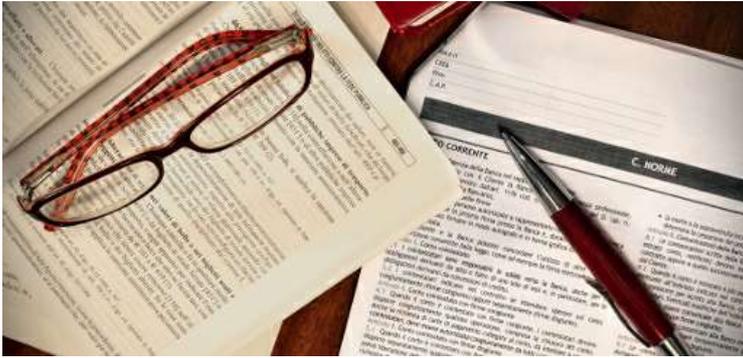


ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN



A propósito de la Resolución del Oberlandesgericht del Estado de Schleswig-Holstein en el affaire «Carles Puigdemont» (traducción castellana con notas)

Alejandro VALIÑO ARCOS

Catedrático de Universidad

Universitat de València

Resumen

El autor ofrece una traducción castellana de la Resolución del Tribunal Superior Regional del Estado federado de Schleswig-Holstein que tanto ha dado que hablar a los analistas políticos y a especialistas en distintos campos del Derecho. Se ha respetado la articulación en párrafos que contiene la resolución para facilitar el contraste con la versión en su lengua original y se han añadido algunas notas complementarias al hilo de algunas de las citas que contiene la resolución judicial comentada. Por último, el trabajo contiene un breve comentario conclusivo en tono crítico aderezado con alguna referencia a artículos de opinión publicados recientemente.

I. Traducción castellana de la Resolución del Tribunal Superior de la Región (Estado federado) de Schleswig-Holstein de 5 de abril de 2018 (1)

1 Ausl (2) (A) 18/18 (20/18)

Tribunal Superior de la Región de Schleswig-Holstein

Resolución

En el asunto de la extradición (3) referida a un nacional español

A instancia del Fiscal General de la Región de Schleswig-Holstein, la Cámara de lo Penal del Tribunal Superior de la Región de Schleswig-Holstein con sede en Schleswig, tras audiencia del requerido y sus asesores ha resuelto en fecha 5 de abril de 2018:

Contra el requerido se ha decretado extradición

Para la ulterior ejecución de la extradición, el requerido queda expuesto a las siguientes obligaciones:

1.- El requerido no puede abandonar el territorio de la República Federal de Alemania antes de la conclusión del procedimiento de extradición sin autorización del Fiscal General de la Región de Schleswig-Holstein.

2.- El requerido ha de informar de cualquier cambio del lugar de su residencia al Fiscal General de la Región de Schleswig-Holstein.

3.- El requerido ha de constituir por cualquier medio admisible en Derecho caución en la cuantía de 75.000 euros (art. 116.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y ha de acreditar la constitución de tal garantía ante el Fiscal General de la Región de Schleswig-Holstein.

4.- Se conmina por lo pronto al requerido a personarse en la comisaría de Policía de Neumünster una vez por semana.

5.- El requerido, en el procedimiento de extradición, ha de atender las citaciones del Tribunal Superior de la Región de Schleswig-Holstein y las del Fiscal General de la Región de Schleswig-Holstein.

1. Fundamentos

Mediante la presentación de la Orden europea de Detención de la Sala Segunda del Tribunal Supremo con sede en Madrid de 21 de marzo de 2018 (Az. 20907/2017) solicitan las autoridades del reino de España la detención y extradición del requerido a los fines de su enjuiciamiento criminal. De la Orden europea de Detención se desprende que las autoridades españolas imputan al requerido, en el trasfondo del conocido con carácter general desde hace muchos años conflicto sobre la posición de Cataluña frente al Estado español, dos delitos, concretamente «rebelión» y «corrupción» bajo la forma de deslealtad.

Las acusaciones, brevemente expuestas, son las siguientes:

1.- En el otoño de 2017, el requerido, por entonces Presidente de la Comunidad Autónoma de Cataluña, junto con políticos salidos de España y miembros del gobierno, habría perseguido el objetivo de celebrar un referéndum (por lo demás declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional español con anterioridad), en el que los habitantes de Cataluña tenían que votar sobre la cuestión de si Cataluña debía independizarse del Estado central. Como en el prelude de la celebración del referéndum se llegó a violentas obstrucciones al trabajo de los funcionarios

españoles, el requerido habría sido advertido en una discusión con altos mandos de la policía que en la celebración del referéndum deberían esperarse incidentes violentos, pues la Policía Nacional española tenía el encargo de apostarse ante los lugares de votación y de impedir en la medida de lo posible la votación. A pesar de estas advertencias, el requerido se habría atendido a lo proyectado. Y en efecto, el día de la votación se llegó en algunas localidades de Cataluña, especialmente delante de los lugares de votación, a disturbios y altercados violentos entre ciudadanos que deseaban votar y policías españoles. Por tal razón, algunas personas, entre ellas 58 policías españoles, habrían resultado heridos.

En este proceder las autoridades españolas ven un delito de «rebelión».

2.- Para la preparación del Referéndum, el Parlamento catalán habría aprobado una ley de Presupuestos con el número 4/2017 en la que se fijaban distintas partidas para gastos destinados a consultas populares y votaciones. En su Disposición Adicional 40 habría sido establecida la obligación del gobierno regional de facilitar recursos para la consulta popular sobre el futuro político de Cataluña. Esta Ley habría sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional español el 5 de julio de 2017.

El gobierno regional, con la cooperación y consentimiento del requerido, habría adoptado el 31 de octubre de 2017 las medidas necesarias para la celebración del referéndum, en particular habría sido autorizada la impresión, provisión y distribución de material electoral, la preparación y distribución de las listas electorales, el diseño de campañas electorales y otros actos semejantes. De ello se habría derivado un coste global en torno a los 1,6 millones de euros y, en particular,

- a)** 224.834,25 euros para censar a todos los catalanes residentes en el extranjero con vistas a la votación
- b)** 272.804,36 euros para campañas publicitarias para dar a conocer el referéndum
- c)** 979.661,96 euros para la confección de papeletas, listas electorales y notificación de los interventores
- d)** 119.700,00 euros para la participación de observadores electorales internacionales.

En los gastos para tales acciones, en previsión de que el referéndum sea declarado inconstitucional, las autoridades españolas ven un delito de corrupción tipificado como malversación de caudales públicos.

A causa de la especificidad de las acusaciones se hace referencia a la mencionada Orden europea de Detención.

Después de que el requerido hubiera entrado en Alemania en la mañana del 25 de marzo de 2018 en compañía de varias personas en un turismo procedente de Dinamarca a través de la Autopista estatal 7, fue identificado por la policía alemana y provisionalmente detenido sobre las 11:20 en un parking en la salida Schleswig/Jagel en cumplimiento de la Orden europea de Detención.

En su comparecencia ante el Juzgado de distrito de Neumünster, el requerido no ha sido preguntado si consentía con el procedimiento de extradición simplificada. Tampoco se le ha preguntado si renunciaba a la aplicación del principio de especialidad. En consecuencia, el requerido no se manifestó allí sobre estos dos aspectos. Mediante escrito de 5 de abril de 2018, los asesores del requerido han puntualizado que el requerido no está de acuerdo con la extradición simplificada ni renuncia a la aplicación del principio de especialidad.

El Fiscal General de la Región de Schleswig-Holstein solicita que se decrete extradición contra el requerido.

A la solicitud del Fiscal General se ha de acceder —en todo caso según las circunstancias concurrentes—.

1.- Con motivo de la considerable notoriedad pública que el proceso —obviamente sobre la base de una cierta relevancia actual de la persona del requerido— ha despertado en la población y en los medios de comunicación se ve obligado este Tribunal a hacer una consideración preliminar:

Después que la policía alemana supo que el requerido se encontraba en territorio de la República Federal de Alemania y que contra él existía una Orden europea de Detención válida emitida desde España, al toparse con el requerido, estaba obligada a detenerlo provisionalmente y a presentarlo seguidamente ante el Tribunal de Distrito.

El Tribunal de Distrito estaba obligado a cerciorarse de la identidad del requerido

El Tribunal de Distrito estaba obligado a cerciorarse de la identidad del requerido, a informarle y, seguidamente, comprobada su identidad, a decretar que el requerido había de quedar detenido hasta la decisión del Tribunal Superior de la Región.

El Fiscal General de la Región de Schleswig-Holstein había de decidir, en calidad de autoridad a la que compete conducir todo el procedimiento de extradición, si había de ser instada ante el Tribunal competente la ejecución de la orden de detención y entrega.

De este modo, las partes del proceso se han atendido a la ley y han cumplido los mandatos impuestos por ella. Sobre el decreto de extradición, esta Cámara ha de resolver ahora.

2.- De conformidad con el art. 15 de la Ley de Cooperación jurídica internacional en asuntos penales (IRG) se ha de decretar la extradición —sin perjuicio de la existencia de un fundamento para la detención según el art. 15.1.1.º y 2.º de la IRG—, si la extradición, tras un primer examen, no parece en principio improcedente (art. 15.2 de la IRG) (4) . De la mencionada disposición resulta el criterio de valoración para la cuestión de si puede ser decretada una orden de detención y entrega.

El examen así verificado de una eventual inadmisibilidad de la extradición conduce en lo concerniente a los dos delitos imputados a resultados diferentes.

a) En cuanto al hecho de que las autoridades españolas acusan al requerido de haber tomado parte en una rebelión, su extradición se revela de entrada como inadmisibile. Esto resulta del hecho de que, según el art. 1 de la IRG, una extradición es sólo admisible si se da la llamada «tipificación penal recíproca», esto es, cuando el hecho sea también un hecho antijurídico conforme al derecho alemán, constituyendo el tipo de una disposición penal (alemana). Para hacer posible esta comprobación se debe proceder en este caso a la llamada «análoga adaptación» (art. 3.1 2.ª variante de la IRG).

Pues bien, de la petición de extradición resulta que el requerido, a través de sus actos al tiempo de la comisión de los hechos, habría contravenido disposiciones penales vigentes en el Reino de

España. El comportamiento imputable al requerido no es, sin embargo, constitutivo de delito en la República Federal de Alemania conforme al derecho aquí vigente. En primer término, el requerido no ha cometido ningún delito por aplicación inmediata de las disposiciones penales aquí vigentes, porque no hay ninguna disposición alemana que castigue penalmente la participación en una rebelión en España.

Por tanto, una eventual tipificación penal según las disposiciones alemanas sólo puede ser examinada si el supuesto de hecho llega a «acomodarse por analogía». Para ello no basta que haya disposiciones penales parecidas en el Derecho alemán, que castiguen penalmente acciones en el fondo equiparables. La «acomodación por analogía» del supuesto de hecho significa más bien que se ha de pensar en el caso en su conjunto, como si el hecho hubiese acaecido en Alemania, como si el autor fuera un nacional alemán y como si en el suceso hubiesen participado instituciones alemanas [Resolución de la Sala de 15 de septiembre de 2009, 1 Ausl (A) 23/09 (24/09)]; cfr. en este aspecto también Lagodny in Schomburg/Lagodny/Glas/Hackner, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 5.ª edición, marginal 7,8).

El caso en cuestión debe, por tanto, ser imaginado como si acaso el Presidente de un Estado federado alemán tuviera la intención de llevar a la independencia a su Región y, para ello, hubiera preparado con otros miembros de su gobierno un referéndum, en el cual los ciudadanos de su Región tuvieran que votar sobre la independencia. Además se ha de imaginar el caso como que el Presidente era conocedor tanto de que el Tribunal Constitucional alemán había declarado inconstitucional el referéndum planeado, como que, con su celebración y a la vista de las advertencias de la policía, era previsible que el día de la votación se produjeran altercados violentos entre los ciudadanos y los policías enviados desde cualquier lugar de la República Federal.

Un tal comportamiento no sería constitutivo de delito según el derecho alemán, en especial no del delito de alta traición contra la República Federal a los efectos del art. 81.1 del Código Penal. Este dispone —en lo que respecta a la variante fáctica objeto de examen—:

«Quien, con violencia o amenaza de violencia, actúa para menoscabar la estabilidad de la República Federal de Alemania es castigado a cadena perpetua o con pena privativa de libertad no inferior a diez años.» (5)

El art. 92.1 del Código Penal ofrece la definición de lo que debe entenderse por «menoscabo a la estabilidad de la República Federal de Alemania». En consecuencia, menoscaba la estabilidad de la República Federal de Alemania aquel «que segrega de ella un territorio perteneciente a ella» (6) . En su aplicación encaja también la actuación de llevar a la autonomía un territorio perteneciente a la República Federal de Alemania (Fischer, Código Penal, 64.ª Edición, parágrafo 92, n.º 4).

A los efectos de los arts. 81 y 92 del Código Penal indudablemente persigue tal fin un referéndum que tiene por objeto llevar a la independencia a una región del conjunto del Estado. Sin embargo, al caso enjuiciado le falta para ser constitutivo de delito un elemento del tipo como es la «violencia». Qué debe entenderse por «violencia» a efectos de esta norma es algo que la justicia penal alemana ha dejado sentado en la jurisprudencia de los tribunales superiores.

Federal se ha pronunciado ya sobre un caso equiparable

trataba de la responsabilidad penal del impulsor de una iniciativa ciudadana que, en el marco de la por entonces muy debatida (políticamente hablando) ampliación del aeropuerto de Frankfurt («pista de despegue oeste»), había llamado a manifestaciones multitudinarias y protestas en las instalaciones aeroportuarias. A consecuencia del llamamiento aparecieron varios miles de manifestantes y se produjeron durante horas graves altercados tumultuarios con las fuerzas policiales procedentes de toda la República Federal, en el transcurso de los cuales quedaron heridas una multitud de personas, policías y manifestantes, y se produjeron considerables daños materiales.

Con la llamada a estas manifestaciones el acusado perseguía el propósito de ejercer sobre el gobierno regional de Hessen una tan masiva presión política que éste se habría visto obligado a renunciar al proyecto de ampliación.

El Tribunal Superior de la Región con sede en Frankfurt am Main condenó en primera instancia al acusado por la pretendida coacción al gobierno de una Región a la pena privativa de libertad de dos años.

No obstante, interpuesto recurso por el acusado, el Tribunal Supremo Federal revocó la sentencia condenatoria.

Conforme al art. 105.1 del Código Penal —y en referencia a la variante del caso que aquí se examina— se castiga penalmente a aquel que coacciona antijurídicamente con violencia o amenaza de violencia al gobierno de un Estado federado a no ejercer sus atribuciones (7) .

A tal fin, el Tribunal Supremo Federal ha dejado sentado en primer término que es cierto que el acusado, a través del llamamiento a una manifestación multitudinaria, había intimado a la violencia física y —a través de otros— la había empleado. Él había tenido la intención, no sólo de bloquear las entradas y salidas del aeropuerto a través de la presencia de miles de manifestantes, sino que, con su anuencia, él también había contado, a fin de presionar de forma persistente al gobierno regional del Estado de Hessen, con que se perpetrarían actos de violencia por parte de los presentes. Los tumultos y actos de violencia que, por tanto, tuvieron lugar entonces habían de serle imputados.

Con todo, el Tribunal Supremo Federal ha considerado después que no basta para la realización del tipo penal que un autor cualquiera amenace o emplee la violencia asociada mediante una acción corporal para inducir a un órgano constitucional a la actuación pretendida. Un juicio sobre si una actuación material ha de ser considerada como violencia a los efectos de un determinado tipo penal, no se puede de tal modo obtener, simplemente reconduciendo tal actuación a una abstracta paráfrasis de la noción de violencia. En este contexto el Tribunal Supremo Federal ha considerado:

«Si con ello el autor quiere coaccionar a un órgano constitucional, ejerciendo violencia, no directamente sobre el órgano constitucional, sino sobre terceras personas y cosas, entonces la violencia sería sólo subsumible en un tipo penal cuando la presión acometida sobre el órgano constitucional, considerando en su conjunto las circunstancias concurrentes en la situación de coerción, parezca apta para doblegar a las exigencias del autor la voluntad contrapuesta del órgano constitucional.»

Según las consideraciones adicionales del Tribunal Supremo Federal se puede extraer

expresamente la definición de violencia en relación con el tipo penal de coacción a los órganos constitucionales «partiendo del concepto de violencia en el tipo penal de alta traición». Porque ambas regulaciones penales están estrechamente emparentadas. La alta traición tiene lugar si el correspondiente órgano constitucional fuera despojado completamente de la libertad de decisión, la coacción de un órgano constitucional existe entonces si fuese privado de esa posibilidad de libre decisión en un caso particular. Conforme a la voluntad del legislador, el umbral de tolerancia de la violencia frente a un órgano constitucional habría de situarse en las disposiciones penales aplicables por encima del de la protección de los derechos individuales. Se debe exigir una persistente actuación coactiva, que, por principio, sea apta para llevar al gobierno a adoptar las medidas requeridas.

De la dimensión de las acciones de las que el acusado ha de responder, nada debería derivarse sólo desde la consideración de que las propias fuerzas policiales autonómicas no bastaron, a pesar del refuerzo proveniente de otras comunidades autónomas, para actuar con éxito contra los perturbadores. Por lo demás, no es extraño en las grandes manifestaciones el empleo de fuerzas policiales de comunidades autónomas vecinas y, por tanto, es en este contexto poco significativo.

Por lo demás, El Tribunal Supremo Federal ha considerado:

«El Tribunal Supremo Federal ha subrayado para el tipo penal común de coacción que la suficiencia del instrumento de coerción con el propósito de que el amenazado ceda a las exigencias del autor, no sólo es un presupuesto fáctico del tipo penal, sino también normativo. Este presupuesto decae si puede esperarse del coaccionado que, en su situación, resista la amenaza en una prudente defensa de sus propios intereses. En el tipo penal de la coacción sobre los órganos constitucionales colegiados no puede con razón renunciarse a una tal valoración normativa del instrumento de coacción. El empleo coactivo de la violencia o de la amenaza de violencia decae, por tanto, si y en la medida en que por parte de los mencionados en el art. 105 del Código Penal órganos constitucionales puede y debe esperarse a causa de su especial obligación frente a la mayoría que ellos resistan también situaciones de presión en el marco de violentos altercados políticos. Si el gobierno de una región es forzado al cumplimiento de determinadas exigencias políticas a través de acciones violentas sobre terceros y cosas, entonces estos disturbios son sólo violencia a los efectos del art. 105 del Código Penal si la presión ejercida por ellos alcanza un grado tal que un gobierno, consciente de su responsabilidad, puede verse compelido a la capitulación ante las exigencias de los violentos para evitar graves daños a la comunidad o a personas privadas.»

El Tribunal Supremo Federal llega después a la conclusión de que los desórdenes en el aeropuerto de Frankfurt no eran aptos para forzar al gobierno de Hessen a satisfacer las exigencias del acusado, porque «el gobierno regional habría puesto en peligro con ello su propia credibilidad y la confianza de los ciudadanos en la estabilidad de las instituciones democráticas frente a acciones violentas organizadas».

Si se aplican estos principios al caso presente, entonces habría de concluirse en primer término que habría de imputarse precisamente al requerido, en cuanto iniciador y defensor de la realización del referéndum, los actos de violencia habidos el día de la votación. Sin embargo, en todo caso no habrían de ser vistos, por su clase, alcance y repercusión, más significativos que los disturbios de entonces en Frankfurt. No habrían sido aptos —como también muestra el curso de la historia— para someter al gobierno a una presión tal como para que se hubiera visto forzado «a la capitulación ante las exigencias de los violentos». A diferencia de lo que posiblemente pueda

observarse en el derecho español, en Alemania el consiguiente poder de la masa con aquella gran concentración de personas no sería por sí sola apto para alcanzar el elevado nivel de violencia exigido por el art. 81 del Código Penal. Por tanto, a falta de la recíproca tipificación, la extradición por razón de la acusación de «rebelión» no tiene, por principio, cabida.

b) Distinta consideración resulta por lo que se refiere a la acusación de «corrupción» en su modalidad de deslealtad. En el sentido de que la extradición no es a primera vista inadmisibles —en comparación con el criterio de valoración arriba mencionado—.

Puesto que las autoridades españolas han calificado la conducta delictiva de la que se acusa al requerido de malversación de caudales públicos conforme al art. 432, 252 del Código Penal allí aplicable, como un hecho catalogado como «corrupción» a efectos del art. 81.3 de la IRG en relación con el art. 2.2 de la Decisión Marco sobre la Orden europea de Detención (RbEuHb) y la pena para ello según el derecho español comporta en su grado máximo más de tres años de privación de libertad, la existencia de la recíproca tipificación penal no ha de ser en este aspecto por principio revisada.

El encaje de los hechos en el tipo penal de «corrupción» no puede censurarse

El encaje de los hechos en el tipo penal de «corrupción» no puede censurarse. Decisivo para la adscripción de los hechos a un tipo penal es, en primer término, el parecer del Estado solicitante (Böse in Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 3.ª edición, § 81 de la IRG, n.º 58). Ello no obstante, el Tribunal Superior Regional ha de verificar la coherencia de la adscripción a un tipo penal (Böse, a.a. 0., n.º 60), en particular en el sentido de si la descripción fáctica en la Orden europea de Detención permite comprensiblemente remitir a esa adscripción (OLG Karlsruhe, Beschluss de 24 de octubre de 2014, 1 AK 90/14, citado según juris). Pese a que el concepto «corrupción» en el uso de la lengua alemana se refiere en primer

término al delito de cohecho (arts. 299, 331 y sigs. del Código Penal) y no al supuesto de deslealtad (art. 266 del Código Penal), la malversación de caudales públicos que se reprocha al requerido ha sido subsumida por las autoridades españolas de forma comprensible dentro del tipo penal de «corrupción».

En su fundamentación, el Tribunal Supremo con sede en Madrid ha informado que este encaje se compeadece con el contenido de la Convención de Naciones Unidas para la Lucha contra la Corrupción de 31 de octubre de 2003, que fue suscrita por España el 16 de septiembre de 2005. En su art. 17 se dice en relación con la criminalización de la corrupción:

«cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, las siguientes actuaciones: la apropiación indebida, la malversación u otras formas de desviación por un funcionario público, en beneficio propio o de terceros u otras entidades, de bienes, fondos o títulos públicos o privados o cualquier otra cosa de valor que se haya confiado al funcionario en virtud de su cargo.»

Por consiguiente, se atribuye también a la Fiscalía especializada en la lucha contra la corrupción en España el estudio de los casos de especial significación que conforman la malversación de caudales públicos.

Finalmente, el ámbito del delito de corrupción comprende también, conforme al sentido jurídico

européo, aquellas conductas que, según el derecho nacional alemán, representarían una deslealtad (Böse, a.a. 0., n.º 32). Así el Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la lucha contra la corrupción en la Unión Europea de 3 de febrero de 2014 trata del concepto de malversación de caudales públicos directamente dentro del término general «corrupción».

Sin embargo, en relación con la acusación de malversación de caudales públicos, la descripción fáctica en la Orden europea de Detención del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2018, también en conexión con el informe complementario del Juez Instructor de 21 de marzo de 2018, no satisface las exigencias del art. 83a.1.5.º de la IRG (8) . No contiene una descripción suficiente de las circunstancias bajo las cuales el delito fue cometido con la necesaria concreción del presunto delito, que permita atribuir suficientemente al requerido los acontecimientos objeto de reproche. En efecto, la descripción permite reconocer con meridiana claridad que el requerido era responsable (al menos políticamente) de la génesis de los costes del referéndum en una cantidad en torno a 1,6 millones de euros y que el gobierno regional, a causa de la prohibición del Tribunal Constitucional español, no podía destinar a tal fin recursos económicos. Sin embargo, no queda claro si el Estado efectivamente ha cargado con tales costes, siendo abonados con el presupuesto autonómico, y si esto lo provocó el requerido.

Las disposiciones legales enviadas por las autoridades españolas y la valoración jurídica llevada a cabo no permiten reconocer si también la asunción de compromisos financieros para el referéndum sin pagos efectivos sería, según el derecho español, penalmente punible. En todo caso, sobre la base de las informaciones remitidas hasta ahora, parece imaginable que los costes originados después de la suspensión del gobierno regional catalán, o no fueron satisfechos de forma efectiva, en todo caso no con fondos públicos, o incluso —como el requerido manifestó en audiencia ante el Tribunal de Distrito y profundizó en el escrito de sus asesores de 5 de abril de 2018— fueron pagados con aportaciones privadas, y de este modo ningún daño efectivo habría sido causado por el requerido a la Hacienda pública.

En este aspecto, en cumplimiento de la obligación del art. 30.1 de la IRG, la Cámara ha pedido al Fiscal General de la Región de Schleswig-Holstein que se dé a las autoridades españolas la posibilidad, en cuanto sea posible, de enviar información complementaria para que la Cámara pueda situarse y examinar a su debido tiempo de manera definitiva la admisibilidad de la extradición en relación con tal acusación. Por otro lado, no se deduce todavía —y esto se ha de separar de la decisión sobre el decreto de extradición— que la extradición motivada por la acusación de malversación de caudales públicos sea a primera vista ilícita.

3. Un examen de si subyace en la pretensión de extradición un delito político no se lleva a cabo en la extradición a causa de una Orden europea de Detención (arts. 82, 6.1 de la IRG).

Indicios de que el requerido, en caso de ser extraditado —como se manifiesta por el asesor— podría quedar expuesto al riesgo de persecución política a los efectos del art. 6.2 de la IRG; de que, por tanto, el Reino de España podría condenar al requerido por sus convicciones políticas bajo el pretexto de hechos no cometidos efectivamente por él, no son evidentes. Al requerido se le imputa con la malversación de caudales públicos, también según el derecho alemán, conductas delictivas como una concreta deslealtad, no su convicción política, que, obviamente era el motivo para tales actuaciones —en el caso de que él las hubiera cometido—.

Es verdad que se ha de examinar también la oposición a la extradición por persecución política, si en la solicitud de extradición subyacen actuaciones subversivas y a causa de determinados hechos

(pueden contarse, por ejemplo, una especial intensidad en las diligencias de persecución, el impulso de tramas criminales, manipulaciones del presunto delito o falsificación del material probatorio), a pesar del carácter delictivo de los hechos existentes, puede temerse que al requerido le amenace un trato que, por razones políticas, resulte más duro que el que, por el contrario, sería habitual en el Estado solicitante para la persecución de delitos más peligrosos (vgl. BverfGE 80, 315; Saarländisches OLG Saarbrücken a.a.O.m.w. Nachw.).

Sin embargo, tales relevantes indicios de que en los documentos enviados por las autoridades españolas se pretextan acciones criminales del requerido para su detención por razones políticas, no existen a la vista del propio escrito de los asesores del requerido de 5 de abril de 2018.

Los principios de confianza mutua entre los Estados miembros y de recíproco reconocimiento tienen en el Derecho de la Unión una significación fundamental, puesto que posibilitan la creación y conservación de un espacio sin fronteras interiores. En concreto, el principio de confianza mutua exige de cada Estado miembro, en particular por lo que se refiere al espacio de libertad, seguridad y justicia, que, al margen de circunstancias excepcionales, cuente con que todos los demás Estados miembros observen el Derecho de la Unión y, en especial, los derechos fundamentales en él reconocidos.

4. Concorre causa para la detención del art. 15.1.1.º de la IRG (riesgo de fuga).

El requerido no dispone en la República Federal de Alemania de contactos profesionales o familiares. Él ha sido interceptado en un viaje de paso. Él se ha sustraído ya antes en una ocasión en esta causa a las autoridades españolas con su huida a Bélgica.

El acicate para la huida (y con ello el riesgo de fuga), una vez establecido que la extradición no puede tener lugar por la más grave acusación de «rebelión», se reduce considerablemente. Para asegurar la debida tramitación posterior del procedimiento de extradición no hay necesidad de proceder a la detención. Medidas menos restrictivas ofrecen suficientemente la garantía de que, a través de ellas, se alcanza la misma finalidad que la detención (art. 25.1 de la IRG). De conformidad con el art. 25.2 de la IRG en relación con el art. 116.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Cámara suspende la posterior ejecución de la extradición frente a las obligaciones mencionadas en el fallo. Estas obligaciones parecen suficientes, pero también necesarias para asegurar la debida ejecución del procedimiento de extradición.

A tenor del art. 116.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el requerido es advertido de que él debe esperar la reactivación de la orden de detención, si

- a)** procede abiertamente en contra de las obligaciones y limitaciones impuestas,
- b)** reúne apoyos para la huida,
- c)** no se presenta sin excusa bastante a la citación cursada o de otra forma se demuestra que la confianza puesta en él no estaba justificada,
- d)** o que nuevas circunstancias sobrevenidas hagan necesario nuevamente la ejecución de la extradición.

II. 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 en la Resolución 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 comentada.

El art. 1.1 dispone en cuanto a su ámbito de aplicación (Anwendungsbereich) que se rige por esta norma la cooperación judicial internacional en asuntos penales (9) . El art. 1.4 la extiende también a la cooperación judicial en tales asuntos con Estados de la Unión Europea (10) .

El principio fundamental de la extradición se contiene en el art. 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 (11) , teniendo, a efectos de tal ley, el carácter de extranjeros aquellos que no sean alemanes conforme al art. 116.1 de la Ley Fundamental alemana (art. 2.3) (12) , 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 (13) .

El art. 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 (14) , siempre y cuando por tales hechos la pena comportase cuanto menos, contemplada en su grado máximo, un año de privación de libertad (art. 3.2) (15) .

El art. 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 (16) .

El art. 6 proscribire que la extradición pueda producirse por delitos de índole política (17) , 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 (18) .

El art. 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 (19) .

El art. 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 art. 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 (20) . Y el art. 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 (21) .

III. Comentario

Mi posición es ciertamente próxima a la que ha expuesto el Prof. Cachón Cadenas en el Diario el País el pasado 10 de abril (22) . 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».

La cuestión trascendente es calibrar si los hechos que se imputan son constitutivos de delito en Alemania

La cuestión trascendente es calibrar si los hechos que se imputan a Carles Puigdemont, que habrán de ser descritos en el formulario de la Orden europea de Detención conforme dispone el art. 8.1.e) de la Decisión Marco (23) , son constitutivos de delito en Alemania. Parece difícil pensar que no, siendo que el Código Penal alemán contempla como delito, no sólo la consumación de un acto de alta traición, para el que exige la concurrencia de violencia o de amenaza de violencia, sino también 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 (24) . Así, el art. 83 (preparación de una acción de alta traición) (25) 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 (26) .

Que los conductores del llamado «procés» llevan preparando desde hace tiempo, no sólo intelectualmente, sino materialmente un programa ordenado a separar del Reino de España el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña, es algo que queda fuera de toda duda. Y que este tipo de conductas son penalmente punibles en Alemania resulta patente a la vista de lo prevenido en el art. 92.1, donde se enuncian como menoscabos a la estabilidad de la República Federal de Alemania el hecho de poner fin a su unidad o separar de ella una parte de su territorio.

Si la violencia, que para la jurisprudencia alemana ha de ser suficiente para doblegar institucionalmente al Estado (27) , realiza el tipo de la alta traición, las actuaciones preparatorias conducentes a la independencia unilateral, sin violencia o con una violencia moderada, serían en sí mismas merecedoras del reproche penal de actuaciones preparatorias de alta traición.

Por lo demás, el Oberlandesgericht se excede con creces de las facultades que el Derecho de la

Unión le atribuye: su cometido habría de haberse limitado a constatar si los hechos de los que trae su causa la emisión de la Euroorden son penalmente punibles en Alemania. Descender, como ha hecho, al examen de la intensidad de la violencia, que reconoce existente, supone de alguna manera subrogarse en el papel que habrá de corresponder en su momento a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, revelándose así la parte dispositiva de la Resolución, especialmente por lo que concierne a la subsunción de los hechos en el delito de rebelión, como un juicio previo sin más virtualidad que la de anticipar qué hubiera sido de Carles Puigdemont de haber sido el Presidente de un Land alemán (28) .

-
- (1) Accesible el texto original en lengua alemana en tres versiones idénticas en https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=OLG+Schleswig&Datum=05.04.2018&Aktenzeichen=1+Ausl+%28A%29+18%2F18. Me he decantado por la primera: https://www.schleswig-holstein.de/DE/Justiz/justizministerialblatt/AktuelleEntscheidungen/_documents/Auslieferung.pdf?__blob=publicationFile&v=2
- Ver Texto
- (2) Previsiblemente esta abreviación designa «entrega» o «extradición».
- Ver Texto
- (3) He traducido sistemáticamente «Auslieferung» (entrega) como extradición, siendo que la entrega (tradición) se pretende materializarla fuera de (ex) las fronteras de Alemania.
- Ver Texto
- (4) «Absatz 1 gilt nicht, wenn die Auslieferung von vornherein unzulässig erscheint»: el primer párrafo no es aplicable, cuando la entrega, de entrada, parece inadmisibile.
- Ver Texto
- (5) «Wer es unternimmt, mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt 1. den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu beeinträchtigen oder 2. die auf dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland beruhende verfassungsmäßige Ordnung zu ändern, wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe oder mit Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren bestraft».
- Ver Texto
- (6) «Im Sinne dieses Gesetzes beeinträchtigt den Bestand der Bundesrepublik Deutschland, wer ihre Freiheit von fremder Botmäßigkeit aufhebt, ihre staatliche Einheit beseitigt oder ein zu ihr gehörendes Gebiet abtrennt».
- Ver Texto
- (7) «Wer 1. ein Gesetzgebungsorgan des Bundes oder eines Landes oder einen seiner Ausschüsse, 2. die Bundesversammlung oder einen ihrer Ausschüsse oder 3. die Regierung oder das Verfassungsgericht des Bundes oder eines Landes rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt nötigt, ihre Befugnisse nicht oder in einem bestimmten Sinne auszuüben, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft».
- Ver Texto
- (8) «Die Auslieferung ist nur zulässig, wenn die in § 10 genannten Unterlagen oder ein Europäischer Haftbefehl übermittelt wurden, der die folgenden Angaben enthält:

La entrega sólo es admisible, si se enviaron los documentos mencionados en el art. 10 o la Orden Europea de detención, que encerrará los siguientes datos: 5) Die Auslieferung ist nur zulässig, wenn die in § 10 genannten Unterlagen oder ein Europäischer Haftbefehl übermittelt wurden, der die folgenden Angaben enthält»: la descripción de las circunstancias bajo las cuales el delito fue cometido, incluyendo el momento, el lugar y la participación en los hechos de las personas buscadas.

Ver Texto

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

Ver Texto

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

Ver Texto

- (11) «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

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

Ver Texto

- (13) «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

- (14) «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

- (15) «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

- (16) «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

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

Ver Texto

- (18) «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
- (19) «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
- (20) «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
- (21) «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
- (22) https://elpais.com/elpais/2018/04/09/opinion/1523295766_851062.html.
- Ver Texto
- (23) «La orden de detención europea contendrá (...) una descripción de las circunstancias en que se cometió el delito, incluidos el momento, el lugar y el grado de participación en el mismo de la persona buscada».
- Ver Texto
- (24) Otra subsunción posible es la que propone 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, accesible en <http://www.elmundo.es/opinion/2018/04/16/5ad34048268e3ee23d8b45d9.html>), quien desvela que la Sentencia del Tribunal Supremo federal sobre los sucesos acaecidos en el 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, 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.
- Ver Texto
- (25) «Vorbereitung eines hochverräterischen Unternehmens».
- Ver Texto
- (26) «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

- (27) Subraya el reciente Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2018 (accesible en http://estaticos.elmundo.es/documentos/2018/04/17/auto_supremo_aval_a_rebelion_puigdemont.pdf) que tal doblegamiento si llegó a producirse: «tanto es así que el referéndum, ciertamente sin las garantías mínimas exigibles para otorgarle la legitimidad de origen y de ejecución, sí acabó realizándose y sus organizadores anunciaron el resultado final. Y es más, siguieron con su hoja de ruta secesionista y acabaron declarando la independencia de Cataluña».

Ver Texto

- (28) Incluso en este aspecto, el Oberlandesgericht de Schleswig-Holstein ha procedido con inusitada tibieza, como en estos términos ha destacado 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