



Sobre el pronunciamiento del Oberlandesgericht del Estado de Schleswig-Holstein en el affaire «Carles Puigdemont»

Alejandro Valiño Arcos

Catedrático de Universidad. Universitat de València

Resumen

Traducción castellana de la nueva resolución del Tribunal Superior Regional del Estado federado de Schleswig-Holstein que confirma la posición adoptada hasta ahora por la justicia alemana, al circunscribir la extradición por el delito de corrupción en su modalidad de malversación de caudales públicos

I. Introducción

El autor ofrece una traducción castellana de la Resolución del Tribunal Superior Regional del Estado federado de Schleswig-Holstein de 12 de julio de 2018 (1) que, trae su causa de la dictada por este mismo órgano el pasado 5 de abril de 2018 y que fue objeto de traducción y comentario en esta misma revista (2) . Esta nueva Resolución viene a confirmar la posición adoptada hasta ahora por la justicia alemana de circunscribir la extradición por el delito de corrupción en su modalidad de malversación de caudales públicos, ahondando en los razonamientos para rechazar la pretensión de extradición por rebelión a través de la fijación de las diferencias con otros tipos penales (como el «Landfriedensbruch») contemplados en el derecho alemán. El trabajo concluye con una valoración personal del autor, proponiendo un distinto encaje de la conducta de Carles Puigdemont dentro del Código Penal alemán.

II. Traducción castellana de la Resolución del Tribunal Superior de la Región (Estado federado) de Schleswig-Holstein de 12 de julio de 2018

1 Ausl (3) (A) 18/18 (20/18)

Tribunal Superior de la Región de Schleswig-Holstein

Resolución

En el asunto de la extradición (4) referida a un nacional español

Tras audiencia de (...) a instancia del Fiscal General del Estado federado de Schleswig-Holstein, del requerido y sus representantes, la Sala de lo Penal del Tribunal Superior del Estado federado de Schleswig-Holstein ha resuelto en Schleswig a 12 de julio de 2018:

1) La extradición del requerido desde la República Federal de Alemania al Reino de España para su enjuiciamiento criminal por el ilícito denominado en la Orden Europea de Detención de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de España de 23 de marzo de 2018 «malversación de caudales públicos» (corrupción) se tiene por admisible.

2) La extradición por el asimismo llamado en dicha Orden ilícito de «rebelión» se tiene por inadmisibile.

3) En contra de la intención del Fiscal General del Estado de conceder la extradición del requerido, no se alzan objeciones en el campo de la pertinencia de la extradición.

4) La orden de detención y entrega de la Sala de 5 de abril de 2018 se mantiene vigente. La petición de que ésta sea ejecutada nuevamente se desestima. Las condiciones derivadas de la resolución de puesta en libertad mantienen la vigencia de entonces.

5) El tesoro público ha de restituir al requerido dos tercios de los desembolsos impuestos.

FUNDAMENTOS

I.

Mediante la presentación de una Orden Europea de Detención de la Sala Segunda del Tribunal Supremo español con sede en Madrid de fecha 23 de marzo de 2018 (Az.: 20907/2018), las autoridades del reino de España interesan la detención y extradición del requerido al objeto de su enjuiciamiento criminal.

De la Orden Europea de Detención resulta que las autoridades españolas imputan al requerido, en cuanto por entonces Presidente del Gobierno regional catalán, a propósito de la celebración y financiación de un referéndum en fecha 1 de octubre de 2017 sobre la futura situación jurídica de Cataluña, haber cometido con su conducta tanto un (delito de) «rebelión» como de «malversación de caudales públicos» o bien «corrupción». A causa de las particularidades de los ilícitos, la Sala se refiere a su Resolución de 5 de abril de 2018, con la que decretó extradición contra el requerido, suspendiendo, sin embargo, sus efectos de inmediato bajo ciertas condiciones. El requerido se encuentra momentáneamente, bajo ciertas condiciones, en libertad en un lugar de Alemania conocido por la Sala.

El requerido ha mostrado no estar de acuerdo con el procedimiento de extradición simplificado y no ha renunciado a la aplicación del principio de especialidad.

El Fiscal General del Estado federado tiene por pertinente la extradición del requerido por razón de

ambos ilícitos. En relación al delito de «rebelión», se alza la evidencia (a juicio de la Fiscalía) de que esta conducta sería también penalmente punible en el derecho alemán, en particular como (delito de) alta traición conforme al § 81.1.1.º de su Código Penal, pero en todo caso, más gravemente, como «ruptura de la paz pública» de los §§ 125.1.1.º y 125 a.1. En lo concerniente al delito de corrupción, se trata de un «hecho catalogado» (una conducta tipificada) en el art. 2.2 de la Decisión Marco sobre la Orden Europea de Detención, de modo que para tal constatación no habrían de darse más pruebas adicionales. Por lo demás, tal conducta sería también penalmente punible como deslealtad conforme al § 266 del Código Penal.

El Fiscal General de la Región de Schleswig-Holstein solicita,

1.— que sea rechazada la oposición del requerido contra la Orden de Extradición de 5 de abril de 2018,

2.— que se tenga por pertinente la extradición del requerido desde la República Federal de Alemania a España a causa de las conductas penalmente punibles fijadas en la Orden Europea de Detención del Tribunal Supremo español con sede en Madrid de 23 de marzo de 2018,

3.— que, frente a la intención de las autoridades concedentes de no alegar obstáculos para su otorgamiento, no se alcen objeciones,

4.— que se formule nuevamente la Orden de Extradición de 5 de abril de 2018 y se decrete la ejecución de la extradición.

El requerido solicita,

Que se declare improcedente la extradición y quede sin efecto la Orden de extradición junto a las correspondientes condiciones.

Él mantiene la idea de que el episodio descrito por las autoridades españolas, que se califica como «rebelión», no se incardina en ningún tipo penal alemán. Es cierto que el ilícito de «corrupción» está así tipificado, pero de hecho es subsumible todo lo más dentro del delito de deslealtad y no representa como tal «un hecho catalogado» (una conducta tipificada), con lo que su punibilidad conforme al derecho alemán ha de ser examinada. Este examen llevaría en todo caso a la imprecisión de los delitos imputados, porque, a través de las informaciones contradictorias suministradas por las autoridades españolas, no se ha determinado qué delito se imputa exactamente al requerido. Por último, el requerido sospecha que el Estado español abusará del proceso penal para, en realidad, perseguirle por motivos políticos.

II.

Al igual que ya en su Resolución de 5 de abril de 2018, la Sala se ve también ahora obligada a una observación preliminar:

La Orden Europea de Detención presentada por las autoridades españolas puede calificarse, conforme a la experiencia de muchos años de la Sala en cuestiones de extradición, de absolutamente atípica. En la rúbrica, en la que, dentro del formulario de la Orden Europea de Detención, se ha de designar el hecho delictivo con indicación del tiempo, lugar y forma de participación de la persona buscada, comienza una descripción de por lo menos 17 páginas sobre la evolución histórica de los esfuerzos por la independencia de Cataluña y de la participación en este

proceso de diferentes organizaciones públicas y políticas, es decir, de instituciones. La descripción de los acontecimientos empieza en la primavera de 2015, aunque el requerido debió de haber cometido los dos delitos que se le imputan entre el 6 de septiembre y el 1 de octubre de 2017.

La resolución del Tribunal Supremo español de 21 de marzo de 2018 invocada a estos efectos en la Orden Europea de Detención como base nacional para «la interposición de la acción pública y otras medidas», a las que forzosamente se ha de recurrir para la comprensión de los delitos imputados al requerido, tiene una extensión de 70 páginas. En ella se describe en primer lugar nuevamente la evolución histórica (esta vez partiendo ya del año 2012). Asimismo, esta Resolución no se refiere sólo al requerido, sino que se acusa a un total de 25 personas de distintos delitos, que pudieron haberse cometido en distintas épocas y a través de diferentes acciones. Trece de ellas —incluyendo al requerido— podrían ser culpables del delito de «rebelión». Otras doce podrían haber cometido «desobediencia». De estas 25 personas, 14 —entre ellas también el requerido— podrían haber cometido «malversación y apropiación de caudales públicos».

Las autoridades españolas han añadido en el curso del proceso informaciones adicionales

Complementariamente a estos documentos de partida, las autoridades españolas han añadido en el curso del proceso informaciones adicionales. Esto tuvo lugar en primer lugar a requerimiento de la Sala, después de que un documento español haya sido traducido dos veces y haya habido divergencias con las traducciones alemanas. En este contexto, a juicio de la Sala, se ha de destacar que el Fiscal General del Estado se ha esforzado de manera loable por su indispensable integración y aclaración. Lo mismo puede decirse de la buena voluntad de la justicia española con la que ha dado respuesta a las cuestiones planteadas.

Ante esta situación, es desde luego natural y comprensible que todas las partes del proceso precisaban obviamente de más tiempo para el examen, revisión y valoración de los materiales existentes, como es propio de los «típicos»

procedimientos de extradición con base en una Orden Europea de Detención. Esto explica la superación del denominado plazo legal de 60 días previsto en el art. 17.3 de la Decisión Marco sobre la Orden Europea de Detención y en el § 83c.1 de la IRG (5) para una decisión sobre la extradición.

III.

Con la Orden Europea de Detención del Tribunal Supremo español de 23 de marzo de 2018, las autoridades españolas han presentado los documentos de extradición necesarios (§ 83a de la IRG). Esta Orden Europea de Detención no es, por tanto, en lo esencial ineficaz, porque a ella le falte un subyacente Auto de Prisión nacional. En la correspondiente Rúbrica del Formulario de la Orden Europea de Detención se cita —como ya se ha indicado— como base «la interposición de la acción pública» de 21 de marzo de 2018. Se trata de un Auto, enviado con la Orden Europea de Detención —y posteriormente designado como tal— de procesamiento del Tribunal Supremo Español. Tras las aclaraciones complementarias del Tribunal Supremo Español de 17 y 18 de mayo de 2018, esta resolución implica también en relación al requerido un auto de prisión permanente. Con ello, a los efectos del art. 8.1.c de la Decisión Marco sobre la Orden Europea de Detención (RB-EUHb), se tiene a la vista otra resolución judicial ejecutiva con idéntica eficacia jurídica (como una Orden de Detención). La Sala no tiene ningún motivo para dudar de esta aclaración del Tribunal Supremo Español. Sin duda esta resolución procede de una instancia judicial competente para la adopción de semejantes decisiones (confróntese para este requerimiento también con

Hackner, en Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, 5. Aufl., Rn. 9 al § 83a de la IRG). Por lo demás, para la Sala esta calificación jurídica es sin la menor dificultad plausible y lógica, si bien la Ley Procesal penal alemana no contempla una regulación paralela en su § 207.4. Según esta disposición, en el contexto de la apertura del juicio oral, se ha de resolver simultáneamente sobre el mandamiento o mantenimiento de la prisión provisional contra un imputado.

El mandamiento de prisión provisional en la modalidad de mantenimiento de la orden de detención dictada se relaciona nuevamente con la Orden nacional de detención del Juzgado Central de Instrucción n.º 3 de Madrid de 3 de noviembre de 2017. Esta resolución se ha de calificar a los efectos del Auto de procesamiento como una «medida cautelar recayente sobre la esfera personal». Por ello, es irrelevante que el ilícito imputado por entonces al requerido fuese en sus pormenores otro distinto al que ahora se le imputa en el Auto de procesamiento. Es una práctica conocida en el trabajo diario de la Sala que una sospecha inicialmente existente al comienzo de la instrucción pueda ser, en el curso de las actuaciones posteriores, ampliada, modificada o atenuada. Ello entonces ha de valorarse respectivamente a través de una nueva formulación de los ilícitos en la respectiva resolución de prisión permanente.

Así ha acontecido en el presente caso, como resulta de la información complementaria del Tribunal Supremo español de 28 de mayo de 2018. Queda por precisar que, en sustancia, se trata siempre, a los efectos de una actuación procesal (§ 264.1 del Código Procesal Penal alemán), del mismo ilícito, en particular de la conducta del requerido en relación con el referéndum de 1 de octubre de 2017.

IV.

En el asunto en cuestión, después de un concluyente y exhaustivo examen de la solicitud, se ve confirmado por la Sala en su valoración provisional del caso, cómo se plasma en la Resolución de 5 de abril de 2018. En particular ha de considerarse lo siguiente:

1. Por cuanto las autoridades españolas imputan al requerido haber participado en una «rebelión», su extradición se revela como inadmisibile.

a) Según el § 3.1 de la IRG, una extradición es sólo admisible en principio si existe la denominada «recíproca tipificación penal», esto es, si el hecho fuera también según el derecho alemán un hecho antijurídico, que conformara el tipo de una disposición penal (alemana). Ya la formulación legal explícita que no basta con que el suceso fáctico imputado guarde sólo una cierta similitud con el tipo contemplado en el derecho alemán. Antes bien, la tipificación debe darse. Si se quisiera ver esto de otra forma a los efectos de —como se ha considerado en el debate público— una consideración menos rigurosa, la consecuencia sería, de conformidad con el § 73 de la IRG, un extremado control del orden público; una consecuencia que la Ley de Cooperación jurídica internacional en asuntos penales (IRG) está queriendo evitar (confróntese con la argumentación del Proyecto del Gobierno en relación al § 3 IRG-E, BT-Drs. 9/1338, págs. 36 y ss.).

La exigencia de la recíproca tipificación penal está en consonancia con los requisitos del art. 2.4, 4.1 RB-EUHb, porque y siempre que el hecho delictivo imputado no represente un hecho catalogado a los efectos del art. 2.2 RB-EUHb y, fuera del campo de estos hechos delictivos, la Decisión Marco consiente al derecho nacional un ligamen con el requisito de la doble tipificación, lo cual ha sucedido en Alemania con el § 81.4 de la IRG. Sin embargo, la rebelión imputada no

pertenece al campo de los hechos catalogados, ni siquiera como un supuesto de hecho penalmente subsumible en la ruptura de la paz pública. A una ampliación del catálogo en el derecho comunitario a estos ilícitos imputados al requerido, que, conforme al art. 2.3 RB-EUhb sería posible, no se ha llegado hasta ahora.

Para hacer posible con ello el necesario examen, se debe proceder desde luego a la llamada «análoga adaptación» (§ 3.1 2.ª variante de la IRG) (confróntese sobre la procedencia de la adaptación con la Resolución de la Sala de 5 de abril de 2018, pág. 6,7). Para ello se considera la circunstancia de que el ordenamiento jurídico del estado solicitante (el español) y el ordenamiento jurídico del Estado requerido (el alemán) no tipifican penalmente un mismo supuesto de hecho de forma completamente idéntica. Esto significa, en consecuencia, que se ha de evaluar el supuesto de hecho subyacente en la Orden Europea de Detención y en la solicitud de extradición a la luz del derecho penal alemán, esto es, si, según esto, resulta también una tipificación penal fundada en una disposición penal alemana equivalente en todo caso al derecho español.

En este sentido, las quizá severas pautas del derecho de revisión alemán en el supuesto de control de una sentencia por motivos de fondo se revelan como inadecuadas para el examen de la recíproca tipificación penal, porque ellas no hacen justicia a la propia situación de enfrentamiento al derecho de extradición de distintos ordenamientos jurídicos (BGHSt 27, 168, 173). Si, por otra parte, basta la capacidad de subsunción del supuesto de hecho en una cualquiera norma penal (así Lagodny, en Schomburg(Lagodny/Gleiß/Hackner, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 5. Aufl., Rn. 13 al § 3 de la IRG), si, ello no obstante, se ha de exigir una congruencia jurídica de las normas penales (Kubiciel en Ambos u.a., Rechtshilfrecht in Strafsachen, Rn. 26 al § 3 de la IRG), o si se habría de proceder, en caso de necesidad, a un separado examen de proporcionalidad con la concepción jurídica del requerido, es algo que la Sala no necesita decidir en el caso presente. Por consiguiente, no es necesaria la presentación ante el Tribunal Supremo federal instada provisionalmente por el Fiscal General del Estado conforme al § 42.2 de la IRG o impulsada de oficio por la Sala conforme al § 42.1 de la IRG.

Al requerido no se le puede imputar, según el derecho alemán, ni el delito de alta traición ni el de ruptura de la paz pública

Pues precisamente la Sala, ante el escenario de la obligación fundamental de extradición (§ 79.1 de la IRG, art. 3,4 RB-EUhb) y de la interpretación de las normas nacionales generalmente a la luz del derecho comunitario, se limita al examen de la recíproca tipificación penal, no desde el punto de vista de (l delito) de alta traición, sino que se extiende a si el supuesto de hecho puesto de manifiesto puede ser penalmente punible según una norma penal alemana cualquiera, aun cuando entre los delitos de alta traición y de ruptura de la paz pública no exista una completa congruencia digna de valoración. Con todo, la reiterada revisión por parte de la Sala de las bases del supuesto de hecho considerado tanto por las autoridades españolas como por el Fiscal General del Estado ha tenido por resultado que al requerido no se le puede imputar, según el derecho alemán, ni el delito de alta traición ni el de ruptura de la paz pública.

b) Un delito de alta traición debe acometerse, según el art. 472 del Código Penal español, «violenta y públicamente» y, según la equivalente disposición penal alemana del § 81 del Código Penal alemán, «con violencia».

Ya es dudoso si el requerido ha perseguido a tal efecto el objetivo de separar Cataluña del Estado central español «con violencia». De la documentación entregada resulta que el requerido quiso obtener legitimación para la separación precisamente por medios democráticos, en particular a

través de la celebración de una votación. El Auto de Procesamiento de 21 de marzo de 2018 (pág. 57, los números de página aquí y en lo sucesivo se citan conforme a la traducción alemana) admite también análogamente que no se trataba de un ilícito de empleo de violencia, «que estuviera ideada desde el principio como un instrumento para la consecución de la independencia». En este contexto (Auto de Procesamiento, pág. 31) se menciona también que hasta el 28 de septiembre de 2017 se había realizado «un pacto tácito de no violencia». La violencia acometida por grupos autónomos (Auto de Procesamiento, pág. 31) en sectores de la votación no era el medio con el que el requerido quería alcanzar la independencia de Cataluña. Que el requerido en ese momento habría sin ninguna duda reconocido que sería inútil lograr la independencia de Cataluña con medios democráticos y legales como una votación popular, de modo que quedaba como única vía una subversión violenta, no es algo evidente.

Pero en todo caso, su tipificación como alta traición decae en cuanto que los acontecimientos del 1 de octubre de 2017 no han logrado la magnitud de violencia que sería necesaria para el cumplimiento de la característica no escrita de «idoneidad» de la violencia para la consecución de sus fines. Así este requisito de la idoneidad se puede encontrar, no sólo en el § 81 del Código Penal alemán, sino parece que también igualmente en el derecho penal español, como muestran las menciones a la «adecuación» del empleo de la violencia en el Auto de Procesamiento (pág. 56).

Por lo que concierne a la tipificación como alta traición conforme al § 81 del Código Penal alemán, la Sala ya ha apuntado en su Resolución de 5 de abril de 2018 que el concepto de violencia igualmente utilizado en los §§ 105 y 81 del Código Penal presupone un nivel cualificado en la violencia, que, por su vertiente intencional, sea apto para constreñir a los poderes públicos a plegarse a las exigencias del autor (así en relación con BGHSt 32, págs. 165 y sigs. — «Pista de despegue Oeste»).

El trasfondo es que por, un lado, en un orden social y estatal democrático el derecho penal debe, por razones constitucionales, comedirse frente a disensiones políticas; y que, por otro lado, al comparar la protección de los bienes jurídicos individuales con el Estado y sus instituciones, un duro y demasiado influyente destinatario se enfrenta desigualmente a los potenciales delincuentes (Laufhütte/Kuschel in Leipziger Kommentar-StGB, 12. Aufl., Rn. 17 al § 81 del Código Penal alemán). Por lo tanto, cierto es que la jurisprudencia del Tribunal Supremo federal aceptó ya tempranamente, como supuesto de alta traición, la intencional «lucha revolucionaria» con víctimas y la causación de situaciones caóticas (BGHSt 6, 336, 340), pero no, por ejemplo, manifestaciones, llamamientos al boicot o huelgas por antonomasia, salvo sólo cuando hubieran conducido a paralizar en su conjunto la actividad pública (BGHSt 8, 102, 106). El Tribunal Supremo Federal ha seguido esta doctrina jurisprudencial en su Sentencia sobre la «Pista de despegue Oeste».

De este modo, es incuestionable que el supuesto de hecho de la alta traición representa un delito de actividad a los efectos del § 11.1.6.º del Código Penal alemán y, por tanto, no depende del éxito real de un ataque de alta traición. Con razón advierte el Fiscal General del Estado que una disposición penal entendida de semejante manera sería ineficaz, porque en último término sólo le correspondería un carácter simbólico. Por otra parte, la anteposición conexas a un delito de actividad del umbral de tipificación entraña el peligro de criminalizar desde el comienzo el debate público, esto también cuando, por ejemplo, manifestaciones y la indudable presión de ellas derivada (también política) están constitucionalmente protegidas. Porque las manifestaciones son siempre también un elemento de ejercicio de presión. Por tanto, en la estimación de los efectos, el medio de coacción empleado depende precisamente también de la desnaturalización de los deberes

del Estado y de sus instituciones así como de la idoneidad de los medios coactivos empleados para la causación de sus consecuencias; esta valoración —a los efectos de un potencial éxito violento— no es sólo fáctica, sino un presupuesto fáctico normativo (BGHSt 32, 165, 174). El que —así el Fiscal General del Estado— en el asunto en cuestión no pueda decirse terminantemente que a la violencia empleada le haya faltado una cierta idoneidad, no es precisamente suficiente para ello.

Sin embargo, después de un reiterado examen, tampoco puede la Sala proceder a la apreciación positiva de que las instituciones españolas no pudieron resistir el día del referéndum la presión ejercida a través de aquellos sucesos:

Por cuanto la solicitud de extradición se asienta sobre episodios tumultuarios en una serie de locales de votación, no se percibe que estos episodios fueran aptos para construir semejante escenario. Precisamente mucho habla a favor el que las acciones individuales apreciables en el material fotográfico suministrado en los lugares descritos, y otras acciones lesivas expuestas en el informe de investigación, con menoscabo para la policía nacional, entrañaban respectivamente por sí mismos otros tipos penales, en especial delitos de lesiones corporales, delitos de resistencia y también de ruptura de la paz pública. Sobre la admisible tipificación de los incidentes aislados y de los sujetos tal vez reconocibles en las grabaciones de vídeo aportadas, la Sala no aprecia que ni en razón de qué el orden constitucional del Estado español se haya visto seriamente amenazado a través de estas acciones individuales.

El mismo día del referéndum, según las informaciones remitidas, hubo diseminados por toda la región 2.259 locales de votación. Delante de 17 de estos locales de votación se llegó a altercados en la calle. En ese día fueron heridos en tales altercados en toda la región sólo 58 de los 6.000 policías nacionales movilizados. Más allá de estos fenómenos, ni la Orden Europea de Detención ni el Auto de Procesamiento expresan los sucesos del día del referéndum que podrían ser calificados como idóneos para causar un cataclismo. En todo caso, según el contenido de los documentos de extradición, no se dieron —directamente provocados por el referéndum de 1 de octubre de 2017— grandes batallas callejeras, incendios provocados o saqueos. Ni gases lacrimógenos ni manguerazos de agua tuvieron que ser empleados. Al uso de armas de fuego no se llegó.

Tampoco resulta que, a raíz de las informaciones complementarias del Tribunal Supremo español de 26 de abril de 2018, se llegara a distintos incidentes en toda Cataluña «en los últimos días de septiembre y en los primeros días de octubre de 2017». Así por ejemplo se produjeron grandes manifestaciones y amenazas a entidades, que albergaron y abastecieron a la Policía Nacional. También debieron bloquearse en toda la región carreteras —y vías férreas— entre otras cosas con la ayuda de centenares de tractores y mediante barricadas ardientes.

Estos sucesos en particular no son directamente relacionados por la justicia española ni temporal ni causalmente con el referéndum del 1 de octubre de 2017. Tampoco son traídos como fundamento ni del Auto de Procesamiento ni de la Orden Europea de Detención. No son utilizados para cimentar la responsabilidad penal personal del requerido. En este sentido, en el Auto de Procesamiento (pág. 57) más bien se significa simplemente —como menciona— que el requerido y el resto de impulsores ciertamente no habrían planificado desde el principio la violencia como instrumento para la lograr la independencia, sino que —pese a la advertencia a través de los sucesos del 20 de septiembre de 2017— se habrían aferrado a la celebración del referéndum y, de este modo, habrían asumido el riesgo de que pudieran producirse también hechos violentos en relación con la celebración del referéndum.

Por último, tampoco prospera la idea de que sea imputable al requerido y a otros políticos catalanes el haber contenido a la policía autonómica catalana para «asegurar» la celebración del referéndum. En cuanto que aquí podría verse una exhortación a la paralización de las fuerzas policiales del gobierno central, no es claro que el requerido y otros hubieran efectivamente obligado a la policía autonómica catalana a atacar a la Guardia Civil o a la Policía Nacional. De semejantes incidentes nada informan tampoco ni la Orden Europea de Detención ni el Auto de Procesamiento de 21 de marzo de 2018. En este aspecto, no se puede deslizar la afirmación —de otra forma lo ve el Fiscal General del Estado en su petición— de que el requerido haya pretendido acometer una infracción jurídica violenta a través de la movilización de una fuerza de 17.000 policías regionales frente a los 6.000 policías nacionales. En primer lugar, la cifra de 17.000 funcionarios de policía no parece ser suficiente en este contexto. Conforme al contenido de la Orden de detención nacional española de 3 de noviembre de 2017 (allí pág. 4) se trataba más bien de un fortalecimiento global de la policía autonómica catalana. Del Auto de Procesamiento de 21 de marzo de 2018 (nota 52, letra e, pág. 34) se deduce nuevamente que el 1 de octubre de 2017 simplemente fueron movilizados 7.000 policías regionales, con lo que, además, la imputación de la justicia española contra el requerido radica precisamente en que él conscientemente ha movilizado menos policías (frente a los 12.000 generalmente habituales en elecciones) para disponer controles posiblemente ineficaces.

En cuanto que la policía regional simplemente se comportó de forma pasiva o no cooperativa, la movilización de las fuerzas centrales frente a los manifestantes y concurrentes a los locales de votación y, por tanto, la consecución del objetivo de impedir la celebración del referéndum, habría sido de este modo dificultada en casos aislados. En este sentido, la Sala no ve que la celebración del referéndum —esto también habría sido inconstitucional— debiera significar ya en sí misma inevitablemente la separación de Cataluña o simplemente una supresión de la estatalidad española derivada de esta situación. Podría ser que los colegas del requerido hubieran visto en esto un paso intermedio necesario hacia la completa independencia. Sin embargo, el requerido ha querido ver aquí precisamente sólo el punto de partida para las negociaciones.

c) Por lo que se refiere a la tipificación como ruptura de la paz pública, la Sala ve muy bien que una sucesión de acontecimientos en el lugar podrían cumplir con este tipo penal. Asimismo es sustancialmente correcto que también conforme al derecho alemán el (co) autor y organizador de tales actos no debe estar a la fuerza en el lugar.

aa) En efecto —al menos conforme al derecho alemán—, en la valoración de la cuestión de si el organizador de un gran suceso constitutivo de ruptura de la paz pública ha de ser considerado culpable, se ha de diferenciar en primer término si el propio evento del cual provienen o en relación con el que se dan los posteriores actos de violencia fue por su parte permitido o prohibido.

El Tribunal Supremo Federal, a tal fin, en la ya mencionada Sentencia de la «Pista de despegue Oeste», ha manifestado (BHGSt 32, 165, 179): «realmente aquel que formalmente ha convocado una manifestación pacífica no puede ser condenado como autor de un delito de ruptura de la paz pública, porque al evento se sumen grupos violentos y, si bien es cierto que ya en su convocatoria había contado con su irrupción, él, sin embargo, quiso llevar a cabo el evento, también soportando las alteraciones, en todo caso en aras de los objetivos cubiertos por el ordenamiento jurídico». Éste es el punto de partida de la Sala. Si fuera otro, no podrían organizarse más muchos de los deseables grandes eventos, tanto sociales como políticos, consentidos por el ordenamiento jurídico —como, por ejemplo, partidos de fútbol o, en Alemania, la cumbre del G-20 en Hamburgo—,

porque no podrían excluirse disturbios al margen de estos eventos.

Por lo que concierne a la calificación jurídica del referéndum convocado para el 1 de octubre de 2017, la Orden Europea de Detención informa a tal fin que la Ley 19/2017, de 6 de septiembre de 2017, de celebración del referéndum, fue «suspendida» por resolución del Tribunal Constitucional al día siguiente, esto es, el 7 de septiembre de 2017. Sólo el 17 de octubre de 2017, por tanto aproximadamente dos semanas y media después del día de la votación, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el referéndum por sentencia.

Si en la resolución provisional del Tribunal Constitucional se quiere ver sólo una advertencia de que el referéndum estaba temporalmente suspendido y, por tanto, su resultado no podría sin más ser tenido como válido, la celebración del referéndum mismo, a pesar de esta resolución, podría verse con mucha probabilidad como absurda, pero también como permitida. En este caso, el requerido, según el derecho alemán, quedaría sin más libre de pena por aplicación de la medida establecida. Ello porque —como se ha expuesto arriba bajo la letra b)— las autoridades españolas culpan al requerido simplemente de haber contado con (la producción de) tumultos y actos de violencia en la celebración del referéndum.

Por el contrario, si se quiere partir —como así parece ser, aún de forma más evidente, la opinión de la justicia española— de que con el mandamiento judicial interino el posible resultado electoral, no sólo sería tenido por meramente irrelevante, sino que al mismo tiempo contendría una prohibición de celebración efectiva del propio referéndum, entonces habría que deducir de ello que la votación del 1 de octubre de 2017 constituía un proceder ilegal.

bb) En este caso, se respondería a la cuestión de la incriminación del requerido por ruptura de la paz pública según los principios ulteriores, que el Tribunal Supremo Federal ha formulado en la ya mencionada Resolución de la «Pista de despegue Oeste».

Según esto, la incriminación por ruptura de la paz pública abarca también al que, «ausente del lugar, dio la orden, al organizador y al cabecilla intelectual» de los actos de violencia, en todo caso entonces, «se le han de atribuir como propios, también según los principios generales, cuando y en la medida en que, cuantitativamente, las actividades violentas ejecutadas y las amenazas correspondan a su voluntad de actuación o sean cometidas bajo su control efectivo» (BHHSt 32, 165, 178 y sig.). En este sentido, «aquel que maniobra desde fuera, el que entonces, por ejemplo, ha diseñado toda la estrategia de las actividades violentas y, sin embargo, después no va», se hace en todo caso responsable penalmente del delito de ruptura de la paz pública (a.a.O. en referencia al fundamento de la ley). Esta tipificación comprende también la actividad preparatoria y operativa en la ejecución de los disturbios del instigador, inductor o cabecilla intelectual (Krauß, en Leipziger Kommentar - StGB, 12. Aufl. Rn. 70 al § 125 StGB).

Sin embargo, tampoco a esta escala se hace el requerido penalmente responsable de ruptura de la paz pública. En el caso mencionado anteriormente, el Tribunal Supremo Federal pudo llegar a conocer a los responsables intencionales de la realización de un bloqueo total del aeropuerto de Frankfurt (6) : «la ejecución del bloqueo total constituyó su intención personal. Él había mostrado su objetivo a sus seguidores con encendidas palabras» (BGHSt, 32, 165, 180). Y además: «el acusado sabía que él solo no podría lograr un bloqueo tan prolongado de los numerosos trayectos de llegada y salida a través de la pasiva presencia de un número estimado por él entre 5000 y 10000 participantes. Por tanto, él aceptó conscientemente que, para poder imponer el bloqueo eficazmente hasta en las horas nocturnas, la gran cantidad de barricadas instaladas a su llamada

proporcionaría una resistencia activa en defensa contra las fuerzas del orden movilizadas para el desalojo y los funcionarios de policía que querían dejar libre el paso» (a.a.O.).

En el presente caso, el comportamiento ha sido otro. El requerido no ha tenido la voluntad de cometer disturbios. Más bien ha subrayado repetidamente la urgente necesidad de proceder pacíficamente. Él no fue el «cabecilla intelectual» de los actos de violencia. Según la declaración de las autoridades españolas, no hubo tampoco un «plan estratégico de actos violentos» que procediera de él. No trataban él y sus compañeros de bloquear a la Policía Nacional ni mucho menos de originar una situación pseudoguerracivilística en las calles, sino únicamente de facilitar en la medida de lo posible a muchos electores y electoras la participación en un referéndum, el cual —como ya se ha debatido— simplemente habría de tener un carácter preparatorio para posteriores negociaciones políticas. Ciertamente esto puede haber sido inconstitucional y, por ello, antijurídico. Y también la Sala parte de que las fuerzas centrales quisieron impedir esto según su criterio de forma legítima. Sin embargo, esto no debería significar, según el criterio del impulsor del referéndum, la inevitabilidad de escenarios de violencia a efectos del delito de ruptura de la paz pública. En particular, él habría podido suponer que el poder central podría haber hecho suficiente con tener los resultados de un referéndum semejante por antijurídicos e ineficaces sin paliativos o, a lo sumo, con proceder a una escalada de movilizaciones policiales.

También falta al requerido, para su incriminación como «organizador», la necesaria posibilidad de control del suceso. Esto es, según los principios generales, el indispensable control efectivo para un involucramiento como autor, que «los numerosos actos de violencia y amenazas ejecutados... se hayan de atribuir como un hecho propio según los principios generales» al autor (así precisamente también el Tribunal Supremo Federal en la Resolución de la «Pista de despegue Oeste» BHGSt 32, 165, 178). Según la actual redacción del § 125 del Código Penal, esto es, para la participación equiparada en lo sustancial a la perpetración como autor, el carácter objetivamente impulsor y, como tal, subjetivamente reconocible de la contribución prestada al acto. Precisamente por razón de la anteposición resultante de la tipificación a través de la actual redacción de los §§ 125 y ss. del Código Penal alemán, son necesarias delimitaciones eficaces a estos niveles, el § 125 del Código Penal no puede representar un mero delito de peligro.

En la *praxis* de la jurisprudencia alemana, no se ha llegado tampoco a este camino, pues no son claras las resoluciones publicadas que sujetan a pena simplemente el apoyo abstracto o la facilitación de los sucesos, de los cuales podrían surgir las acciones violentas. Más bien se trata siempre de la cuestión de qué relación guarda un mero participante en acciones violentas concretas (así por ejemplo BGH NStZ 2009, 28 y sig.; BGHSt 62, 178 y sigs.).

En lo que respecta al ilícito de «corrupción» en su modalidad de «malversación de caudales públicos»

Pero también falta la culpabilidad del requerido. Sobre la base de las informaciones transmitidas, no era él el planificador, organizador ni tampoco simplemente el ayudante de un previsible suceso violento concreto. Precisamente porque los sucesos posteriores al día de las elecciones no fueron por él planificados ni organizados, ellos tuvieron lugar espontáneamente y, según el lugar, tiempo y desenvolvimiento, de forma imprevisible. Por tanto, el requerido no pudo tampoco conducirlos ni influir de otro modo.

2. En lo que respecta al ilícito de «corrupción» en su modalidad de «malversación de caudales públicos», la extradición es por el contrario pertinente.

**, la
extradición
es por
el
contrario
pertinente**

La Sala, en su Resolución de 5 de abril de 2018, ha señalado que y por qué su competencia de revisión está limitada en este punto. A esta apreciación se aferra la Sala. Para evitar reiteraciones se remite a la ya mencionada Resolución. Simplemente en relación con ello se ha de señalar aquí una vez más que este ilícito constituye un «hecho catalogado» a los efectos del § 81.4 de la IRG en relación con el art. 2.2 de la Decisión Marco sobre la Orden Europea de Detención. En un caso semejante, no se ha de examinar por principio la existencia de una recíproca tipificación. Más bien el examen se limita a la cuestión de si es plausible la adscripción del suceso a la correspondiente categoría de delitos y, a lo sumo, a la cuestión adicional de si el curso de los sucesos descritos es concluyente (OLG Karlsruhe, NStZ-RR 2007, 376).

Decisiva para la adscripción de un ilícito a una determinada categoría de delitos es, como punto de partida, la opinión del Estado solicitante. Esto lo reconoce el requerido, si bien aduce que una inclusión semejante no es entonces obligatoria si aparece «arbitraria o incompatible con los hechos subyacentes». Sin embargo, la Sala no puede constatar tal cosa. Para la clasificación de un supuesto como hecho catalogado no hay ni una precisa definición ni una conceptualización unitaria (OLG Frankfurt, NStZ-RR 2011, 341). Tanto la corrupción como asimismo la malversación se caracterizan de igual manera por el abuso de facultades de un funcionario público designado. Contradiría la idea fundamental del espacio jurídico común europeo el querer dar validez en este contexto sólo a los conceptos y categorías nacionales. Con todo, los Estados europeos han resuelto, conscientes de la imprecisión y de algunas dificultades de deslinde, instituir este catálogo de delitos, que, en su esencia, son tan ampliamente constatables en los Estados miembros que se puede renunciar a una expresa revisión de la recíproca tipicidad penal.

Si esto se quisiera ver de otro modo, entonces la Sala, simplemente por precaución, apostilla que, después del examen exhaustivo acerca de los ilícitos imputados, se podría en clave alemana proceder penalmente contra el requerido por deslealtad a la luz del § 266 del Código Penal alemán.

Asimismo la descripción del supuesto de hecho subyacente —valorada en la limitada extensión de la revisión referida— es concluyente. El requerido quiso —por descontado— saldar los gastos ligados a la celebración del referéndum con recursos del erario público, como la Ley 4/2017 y «la disposición adicional 40» evidencian. Estas disposiciones fueron tenidas por Sentencia del Tribunal Constitucional español (Az.: STC 90/2017) de 5 de julio de 2017 por nulas y anticonstitucionales. A pesar de ello, el gobierno catalán —y con él en primer lugar el requerido— facultó por Resolución de 7 de septiembre de 2017 a distintas autoridades para «acordar todas las medidas y contratos necesarios para la celebración del referéndum» (exposición según el Auto de Procesamiento de 21 de marzo de 2018, pág. 28). Esto encierra naturalmente también la confirmación de la asunción de gastos a través del erario público. Cómo y mediante qué surgirían estos, se había de desprender de la Resolución, porque en detalle las medidas adoptadas por diversas autoridades fueron recogidas en una lista. Con esta instrucción, el requerido se ha pasado por alto la Sentencia del Tribunal Constitucional. Que la preparación y celebración del referéndum no sería posible sin que surgieran para ello gastos, salta a la vista y era sabido por los participantes a raíz de los conflictos jurídicos alrededor de sucesos anteriores semejantes. Éstos ofrecían también una especie de punto de referencia sobre cómo de elevados serían los gastos en relación con el referéndum.

En el curso del proceso, las autoridades españolas han entregado varias veces copioso material adicional a través del cual el desglose de los costes ocasionados en distintas obligaciones, contratos

y gastos puede documentarse. Los gastos hechos para esto —lo que en el procedimiento de instrucción no es más que una evidencia— no eran siempre constantes. Esto, sin embargo, tal vez no conduce— como el requerido supone —a que las alegaciones de las autoridades españolas deban (en el ínterin) sobre este punto ser tenidas en su conjunto como poco concluyentes, con lo que no podrían servir de base para un procedimiento de extradición.

Así sería solo, si como ha sido resuelto (OLG Celle NStZ-RR 2009, 313) «los elementos esenciales de la licitación se dedujeran arduamente sólo de un compendio de informaciones». Sin embargo, no ha sido aquí el caso. Porque, por un lado, la progresiva precisión de los ilícitos con posterioridad al Auto de Procesamiento de 21 de marzo de 2018 no se corresponde con la mencionada dinámica de un procedimiento de instrucción todavía no concluido. Por otro lado, las autoridades españolas han enviado complementariamente los resultados particulares de la instrucción relativos a la utilización de recursos públicos obviamente en la suposición de que la Sala se sentiría obligada a analizar estos detalles. No obstante, esto no es así. La única petición que la Sala —partiendo de una ambigua traducción de los documentos— tenía era la cuestión de si, según el derecho español, el ilícito de deslealtad se justificaría ya entonces cuando las obligaciones fueron contraídas a cargo del erario público, aunque todavía no se hubieran cumplido. A esta cuestión, la justicia española ha respondido afirmativamente. A la Sala esto le parece plausible, porque también en el derecho alemán basta para la comisión del tipo de deslealtad la producción de un daño de riesgo a la conclusión del hecho. El concepto denominado «riesgo patrimonial equiparado al daño» se reconoce desde hace décadas por la jurisprudencia en Alemania.

Al menos un cierto riesgo patrimonial —y atribuible al requerido por razón de su posición por entonces— es aducido como plausible por la justicia española. Otra cosa sería sólo si de los puntos de referencia expuestos fuera evidente que el dinero público hasta ahora no hubiese fluido y tampoco amenazara obligaciones futuras, como, por ejemplo —por cuanto planificado desde el comienzo—, si todas las deudas fueron financiadas o pudieron ser financiadas a través de terceros. Sin embargo, de esto, teniendo en cuenta las alegaciones del requerido, tampoco puede hablarse. La cuestión de cómo los costes fueron ocasionados al detalle o a qué secciones fueron repartidos, así como la cuestión de si y en qué cuantía se produjeron perjuicios financieros efectivos, afecta a la importancia de la sospecha y posiblemente a la medida de la responsabilidad del requerido. Aclarar esto es exclusivamente cosa de la justicia española. La Sala no puede ocuparse de ello. No existen elementos para que, excepcionalmente, la Sala haya de proceder al examen de las conjeturas por razón de especiales circunstancias (§ 10.2 de la IRG).

Otras circunstancias, que podrían alzarse contra la admisibilidad de la extradición (§§ 80, 81.1, 83 de la IRG), no existen y no son alegadas.

V.

Frente a la intención anunciada por el Fiscal General del Estado, en caso de una resolución positiva de la Sala sobre la admisibilidad de la extradición, de conceder ésta, no existen objeciones.

Impedimentos para su otorgamiento de los relacionados en el § 83 b de la IRG no son evidentes ni son alegados por el requerido.

La concesión, por tanto, no ha de interrumpirse de ninguna forma, porque el requerido se vea expuesto a una persecución «política». No es el caso. También sobre esto, la Sala ya se ha expresado en su Resolución de 5 de abril de 2018. A las consideraciones allí expuestas, nos

remitimos.

El delito «político» de alta traición en todos los Estados, por tanto, un hecho delictivo contra el sistema político y la misma subsistencia del Estado, no está en el marco de la extradición —como se ha expuesto— de ningún modo a debate. En cuanto al ilícito de deslealtad, se trata sólo de un supuesto de hecho penalmente relevante que no ostenta una dimensión «política».

La Sala tiene por descabellada la idea de que el Estado español, en cuanto miembro de una comunidad de valores y del espacio jurídico común de la Unión Europea, pudiera abusar del proceso penal para, simplemente, mediante los ilícitos pretextados y las consiguientes penas más duras de lo normal, castigar finalmente al requerido por sus convicciones políticas. Por tanto, para la Sala es inimaginable que la justicia española —como evidentemente el requerido teme—, con desprecio del principio de especialidad, pudiera encausar al requerido por «rebelión» en caso de extradición, a pesar de la resolución de la Sala. La Sala se ha esforzado en su Resolución por considerar tanto las exigencias del derecho penal alemán como también las derivadas de las normas del derecho comunitario. Y tiene una ilimitada confianza en que la justicia española no tratará la cuestión de otra manera.

VI.

La petición del Fiscal General del Estado de ejecutar de nuevo la Orden de Detención de la Sala debía rechazarse.

Con la presente Resolución de la Sala no ha empeorado significativamente la situación del requerido frente a la que tenía hasta ahora. Más bien consta ahora que no se llegará a una extradición por «rebelión». Con ello se confirma la valoración provisional de la Sala respecto al resultado del proceso de extradición. El estímulo para el requerido de sustraerse al proceso posterior mediante la huida no se ha incrementado. El requerido se ha personado hasta ahora en el procedimiento de extradición. Él ha observado minuciosamente las limitaciones que se le han impuesto. Él ha subrayado repetidamente que se personará en el proceso y acatará la resolución de la justicia alemana. La Sala toma la palabra al requerido de que, como personaje de la política de nuestro tiempo, apenas podría permitirse con una huida el consiguiente «deterioro de su imagen».

VII.

El pronunciamiento sobre costas es conforme a los §§ 77.1 de la IRG, y 467.1 y 464 d de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

III. Referencia complementaria a los preceptos de la Ley de la República Federal de Alemania de cooperación judicial internacional en causas penales (IRG) citados en la Resolución

En efecto, esta norma es reiteradamente citada por sendas Resoluciones del Tribunal Superior de la Región de Schleswig-Holstein, lo que obliga a tener en cuenta algunas de sus disposiciones, principalmente las que son objeto de invocación en la resolución que ahora se comenta.

El § 1.1 dispone en cuanto a su ámbito de aplicación (Anwendungsbereich) que se rige por esta norma la cooperación judicial internacional en asuntos penales (7) . El § 1.4 la extiende también a

la cooperación judicial en tales asuntos con Estados de la Unión Europea (8) .

El principio fundamental de la extradición se contiene en el § 2.1, según el cual un extranjero, perseguido o condenado en un estado extranjero a causa de un hecho castigado penalmente, puede ser entregado a la autoridad competente del Estado solicitante (9) , teniendo, a efectos de tal ley, el carácter de extranjeros aquellos que no sean alemanes conforme al § 116.1 de la Ley Fundamental alemana (§ 2.3) (10) , esto es, quien posee la nacionalidad alemana o quien ha sido acogido como refugiado o como deportado por razones étnicas, o sus cónyuges o descendientes (11) .

El § 3.1 subraya que la extradición es sólo admisible si el hecho que se imputa al perseguido constituye, según el derecho alemán, una conducta antijurídica subsumible en el tipo descrito por una norma penal o que, con modificación *mutatis mutandis* de las circunstancias, también merecería conforme al derecho alemán el carácter de delito (12) , siempre y cuando por tales hechos la pena comportase cuanto menos, contemplada en su grado máximo, un año de privación de libertad (§ 3.2) (13) (14) .

El § 5 contempla la exigencia de la reciprocidad en los procesos de extradición, señalando que sólo será admisible si ante una petición de extradición por parte de las autoridades alemanas pudiera esperarse un tratamiento semejante (15) .

El § 6 proscribire que la extradición pueda producirse por delitos de índole política (16) , siendo además inadmisibles en aquellos casos en los que, fundadamente, pueda suponerse que el perseguido podría ser condenado por razón de raza, religión, nacionalidad, adscripción a un determinado grupo social o convicciones políticas o que, por alguna de estas razones, su situación podría agravarse (17) .

El § 15 dispone que, tras la entrada de una solicitud de entrega, la extradición puede ser decretada contra el requerido si existe riesgo de que se sustraiga al procedimiento o a la ejecución de la entrega; o si, a causa de determinados hechos, se acredita la apremiante sospecha de que el requerido dificultará la investigación de la verdad en el procedimiento de extranjería o en el procedimiento de extradición (18) .

El § 25.1 establece que el Tribunal Superior puede suspender la ejecución de la Orden de extradición, si medidas menos restrictivas ofrecen también garantía de que el fin de la extradición provisional o de la extradición se alcanzará a través de ellas.

El § 42 prevé la posibilidad de elevar aspectos controvertidos relacionados con el proceso de extradición al Tribunal Supremo Federal de Alemania para su clarificación, siempre que sea solicitado por el Fiscal General del Estado federal o por la Fiscalía del Estado federado, en aquellos casos en los que el Tribunal Superior Regional de un estado federado desea apartarse de una resolución del Tribunal Supremo Federal o de la dictada por otro Tribunal Superior Regional en estas cuestiones o, simplemente, entiende que un pronunciamiento del Tribunal Supremo Federal sobre una cuestión de especial significación debe llevarse a efecto (19) .

El § 77.1 contiene, ante la carencia de normas procesales dentro de la IRG, una remisión a otras disposiciones, entre ellas la Ley de Enjuiciamiento criminal alemana (20) .

El § 79.1 tiene por excepcional la inadmisión de una petición de extradición de un Estado miembro, por lo que la decisión judicial al respecto habrá de estar apoyada en alguna de las causas

contempladas expresamente por la ley (21) .

El § 81.3.1 dispone que la entrega para procesamiento sólo es admisible si el hecho, según el derecho del Estado miembro solicitante, estuviese castigado con pena privativa de libertad o sanción semejante en su grado máximo de al menos doce meses (22) . Y el § 81.3.4 señala que la recíproca incriminación no ha de ser examinada si el hecho subyacente está castigado conforme al derecho del Estado solicitante con una pena privativa de libertad en su grado máximo de al menos tres años y se corresponde con las conductas delictivas mencionadas en el art. 2.2 de la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (23) (24) .

El § 83 establece los supuestos de denegación de la petición de extradición, entre ellos el hecho de que, habiendo sido ya el requerido condenado por sentencia firme por otro Estado miembro, su cumplimiento ya hubiese tenido lugar, o se encontrase en curso de cumplimiento o no fuese ya posible, según las normas del Estado peticionario, su cumplimiento (25) ; el hecho de que el requerido, al tiempo de la comisión de los hechos, fuese inimputable por razón de su edad (26) ; el hecho de que el requerido, ya condenado, no compareció personalmente en el juicio oral (27) por causa a él imputable (28) ; o, como consecuencia de los hechos que se le imputan, podría ser condenado a una pena de cadena perpetua u otra equivalente, cuya revisión de oficio o a instancia de parte no podría plantearse antes de veinte años (29) .

El § 83a recuerda que la Orden Europea de Detención ha de cumplir una serie de requisitos formales, a saber expresión de la identidad y nacionalidad del requerido (30) , del carácter y señas de la autoridad judicial actuante (31) , indicación de las resoluciones nacionales eventualmente ya recaídas sobre el particular (si se trata de una sentencia judicial ejecutable, de una orden de detención o de otra resolución judicial de idéntica eficacia) (32) , la clase y naturaleza jurídica del delito, incluyendo las disposiciones legales que lo tipifican (33) , la descripción de las circunstancias bajo las cuales el delito fue cometido, incluyendo el tiempo, el lugar y forma de participación del requerido en su comisión (34) , así como la pena máxima prevista legalmente para el delito en cuestión en el Estado miembro solicitante o, en su caso, ya impuesta en el caso de que hubiese recaído una sentencia judicial firme (35) .

Y, por último, el § 83.b enuncia los impedimentos para acceder a la petición de extradición, entre otros si, por los mismos hechos, se sigue ya contra el requerido un proceso penal (36) o, al contrario, la apertura de un procedimiento penal ha sido rechazada o, pese a haberse iniciado, su prosecución ha sido subsiguientemente sobreescaída (37) ; si se debe dar prioridad a la petición de extradición de un tercer Estado (38) ; o si no puede esperarse que la petición procedería en el caso de que se tratase de una solicitud alemana equiparable.

IV. Comentario

Mi posición es coincidente con la expuesta por el Prof. Cachón Cadenas en el Diario el País el pasado 10 de abril (39) y por el Prof. Gimbernat en el Diario el Mundo en dos artículos publicados el 16 de abril (40) y, más recientemente, el 31 de julio, precisamente al hilo de la Resolución que aquí se traduce (41) . El art. 2.2 de la Decisión Marco de 13 de junio de 2002 enumera los delitos que darán lugar a la entrega, sin necesidad de control de la doble tipificación de los hechos, entre los cuales se encuentra el delito de corrupción. El art. 2.4 señala que, para otros delitos distintos, «la entrega podrá supeditarse al requisito de que los hechos que justifiquen la emisión de la orden

de detención europea sean constitutivos de un delito respecto del Derecho del Estado miembro de ejecución, con independencia de los elementos constitutivos o la calificación del mismo». Y en la misma línea, el art. 4.1) dispone que «la autoridad judicial de ejecución podrá denegar la ejecución de la orden de detención europea cuando (...) los hechos que motiven la orden de detención europea no fueren constitutivos de delito de acuerdo con el Derecho del Estado miembro de ejecución».

Tanto la IRG alemana como la ley española, en desarrollo de estos principios, coinciden en que, tratándose de delitos distintos de los enumerados en el art. 2.2 de la Decisión Marco, pero castigados en el Estado solicitante de la extradición con pena privativa de libertad de al menos un año, la entrega podrá quedar supeditada a que los hechos descritos en la Orden Europea de Detención sean también constitutivos de delito en el Estado del que se solicita la cooperación judicial.

En consecuencia, la cuestión nuclear radica en determinar si los hechos objeto de imputación a Carles Puigdemont pudieran ser constitutivos de un delito que en Alemania trajera consigo para un eventual condenado una pena privativa de libertad superior a un año. A este respecto, la resolución del Tribunal Superior del Estado de Schleswig-Holstein cuya traducción castellana ofrecemos se mueve básicamente en torno a dos delitos con los que el de rebelión española podría tener correspondencia: el delito de alta traición «Hochverrat» (42) y, novedosamente en la Resolución de 12 de julio, el de ruptura de la paz pública «Landfriedensbruch» (43) (44) .

1. Razones para desechar la calificación de los hechos como delito de alta traición

Las razones para descartar que, conforme al derecho penal alemán, la actuación del requerido pudiera incardinarse en el delito de alta traición se asientan en que, en ningún momento, fue su propósito el empleo de la violencia como instrumento para la consecución de sus pretensiones políticas. Antes al contrario, el requerido, a partir de la información suministrada por el Tribunal Supremo español, entiende que simplemente quiso obtener legitimación para su aspiración independentista a través del instrumento democrático de la consulta popular, que, por lo demás, a su juicio no conducía automáticamente a la separación de Cataluña, sino que podría ser un paso intermedio o un punto de partida para postreras negociaciones políticas.

No resulta patente que el requerido juzgara el recurso a la violencia como la única vía para la consecución de tal propósito

Sostiene el Tribunal alemán que no resulta patente que el requerido juzgara el recurso a la violencia como la única vía para la consecución de tal propósito. Y a ello añade la consideración de que la violencia, empleada por algunos grupos autónomos fuera del control del requerido en los lugares de votación, no reunía la necesaria «idoneidad» para comprometer la estabilidad y unidad del sistema constitucional español.

A este respecto, recuerda que en las sociedades democráticas ha de deslindarse nítidamente el recurso a la lucha revolucionaria con causación de víctimas y situaciones caóticas, merecedor del reproche penal de alta traición, de lo que son manifestaciones, huelgas o llamamientos al boicot que no paralizan completamente la actividad pública, carentes por consiguiente de tal reproche, pues otra solución conduciría a criminalizar el debate político, haciendo decaer la protección constitucional del derecho de manifestación y la presión a él asociada. Prueba de que, a su juicio, se estuvo más en lo segundo que en lo

primero es que no se dieron grandes batallas callejeras, incendios, saqueos ni hubo que emplear,

como instrumento de defensa del orden constitucional, gases lacrimógenos, mangueras o armas de fuego.

Las grandes manifestaciones, los cortes de carretera e incluso las coacciones a los establecimientos que albergaron a las fuerzas policiales del Estado Central no guardan la necesaria relación de causalidad o temporalidad con el referéndum del 1 de octubre. Y, resalta adicionalmente, altercados sólo hubo en 17 de los 2.259 locales habilitados para la celebración del referéndum.

Ni siquiera ha quedado acreditado, a juicio del Tribunal Superior del Estado de Schleswig-Holstein, que el requerido y otros colaboradores hayan exhortado a la policía autonómica a atacar a las fuerzas policiales del Estado central ni que a tal fin se haya destinado el despliegue adicional de 7.000 policías autonómicos, cifra que es inferior a la de otras citas electorales, quizá, a juicio del instructor del Tribunal Supremo español, con el propósito de hacer ineficaz el deber de impedir la celebración de la consulta. De este modo, estima el órgano jurisdiccional alemán que la conducta pasiva y no colaborativa de la policía autonómica sólo en casos aislados habría dificultado la actuación de las fuerzas policiales estatales.

2. Razones para descartar la calificación de los hechos como delito de ruptura de la paz pública

En cuanto al delito de ruptura de la paz pública, el Tribunal Superior del Estado de Schleswig-Holstein reconoce abiertamente que acontecimientos como los ocurridos podrían encajar en el tipo penal alemán, sin que sea trascendente la presencia física del requerido en el lugar en el que los actos de violencia se manifestaron. El elemento clave, a juicio del Tribunal, radica en precisar si el evento del que derivan los posteriores actos de violencia pudo considerarse permitido o prohibido. A tal fin, la Resolución de 12 de julio ha traído a colación la doctrina del Tribunal Supremo alemán vertida en el caso de las obras de ampliación del aeropuerto de Frankfurt anteriormente referida (45) . Por aquel entonces, el Alto Tribunal alemán consideró que no puede imputarse el delito de ruptura de la paz pública al convocante de una protesta por el mero hecho de que a ella se sumen grupos violentos alejados de su control, ni siquiera en el caso de que pudiera haber previsto su irrupción, siempre que, claro está, no fuera él el inductor o inspirador de semejantes conductas antijurídicas. En caso contrario, la mera expectativa de que, detrás de la organización de un gran evento social o político, pudieran producirse incidentes violentos, impediría o convertiría en ilícita su organización y celebración.

En relación con esta cuestión, el Tribunal Superior del Estado de Schleswig-Holstein trae a la escena dos resoluciones del Tribunal Constitucional español relacionadas con la celebración del referéndum: la Providencia de 7 de septiembre de 2017, por la que declaraba la suspensión cautelar de la eficacia de la Ley del Parlamento de Cataluña 19/2017, de 6 de septiembre, del Referéndum de Autodeterminación (46) ; y la Sentencia n.º 114/2017, de 17 de octubre, que declaraba su inconstitucionalidad. A este respecto, estima el Tribunal alemán que, a la fecha de la celebración del referéndum (el 1 de octubre de 2017), tan sólo existía una suspensión de su celebración, algo que podría haberse interpretado (añadiría yo un tanto románticamente), no en el sentido de que la misma celebración de la consulta estuviera prohibida, sino simplemente que el resultado que de ella pudiera derivarse sería nulo.

Además, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo Federal de Alemania sentada en la sentencia indicada, la comisión del delito de ruptura de la paz pública requiere de la concurrencia de dos elementos que, a juicio del Tribunal Superior del Estado de Schleswig-Holstein, no se dan en el

requerido: que las actividades violentas correspondan a la voluntad de actuación del imputado y que, adicionalmente, hayan sido acometidas bajo su control efectivo. Por lo que se refiere a la voluntad de Carles Puigdemont en relación con el desencadenamiento de actos de violencia, a juicio del Tribunal, ha de desecharse la intención del requerido, pues constan sus reiterados llamamientos a la vía pacífica. Considera así que no trazó ningún plan estratégico para la ejecución de actos violentos, por lo que no puede considerársele planificador u organizador de los mismos, habiendo surgido más bien, atendido el lugar, el tiempo y la forma de su producción, de un modo espontáneo e imprevisible. No persiguió impedir la labor de las fuerzas policiales estatales, sino sólo facilitar la celebración de una consulta popular quizá con el fin de que sus resultados pudieran favorecer un escenario de negociación política conducente a la consecución de sus aspiraciones independentistas. Decía el Tribunal alemán que quizá ello pueda ser inconstitucional y antijurídico, pero, a los efectos del delito de ruptura de la paz pública, falta el elemento de que el requerido juzgó imprescindible e inevitable el empleo de la violencia para la consecución de sus propósitos.

En cuanto al control del suceso, no puede considerarse que los episodios violentos puedan serle atribuidos como propios, incluyendo aquí la mera inducción a su producción, sin que en la jurisprudencia alemana sea pacífica la cuestión de que baste un apoyo abstracto o una mera facilitación de los sucesos de los que derivaron las actividades violentas finalmente acaecidas.

3. Valoración personal de la actividad desplegada por el Tribunal Superior del Estado de Schleswig-Holstein en la Resolución traducida y comentada

La actividad llevada a cabo por el Tribunal Superior del Estado de Schleswig-Holstein excede con mucho de la que debe ser propia del órgano jurisdiccional receptor de una Orden Europea de Detención desencadenante de un proceso de extradición. Su actividad debería haber quedado circunscrita a constatar si los hechos de los que trae su causa la emisión de la Orden Europea de Detención son penalmente punibles en Alemania, cualquiera que sea el delito concreto en el que puedan subsumirse.

El Tribunal alemán descarta que ese encaje pueda encontrarse en los delitos alemanes de alta traición y de ruptura de la paz pública por considerar que los sucesos violentos acaecidos con ocasión de la celebración del referéndum no guardan relación con el proceder del requerido, que en modo alguno tuvo participación en un plan ordenado a su producción. Para llegar a semejante conclusión, toma como base el contenido del Auto de Procesamiento del Tribunal Supremo de 21 de marzo y la información que este órgano ha remitido complementariamente.

Al margen de que llegar a semejante conclusión en una fase tan temprana del procedimiento puede considerarse cuanto menos precipitada si se considera, como es notorio, no tanto la gravedad de los sucesos violentos aisladamente considerados, sino el contexto en el que se manifestaron, con una obstinada acción política independentista, por lo demás contraria a numerosos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, que no se vislumbraba fuera a detenerse, resulta patente que el enjuiciamiento de los hechos no es tarea del Tribunal alemán, al que sólo compete valorar la trascendencia penal en Alemania de los hechos que se describen en la Orden Europea de Detención y, en su caso, en la documentación que la acompañaba.

Del contenido de sus Resoluciones en el presente procedimiento de extradición se desprende que el Tribunal Superior del Estado de Schleswig-Holstein es conocedor de la implicación del requerido, no sólo intelectual, sino materialmente en la ejecución de un programa que persigue separar de España el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña, haciendo caso omiso de las

obligaciones inherentes al cargo institucional que ostentaba, entre ellas la de procurar la estricta observancia de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional español, como la que ya el 7 de septiembre de 2017 declaraba la suspensión cautelar de la celebración del referéndum. La sola insinuación que desliza el Tribunal alemán de que semejante resolución interlocutoria pudiera ser interpretada de forma distinta a la paralización de cualquier actuación ordenada a promover la celebración de la consulta popular resulta del todo punto inaceptable.

En todo caso, circunscribiendo la cuestión a lo que debe ser tarea del órgano jurisdiccional receptor de la Orden Europea de Detención, esto es, calibrar si la actuación de Carles Puigdemont puede subsumirse en alguno de los tipos contemplados en el Código Penal alemán, se hace de entrada muy difícil pensar que la respuesta del derecho penal alemán frente a este tipo de conductas, que entrañan un abierto y reiterado desacato a las resoluciones del Tribunal Constitucional y que el Tribunal Regional alemán ha tildado incluso de inconstitucional y antijurídico, sea precisamente el silencio. Y, en efecto, un análisis más profundo de la cuestión nos lleva a constatar cómo semejante proceder es también penalmente punible en Alemania.

A) Encaje de la conducta del requerido dentro del delito de preparación de una operación de alta traición (§ 83 del Código Penal Alemán)

Como hemos ya significado, la Sección Primera de la Parte Especial del Código Penal alemán reza «traición a la paz, alta traición y puesta en peligro para el Estado democrático de Derecho» (47) . Por lo que se refiere al encaje de la conducta imputada al requerido dentro del delito alemán de alta traición, no sólo se realiza el tipo cuando la acción se materializa mediante el empleo de la violencia o la amenaza de violencia (§§ 81 y 82), sino también cuando se reconoce la «preparación de actos de alta traición», para lo cual parece razonable pensar que, por hallarse el propósito en un estado embrionario, el elemento de la violencia (que en el caso de autos se reconoce existente, aunque no de suficiente intensidad) no sería indispensable. Así, el § 83 (preparación de una acción de alta traición) (48) previene en su número primero que quien prepara un determinado acto de alta traición contra la Federación, será castigado con pena privativa de libertad de uno a diez años, con rebaja, en los casos menos graves, a una pena privativa de libertad de uno a cinco años (49) .

Y los actos de alta traición que han de ser objeto de preparación para que se dé la aplicación del § 83 son los enunciados en los §§ 81 y 82, a saber actos ordenados a comprometer la existencia de la República Federal de Alemania o a cambiar su vigente orden constitucional (50) . A nadie escapa que la agenda política del independentismo catalán en el gobierno autonómico se ha concretado en un abanico de disposiciones parlamentarias y ejecutivas con tal doble propósito: comprometer la existencia, al menos en su conformación territorial actual, del Reino de España y socavar las bases del régimen constitucional actualmente vigente en España. No en vano, todas esas disposiciones, suspendidas en su eficacia de manera inmediata, han terminado por merecer el consiguiente reproche de inconstitucionalidad.

Quizá, por lo tanto, el error de las autoridades judiciales españolas haya radicado en canalizar la petición de extradición sobre la base de unos sucesos violentos que sólo lejanamente son atribuibles al requerido en primera persona. De este modo, ha dado ocasión a que el Tribunal alemán analice las distintas implicaciones a tener en cuenta en relación con tales episodios, esto es, si los actos de violencia eran imputables personalmente al requerido como autor o instigador; y si la violencia era suficiente para quebrar las bases del Estado constitucional español. Un planteamiento de la cuestión como delito de «preparación de actos de alta traición» habría dejado fuera del enjuiciamiento del Tribunal alemán la cuestión de la violencia, que es ciertamente

nuclear, tanto en el tipo español del delito de rebelión como en el alemán de alta traición.

B) Encaje de los hechos imputados al requerido como intromisión contraria a la Constitución en el ejército y en las fuerzas de seguridad del Estado

El § 89.1 del Código Penal alemán (51) castiga con pena privativa de libertad de hasta cinco años o multa pecuniaria a quien, de forma programada, influya sobre miembros del ejército federal alemán o sobre órganos de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado para socavar su debida disponibilidad para proteger la seguridad de la República Federal de Alemania o su régimen constitucional y, de esta manera, aboga intencionalmente por aspiraciones contrarias a la existencia o la seguridad de la República Federal de Alemania o sus principios constitucionales (52)

En este tipo podría subsumirse el reproche que se hace al requerido y resto de integrantes del gobierno catalán de haber promovido la inacción de la policía autonómica catalana a los fines de que la consulta popular, pese a la suspensión decretada por el Tribunal Constitucional y por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, pudiera llevarse a efecto. El Tribunal Supremo, en el Auto de Procesamiento de 21 de marzo (págs. 32 y sigs.), se detiene en la cuestión de una eventual orden transmitida a los «mossos d'Esquadra» por el Gobierno catalán en este sentido y, si bien no se constata su explícita existencia en este momento procedimental (53), se construye la fundada sospecha de que dicha orden debió darse (54) a partir de una sucesión de acontecimientos (expuestos ordenadamente en págs. 32 y sigs., nota 52) entre los que destaca por encima de todos el discurso constante y concorde con el plan soberanista del Consejero de Interior del requerido, Joaquim Forn, máximo responsable político del que dependía la policía autonómica catalana.

Al respecto, la valoración del Tribunal alemán puede todo lo más tildarse de superficial. Se contextualizan las supuestas exhortaciones del gobierno catalán dirigidas a la policía autonómica con la cuestión de la responsabilidad que se le imputa en la causación de los episodios violentos, sosteniendo el órgano jurisdiccional alemán que sólo puntualmente la pasividad de la policía autonómica habría dificultado la actuación de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado central y que no se acredita que hubiera órdenes orientadas al enfrentamiento con las fuerzas estatales.

Con todo, como ya se ha dicho, no compete al Tribunal Superior del Estado de Schleswig-Holstein sustituir en su labor de enjuiciamiento a los órganos jurisdiccionales españoles, prejuzgando anticipadamente que sería de Carles Puigdemont de haber sido el Presidente de un Land alemán (55), sino controlar si los hechos, indiciariamente imputados en este momento procedimental al requerido (en este caso, la de haber deslizado en una reunión celebrada en el Palau de la Generalitat el 28 de septiembre de 2017 la orden de anteponer la salvaguardia de la convivencia ciudadana a la ejecución de las medidas contenidas en la parte dispositiva del Auto de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 27 de septiembre de 2017), podrían ser desencadenantes de responsabilidad penal en Alemania. El tenor del § 89.1 del Código Penal alemán no deja el más mínimo espacio para la duda.

(1) Accesible el texto original en lengua alemana en dos versiones formalmente dispares en [https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=OLG%20Schleswig&Datum=12.07.2018&AktENZEICHEN=1%20Ausl%20\(A\)%2018/18](https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=OLG%20Schleswig&Datum=12.07.2018&AktENZEICHEN=1%20Ausl%20(A)%2018/18). Hemos respetado la articulación en párrafos de la versión accesible en el segundo de los enlaces: <https://www.schleswig-holstein.de/DE/Justiz/OLG/Presse/PI/201806VollstaendigerBeschlussDownload.pdf>

__blob=publicationFile&v=2.

Ver Texto

- (2) Valiño Arcos, A. (2018). «A propósito de la Resolución del Oberlandesgericht del Estado de Schleswig-Holstein en el affaire "Carles Puigdemont" (traducción castellana con notas)», en *Diario La Ley* núm. 9186, Sección Tribuna, 26 de abril de 2018, 16 págs., accesible en http://diariolaley.laley.es/content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiMzMwNDS7Wy1KLizPw827DM9NS8kIS1xKTI_JzSktTQokzbnKLSVACDJOXAMQAAAA==WKE.

Ver Texto

- (3) Previsiblemente esta abreviación designa «entrega» o «extradición».

Ver Texto

- (4) He traducido sistemáticamente «Auslieferung» (entrega) como extradición, siendo que la entrega (tradición) se pretende materializarla fuera de (ex) las fronteras de Alemania.

Ver Texto

- (5) Estas siglas hacen referencia a la Ley de Cooperación jurídica internacional en asuntos penales de la República Federal de Alemania.

Ver Texto

- (6) Accesible a texto completo en <https://opinioius.de/entscheidung/1244>.

Ver Texto

- (7) «Der Rechtshilfeverkehr mit dem Ausland in strafrechtlichen Angelegenheiten richtet sich nach diesem Gesetz».

Ver Texto

- (8) «Die Unterstützung für ein Verfahren in einer strafrechtlichen Angelegenheit mit einem Mitgliedstaat der Europäischen Union richtet sich nach diesem Gesetz».

Ver Texto

- (9) «Ein Ausländer, der in einem ausländischen Staat wegen einer Tat, die dort mit Strafe bedroht ist, verfolgt wird oder verurteilt worden ist, kann diesem Staat auf Ersuchen einer zuständigen Stelle zur Verfolgung oder zur Vollstreckung einer wegen der Tat verhängten Strafe oder sonstigen Sanktion ausgeliefert werden».

Ver Texto

- (10) «Ausländer im Sinne dieses Gesetzes sind Personen, die nicht Deutsche im Sinne des Artikels 116 Abs. 1 des Grundgesetzes sind».

Ver Texto

- (11) «Deutscher im Sinne dieses Grundgesetzes ist vorbehaltlich anderweitiger gesetzlicher Regelung, wer die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt oder als Flüchtling oder Vertriebener deutscher Volkszugehörigkeit oder als dessen Ehegatte oder Abkömmling in dem Gebiete des Deutschen Reiches nach dem Stande vom 31. Dezember 1937 Aufnahme gefunden hat».

Ver Texto

- (12) «Die Auslieferung ist nur zulässig, wenn die Tat auch nach deutschem Recht eine rechtswidrige Tat ist, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht, oder wenn sie bei sinngemäßer Umstellung des Sachverhalts auch nach deutschem Recht eine solche Tat wäre».

Ver Texto

- (13) «Die Auslieferung zur Verfolgung ist nur zulässig, wenn die Tat nach deutschem Recht im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr bedroht ist oder wenn sie bei sinngemäßer Umstellung des Sachverhalts nach deutschem Recht mit einer solchen Strafe bedroht wäre».

Ver Texto

- (14) Este precepto guarda correspondencia con el art. 37.a) de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: «la autoridad judicial española podrá dictar una orden europea de detención y entrega (...) con el fin de proceder al ejercicio de acciones penales, por aquellos hechos para los que la ley penal española señale una pena o una medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea, al menos, de doce meses, o de una medida de internamiento en régimen cerrado de un menor por el mismo plazo».

Ver Texto

- (15) «Die Auslieferung ist nur zulässig, wenn auf Grund der vom ersuchenden Staat gegebenen Zusicherungen erwartet werden kann, daß dieser einem vergleichbaren deutschen Ersuchen entsprechen würde».

Ver Texto

- (16) «Die Auslieferung ist nicht zulässig wegen einer politischen Tat oder wegen einer mit einer solchen zusammenhängenden Tat».

Ver Texto

- (17) «Die Auslieferung ist nicht zulässig, wenn ernstliche Gründe für die Annahme bestehen, daß der Verfolgte im Fall seiner Auslieferung wegen seiner Rasse, seiner Religion, seiner Staatsangehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder seiner politischen Anschauungen verfolgt oder bestraft oder daß seine Lage aus einem dieser Gründe erschwert werden würde».

Ver Texto

- (18) «Nach dem Eingang des Auslieferungsersuchens kann gegen den Verfolgten die Auslieferungshaft angeordnet werden, wenn 1. die Gefahr besteht, daß er sich dem Auslieferungsverfahren oder der Durchführung der Auslieferung entziehen werde, oder 2. auf Grund bestimmter Tatsachen der dringende Verdacht begründet ist, daß der Verfolgte die Ermittlung der Wahrheit in dem ausländischen Verfahren oder im Auslieferungsverfahren erschweren werde».

Ver Texto

- (19) «(1) Hält das Oberlandesgericht eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes für geboten, um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu klären, oder will es von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes oder einer nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes ergangenen Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts über eine Rechtsfrage in Auslieferungssachen abweichen, so begründet es seine Auffassung und holt die Entscheidung des Bundesgerichtshofes über die Rechtsfrage ein. (2) Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes wird auch eingeholt, wenn der Generalbundesanwalt oder die Staatsanwaltschaft bei dem Oberlandesgericht dies zur Klärung einer Rechtsfrage beantragt».

Ver Texto

- (20) «Soweit dieses Gesetz keine besonderen Verfahrensvorschriften enthält, gelten die Vorschriften des

Gerichtsverfassungsgesetzes und seines Einführungsgesetzes, der Strafprozeßordnung, des Jugendgerichtsgesetzes, der Abgabenordnung und des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten sinngemäß».

Ver Texto

- (21) «Zulässige Ersuchen eines Mitgliedstaates um Auslieferung oder Durchlieferung können nur abgelehnt werden, soweit dies in diesem Teil vorgesehen ist. 2Die ablehnende Bewilligungsentscheidung ist zu begründen».

Ver Texto

- (22) «Die Auslieferung zur Verfolgung nur zulässig ist, wenn die Tat nach dem Recht des ersuchenden Mitgliedstaates mit einer Freiheitsstrafe oder sonstigen Sanktion im Höchstmaß von mindestens zwölf Monaten bedroht ist».

Ver Texto

- (23) «Die beiderseitige Strafbarkeit nicht zu prüfen ist, wenn die dem Ersuchen zugrunde liegende Tat nach dem Recht des ersuchenden Staates mit einer freiheitsentziehenden Sanktion im Höchstmaß von mindestens drei Jahren bedroht ist und den in Artikel 2 Absatz 2 des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (ABl. L 190 vom 18. 7. 2002, S. 1), der durch den Rahmenbeschluss 2009/299/JI (ABl. L 81 vom 27.3.2009, S. 24) geändert worden ist (Rahmenbeschluss Europäischer Haftbefehl) aufgeführten Deliktgruppen zugehörig ist».

Ver Texto

- (24) De igual forma, el art. 47.1 de la Ley Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea diferencia los casos en los que la Orden Europea de Detención «hubiera sido emitida por un delito que pertenezca a una de las categorías de delitos enumeradas en el apartado 1 del artículo 20 y dicho delito estuviera castigado en el Estado de emisión con una pena o una medida de seguridad privativa de libertad o con una medida de internamiento en régimen cerrado de un menor cuya duración máxima sea, al menos, de tres años, se acordará la entrega de la persona reclamada sin control de la doble tipificación de los hechos». Y en el art. 47.2 añade que «en los restantes supuestos no contemplados en el apartado anterior, siempre que estén castigados en el Estado de emisión con una pena o medida de seguridad privativa de libertad o con una medida de internamiento en régimen cerrado de un menor cuya duración máxima sea, al menos, de doce meses o, cuando la reclamación tuviere por objeto el cumplimiento de condena a una pena o medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad, la entrega podrá supeditarse al requisito de que los hechos que justifiquen la emisión de la orden europea de detención y entrega sean constitutivos de un delito conforme a la legislación española, con independencia de los elementos constitutivos o la calificación del mismo».

Ver Texto

- (25) «Die Auslieferung ist nicht zulässig, wenn der Verfolgte wegen derselben Tat, die dem Ersuchen zugrunde liegt, bereits von einem anderen Mitgliedstaat rechtskräftig abgeurteilt worden ist, vorausgesetzt, dass im Fall der Verurteilung die Sanktion bereits vollstreckt worden ist, gerade vollstreckt wird oder nach dem Recht des Urteilsstaates nicht mehr vollstreckt werden kann».

Ver Texto

- (26) «Die Auslieferung ist nicht zulässig, wenn der Verfolgte zur Tatzeit nach § 19 des Strafgesetzbuchs schuldunfähig war».

Ver Texto

- (27) «Die Auslieferung ist nicht zulässig, wenn bei Ersuchen zum Zweck der Strafvollstreckung die verurteilte Person zu der dem Urteil zugrunde liegenden Verhandlung nicht persönlich erschienen ist».

Ver Texto

- (28) En efecto, el § 83.2 tiene por admisible la extradición si, puntualmente, el requerido ha sido citado personalmente para el juicio oral o se le puso en su conocimiento de forma oficial la fecha y el lugar de su celebración, con expresa advertencia de que podría seguirse contra él una condena en rebeldía. También en los casos en que, mediante su huida, ha impedido la citación personal, no obstante lo cual ha estado defendida en el curso del proceso.
- Ver Texto
- (29) «Die Auslieferung ist nicht zulässig, wenn die dem Ersuchen zugrunde liegende Tat nach dem Recht des ersuchenden Mitgliedstaates mit lebenslanger Freiheitsstrafe oder einer sonstigen lebenslangen freiheitsentziehenden Sanktion bedroht ist oder der Verfolgte zu einer solchen Strafe verurteilt worden war und eine Überprüfung der Vollstreckung der verhängten Strafe oder Sanktion auf Antrag oder von Amts wegen nicht spätestens nach 20 Jahren erfolgt».
- Ver Texto
- (30) «Die Identität (...) und die Staatsangehörigkeit des Verfolgten».
- Ver Texto
- (31) «Die Bezeichnung und die Anschrift der ausstellenden Justizbehörde».
- Ver Texto
- (32) «Die Angabe, ob ein vollstreckbares Urteil, ein Haftbefehl oder eine andere vollstreckbare justitielle Entscheidung mit gleicher Rechtswirkung vorliegt».
- Ver Texto
- (33) «Die Art und rechtliche Würdigung der Straftat, einschließlich der gesetzlichen Bestimmungen».
- Ver Texto
- (34) «Die Beschreibung der Umstände, unter denen die Straftat begangen wurde, einschließlich der Tatzeit, des Tatortes und der Tatbeteiligung der gesuchten Person».
- Ver Texto
- (35) «Die für die betreffende Straftat im Ausstellungsmitgliedstaat gesetzlich vorgesehene Höchststrafe oder im Fall des Vorliegens eines rechtskräftigen Urteils die verhängte Strafe».
- Ver Texto
- (36) «Der Bewilligung der Auslieferung kann abgelehnt werden, wenn gegen den Verfolgten wegen derselben Tat, die dem Auslieferungsersuchen zugrunde liegt, im Geltungsbereich dieses Gesetzes ein strafrechtliches Verfahren geführt wird».
- Ver Texto
- (37) «Der Bewilligung der Auslieferung kann abgelehnt werden, wenn die Einleitung eines strafrechtlichen Verfahrens wegen derselben Tat, die dem Auslieferungsersuchen zugrunde liegt, abgelehnt wurde oder ein bereits eingeleitetes Verfahren eingestellt wurde».
- Ver Texto
- (38) «Der Bewilligung der Auslieferung kann abgelehnt werden, wenn dem Auslieferungsersuchen eines dritten Staates Vorrang eingeräumt werden soll».

Ver Texto

(39) «Lo que importa son los hechos imputados», accesible en https://elpais.com/elpais/2018/04/09/opinion/1523295766_851062.html.

Ver Texto

(40) «Alemania, obligada a entregar a Puigdemont por rebelión», accesible en <http://www.elmundo.es/opinion/2018/04/16/5ad34048268e3ee23d8b45d9.html>.

Ver Texto

(41) «Alemania, la euroorden y Puigdemont», accesible en <http://www.elmundo.es/opinion/2018/07/31/5b5efdb3e5fdea86768b45ae.html>.

Ver Texto

(42) Regulado en el § 81 del Código Penal alemán dentro de la sección «traición a la paz, alta traición y puesta en peligro para el Estado democrático de Derecho» («Friedensverrat, Hochverrat und Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates»), castiga con pena privativa de libertad no inferior a diez años (en casos de menor gravedad, entre uno y diez años) a quien («wer»), con violencia o amenaza de violencia («mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt») pretenda («unternimmt») comprometer la existencia de la República Federal de Alemania («den Bestand des Bundesrepublik Deutschland zu beeinträchtigen») o cambiar el orden constitucional contemplado en su Ley Fundamental («die auf dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland beruhende verfassungsmäßige Ordnung zu ändern»).

Ver Texto

(43) El § 125.1 del Código Penal alemán, dentro de la rúbrica «delitos contra el orden público» («Straftaten gegen die öffentliche Ordnung»), castiga con pena privativa de libertad de hasta tres años o con pena pecuniaria a quien, como autor o participante («als Täter oder Teilnehmer») intervenga en actividades violentas («Gewalttätigkeiten») o en amenazas de su producción («Bedrohungen von Menschen mit Gewalttätigkeit») contra personas o cosas («gegen Menschen oder Sachen») perpetradas («begangen werden») contra la seguridad pública («öffentliche Sicherheit») de forma peligrosa («in einer gefährdenden Weise») por un grupo de personas («aus einer Menschenmenge») con fuerzas concertadas («mit vereinte Kräfte»); o a quien influya («wer einwirkt») sobre un grupo de personas para fomentar su participación en tales acciones («um ihre Bereitschaft zu solchen Handlungen zu fördern»). El § 125a regula incluso una modalidad agravada del delito («besonders schwerer Fall des Landfriedensbruchs»), castigando con pena privativa de libertad de seis meses a diez años a quien, mediante una actividad violenta («durch eine Gewalttätigkeit»), pone en peligro de muerte o de graves perjuicios para la salud a otro («einen anderen in die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung bringt»), o a quien saquea («plündert») o causa significativos daños en cosas ajenas («bedeutenden Schaden an fremden Sachen anrichtet»), modalidad ésta que, a juicio del Prof. Gimbernat, siempre indiciariamente, podría tener correspondencia con los hechos que se imputan al requerido, con lo que, en todo caso, la procedencia de la entrega por rebelión estaría servida.

Ver Texto

(44) Esta subsunción es la que ya proponía el Prof. Gimbernat en su artículo en el Diario el Mundo del 16 de abril de 2018 («Alemania, obligada a entregar a Puigdemont por rebelión»), desvelando que la Sentencia del Tribunal Supremo federal sobre los sucesos acaecidos con ocasión de unas protestas contra las obras de ampliación del aeropuerto de Frankfurt sí entendió como constitutiva de delito («Landfriedensbruch» del art. 125 del Código Penal alemán o ruptura de la paz pública) la actuación del promotor de aquellas movilizaciones, subrayando el Prof. Gimbernat, por tanto, que es falsa la afirmación contenida en la resolución del Oberlandesgericht de Schleswig-Holstein de que los hechos que se imputan a Carles Puigdemont carecerían de trascendencia penal en Alemania, pues, reconocida su similitud y hasta identidad, por aquel entonces trajeron consigo la imposición de una pena. En su artículo del 31 de julio, el Prof. Gimbernat ofrece un demoledor análisis a propósito del cambio de criterio ofrecido por el Tribunal Superior del Estado de Schleswig-Holstein al comparar sus dos Resoluciones, apenas separadas en el

tiempo por tres meses. En la del mes de abril, rechazaba de plano que el comportamiento del requerido pudiera subsumirse en el delito de «alta traición» alemán, trayendo a colación para justificar su planteamiento aquel supuesto resuelto por el Tribunal Supremo Federal de Alemania, donde, si bien fue descartado que el promotor de las protestas de las que se derivaron actos de violencia hubiese incurrido en tal delito, calificaba los hechos como constitutivos del delito de ruptura de la paz pública («Landfriedensbruch»), extremo silenciado por el Tribunal Superior del Estado de Schleswig-Holstein. Y la cuestión no es baladí porque dicho órgano, para descartar que Carles Puigdemont hubiera incurrido en algo parecido a la «alta traición» alemana, comparaba y asimilaba aquellas protestas, finalmente objeto de dura represión penal, con lo acaecido en Cataluña en torno a la celebración del referéndum, con lo que se daría el presupuesto que, no sólo la Decisión Marco, sino el desarrollo normativo alemán y español contemplan, esto es, que los hechos descritos en la Orden Europea de Detención cursada por el Tribunal Supremo español son constitutivos de delito en Alemania y castigados con pena privativa de libertad superior a un año. De ahí que, para mantener su posición de no conceder la extradición de Carles Puigdemont por razón del delito de rebelión, el Tribunal Superior del Estado de Schleswig-Holstein se ha visto abocado a mudar incomprensiblemente de criterio, abandonando aquella idea deslizada en su primera resolución de que aquellas protestas se asemejaban a los sucesos acontecidos en Cataluña. Ni que decir tiene que, si puede aceptarse que aquella comparación pudo ser desafortunada, no puede obviarse que el desequilibrio que ahora se sostiene, considerados los elementos fácticos que adornaban una y otra acción, ha de resolverse inevitablemente en el reconocimiento de que, apriorísticamente, lo sucedido en Cataluña es infinitamente de mayor gravedad y trascendencia, por lo que con toda seguridad su reproche penal en el ámbito alemán, a los efectos de la concurrencia del requisito de la doble incriminación, tal como se establece en la normativa referida, ha de darse por descontado.

Ver Texto

(45) Accesible a texto completo en <https://opiniojuris.de/entscheidung/1244>.

Ver Texto

(46) Accesible en <https://www.boe.es/boe/dias/2017/09/08/pdfs/BOE-A-2017-10287.pdf>.

Ver Texto

(47) «Friedensverrat, Hochverrat und Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates».

Ver Texto

(48) «Vorbereitung eines hochverräterischen Unternehmens».

Ver Texto

(49) «Wer ein bestimmtes hochverräterisches Unternehmen gegen den Bund vorbereitet, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren bestraft».

Ver Texto

(50) A este respecto es indispensable el reenvío al § 92.1 del Código Penal alemán, que precisa qué ha de entenderse por menoscabar o comprometer la existencia o subsistencia de la República Federal de Alemania, entre otras cosas «eliminar la unidad estatal» («ihre staatliche Einheit beseitigt») o «separar una región a ella perteneciente» (ein zu ihr gehörendes Gebiet abtrennt»), que es propiamente el objetivo al que tendía la agenda política del Gobierno presidido por Carles Puigdemont.

Ver Texto

(51) «Wer auf Angehörige der Bundeswehr oder eines öffentlichen Sicherheitsorgans planmäßig einwirkt, um deren pflichtmäßige Bereitschaft zum Schutz der Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder der verfassungsmäßigen Ordnung zu untergraben, und sich dadurch absichtlich für Bestrebungen gegen den Bestand oder die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder gegen Verfassungsgrundsätze einsetzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft».

Ver Texto

- (52) Aquí también es forzoso el reenvío al § 92.2 del Código Penal alemán para determinar cuáles son los principios constitucionales, cuya vulneración entrañan la comisión de este tipo delictual. Entre ellos se enuncia la sujeción de la legislación al orden constitucional, y la del poder ejecutivo y judicial a la ley y el derecho («die Bindung der Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung und die Bindung der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung an Gesetz und Recht») así como la exclusión del poder de la violencia y de la arbitrariedad («der Ausschluß jeder Gewalt- und Willkürherrschaft»).

Ver Texto

- (53) Dice expresamente el Auto (pág. 33, nota 52): «En todo caso, la voluntad de los miembros el Gobierno presentes en aquella reunión de recurrir a la violencia o aceptarla, se mostraría con mayor nitidez si se acreditara que realmente ordenaron a las fuerzas del orden el incumplimiento de la ley, pues en tal coyuntura estarían impulsando el crecimiento de la movilización popular y debilitando los elementos de contención o disuasión con que cuenta el Estado de Derecho».

Ver Texto

- (54) «No obstante, un análisis sujeto a las reglas de la lógica y de la experiencia humana, permitiría concluir que los responsables políticos tuvieron que cursar a la policía autonómica la orden de no impedir la votación y que los responsables policiales —por esta exigencia— diseñaron un mecanismo de actuación que impedía que un agente de los Mossos d'Esquadra pudiera cumplir la decisión judicial de un modo real o eficaz» (pág. 33, nota 52).

Ver Texto

- (55) Incluso en este aspecto, el Oberlandesgericht de Schleswig-Holstein ha procedido ya desde su primera Resolución con inusitada tibieza, como en estos términos destacó el Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2018: «Lo más llamativo de la argumentación del Tribunal alemán es que se inicia con un ejemplo hipotético muy adecuado a nuestro caso, centrado en lo que sucedería en Alemania si el Presidente de un Land incurriera en una conducta como la perpetrada en Cataluña, pero a las pocas líneas abandona ese discurso sin profundizar en él y se desliza repentinamente hacia el supuesto fáctico de la pista del aeropuerto, huyendo así del pantanoso ejemplo comparativo que tan adecuado y pertinente resultaba. El supuesto hipotético del Presidente del Land daba mucho de sí, pero muy probablemente, en el caso de que se siguieran en su análisis argumental las reglas propias del discurso de la racionalidad comunicativa, su desenlace acabaría en la concesión de la euroorden. Y es que si los hechos que se han venido cometiendo en España se hubieran perpetrado en un Land de Alemania, con los mismos factores de evolución, tiempo y resultado, no parece muy factible que todo ello se saldara con una sentencia condenatoria meramente simbólica, como se dice en la resolución del Tribunal Regional Superior de Schleswig-Holstein. Así pues, tanto el ilustrativo zigzagado practicado con los ejemplos como el hecho sumamente relevante de que la resolución dictada por el Tribunal alemán se tramitara en un procedimiento rápido explican muy posiblemente el resultado obtenido. Es muy plausible que si el Tribunal hubiera operado con un material probatorio adecuado y hubiera examinado reposadamente el conjunto de las actuaciones procesales, el resultado habría sido muy distinto, tanto en lo que respecta a la argumentación como a la decisión. E incluso también en lo concerniente a cuál debe de ser el contenido, el alcance y el ámbito de interpretación de una euroorden dentro del territorio de la Unión Europea».

Ver Texto