”, pero el caso que encendió la discusión reunía las condiciones para convertirse en un *affaire*.

I. El punto de partida del caso

* Traducción del alemán de Eugenio C. SARRABAYROUSE (UBA). Publicado originariamente bajo el título “Im Anfang war der Verdacht – oder noch nicht? Zur Frage, ob die Staatsanwaltschaft ohne Kenntnis einer Straftat gegen einen sich legal verhaltenden Bürger ermitteln darf”, en *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, 2015, pp. 1009-1022. Se ha mantenido el formato de citas del original. El título del artículo hace referencia a la frase con la cual comienza el Evangelio según San Juan (1.1). Según una traducción clásica (Monseñor Juan Straubinger), dice: “En el principio el Verbo era, y el Verbo era junto a Dios”; en la traducción argentina del Libro del Pueblo de Dios (accesible en el sitio web www.vatican.va) se lee: “Al principio existía la Palabra y la Palabra estaba junto a Dios”, la que coincide con la de la Biblia de Jerusalén. Aquí se optó por estas últimas. Una versión de este trabajo fue expuesta por el Prof. SATZGER, el 20 de octubre de 2021, en el Seminario de Actualización del Departamento de Derecho de la Universidad de San Andrés. Cabe agregar que el tipo penal discutido en el caso (§ 184b StGB) fue reformado y ampliado en sus alcances con posterioridad al suceso analizado en el trabajo (ver *infra* nota 4).

* Profesor de la Universidad de Múnich. El autor agradece a su asistente científico Florian Ruhs por su colaboración y sus valiosas sugerencias.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VI, número 12 (2021)

La “sospecha inicial” del caso del ex diputado federal del SPD (Partido Social Demócrata) *Sebastian Edathy* fue la que recibió especial atención, debido a la cual su casa y su lugar de trabajo fueron registrados en febrero de 2014. El motivo fue que *Edathy*, entre octubre de 2005 y junio de 2010, había adquirido fotos de niños desnudos a una empresa canadiense. La policía de Canadá había enviado una lista de clientes alemanes a la Oficina Federal de la Policía Criminal (*Bundeskriminalamt*, *BKA*) tras el descubrimiento de una red canadiense de pornografía infantil. Las películas y las fotos compradas por *Edathy* mostraban a niños desnudos de 9 a 14 años. Según la evaluación de la *BKA* y la Oficina Central de Lucha contra la Delincuencia en Internet, se trataba de fotografías de la denominada “categoría 2”, es decir, “fotografías de desnudos no pornográficos de niños y jóvenes”. En consecuencia, las imágenes —a diferencia del llamado “material pornográfico infantil y juvenil” de “categoría 1”— no mostraban actos sexuales y tampoco se centraban en la zona genital de las personas fotografiadas. Así pues, las imágenes representaban “material irrelevante para el Derecho penal”.¹ No obstante, la fiscalía de Hannover inició una investigación preparatoria; a pedido suyo, el 10 de febrero de 2014, el *Amtsgericht* (juzgado de primera instancia) de la misma localidad dictó las órdenes de registro.

La fiscalía había justificado su decisión —con fuerte repercusión mediática—² en que la posibilidad de encontrar material pornográfico infantil era una cuestión valorativa difícil de responder; de todos modos, se trataba de un caso fronterizo. La vasta y prolongada experiencia de los especialistas de la fiscalía de Hannover y de la policía indicaba que una persona que había comprado esa clase de fotografías con desnudos también poseía material pornográfico infantil. Además, quienes encargaban ese tipo de imágenes tampoco podían controlar qué material les era finalmente enviado por el proveedor. Durante el procesamiento de un pedido, no era posible determinar ya si los productos solicitados —al ser evaluados posteriormente— eran de pornografía

¹ No hay indicios de una evaluación posterior y divergente del material como pornografía infantil al momento decisivo y único de la apertura del procedimiento —debido al detallado examen previo de los expertos—; esta mera suposición no se ha confirmado desde entonces (hasta donde se puede saber). En particular, la acusación presentada el 17 de julio de 2014 en virtud de los §§ 184b, párr. 4, 1.ª oración, y 184c, párr. 4, 1.ª oración, StGB, se basa en otro material pornográfico infantil; al respecto, véase el comunicado de prensa de la Fiscalía de Hannover del 17 de julio de 2014, http://www.staatsanwaltschaften.niedersachsen.de/portal/live.php?navigation_id=22924&article_id=126374&_psmand=165 (última visita: agosto de 2014).

² En conferencia de prensa, los fundamentos fueron explicados detalladamente y contaron con un fuerte impacto mediático; véase <https://www.youtube.com/watch?v=YxAWdDFM9sA> (última visita: agosto de 2014).

SATZGER (2021) “Sospecha” pp. 80-97.

infantil o si el umbral de la responsabilidad penal todavía no había sido superado. Para fundamentar la sospecha inicial, la fiscalía también se refirió a la supuesta “acción conspirativa” de *Edathy*, inferida, entre otros elementos, de la circunstancia que había utilizado diferentes direcciones de correo electrónico para hacer los pedidos y distintas tarjetas de crédito para el pago. Además, no había descargado las imágenes obtenidas en línea a su propia computadora, sino que había utilizado las del Departamento de Informática (*IT Referat*) del *Bundestag*. De manera concordante, el *Amtsgericht* de Hannover justificó las órdenes de registro en que, si bien “todavía podía no haberse completado un tipo penal”, el envío y la compra de las películas indicaba que el comprador tenía una tendencia a la pedofilia. “En virtud de la experiencia criminalística”, cabía suponer que el comprador también poseía material penalmente relevante.³

Mientras se expandía la indignación pública por el comportamiento inmoral (!) de *Edathy* y se reclamaba un endurecimiento del Derecho penal alemán, de tal modo que en el futuro todo comercio o intercambio de fotografías de niños desnudos ya constituyera un delito,⁴ otros criticaban duramente la actuación mediática de las autoridades a cargo de la persecución penal así como también el registro de ámbitos y oficinas privadas sobre la base de un comportamiento que —al menos en apariencia— era legal e impune según el derecho alemán.⁵ *Edathy* intentó defenderse —

³ Véase la edición digital del diario sueddeutsche.de del 15/02/2014, <http://www.sueddeutsche.de/politik/fall-edathy-wie-aus-strafrechtlich-irrelevant-eine-razzia-wurde-1.1889578> [enlace verificado el día 26 de febrero de 2022].

⁴ Véase la iniciativa del partido CSU de febrero de 2014 para punir el “intercambio en el mercado” de fotos de desnudos, en <http://www.sueddeutsche.de/politik/geplante-gesetzesinitiative-csu-will-handel-mit-kindernacktfotos-verbieten-1.1898117> [enlace verificado el día 26 de febrero de 2022]. Ver también los preparativos de un proyecto legislativo por parte del Ministerio Federal de Justicia —aunque limitado al intercambio comercial— en http://www.bmjv.de/DE/WebS/TDOT/Reisefreiheit/_doc/_doc.html (última visita: agosto de 2014). Cfr. también el comentario crítico de *Krings* sobre la situación jurídica actual y su opinión sobre los esfuerzos reformistas muy tardíos del legislador, ZRP pp. 14, 69 ss.; también el debate a favor y en contra entre *Frieser* y *Renzikowski*, DRiZ 14, 132 ss.

⁵ En particular, cfr. *Fischer*, con duras críticas, en ZEIT-ONLINE v. 27/02/2014, <http://www.zeit.de/2014/10/staatsanwaltschaft-fall-edathy> (última visita: agosto de 2014).

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VI, número 12 (2021)

sin éxito hasta ahora— recurriendo la orden de registro. Su recurso ante el Tribunal Constitucional (BVerfG)⁶ también fracasó.⁷

Aunque hasta la fecha no se han aclarado todos los detalles de los hechos del caso, este plantea una cuestión sumamente interesante: si, y bajo qué circunstancias, la fiscalía (de acuerdo con el marco fáctico conocido al momento de decidir la apertura de una investigación preliminar) puede considerar una conducta legal y carente de relevancia penal para afirmar una sospecha inicial y, en consecuencia, ordenar medidas de coerción, como el registro contra la persona sospechada, cuando, en definitiva, carece de conocimiento alguno acerca de la comisión de un delito.

II. La sospecha inicial. Concepto y funciones

Los términos “sospecha inicial” ni siquiera son utilizados por el StPO. Cuando el § 152, segundo párr.,^{*} habla de “indicios fácticos concretos” acerca de un “delito perseguible”, se observa aquí la definición de “sospecha inicial”.⁸ La fiscalía debe actuar ante toda sospecha de comisión de un delito —con independencia de que se dirija contra una persona conocida o desconocida— (principio de legalidad), con lo cual se realiza la “unidad de la aplicación del derecho” y la “igualdad ante la ley”.⁹

⁶ Cfr. “Registros en el caso Edathy: un ex miembro del Bundestag presenta un recurso de inconstitucionalidad”, en Legal Tribune ONLINE del 05.05.2014, http://www.lto.de/persistent/a_id/11857/ [enlace verificado el día 26 de febrero de 2022]; a este respecto, cfr. la decisión favorable del BVerfG (a título de medida cautelar) en una constelación de casos de registro bastante similar: BVerfG, sentencia del 05/02/2014 - 2 BvR 200/14 = BeckRS 2014, 51664.

⁷ Véase BVerfG (3.ª Cámara del Segundo Senado), NJW 2014, p. 3085; véase también BVerfG NJW 2018, p. 3571 —decisión en la cual, sin embargo, se hace hincapié en la necesidad de añadir “otros indicios” de la comisión de un delito penal—.

^{*} La regla citada del StPO alemán utiliza la expresión “zureichende tatsächliche Anhaltspunkte”, que ha sido traducida de diversas maneras: Julio MAIER en su tesis doctoral, la tradujo como “indicios materiales suficientes” (ver “La Ordenanza Procesal Penal alemana. Su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentino”, en *Doctrina Penal* 1979, año 2, Buenos Aires, Depalma, p. 337); Daniel PASTOR y Gabriela CÓRDOBA optaron por la frase “puntos de partida objetivos” (ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, trad. de la 25.ª ed. alemana por Daniel PASTOR y Gabriela CÓRDOBA, revisada por Julio B. J. MAIER, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, p. 329); en cambio, en la traducción del *Curso Fundamental de Derecho procesal penal* de Klaus VOLK, quienes la realizaron eligieron la frase “indicios fácticos concretos” (ver obra citada, trad. de la 7.ª ed. alemana por Alberto NANZER, Noelia T. NÚÑEZ, Daniel R. PASTOR y Eugenio SARRABAYROUSE, revisada por Noelia NÚÑEZ, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, p. 79). Aquí utilizaremos indistintamente esas expresiones y sumamos “evidencia concreta” (N. de T).

⁸ Véase únicamente LR-Beulke, § 152, n.º m. 21.

⁹ Cfr. BGHSt 15, p. 159 = NJW 1960, pp. 2346, 2347; ver también Pfeiffer, StPO § 152, n.º m. 2.

SATZGER (2021) “Sospecha” pp. 80-97.

A este respecto, el concepto de sospecha inicial funciona como el “disparador” del deber legal de investigación basado en el interés público que pesa sobre los funcionarios a cargo de la persecución penal.

Sin embargo, y al mismo tiempo, la sospecha inicial cumple, por así decir, una función contraria, aunque no menos importante, **de protección individual**. El segundo párr. del § 152, StPO no solo expresa el deber de investigar, sino que también establece un umbral por debajo del cual los funcionarios a cargo de la persecución no pueden iniciar una investigación penal.¹⁰ Esto es comprensible porque las investigaciones policiales y de la fiscalía, en cualquier caso, “empañan la ‘buena reputación’ y el prestigio de la persona afectada”¹¹ y pueden causar considerables y tangibles daños económicos, psicológicos o sociales. Por lo tanto, la implementación de este procedimiento estatal conduce *per se* a molestias relevantes en los derechos fundamentales de la persona afectada.

Esto queda especialmente claro en el caso *Edathy*: con el anuncio de la apertura de las actuaciones preliminares contra él, su reputación quedó irreversiblemente dañada, su carrera profesional como integrante del *Bundestag* llegó a un abrupto final e incluso su seguridad personal ya no parecía estar garantizada en Alemania, pues informó que había recibido amenazas de muerte telefónicas.¹² Por lo tanto, resolvió —decisión muy comprensible en esas circunstancias— marcharse al extranjero. Tal vez las consecuencias de una investigación preliminar habitualmente no son tan evidentes. Sin embargo, siempre se trata de la intervención del Estado en la esfera privada, sin que en ese momento ya esté claro que realmente se ha cometido un delito. Los perjuicios que una persona acusada tiene que tolerar durante una investigación preparatoria en virtud de fundamentos legales son, por así decirlo, un “sacrificio especial” que hace en interés de la generalidad en el esclarecimiento de potenciales delitos. Huelga decir que en un Estado de Derecho esta especie de victimización especial debe reducirse al mínimo, lo que se expresa en la vigencia general del principio de proporcionalidad con respecto a todas las medidas coercitivas ordenadas contra la persona acusada. Sería incomprensible el por qué debería regir algo distinto a la hora de

¹⁰ Véase solo LR-Beulke § 152, n.º m. 22; Fischer/Maul, NStZ 92, pp. 7, 10; Hund, ZRP 91, p. 463; Zabel, ZIS 2014, pp. 340, 341.

¹¹ Véase OLG Schleswig, OLG Report Celle 2008, p. 398, en el que se destaca esta característica especial de la investigación penal (criminal), particularmente, en contraste con la sospecha inicial propia de una contravención.

¹² Cfr. la edición de Spiegel-Online del 23/02/2014, <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/kinderporno-affaere-morddrohungen-gegen-edathy-a-955135.html> [enlace verificado el día 26 de febrero de 2022].

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VI, número 12 (2021)

evaluar si se debe iniciar una investigación preliminar, que también afecta los derechos fundamentales.

Además, la sospecha inicial en el sentido del § 152, segundo párr., StPO, según la opinión dominante, debe equipararse con el grado de sospecha suficiente —dado el caso, junto a otros requisitos previos— para ordenar medidas de coerción.¹³ El dictado de una orden de registro —como al inicio del caso seguido contra *Edathy*— se basa en los §§ 102 y 105, StPO y, en última instancia, solo requiere la existencia de una sospecha inicial, simplemente concretada con respecto a una persona específica.¹⁴ Debido a la injerencia de los funcionarios de la persecución penal en el derecho básico del art. 13, primer párr., Ley Fundamental (*Grundgesetz, GG*) en el caso de un registro, resulta todavía más evidente que deben establecerse requisitos claros, no demasiado laxos, para la “sospecha”, requisito previo que autoriza la injerencia.¹⁵ Las investigaciones “a ciegas” (o en el vacío) o “excursiones de pesca” son constitucionalmente inadmisibles, en particular a la vista de la presunción de inocencia del art. 6, segundo párr., del Convenio Europeo de Derechos Humanos.¹⁶

III. El concepto de sospecha inicial. Naturaleza jurídica y elementos de su definición

En cierta contradicción con esta significativa función constitucional de la sospecha inicial, hasta ahora existen pocos intentos en la jurisprudencia y la doctrina para aclarar este concepto y dotarlo de contenido.

Según la opinión dominante, una sospecha inicial presupone, en todo caso, indicios concretos que posibilitan, de acuerdo con la experiencia criminalística, la existencia de un hecho penal

¹³ Véase solo *Beulke*, StPO, n.º m. 17; solo en apariencia más estricto, BeckOK-StPO-*Beukelmann*, § 152, n.º m. 4.1, quien, en definitiva, a pesar de la “definición estricta” aplica las mismas reglas que la opinión dominante con respecto al § 152, segundo párr., StPO.

¹⁴ Cfr. *Hoven*, NSTZ 14, pp. 361, 363.

¹⁵ Véase, sin embargo, *Hoven*, NSTZ 14, pp. 361, 363, para quien los tribunales solo tienen en cuenta la especial sensibilidad de los derechos fundamentales en el “examen de proporcionalidad”.

¹⁶ Cfr. BVerfG, NJW 06, pp. 1939, 1946; en general, sobre el significado de la presunción de inocencia para quienes tienen a su cargo la persecución penal: S/S/W-StPO-*Satzger*, art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, n.º m. 96; sobre la conducta, al menos discutible, de la fiscalía en el caso *Edathy* y una posible violación de la presunción de inocencia, véase *Bommarius*, AnwBl 14, 431.

SATZGER (2021) “Sospecha” pp. 80-97.

perseguido.¹⁷ De este modo, debe darse a los investigadores un ámbito de decisión únicamente revisable de forma limitada por los tribunales. La jurisprudencia no suele ir más allá de una referencia global a una “evaluación general de todas las comprobaciones fácticas requeridas en el caso individual bajo una consideración exacta de todas las características particulares”,¹⁸ pero no se ocupa de los requisitos concretos de la sospecha inicial y, en última instancia, no hace más que, simplemente, presuponer el concepto.

A partir de la definición brindada por la opinión dominante, pueden identificarse los siguientes elementos de una sospecha inicial, así como su estructura básica.

1. *Evidencias concretas*: la base necesaria para una sospecha inicial son las evidencias concretas conocidas por las autoridades a cargo de la persecución. Así pues, una sospecha inicial solo puede construirse legítimamente si está basada en indicios concretos,¹⁹ es decir, en condiciones o acontecimientos del presente o del pasado accesibles mediante las pruebas. Por lo tanto, las meras suposiciones vagas, sin apoyo en circunstancias concretas, o las puras posibilidades teóricas, son insuficientes a este respecto.²⁰

2. *Suficientes puntos de partida objetivos para la persecución de un delito*: con la característica de “suficiencia”, la definición legal tiende el puente entre los hechos conocidos, por una parte, y el objetivo de las investigaciones a iniciar, especificado en el § 152, segundo párr., StPO, esto es, el esclarecimiento de un “delito” que debe ser perseguido. De ello se desprende que no todo indicio puede servir de base para una sospecha inicial, sino que debe tener una cierta *conexión interna* con un (posible) delito que dé lugar a las investigaciones. Por consiguiente, deben “hablar a favor” de que precisamente el suceso vital que se está investigando implica un delito.²¹ Sin embargo, aún no se ha aclarado qué significa esto exactamente. En la jurisprudencia hay poca precisión sobre este aspecto.

¹⁷ Cfr. BVerfG NStZ 94, pp. 499, 500; BGH NJW 89, pp. 96, 97; *Beulke*, StPO, n.º m. 311; *Meyer-Göfner/Schmitt*, § 152, n.º m. 4; S/S/W-StPO-Schnabl/Vordermayer, § 152, n.º m. 6; *Senge*, FS Hamm, p. 702; AnwK-StPO-Walther, § 152 n.º m. 5.

¹⁸ Cf. BGHSt 20, pp. 333, 341; LG Bonn, sentencia del 25.09.2008 – 27 Qs 5, 27/08.

¹⁹ Cfr. OLG Hamburg NJW 84, pp. 1635, 1636; S/S/W-StPO-Schnabl/Vordermayer, § 152 n.º m. 6.

²⁰ Cfr. BVerfGE 115, pp. 166, 197 ss. = NJW 06, pp. 976 y 982, así como también más recientemente BVerfG NJW 14, pp. 2265 ss.; véase también OLG Hamburg NJW 84, pp. 1635, 1636; LR-*Beulke* § 152, n.º m. 22.

²¹ BeckOK-StPO-Beukelmann § 152, n.º m. 4.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VI, número 12 (2021)

Por el contrario, el *Landgericht* (LG; tribunal estadual) de Aachen va mucho más allá, en tanto señala que esa conexión solo puede afirmarse cuando la comisión del delito, sobre la base de los indicios conocidos, es más probable que otros escenarios. En un asunto relativo a la adquisición y posesión de pornografía infantil a través de Internet, el tribunal exigió, para afirmar una sospecha inicial, la existencia de indicios materiales suficientes de que el supuesto delito *probablemente* se había cometido; en el caso concreto, la negó porque era “al menos igual de probable” que el acusado hubiera obtenido las imágenes pornográficas infantiles por medios no punibles.²²

En la doctrina se utiliza predominantemente la fórmula de que se debe disponer de indicios concretos que, según la experiencia criminalística, *permitan mostrar como posible* la existencia de un delito.²³ Sin embargo, el umbral para suponer una sospecha inicial debe fijarse “muy bajo”.²⁴ Una probabilidad baja no daña, antes bien, las dudas pueden aún prevalecer en esa etapa del proceso. Por lo tanto, es bastante obvio que se aplica un estándar significativamente más bajo en comparación con el establecido por el LG de Aachen. KÜHNE, que reprocha a la opinión dominante no haber hecho nada más allá de los “lugares comunes” para concretar el concepto de sospecha,²⁵ aboga por un enunciado matemático de probabilidad. Para afirmar una sospecha inicial resulta suficiente una probabilidad menor del 50%, aunque este valor no debe tender al cero.²⁶ Esto deja en claro que obviamente no se trata solo de una disputa sobre el significado de las palabras. Los enunciados de KÜHNE sobre la probabilidad, por un lado, y las del LG de Aachen, por otro, muestran muy claramente que existen concepciones completamente diferentes sobre los requisitos de probabilidad subyacentes a una sospecha inicial.

A la vista de estas divergencias y, por cierto, también debido a la vaguedad de los enfoques matemáticos, difícilmente manejables en la práctica, parece atractivo, junto con la opinión dominante, prescindir de los enunciados de *probabilidad* y centrarse únicamente en la “posibilidad” de la comisión de un hecho perseguible penalmente. Si esto se tomara realmente en serio, facilitaría considerablemente la “solución” del caso *Edathy*. Era innegable que *Edathy* tenía acceso a Internet. Por lo tanto, le fue *posible* pedir material de pornografía infantil disponible y ofrecido *on line*. Sin

²² LG Aachen, MMR 08, 764.

²³ *Supra* nota 17.

²⁴ KK-Diemer, § 152, n.º m. 7.

²⁵ Kühne, NJW 79, pp. 617 y 618.

²⁶ Kühne, Strafprozessrecht, n.º m. 337.

embargo, todos los demás usuarios de Internet fueron y son capaces de hacerlo, por lo que el criterio de “posibilidad” por sí *solo* es inadecuado para la delimitación del concepto. En particular, si se tuviera en cuenta únicamente la mera posibilidad de haberse cometido un delito, la sospecha inicial perdería todo efecto limitador con respecto a la intervención de las autoridades a cargo de la persecución penal. Solo cuando se hubiera refutado la existencia de un delito, podría negarse en definitiva la posibilidad de cometerlo y, con ello, la sospecha de haberlo realizado.²⁷ Por lo tanto, hay que exigir más que la posibilidad. Como veremos, el criterio de la conexión interna entre el hecho y la infracción punible, que ya se ha mencionado, es por lo tanto de especial importancia.

3. *Correctivo: ¿la experiencia criminalística y un margen de decisión?* Sin embargo, la opinión dominante tampoco se basa en una “posibilidad” objetivamente entendida, sino que también la sitúa en un contexto subjetivo. La posibilidad debe entenderse en el contexto de la *experiencia criminalística* del perseguidor penal. Se trata de un margen de decisión otorgado a la persona que decide sobre el inicio de un proceso penal.

En principio, resulta indudable que la sospecha es un criterio que debe evaluarse *ex nunc* desde la perspectiva de quien investiga. Por lo tanto, siempre se trata de una evaluación subjetiva del pasado, que se presenta como una especie de “pronóstico retrospectivo”,²⁸ realizado por la fiscalía sobre la base de hechos conocidos para concluir que —suponiendo la corrección de esa evaluación— se ha cometido un hecho punible. Por supuesto, esto no debe abrir un ámbito de libertad absoluta para la fiscalía, pues entraría en flagrante contradicción con la importante función de protección individual que cumple la sospecha inicial (véase más arriba). En particular, no hay un ámbito de discrecionalidad con respecto a *las consecuencias jurídicas*: por lo tanto, iniciar un procedimiento no está sujeto a la discreción del investigador.²⁹ La concesión de una discrecionalidad tal equivaldría, en última instancia, a un amplio reconocimiento del principio de oportunidad (véanse los §§ 153 y sigs. StPO),³⁰ el cual, sin embargo y de acuerdo con el derecho en vigor, debería

²⁷ Así, con razón, Eisenberg/Conen, NJW 98, pp. 2241 y 2243.

²⁸ Kühne, Strafprozessrecht, n.º m. 327; del mismo autor, NJW 79, pp. 617 y 619; véase también Zabel, ZIS 14, pp. 340 y 342.

²⁹ Sin embargo, la doctrina más antigua es parcialmente diferente: véase, p. ej., v. Hindte, Die Verdachtsgrade im Strafverfahren, Kiel 1973, p. 37; Kaiser, NJW 65, p. 2380.

³⁰ Detalladamente LR-Beulke, § 152, n.º m. 8 ss.; S/S/W-StPO-Beulke, introducción, n.º m. 51.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VI, número 12 (2021)

aplicarse precisamente solo como una excepción al principio de legalidad, vigente de modo general y garantizado por el § 152, segundo párr., StPO.³¹

Dado que el legislador en el § 152, segundo párr., StPO, trabaja con conceptos jurídicos indefinidos *del lado de la tipicidad*,³² la cuestión solo puede ser si se otorga a las autoridades a cargo de la persecución penal un ámbito de decisión que no es o —mejor dicho— solo es justiciable de manera limitada. La interpretación de conceptos jurídicos indeterminados está, en principio, sujeta a un completo control judicial.³³ Sin embargo, excepcionalmente, y en relación con ciertos grupos de casos, se concede a la administración un margen de decisión que no es totalmente justiciable.³⁴ La jurisprudencia sobre la sospecha inicial también lo afirma³⁵ —aunque de manera bastante incidental— con la amplia aprobación de la doctrina.³⁶ Para evaluar si existe una sospecha inicial, se requiere una visión de conjunto, cuyo resultado se basa en gran medida en una ponderación subjetiva, que no puede ser evaluada en detalle, de los elementos fácticos incluidos en esa estimación.³⁷ Se trata de una necesaria valoración de momentos incriminatorios y desincriminatorios que, de acuerdo con la experiencia criminalística, puede suceder de manera

³¹ *Beulke*, StPO, n.º m. 17.

³² Véase solamente *Bach*, Jura 07, pp. 12 y 14; LR-*Beulke* § 152, n.º m. 28; *Bottke*, GA 80, pp. 298 y 303; S/S/W-StPO-*Schnabl/Vordermayer*, § 152, n.º m. 6.

³³ Cfr. BVerfG NJW 91, pp. 2005 y 2006.

³⁴ Cfr. en general, BVerfG NVwZ 10, pp. 435 ss.; NVwZ 12, pp. 694 ss.

³⁵ Cfr. BGH NJW 70, pp. 1543 y 1544; NJW 90, pp. 2633 y 2634; NJW 92, pp. 1463 y 1466; véase también BVerfG NJW 84, pp. 1451 y 1452.

³⁶ Cfr. únicamente LR-*Beulke* § 152, n.º m. 28; *Meyer-Göfner/Schmitt*, § 152, n.º m. 4, KK-*Diemer* § 152, n.º m. 8. Con respecto a las medidas de coerción que presuponen una sospecha inicial (p. ej., un registro), la jurisprudencia —por lo que se ve— nunca menciona explícitamente un espacio de decisión, lo que podría interpretarse en el sentido de que, habida cuenta de la relevancia de esas medidas en relación con los derechos fundamentales, es evidente la moderación con respecto a conceder a quienes investigan un ámbito de discrecionalidad sin controles. Sin embargo, el estándar de revisión prescrito por el BVerfG (p. ej., la sospecha inicial, “incomprensible y objetivamente arbitraria”, véase BVerfG NJW 91, pp. 690 y 691) muestra que a quienes tienen a su cargo la persecución penal se les concede en definitiva un ámbito de decisión comparable a uno de discrecionalidad (véase también *Hoven*, NStZ 14, pp. 361 y 363).

³⁷ BGH NJW 89, p. 96.

diferente.³⁸ Por lo tanto, distintos observadores —sin incumplir un deber— podrían llegar a soluciones disímiles.³⁹

Pero incluso si se reconoce un margen de discrecionalidad, esto no significa que quienes investigan sean completamente libres para decidir si se cumplen los requisitos del § 152, segundo párr., StPO. Los límites para asumir una sospecha inicial están trazados por la violación de las leyes del pensamiento, una interpretación inaceptable y, en particular, la prohibición de la arbitrariedad.⁴⁰

Sin embargo, no debe pasarse por alto que la opinión dominante, al enfatizar la experiencia criminalística y otorgar un margen de discrecionalidad, en gran medida toma distancia de los intentos de establecer los requisitos conceptuales de la sospecha inicial. Más bien, “delega” a la práctica la competencia para definirla caso por caso. No obstante, cabe destacar que, en la presente constelación, el respeto de los límites del ámbito de decisión podría, en cualquier caso, revisarse judicialmente de manera relativamente poco problemática. Porque el tribunal conoce los hechos (a partir de las actas) y los jueces tienen a disposición —al menos tanto como los fiscales— los conocimientos jurídicos necesarios y un grado suficiente de perspectiva criminalista o incluso a menudo (debido, entre otras cosas, al intercambio de puestos entre fiscalía y judicatura en la mayoría de los estados federales) la experiencia pertinente como fiscales. Así pues, no se plantea aquí el problema que suele tener la jurisprudencia en el derecho administrativo debido a que el control judicial choca con sus límites funcionales, tal como ocurre particularmente en los casos de revisión de decisiones sobre verificaciones, valoraciones realizadas por funcionarios de la Administración pública o resoluciones valorativas tomadas a través de comisiones de expertos sin un procedimiento establecido.⁴¹ También para el caso absolutamente comparable⁴² del examen del “concepto de peligro” utilizado por los funcionarios policiales cuando actúan preventivamente, la

³⁸ BVerfG NJW 84, pp. 1451 y 1452.

³⁹ BGH NJW 89, p. 96; en cambio, es insuficiente el razonamiento del BGH NJW 95, pp. 1974 y 1975, según el cual se entiende por sí solo que en el procedimiento preparatorio el grado de sospecha —también dependiente de la experiencia criminalística de la persona que evalúa— puede ser valorado de manera diferente.

⁴⁰ Sobre los límites a la arbitrariedad, véase BGH NJW 89, p. 96; cfr. también BVerfG NStZ 84, pp. 228 y 229; NStZ 04, p. 447.

⁴¹ Cfr. *Eisenberg/Conen*, NJW 98, pp. 2241 y 2248.

⁴² Véase *Kühne*, Strafprozessrecht, n.º m. 323.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VI, número 12 (2021)

jurisprudencia nunca ha reconocido —a pesar de la situación similar— un ámbito discrecional de decisión.⁴³ Por lo tanto, no es sin razón que algunas personas rechazan totalmente el reconocimiento de un margen de decisión en el § 152, segundo párr., StPO.⁴⁴ El hecho de que el § 142, GVG (Ley de Organización Judicial) reconozca autonomía a la fiscalía y que el StPO le otorgue el monopolio de la acusación habla en última instancia a favor —a pesar de todas las dudas— de seguir la opinión dominante y aceptar un ámbito de decisión discrecional de las autoridades a cargo de la persecución.⁴⁵ Sin embargo, esto solo debería aceptarse dentro de un marco muy estrecho, por un lado, debido a que —en comparación con la constelación de casos “típicos”— hay una necesidad claramente menor de tal ámbito discrecional; y, por el otro, en razón de la considerable relevancia que tienen los derechos fundamentales al inicio de una investigación preliminar. Esto vale aún más para la adopción de medidas de coerción, fácticamente anudadas a la existencia de una sospecha inicial, como particularmente en el caso de las órdenes de registro que implican una injerencia en el derecho básico previsto en el art. 13 de la Ley Fundamental.⁴⁶ Por consiguiente, se debe tener cuidado de que la experiencia criminalística no degenera en una “caja negra” arbitraria, argumentativamente utilizable de manera amplia. Antes bien, la fiscalía, que afirma una sospecha inicial, debe poder referirse a reglas de la experiencia *comunicables intersubjetivamente*,⁴⁷ lo que permite transparentar la conexión interna que a su juicio existe entre los elementos fácticos conocidos y el hecho penal perseguible, lo que permite a su vez examinar la justificación de la decisión.⁴⁸

IV. El comportamiento legal como fundamento para suponer una sospecha inicial

⁴³ Cfr. únicamente BVerwG NJW 91, pp. 2005 y 2006.

⁴⁴ Cfr. *Eisenberg/Conen*, NJW 98, pp. 2241 y 2248 ss.

⁴⁵ En particular, también *Eisenberg/Conen*, NJW 98, pp. 2241 y 2249.

⁴⁶ Véase también BVerfG NJW 14, pp. 2265 ss., en el que, sin embargo, se funda principalmente en el criterio de la proporcionalidad.

⁴⁷ Sobre los requisitos mínimos de las reglas de la experiencia véase en detalle *Freund, Normative Probleme der „Tatsachenfeststellung“*, Heidelberg 1987, pp. 15 ss.; sobre la intersubjetividad como criterio, cfr. *Fincke*, ZStW 95 (1983), pp. 918 y 924; *Kühne*, NJW 79, 617, 619; *Ebert*, *Der Tatverdacht im Strafverfahren unter spezieller Berücksichtigung des Tatnachweises im Strafbefehlsverfahren*, Frankfurt a.M., 2000, p. 33; *Bach*, Jura 07, pp. 12 y 14; *Deiters*, *Legalitätsprinzip und Normgeltung*, Tübingen 2006, p. 124.

⁴⁸ Sobre el deber de fundamentación constitucional en casos dudosos, véase BVerfG NJW 14, pp. 2265 ss.

El caso *Edathy* ha suscitado el debate sobre si —y, en caso afirmativo, en qué condiciones— un comportamiento legal puede provocar una sospecha inicial. Sin embargo, este todavía no es el punto decisivo: más concretamente, la cuestión aquí es en realidad si las autoridades a cargo de la persecución penal pueden iniciar un procedimiento contra un ciudadano que se comporta legalmente cuando todavía desconocen la existencia de un hecho perseguible penalmente.⁴⁹

1. En primer lugar, hay que decir que no es en absoluto inusual que las autoridades encargadas de la persecución penal infieran su sospecha inicial de formas de comportamiento “legales”. Solo hay que pensar en el esposo divorciado en constante disputa con su exesposa. Si ella es encontrada asesinada, el comportamiento del exmarido —completamente legal— puede ser usado para dirigir la sospecha inicial hacia él. P. ej., si obtuvo la nueva dirección de su exmujer de unos amigos (¡legalmente!), que finalmente fue el lugar del crimen; si poco antes del hecho, compró un bate de béisbol (¡legalmente!) y la mujer fue asesinada con este, o si alquiló un día antes del homicidio un Audi A4 (¡legalmente!) y fue visto a bordo de este la jornada en que se produjo la muerte delante de la casa de su exmujer. Surge evidente que los investigadores pueden deducir una clara sospecha de la suma de estos comportamientos legales. En este caso, es innecesario contar siquiera con una especial experticia criminalística.

2. En este caso, que comportamientos legales puedan generar una sospecha se debe en gran medida a que esas conductas, en el contexto del delito conocido por las autoridades a cargo de la persecución penal, hablan a favor de la comisión del hecho concretamente investigado. Se trata del *caso normal* de una investigación preparatoria en la que el ministerio público tiene conocimiento de un delito y luego se esfuerza por identificar a su autor. Aquí pueden distinguirse dos niveles:

- Partiendo de las circunstancias conocidas del hecho (lugar y hora de comisión, rastros, etc.), quienes investigan tratan de reunir indicios que señalen al autor del delito (**nivel 1: indicios de autor del hecho**).
- Con este fin, se busca a las personas cuyas relaciones personales o sus comportamientos muestran indicios que apuntan a la comisión del hecho (**nivel 2: indicios del hecho referidos a posibles personas sospechosas**).

⁴⁹ Sobre esta diferenciación, véase también BVerfG NJW 2018, pp. 3571 y 3573.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VI, número 12 (2021)

Si se encuentran los indicios correspondientes a los niveles 1 y 2 (p. ej., si el lugar del hecho y la ubicación del autor coinciden con el momento del suceso), estos son adecuados para fundar la sospecha. Cuantos más elementos de este tipo se encuentren, más hablan a favor de una sospecha suficiente. No se trata aquí de la legalidad del comportamiento.

3. Es más difícil fundamentar la sospecha más allá de este “caso normal” si quienes investigan solo tienen conocimiento de indicios del nivel 2, pero no saben (todavía) nada concreto sobre el hecho en sí mismo (nivel 1). Por lo tanto, de lo que se trata aquí es establecer si también puede asumirse una sospecha inicial cuando el comportamiento de una persona sugiere que se ha cometido un delito (todavía desconocido). Sin embargo, las meras hipótesis y presunciones son insuficientes, según una opinión generalizada, por lo que deben reunirse más elementos. Al mismo tiempo, se torna evidente que, si se desconocen circunstancias del nivel 1 dirigidas a un posible autor, aparecen considerables dificultades para fundar una sospecha, pues resulta imposible remitirse a indicios correspondientes a los dos niveles. En concreto: si no sé cuándo se ha cometido un hecho, falta también el criterio para considerar sospechosas a las personas que han estado en un determinado lugar y en un determinado momento.

4. En el mejor de los casos, solo excepcionalmente podría ocurrir algo diferente si el significado de los indicios del nivel 2 es tan claro que no permite prácticamente ninguna otra interpretación distinta a que se ha cometido un delito. Sin embargo, esto podría ser la excepción (p. ej., si una persona quisiera “aclarar las cuentas”, confesar y mostrar los elementos con los que cometió el hecho). Incluso un comportamiento punible no confiere una “carta blanca” aquí. En especial, de un comportamiento punible no puede inferirse una inclinación delictiva de la persona, que a su vez pueda utilizarse nuevamente como fundamento de una futura sospecha inicial. El *Amtsgericht* (AG) de *Saalfeld* rechazó, correctamente, la solicitud de allanar un departamento debido a la sospecha (inicial) —renovada— de posesión de estupefacientes, basada en una investigación anterior contra la misma persona durante la que ya se habían encontrado drogas sintéticas en un registro del mismo lugar. Pues esto significaría que la persona a la que una vez se le encontraron drogas tendría que tolerar siempre repetidos registros, lo que llevaría, *de facto*, a la pérdida de su derecho fundamental a la libertad de acción (art. 2, primer párr., Ley Fundamental).⁵⁰ Así pues, de una conducta ilícita no debe inferirse una inclinación general delictiva y, en consecuencia, de cometer otros delitos

⁵⁰ Así el AG Saalfeld, NJW 01, p. 3642.

SATZGER (2021) “Sospecha” pp. 80-97.

similares.⁵¹ Sin embargo, con mayor razón, en el caso *Edathy*, la inclinación pedófila inferida de la colección de imágenes de desnudos (en última instancia, también solo sospechada) es inútil para fundar una sospecha inicial en relación con el § 184b StGB, ya que tales inclinaciones —si no desembocan en un comportamiento punible— son penalmente irrelevantes.⁵²

5. Sin embargo, la jurisprudencia ha aceptado una sospecha inicial si a la conducta legal establecida en el nivel 2 se agregan circunstancias adicionales (indicios de hecho, también ubicados en el mismo nivel) que, aunque no suprimen la legalidad, en virtud de su carácter indiciario, brindan a la conducta *una impronta diferente*. Resulta de interés la jurisprudencia⁵³ sobre las denominadas “operaciones en el mostrador”⁵⁴ (*Tafelgeschäfte*). Según ella, la mera posesión de documentos referidos a esta especie de operaciones y su depósito para custodia no da lugar por sí sola a la sospecha inicial sobre la comisión de un delito fiscal.⁵⁵ Las operaciones en el mostrador ya son, por definición, anónimas, por lo cual sería absurdo e incompatible con el orden constitucional que la mera existencia de un comportamiento considerado legalmente permitido pudiera ser vinculado de manera automática con las consecuencias jurídicas de una sospecha inicial.⁵⁶ Sin embargo, la situación sería diferente si hubiera indicios de una anonimización deliberada.⁵⁷ Así pues, si el cliente tiene cuentas y depósitos en la misma institución bancaria, pero no obstante realiza transacciones de

⁵¹ De este modo correcto, *Hoven*, NStZ 14, p. 366.

⁵² Cfr. también *Fischer*, en ZEIT-ONLINE del 27/02/2014, p. 2, <http://www.zeit.de/2014/10/staatsanwaltschaft-fall-edathy> (última visita agosto 2014): “La penalización cada vez más dura y anticipada de las personas con inclinaciones sexualmente desviadas, en realidad, no conduce —contra todos los anuncios de los políticos de derecha— a que puedan o quieran decidirse por lo lícito (esto es, lo permitido) y contra lo ilícito. Y, si lo hicieran, no les serviría de nada: el esfuerzo por hacer solo y precisamente lo que aun está permitido funda aún más la sospecha de que los verdaderos crímenes son ahora meramente ocultados”.

⁵³ Véase BVerfG NJW 02, p. 1940; BFH DStR 00, p. 1511 (= NJW 00, p. 3157); DStR 01, p. 1387 (= NJW 01, p. 2997).

⁵⁴ Las operaciones en el mostrador, en general, son todas aquellas en las que el cliente del banco recibe una contraprestación inmediata de la institución contra un pago en efectivo efectuado por ventanilla —es decir, “en el mostrador”—, sin que sea necesario recurrir a sus cuentas bancarias con ese fin (p. ej., la compra o venta de billetes y monedas extranjeras, metales preciosos y cheques de viaje); cfr. *Knerim*, en Volk, Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 2.^a ed., 2014, § 22, n.º m. 61 ss.

⁵⁵ Cfr. BFH DStR 01, pp. 1387 y 1389; así ya, BFH DStR 00, p. 1511.

⁵⁶ Cfr. BFH DStR 01, pp. 1387 y 1389.

⁵⁷ Véase LG Detmold, wistra 99, p. 434; BFH DStR 01, pp. 1387 y 1389: “realizado de un modo poco habitual en la práctica bancaria”.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VI, número 12 (2021)

valores mediante pagos y retiros de dinero en efectivo, puede inferirse una sospecha inicial de la forma en que se realizaron *in concreto* las operaciones de mostrador (en este caso, de la separación de esas operaciones de las cuentas existentes).⁵⁸

V. Análisis del caso *Edathy*

1. En el caso *Edathy*, la fiscalía inició un proceso de investigación por pornografía infantil (§ 184b, StGB). Sin embargo, al momento de iniciarse el procedimiento, en el nivel 1 no había indicios concretos reales de la posesión de material pornográfico de esa clase por parte de *Edathy*; era solo una suposición. No se conocían indicios precisos a este respecto, p. ej., en relación con las características concretas del material que supuestamente estaba disponible para *Edathy* o en relación con las personas y las posiciones y prácticas que supuestamente se retrataban en él. Tampoco se sabía cuándo y cómo ese material había llegado a sus manos.

2. Por lo tanto, solo los indicios conocidos del nivel 2 podían utilizarse para fundar una sospecha inicial. Ahora bien, *Edathy*, por ordenar y tener fotos de niños desnudos, indiscutiblemente, no completó ningún tipo penal, ni siquiera actuó de modo antijurídico. Que este comportamiento sea considerado obsceno e inhumano está en otro nivel y no puede influir en la evaluación *jurídica* que es la única cuestión relevante aquí. Por lo tanto, puede decirse que *Edathy* tenía derecho a obtener estas imágenes.

Si por el momento dejamos de lado el supuesto “comportamiento conspirativo” para la obtención del material (tema que será tratado de inmediato en el punto 4), entonces debe aclararse si la conducta conforme a derecho (como indicio del nivel 2) es “indicativa del hecho” y tan así de clara es que prácticamente no permite otra interpretación que se cometió un acto concreto según el § 184b, StGB (nivel 1) (véase arriba, IV.4). Según la valoración legal, las fotos de niños desnudos y la pornografía infantil son dos categorías completamente diferentes. Están claramente separados por la circunstancia de que, según la concepción del legislador, la adquisición y posesión de pornografía infantil requiere una considerable energía criminal. Esta decisión fundamental del legislador tendría que contradecir cualquier argumentación que pretenda inferir de la recopilación (legal) de fotos infantiles un indicio de la adquisición y posesión de pornografía infantil punible. El razonamiento de la fiscalía de Hannover también adolece de esta falencia, en tanto señala que concuerda con la vasta experiencia de los especialistas que quien posee fotos de niños desnudos

⁵⁸ BFH DStR 01, pp. 1387 y 1390; del mismo modo, BVerfG NJW 02, p.1940.

SATZGER (2021) “Sospecha” pp. 80-97.

normalmente puede tener también material penalmente relevante. El aumento puramente estadístico o subjetivo de la comisión de un delito por parte de un determinado grupo de personas no debe ni puede desempeñar papel alguno. Un comportamiento legal está jurídicamente aceptado y, por lo tanto, no puede tener —al menos para una evaluación aislada— ningún efecto indiciario legalmente relevante. FISCHER lo ha expresado muy acertadamente: “Pero si quienes hacen lo que está permitido también siempre realizan lo prohibido ‘de acuerdo con la experiencia criminalística’, por lo tanto, el trazado de límites ha perdido todo significado práctico ya que como están haciendo lo autorizado, deben ser precautoriamente investigados”.⁵⁹

3. ¿Se puede objetar aquí que, con la adquisición de fotografías de desnudos, la persona está en una “zona gris”, tal como también fue remarcado por la fiscalía de Hannover? ¿Esto es consecuencia de que resulta extremadamente difícil trazar una línea clara entre aquellas fotografías y las penalmente relevantes, y a menudo solo pueden diferenciarse de manera fiable por especialistas? Según la fiscalía, quien ordena las fotos debe contar también que entre ellas pueda haber algunas con relevancia penal. Precisamente para aclarar esto, deben autorizarse los procedimientos preliminares.

Sin embargo, esta argumentación conduce al error. Las dificultades indudablemente existentes para delimitar las imágenes legales e ilegales tienen su fundamento en la (demasiado) vaga regulación legal y su imprevisible aplicación desde la perspectiva ciudadana. Pero no debe tener una incidencia negativa en perjuicio del ciudadano. Por esta razón, desde un principio constituye un error considerar que nunca se puede estar seguro de si se está actuando legalmente y que el ciudadano que ordena las fotos siempre debe contar con que el pedido incluya imágenes ilegales. Si se coincidiera con esto, se podría suponer, al menos de manera latente, un indicio de la posible comisión del § 184b, StGB, por lo cual, ante cada pedido de imágenes podría afirmarse una sospecha inicial debido a la imposibilidad de excluir el encargo concomitante de material pornográfico infantil. Sin embargo, esto desconoce que en el Derecho penal —a diferencia de lo que ocurre con los funcionarios encargados de la investigación— no debe haber una zona gris para la ciudadanía. El Derecho penal es subsidiario y, por lo tanto, posee necesariamente un carácter fragmentario. El StGB puede ser descripto —con *von Liszt*—⁶⁰ como la Carta Magna del delincuente.⁶¹ Por lo tanto, lo que no está explícitamente penado es irrelevante en términos de Derecho penal. El ciudadano

⁵⁹ Fischer, en ZEIT-ONLINE v. 27.02.2013, p. 2, <http://www.zeit.de/2014/10/staatsanwaltschaft-fall-edathy> (última visita: agosto 2014).

⁶⁰ Cfr. v. *Liszt*, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, tomo 2 (1892-1904), 1905 (reimpresión 1970), pp. 75 ss. y p. 80.

⁶¹ Véase también *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, n.º m. 44.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VI, número 12 (2021)

debe poder orientarse por esto y adaptar su comportamiento a esta premisa. Detrás de la concepción de una “zona gris” se esconde —precisamente en el caso *Edathy*— no otra cosa que el deseo, ampliamente expandido, de que algo moralmente inaceptable ingrese en el ámbito de aplicación del StGB por la puerta de atrás. El estadio de la protección de las concepciones morales mediante el Derecho penal fue dejado atrás por la dogmática moderna. Aunque resulta dudoso si este desarrollo también fue realizado por los políticos (de derecha), cuando se analiza el afán con el que, como consecuencia inmediata del *affaire Edathy*, reclamaron y elaboraron iniciativas para expandir el Derecho penal.⁶²

4. Solo queda un último punto importante: **el comportamiento conspirativo**, que, al menos en combinación con la adquisición de las fotos de desnudos, puede fundar una sospecha inicial. Este enfoque concuerda, en principio, con los desarrollos anteriores, en particular con la jurisprudencia sobre las operaciones en el mostrador. Sin embargo, no debe pasarse por alto que aquí las afirmaciones generales están prohibidas y que necesariamente depende del caso concreto determinar cuáles comportamientos son “inusuales” y “vinculados”, de modo que permitan concluir de modo fiable si se cometió el delito. La fiscalía de Hannover citó el pago con distintas tarjetas de crédito, el acceso a través de computadoras del *Bundestag*, etc., como circunstancias *cuasi* ocultas. Sin pretender ingresar aquí en los indicios particulares y su fuerza persuasiva (además de no poder hacerlo por falta de claridad concluyente sobre los hechos del caso) al examinar estos sucesos, por cierto, no debe quedar fuera de consideración un aspecto: *Edathy* era un político exitoso que estaba en el centro de la atención pública y su comportamiento era —a los ojos del público en general— claramente inmoral. *Edathy* también lo sabía. Por lo tanto, parece casi obvio que quisiera ocultar esa conducta inmoral —pero completamente legal— para evitar las consecuencias sociales, profesionales y privadas derivadas de aquella, lo que en definitiva ocurrió. En estas circunstancias, no se puede suponer que su intención fuera evitar, en particular, las consecuencias *penales*. Antes bien, hay muchos indicios de que el comportamiento para disimular no era, en absoluto, “inusual” e “indiciario del hecho”, sino más bien adecuado a la situación y comprensible. Por lo tanto, estas circunstancias deben evaluarse en última instancia como “neutras”; en cualquier caso, no indican un delito en el sentido del § 184b, StGB, en tanto falta la necesaria conexión interna con un delito, en virtud del cual se inició el proceso.

VI. Resumen

⁶² *Supra* nota 4.

SATZGER (2021) “Sospecha” pp. 80-97.

El concepto de sospecha inicial no solo salvaguarda el deber del Estado de perseguir los delitos en el sentido del principio de legalidad. Antes bien, también se lo considera, con razón, el umbral para iniciar una investigación preliminar y, además, para ordenar diversas medidas de coerción. Así pues, con su fuerte significado vinculado a los derechos fundamentales, el concepto de sospecha inicial requiere una delimitación clara, por la cual debe respetarse la distinción legislativa entre conducta punible/prohibida e impune/permitida y no debe equipararse un comportamiento percibido como inmoral con uno antijurídico. Esto concuerda con la base de nuestro Estado de Derecho constitucional, libre y democrático, y el derecho procesal penal no constituye otra cosa que el “reflejo del orden social”.⁶³ El caso *Edathy* ha demostrado de manera impresionante que incluso el inicio de investigaciones penales puede destruir la vida de un ciudadano, especialmente cuando las autoridades a cargo de la persecución pierden la necesaria moderación ante los medios de comunicación. Incluso la confesión, finalmente hecha por *Edathy*, no cambia nada. *Edathy*, en definitiva, admitió “haber cometido un error”. Tal confesión había sido exigida por la fiscalía para que el proceso pudiera ser sobreseído de acuerdo con el § 153a, StPO a cambio del pago de 5.000 euros.⁶⁴ Aunque *Edathy* hubiera sido culpable, esto no cambia en nada mi valoración jurídica: un proceso ajustado al Estado de Derecho —que, en virtud de la presunción de inocencia, debe respetarse también con respecto a quien finalmente resulta ser culpable— tiene un aspecto diferente.

⁶³ *Beulke*, StV 1990, p. 180.

⁶⁴ FD-StrafR 2015, 366894, beck-online.