

La provocación del delito contraria al Estado de Derecho y sus consecuencias jurídicas*

*Imme Roxin***

Resumen: La introducción de investigadores encubiertos en las tareas de persecución del delito ha suscitado múltiples discusiones acerca de la legalidad y admisibilidad general de su operación. Por ello, es pertinente debatir las condiciones a partir de las cuales resulta permitida una infiltración y el alcance de sus facultades a la hora de determinar el involucramiento de un sospechoso. De la ilegalidad de la provocación al hecho se pueden derivar diversas consecuencias jurídicas que van desde la consideración de la reducción de la pena en la medición de la misma, pasando por la prohibición de valoración probatoria hasta impedimentos procesales o causas personales de exención de la pena. De ello se ocupa con propiedad este trabajo, que aborda el asunto desde la perspectiva de los tribunales europeos y de los alemanes en particular.

Palabras claves: Agente encubierto, provocación del delito, personas de confianza, criminalidad organizada, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Federal Supremo alemán.

Abstract: The introduction of undercover agents in criminal prosecution has given rise to many discussions about the legality and general admissibility of their operation. It is therefore pertinent to discuss the conditions under which infiltration is permitted and the extent of its power in determining a suspect's involvement. Various legal consequences may be derived from the illegality of

* El texto original se intitula «Die rechtsstaatswidrige Tatprovokation und ihre Rechtsfolgen»; traducción de John Zuluaga, profesor asociado de la Universidad Sergio Arboleda (Colombia); Dr. Iur. y Magister Legum (LL.M.) de la Georg-August-Universität Göttingen (GAU, Alemania).

** Abogada de la Universidad de Hamburgo (Alemania); doctora en Derecho (Dr. iur.) de la Universidad de Freiburg (Alemania) y especialista en Derecho penal económico, ámbito en el que ejerce su profesión como abogada y en relación con el cual ha publicado múltiples trabajos académicos. Socia de *Roxin Rechtsanwälte* (Múnich). Correo de contacto: roxin@roxin.de

the provocation to the act, ranging from the consideration of sentence reduction in its very measurement, through the denial of evidentiary assessment up to procedural impediments or personal reasons for penalty exemption. These are all properly addressed in this paper, which deals with the issue from the perspective of European courts and, particularly, German courts.

Keywords: Undercover agent, crime provocation, confidants, organized crime, European Court of Human Rights, German Federal Constitutional Court.

Introducción

En muchas partes del mundo se incorporan agentes encubiertos (AE) y personas de confianza (*Vertrauenspersonen* o V-Leute, por sus siglas en alemán) para la lucha y el descubrimiento de hechos punibles en el marco de la criminalidad organizada, especialmente de la criminalidad en materia de estupefacientes. Los AE corresponden a miembros del servicio policial, que bajo una identidad alterada (*legende*, «leyenda») se infiltran por un periodo limitado de tiempo en una escena criminal. Las personas de confianza (Hombre-V) son sujetos privados, es decir, no se trata de agentes de policía, y también son utilizados por las autoridades judiciales para sondear e investigar el entorno criminal. A menudo, se trata de los mismos delincuentes que en razón de su actividad de espionaje esperan un beneficio por los crímenes que ellos mismos han cometido.

En relación con la introducción de este tipo de investigadores surgen diferentes preguntas relativas a la admisibilidad general de su operación, las condiciones bajo la cuales se les permite infiltrarse, el modo como pueden proceder y, finalmente, las consecuencias jurídicas que tiene un proceder ilegal. Por ello cabe preguntar: ¿Puede ser sancionado un ciudadano que es provocado ilegalmente a cometer un hecho punible? La jurisprudencia y la doctrina se han ocupado de esta pregunta desde hace décadas. Particularmente, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) –que tiene gran influencia en Alemania– debe ser tenida en cuenta, especialmente, por la jurisprudencia alemana (BGH, NStZ 2016, 52 nm. 64).

La admisibilidad general de personal investigativo encubierto

La admisibilidad general del uso de AE y Hombres-V no ha sido cuestionada ni por el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH, por sus siglas en alemán) ni por el Tribunal Constitucional alemán (BVerfG, por sus siglas en alemán) o el TEDH (BGHSt (GS) 32, 115 (122); BGHSt 45, 321 (336); BVerfG, NStZ 1987, 276; Furcht *vs.* Alemania, StV 2015, 407 nm. 47), aunque en Alemania solo está regulada legalmente la operación del AE (§§ 110a–110c Ordenanza Procesal Penal alemana o StPO, por sus siglas en alemán). Según el BVerfG, «el propósito de tal operación es tanto penetrar en la escena criminal como investigar hechos punibles ya cometidos o que se encuentran en curso».

También, el TEDH parte del supuesto de que la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) no prohíbe, en términos generales, el uso de AE y Hombres-V (Scholer *vs.* Alemania, 2014, diciembre 18, nm. 77; Prado Bugallo *vs.* España, NJW 2012, 3502 Leitsatz (LS) 1; Ramanauskas *vs.* Lituania, NJW 2009, 3565 LS 1 y 2; Furcht *vs.* Alemania, StV 2015, 405 nm. 47). Sin embargo, tiene que asegurarse un control procesal por medio de una instancia independiente entre los funcionarios judiciales (Teixeira de Castro *vs.* Portugal, NStZ 1999, 47 num. 38; Sequeira *vs.* Portugal, 2003, mayo 6; Furcht *vs.* Alemania, StV 2015, 405 nm. 53).

Planteamiento del problema

Tres decisiones de los últimos tiempos, dos del BGH y una del TEDH, deben aclarar los problemas ya planteados y que siguen sin resolverse:

TEDH, Sentencia del 23.10.2014 – Furcht vs. Alemania. Se inició una investigación penal contra seis sospechosos de tráfico de drogas y la policía se puso en contacto con un amigo de uno de ellos, con el fin de acceder a otros a través de él. Contra el amigo contactado no hubo, de ninguna manera, sospecha respecto a la comisión del delito de tráfico de estupefacientes y tampoco había sido sometido a sanción penal de forma previa.

En el marco del contacto el amigo dejó ver que los sospechosos y, también, él mismo llegarían a traficar con cocaína y anfetaminas (Furcht *vs.* Alemania, StV 2015, 405 num. 9). Él había aclarado, expresamente, que no quería tener algo que ver con el tráfico de drogas sino que solo estaba interesado en recibir comisiones. Frente a otra llamada del AE había comunicado, además, que él ya no estaría más interesado en participar en el negocio de las drogas (Furcht *vs.* Alemania, StV 2015, 405, num. 58). Sin embargo, los AE lo amenazaron para que continuara en la organización de dicho negocio. El afectado fue condenado a una pena privativa de la libertad de cinco (5) años. El BGH rechazó la revisión de la condena por infundada. El recurso de amparo interpuesto ante el BVerfG no fue tenido en cuenta para decisión y no se indicaron las razones.

En virtud del recurso interpuesto por el afectado, el TEDH estableció una vulneración al principio del debido proceso (art. 6 (1) CEDH). Esta vulneración tampoco fue compensada por medio de una efectiva disminución de pena, por lo cual Alemania fue condenada por la violación del principio del debido proceso (art. 6 (1) CEDH).

BGH, Decisión del 19.01.2016, 4 StR 252/15 [=NStZ 2016, 232]. El BGH rechazó la revisión interpuesta contra una sentencia mediante la cual el acusado había sido condenado a prisión de tres (3) años y seis (6) meses por tráfico de drogas en concurso con porte ilegal de armas. En el momento en el que el informante de la policía contactó al acusado, existía la sospecha de que éste vendía drogas en el restaurante operado por él. Cuando el informante lo contactó por segunda vez, el acusado le preguntó a aquel si podía conseguir drogas. Esta era una iniciativa importante para lograr un negocio de anfetaminas a gran escala.

El BGH rechazó la revisión solicitada por el acusado por considerarla manifiestamente infundada. De esta manera, el uso del informante o una persona de confianza se ha mantenido dentro de los límites fijados por los principios del debido proceso y el Estado de Derecho.

BGH, Sentencia del 10.06.2015 – 2 StR 97/14 [=NStZ 2016, 52]. A partir de la revisión del caso de dos condenados a varios años de prisión a causa de su complicidad en el tráfico ilegal de estupefacientes, el BGH anuló la sentencia recordando la decisión del TEDH antes descrita (*Furcht vs. Alemania*, StV 2015, 405) y cesó el procedimiento. En el párrafo central de la sentencia se expresó: «La provocación ilegal de un hecho punible por medio de integrantes de organismos encargados del cumplimiento de la ley o terceros dirigidos por ellos tiene como efecto, regularmente, un impedimento procesal».

En esta oportunidad se abrió una investigación penal contra los acusados a causa de los delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y se autorizó el uso de AE por parte del juez. En vano, en cinco oportunidades, los AE intentaron que el acusado interviniera en la realización de negocios con drogas ilícitas. Esto siempre fue desaprobado por él, entre otras cosas, con la indicación de que había construido su propia existencia y se encontraba bajo libertad condicional. Finalmente, los AE informaron que sus clientes serbios estaban furiosos y amenazaron con la producción de consecuencias. En ese momento el destinatario dijo que preguntaría a un amigo por otros contactos, a partir de lo cual se efectuaron transacciones con estupefacientes.

Este fallo ha causado un gran revuelo en Alemania y fue descrito como pionero (Jäger, JA 2016, 309), brillante (Eidam, StV 2016, 130) y «sin duda una de las decisiones más importantes en materia de procedimiento penal de los últimos tiempos» (Mosbacher, JuS 2016, 127).

¿Cuándo la investigación encubierta no está permitida?

Como lo muestran las decisiones mencionadas, primero debe aclararse cuando las acciones de los AE u hombres de confianza (Hombres-V) son contrarias al Estado de Derecho, es decir, lesionan el principio del debido proceso y, por lo tanto, son inadmisibles. Esto es así, dado que solo ante la inadmisibilidad se plantea la cuestión de si y, dado el caso, cómo el ciudadano afectado

con este proceder puede ser castigado. Como se comprenderá, solo puedo referirme a la situación jurídica alemana teniendo en cuenta la jurisprudencia del TEDH.

La jurisprudencia alemana. Decisiones relativas a la provocación ilegal del delito existen por lo menos desde 1980. Según la jurisprudencia *no hay* ninguna *provocación* cuando un investigador encubierto se dirige a un tercero sin ninguna otra injerencia, indagando si éste puede obtener drogas prohibidas (BGHSt 45, 321 (338); también Wolter, ZIS 2012, 244; Eschelbach, StV 2000, 392 admitiendo el «sondeo de terreno»; Roxin, JZ 2000, 370; BGH NStZ 2015, 544 nm. 24 ss. (ejemplo 2). Asimismo, no existe ninguna provocación cuando el AE solo se basa en su actitud o una predisposición abiertamente reconocible para cometer o continuar cometiendo delitos (BGHSt 45, 321 (338)).

Según la jurisprudencia del BGH, se configura una *provocación ilegal* cuando una evaluación global de los hechos muestra que la persona sometida a la medida fue degradada a objeto por parte del agente provocador, quien opera con aprobación oficial (BHG, NStZ 1981, 70; BGH, StV 1984, 406). Según el BGH, se entiende por *provocador del hecho* al investigador encubierto cuando actúa más allá del mero «participar» orientado a suscitar la preparación de la acción, o una intensificación de la planificación del crimen *con alguna relevancia* estimulante sobre el autor (BGHSt 45, 321 (336); BGHSt 47 (44); BGH, NStZ 2015, 544; BGH, NStZ 2016, 232; BGH, NStZ 2016, 52 nm. 24).

El AE o Hombre-V solo puede intervenir contra alguien que *sea sospechoso* de haber participado en la comisión de un hecho punible o de estar preparado para un futuro delito. Para esto deben existir indicios materiales suficientes (BGHSt 45, 321 (337)). También, puede presentarse una provocación ilegal con una sospecha previa cuando la intervención en la persona objeto de la medida, se ha excedido injustificadamente en relación con la sospecha inicial (BGH, NStZ 2014, 279; BGH, NStZ 2015, 544), el llamado salto cuántico o «*Quantensprung*».

La jurisprudencia del TEDH. La primera decisión del TEDH sobre la problemática acá discutida data del año 1999 (Teixeira de Castro *vs.* Portugal, NStZ 1999, 47). Desde entonces el TEDH se ha ocupado en numerosas decisiones sobre los casos de provocación de delitos por medio de personal investigativo encubierto (entre otros Pyrgiotakis *vs.* Grecia, HRRS 2008, 299; Ramanauskas *vs.* Lituania, NJW 2009, 3565; Prado Bugallo *vs.* España, NJW 2012, 3502; Bannikova *vs.* Rusia, HRRS 2011, 331; Furcht *vs.* Alemania, StV 2015, 405). El fundamento jurídico para el examen de admisibilidad del procedimiento es el art. 6 (1) CEDH, que exige la observancia del debido proceso. En Alemania el art. 20 III de la Constitución, en concordancia con el art. 2 I de la misma, es considerado el fundamento jurídico objetivo del principio del debido proceso (Meyer-Goßner/Schmitt, 2016, Einleitung, nm. 19; Esser/LR, 2012, nm. 183; Jahn, ZStW 2015, 563), es decir, el principio del debido proceso está anclado en el principio del Estado de derecho.

Asimismo, según la jurisprudencia del TEDH es admisible el uso de AE u Hombres-V solo contra *sospechosos* o personas *dispuestas al hecho* (Furcht *vs.* Alemania, StV 2015, 405, nm. 50 con otras referencias). La *sospecha* exige un motivo suficiente para la suposición de que la persona objeto de la medida está involucrada en el tráfico de drogas ilícitas (Pyrgiotakis *vs.* Grecia, HRRS 2008, 299, nm. 21). Entre los aspectos que pueden sugerir la existencia de una sospecha se incluyen los antecedentes penales y la apertura de una investigación penal.

Predisposición al hecho significa que el AE u Hombre-V tienen que sacar a la luz una decisión criminal latente que ya tenga existencia (Pyrgiotakis *vs.* Grecia, HRRS 2008, 299 nm. 21). Indicios para la sospecha y, como consecuencia, la provocación al hecho son la experticia probada de la persona para tratar con los precios actuales de los estupefacientes, su capacidad para la consecución de los mismos a corto plazo (Furcht *vs.* Alemania, StV 2015, 308 nm. 51), la provisión de drogas prohibidas (Scholer *vs.* Alemania (2014, diciembre 18), nm. 86) y el reparto de ganancias (Furcht *vs.* Alemania, StV 2015, 308 nm. 51).

Según el TEDH existe *provocación al delito* cuando los AE u Hombre-V involucrados no están restringidos en su mayor parte a una investigación criminal pasiva, sino que influyen sobre la persona afectada y ejercen sobre ella tal presión que se ve inducida a la comisión del delito, que no hubiere cometido de otro modo. Todo esto con el fin de facilitar la comprobación de este crimen por medio de la presentación de pruebas y la iniciación de una investigación penal (Furcht *vs.* Alemania, StV 2015, 405 nm. 48; Ramanauskas *vs.* Lituania, NJW 2009, 3565 nm. 55 con otras referencias; Bannikova *vs.* Rusia, HRRS 2011 Nr. 331 nm. 34; Pyrgiotakis *vs.* Grecia, HRRS 2008, 299 nm. 20).

Según la jurisprudencia del TEDH, la valoración de la cuestión acerca de si fue ejercida *presión* sobre la persona en cuestión puede hacerse a partir de criterios como la renovación de la oferta a pesar del rechazo inicial, el aumento en el precio por encima del promedio o la apelación a la compasión de la persona en cuestión por medio de la mención de los síntomas de abstinencia (Scholer *vs.* Alemania, (2014, diciembre 18), nm. 82; Bannikova *vs.* Rusia, HRRS 2011 Nr. 331 nm. 44, Furcht *vs.* Alemania, StV 2015, nm. 52). Una investigación penal pasiva, según la jurisprudencia del TEDH, no significa que el AE u Hombre-V tienen que abstenerse de cualquier intervención en el negocio.

No les está prohibido, como se desprende de las decisiones Prado Bugallo *vs.* España y Sequeira *vs.* Portugal, promover el negocio ya iniciado por medio de la *persona en cuestión* (Prado Bugallo *vs.* España, NJW 2012, 3502; Sequeira *vs.* Portugal, 2003, mayo 6). Así, por ejemplo, en el caso de Prado Bugallo *vs.* España, un AE dirigió la embarcación con la indicación de que el sospechoso llevaba cocaína de Colombia a España (Prado Bugallo *vs.* España, NJW 2012, 3502 nm. 28 ss.). También, en el caso Sequeira *vs.* Portugal, los AE y Hombre-V intervinieron en el marco del transporte de estupefacientes en un negocio logrado a iniciativa del sospechoso. Ellos organizaron un medio de transporte. El ámbito de la investigación penal pasiva no ha sido abandonado en este caso, porque el delito ya se había puesto en marcha por parte del sospechoso en el momento en el que actuaron el AE/

Hombre-V, quienes intervinieron en un evento controlado externamente (Cfr. Tyskiewicz, 2014, 114).

Según la jurisprudencia del TEDH está prohibido el *inicio* de un hecho punible que el inducido no hubiese cometido sin la injerencia «estatal». *El Estado debe impedir e investigar delitos, pero no provocarlos* (Furcht vs. Alemania, StV 2015, 405 nm. 48). En general, la jurisprudencia del TEDH es mucho más restrictiva que la alemana respecto a lo que se considera una forma de proceder admisible por parte de AE frente a personas sospechosas: Por un lado, según el BGH, solo existe una provocación al delito cuando se logra influir con alguna gravedad sobre la persona en cuestión. Por otro lado, según el TEDH es inadmisibles cualquier presión.

Como *resultado* de lo dicho se puede afirmar que el uso de personal investigativo encubierto es admisible si de indicios objetivos se deriva la sospecha de que la persona en cuestión participa en actividades criminales o estuvo predispuesta a los mismos. Una investigación pasiva solo está permitida frente a sospechosos, aunque la presión a la comisión de un hecho es inadmisibles.

Los efectos jurídicos de una provocación del delito no permitida

En la jurisprudencia y la doctrina alemanas se valoran como efectos jurídicos de una provocación al delito que sea inadmisibles, los siguientes: la consideración de la reducción de la pena en la medición de la misma; la prohibición de valoración probatoria; los impedimentos procesales; o las causas personales de exención de la pena.

Consideración en la medición de la pena. Hasta 1984 el BGH defendió la inadmisibilidad de la provocación al delito como un impedimento procesal. En 1984, tuvo lugar un giro radical en la jurisprudencia: *la provocación inadmisibles del delito fue tratada solo como una causa esencial de atenuación punitiva independiente de la culpa* (BGHSt 32, 345; BGH, NStZ 1995, 506; BGH, StV

1999, 631; BayObLG, StV 1999, 631). Esta posición jurisprudencial fue sostenida hasta el 2015, exactamente hasta la decisión de la 2.^a Sala del BGH arriba referida. Esto ha generado una crítica sostenida por parte de la doctrina. Desde la decisión del TEDH en el año 1999 (Teixeira de Castro *vs.* Portugal, NStZ 1999, 47) esta jurisprudencia fue considerada como insostenible (cfr., entre otros, *Paeffgen/SK-StPO*, 2015, Anh. § 206a nm. 27; *Esser/LR*, art. 6 EMRK nm. 267 «[...] evidentemente no corresponde a las especificaciones del TEDH» con otras referencias respectivamente; *Eschelbach/SSW*, § 46 nm. 140; *Roxin, FS F. Kreuzer* 2008, 613 ss.).

En esta decisión, el TEDH valoró la *provocación de un no sospechoso* como lesión al debido proceso. El interés público, según el TEDH, no puede justificar la utilización de material probatorio que provenga de la instigación de un no sospechoso inducida por el Estado, porque el inculpado estaría sometido desde el principio al peligro de que definitivamente no le sea provisto ningún debido proceso (*Furcht vs. Alemania*, StV 2015, 407 nm. 47; *Teixeira de Castro vs. Portugal*, NStZ 1999, 47, nm. 35, 36; *Ramanauskas vs. Lituania*, NJW 2009, 3565 nm. 54; *Bannikova vs. Rusia*, HRRS 2011, 331 nm. 31). Para la literatura alemana, de esto se sigue que la provocación de un no sospechoso, por lo menos, tiene como efecto una prohibición de valoración probatoria con efecto extensivo.

El BGH se ha ocupado de la decisión del TEDH en un juicio ocurrido un poco más tarde. Según el BGH, el transcurrir del hecho no incluyó ninguna configuración de circunstancias diferentes a las de la decisión del TEDH (BGH, StV 2000, 57 ss.). El BGH ha señalado que, también en el caso alemán, se presenta una provocación al delito inadmisibles por ser contraria al Estado de derecho y al principio del debido proceso. Esto puede ser compensado suficientemente en el marco de la medición de la pena.

Ahora bien, de cara a responder la pregunta en torno a si la medición de la pena se puede aún considerar de alguna manera en el marco de una inadmisibles provocación al delito, se debe diferenciar entre provocación de un *no sospechoso* y de un *sospechoso*.

Frente a un *no sospechoso* no se considera la solución de la medición de la pena. Como ya fue explicado, la jurisprudencia alemana tiene que considerar las directrices de la CEDH y la tranquilizante jurisprudencia del TEDH. Según la reiterada jurisprudencia del TEDH, el *provocado a un hecho punible que no es sospechoso* no tiene desde el principio y definitivamente ningún debido proceso (cfr. Teixeira de Castro *vs.* Portugal, NStZ 1999, 47; Pyrgiotakis *vs.* Grecia, HRRS 2008, 299; Ramanauskas *vs.* Lituania, NJW 2009, 3565; Prado Bugallo *vs.* España, NJW 2012, 3502; Bannikova *vs.* Rusia, HRRS 2011, 331; Furcht *vs.* Alemania, StV 2015, 405). La CEDH exige, según el art. 41, una reparación integral ante la vulneración del debido proceso; ello significa el restablecimiento de la situación previa (Karpenstein/Mayer, 2012, art. 41 nm. 6), es decir, la no sanción penal del afectado; es evidente que ello no puede llegar a producirse por medio de un castigo penal moderado. De igual manera y de forma clara, lo ha establecido el TEDH en la decisión Furcht *vs.* Alemania ya mencionada.

Otra cosa es la *provocación de un sospechoso*. Según la jurisprudencia del TEDH, una investigación penal pasiva también está permitida en el marco de la provocación de un sospechoso. No puede haber presión desde el punto de vista de la comisión de un delito. En ese sentido, según la jurisprudencia del TEDH, una reiteración en el acercamiento a un sospechoso que en un primer abordaje rechaza el negocio de estupefacientes representa una vulneración al principio del debido proceso (véase lo ya dicho y también Furcht *vs.* Alemania, StV 2015, 405 nm. 56, 58). No puede ser correcto que un caso de este tipo tenga automáticamente el mismo efecto jurídico que el fallo de la Segunda Sala Penal del BGH descrito arriba, en el que se trataba de una drástica ilegalidad en tanto la persona abordada se opuso cinco (5) veces a la sugerencia del AE.

También, hay constelaciones de casos muy diferentes en el ámbito de la provocación de un sospechoso. Ellos van desde el inmediato acceso a la sugerencia de un provocador a un negocio con drogas prohibidas hasta el caso en el cual tal negocio es rechazado con indignación. Esto también es visto por el TEDH en la decisión Furcht *vs.* Alemania ya descrita. En ella el

TEDH sostiene, expresamente, que la *idoneidad de la reacción de los funcionarios a una medida de injerencia policial* debe contemplarse a la luz de la *dimensión* que alcanza la posible vulneración del debido proceso para el provocado como consecuencia de la medida (*Furcht vs. Alemania*, StV 2015, nm. 34). El TEDH también opinó abiertamente que, según la constelación de las circunstancias, pueden darse diferentes efectos jurídicos idóneos.

Según el TEDH, un reiterado abordaje de la persona objeto de la medida para la concreción de un negocio con estupefacientes, luego de un rechazo del mismo, representa una vulneración al principio del debido proceso. Sin embargo, también se pueden considerar otros motivos razonables, concretamente la evaluación de la seriedad del primer rechazo (cfr. Tyskiewicz, 2014, 185; la autora parte en estos casos de la admisibilidad de la medida). Es conocido que en el marco de la criminalidad organizada para el tráfico de drogas prohibidas es común que desde el principio haya primero y, categóricamente, un rechazo de los negocios por razones tácticas (*Materialien der deutschen Innenminister*, StV 1984, 351). Estos son, en mi opinión, los casos en los cuales la solución bajo los parámetros de la medición de la pena puede llegar a considerarse y, por lo tanto, Alemania no tendría que temer por ninguna condena por parte del TEDH. Sin embargo, es un requisito que existan indicios materiales para fundar una duda razonable sobre la seriedad del primer rechazo del negocio con drogas ilícitas

En todos los demás casos, no se debe acoger en el marco de la medición de la pena la consideración sobre la provocación de un sospechoso, estimada como inadmisibles para la comisión de un delito.

La prohibición de valoración probatoria. Una prohibición de valoración probatoria tiene la grave desventaja de que, según el derecho alemán, solo tiene un efecto extensivo en casos excepcionales. En el marco jurídico esto se refiere solo a pruebas específicas y no a todo el acto; a pesar de ello, en la literatura se aboga por una prohibición de valoración probatoria con efecto extensivo. Teniendo en cuenta la muy restrictiva jurisprudencia del BVerfG, según la cual se contempla que una prohibición de valoración probatoria es

excepcional y requiere de justificación (BVerfG, NJW 2012, 907 nm. 117), esta propuesta no puede llevarse a cabo (BVerfG, NJW 2011, 2417, 2419).

Siguiendo al TEDH, si uno prohíbe todos los medios probatorios incluidas ciertas confesiones el hecho no puede llegar a ser probado. El resultado, entonces, es más bien que el completo transcurrir del hecho en el marco del proceso de investigación es invalorable. Tal prohibición total de valoración probatoria ya no goza de un significado autónomo al frente del impedimento procesal (Jäger JA 2016, 310; véase también BGH, NStZ 2016, 52 nm. 51 s.; Gaede/Buermeyer, HRRS 2008, 286).

El impedimento procesal y la causal personal de exclusión de la pena. La Segunda Sala Penal, en el caso decidido por ella sobre una provocación ilegal, afirmó la existencia de un impedimento procesal. En la literatura, este fenómeno se compara con la causal personal de exclusión de la pena como una alternativa jurídico material (entre otros, Jahn, ZStW 2015, 599; Jahn/Kudlich, JR 2016, 61; Esser/LR, 2012, art. 6 EMRK nm. 263; Stuckenberg/LR, § 206a, nm. 85; Paeffgen/SK-StPO, 2015, Anh. § 206a, nm. 28, 29; Wolter, 2000, FG 50 Jahre BGH, 963; Wolter-Jäger/SK-StPO-, 2016, § 110c, nm. 11 combinando una causal de exclusión de pena del tentado (*Verlockten*) con una prohibición de recaudo y valoración probatoria; Eschelbach, GA 2015, 562; El-Ghazi/Zerbes, HRRS 2014, 215; sobre causal de exclusión de pena Roxin 82004), 220 ss.).

La aprobación de un impedimento procesal tiene la ventaja de que hace persistir la desaprobación del suceso (Jahn/Kudlich, JR 2015, 60). A pesar de esta ventaja, no queda clara la equiparación entre el sospechoso y no sospechoso provocado ilegalmente. El abordaje de una persona que ya es sospechosa de estar involucrada en el delito de tráfico de drogas prohibidas es legal hasta que, como resultado de presión, las actividades del provocador sobrepasan el umbral de la investigación penal pasiva y la continuidad del actuar de los investigadores encubiertos constituye una vulneración del debido proceso. Esto quiere decir que la ilegalidad se concreta en el transcurrir del proceso. Esto habla a favor de un impedimento procesal.

Muy diferente sucede con *la inducción de una persona no sospechosa*. En estos casos es inaceptable todo el proceder del provocador desde el principio, tanto desde el punto de vista del debido proceso como de su legalidad (Eschelbach, GA 2015, 559). La provocación de un no sospechoso contradice la misión fundamental del Estado, es decir, disuadir a sus ciudadanos de la comisión de hechos punibles y no provocarlos. El Estado logra en tal caso el fundamento de la justificación de su injerencia, es decir, el hecho punible del provocado, de una forma contraria al Estado de derecho. El efecto es que no puede surgir una pretensión penal jurídicamente válida (cfr. Roxin, 2004, Anm. 45, p. 220 ss.). Por medio de un procedimiento ajustado a derecho, en los casos de provocaciones inadmisibles, el Estado no hubiera podido lograr un derecho de injerencia. Una ley que concediera al Estado en tal caso una autorización punitiva, no podría tener lugar a causa de la vulneración de principios ético-jurídicos y de la Constitución. Para el Estado resulta imposible lograr un fundamento jurídico para la injerencia por medio de un proceder *ilegal*, el cual no hubiera podido conseguirse de forma legal.

Conclusión

Así las cosas, como resultado de lo aquí expuesto se puede sostener lo siguiente: de un lado, la provocación del delito tiene como efecto un *impedimento procesal* en los casos de *provocados que son sospechosos*. De otro lado, con los *no sospechosos que son provocados ilegalmente* se configura una *causal personal de exención de la pena*.

Referencias

- BayObLG (1999, junio 29). Bayerisches Oberstes Landesgericht - 4St RR 133/99. Beschluss vom 29. Juni 1999. [=BayObLG, StV 1999, 631]. <https://research.wolterskluwer-online.de/document/1920cc9e-7c40-4ccd-80f5-cc88a2523423>
- BGH (1984, agosto 9). Bundesgerichtshof - 4 StR 381/84. Urteil vom 9. August 1984. [=BGH, StV 1984, 406]. <https://www.juris.de/jportal/prev/BORE842008409>

- BGH (1995, marzo 16). Bundesgerichtshof - 4 StR 111/95. Beschluss vom 16. März 1995. [=BGH, NStZ 1995, 506]. <https://research.wolterskluwer-online.de/document/ba-45fdc0-13b3-443f-be46-2f2cfa5637b5>
- BGH (1999, mayo 20). Bundesgerichtshof - 4 StR 201/99. Beschluss vom 20. Mai 1999. [=BGH, StV 1999, 631]. <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/4/99/4-201-99.php3>
- BGH (2013, diciembre 11). Bundesgerichtshof - 5 StR 240/13. Urteil vom 11. Dezember 2013. [=BGH, NStZ 2014, 277]. <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/5/13/5-240-13.php>
- BGH (2015, junio 10). Bundesgerichtshof - 2 StR 97/14. Urteil vom 10. Juni 2015 [=BGH, NStZ 2016, p. 52]. <https://openjur.de/u/848412.html>
- BGH (2015, mayo 19). Bundesgerichtshof - 1 StR 128/15. Beschluss vom 19. Mai 2015. [=BGH, NStZ 2015, 541]. <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/1/15/1-128-15.php>
- BGH (2016, enero 19). Bundesgerichtshof - 4 StR 252/15. Beschluss vom 19. Januar 2016. [=BGH, NStZ 2016, 232]. <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/4/15/4-252-15.php>
- BGHSt (1983, octubre 10). Bundesgerichtshof - GSSt 1/83. Beschluss vom 17. Oktober 1983. [=BGHSt (GS) 32, 115]. <http://www.verkehrlexikon.de/Texte/Rspr3817.php>
- BGHSt (1984, mayo 23). Bundesgerichtshof - 1 StR 148/84. Urteil vom 23. Mai 1984. [=BGHSt 32, 345]. <https://research.wolterskluwer-online.de/document/039d9466-4de2-4655-a894-f2cfdfe52928>
- BGHSt (1999, noviembre 18). Bundesgerichtshof - 1 StR 221/99. Urteil v. 18. November 1999. [=BGHSt 45, 321]. <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/1/99/1-221-99.php3>
- BGHSt (2001, mayo 30). Bundesgerichtshof - 1 StR 42/01. Urteil vom 30. Mai 2001. [=BGHSt 47, 44]. <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/1/01/1-42-01.php3>
- BHG (1980, septiembre 11). Bundesgerichtshof - 4 StR 16/80. Urteil vom 11. September 1980. [=BGH, NStZ 1981, 70]. <https://www.juris.de/jportal/prev/BORE000248122>
- BVerfG (1987, marzo 10). Bundesverfassungsgericht - 2 BvR 186/87. Urteil vom 10. März 1987. [=BVerfG, NStZ 1987, 276]. <https://www.juris.de/jportal/prev/BVRE100118709>
- BVerfG (2010, noviembre 9). Bundesverfassungsgericht - 2 BvR 2101/09 (1. Kammer des Zweiten Senats). Beschluss vom 9. November 2010. [=BVerfG, NJW 2011, 2417]. <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/bverfg/09/2-bvr-2101-09.php>
- BVerfG (2011, diciembre 7). Bundesverfassungsgericht - 2 BvR 2500/09, 2 BvR 1857/10 (Zweiter Senat). Beschluss vom 7. Dezember 2011. [=BVerfG, NJW 2012, 907]. <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/bverfg/09/2-bvr-2500-09.php>
- Caso Bannikova vs. Rusia (2010, noviembre 04). Sentencia. Tribunal Europeo de Derecho Humanos (Sección primera). Rad. 18757/06 [=HRRS 2011 Nr. 331]. <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/egmr/06/18757-06.php>

- Caso Furcht *vs.* Alemania (2014, octubre 23). Sentencia. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección quinta). Rad. 54648/09 [=StV 2015, 405]. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-147329%22%7D>
- Caso Prado Bugallo *vs.* España (2011, octubre 18). Decisión. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección tercera). Rad. 21218/09 [=NJW 2012, 3502]. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-114202%22%7D>
- Caso Pyrgiotakis *vs.* Grecia (2008, febrero 21). Sentencia. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección primera). Rad. 15100/06 [=HRRS 2008, 299]. <https://www.hrr-straftrecht.de/hrr/egmr/06/15100-06.php>
- Caso Ramanauskas *vs.* Lituania (2008, febrero 5). Sentencia. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran sala). Rad. 74420/01. [=NJW 2009, 3565]. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-84935%22%7D>
- Caso Scholer *vs.* Alemania (2014, diciembre 18). Sentencia. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección quinta). Rad. 14212/10. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-157166%22%7D>
- Caso Sequeira *vs.* Portugal (2003, mayo 6). Decisión. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección tercera). Rad. 73557/01. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-67303%22%7D>
- Caso Teixeira de Castro *vs.* Portugal (1998, junio 6). Sentencia. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Rad. 44/1997/828/1034 [=NSStZ 1999, 47]. https://hudoc.echr.coe.int/eng#_ftn1
- Eidam, L. (2016). Anmerkung zu BGH, Urteil vom 10.06.2015–2 StR 97/14. En *Strafverteidiger* 2016, 129-132. [=StV 2016, 129].
- El-Ghazi, M. & Zerbes, I. (2014). Geschichten von staatlicher Komplizenschaft und evidenten Rechtsbrüchen. Zugleich Anmerkung zu BGH HRRS 2014 Nr. 163. En *Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Strafrecht* (HRRS), 209-219. [=HRRS 2014, 209]. <https://www.hrr-straftrecht.de/hrr/archiv/14-06/index.php?sz=7>
- Eschelbach, R. (2000). Rechtsfragen zum Einsatz von V-Leuten. *Strafverteidiger* 2000, pp. 390-398. [=StV 2000, 390].
- Eschelbach, R. (2014). § 46. En Satzger/Schluckebier/Widmaier (eds.). *Kommentar zum Strafgesetzbuch* (2.^a ed.). Colonia: Carl Heymanns. [=Eschelbach/SSW, 2014].
- Eschelbach, R. (2015). Staatliche Selbstbelastungs-, Fremdbelastungs- und Tatprovocation. En *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (GA) 2015. München: C.F. Müller, 545-563 [=GA 2015, 545].

- Esser, R. (2012). Art. 6 EMRK. En Löwe-Rosenberg (LR), *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: Großkommentar. Band XI*. (26.^a Ed.). Berlin: De Gruyter. [=Esser/LR, 2012].
- Gaede, K. & Buermeyer, U. (2008). Beweisverwertungsverbote und „Beweislastumkehr« bei unzulässigen Tatprovokationen nach der jüngsten Rechtsprechung des EGMR. *Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Strafrecht (HRRS)*, pp. 279-287. [=HRRS 2008, 279]. <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/08-06/index.php?sz=7>
- Jäger, C. (2016). BGH, 10.06.2015 - 2 StR 97/14: Schon wieder polizeilich initiiertes Tatendrang. *Juristischer Arbeitsblätter* 2016, 308-310. [=JA 2016, 308].
- Jahn, M. & Kudlich, H. (2016). Rechtsstaatswidrige Tatprovokation als Verfahrenshindernis: Spaltprozesse in Strafsachen beim Bundesgerichtshof. *Juristische Rundschau* 2016, 54-64. [=JR 2016, 54].
- Jahn, M. (2015). Fair Trial als strafprozessuales Leitprinzip im Mehrebenensystem. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 549-615. [=ZStW 2015, 549].
- Karpenstein, U. & Mayer, F. (2012). Art. 41. En Karpenstein, U. & Mayer, F. (Coords.). *Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten*. München: C.H. Beck. [=EMRK Komm. 2012, Art. 41].
- Materialien der deutschen Innenminister (1984) Arbeitskreis II der Arbeitsgemeinschaft der Innenminister der Bundesländer am 27./28.01.1983: Materialien zum «undercover agent». *Strafverteidiger* 1984, pp. 350 [=StV 1984, 350].
- Meyer-Goßner/Schmitt (2016). *Strafprozessordnung: StPO, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen*. (59.^a ed.). München: C.H. Beck.
- Mosbacher, A. (2016). Aktuelles Strafprozessrecht. *Juristische Schulung* 2016, 127-132. [JuS 2016, 127].
- Paeffgen, H.U. (2015). Anh. § 206 a. En Jürgen Wolter (ed.). *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung Mit GVG und EMRK* (5.^a ed.) [=Paeffgen/SK-StPO].
- Roxin, C. (2000). Anmerkung zum Urteil des BGH vom 18.11.1999 -1 StR 221/99 (zur Bestrafung eines durch staatliche Tatprovokation verleiteten Täters). *JuristenZeitung (JZ)* 2000, 369-371. [=JZ 2000, 369].
- Roxin, C. (2008). Die Lockspitzfalle. En Görgen, T. et al. (eds.) *Interdisziplinäre Kriminologie: Festschrift für Arthur Kreuzer zum 70. Geburtstag*. (pp. 613-634/675-696). Frankfurt am Main: Verl. für Polizeiwiss. [=FS F. Kreuzer, 2008, 613].
- Roxin, I. (2004). *Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege* (4.^a ed.). München: Herbert Utz Verlag.

- Stuckenberg, C. F. (2012). § 206a. Löwe-Rosenberg, *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: Großkommentar. Band II.* (26.^a Ed.). Berlin: de Gruyter. [=Stuckenberg/LR, 2012].
- Tyszkiewicz, G. (2014). *Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme.* Berlin: Duncker & Humblot.
- Wolter, J. & Jäger, C. (2016). § 110c. En Jürgen Wolter (ed.). *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung Mit GVG und EMRK* (5.^a ed.). [= Wolter-Jäger/SK-StPO].
- Wolter, J. (2000). Beweisverbote und Umgehungsverbote zwischen Wahrheitserforschung und Ausforschung. En Roxin, C. & Canaris, C-W. (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft. Band IV: Strafrecht, Strafprozeßrecht.* (pp. 963-1009) München: C.H. Beck. [=FG 50 Jahre BGH, 963].
- Wolter, J. (2012). Staatlich gesteuerte Selbstbelastungsprovokation mit Umgehung des Schweigerechts Zur objektiven Zurechnung im Strafprozessrecht. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* (ZIS) 2012, 238-245 [=ZIS 2012].