

Euroorden versus extradición: discordancias en el (des)concierto europeo

Araceli Mangas Martín | Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Académica de Número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas y miembro del Consejo Científico del Real Instituto Elcano

Tema

Se analiza la aplicación de una euroorden por un tribunal regional alemán, así como las diferencias de filosofía, contexto de aplicación y requisitos con la clásica extradición.

Resumen

La normativa de la orden de detención y entrega o euroorden establece la obligación general de entrega al Estado solicitante de la persona buscada y sólo excepcionalmente denegar la entrega por causas tasadas e interpretadas de forma estricta. La euroorden cursada por el juez instructor del Tribunal Supremo español ha encontrado, de momento, un serio obstáculo en un tribunal regional alemán al estimar que los hechos sucedidos en Cataluña no son equiparables al delito de alta traición y están más próximos a situaciones de manifestaciones violentas, ignorando la violencia institucional contra la Constitución y la unidad nacional. Ha interferido en el poder judicial español al sentenciar sobre unos hechos, pruebas y argumentos de los que no dispone ni puede conocer e impediría al juez instructor español culminar la instrucción y al Tribunal Supremo ejercer su plena función jurisdiccional.

Pocos remedios hay, pero habrá que ponderar las alternativas para no ahogarnos en el bucle penal y volver a la senda política y constitucional. La pregunta no es si en Alemania es delito declarar la independencia de un Land o región por las autoridades regionales. La pregunta es si el Gobierno y Senado alemán hubieran permitido lo que ha pasado en España: permitir convocar la sesión de un parlamento regional para programar el proceso independentista y permitir ejecutar en su totalidad el calendario de ruptura del orden constitucional y de la integridad territorial de Alemania.

Análisis

Planteamiento

La policía y los jueces, que son parte del poder soberano de un Estado, sólo pueden actuar dentro del territorio nacional. La soberanía territorial faculta para ejercer poder legislativo, ejecutivo y judicial de forma exclusiva sobre las personas y cosas siempre que se encuentren *dentro* de su territorio y excluye el ejercicio de esas funciones a los poderes de un Estado extranjero.

Ahora bien, la inviolabilidad de la soberanía territorial no debe favorecer el delito y la impunidad del delincuente. Hace tiempo que se considera un deber de justicia internacional cooperar en el castigo de los delincuentes aceptando que el *ius puniendi* de un Estado pueda atravesar fronteras *bajo control* del Estado requerido en aras de la necesaria cooperación y solidaridad internacional.

Por ello, cuando un juez debe procesar a alguien por la comisión de un delito o ejecutar una pena sobre una persona que se encuentra en un Estado extranjero, la forma de procesarla es solicitar por la autoridad judicial competente su detención al Estado extranjero donde se halle la persona buscada para su entrega, después, al Estado requirente. Esa solicitud de Estado a Estado es la extradición en las clásicas relaciones internacionales y se rige siempre solo por convenio bilateral, multilateral o *ad hoc*.¹

La extradición es, pues, el habitual procedimiento de asistencia jurídica internacional entre dos Estados en el respeto mutuo de sus soberanías de acuerdo con el Derecho internacional. Obviamente, exige, como la euroorden, con carácter previo una orden internacional de busca y captura internacional solicitada por autoridad judicial (juez o fiscal) por medio de Interpol.

Desde su entrada en vigor el 1 de enero de 2004, la Orden de Detención y Entrega (ODE) o euroorden es un mecanismo simplificado de detención y entrega entre los Estados miembros de la UE² en plazos acelerados evitando el complejo procedimiento internacional de la extradición y, sobre todo, con una filosofía y objetivos distintos de confianza recíproca y reconocimiento mutuo.

La OD o euroorden presenta algunas semejanzas y muchas diferencias con respecto a la extradición.

Un elemento común, aunque diferenciado: el principio de legalidad

El Derecho internacional general o común no impone obligación de extraditar entre los Estados. El deber de extraditar *sólo* puede fundarse si hay un convenio entre solicitante (juez emisor) y requerido (juez de ejecución); ya sea bilateral, ya sea porque ambos Estados participan en un convenio multilateral (como el convenio del Consejo de Europa de 1957 del que es parte España y Suiza –Estado no miembro de la UE– entre otros...).

¹ A los convenios bilaterales del siglo XIX y XX le sucedieron los tratados multilaterales como el del Consejo de Europa firmado en París el 13 de diciembre de 1957 (más varios protocolos adicionales posteriores); puso fin a bastantes convenios bilaterales. España es Parte desde 21 de abril de 1982. Este convenio no es aplicable a los Estados miembros de la UE por disponer del sistema de la Orden de Detención y Entrega.

² Decisión Marco (DM) del Consejo de 13 de junio de 2002 (2002/584) relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, DO L 190 de 18.7.2002 (modificada por Decisión Marco de 2009/299, DO L 81 de 27.3.2009). En los años 90, tras el perfeccionamiento del mercado interior, se adoptó entre los miembros de la UE un convenio internacional de extradición simplificada al amparo del antiguo tercer pilar. Al comunitarizarse la justicia y asuntos de interior como competencia compartida en la reforma del Tratado de Ámsterdam, se adoptó la citada Decisión Marco (DM) de 2002 que sustituye al Convenio del Consejo de Europa de 1957 entre los miembros de la UE, así como al de extradición simplificada.

(cont.)

Igualmente, ante una solicitud, sin mediar previo acuerdo regulatorio, se puede hacer un acuerdo específico *ad hoc* –por ejemplo, mediante un canje de notas– de aceptación de entrega de persona concreta a cambio de entrega actual de otra persona concreta o para un futuro de otra persona que pueda interesar al Estado que hace la entrega actual.

Además, cada Estado regula en su constitución y leyes los requisitos materiales y procedimentales para dar curso a este auxilio judicial internacional.³

La euroorden tiene su patrón de legalidad en la citada Decisión Marco de 2002, si bien cada Estado miembro debe trasponerla en su sistema legal procesal dando lugar a ciertas diferencias de procedimientos y plazos como consecuencia de los recursos judiciales internos. Es un sistema armonizado, pero no unificado.

Como el proceso de extradición (y a veces con la euroorden) es aleatorio y se puede complicar en vericuetos procesales, en bastantes ocasiones los Estados civilizados de Europa lo compensan con el juicio en rebeldía⁴ o se soslaya mediante el juego combinado de las técnicas de expulsión del extranjero en frontera y detención por el Estado interesado en su captura (hace unos años expulsión de terroristas vascos por Francia; o de nazis por distintos países y detención posterior inmediata).⁵

Elementos diferentes

1. La “**filosofía**” (propósito y contexto) de la ODE es muy distinta a la extradición, así como sus requisitos y condiciones. La ODE se adapta a las nuevas realidades de la libertad de circulación en un espacio sin fronteras (espacio Schengen). La euroorden pone fin al contexto de la extradición que ve en cada acto de auxilio un *conflicto de soberanía*, situando la ODE en un problema cotidiano de cooperación judicial en un espacio de solidaridad partiendo de la obligación de entrega. La obligación en la UE es extraditar; denegar es la excepción⁶ y hay que justificarla de forma estricta.

³ Por ejemplo, el art. 13.4 de la Constitución española y la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva, *BOE*, 26 de marzo de 1985. Toda extradición se regula detalladamente en un convenio por las Partes, las cuales pueden excluir determinados delitos no extraditables (de libre apreciación mutua) y en todo caso los de carácter político en sentido estricto de persecución por razones de etnia, religión, origen social, sexo o nacionalidad o cuando el Estado requirente pudiera recurrir a la tortura y trato inhumano o degradante o no se garantice el debido proceso o el delito pueda ser castigado con la pena de muerte.

⁴ Permitido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y por la propia euroorden; huir de la justicia no puede tener como premio su no procesamiento ni éste puede depender del consentimiento del presunto delincuente como sucede en España.

⁵ Son modalidades legales de entrega, que no deben ser confundidas con el secuestro internacional (caso “Álvarez Machiain” en México) o con entregas extrajudiciales para facilitar la tortura (caso “vuelos de la CIA”). No confundir tampoco con el ardid legal o engaño en la captura (escala técnica de un avión), ni con la irregularidad o incluso la falsedad de documentos de extradición que no la invalidan (caso “Roldán” en España con “falsos papeles” de Laos); en estos casos se aplica la subsanación mediante una correcta acta de detención en cuanto entran en territorio nacional (mal capturado, bien detenido, *male captus, bene detenus*).

⁶ Como ha declarado el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE), “la ejecución de la ODE constituye el principio, mientras que la denegación de la ejecución se concibe como una excepción que debe ser objeto de interpretación estricta” (TJUE, sentencias de 5 de abril de 2016, *Aranyosi y Căldăraru*, C-404/15 y (cont.)

2. Otra diferencia radical entre una y otra figura de auxilio judicial es la **fase política de toda extradición**. Impensable e ilegal en la euroorden. Por ello no se entiende que los medios de comunicación españoles y alemanes pusieran en titulares que el gobierno alemán renunciaba a vetar. La ignorancia es osada y produce falsas noticias.

En toda extradición, ya sea antes de pronunciarse la autoridad judicial de ejecución, o después de ser autorizada por ésta, el Gobierno de cada Estado se reserva, ya sea paralizar la petición, ya sea paralizar la sentencia favorable a la extradición. Todo Gobierno tiene un derecho de veto, inicial o final, plenamente discrecional en defensa del superior interés del Estado.

La eurorden no permite bajo ningún concepto la interferencia de las autoridades políticas. Por ello, fue ilícito y ofensivo para España el veloz aplauso público de la ministra de Justicia, la socialdemócrata Katarina Barley, al auto del tribunal regional que denegaba la entrega por el delito de rebelión rompiendo la neutralidad política del Estado alemán, la separación de poderes y condicionaba a los jueces en un asunto en tramitación.

3. **La confianza mutua**. Mientras que en la extradición el juez de ejecución emplea mucho tiempo y discrecionalidad en examinar el sistema de respeto a los derechos fundamentales y garantías procesales del requirente, esto se da por cumplido en la euroorden. Hay una presunción a favor de que todos los miembros de la UE respetan los derechos fundamentales y las garantías procesales, presunción que sólo se puede destruir en caso bien comprobado de Estados de la UE sometidos a un procedimiento de observación o de sanción del art. 7 TUE o constatado por el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) de riesgo de trato inhumano.⁷
4. **Reconocimiento mutuo**. Es otro pilar del sistema de entrega de la UE; significa que las resoluciones emitidas por el juez emisor (órdenes de detención, sentencias condenatorias, etc.) van a ser consideradas como necesarias y proporcionadas, como si fueran propias de jueces del sistema nacional. Se presume su validez y fundamentación *como si* hubieran sido emitidas por juez

C-659/15 PPU, EU:C:2016:198; de 29 de junio de 2017, *Daniel Adam Popławski*, C-579/15, ap. 9, ECLI:EU:C:2017:503.) Para la Comisión, “La entrega de los nacionales del país de ejecución se ha constituido en principio y norma general, con escasas excepciones” (*Comunicación de la Comisión-Manual europeo para la emisión y ejecución de órdenes de detención europeas*, DO C 335, de 16.10.2017).

⁷ Según el TJUE, la *confianza recíproca* entre los Estados miembros reside en que sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales están “en condiciones de proporcionar una protección equivalente y efectiva de los derechos fundamentales, reconocidos en el ámbito de la Unión, en particular en la Carta de Niza, de modo que las personas objeto de una orden de detención europea podrán hacer uso de los medios de recurso previstos en el ordenamiento jurídico del Estado miembro de emisión que les permitan impugnar la legalidad del procedimiento penal de persecución o de ejecución de la pena o de la medida de seguridad privativas de libertad” entre muchas, de 30 de mayo de 2013, *Jeremy F.*, C-168/13 PPU, ap. 50 (ECLI:EU:C:2013:358); 22 de diciembre de 2017, *Ardic*, C-571/17 PPU, ECLI:EU:C:2017:1026.

(cont.)

nacional.⁸ Si la persona imputada o juzgada consiente en la entrega, en pocos días se hace la entrega.⁹ Si no consiente, entonces hay que comprobar la incriminación por la que se requiere la entrega.

5. **Incriminación automática.** La ODE describe 32 categorías de delitos que se reconocen automáticamente en todos los ordenamientos; nada hay que justificar sino rellenar un breve formulario y marcar la casilla del delito o delitos imputados.
6. **Incriminación facultativa.** La ODE permite la entrega para el resto de los delitos no listados pudiendo exigirse la clásica doble incriminación o tipificación, es decir, el *paralelismo* del concreto delito en los dos sistemas jurídicos (del emisor o requirente y del juez de ejecución o requerido). Bajo este supuesto están las euroórdenes cursadas a Bélgica,¹⁰ el Reino Unido y Alemania por los hechos acaecidos en Cataluña.

Doble incriminación o tipificación: el núcleo del debate en la polémica decisión denegatoria alemana

En parte es otra vertiente del principio de legalidad heredado de la extradición clásica y significa que las leyes de la Parte requirente y de la Parte requerida castiguen esos hechos por los que se reclama, es decir, que ambos sistemas jurídicos hayan previsto ese mismo delito. Obsérvese que la extradición y la ODE se asientan en la *reciprocidad* de las relaciones jurídicas internacionales clásicas. El *do ut des* garantiza equilibrios e igualdad soberana. Esta idea persiste de forma *flexible y excepcional* en la euroorden en los delitos facultativos no listados, pero la denegación por falta de doble incriminación deber ser una excepción según establece el Tribunal de Justicia de la UE.¹¹

Este ha sido el núcleo de la negativa del tribunal alemán de la región de Schleswig-Holstein (*Oberlandesgericht*). Desestima que se haya cometido delito de rebelión. Esto significa en el caso Puigdemont, a esta fecha y sin conocer la sentencia definitiva del tribunal alemán, sólo podría ser juzgado en España por malversación de fondos si al

⁸ En palabras del TJUE: “El principio de reconocimiento mutuo... implica asimismo... que, en principio, los Estados miembros están obligados a ejecutar toda orden de detención europea” (sentencia de 1 de diciembre de 2008, *Leymann y Pustovarov*, C-388/08 PPU, ap. 51, ECLI:EU:C:2008:669).

⁹ En los años de 2005 a 2009, entre el 51% y el 62% de los perseguidos judicialmente consintieron en su entrega (*Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación desde 2007 de la Decisión Marco, SEC(2011) 430 final*).

¹⁰ Dentro del concepto de doble incriminación o tipificación, para no abusar de este mecanismo para penas menores o faltas, tanto en la extradición como en la ODE se incluye el umbral de una pena mínima aplicable por el delito en el Estado requirente y Estado requerido que suele ser un año. Del derecho romano hemos heredado la expresión “el juez no se ocupa de cosas pequeñas” (*de minimis non curat praetor*). Por ello, estimé que la primera euroorden cursada sobre C. Puigdemont y otros para su interrogatorio era desproporcionada y se podía obtener por medios sencillos (videoconferencia).

¹¹ “... el requisito de la doble tipificación constituye una excepción a la regla del reconocimiento de la sentencia y de la ejecución de la condena. Por lo tanto, los supuestos de aplicación del motivo de denegación del reconocimiento de la sentencia y de la ejecución de la condena basado en la ausencia de doble tipificación... deben ser objeto de una interpretación estricta, con el fin de limitar los casos en que no procederá el reconocimiento ni la ejecución” (TJUE, sentencia de 17 de enero de 2017, *Jozef Grundza*, C-289/15, ap. 46, ECLI:EU:C:2017:4).

(cont.)

menos acepta la entrega por este delito.¹² Esa limitación ha causado asombro e indignación entre una amplia mayoría de la opinión pública y expertos juristas.

En mi opinión, el tribunal alemán se ha extralimitado en su función; es inaudito que en un auto sobre medidas cautelares –que ponía en libertad condicional al detenido Puigdemont–, el tribunal regional alemán tome decisión en apenas 48 horas sobre el fondo del proceso denegando la entrega por el delito mayor y habida cuenta que la Decisión Marco parte de la *obligación de entrega*,¹³ incluida la situación dudosa. Posiblemente influyera el malestar del tribunal alemán y del Estado alemán por el contexto de la detención provocada por España.¹⁴

No es una operación simple deslindar los límites de la doble incriminación, pero es la tarea habitual del juez requerido. No se trata de comprobar la identidad sustancial o similitud de los tipos delictivos –no de todos sus elementos ni de la calificación–. Es irrelevante el *nomen iuris* o nombre del delito (rebelión en España, alta traición en Alemania, banda armada en España y asociación de malhechores en Francia u otros Estados). No significa tanto identidad de normas penales de los Estados afectados como que tales hechos sean delictivos también en el Estado requerido (Alemania). Es más, lo habitual y el éxito de la euroorden es que los jueces requeridos aceptan la filosofía de las peticiones (confianza y reconocimiento mutuo)¹⁵ sin perder mucho tiempo puesto que en caso de duda también se entrega; Alemania entrega en más del 90% de los casos.

La euroorden parte de la existencia de diversidad material y formal en los códigos penales y respeta esa autonomía. Por ello, coincidencia o identidad no se puede exigir. Esta comprobación a veces es procelosa, y hay algunos riesgos claros de error judicial. Es inevitable que el juez requerido para la ejecución de la euroorden haga un examen

¹² Al menos en ese auto, a reserva de mayor análisis, reconocen que Puigdemont fue “corresponsable” políticamente de la utilización de fondos para el referéndum y que su Gobierno no estaba autorizado a gastarlos tras la prohibición del Tribunal Constitucional.

¹³ Art. 1.2 de la DM: “Los Estados miembros ejecutarán toda orden de detención europea, sobre la base del principio del reconocimiento mutuo y de acuerdo con las disposiciones de la presente Decisión marco”.

¹⁴ Una actuación policial como el seguimiento de personas, vehículos, balizamiento o controles telefónicos sin autorización judicial local en un Estado extranjero o provocar la detención en un Estado y no en otro, es una violación de la soberanía territorial de ese Estado y, por tanto, violación del Derecho Internacional al ser una utilización no permitida del territorio extranjero. La policía y el espionaje tiene el límite del territorio nacional. Sabemos que esas actividades ilícitas se hacen discretamente por los servicios de información fuera del territorio nacional, pero por delicadeza *jamás se dice ni se debe decir que se han hecho*. Alardear y presumir de hechos ilícitos internacionales con fines de propaganda interna para tapar rotundos fracasos anteriores de los servicios de información españoles se acaba pagando.

¹⁵ Para el TJUE, en Gran Sala, “...tal apreciación equivaldría, en realidad, a efectuar de nuevo un verdadero examen de fondo del análisis ya realizado en el marco de la resolución judicial adoptada en el Estado miembro emisor en que se basa la orden de detención europea. ...ese nuevo examen vulneraría el principio de reconocimiento mutuo y lo privaría de todo efecto útil, puesto que dicho principio implica que exista una confianza recíproca en cuanto a la aceptación por cada uno de los Estados miembros de la aplicación del Derecho penal vigente en los demás Estados miembros, aun cuando la aplicación de su propio Derecho nacional conduzca a una solución diferente, y no permite, por lo tanto, a la autoridad judicial de ejecución sustituir por su propia apreciación” (sentencia de 23 de enero de 2018, *Dawid Piotrowski*, C-367/16, ap. 52, CLI:EU:C:2018:27).

(cont.)

elemental de los hechos y del alcance los mismos a la luz de lo relatado por el juez emisor, del precepto traducido, y del precepto paralelo y su jurisprudencia en el Estado de ejecución de la ODE. Dice el Tribunal de la Unión que “la condición necesaria y suficiente para poder apreciar la doble tipificación se basa en la circunstancia de que las acciones que dieron lugar a la condena dictada en el Estado de emisión también sean constitutivas de infracción en el Estado de ejecución. De ello se sigue que no es necesario que se trate de infracciones idénticas en ambos Estados”.¹⁶

El tribunal requerido no puede analizar los indicios o los hechos sin las pruebas, ni exigir todos los elementos constitutivos del delito ni calificarlos. Estaría violando el respeto al reconocimiento mutuo de la labor judicial del juez requirente. La denegación sólo se justifica si de forma clara y objetiva los hechos no son constitutivos de delito similar en Alemania. Una denegación como la hecha por el tribunal alemán impide al tribunal que solicitó el auxilio continuar con su labor de investigar y al Tribunal Supremo juzgar los hechos.

Ambos delitos, siendo muy parecidos, tienen contextos históricos propios. En España la rebelión ha sido –en el pasado– un delito de militares, por ello pone énfasis en la violencia, aunque con dos niveles, una coacción menor, y otra agravada por un uso más caracterizado de la fuerza (art. 472 y 473 CP). En Alemania el contexto de la alta traición está pensado para grupos de civiles con capacidad de doblegar al Estado. Resultaba desproporcionado en el auto alemán comparar la intención de ruptura de la integridad territorial en España de un gobierno y un parlamento regional con una manifestación en una carretera alemana que fue exonerada de haber cometido tal delito de rebelión.

No hace falta recordar que la calificación penal de los hechos sucedidos en Cataluña es discutida por la doctrina española con un amplio elenco de autores que estima que hubo sedición, pero no rebelión. Quien tiene la competencia y los instrumentos procesales – pruebas y argumentos de las partes– para decidir la figura delictiva es el Tribunal Supremo español (o la Audiencia Nacional para otros encausados). Ahora bien, una cosa es el debate interno sobre la *calificación* pero que es irrelevante jurídicamente para cursar la ODE y otra es que se decida el fondo del proceso por un órgano extranjero, a todas luces incompetente, para calificar y dictar sentencia absolutoria sin conocer las pruebas a fondo ni las argumentaciones de las partes...

El tribunal alemán no ha actuado como se espera del juez requerido a tenor de la normativa europea ya que no tiene que calificar ni comprobar los hechos, sino *si pueden o no calificarse también penalmente en Alemania*.¹⁷ Esa debió ser su función.

Posiblemente la solicitud de ODE del magistrado Llarena no sea del nivel y rigor esperable, no esté bien argumentado o sea dispersa ni se centre en el *propósito finalista* de los hechos y delitos imputados, cual fue la ruptura del orden constitucional y de la unidad nacional e integridad territorial y, por el contrario, lamentablemente demasiado

¹⁶ TJUE, sentencia de 17 de enero de 2017, *Jozef Grundza*, C-289/15, ap. 34, ECLI:EU:C:2017:4.

¹⁷ Art. 2. 4 de la DM: “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”.

centrado en la celebración del referéndum del 1 de octubre y disperso en la violencia que suscitó aparentemente como una manifestación mal gestionada, así como ataques tumultuosos a funcionarios judiciales y policiales durante un registro judicial de locales públicos.

La población no independentista sufre de forma continua y masiva coacción social en forma de insultos, pintadas en sus casas, represalias en sus puestos de trabajo, asaltos a locales y casas de los líderes constitucionalistas y sus familias o locales de esos partidos... Siendo graves, es evidente que esos hechos no son el *quid* o esencia de la violencia contra el orden constitucional y la unidad nacional.

No fue lo más grave la violencia física en la celebración del referéndum ni en varios asaltos, sino la *violencia institucional* ejercida desde las dos instituciones más importantes del sistema autonómico, desde el Parlamento catalán y su gobierno. La violencia institucional se ha desplegado hace tiempo en un tracto sucesivo inspirada, promovida y sostenida por las personas que presidían y formaban el gobierno catalán y también por quien presidía el parlamento catalán y la mesa que aprobaba órdenes del día de contenido ilegal y los ejecutaba.

Ha habido coacción institucional y esta fue muy evidente desde el 23 de enero de 2013 cuando se aprobó la Declaración del parlamento catalán proclamando su carácter de sujeto soberano y el primer referéndum de noviembre de 2014. Una nueva propuesta de Declaración el 27 de octubre de 2015, aprobada el 9 de noviembre, proclama de desobediencia general al sistema constitucional con un calendario inexorable para la aprobación de las dos leyes que articulaban la derogación de facto del Estatuto de Cataluña y la desvinculación con el Estado.¹⁸ Aquel calendario o proyecto se consumó en ruptura del orden constitucional con la desobediencia proclamada y practicada frente a las reiteradas sentencias del Tribunal Constitucional y la aprobación de la ley de transitoriedad jurídica en septiembre de 2017 que otorgaba todos los poderes en el territorio de Cataluña, los tres poderes incluido el judicial, en una sola persona, el presidente de la nueva república proclamada por Carles Puigdemont y votada por el Parlamento catalán.

Todo ello formalizado en la votación de dos Declaraciones unilaterales de independencia y firma personalizada de los votantes (10 y 27 de octubre de 2018) para doblegar al Estado. No hubo ni es violencia física, no es violencia con despliegue de armamento. Si los políticos involucrados se hubieran limitado a encabezar una manifestación con esa reivindicación o incluso si se hubieran limitado a salir al balcón para proclamar la independencia (como hicieron en la Padania) estaríamos en el contexto de la libre expresión y manifestación de ideas, aunque sea tumultuosa y violenta. Hay una diferencia notable entre defender intelectualmente que una región pueda ser independiente por parte de determinados ciudadanos y, por el contrario,

¹⁸ Con ocasión de la propuesta aceptada a trámite por la Mesa me pronuncié pidiendo que no se permitiera en modo alguno la sesión del Parlamento catalán que abría el proceso político que culminó el 27 de octubre de 2017 con la proclamación en sesión parlamentaria de la Declaración unilateral de independencia (esa petición la hice el 28 de octubre de 2015 en el diario *El Mundo*, "Cuenta atrás para el Estado catalán").

derogar las leyes –el Estatuto de Cataluña– y la Constitución española al declarar la independencia de esa región por las autoridades político-legislativas de la misma.

No es coacción o violencia desplegada a título particular de la ciudadana Forcadell o del ciudadano Puigdemont. No.

El presidente de una Comunidad Autónoma es el más alto representante del Estado en la misma. Actos jurídicos sucesivos como los aprobados por las instituciones políticas catalanas es coacción jurídica, es coacción institucional, desde la presidencia de las instituciones políticas representativas de Cataluña contra el conjunto de la soberanía nacional, su integridad territorial y el orden democrático y constitucional. El Tribunal Supremo deberá decidir si esa violencia institucional es o no componente del delito de sedición o de rebelión; es su competencia juzgar el fondo del asunto.

Para el tribunal alemán como juez de ejecución de la euroorden su tarea intelectual y jurídica era decidir: ¿esos hechos, esa violencia institucional de suceder en Alemania, hubieran sido punibles? ¿el código penal alemán nunca castigaría esos actos promovidos por un gobierno regional y la mayoría parlamentaria?

El principio de reconocimiento mutuo le obliga a aceptar los hechos relatados por el juez emisor español. De nuevo, quizá no están bien relatados y focalizados en el auto español ni su calificación en exclusiva de rebelión frente a otras opciones como la sedición o la conspiración para la rebelión.

Opciones frente a la adversidad buscada

Consecuencia de la exigencia de doble incriminación, no se puede perseguir al ciudadano entregado por un hecho anterior y distinto del objeto de la extradición o de la euroorden.

Si no hay la misma previsión en ambos ordenamientos se puede denegar la entrega o limitar el enjuiciamiento solo a delitos paralelos dado que no se podría cumplir con la *reciprocidad* de las obligaciones de entrega en un futuro. Se entrega para que en el futuro se puedan obtener la entrega en casos similares. Si el otro ordenamiento no reconoce ese delito, nunca se le podrá pedir una extradición o una euroorden y cobrarse la reciprocidad. Si no hubiera esa limitación no se cumpliría con la obligación de igualdad y equilibrio en las relaciones internacionales.

Es un requisito que la opinión pública y publicada no entienda al deducirse una “absolución” o imposibilidad de juzgar si solo se concede la entrega por determinados delitos; si esa persona es juzgada junto a otras por actividades similares, aparenta discriminación, pero es una consecuencia del régimen legal de la entrega.

Por tanto, si se confirma la entrega de ciudadano español Carles Puigdemont sólo por el delito de malversación, no podría ser juzgado por otros eventuales delitos (sedición, rebelión, desobediencia...). El juez instructor español podría solicitar ampliar la acusación a otros delitos que sean similares en el Código penal alemán.

Si esa imposibilidad de juzgar por determinados delitos no se acepta ahora por considerarse trato desigual entre autores del mismo delito, caben dos opciones en esta fase: una, se retira la solicitud (como ya se hizo con Bélgica) y se espera a mejor oportunidad hasta que el procesado entre en territorio español o de Estado que presente mejor paralelismo (lo que hizo España al reactivar la euroorden en abril). No obstante, no todo está perdido por culpa de esta herencia de la clásica extradición.¹⁹

La otra opción para evitar en el futuro esa humillante dependencia de sistemas penales extranjeros para enjuiciar hechos delictivos de nuestra competencia soberana y evitar absoluciones o condenas distintas por los mismos presuntos delitos es que España se una al club de los Estados civilizados de nuestro entorno (Francia, Alemania, Bélgica, Italia, el Reino Unido...) que juzgan legalmente en rebeldía. En efecto, allí se juzga, con todas las garantías, al acusado en rebeldía (*absentia*) y cuando haya la oportunidad se ejecuta la pena privativa de libertad (y otras se ejecutan inmediatamente como la inhabilitación o las de reparación económica sobre los bienes del convicto). Pero en España no hemos superado complejos históricos y nos gusta dar lecciones a los demás Estados. Si tuviéramos previsto esta opción legal de los sistemas judiciales más serios de Europa, no habríamos tenido los vapuleos y disgustos pasados. Tras ser juzgado y condenados en España por la totalidad de los delitos, habríamos activado la euroorden para la ejecución de la pena privativa de libertad, tal como se prevé en caso de condenados en ausencia.

En el contexto concreto que analizo conviene a España prudencia y pragmatismo. No es interés preferente del Estado aclarar el alcance de las OED y las facultades de los tribunales nacionales en ellas; quizás lo sea de la doctrina académica.

Por ello, plantear ante el Tribunal de Justicia de la UE una cuestión prejudicial en interpretación, tal como regula el art. 267 TFUE, sobre el alcance de la doble incriminación (art. 4 DM) no tendría beneficios absolutos. Al contrario, habría *consecuencias negativas* sin garantizar nunca un resultado favorable a nuestra interpretación ni tan siquiera si respondería al núcleo del debate.

En primer lugar, el procedimiento prejudicial podría solicitarlo la Fiscalía alemana al tribunal regional, antes de que decida definitivamente, que podría aceptar o no. Si acepta, se suspende el proceso de la euroorden en Alemania (probablemente hagan lo mismo en el Reino Unido y Bélgica) y habría que esperar una media de 18 meses. La Comisión europea intervendría,²⁰ también Alemania y otros Estados como Bélgica o el Reino Unido y otros. La manipulación de sus opiniones en el proceso prejudicial estaría servida en manos del independentismo. “Ayudando” así el Estado español a la

¹⁹ No está todo perdido y se abren opciones por la propia ODE para juzgar por la totalidad de delitos imputados (art. 27 ODE). Si es entregado solo por malversación, más tarde durante el juicio podría de nuevo el Tribunal Supremo solicitar autorización del tribunal regional alemán a la vista del trato desigual respecto de los restantes coautores de los mismos delitos. Parece impensable la opción que prevé la ODE de la renuncia expresa del enjuiciado a los límites de la ODE pues el honor y la dignidad no es virtud de los políticos independentistas. O la opción de juzgarle si permanece 45 días después de su puesta en libertad definitiva en España o si regresa a España tras haber salido después de ejecutada la sentencia inicial.

²⁰ La Comisaría de Justicia, violando la separación de poderes, ya se ha pronunciado con rapidez sobre la “aplicación modélica” (*sic*) por el tribunal alemán.

internacionalización del proceso independentista como lo viene haciendo desde el 1 de octubre de 2017. O esperar a la sentencia definitiva y que la Fiscalía alemana recurra al Tribunal Constitucional.

En segundo lugar, si no se hace desde Alemania, también el juez español podría solicitar la cuestión prejudicial en interpretación. Pero no debe hacerlo hasta tener la sentencia definitiva del tribunal alemán. Y los argumentos en contra del planteamiento de la cuestión prejudicial aducidos valen igual aquí (internacionalización de la cuestión catalana).

Y la tercera opción, una vez haya sentencia definitiva del tribunal alemán, ya sea con entrega parcial para juzgarle por malversación, ya sea sin ninguna entrega, que el Gobierno de España demande a Alemania ante el TJUE por violación de la Decisión Marco al no ser aplicada correctamente por su poder judicial con la consecuente obligación de entrega por la totalidad de los delitos imputados. Es el procedimiento por incumplimiento (art. 258 TFUE); en mi opinión *sólo* sería a considerar si hay negativa total de entrega. Si la hay parcial, es decir, sólo por malversación de fondos, no debemos distraernos en maniobras internacionales que fortalezcan al independentismo y afrontar el proceso con el mismo pragmatismo y dignidad que la justicia y el pueblo norteamericano asumieron el proceso al asesino Al Capone por evasión de impuestos frente a las condenas a sus compinches por cientos de asesinatos y robos brutales.

Conclusiones

Tras la conmoción por la decisión preliminar alemana se ha dicho en tono apocalíptico que sería el fin de la euroorden. No lo creo, pues en conjunto ha funcionado de forma excelente, rápida y muy eficiente. Pero el espacio Schengen, que ya se ha visto muy debilitado y rebajado por la llegada masiva de refugiados, se pone en peligro y este incidente procesal en Alemania –así como la imprevisible Bélgica– abre una vía legal para soslayar la acción de la justicia a toda persona que viva en la UE. Los prófugos irán a residir legalmente a aquel Estado miembro donde su acción delictiva no sea delito o los jueces apliquen de forma arbitraria la ODE.

No puedo concluir sin reformular una pregunta que nos hemos hecho muchos. ¿No es delito en Alemania derogar la Constitución y declarar la independencia de un *land* o región? Esa pregunta es retórica. Absurda.

Reformulemos la cuestión: ¿Alemania hubiera permitido sin recurrir a la coerción constitucional las sucesivas convocatorias de un parlamento regional y de su gobierno para aprobar una Declaración en la que se proclamase la soberanía de la región, la desobediencia expresa al Tribunal constitucional alemán, para aprobación de una ley para organizar sin garantías un referéndum de secesión contrario a la Constitución y aprobar otra ley para desvincular a todos los efectos a la región de la Constitución y para proclamar previa votación un nuevo Estado independiente?

Claro que no, en Alemania, lo que hemos vivido en España, no hubiera llegado a ser delito porque no habría renunciado a la responsabilidad política de hacer aplicar la Constitución ni se hubieran sentido acomplejados por recurrir a la vía política de la

“coerción federal”²¹ y prevenido e impedido el delito tomando las “medidas necesarias”, todas, con tal de impedir la alta traición. Es lo que debió hacer el Gobierno de España en 2013 con la primera Declaración, o en 2014 al convocar el primer referéndum, o en 2015 al retomar la hoja de ruta, o el 6-7 de septiembre de 2017 al acordar convocar el segundo referéndum y aprobar a Ley de Transitoriedad jurídica que abolía el Estatuto de Cataluña al margen de su procedimiento de revisión, la división de poderes y derogaba la Constitución en Cataluña.

La obligación de los poderes públicos es prevenir e impedir la comisión de delitos. La represión penal es el último eslabón, cuando toda la diligencia debida previa fracasó. Si la acción política de coerción constitucional no existió hasta bien consumado el proceso independentista, el eslabón judicial es imparable en un Estado democrático y de Derecho como es España. A sabiendas de que la acción judicial solo encara el delito y no la raíz del contexto que permitió a las instituciones autonómicas catalanas sublevarse contra la Constitución y la unidad nacional de España.

²¹ Art. 37 de la Ley Fundamental: (1) Si un Land no cumpliera los deberes federales que la Ley Fundamental u otra ley federal le impongan, el Gobierno Federal, con la aprobación del Bundesrat, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar al Land al cumplimiento de dichos deberes por vía coactiva federal. (2) Para la ejecución de las medidas federales coactivas, el Gobierno Federal o su representante tiene el derecho de impartir instrucciones a todos los Länder y a las autoridades de los mismos.