

Orden europea de detención y entrega y defensa del orden constitucional de los Estados miembros de la UE¹

European arrest warrant and the surrender procedures and defense of the constitutional order of the EU member States

Rafael Arenas García²

Universitat Autònoma de Barcelona (España)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8596-6645>

Recibido: 08-01-2023

Aceptado: 26-02-2023

Resumen

Las órdenes europeas de detención y entrega emitidas por los tribunales españoles con relación a los implicados en el intento de derogación de la Constitución en Cataluña en el año 2017 han supuesto una prueba para el instrumento.

En este trabajo se analizan las razones por las que en los distintos países que han conocido del caso (Bélgica, Alemania, Reino Unido e Italia) no han sido ejecutadas, mostrando de esta forma en qué errores han incurrido las autoridades de estos países y cómo influyen estos errores en el deterioro de la confianza mutua entre los Estados miembros de la UE.

Palabras-clave: Orden europea de detención y entrega. Cooperación penal internacional. Extradición. Confianza mutua.

¹ El presente trabajo se inserta en el proyecto de investigación “Secesión, democracia y derechos humanos: la función del Derecho internacional y europeo ante el proceso catalán”, IP: Dra. Helena Torroja Mateu. Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades. Referencia: PID2019-106956RB-I00 (2020-2023).

² (rafael.arenas@uab.es). Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad de Oviedo. Catedrático de Derecho Internacional Privado en la Universidad Autónoma de Barcelona. En los últimos cinco años ha publicado extensamente sobre el Brexit (“Brexit y Derecho de sociedades”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2017, vol. XVII, pp. 155-180, entre otros trabajos); aspectos internacionales del Derecho de sociedades (“El legislador europeo y el DIPr de sociedades en la UE”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2017, vol. 69, núm. 1, pp. 49-73, entre otros); Derecho internacional de familia (“Principios inspiradores del sistema actual de competencia judicial internacional en materia de persona y familia”, *Personas y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 21-50, entre otros trabajos) y articulación de ordenamiento jurídicos complejos (“Orden público y gobernanza multinivel”, *Conceptos multidimensionales del Derecho*, Madrid, Reus/De Conflictu Legum, 2020, pp. 85-112). Es autor único de tres monografías: *El control de oficio de la competencia judicial internacional*, Madrid, Eurolex, 1996; *Registro Mercantil y Derecho del Comercio Internacional*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2000; y *Crisis matrimoniales internacionales*, Santiago de Compostela, Universidades de Santiago de Compostela, 2004.

Abstract

The European arrest warrants issued by the Spanish courts in relation to those involved in the attempted repeal of the Constitution in Catalonia in 2017 have been a test for the instrument.

This paper analyses the reasons why in the different countries in which there have been decisions about the case (Belgium, Germany, the United Kingdom and Italy) the arrest warrants have not been executed, thus showing what errors the authorities of these countries have made and how these errors influence the deterioration of mutual trust between the EU Member States.

Keywords: European arrest warrant. International judicial cooperation in criminal matters. Extradition. Mutual Trust.

1. Introducción

La orden europea de detención y entrega³ es un instrumento ambicioso que pretende superar las limitaciones de los procedimientos tradicionales de cooperación penal. Estas limitaciones son dobles, puesto que junto con los requisitos previstos en la ley para proceder a la cooperación se solía establecer que, incluso dándose las condiciones para la entrega o para prestar el auxilio solicitado, éste pudiera ser denegado por una decisión política de las autoridades competentes del estado requerido⁴.

Estas restricciones a la cooperación penal entre estados miembros de la UE dificultaban que se avanzara en la facilitación de la libre circulación de personas y, sobre todo, en la eliminación de controles en las fronteras. La supresión de controles fronterizos implicaba que las personas que se encontraban en el territorio de un estado miembro podrían desplazarse sin dificultades a otros estados miembros. Si esta facilidad en el desplazamiento no iba acompañada de una profundización en la cooperación entre las autoridades penales, el espacio europeo sin fronteras podría convertirse en un fuerte incentivo para la delincuencia, puesto que las actividades contrarias a derecho que se perpetraran en alguno de los estados podrían verse sin sanción al trasladarse el responsable

³ Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, *DO*, núm. L 190 de 18 de julio de 2002. Esta decisión marco fue modificada en el año 2009 (Decisión marco 2009/299/JAI, del Consejo, de 26 de febrero de 2009, *DO*, núm. L 81 de 27 de marzo de 2009) e incorporada al derecho español por medio de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega y de la Ley Orgánica 2/2003, de 14 de marzo (ambas publicadas en el *BOE* de 17-III-2003). La primera de ellas fue derogada por la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (*BOE*, 21-XI-2014).

⁴ *Vid.* art. Sexto, párrafo segundo, de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva, *BOE*, 26-III-1985.

a otro estado, sin necesidad de tener que sortear ningún control fronterizo y sin temer la cooperación de las autoridades del nuevo estado de residencia con las del país en el que se hubieran cometido los hechos que pudieran ser calificados como delitos.

De esta forma, la orden europea de detención y entrega era una herramienta imprescindible para profundizar en la integración europea y, como se ha dicho, específicamente en la reducción o eliminación de controles en las fronteras interiores de la UE⁵.

La orden europea de detención y entrega supone como veremos, un cambio muy significativo en la cooperación entre autoridades penales de diversos estados, lo que explica que se enfrente a dificultades de aplicación de cierta entidad. En este trabajo nos ocuparemos específicamente de las que han surgido como consecuencia del recurso a este instrumento por parte de las autoridades españolas en relación a las personas implicadas en el intento de derogación de la constitución en Cataluña en los meses de septiembre y octubre de 2017, y que han sido objeto de diversas acusaciones y condenas de carácter penal. El fracaso de las órdenes emitidas por España resulta significativo en el marco general del funcionamiento de la orden europea de detención y entrega, ejemplificando algunas de las dificultades a las que se enfrenta este instrumento.

En este trabajo examinaremos la suerte que han seguido las órdenes europeas de detención y entrega en relación a los implicados en los hechos de 2017. Por razones de espacio no nos podremos ocupar del papel del Tribunal de Luxemburgo y del Parlamento Europeo en relación a estas euroórdenes, lo que deberá ser abordado en otro estudio.

2. Orden europea de detención y entrega: objetivos y funcionamiento

La orden europea de detención es una resolución judicial dictada por un Estado miembro y que tiene como finalidad la detención y la entrega por las autoridades de otro Estado miembro de una persona buscada para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o medida de seguridad privativas de libertad.

A diferencia de lo que sucede con los mecanismos tradicionales de cooperación penal, en el caso de la orden europea de detención y entrega, se asume que las órdenes deben ser objeto de ejecución, siendo una

⁵ Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de las fronteras (Código de fronteras Schengen), *DO*, núm. L 77 de 23 de marzo de 2016, que sustituye al Reglamento (CE) núm. 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen).

excepción el rechazo a la cooperación, un rechazo que solamente puede basarse en las causas recogidas en la decisión marco y que examinaremos enseguida⁶.

Los motivos de denegación de la ejecución se dividen en obligatorios y facultativos. Los obligatorios (art. 3 de la decisión marco) incluyen el que el delito hubiera sido amnistiado en el estado requerido, siempre que tuviera competencia para perseguirlo; que la persona a la que se refiere la orden hubiera sido ya juzgada por un Estado miembro si, tras condenarlo, la sanción hubiera sido ejecutada, esté en curso de ejecución o no pueda ejecutarse según el derecho del estado miembro de condena; y cuando la persona reclamada no pueda, por razón de edad, ser considerada responsable penal de los hechos, según el estado miembro de ejecución.

Entre los motivos facultativos de denegación se incluye que los hechos en los que se basa la orden no sean constitutivos de delito según el derecho del estado requerido (art. 4.1); ahora bien, existen una serie de delitos, recogidos en el art. 2.2 de la decisión marco, en los que esta exigencia de doble incriminación no operará; esto es, no será preciso que los hechos en los que se basa la solicitud de cooperación sean constitutivos de delito en el estado requerido para que la orden deba ser ejecutada.

Además de lo que se acaba de explicar, hemos de considerar que el art. 5 de la decisión marco prevé que la ejecución de dicha orden puede someterse a determinadas condiciones.

Aparte de lo anterior, la orden europea ha de emitirse de manera formalmente correcta; esto es, ajustándose a las exigencias de la decisión marco en lo que se refiere a su formulación⁷. Como veremos, esta corrección formal es de necesaria consideración para examinar el tratamiento de las euroórdenes emitidas por los tribunales españoles en relación a los hechos de septiembre y octubre de 2017. Además, la orden tiene que haber sido emitida por una autoridad judicial, excluyéndose las órdenes europeas dictadas en procedimientos no ajustados al imperativo de la tutela judicial efectiva⁸.

Finalmente, hemos de tener en cuenta también lo que prevé el art. 1.3 de la decisión marco, en el sentido de que ésta no podrá tener por efecto el de modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los

⁶ Vid. A. Mangas Martín, “Euroorden versus extradición: discordancias en el (des)concerto europeo”, *Análisis del Real Instituto Elcano, ARI*, 50/2018, de 17 de abril de 2018, p. 3, <https://aracelimangasmartin.com/wp-content/uploads/2018/04/ARI50-2018-Euroorden-vs-extradicion-discordancias-en-desconcerto-europeo.pdf> (también publicado en *Revista Elcano*, núm. 24, abril-junio, 2018, pp. 31-44).

⁷ Vid. las Conclusiones del Abogado General Sr. Jean Richard de la Tour, de 14 de julio de 2022 (asunto C-158/21, *Ministerio Fiscal, Abogacía del Estado, Partido Político VOX c. Lluís Puig Gordi, Clares Puigdemont i Casamajó, Antoni Comín i Oliveres, Clara Ponsatí Obiols, Meritxell Serret Aleu, Marta Rovira Vergés, Anna Gabriel Sabaté*, ECLI:EU:C:2022:573), núm. 52.

⁸ *Ibidem*.

principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea. En este sentido resultan relevantes los considerandos 12 y 13 de la decisión marco. El considerando núm. 12 establece, por una parte, que nada en la decisión marco ha de interpretarse como una prohibición de rechazo de la entrega de una persona cuando la orden europea ha sido emitida para perseguir a una persona por su sexo, raza, religión, grupo étnico, nacionalidad, lenguaje, opinión política u orientación sexual. Por otra parte, se indica que la decisión marco no impide que los estados miembros apliquen sus reglas en relación al proceso debido, libertad de asociación, libertad de prensa y libertad de expresión. El considerando núm. 13, por su parte, indica que “Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”. Estas previsiones son coherentes con las obligaciones que se derivan para los estados miembros de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁹, que también vincula a los estados miembros cuando aplican el derecho de la UE.

Resulta significativo que la decisión marco establezca expresamente la obligación de motivar la denegación de la cooperación (art. 17.6 de la decisión marco), mientras que no se establece igual obligación de justificación para la entrega. Es lógica este tratamiento diferenciado de una y otra decisión, puesto que, como se ha avanzado, se asume que lo normal es el cumplimiento de la orden¹⁰, siendo, en cierta forma, un supuesto patológico cualquier denegación de la misma. El principio de confianza mutua lleva a que las órdenes que hayan sido correctamente formuladas deban ser atendidas, y son mínimos los supuestos en los que resulte legítima una diferencia de criterio entre las autoridades del estado de emisión y del estado de ejecución.

⁹ DO, núm. C 202, de 7 de junio de 2016.

¹⁰ Vid., por ejemplo, la STJ (Gran Sala) de 5 de abril de 2016, Asuntos C-404/15 y 659/15 PPU, *Pál Aranyosi/Robert Căldăraru*, ECLI:EU:C:2016:198, núm. 79. Sobre el caso, vid. S. Gáspár-Szilágyi, “Joined Cases Aranyosi and Căldăraru: Converging Human Rights Standards, Mutual Trust and a New Ground for Postponing a European Arrest Warrant”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2016, núm. 24, pp. 197-219. El comentarista plantea que la denegación de ejecución de una euroorden como consecuencia del riesgo que, a juicio de las autoridades del estado requerido, pueda correr la persona reclamada supone un conflicto entre protección de los derechos humanos y eficacia del instrumento (vid. p. 205). En realidad, en cambio, se trata más bien de determinar qué autoridad se encuentra mejor situada para verificar si se respetan o no los derechos fundamentales, teniendo en cuenta que los estándares deberían ser comunes a los estados miembros, de tal manera que el respeto a dichos estándares es irrenunciable y estableciendo con claridad en qué supuestos excepcionales las autoridades del estado requerido pueden implementar un control que conduzca a la denegación de la ejecución (vid. sobre esta perspectiva M.V. Cuartero Rubio, *Cooperación judicial civil en la Unión Europea y tutela en origen de derechos fundamentales*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Civitas, 2020, pp. 110-111).

3. La emisión de las órdenes en relación a los implicados en los hechos de 2017

En los meses de septiembre y octubre de 2017, se desarrollaron una serie de acontecimientos en Cataluña, sobradamente conocidos, que tenían como objetivo conseguir que el territorio de la Comunidad Autónoma se convirtiera en un estado independiente de España. Como resultado de estos hechos, se iniciaron actuaciones penales contra varios cargos públicos de la Generalitat, así como contra los líderes de las organizaciones ANC y Omnium Cultural. Estas actuaciones se desarrollaron inicialmente ante la Audiencia Nacional, y dado que algunos de los citados habían decidido abandonar España y no comparecieron ante los tribunales que los reclamaban, la magistrada instructora, Carmen Lamela emitió el 3 de noviembre de 2017 una primera orden europea de detención y entrega en relación a los implicados que habían abandonado España, entre ellos el que había sido presidente de la Generalitat, Carles Puigdemont.

El *iter* procesal de la investigación por los delitos que pudieran haberse cometido en relación a los hechos de septiembre y octubre de 2017 sufrió un cambio relevante cuando se citó a la que entonces todavía era presidenta del parlamento de Cataluña, Carme Forcadell y otros miembros de la Mesa del Parlamento. Dado el carácter de aforada de la Sra. Forcadell, la competencia para conocer del caso debía pasar al Tribunal Supremo, quien entendió que, por razón de conexidad, también debía asumirla en relación al resto de personas investigadas; entre ellas las que habían huido al extranjero y a las que se refería la orden europea de detención y entrega emitida¹¹.

El magistrado instructor de la causa en el Tribunal Supremo, Pablo Llarena, optó por retirar las órdenes europeas de detención y entrega el 5 de diciembre de 2017 en tanto no concluyera la instrucción de la causa y se procediera -en su caso- al procesamiento de los investigados¹².

Una vez concluida la instrucción y acordado el procesamiento de varios de los implicados en los hechos de septiembre y octubre de 2017, el instructor emitió una nueva orden europea de detención y entrega contra aquellos de los investigados que permanecían en rebeldía y se encontraban fuera de España¹³. Estas órdenes europeas de detención y entrega, tal como veremos, no consiguieron la entrega a las autoridades españolas de las personas reclamadas;

¹¹ Auto del TS (Sala de lo Penal) de 9 de noviembre de 2017.

¹² https://elpais.com/politica/2017/12/05/actualidad/1512467889_946291.html.

¹³ *Vid.* el Auto del TS (Sala de lo Penal) de 21 de marzo de 2018, al que siguió la emisión de las órdenes europeas de detención y entrega en relación a los procesados que no se encontraban en España y sobre los que podría recaer una pena de privación de libertad en función de los delitos por los que eran procesados. https://www.elconfidencial.com/espana/cataluna/2018-03-23/llarena-euroorden-puigdemont-cinco-fugados_1540373/.

lo que condujo a que el magistrado instructor volviera a retirarlas¹⁴; aunque de nuevo las emitió una vez concluido el juicio ante el Tribunal Supremo de los acusados que estaban a disposición de este Tribunal. Esas nuevas órdenes europeas de detención y entrega se decidieron en autos de 14 de octubre de 2019 (en relación a Carles Puigdemont) y de 4 de noviembre de 2019 (respecto a Antonio Comín, Lluís Puig y Clara Ponsatí)¹⁵.

4. La ejecución de las órdenes en los diferentes estados requeridos (1). Bélgica

A. Orden de noviembre de 2017

A principios de noviembre, y a partir de la orden emitida por la magistrada Carmen Lamela a la que hemos hecho referencia en el epígrafe anterior, la Fiscalía belga pactó con Carles Puigdemont, Antoni Comín, Meritxell Serret, Clara Ponsatí y Lluís Puig su entrega, pasando a estar a disposición judicial¹⁶. El juez competente no prolongó la privación de libertad de los afectados por la euroorden y simplemente adoptó ciertas medidas cautelares en tanto se produjera la decisión sobre la entrega¹⁷. La posición de la Fiscalía fue la de apoyar, en principio, la entrega de los reclamados por los tribunales españoles¹⁸; pero la decisión debía ser adoptada por el Juez¹⁹, quien fijó una vista para el 17 de noviembre y en ésta, una nueva vista para el 4 de diciembre²⁰. Entre

¹⁴ Julio de 2018, *vid.* <https://www.europapress.es/nacional/noticia-juez-llarena-rechaza-entrega-puigdemont-malversacion-retira-euroordenes-contra-fugados-20180719133654.html>. El Auto en el que se retiraban, de 19 de julio, puede consultarse aquí: https://elpais.com/politica/2018/07/19/actualidad/1532002452_886283.html.

¹⁵ *Vid.* núm. 16 de las Conclusiones del Abogado General de 14 de julio de 2022 (*vid. supra* n. núm. 6).

¹⁶ *Vid.* “Puigdemont y sus cuatro exconsejeros detenidos tras entregarse a la Policía belga”, *RTVE*, 5 de noviembre de 2017, <https://www.rtve.es/noticias/20171105/puigdemont-exconsejeros-serian-detenidos-para-comparecer-ante-juez-belga-segun-fiscalia/1632680.shtml>.

¹⁷ *Vid.* “Carles Puigdemont se entrega a la justicia de Bélgica y sale en libertad bajo medidas cautelares a la espera de que se decida su entrega a España”, *BBC*, 5 de noviembre de 2017, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-41876711>.

¹⁸ *Vid.* B. Ríos, “El fiscal belga pide que se entregue a Puigdemont a España por rebelión y malversación”, *El Mundo*, 17-XI-2017, <https://www.elmundo.es/espana/2017/11/17/5a0edca7268e3e26248b4616.html>.

¹⁹ La transposición al Derecho belga de la decisión marco sobre la orden europea de detención y entrega se ha hecho por medio de la Ley de 19 de diciembre de 2003, relativa a la orden europea de detención y entrega. Puede consultarse en la siguiente dirección: https://etaamb.openjustice.be/fr/loi-du-19-decembre-2003_n2003009950.html. En ella se especifica el papel del juez (arts. 11 y ss.). En lo que se refiere a la detención de las personas reclamadas, el art. 10 de la Ley se remite a la ley de 20 de julio de 1990 sobre la detención preventiva.

²⁰ *Vid.* T. Suárez, “Justicia belga reprograma decisión sobre euroorden contra Puigdemont”, *France24*, 17-XI-2017, <https://www.france24.com/es/20171117-puigdemont-euroorden-suspenden-belgica>.

la detención inicial de los requeridos y la decisión judicial (que no llegó a producirse por la retirada de la orden europea al pasar el caso al Tribunal Supremo) la posición de la Fiscalía belga parece que se modificó, puesto que antes de que se produjera la primera vista en relación a la entrega de Carles Puigdemont y resto de exconsejeros que se encontraban en Bélgica, pidió información a la Audiencia Nacional sobre las condiciones de las cárceles españolas y el tipo de tribunal que enjuiciaría a los requeridos una vez que hubieran sido entregados²¹.

En cualquier caso, no hubo ocasión de conocer el pronunciamiento de los tribunales belgas sobre esta primera petición de entrega de los implicados en los hechos de 2017, pues cuando aún no se había producido tal decisión, la orden europea de detención y entrega fue retirada²².

B. La orden de marzo de 2018

La reactivación de la orden tras la conclusión de la instrucción por parte del magistrado Pablo Llarena motivó que los tribunales belgas tuvieran que pronunciarse sobre la cooperación solicitada por los tribunales españoles. Y la respuesta fue la denegación de dicha cooperación. En una decisión de mayo de 2018, el juez belga rechazó que pudiera ejecutarse dicha euroorden siguiendo aquí el criterio de la fiscalía belga, que defendía que la orden emitida por los jueces españoles no reunía los requisitos formales necesarios. En las semanas previas a dicha decisión también se cuestionó dicha ejecución por otros motivos; en concreto, por la falta de equivalencia entre los delitos de los que eran acusados los reclamados y los previstos en el derecho belga²³.

En lo que se refiere a la falta de equivalencia en los delitos alegada por la fiscalía belga, es necesario tener en cuenta que los mecanismos tradicionales de cooperación penal internacional y, en concreto, los orientados a la extradición de las personas buscadas o condenadas por determinados delitos en el estado requirente, exigían lo que se denomina “doble incriminación”; esto es, que los hechos por los que la persona requerido fuera investigada o

²¹ Vid. “La Fiscalía belga pide información sobre las cárceles españolas”, *Heraldo de Aragón*, 16-XI-2017, <https://www.heraldo.es/noticias/nacional/2017/11/16/la-fiscalia-belga-pide-informacion-sobre-las-carceles-espanolas-1208452-305.html>.

²² Tal como ya hemos indicado, las euroórdenes fueron retiradas el 5 de diciembre. El 4 de diciembre se había producido una vista en Bélgica en relación a dichas órdenes de detención y entrega; pero la resolución sobre las mismas se había fijado para el 14 de diciembre (vid. “El juez belga decidirá sobre la euroorden de Puigdemont y los exconsellers el 14 de diciembre”, *RTVE*, 4-XII-2017, <https://www.rtve.es/noticias/20171204/comienza-venta-euroorden-puigdemont-cuatro-exconsellers-horas-antes-del-inicio-campana/1641740.shtml>).

²³ Vid. “La Fiscalía belga rechaza entregar a los ex “consellers” huidos por un error en la euroorden”, *El Independiente*, 16-V-2018, <https://www.elindependiente.com/politica/2018/05/16/la-fiscalia-belga-rechaza-entregar-los-ex-consellers-huidos/>.

hubiera sido condenada fueran también constitutivos de delito en el estado requerido²⁴.

En la orden europea de detención y entrega la doble incriminación no ha desaparecido; pero existen una serie de delitos en los que no será preciso constatarla para que la entrega se produzca. Estos delitos son los que recoge el art. 2.2 de la decisión marco, donde se excluye expresamente el requisito de la doble tipificación en estos delitos, siempre que en el estado requirente estén castigados con una pena o medida de seguridad privativa de libertad de al menos tres años en su grado máximo²⁵. El delito de malversación, por el que se investigaba a los implicados en los hechos de septiembre y octubre de 2017, se incardina en los delitos de corrupción que recoge este art. 2.2 de la decisión marco. Ahora bien el delito de rebelión, por el que se investigaba inicialmente a los cargos públicos implicados en el intento de derogación de la Constitución en Cataluña; así como el de sedición, por el que finalmente fueron condenados aquellos que estaban a disposición de los tribunales españoles, no se encuentran entre los que están excluidos del requisito de la doble tipificación según el art. 2.2 de la decisión marco, por lo que respecto a ellos se aplica la previsión del art. 2.4, según la cual, la entrega podrá supeditarse al requisito de que los hechos que justifiquen la emisión de la orden de detención sean constitutivos de delito según el derecho del estado requerido²⁶.

La fiscalía belga, además de lo anterior, también se opuso a la entrega aduciendo que no había una orden de detención nacional y basándose en una decisión previa del Tribunal de Luxemburgo en relación a una orden europea de detención emitida por Hungría. Tal como veremos, sin embargo, ni el caso húngaro era equiparable a la orden emitida por el Tribunal Supremo español ni el argumento de la fiscalía respondía a la realidad de la situación que tenía que resolverse.

La decisión que considera la fiscalía belga es la sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 1 de junio de 2016 en el caso *Bob-Dogi*²⁷. La decisión

²⁴ *Vid.* art. Segundo de la Ley 4/1985, de Extradición Pasiva (*vid. supra* n. núm. 3).

²⁵ “Darán lugar a la entrega, en virtud de una orden de detención europea, en las condiciones que establece la presente Decisión marco y sin control de la doble tipificación de los hechos, los delitos siguientes, siempre que sean castigados en el Estado miembro emisor con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad de un máximo de al menos tres años, tal como se definen en el Derecho del Estado miembro emisor”. Sobre cómo afecta esta exclusión de la doble tipificación a las garantías reconocidas por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, *vid.* S. Alegre/M. Leaf, “Mutual Recognition in European Judicial Cooperation: A Step Too Far Too Soon? Case Study – the European Arrest Warrant”, *European Law Journal*, 2004, vol. 10, núm. 2, pp. 200-217, pp. 208-209.

²⁶ *Vid.* art. 2.4 de la decisión marco: “Para los delitos distintos de los mencionados en el apartado 2, 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 de la calificación del mismo”. *Vid.* también, en relación a esto, el art. 4.1) de la decisión marco.

²⁷ STJ (Sala Segunda) de 1 de junio de 2016, As. C-241/15, *Niculaie Aurel Bob-Dogi*, ECLI:EU:C:2016:385.

resuelve una cuestión prejudicial planteada por un tribunal rumano que debía pronunciarse en relación a una orden europea de detención y entrega emitida por Hungría. El tribunal requerido apreció que la orden europea se había emitido sin que existiera una previa orden de detención nacional, y preguntó si era posible emitir una orden de detención europea sin que existiera una orden de detención nacional. La base de la duda estaba en el art. 8 de la decisión marco, en el que se indica que la orden de detención Europa contendrá “la indicación de la existencia de una sentencia firme, de una orden de detención o de cualquier otra resolución judicial ejecutiva que tenga la misma fuerza prevista en el ámbito de aplicación de los artículos 1 y 2”. De ese precepto parece desprenderse que la orden europea de detención y entrega debe emitirse sobre la base de una resolución nacional, distinta de la propia orden europea.

El Tribunal de Luxemburgo rechazó la práctica húngara, que permitía la emisión de órdenes europeas de detención y entrega sin una previa emisión de una orden de detención nacional; y ello tanto por razones vinculadas a la literalidad de la decisión marco como por el espíritu y objetivos de ésta, que descansan sobre el principio de reconocimiento mutuo, lo que implica que han de perseguir la eficacia en un estado miembro de una decisión previamente adoptada en otro estado miembro²⁸. Además, la exigencia de la orden de detención nacional permite que la persona requerida haya podido ya disfrutar de las garantías procesales y de los derechos fundamentales que ha de tutelar la autoridad del estado miembro emisor²⁹.

En el caso de los implicados por los hechos de 2017 sí que había una orden de detención nacional, que se emitió, en un primer momento por la Magistrada de la Audiencia Nacional que requirió también por vez primera la entrega de los huidos por medio de una orden europea de detención y entrega³⁰. Tal y como ya se ha explicado, la primera orden europea de detención y entrega fue retirada por el magistrado instructor del Tribunal Supremo cuando el caso pasó a este órgano jurisdiccional; pero se mantuvieron el resto de medidas adoptadas en relación a los huidos de la justicia; medidas que fueron confirmada en el auto que ponía fin a la instrucción y que sirvió de base para la emisión de la orden europea de detención y entrega de marzo de 2018³¹.

²⁸ Vid. el núm. 52 de la STJ de 1 de junio de 2016 (*supra* n. núm. 26).

²⁹ Vid. el núm. 55 de la STJ de 1 de junio de 2016 (*supra* n. núm. 26).

³⁰ Vid. el Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 3 de 3 de noviembre de 2017, en relación a Carles Puigdemont, donde en su parte dispositiva se acuerda “La busca y captura e ingreso en prisión de Carles Puigdemont Casamajó, librándose la orden europea de detención y entrega con fines extradicionales para el ejercicio de las acciones penales correspondientes”.

³¹ Vid. *supra* n. núm. 12. En el Auto que pone fin a la instrucción, de 21 de marzo de 2018, se indica, en su parte dispositiva que: “Se mantienen las medidas cautelares personales acordadas respecto de Carles Puigdemont i Casamajó, Anna Gabrile Sabaté, Antonio Comín i Oliveres, Clara Ponsati i Obiols, Lluís Puig i Gordi y Mertixell Serret i Aleu”; medidas personales que, como hemos visto, incluían una orden busca, captura e ingreso en prisión ordenada ya en noviembre de 2017.

No parece, por tanto, que en el caso de los reclamados por los tribunales españoles en relación a los hechos de septiembre y octubre de 2017 faltara la orden de detención nacional, y de hecho la fiscalía belga parece que era consciente de ello, apuntándose más bien a la tesis de que había discrepancias entre el contenido de la orden de detención nacional y la orden europea de detención y entrega³².

La posición de la Fiscalía belga resulta interesante en lo que se refiere a la interpretación y aplicación de la decisión marco sobre la orden europea de detención y entrega. En el caso que aquí nos ocupa existía una orden de detención y, además, un auto que ponía fin a la instrucción en que se detallaban los hechos que habían aflorado durante ésta y que se remitía a las medidas ya adoptadas. Al no considerar suficientes todos estos elementos, parece que la fiscalía belga se acogía a una interpretación estrictamente formalista que podría conducir a exigir que la orden de detención nacional replicara exactamente el contenido de la orden europea de detención y entrega. No parece, sin embargo, que éste sea el espíritu de la decisión marco, que en su art. 8 no hace referencia solamente a una orden de detención nacional como base para la euroorden, sino que también puede serlo una sentencia firme o cualquier otra resolución judicial ejecutiva con la misma fuerza³³. Esto es, de acuerdo con lo que hemos visto, lo que se pretende es que exista una resolución judicial ejecutiva con efectos internos como base de la petición de cooperación (lo que es esencial para que opere la lógica del reconocimiento mutuo) y que haya permitido que la persona requerida haya podido defender sus derechos desde la perspectiva del derecho interno. Dándose estas circunstancias, parece difícilmente compatible con la lógica del reconocimiento mutuo denegar la cooperación porque los hechos que sirvieran de base a la orden de detención nacional no se correspondan exactamente con los que se recogen en la orden de detención europea.

En lo que se refiere a la posibilidad de que la persona requerida hubiera podido plantear en el estado de origen la defensa de sus derechos, es preciso tener en cuenta que, durante la instrucción del procedimiento, el hecho de que las personas huidas de la justicia no estuvieran a disposición de ésta, no impedía que su representación procesal presentara escritos al tribunal³⁴.

³² No he podido acceder a los documentos que se intercambiaron la Fiscalía belga y el Tribunal Supremo español; pero en este artículo periodístico se da cuenta del argumento de la falta de correspondencia entre la orden europea de detención y entrega y la orden de detención nacional, que había sido emitida varios meses antes que la euroorden (I. Pardo Torregrosa, “Bélgica rechaza la entrega de los exconsellers Comín, Puig y Serret a España”, *La Vanguardia*, 16-V-2018, <https://www.lavanguardia.com/politica/20180516/443616717683/fiscalia-belga-rechaza-entrega-exconsellers-toni-comin-meritxell-serret-lluis-puig-pablo-llarena-espana.html>).

³³ Art. 8.1.c).

³⁴ *Vid.*, por ejemplo, el Antecedente de Hecho Sexto del Auto de 9 de marzo de 2021 del instructor Pablo Llarena en el que plantea cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la UE: “Por este magistrado instructor se ha dado traslado a las acusaciones públicas (Ministerio Fiscal), particular (el Abogado del Estado, por la titularidad de los fondos públicos que se afirman malversado) y popular

C. Órdenes de octubre y noviembre de 2019

En el verano de 2018, el magistrado instructor Pablo Llarena retiró las órdenes europeas de detención y entrega que había emitido en marzo de ese mismo año³⁵. En octubre y noviembre de 2019 estas órdenes se volvieron a activar teniendo en cuenta ya lo decidido por el Tribunal Supremo en la sentencia en la que había condenado a los implicados en el intento de derogación de la Constitución en Cataluña en el año 2017 que estaban a disposición de la justicia española. Dado que la condena, finalmente, no había sido por rebelión, sino por sedición, las euroórdenes fueron ajustadas a la nueva calificación.

Como en los anteriores intentos, los tribunales belgas volvieron a dejar sin ejecutar la orden emitida por las autoridades españolas. En este caso por entender que el Tribunal Supremo, que era quien había emitido la orden y quien debía juzgar a la persona requerida, carecía de competencia para ello según el Derecho español³⁶. Esta falta de competencia se vincularía, a juicio de los tribunales belgas, con la posible vulneración de los derechos fundamentales de los requeridos³⁷.

El motivo de denegación basado en la falta de competencia del Tribunal Supremo español no aparece vinculado con ninguno de los motivos de oposición a la ejecución que contempla la euroorden; pero se conecta con un argumento planteado ya en su momento por la defensa de los implicados en los hechos de 2017 y según el cual debería ser el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y no el Tribunal Supremo el competente para conocer de los delitos que pudieran haberse cometido. El debate se centra en determinar si los hechos de los que se acusa se cometieron exclusivamente en Cataluña o, por el contrario, han de considerarse hechos que se localizan fuera de la Comunidad Autónoma. Si los hechos se refieren a actuaciones realizadas fuera de Cataluña, en el caso de que los acusados fueran diputados del Parlamento de Cataluña, el conocimiento del caso correspondería al Tribunal Supremo³⁸. A lo anterior, además, se añadía que alguno de los

(partido político Vox, autorizada por el artículo 125 de la Constitución Española). También se dio traslado a la representación procesal de los que están procesados en el procedimiento que en España se ventila, esto es: Lluís Puig Gordi, Carles Puigdemont Casmajó, Antoni Comín Oliveres, Clara Ponsatí Obiols, Marta Rovira Vergés, Meritxell Serret Aleu y Anna Gabriel Sabaté". La participación en la instrucción de quienes no se han puesto a disposición de la justicia no está excluida por el art. 118 LECrim; de tal forma que es claro que podrán también ejercer el derecho de defensa que les reconoce ese precepto, interviniendo en las actuaciones por medio de sus representantes.

³⁵ *Vid. supra* n. núm. 12.

³⁶ *Vid.* los números 19 a 21 de las Conclusiones del Abogado General de 14 de julio de 2022, *supra* n. núm. 6.

³⁷ *Vid.* el Antecedente de Hecho Cuarto del Auto de 9 de marzo de 2021 del instructor Pablo Llarena en el que plantea cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la UE.

³⁸ Art. 57.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña: "En las causas contra los Diputados, es competente el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Fuera del territorio de Cataluña la

acusados había adquirido la condición de diputado o senador durante la tramitación del procedimiento, lo que implicaba también la competencia del Tribunal Supremo³⁹.

Se trata, por tanto, de un debate sobre el alcance territorial de las competencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que se vincula, además, con la posibilidad de acumular causas en relación a distintos investigados cuando, de conocerse individualmente de las mismas, los tribunales competentes serían otros diferentes del Tribunal Supremo.

En principio, se trata de cuestiones de legalidad ordinaria que no deberían afectar a la aplicación de la orden europea de detención y entrega; pero que podría llegar a tener transcendencia en la ejecución de esta orden si pueden implicar la privación del juez ordinario predeterminado por la ley, un derecho fundamental que recogen los diferentes derechos nacionales y también el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 6), así como la Carta Europea de Derechos Fundamentales. Es por esto que se introduce en la alegación de los requeridos, así como en la decisión de las autoridades belgas, la Sentencia del Tribunal de Estrasburgo *Claes y otros c. Bélgica*, de 2 de junio de 2005⁴⁰, donde se entendió que se producía una vulneración del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos al haber conocido el Tribunal Supremo belga (*Cour de cassation*) sin que existiera una previsión constitucional o legal que habilitara dicha competencia. De esta forma, si en el caso de los implicados en los hechos de septiembre de 2017 se careciera de normas legales que permitiesen fundamentar la competencia del Tribunal Supremo, podríamos encontrarnos ante una vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. Ahora bien, no parece que éste sea el caso, ya que el art. 17.1 de la LECrim prevé la posibilidad de que los delitos conexos sean investigados y juzgados conjuntamente, lo que diferencia el caso del citado *Claes y otros*, ya que en este supuesto ninguna previsión legal había sobre la competencia por conexidad⁴¹.

responsabilidad penal es exigible en los mismos términos ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

³⁹ Vid. la STS (Sala Penal) de 14 de octubre de 2019, ECLI:ES:TS:2019:2997, Fundamento de Derecho A) 4.1.

⁴⁰ Recursos nº 46825/99, 47132/99, 47502/99, 49010/99, 49104/99, 49195/99 y 49716/99, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-69230%22%5D%7D>.

⁴¹ Vid. núms 41 y 42 de la Sentencia (*supra* n. núm. 38).

5. La ejecución de las órdenes en los diferentes estados requeridos (2). Alemania

A. Planteamiento

Pocos días después de que en marzo de 2018 el magistrado Llarena hubiera reactivado las órdenes europeas de detención y entrega en relación con los implicados en los hechos de 2017 que habían eludido la acción de la justicia⁴², Carles Puigdemont fue detenido en Alemania como consecuencia de la euroorden que pesaba sobre él⁴³. Ingresó en prisión y, a partir de ahí, se inició el proceso para la entrega que ya hemos comentado en epígrafes anteriores y que, como hemos visto, implica que un órgano jurisdiccional determine que se dan las condiciones para que se proceda a la entrega.

En este caso, el órgano encargado de determinar si se daban las condiciones para la entrega de Carles Puigdemont, era el Tribunal Superior de Schleswig-Holstein (*Shleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht*), quien, tras varias decisiones previas, finalmente el 12 de julio resolvió de manera definitiva sobre la extradición, concediéndola por el delito de malversación, pero no por el delito de rebelión a partir de la consideración de que los hechos por los que se le perseguía en relación a este último cargo (rebelión) no eran constitutivos de delito según el derecho alemán⁴⁴.

B. El delito de malversación

Como se acaba de indicar, los tribunales alemanes decidieron que la entrega era posible por el delito de malversación, pero no por el de rebelión. La diferencia entre uno y otro es relevante para entender el funcionamiento de la orden europea de detención y entrega.

Ya hemos comentado que, en los mecanismos tradicionales de cooperación, el requisito de la doble incriminación, esto es, que los hechos por los que la persona reclamada estaba siendo investigada o había sido condenada en el estado de origen fueran también punible en el estado requerido. De no darse esta doble incriminación no sería posible proceder a la entrega. Esta situación se

⁴² *Vid. supra* epígrafe 3.

⁴³ La orden había sido activada el 21 de marzo y la detención se produjo el 25 de marzo, *vid.* “La policía alemana detiene a Puigdemont cuando entraba desde Dinamarca”, *La Vanguardia*, 25-3-2018, <https://www.lavanguardia.com/politica/20180325/441932570234/carles-puigdemont-detenido-alemania.html>.

⁴⁴ Puede consultarse la resolución alemana, traducida al español, aquí: “Resolución de la justicia alemana sobre Carles Puigdemont”, *El País*, 16-7-2018, https://elpais.com/politica/2018/07/16/actualidad/1531758760_402245.html. El original alemán puede consultarse aquí: https://www.schleswig-holstein.de/DE/justiz/themen/service/justizministerialblatt/AktuelleEntscheidungen/_documents/PuigdemontEntscheidung.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

supera en la orden europea de detención y entrega por la inclusión de una lista de delitos en los que no se requerirá esta doble incriminación. Esto es, cuando la solicitud de cooperación se base en alguno de estos delitos la entrega deberá producirse sin entrar a analizar la tipificación de los mismos en el estado de ejecución. En el caso de la orden de entrega en relación a Carles Puigdemont, la acusación de malversación debería considerarse como “corrupción”, que es el término que aparece en la lista del art. 2.2 de la decisión marco. El único requisito aquí para la entrega es que el delito esté castigado en el estado emisor con una pena o medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos tres años⁴⁵, si se da esta condición la entrega debería producirse a salvo de que concurra alguna causa de denegación de acuerdo con lo previsto en la decisión marco; tal y como decidió el tribunal alemán.

C. El delito de rebelión

El resultado fue diferente en lo que se refiere a la acusación de rebelión tal como veremos inmediatamente; pero antes de entrar en ello hay que aclarar la relevancia que tiene que la entrega se haga por uno u otro delito; y es que una vez que se procede a la entrega, la persona no podrá ser juzgada más que por los delitos que han servido de fundamento para dicha entrega. Esto es, si la entrega se producía por malversación, pero no por rebelión, el señor Puigdemont no podría ser juzgado más que por malversación de caudales públicos. Se trata de una regla tradicional en el régimen de la extradición⁴⁶ que también recoge la decisión marco sobre la orden europea de detención y entrega; aunque con algunas excepciones.

De acuerdo con las conclusiones del tribunal alemán, en el caso que nos ocupa no existe esa doble incriminación, lo que, como hemos visto, implica que puede denegarse la entrega por ese delito. Ahora bien ¿cómo ha de realizarse esta verificación de la doble incriminación? El artículo 2.4 de la decisión marco indica que los estados pueden supeditar la entrega, en delitos distintos de los incluidos en la lista del art. 2.2, a que los hechos que justifican la emisión de la orden de detención y entrega sean constitutivos de delito de acuerdo con el

⁴⁵ *Vid. supra* n. núm. 24.

⁴⁶ *Vid.* el art. Veintiuno de la Ley 4/1985, de Extradición Pasiva (*vid. supra* n. núm. 3). De acuerdo con este precepto, para que una persona entregada pueda ser juzgada o sentenciada o sometida a cualquier restricción de su libertad personal por hechos anteriores y distintos de los que han motivado la extradición, es necesaria una ampliación de la extradición concedida. De esta forma, la entrega de la persona buscada a través del mecanismo de la extradición supone un límite a la posibilidad de juzgarlo que tiene el estado requirente, límite que no opera, sin embargo, cuando la persona es puesta a disposición del estado requirente sin pasar por el mecanismo de extradición. Sobre esto, *vid.* J.A. González Vega, “*Male captus, bene detentus*: extradición, detención y derechos humanos en el contexto del “caso Roldán”, *REDI*, 1995, vol. XLVII, núm. 1, pp. 119-129 y M.P. Andrés Sáenz de Santa María, “Los tratados y la extradición en el Derecho español (reflexiones en torno a los *Papeles de Laos*)”, *ibid.*, pp. 131-143.

derecho del estado requerido (estado de ejecución). Según esta previsión, por tanto, el proceso de verificación de la doble incriminación pasa por considerar los hechos en los que el órgano remitente basa la euroorden para, a partir de ahí verificar si tales hechos serían constitutivos de delito si se considerara el derecho del país de ejecución.

Parece una operación sencilla, pero que no deja de plantear dudas, y la decisión alemana en este caso es un buen ejemplo de estas dificultades; que pasan por sustituir lo que prevé el art. 2.4 (valoración de los hechos alegados a la luz del derecho del estado requerido) por la búsqueda de un delito equivalente al alegado por la autoridad emitente en el derecho del estado de ejecución para, a partir de ahí, verificar si concurren los elementos constitutivos del delito desde la perspectiva de ese estado de ejecución. Esto es lo que hizo el *Oberlandesgericht* de Schleswig-Holstein. Así, pone en relación el delito de rebelión del derecho español con el de alta traición del derecho alemán y con la interpretación jurisprudencial del mismo⁴⁷. En concreto, detalla cómo en un caso en el que el instigador de la ocupación de un aeropuerto había sido condenado en primera instancia por un delito (coacción a órganos constitucionales) en el que los requisitos en relación a la utilización de la fuerza son equivalentes a los requeridos para el delito de alta traición había visto luego la condena revisada porque el Tribunal Supremo alemán había entendido que el tipo exigía que los medios empleados fueran suficientes como para doblegar la voluntad del estado⁴⁸. A partir de esta interpretación, entiende que en el caso de Carles Puigdemont habría que llegar a la misma conclusión (los medios empleados eran insuficientes para doblegar la voluntad del estado) por lo que no existiría equivalencia con el delito de alta traición lo que excluiría la entrega por el delito de rebelión.

La aproximación del tribunal alemán no es compatible con la orden europea de detención y entrega, en tanto en cuanto, ésta no basa la doble incriminación en la búsqueda de una equivalencia entre los tipos delictivos del país emisor y de ejecución, sino que lo que establece es, como hemos visto (art. 2.4 de la decisión marco) que la entrega puede ser denegada cuando los hechos que fundamenten la orden europea de detención y entrega no sean constitutivos de delito en el estado de ejecución. Esto es, basta con que los hechos que figuran en la petición de cooperación sean objeto de alguna tipificación penal en el estado de ejecución para que resulte obligada la

⁴⁷ Vid. apartado II.2.a) de la decisión del *Oberlandesgericht* de Schlesweig-Holstein de 5 de abril de 2018, donde describe plantea si el tipo de la “alta traición contra la Federación” (§ 81.1 del StGB) se daría en relación a los hechos ocurridos en Cataluña en los meses de septiembre y octubre de 2017.

⁴⁸ La Sentencia, de 23 de noviembre de 1983, puede consultarse aquí: <https://opiniojuris.de/entscheidung/1244>. Vid. F.-G. Ruiz Yamuza, “La doble incriminación en el sistema de la euroorden o de la necesidad de una exegesis realista del principio de reconocimiento mutuo. Apuntes en relación con el asunto *Puigdemont*”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2018, año 22, núm. 61, pp. 1059-1090, p. 1076. Puede consultarse aquí: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6722524>.

entrega. Así se desprende de la literalidad del art. 2.4 de la decisión marco y así ha sido interpretado por el Tribunal de Luxemburgo en el marco del requisito de la doble incriminación que también se exige en la Decisión marco 2008/909/JAI sobre reconocimiento mutuo de sentencias penales⁴⁹ en su sentencia de 11 de enero de 2017 (*Grundza*)⁵⁰, donde se indicó que el requisito de la doble tipificación tan solo requiere que los hechos plasmados en la decisión del estado de origen están sujetos a una sanción penal en el estado de ejecución⁵¹.

A la luz de lo anterior, por tanto, el argumento que da la decisión del *Oberlandesgericht* de Schlesweig-Holstein de 5 de abril de 2018 para denegar la entrega de Carles Puigdemont no se ajusta a las exigencias de la euroorden tal como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia.

En el caso que nos ocupa, además, curiosamente el razonamiento del tribunal alemán conduciría a justificar la entrega, ya que en la decisión de 5 de abril se indica que el caso por el que se acusa al señor Puigdemont es prácticamente idéntico a aquel que concluyó con la sentencia del TS alemán de 23 de noviembre de 1983 en la que se descartó el delito de coacción a órganos constitucionales⁵². Pues bien, en ese caso, en que no se apreció que hubiera la violencia necesaria para los delitos de coacción a los órganos constitucionales o alta traición, sí se acabó condenando al acusado por un delito de menor entidad. Esta condena nos indica que esos hechos, que el propio tribunal alemán considera prácticamente iguales a los de la Sentencia del TS alemán de 1983, si son constitutivos de delito según el derecho alemán, lo que debería implicar la entrega del señor Puigdemont⁵³.

El error es grueso, y el tribunal alemán intenta corregirlo en su decisión de 12 de julio, donde no se limita a examinar la punibilidad de los hechos en Alemania de acuerdo con el tipo de alta traición, sino que examinar otros tipos posibles, incluido aquel por el que había sido condenado en 1983 quien inicialmente había sido acusado de coacción a los órganos constitucionales. Ahora bien, esta corrección incluye una nueva mala aplicación del

⁴⁹ Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo de 27 de noviembre de 2008 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea, *DO*, núm. L 327 de 5 de diciembre de 2008.

⁵⁰ STJ (Sala Quinta) de 11 de enero de 2017, As. C-289/15, *Jozef Grundza* con intervención de *Krajská prokurátúra Prešov*, ECLI:EU:C:2017:4

⁵¹ *Vid.* núm. 47 de la sentencia.

⁵² “Der Bundesgerichtshof (Urteil des 3. Strafsenats vom 1983, 3 StR 256/83, zitiert nach juris) hatte bereits über einen nicht nur vergleichbaren, sondern in etlichen Einzelheiten sogar Gleichen Fall zu entscheiden”, son las palabras de la decisión. Un caso no solamente parecido, sino igual en muchos detalles.

⁵³ Lo explica muy bien E. Gimbernat “Alemania, obligada a entregar a Puigdemont por rebelión”, *El Mundo*, 16-IV-2018, <https://www.elmundo.es/opinion/2018/04/16/5ad34048268e3ee23d8b45d9.html>.

instrumento europeo, puesto que en su decisión el tribunal alemán se aparta de los hechos que habían sido fijados por el tribunal emisor.

Que la autoridad del estado de ejecución ha de descansar en los hechos en los que el emisor basa la orden europea de detención y entrega no debería plantear dudas. No existe base en la decisión marco para cuestionar tales hechos y, además, supondría una quiebra esencial del principio de confianza mutua que las autoridades del estado requerido cuestionaran lo que indican las del estado requirente cuando, obviamente, las que están en mejor situación para determinar los hechos en los que se basa la acusación son las del estado en el que ésta está siendo investigada. Además, en el procedimiento de entrega no existen mecanismos para cuestionar la instrucción que pudiera hacerse en el estado de origen. Es cierto que se oye a la persona a la que se refiere la orden y, además, ha de verificarse si nos encontramos ante alguno de los supuestos de denegación obligatoria, siendo también posible controlar aquellas otras condiciones que permiten facultativamente denegar la ejecución⁵⁴; pero no está en ninguna forma previsto que pueda entrarse en la corrección de los hechos que alega la autoridad requirente.

El Tribunal de Luxemburgo ha confirmado esta necesidad de descansar en los hechos formulados por el requirente en la ya mencionada sentencia *Grandza*, donde -en aplicación de la decisión marco sobre reconocimiento de sentencias penales, tal como se ha señalado- se establece que la doble tipificación ha de determinarse a partir de los hechos que fueron plasmados en la decisión del estado de emisión⁵⁵. Lo que en esta decisión se dice sobre la sentencia en relación al reconocimiento de la misma debería proyectarse sobre la orden europea de detención y entrega, pues los principios que inspiran la decisión marco 2008/909 y la 2002/584/JAI son los mismos⁵⁶.

De esta forma, por tanto, las autoridades del estado requerido no podrían modificar los hechos que presenta la autoridad requirente. En este caso, sin embargo, se produce una clara modificación de los hechos al entrar a valorar

⁵⁴ Y que la mayoría de los estados han convertido también en motivos de denegación obligatorios, ya no desde la perspectiva de la decisión marco, sino de la normativa nacional que la ha implementado, *vid.* F.-G. Ruiz Yamuza, “La doble incriminación en el sistema de la euroorden o de la necesidad de una exegesis realista del principio de reconocimiento mutuo. Apuntes en relación con el asunto *Puigdemont*”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2018, año 22, núm. 61, pp. 1059-1090, pp. 1067-1068.

⁵⁵ *Vid.* núm. 47 de la sentencia *Grandza*.

⁵⁶ F.-G. Ruiz Yamuza utiliza esta sentencia para valorar la aplicación que se hizo en Alemania de la decisión marco en el caso de Carles Puigdemont, añadiendo, además, la sentencia *Piotrowski* [STJ (Gran Sala) de 23 de enero de 2018, As. C-367/16, *Piotrowski*, ECLI:EU:C:2018:27, que también realiza una interpretación restrictiva de las posibilidades de control en el estado de ejecución de las órdenes europeas de detención y entrega que recibe (*vid.* F.-G. Ruiz Yamuza, *loc. cit.*, pp. 1072-1074). También considera que esta jurisprudencia no permite una revisión del caso -como habría hecho el tribunal alemán, incluso en su primera decisión- D. Sarmiento (“The Strange (German) Case of Mr. Puigdemont’s European Arrest Warrant”, *Verfassungsblog*, 11-IV-2018, https://intr2dok.vifa-recht.de/receive/mir_mods_00003546, p. 3).

si la violencia ejercida por algunos grupos en Cataluña en los meses de septiembre y octubre de 2017 era un medio perseguido por Carles Puigdemont para conseguir la independencia de la Comunidad Autónoma y al considerar que el orden constitucional español no estuvo seriamente amenazado por las actuaciones de Carles Puigdemont y demás implicados en el intento de derogación de la Constitución en Cataluña.

Finalmente, ha de señalarse también que se planteó ante el tribunal alemán la posible vulneración de derechos fundamentales del señor Puigdemont, al calificarse como persecución por motivos políticos el proceso abierto en España. En este punto el *Oberlandesgericht* de Schlesweig-Holstein es claro y mantiene que no existe tal persecución política, lo que excluye que la orden emitida por el Tribunal Supremo español pueda ser rechazada por los motivos que se recogen en el considerando 12 de la decisión marco⁵⁷.

6. La ejecución de las órdenes en los diferentes estados requeridos (3). Reino Unido e Italia

A. Reino Unido

Las autoridades británicas también han tenido que pronunciarse en relación con la orden europea de detención y entrega emitida por el Tribunal Supremo en tanto en cuanto una de las personas requeridas (Clara Ponsatí) había fijado su residencia en Escocia. Así, cuando en marzo de 2018 el instructor Pablo Llarena reactivó las órdenes europeas de detención y entrega en relación con los implicados en los hechos de 2017, la policía escocesa detuvo a Clara Ponsatí y se inició el proceso de entrega a España⁵⁸, aunque éste no llegó a concluir porque, como hemos visto, unos meses después la euroorden fue retirada.

Cuando se reactivan las órdenes de detención y entrega en octubre de 2019, tras la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre, las autoridades británicas, en un primer momento rechazan cooperar en la entrega por considerar la euroorden “desproporcionada”⁵⁹. El término fue corregido

⁵⁷ En la decisión se hace referencia al § 6.2 de la Ley de Cooperación internacional en materia penal (IRG), que hemos de entender compatible con la decisión marco en tanto en cuanto ésta también prevé que no pueda ser utilizada para obligar a la entrega en caso de que el proceso en el estado de origen encubra una persecución por motivos políticos.

⁵⁸ De acuerdo con las informaciones difundidas, Clara Ponsatí se personó en una comisaría de policía, donde fue formalmente arrestada, aunque inmediatamente puesta en libertad bajo fianza a la espera de que se tramitara el proceso de entrega (“Clara Ponsatí: Arrested Catalan politician released on bail”, *BBC News*, 28-III-2018, <https://www.bbc.com/news/uk-scotland-scotland-politics-43567678>).

⁵⁹ *Id.* B. Parera, “Reino Unido rechaza tramitar la euroorden contra Ponsatí por “desproporcionada””, *El Confidencial*, 6-XI-2019, https://www.elconfidencial.com/espana/cataluna/2019-11-06/reino-unido-rechaza-tramitar-detencion-posanti-desproporcionada_2315932/.

inmediatamente, pero aun así se pidió que se aportara más información para continuar con la tramitación de la orden europea de detención y entrega en relación a Clara Ponsatí⁶⁰; aunque finalmente inició dicha tramitación que, sin embargo, se demoró por meses⁶¹. Ya en 2020, Ponsatí se convirtió en miembro del Parlamento Europeo. Al acceder a la condición de eurodiputada, las autoridades escocesas suspendieron la tramitación de la entrega en tanto en cuanto el Parlamento Europeo no se pronunciase sobre la autorización para proceder contra ella⁶². El 9 de marzo de 2021 el Parlamento europeo votó a favor de levantar la inmunidad de Clara Ponsatí y del resto de eurodiputados afectados por las órdenes europeas de detención y entrega emitidas por el Tribunal Supremo español en relación a los hechos de septiembre y octubre de 2017. El levantamiento de la inmunidad hubiera permitido continuar con el proceso de entrega en Escocia, pero la señora Ponsatí optó por trasladarse a Bélgica, lo que puso fin al proceso que se seguía en el Reino Unido. En agosto de 2021 el tribunal escocés declaró que al no encontrarse ya en Escocia la persona reclamada no tenía jurisdicción respecto a ella⁶³.

Así pues, en lo que se refiere al Reino Unido, sin que llegara a haber un pronunciamiento sobre la entrega, la duración del proceso de entrega, unido a la necesidad de respetar la inmunidad adquirida por Clara Ponsatí al acceder a la condición de eurodiputada, hizo que ninguna efectividad tuviera en este país la orden emitida por el Tribunal Supremo español.

B. Italia

Las autoridades italianas también se han tenido que pronunciar sobre las órdenes europeas de detención y entrega emitidas en relación a los implicados en los hechos de 2017. En concreto, la relativa a Carlos Puigdemont, quien fue detenido en Italia el 23 de septiembre de 2021⁶⁴. En la vista que siguió se acordó

La respuesta de las autoridades británicas al Ministerio del Interior español puede consultarse aquí: <https://static.ecestaticos.com/file/a33/eb2/750/a33eb275070429c33654208183c93b5a.pdf>.

⁶⁰ Vid. R. de Miguel, “UK apologizes for calling European arrest warrant for Catalan separatist “disproportionate””, *El País*, 7-XI-2019, https://english.elpais.com/elpais/2019/11/07/inenglish/1573116695_032094.html.

⁶¹ Vid. “El juez deja en libertad a Ponsatí”, *El Periódico*, 14-XI-2019, <https://www.elperiodico.com/es/politica/20191114/ponsati-euroorden-policia-escocia-7735454>. Pocos días después de pedir información adicional sobre la euroorden, Ponsatí fue citada, aunque se la dejó en libertad provisional y ni siquiera se le retiró el pasaporte, citándola de nuevo para el mes de diciembre.

⁶² Vid. S. Carrell, “Extradition case against Catalan MEP suspended in Scotland”, *The Guardian*, 5-III-2020, <https://www.theguardian.com/uk-news/2020/mar/05/clara-ponsati-extradition-case-against-catalan-mep-suspended-in-scotland>.

⁶³ Vid. J.C. De Santos Pascual, “La Justicia de Escocia se desentiende de la extradición de la independentista Clara Ponsatí”, *Euronews*, 26-VIII-2021, <https://es.euronews.com/2021/08/26/la-justicia-de-escocia-se-desentiende-de-la-extradicion-de-la-independentista-clara-ponsat>.

⁶⁴ Vid. F.G. Ruiz Yamuza, “La euro-orden de Puigdemont ante la Justicia italiana: l’ennesima puntata”, *Economist & Jurist*, 16-10-2021, <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/la-euro-orden-de-puigdemont-ante-la-justicia-italiana-lennesima-puntata/>.

entender que la orden de detención y entrega en relación al señor Puigdemont estaba suspendida, por lo que no continuó con la tramitación de la entrega⁶⁵.

Para entender lo sucedido en Italia hay que tener en cuenta que cuando le toca pronunciarse al tribunal italiano se encontraban pendientes ante el Tribunal de Luxemburgo dos asuntos en relación a la persona requerida. Por una parte, estaba (y continúa estando) pendiente de resolver un recurso planteado por Carles Puigdemont y otros eurodiputados en relación al acuerdo del Parlamento Europeo que levanta su inmunidad a requerimiento del Tribunal Supremo español y, por otra parte, una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en relación a los motivos de denegación de una orden europea de detención y entrega.

7. Conclusión

Hemos visto cómo, pese a que la orden europea de detención y entrega está diseñada para ser un instrumento en el que lo normal sea su ejecución y lo extraordinario la denegación de dicha ejecución, en el caso de las órdenes emitidas por los tribunales españoles en relación a los implicados en el intento de derogación de la Constitución en Cataluña en el año 2017, el resultado ha sido, en relación a todos los requeridos y en todos los países que han tenido ocasión de pronunciarse sobre tales órdenes, la no ejecución de la misma. Por unas razones u otras (no coincidentes), ni los tribunales belgas ni los alemanes, ni los italianos ni los británicos (cuando el Reino Unido aún estaba obligado por el derecho de la UE) han entregado a las personas reclamadas. Es cierto que los tribunales alemanes concedían la entrega de Carles Puigdemont por el delito de malversación; pero estos mismos tribunales negaban dicha entrega por el delito de rebelión, tal y como hemos examinado.

Se trata de un resultado que ha de ser analizado. Aquí hemos presentado las razones aducidas en unos y otros caso para negarse a la ejecución de las órdenes; pero no podemos perder de vista que la coincidencia en la no ejecución ha de responder a algo más profundo pues, de otra forma, no se entendería el amplio rechazo, además, como se acaba de indicar, por razones diversas y no coincidentes entre unos y otros casos.

⁶⁵ *Ibidem*.

Bibliografía:

- S. Alegre/M. Leaf, “Mutual Recognition in European Judicial Cooperation: A Step Too Far Too Soon? Case Study – the European Arrest Warrant”, *European Law Journal*, 2004, vol. 10, núm. 2, pp. 200-217
- M.P. Andrés Sáenz de Santa María, “Los tratados y la extradición en el Derecho español (reflexiones en torno a los *Papeles de Laos*)”, *REDI*, 1995, vol. XLVII, núm. 1, pp. 131-143
- S. Carrell, “Extradition case against Catalan MEP suspended in Scotland”, *The Guardian*, 5-III-2020, <https://www.theguardian.com/uk-news/2020/mar/05/clara-ponsati-extradition-case-against-catalan-mep-suspended-in-scotland>
- M.V. Cuartero Rubio, *Cooperación judicial civil en la Unión Europea y tutela en origen de derechos fundamentales*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Civitas, 2020
- S. Gáspar-Szilágyi, “Joined Cases Aranyosi and Căldăraru: Converging Human Rights Standards, Mutual Trust and a New Ground for Postponing a European Arrest Warrant”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2016, núm. 24, pp. 197-219
- E. Gimbernat “Alemania, obligada a entregar a Puigdemont por rebelión”, *El Mundo*, 16-IV-2018, <https://www.elmundo.es/opinion/2018/04/16/5ad34048268e3ee23d8b45d9.html>
- J.A. González Vega, “*Male captus, bene detentus*: extradición, detención y derechos humanos en el contexto del “caso Roldán”, *REDI*, 1995, vol. XLVII, núm. 1, pp. 119-129
- A. Mangas Martín, “Euroorden versus extradición: discordancias en el (des) concierto europeo”, *Análisis del Real Instituto Elcano, ARI*, 50/2018, de 17 de abril de 2018, <https://aracelimangasmartin.com/wp-content/uploads/2018/04/ARI50-2018-Euroorden-vs-extradicion-discordancias-en-desconcierto-europeo.pdf> (también publicado en *Revista Elcano*, núm. 24, abril-junio, 2018, pp. 31-44)
- R. de Miguel, “UK apologizes for calling European arrest warrant for Catalan separatist “disproportionate””, *El País*, 7-XI-2019, https://english.elpais.com/elpais/2019/11/07/inenglish/1573116695_032094.html
- I. Pardo Torregrosa, “Bélgica rechaza la entrega de los exconsellers Comín, Puig y Serret a España”, *La Vanguardia*, 16-V-2018, <https://www.lavanguardia.com/politica/20180516/443616717683/fiscalia-belga-rechaza-entrega-exconsellers-toni-comin-meritxell-serret-lluís-puig-pablo-llarena-espana.html>

- B. Parera, “Reino Unido rechaza tramitar la euroorden contra Ponsatí por “desproporcionada””, *El Confidencial*, 6-XI-2019, https://www.elconfidencial.com/espana/cataluna/2019-11-06/reino-unido-rechaza-tramitar-detencion-posanti-desproporcionada_2315932/
- B. Ríos, “El fiscal belga pide que se entregue a Puigdemont a España por rebelión y malversación”, *El Mundo*, 17-XI-2017, <https://www.elmundo.es/espana/2017/11/17/5a0edca7268e3e26248b4616.html>
- F.-G. Ruiz Yamuza, “La doble incriminación en el sistema de la euroorden o de la necesidad de una exegesis realista del principio de reconocimiento mutuo. Apuntes en relación con el asunto *Puigdemont*”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2018, año 22, núm. 61, pp. 1059-1090
- F.G. Ruiz Yamuza, “La euro-orden de Puigdemont ante la Justicia italiana: l’ennesima puntata”, *Economist & Jurist*, 16-10-2021, <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/la-euro-orden-de-puigdemont-ante-la-justicia-italiana-lennesima-puntata/>
- J.C. De Santos Pascual, “La Justicia de Escocia se desentiende de la extradición de la independentista Clara Ponsatí”, *Euronews*, 26-VIII-2021, <https://es.euronews.com/2021/08/26/la-justicia-de-escocia-se-desentiende-de-la-extradicion-de-la-independentista-clara-ponsat>
- D. Sarmiento (“The Strange (German) Case of Mr. Puigdemont’s European Arrest Warrant”, *Verfassungsblog*, 11-IV-2018, https://intr2dok.vifa-recht.de/receive/mir_mods_00003546
- T. Suárez, “Justicia belga reprograma decisión sobre euroorden contra Puigdemont”, *France24*, 17-XI-2017, <https://www.france24.com/es/20171117-puigdemont-euroorden-suspenden-belgica>

