

TRADUCIÓN DA RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL SUPERIOR DO LAND DE SCHLESWIG-HOLSTEIN DE DATA 12 DE XULLO DE 2018¹.

Marta García Mosquera - Xosé Manuel Pacho Blanco*

Tribunal: Tribunal Superior do Land ² de Schleswig-Holstein, Sala do Penal núm. 1.
Data da Resolución: 12.07.2018.
Número de rexistro: 1 Ausl (A) 18/18 (20/18).
Tipo de documento: Resolución.

Resolución do Tribunal Superior do Land de Schleswig-Holstein no asunto relativo á entrega concernente ao cidadán español

Requirido, (...) ³

Defensores: 1. (...)

2. (...) -.

Tras audiencia –e en relación co 1.) y 3.), a petición– da Fiscalía Xeral do Land de Schleswig-Holstein, do requirido e dos seus defensores, a Sala do Penal núm. 1 do Tribunal Superior de Schleswig-Holstein, en Schleswig, o día 12 de xullo de 2018 decidiu:

1. Declarar procedente a entrega do requirido por parte da República Federal de Alemaña ao Reino de España para a prosecución penal pola acusación denominada, na

* Marta García Mosquera é Profesora Contratada Doutora de Dereito Penal da Universidade de Vigo (mmosquera@uvigo.es) e Xosé Manuel Pacho Blanco é Doutor en Dereito da Área de Filosofía do Dereito da Universidade de Vigo e Avogado en exercicio (xmpacho@uvigo.es).

¹ A versión do texto orixinal que se emprega para a súa tradución directa do alemán é a publicada na web oficial do Tribunal Superior do Land de Schleswig-Holstein, accesible en: https://www.schleswig-holstein.de/DE/Justiz/OLG/Presse/PI/201806VollstaendigerBeschlussDownload.pdf?__blob=publicationFile&v=2

² Ao longo do texto, na maioría dos casos, mantense a coñecida palabra *Land*, que no contexto da República Federal alemá haberá de traducirse como “Estado Federado”.

³ Datos omitidos no orixinal.

Orde Europea de Detención da Sala Segunda do Tribunal Supremo español de 23 de marzo de 2018, “malversación de caudais públicos” (“corrupción”).

2. Declarar improcedente a entrega pola acusación igualmente alí denominada como "rebelión"⁴.

3. Na medida na que é procedente, non se formulan obxeccións á pretensión da Fiscalía Xeral de autorizar a entrega do requirido.

4. Manter a Orde de detención provisional a efectos de entrega da Sala de 5 de abril de 2018. Rexeitar a petición de restablecer a execución desta. Mantéñense as condicións da decisión de posta en liberdade na súa versión daquela vixente.

5. O erario público debe reembolsar ao requirido dous terzos dos gastos que lle tivesen sido necesarios.

Fundamentos:

I.

A petición dunha Orde europea de detención da Sala Segunda do Tribunal Supremo en Madrid do 23 de marzo de 2018 (Rexistro 20907/2017) as autoridades do Reino de España solicitan a detención e a entrega do requirido aos fins da súa prosecución penal.

Da Orde europea de detención despréndese que as autoridades españolas acusan ao requirido, como Presidente daquela do Goberno rexional catalán, en relación coa execución e financiamento dun referendo sobre a futura posición xurídica de Cataluña o 1 de outubro de 2017, de ter cometido a través do seu comportamento tanto unha "rebelión" como unha "malversación de caudais públicos" ou "corrupción". Polas particularidades das acusacións a Sala remítese á súa Resolución de 5 de abril de 2018, en virtude da cal, se ben decretou contra o requirido a detención provisional a efectos de entrega, suspendeu alíase no acto a súa execución baixo condicións. Con observancia das mesmas, actualmente o requirido atópase en liberdade en Alemaña, nun lugar coñecido pola Sala.

O requirido non se amosou conforme co procedemento simplificado de entrega e tampouco renunciou ao mantemento do principio de especialidade.

⁴ Entre aspas no orixinal („*Rebellion*“), válido en adiante para o resto do documento.

A Fiscalía Xeral considera procedente a entrega do requirido por ambas acusacións. En relación coa acusación de "rebelión", a comprobación daría como resultado que ese comportamento tamén sería puníbel conforme ao Dereito alemán, concretamente como alta traizón segundo o § 81⁵, ap. 1, n.º 1 StGB⁶, ou cando menos como grave quebrantamento da paz pública conforme aos §§ 125, ap. 1, n.º 1, 125a parágrafo 1 StGB. En relación coa acusación de "corrupción" trataríase dun "feito catalogado" no sentido do art. 2, ap. 2 da Decisión Marco sobre a Orde europea de detención, de xeito que máis alá desta constatación non deberían ter lugar posteriores comprobacións. Polo demais, este comportamento tamén sería puníbel conforme ao Dereito alemá como administración desleal segundo o § 266 StGB.

A Fiscalía Xeral do Land de Schleswig-Holstein solicita,

1. Que se rexeiten as obxeccións do requirido contra a Orde de detención provisional a efectos de entrega do 5 de abril de 2018.
2. Que se declare procedente a entrega do requirido por parte da República Federal de Alemaña a España polos actos puníbeis descritos na Orde europea de detención do Tribunal Supremo español en Madrid de 23 de marzo de 2018.
3. Que non se formulen reparos á pretensión da autoridade emisora da Orde de que non se fagan valer obxeccións á concesión ou aprobación a aquela.
4. Que se tome novamente en consideración a Orde de detención provisional a efectos de entrega de 5 de abril de 2018 e que se decrete a execución da detención provisional.

O requirido solicita,

que se declare improcedente a entrega e

que se se revoque a Orde de detención provisional a efectos de entrega xunto coas condicións que lle son inherentes.

Opina que os acontecementos descritos polas autoridades españolas que foron descritos como "rebelión" non cumprirían ningún tipo penal alemán. A acusación de "corrupción", aínda cando foi así descrita, cumpriría non obstante realmente a acusación de

⁵ O símbolo "§" correspóndese coa indicación de parágrafo, que constitúe cada un dos apartados nos que adoitan estruturarse as leis alemás (os correspondentes "artigos" na nosa tradición xurídica).

⁶ A abreviatura StGB corresponde ao *Strafgesetzbuch* (Código Penal alemán).

administración desleal e non representaría en canto tal un "feito catalogado", de xeito que tería que comprobarse o carácter puníbel conforme ao Dereito alemán. Esta comprobación conduciría en todo caso á incerteza da acusación formulada, porque a través das informacións contraditorias tardiamente aportadas polas autoridades españolas xa non sería verificábel que acusación en concreto se estaría formulando contra o requirido. Por último, sospeita o requirido que o Estado español estaría abusando do proceso penal para perseguilo en realidade por motivos políticos.

II.

Así como na súa Resolución de 5 de abril de 2018, a Sala vese obrigada tamén agora a unha consideración previa:

A Orde europea de detención presentada polas autoridades españolas pode ser descrita, conforme á experiencia de moitos anos da Sala en asuntos de extradición, como absolutamente atípica. No epígrafe no que, no marco do formulario da Orde europea de detención, hai que describir o delito segundo "tempo de comisión do feito, lugar de comisión e forma de participación da persoa solicitada", comeza un relato de ao redor de 17 páxinas do desenvolvemento histórico das tentativas de independencia de Cataluña e da participación de diversas organizacións ou institucións públicas e políticas nese proceso. A narración dos acontecementos comeza a principios do ano 2015, aínda que o requirido tería cometido os dous delitos dos que se lle acusa entre o 6 de setembro de 2017 e o 1 de outubro de 2017.

A resolución do Tribunal Supremo español de 21 de marzo de 2018 sobre "o procesamento e outras medidas" que segundo a referencia contida na Orde europea de detención serviría de fundamento nacional para esta, e á que forzosamente hai que recorrer para a comprensión das acusacións formuladas contra o requirido, abrangue 70 páxinas. Nela expónse novamente en primeiro lugar o desenvolvemento histórico -nesta ocasión xa partindo dende o ano 2012. Ademais, esta resolución non se refire só ao requirido, senón que son acusadas de diversos delitos menos graves⁷ en total 25 persoas,

⁷ A tradución "delitos menos graves" corresponde co termo que emprega o texto orixinal *Vergehen*; e, por tanto, non é coincidente coa categoría de "delitos menos graves" contida no art. 13.2 do Código Penal español. Ao respecto hai que aclarar que o § 12 StGB (Código Penal alemán) distingue entre *Verbrechen* (§ 12.1 StGB) e *Vergehen* (§ 12.2 StGB). Conforme ao § 12.1 StGB, *Verbrechen* son feitos antixurídicos que están castigados como mínimo cunha pena de prisión dun ano ou superior. Conforme ao § 12.2 StGB, *Vergehen* son feitos antixurídicos que están castigados como mínimo cunha pena de prisión inferior ou con pena de multa.

que os terían cometido en diversos momentos e a través de diversas accións. Trece deles - entre os que se atopa o requirido- serían culpábeis por "rebelión". Outros doce terían cometido "desobediencia"⁸. Por outra parte, desas 25 persoas, 14 –entre elas, así mesmo o requirido- terían cometido con pluralidade de feitos⁹ unha “defraudación e malversación de caudais públicos”.

Adicionalmente a estes documentos de partida, as autoridades españolas no curso do procedemento engadiron novas informacións. Isto aconteceu tamén nun primeiro momento a petición da Sala, na medida que un documento español foi traducido dúas veces e existían discrepancias entre ambas traducións alemás. Neste contexto, en opinión da Sala, debe poñerse de relevo que a Fiscalía Xeral esforzouse de xeito loábel con celeridade pola necesaria ampliación e aclaración. O mesmo debe dicirse en relación coa boa vontade con que a xustiza española respondeu ás preguntas que se lle propuxeron.

Porén, con este contexto é obvio e comprensíbel que todos os que tomaron parte no procedemento precisaron para o exame, comprobación e avaliación do material presentado, moito máis tempo do que se coñece en procedementos "usuais" de entrega sobre a base dunha Orde europea de detención. Isto explica que se superase o prazo ordinario de 60 días establecidos no art. 17, ap. 3 da Decisión Marco sobre a Orde de detención europea (RB-EUHb¹⁰) e no § 83c, ap. 1 IRG¹¹ ata a decisión sobre a entrega.

III.

Coa Orde europea de detención do Tribunal Supremo español de 23 de marzo de 2018 as autoridades españolas presentaron os documentos de entrega requiridos (§ 83 a IRG). Esta Orde europea de detención tampouco é en particular nula polo feito de que adoeza dunha decisión nacional de detención que lle sirva de base. No correspondente epígrafe do formulario da Orde europea de detención menciónase como fundamento -como xa se ten dito- o "procesamento de 21 de marzo de 2018". Trátase do Auto de procesamento do Tribunal Supremo español enviado coa Orde europea de detención -e máis tarde cualificado como tal. Tras as aclaracións complementarias do Tribunal Supremo español de 17 de maio de 2018 e de 28 de maio de 2018, este inclúe tamén respecto do requirido

⁸ Entre aspas no orixinal („Ungehorsam“).

⁹ A expresión pluralidade de feitos é a tradución do termo orixinal alemán *tatmehrheitlich*.

¹⁰ En adiante mantense a abreviatura alemá RB-EUHb para referirse á Decisión Marco relativa á Orden de detención europea.

¹¹ A abreviatura IRG corresponde a *Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen* (Lei alemá sobre Cooperación Xudicial Internacional en materia penal).

unha decisión de prórroga da detención. Deste xeito concorre "outra resolución xudicial executiva que teña a mesma forza" (que a orde de detención), no sentido do art. 8, ap. 1 c da Decisión Marco relativa á Orde europea de detención (RB-EUHb). A Sala non ten motivo para poñer en dúbida esta aclaración do Tribunal Supremo español. Esta decisión provén sen lugar a dúbida dunha autoridade xudicial competente para ditar este tipo de decisións (cfr. sobre este requisito, tamén Hackner, en Schomburg/Lagodny/Gleiß/Hackner, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 5.^a ed., número marxinal 9 ao § 83a IRG). Polo demais, esta cualificación xurídica resulta plausíbel e comprensíbel sen máis para a Sala, pois o ordenamento procesual penal alemán contén unha regulación paralela no § 207, ap. 4 do StPO¹². Conforme a este precepto, xunto coa apertura do xuízo oral debe decidirse ao mesmo tempo acerca da orde ou a continuación da prisión preventiva contra o procesado.

Á súa vez, a Orde de prisión preventiva, mediante o mantemento da orde de detención ditada refírese á Orde de detención nacional do Xulgado Central de Instrución n.º 3 de Madrid, de 3 de novembro de 2017. Esta decisión é a que se sinala, no sentido do Auto de procesamento, como "medida cautelar de natureza persoal". Neste sentido tampouco obsta que a acusación daquela formulada contra o requirido fose puntualmente discrepante da que agora se lle imputa no Auto de procesamento. É práctica coñecida no desempeño habitual da Sala que unha sospeita inicial existente ao inicio das investigacións poida verse ampliada, modificada ou ben incluso atenuada no curso de investigacións posteriores. Iso tomaríase entón respectivamente en consideración mediante a nova formulación das acusacións na decisión que procede adoptar de prórroga da detención.

Así aconteceu tamén no presente caso, como se deriva da información complementar do Tribunal Supremo español de 28 de maio de 2018. Fica por sinalar que en esencia tratábase en todo caso da mesma acusación, no sentido dun feito procesual (§ 264, ap. 1 StPO), a saber, o comportamento do requirido en relación co referendo de 1 de outubro de 2017.

IV.

En canto ao fondo, a Sala, tras a comprobación completa e final da solicitude confirma o seu xuízo provisional do caso, tal e como ficou reflectido na Resolución de 5 de abril de 2018. En particular, resulta de aplicación o seguinte:

¹² A abreviatura StPO corresponde á *Strafprozessordnung* (Lei de Axuizamento Criminal alemá).

1. No que atinxe á acusación das autoridades españolas ao requirido de ter tomado parte nunha “rebelión”, a súa entrega amósase improcedente.

a) Consonte co § 3, ap. 1 IRG en principio unha entrega só é procedente cando concorre a denominada “dobre incriminación”, é dicir, cando o feito tamén sexa conforme ao Dereito alemán un feito antixurídico que realizara o tipo penal dunha lei penal (alemá). Xa a formulación legal deixa claro que non abonda con que o suposto de feito imputado se atope soamente próximo a unha punibilidade consonte co Dereito alemán. Máis ben, esta debe darse tamén. Se se quixese apreciar doutro xeito esta cuestión no sentido dunha consideración “menos estrita” -tal e como se ponderou na discusión pública-, a consecuencia sería un control reforzado de “orde pública” segundo o § 73 IRG; unha consecuencia que a lei sobre cooperación xudicial internacional en materia penal (IRG) precisamente quere evitar (cfr. Fundamentación do Proxecto de Goberno ao § 3 do Proxecto IRG, Boletín do Bundestag 9/1338, páx. 36 s.). O requisito da dobre incriminación está tamén en consonancia coas esixencias do art. 2, ap. 4 e art. 4, ap. 1 da RB-EUHb, porque (e na medida en que) o delito imputado non constitúe un feito catalogado no sentido do art. 2, ap. 2 RB-EUHb, e fora do ámbito destes delitos da Decisión Marco permite ao Dereito nacional vencellarse á esixencia da dupla incriminación, o que en Alemaña aconteceu co § 81, n.º 4 da IRG. Pero a rebelión imputada está tan fóra do ámbito dos feitos catalogados como o igualmente posible tipo penal dun quebrantamento da paz pública. Ata o momento non se chegou a unha ampliación do catálogo conforme ao Dereito comunitario que abrangue a estes delitos imputados ao requirido, o cal sería posíbel conforme ao art. 2, ap. 3 da RB-EUHb.

Para facer posíbel a necesaria comprobación, hai que levar a cabo porén, unha denominada “adaptación conforme a sentido”¹³ (§ 3 ap. 1, 2º. Inciso IRG) (cfr. sobre a realización da adaptación, a Resolución da Sala de 5 de abril de 2018, alí páx. 6, 7). Deste xeito, tómase en consideración a circunstancia de que o ordenamento xurídico do Estado -español- requirinte e o ordenamento xurídico do Estado -alemá- requirido non cualifiquen penalmente con plena identidade o idéntico suposto de feito. Isto significa que, en relación ao suposto de feito que serve de fundamento á Orde europea de detención e á solicitude de entrega, debe a continuación valorarse, tomando como patrón

¹³ A expresión literal “adaptación conforme a sentido” preferiría una tradución máis libre e respectando o seu sentido que sería o de “interpretación analóxica” na nosa tradición xurídica, pero mantemos en todo o documento a primeira forma, de conformidade literal co orixinal.

o Dereito penal alemán, se conforme a isto resulta tamén unha punibilidade, sobre a base dunha norma penal alemá que en todo caso se corresponda con Dereito español.

En relación con isto, os estritos estándares por exemplo do Dereito alemán de revisión, en caso de revisión dunha Sentencia por defectos xurídico-materiais¹⁴ amósanse inaxeitados para a comprobación da dobre incriminación, porque non valoran debidamente a situación propia do Dereito de entrega, de enfrontamento entre diversos ordenamentos xurídicos (BGHSt¹⁵ 27, 168, 173). Para o presente caso, a Sala non necesita decidir se por outra parte é suficiente a posibilidade de subsunción do suposto de feito ao abeiro de “calquera” norma penal (así Lagodny en Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 5.ª ed., número marxinal 13 ao § 3 IRG), se é esixible unha concordancia legal dos preceptos penais (Kubiciel en Ambos et. al., Rechtshilferecht in Strafsachen, número marxinal 26 ao § 3 IRG) ou se en caso necesario habería que levar a cabo unha comprobación específica de proporcionalidade coa interpretación xurídica do requirido. Por isto tampouco é necesaria unha cuestión previa a propoñer perante o Tribunal Supremo Federal, solicitada subsidiariamente pola Fiscalía Xeral consonte ao § 42, ap. 2 IRG, ou de oficio pola Sala, consonte ao § 42, ap. 1 IRG.

Porque a Sala, partindo da obriga en principio de entrega (§ 79, ap. 1 IRG, Art. 3, 4 RB-EUHb) e da interpretación das normas nacionais en xeral conforme ao Dereito comunitario, non restrinxe a comprobación da dobre incriminación dende o punto de vista da alta traizón, senón que o estende a comprobar se o suposto de feito que se comunicou pode ser puníbel segundo “calquera” norma alemá, aínda cando entre os delitos de alta traizón e por exemplo de quebrantamento da paz pública non se produce unha (completa) concordancia valorativa. Ao mesmo tempo, tamén da reiterada comprobación por parte da Sala sobre a base do fundamento do suposto de feito proposto polas autoridades españolas e pola Fiscalía Xeral, resultou que o requirido non pode ser acusado conforme ao Dereito alemán nin por un delito de alta traizón nin polo quebrantamento da paz pública.

b) Un delito de alta traizón debe ser cometido “violenta e publicamente” segundo o artigo 472 do Código Penal español e “con violencia” consonte co precepto penal alemán

¹⁴ A resolución refírese aquí aos motivos de revisión fundados en erros de valoración xurídica, entre os que se atopan os erros de subsunción.

¹⁵ A abreviatura BGHSt corresponde a *Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Strafsachen* (Decisións do Tribunal Supremo Federal en materia penal).

correspondente do § 81 StGB.

Xa semella dubidoso se o requirido perseguíu o obxectivo da separación de Cataluña do Estado central español, neste sentido, “con violencia”. Dos documentos entregados despréndese que o requirido quería conseguir a lexitimación dunha separación precisamente por medios democráticos. Concretamente, a través da execución dunha votación. Consecuentemente, o Auto de procesamento de 21 de marzo de 2018 (páx. 57, citados os números de páxina aquí e no que sigue segundo a tradución alemá) admite tamén que non se trataba da acusación do emprego de violencia que estivese “ideada dende o principio como un instrumento para a consecución da independencia”¹⁶. Neste contexto (Auto de procesamento, páx. 31) tamén se menciona que aínda ata o 28 (!)¹⁷ de setembro de 2017 “imperou un pacto tácito de non violencia”¹⁸. A violencia exercida en parte da votación por grupos autónomos (Auto de procesamento, no mesmo lugar) non era o medio co que o requirido quería conseguir a independencia de Cataluña. Non se aprecia que nese momento o requirido tivese recoñecido que era inútil alcanzar a independencia de Cataluña por medios democráticos e legais, como unha votación popular, para que ficase como única saída un golpe de Estado violento.

Pero en todo caso fracasa unha punibilidade por alta traizón porque os acontecementos do 1 de outubro de 2017 non alcanzaron a dimensión de actuación violenta que sería exigible para cumprir o elemento típico non escrito da “aptitude” da violencia para a consecución do fin. Neste sentido, esta esixencia da aptitude non só se encontra no § 81 StGB alemán, senón tamén de xeito manifesto igualmente no Dereito penal español, como amosan as explicacións en relación coa “idoneidade” do emprego da violencia no Auto de procesamento (páx. 56).

Polo que atinxe a una punibilidade por alta traizón conforme co § 81 StGB, a Sala xa indicou na súa Resolución de 5 de abril de 2018 que o concepto de violencia empregado tanto no § 105 StGB como no § 81 StGB presupón un nivel cualificado de violencia que, en relación co efecto pretendido, sexa axeitado para forzar ao poder estatal a aceptar as esixencias de autor (así con apoio no BGHSt 32, 165 ss. – “pista de despegue oeste”).

¹⁶ No Auto de procesamento orixinal en español a cita recollida polo OLG aparece no parágrafo 2.º da páxina 57.

¹⁷ Destacado no orixinal.

¹⁸ No Auto de procesamento orixinal en español a cita recollida polo OLG aparece no parágrafo 2.º da páxina 32.

O motivo de fondo é que, por un lado, nun ordenamento social e estatal democrático, o Dereito penal debe moderarse ante conflitos políticos xa por razóns constitucionais, e que, por outro, en comparación coa protección de bens xurídicos individuais, co Estado e as súas institucións, os potenciais autores enfróntanse a un destinatario moito máis difícil de influenciar (Laufhütte/Kuschel en Leipziger Kommentar-StGB, 12.^a ed., número marxinal 17 ao § 81 StGB). Por iso xa nunha etapa temperá a xurisprudencia do Tribunal Supremo Federal admitiu como caso de alta traizón a “loita revolucionaria” intencionada, con vítimas e provocación de situacións caóticas, (BGHSt 6, 336, 340), pero non por exemplo manifestacións, convocatorias de boicot ou folgas sen máis, senón unicamente cando estas tivesen dado lugar a unha paralización da vida pública na súa totalidade (BGHSt 8, 102, 106). O BGH continuou esta xurisprudencia na súa decisión “pista de despegue oeste”.

A estes efectos está fora de toda dúbida que o tipo penal de alta traizón constitúe un delito de emprendemento no sentido do § 11, ap. 1, nº 6 StGB e por iso non pode depender do éxito conseguido por unha ofensiva de alta traizón. Con razón sinala a Fiscalía Xeral que tal interpretación do precepto penal resultaría inefectiva porque se lle estaría atribuíndo finalmente so un carácter simbólico. Por outra parte, a anticipación da punibilidade vencellada a un delito de emprendemento encerra o perigo de criminalizar anticipadamente o discurso público; incluso cando as manifestacións e a indubidable presión (mesmo política) que delas se deriva están protexidas constitucionalmente. Porque as manifestacións son sempre un elemento de presión. Por iso a valoración do efecto dos medios de presión empregados depende precisamente tamén da responsabilidade do Estado e das súas institucións, así como da aptitude dos medios de presión empregados para provocar consecuencias. Esta avaliación -positiva, no sentido dun potencial resultado violento- non é só un presuposto típico de carácter fáctico, senón tamén normativo (BGHSt 32, 165, 174). Por tanto, precisamente non abonda con que - como sostén a Fiscalía Xeral- non puidese constatarse ningunha declaración inequívoca en relación coa ausencia de tal aptitude na violencia empregada.

Pero tampouco, tras a reiterada comprobación, a Sala é quen de efectuar unha avaliación positiva de que as institucións españolas non puideron resistir á presión exercida polos acontecementos o día da votación.

Dado que a solicitude de entrega versa sobre escenas tumultuarias nunha serie de colexios electorais, xa non se pode recoñecer que estas escenas foran axeitadas para crear

un escenario daquelas características. Certamente, hai moitos elementos que apuntan a que, individualmente consideradas, as accións nos lugares que se describen, recoñecibles no material gráfico entregado, e outras accións lesivas contra a Policía Nacional descritas no informe de investigación, en si mesmas, realizaron respectivamente outros tipos penais -como delitos de lesións, delitos de resistencia ou mesmo quebrantamento da paz pública. Pero máis alá da admisible punibilidade que se da nos feitos individuais e dos autores máis ou menos recoñecibles nas gravacións de vídeo presentadas, a Sala non aprecia que (nin por que motivo), o ordenamento constitucional do Estado español estivese seriamente en perigo a través desas accións individuais.

O propio día da votación, segundo as informacións transmitidas, estaban repartidos por todo o territorio 2.259 locais electorais. Diante de 17 destes locais electorais producíronse incidentes nas rúas. Tamén nese día en tales incidentes resultaron feridos en todo o territorio só 58 dos 6.000 policías nacionais mobilizados. Aparte destes sucesos, nin a Orde europea de detención, nin o Auto do procesamento informan de acontecementos do día da votación que puideran considerarse axeitados para provocar un golpe de Estado. En todo caso, segundo o contido destes documentos de entrega non se produciron - desencadeados directamente do referendo do 1 de outubro de 2017- extensas liortas nas rúas, incendios, nin saqueos. Non tiveron que empregarse gases lacrimóxenos nin canóns de auga. Non se chegaron a empregar armas de fogo.

Nada distinto cabe derivar do feito de que, segundo as informacións complementarias do Tribunal Supremo español de 26 de abril de 2018, en todo o territorio de Cataluña producíronse disturbios de distinto tipo “nos derradeiros días de setembro e nos primeiros días de outubro do ano 2017”. Así, por exemplo, teríanse producido grandes manifestacións e ameazas a empresarios, que a Policía Nacional recibiu ou das que deu conta. Tamén terían sido bloqueadas en todo o territorio estradas e vías de ferro- entre outras cousas, con emprego de centos de tractores ou mediante barricadas incendiarias.

Estes acontecementos non se relacionan concretamente de xeito directo por parte da Xustiza española, nin temporalmente nin causalmente co referendo do 1 de outubro de 2017. Tampouco se establecen como fundamento nin do Auto de procesamento nin da Orde europea de detención. Non se empregan para fundamentar a responsabilidade penal persoal do requirido. Neste sentido -como xa se dixo- máis ben o Auto de procesamento (páx. 57) só indica que o requirido e os restantes promotores, se ben non

terían ideado dende o principio a violencia como instrumento para a consecución da independencia, teríanse aferrado porén -a pesar das advertencias polos acontecementos do 20 de setembro de 2017- a levar a cabo o referendo, e con elo terían asumido o risco de que, en relación coa execución do referendo puidéranse producir tamén actos violentos.

Finalmente, tampouco pode prosperar que se acuse ao requirido e a outros políticos cataláns de incitar á policía rexional catalá a “asegurar” a celebración do referendo. Sobre se puidese considerarse isto unha exhortación a bloquear ás forzas policiais do Goberno central, xa non é apreciable que efectivamente o requirido e outros tivesen incitado á policía rexional catalá a atacar á “Guardia Civil”¹⁹ ou á Policía Nacional. Tampouco a Orde europea de detención nin o Auto de procesamento de 21 de marzo de 2018 informan nada sobre estes acontecementos previos. Nesa medida -a diferenza do que aprecia a Fiscalía Xeral no seu escrito de petición- tampouco se podería soste a afirmación de que o requirido, mobilizando a unha superioridade de 17.000 Policías rexionais fronte a 6.000 policías nacionais quixese producir infraccións legais violentas. En primeiro lugar, xa non sería correcto neste contexto o número de 17.000 funcionarios de policía. Segundo o contido da Orde nacional de detención española de 3 de novembro de 2017 (alí, páxina 4) teríase tratado máis ben do total das forzas policiais rexionais catalás. Pola contra, do Auto de procesamento de 21 de marzo de 2018 (alí, nota ao pé 52, letra 3, páx. 34) dérivase que o 1 de outubro de 2017 soamente se mobilizaron 7.000 policías rexionais, en relación co cal, ademais, a acusación da xustiza española contra o requirido consiste precisamente en que el conscientemente mobilizou menos policías (que os 12.000 habituais noutros casos en xornadas electorais²⁰), para establecer controis o menos efectivos posibles.

Na medida en que a Policía rexional adoptou un comportamento soamente pasivo ou non cooperativo, en casos concretos puido dificultar dese xeito o despregamento das forzas centrais fronte aos manifestantes e persoas que acudían aos locais electorais e, por tanto, a consecución do obxectivo de evitar a celebración do referendo. Pero nesa medida a Sala non aprecia que xa a propia celebración do referendo -aínda cando fose inconstitucional-tívese que significar forzosamente unha segregación de Cataluña ou sequera unha

¹⁹ As comiñas son nosas para indicar que no orixinal da resolución alemá aparece a forma en español.

²⁰ En realidade, se se consulta o texto orixinal en español do Auto de procesamento, o que sostén é que “O dispositivo do CME mobilizou 7.000 axentes, cando en xornadas electorais normais *pasan de 12.000*” (a cursiva é nosa).

supresión da estatalidade española derivada desta situación. Pode ser que aliados do requirido visen aquí un paso intermedio necesario cara a completa independencia. Pero precisamente o propio requirido só quixo ver aquí o preludio das negociacións.

c) Polo que refire a una punibilidade por quebrantamento da paz pública, por suposto que a Sala aprecia que unha serie de acontecementos no lugar puideron realizar este tipo penal. Igualmente é en principio correcto que tampouco conforme ao Dereito alemán o (co-) autor e organizador de tales feitos debe estar necesariamente no lugar.

aa) Porén -alomenos conforme ao Dereito alemán- na análise da cuestión de se o organizador dun gran acontecemento foi culpable de quebrantamento da paz pública, hai que distinguir xa en primeiro lugar se o propio evento, a partir do cal ou no contexto do cal se produciron posteriores actuacións violentas, pola súa parte, estaba permitido ou prohibido.

Neste sentido, o Tribunal Supremo Federal sinalou, entre outras, na xa mencionada decisión “pista de despegue oeste” (BGHSt 32, 165, 179): “Porén, aquel que chama seriamente a unha manifestación pacífica, non pode ser castigado como autor dun quebrantamento da paz pública polo feito só de que se sumen ao evento grupos violentos, e nin sequera cando, tendo contado xa no momento da convocatoria coa súa aparición, quixese non obstante e en calquera caso, levar a cabo o evento, polos obxectivos do mesmo cubertos polo ordenamento xurídico; por tanto, aínda aceptando tamén os disturbios”. Esta é tamén a opinión desta Sala. Se fose doutro xeito, acontecería que non se poderían seguir organizando moitos grandes eventos aceptados polo ordenamento xurídico e desexados social e politicamente -como, por exemplo, partidos de fútbol, ou tamén en Alemaña, o cumio do G-20 en Hamburgo- porque en torno a estes eventos non se poden descartar disturbios.

Polo que atinxe á cualificación xurídica do referendo fixado para o 1 de outubro de 2017, a Orde europea de detención (páx. 6) informa ao respecto que a Lei 19/2017 sobre a celebración do referendo, de 6 de setembro de 2017 fora “suspendida”²¹ ao día seguinte, é dicir, o 7 de setembro de 2017, mediante unha decisión do Tribunal Constitucional. É, só o 17 de outubro de 2017, é dicir, ao redor de dúas semanas e media despois do día da votación, que o Tribunal Constitucional declarou mediante Sentencia “inconstitucional e nulo” o referendo.

²¹ Entre aspas no orixinal (*ausgesetzt*).

Se se quixese ver na decisión provisional do Tribunal Constitucional só o anuncio de que o referendo sería “nulo en suspenso” e o seu resultado non podería por tanto considerarse válido en canto tal, a realización do referendo en si, a pesar desta decisión, podería considerarse con altísima probabilidade inútil, pero non entanto permitido. Neste caso, en aplicación do criterio antes referido, o requirido ficaría impune sen máis conforme ao Dereito alemán. Porque -como se expuxo *supra* no apartado b) - as autoridades españolas non acusan ao requirido máis que de ter asumido disturbios e actos violentos na celebración do referendo.

Se, pola contra -e isto parece ser a comprensión da xustiza española e por certo tamén a máis indicada- se quixese partir da base de que coa disposición provisional non só foi declarado irrelevante o posible resultado das eleccións, senón que aquela contiña tamén ao mesmo tempo unha prohibición de levar a cabo realmente o propio referendo, daquela habería que partir da base de que en relación coa votación do 1 de outubro de 2017, trataríase dun acontecemento ilegal.

bb) Neste suposto a cuestión sobre a punibilidade do requirido por quebrantamento da paz pública encontraría resposta conforme aos posteriores principios que formulou o Tribunal Supremo Federal, entre outras, na xa mencionada decisión “pista de despegue oeste”.

Conforme a isto, a punibilidade por quebrantamento da paz pública abrangue tamén a “quen deu a orde, o organizador ou o líder intelectual” das actividades violentas “que está ausente do lugar” en todo caso “cando, e na medida en que, actividades violentas ou ameazas cometidas pola multitude correspóndense coa súa vontade de actuación e son cometidas baixo o seu dominio do feito e, polo tanto, cando conforme aos principios xerais se lle deben imputar como feito propio (BGHSt 32, 165, 178 s.). Nesa medida faise tamén penalmente responsable así mesmo por quebrantamento da paz pública “o que controla dende fóra; por tanto o que, por exemplo, proxectou o plan global de acción das actividades violentas e, non obstante, despois non participa” (loc. cit. con referencia á motivación da Lei). Esta punibilidade abrangue tamén a actividade preparatoria dos disturbios e que despois surte efecto na execución do feito do “instigador, o que da a orde ou o líder intelectual” (Krauß en Leipziger Kommentar- StGB, 12.^a Ed., número marxinal 70 ao § 125 StGB).

Pero tampouco conforme a este parámetro o requirido fíxose penalmente responsábel por quebrantamento da paz pública. No caso antes mencionado o Tribunal Supremo

Federal puido constatar en relación coa actitude interna do acusado que pretendía un bloqueo total do aeroporto de Frankfurt: “A execución do bloqueo total era o seu desexo persoal. Indicoulle este obxectivo aos seus seguidores con palabras de invocación” (BGHSt 32, 165, 180). E antes: “O acusado sabía que el non podería conseguir un bloqueo permanente desas características das numerosas chegadas e saídas soamente a través da presenza pasiva dos entre 5.000 e 10.000 participantes que el agardaba. Por tanto, para poder levar a cabo o bloqueo de xeito eficaz ata as horas do serán, el asumiu que a multitude que obedecía ao seu chamamento levantase barricadas e que se defendería contra as forzas da orde despregadas para o desaloxo e oporía resistencia activa fronte a funcionarios de policía que quixeran liberar os accesos (loc. cit.).

No presente caso foi diferente. O requirido xa non tiña vontade de actuación dirixida a perpetrar disturbios. Máis ben subliñou en reiteradas ocasións a necesidade absoluta dun proceso pacífico. Non foi un “líder intelectual” de actuacións violentas. Tampouco conforme á exposición das autoridades españolas existiu un “plan global de actuación das actividades violentas. No seu caso e no dos seus aliados non se tratou dun bloqueo á Policía Nacional nin da provocación dun estado semellante a unha guerra civil nas rúas, senón soamente de posibilitar a participación nun referendo do maior número posíbel de electoras e electores, o cal -como xa se ten abordado- unicamente tería carácter preparatorio para posteriores negociacións políticas. Certo que isto en canto tal, puido ser inconstitucional e por tanto antixurídico. E tamén a Sala parte da base de que as forzas centrais quixeron evitalo lexitimamente. Porén, dende o punto de vista do impulsor dun referendo, isto non tiña que significar un percorrido inevitábel de escenarios violentos no sentido dun quebrantamento da paz pública. E é que tamén podería ter admitido que o poder central puidera limitarse a declarar os resultados dun referendo deste tipo sinxelamente ilegais e nulos, ou en todo caso, a levar a cabo intervencións policiais orientadas a impedir a escalda dos conflitos.

Así mesmo, faltaríalle tamén ao requirido a posibilidade de control dos acontecementos, necesaria para o castigo penal do “organizador”. Para unha intervención a título de autor isto xa é o necesario dominio do feito conforme aos principios xerais, no sentido de que “as actividades violentas ou ameazas cometidas pola multitude...” “conforme aos principios xerais débenselle imputar como feito propio” ao autor (así, precisamente tamén o BGH na decisión “pista de despegue oeste”, BGH32, 165, 178). Para a versión actual do §

125 StGB²² isto equivale á participación (equiparada á autoría) na comisión do delito en termos de promoción obxectiva e, en canto tal, de carácter subxectivamente recoñecíbel da aportación prestada ao feito. Precisamente pola anticipación da punibilidade operada pola versión actual dos §§ 125 e seguintes StGB son indispensábeis delimitacións eficaces a estes niveis, para non concibir o § 125 StGB como un puro delito de perigo.

Desta maneira tampouco se abandona a práctica da xurisprudencia alemá, pois non se coñecen decisións publicadas que xa castiguen penalmente o mero respaldo abstracto ou o favorecemento de acontecementos dos que puidesen derivarse accións violentas. Máis ben se trata sempre de saber precisamente en que relación estivo un intervinente particular con accións violentas concretas (así por exemplo, BGH NStZ²³ 2009, 28 s.; BGHSt 62, 178 ss.).

Porén, tampouco conforme a isto prospera a responsabilidade penal do requirido. Sobre a base das informacións transmitidas el non era o planificador, organizador nin sequera o patrocinador dun previsíbel suceso violento concreto. Precisamente, debido a que os acontecementos posteriores ao día da votación non foron (por el) planificados nin organizados, tiveron lugar de xeito espontáneo e imprevisíbel en canto ao lugar, momento e desenvolvemento. Por esta razón, o requirido tampouco os puido controlar ou influír sobre eles doutra maneira.

2. Pola contra, a entrega é procedente polo que se refire á acusación de “corrupción” en forma de “malversación de caudais públicos”.

A Sala, na súa resolución de 5 de abril de 2018, xa advertiu que (e por que) a súa competencia de comprobación neste punto é limitada. A Sala mantén este parecer. Para evitar reiteracións remítese á resolución mencionada. Unicamente de xeito resumido debe advertirse novamente aquí que, en relación con esta acusación, trátase dun “feito catalogado” no sentido do § 81, nº 4 IRG en relación co art. 2, ap. 2 da Decisión Marco relativa á Orde europea de detención. En tal caso, en principio non hai que comprobar

²² O § 125 StGB é o precepto que castiga no Código Penal alemán o delito de quebrantamento da paz pública. Para mellor comprensión do texto da resolución, preséntase deseguido traducido o texto do apartado 1 do § 125 StGB, ao que se refire a resolución: “ (1) Quen tome parte como autor ou partícipe en:

1. Actividades violentas contra persoas ou cosas, ou
2. Ameazas de persoas con unha actuación violenta, que sexan cometidas por unha multitude de persoas con forzas unidas de maneira que se poña en perigo a seguridade pública; ou quen influíe na multitude de persoas para incentivar a súa disposición a cometer tales accións, será castigado con pena de prisión de ata tres anos ou con pena de multa. (...)”.

²³ A abreviatura NStZ correspóndese co título da publicación alemá *Neue Zeitschrift für Strafrecht*.

que concorre a dobre incriminación. Máis ben a comprobación límitase á cuestión de se a catalogación do suceso no correspondente grupo de delitos é plausíbel e, en todo caso, á cuestión adicional de se o desenvolvemento descrito do suceso é concluínte (OLG Karlsruhe, NStZ-RR²⁴ 2007, 376).

Como punto de partida para a catalogación dunha imputación a determinados grupos de delitos resulta determinante a opinión do Estado requirinte. O requirido admite tamén este extremo, se ben expón que tal clasificación non sería vinculante cando resultase “arbitraria ou incompatíbel cos feitos en que se fundamenta”. Porén, a Sala non pode constatar tal cousa. Para a clasificación dun suposto de feito como feito catalogado non existe nin unha definición exacta nin unha terminoloxía unívoca (OLG Frankfurt, NStZ-RR 2011, 341). Tanto a corrupción como a malversación caracterízanse da mesma maneira polo abuso das facultades conferidas a un cargo público. Se se quixesen aplicar neste contexto soamente conceptos e categorías nacionais, estaríase contravindo a idea fundamental do espazo xurídico común europeo. Os Estados europeos, a pesar de ser conscientes das imprecisións e dalgunhas dificultades de delimitación, decidiron establecer este catálogo de delitos que, en todo caso na súa parte esencial, son tan comparábeis nos países individuais como para que se poida renunciar a unha comprobación explícita da dobre incriminación.

Se se quixese ver isto doutro xeito, a Sala soamente como cautela sinala que conforme á comprobación final en relación coa acusación formulada en tal sentido, o requirido tamén podería ter sido penalmente responsábel conforme ao modelo alemán por administración desleal, consonte co § 266 StGB.

A descrición do suposto de feito que serve de fundamento tamén é -atendendo á dimensión de comprobación limitada exposta- concluínte. O requirido quería -obviamente- pagar os custos vencellados á realización do referendo con fondos de presuposto público, como amosan a Lei 4/2017 e a “Disposición Adicional 40”. Estas regulacións foron declaradas nulas e inconstitucionais mediante Sentencia do Tribunal Constitucional español de 5 de xullo de 2017 (STC 90/2017). Malia a isto, o Goberno catalán -e con el, en primeiro lugar, o requirido- mediante resolución do 7 de setembro de 2017 autorizaron ás distintas autoridades “para que realizaran as accións e contratacións

²⁴ A abreviatura NStZ-RR correspóndese co título da publicación alemá *Neue Zeitschrift für Strafrecht-Rechtsprechungs-Report*.

necesarias para a realización do referendo” (descrición segundo o Auto de procesamento de 21 de marzo de 2018, páx. 28). Isto comporta naturalmente tamén o compromiso de asumir os custos a través do presuposto público. Como e por que vías se xerarían estes, desprendíase da resolución porque se detallaron en particular as medidas que haberían de levar a cabo as distintas autoridades. Con este mandato o requirido desoíu a decisión do Tribunal Constitucional. Resulta evidente, e polo demais era coñecido polos intervinentes a través dos incidentes xurídicos ao redor de sucesos precedentes comparábeis, que a preparación e a realización do referendo non serían posíbeis sen que por elo se xerasen custos. Estes tamén proporcionaron aproximadamente unha referencia sobre a canto ascenderían os custos en relación co referendo.

No curso do procedemento as autoridades españolas entregaron en varias ocasións abondoso material adicional, a través do que se viría a documentar o *desglose* dos custos que comportaron obrigas, contratos e gastos individuais. As indicacións que se fixeron en relación con iso non foron sempre constantes -o que resulta totalmente comprensíbel nun procedemento de investigación en curso. Porén, isto non conduce -como supón o requirido- a que a alegación das autoridades españolas en relación con este punto debería (entrementes) considerarse como inconsistente na súa totalidade, de xeito que non poida servir como fundamento dun procedemento de entrega.

Isto só acontecería se -como se resolveu (OLG Celle NStZ-RR 2009, 313)- “os elementos esenciais que compoñen a licitación infírense, a xeito de mosaico, a duras penas a partir dunha infinidade de comunicacións”. Pero non é o que acontece aquí. Porque, dunha banda, a progresiva precisión das acusacións que avanza ata o Auto de procesamento de 21 de marzo de 2018 correspóndese coa mencionada dinámica dun procedemento de investigación aínda non rematado. Por outra banda, as autoridades españolas enviaron adicionalmente os resultados concretos da investigación en relación co emprego de fondos públicos, supoñendo polo visto que a Sala se ve obrigada a comprobar tamén estes detalles. Con todo, non é así. A única petición que tiña a Sala -partindo dunha tradución ambigua da documentación- era a cuestión de si conforme ao Dereito español xa se pode xustificar a acusación por malversación cando se contraen obrigas con cargo ao orzamento público malia que estas non fosen aínda satisfeitas. A xustiza española respondeu afirmativamente a esta pregunta. Isto resúltalle plausíbel á Sala porque tamén no Dereito alemán abonda para a realización do tipo penal de administración desleal a

produción dun “dano de perigo”²⁵ para a consumación do feito. O concepto da denominada “posta en perigo do patrimonio equivalente ao prexuízo” é recoñecido pola xurisprudencia en Alemaña dende hai décadas.

Alo menos, esta posta en perigo patrimonial -imputábel ao requirido, en atención á posición que ocupaba daquela- expúxose de maneira plausíbel por parte da xustiza española. Cousa distinta acontecería se se tivesen exposto ou fosen apreciábeis indicios de que ata o momento en modo algún se tivese empregado diñeiro público e que tampouco se vise ameazado por obrigas futuras, porque, por exemplo -tal e como estaba planeado de antemán- todos os gastos fosen ou deberan ser financiados por terceiros. Porén, isto tamén pode descartarse en consideración ás alegacións do requirido. A cuestión de como se ocasionaron os custos en particular e a que departamentos se cursaron, así como a cuestión de si e en que cantidade se ocasionaron efectivamente deste xeito prexuízos económicos, afecta á extensión da sospeita e posibelmente á dimensión da culpabilidade do requirido. Aclarar isto é asunto exclusivamente da xustiza española. A Sala non ten que ocuparse destas cuestións. Non concorren elementos de apoio para que a Sala tivese que levar a cabo con carácter excepcional unha comprobación da sospeita en circunstancias especiais (§ 10, ap. 2 IRG).

Non concorren nin se fixeron valer outras circunstancias que puideran opoñerse á procedencia da entrega (§§ 80, 81, n.º 1, 83 IRG).

V.

Non existen obxeccións á pretensión anunciada pola Fiscalía Xeral de autorizar a entrega en caso dunha decisión positiva da Sala sobre a procedencia da mesma.

Non son apreciábeis e tampouco se fixeron valer polo requirido impedimentos á autorización de entrega, derivados do catálogo do § 83 b IRG.

A autorización tampouco ten que quedar suspendida polo feito de que o requirido se vexa exposto a persecución “política”. Isto non acontece. Tamén en relación con esta cuestión manifestouse xa a Sala na súa resolución de 5 de abril de 2018. Debe estarse ás consideracións alí expostas.

²⁵ As comiñas son nosas, para marcar que a expresión (tradución do termo alemán *Gefährdungsschaden*) é inusual na ciencia xurídico-penal española. Cfr. sobre o particular, en español, KINDHÄUSER, Urs, “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal”, InDret 1/2009.

O delito “político” de alta traizón, similar en todos os Estados; é dicir, un delito contra a orde política básica e á propia existencia do Estado, non está -como se dixo- en modo algún en debate no marco desta entrega. No caso da acusación por malversación trátase dun suposto de feito só penalmente relevante, que non presenta dimensións “políticas”.

A Sala considera fóra de lugar a idea de que o Estado español, como membro da comunidade de valores e do espazo xurídico común da Unión Europea poida abusar dun proceso penal para condenar ao requirido en última instancia polas súas conviccións políticas, mediante acusacións como pretexto ou mediante sancións máis severas, que se aparten do normal. Por tanto, para a Sala tampouco é imaxinábel que -como claramente o requirido teme- a xustiza española, infrinxindo o principio de especialidade poida procesar en caso dunha entrega ao requirido por “rebelión”, a pesar da decisión da Sala. A Sala esforzouse por valorar na súa decisión tanto as esixencias do Dereito alemán como as das normas comunitarias. E confía plenamente en que a xustiza española non actuará doutro xeito.

VI.

Rexeitouse a petición da Fiscalía Xeral de que se execute novamente a Orde de detención da Sala.

Coa actual decisión da Sala, a situación para o requirido non se viu significativamente agravada con respecto á situación inmediatamente anterior. Máis ben se constata que non se chegará a unha entrega por “rebelión”. Deste xeito, á vista do resultado do procedemento de entrega, confirmouse a valoración provisional da Sala. O incentivo para o requirido de subtraerse ao proceso posterior mediante fuga non se incrementou. O requirido atívose ata o de agora ao procedemento de entrega. Observou escrupulosamente as restricións que se lle impuxeron. Destacou en reiteradas ocasións que se atería ao proceso e que se sometería á decisión da xustiza alemá. A Sala toma a palabra ao requirido, quen precisamente como persoa de significación política dificilmente podería permitirse a “perda de prestixio” vencellada a unha fuxida.

VII.

A decisión sobre as custas procesuais dedúcese dos §§ 77, ap. 1 IRG, 467, ap. 1, 464 d StPO.
