

## **Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Luis Arroyo Zapatero**

Presidente de la Société Internationale de Défense Sociale. Catedrático de Derecho Penal y Director del Instituto de Derecho Penal Europeo de la UCLM. Ciudad Real. Socio de la FICP.

### **~Rebelión y traición: los diablos familiares de Europa y la euroorden. Un prólogo para alemanes\*~**

Todos los códigos penales contienen formas delictivas que incriminan las acciones que pretenden alterar o suprimir el orden constitucional. Los preceptos legales que castigan dichos actos no son siempre iguales, cada país lo hace en coherencia con las obsesiones o demonios familiares que su historia nacional ha cultivado<sup>1</sup>, y, sin duda, Argentina tiene los suyos. Recordemos que el Derecho penal como poder y como código era considerado lo más esencial de un Estado, tanto como la moneda nacional. En Europa se ha armonizado la moneda y una buena parte de la legislación penal. En lo que no está armonizado opera el Derecho Europeo que establece el reconocimiento mutuo de decisiones judiciales y de modo automático de un elenco amplio de delitos y cuasi automático en los demás (Decisión Marco, 2002/584/JAI, art. 1, ap. 2 y 4) para garantizar la cooperación judicial en la persecución del crimen mediante un sistema simplificado sin intervención de más autoridades que las judiciales a los efectos de conseguir la entrega de una persona penalmente reclamada de cualquier nacionalidad. Un procedimiento que ha reducido los procedimientos de extradición a las persecuciones más allá de las fronteras de la Unión europea<sup>2</sup>. Y esta es la cuestión que se debate en los tribunales de Bruselas y de Schlegwig-Holstein en relación al caso del *putsch* del gobierno de Cataluña.

En España los *demonios familiares* protagonistas son los delitos contra el orden constitucional de rebelión y sedición, que, aunque figuren entre los atentatorios contra el orden público, están estrechamente vinculados con aquel, incluso en una suerte de relación técnica singular de alternatividad. Es lógico, los problemas para el orden

---

\* Publicado inicialmente como Rebellion and Treason: The family Demons of Europe and the European Arrest Warrant, en "European Criminal Law Review" EuCLR 2, vol. 8 2018, Beck & Nomos, Bonn. ISSN 2191-7442, p. 146-151. En español en Luis Arroyo Zapatero/Adan Nieto/Marta Muñoz, Cooperar y castigar: el caso Puigdemont, Ediciones UCLM, Cuenca 2018, p. 13-20. En alemán e italiano en [www.voicesofspain.com](http://www.voicesofspain.com).

<sup>1</sup> Cohn, N.: *Europe's inner Demons*, University Chicago Press, Chicago, 1973 y 2ª ed. 1993, Hay versión en español en Alianza Editorial 1987.

<sup>2</sup> Sobre el sistema puede verse Luis Arroyo Zapatero y Adan Nieto Martín, (edit.) *La orden de detención y entrega europea*, coord. Marta Muñoz de Morales, Uclm. Cuenca 2006. Y en Arroyo Zapatero, Adan Nieto Martín y Marta Muñoz de Morales (Direc.), *Cooperar y castigar, el caso Puigdemont*, Uclm. Cuenca 2018.

constitucional español desde 1812 han sido los pronunciamientos o alzamientos militares, que han jalonado la historia española durante dos siglos<sup>3</sup>.

España ha vivido con estabilidad en su orden doméstico y con plena vigencia de los derechos fundamentales a partir de 1978 y durante 40 años, con solo dos tentativas de rebelión, el golpe militar del 23 de febrero de 1981 y ahora uno civil, o, como veremos, cívico-policial, como el alzamiento por la independencia de Cataluña. Es la rebelión del peor de nuestros viejos demonios familiares españoles. La síntesis que de la historia de España hicieron hace años Jordi Solé Tura y Eliseo Aja en su *Constituciones y períodos constituyentes en España 1808-1936*, de 1978, evidenciaba que la tragedia de nuestro sistema y estructura política comportaba para cada cambio político profundo un cambio de Constitución, mediante la fuerza, mediante la violencia o mediante la guerra civil<sup>4</sup>. Y es que el *estado natural* de los españoles –como la propia historia de todos los europeos- no ha sido nunca la democracia sólida, sino la inestabilidad y, regularmente, la guerra civil. Del contraste con ese devenir deriva la grandeza del periodo iniciado con la transición y la Constitución de 1978, la democracia más larga y fructífera de la historia de España.

El otro demonio nacional español por excelencia es el nacionalismo, con pulsiones separatistas en algunas regiones. En la democracia constitucional creíamos haber cohonestado institucionalmente los nacionalismos con el régimen de autonomía, especialmente profunda en el País Vasco y Cataluña, pero hemos visto que no ha sido así en Cataluña, donde una mitad ha querido imponerse a la otra y a todos los demás. Curiosamente, el ajuste fue cerrado cuando se aprobó el Código penal de 1995: no se castiga ni propugnar el independentismo, ni declararlo como propósito y vocación, pero sí cuando se pretende imponer a la fuerza, violentamente, vulnerando la Constitución y el Estatuto, sustituyendo por la fuerza --o la astucia-- ilegalmente un orden jurídico por otro, que es la definición de golpe de estado de Hans Kelsen<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Para la historia de la rebelión y la sedición en España v. García Rivas, N.: *La rebelión militar en derecho penal. La conducta punible en el delito de rebelión*, UCLM, Cuenca, 1989 y “La represión penal del secesionismo”, en *La Ley*, 29 de septiembre 2017; Sandoval, Juan Carlos, *El delito de rebelión. Bien Jurídico y conducta típica*, Tirant, Valencia 2013; Miriam Cugat, *La violencia como elemento del delito de rebelión*, en Libro Homenaje a Juan Terradillos Basoco, Tirant, Valencia 2018, p. 567 y sigs.

<sup>4</sup> Solé Tura, J. y Aja, E.: *Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936)*, Siglo XXI, Barcelona, 1977.

<sup>5</sup> Kelsen, H.: *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Massachusetts, 1945, p. 117.

Los demonios nacionales de Alemania son diferentes<sup>6</sup>. La historia constitucional alemana muestra las tensiones propias de la pluralidad de Estados con tensiones dentro del gran espacio pangermánico -Prusia, Austria, Baviera y demás- que a lo largo de la historia presente han vivido en permanente guerra entre sí o contra los demás países europeos. En dicha historia lo fundamental ha sido la fidelidad nacional frente a la traición. Para una nación en guerra permanente el demonio principal, el enemigo de su existencia, no es tanto la rebelión sino la traición. Todo se agravó en este sentido tras la instauración de las dos Alemanias después de la última Guerra Mundial. El enemigo principal para República Federal hasta la caída del muro en 1990 ha sido la traición en favor de la Alemania Oriental y, el enemigo, los comunistas del Este. He aquí por qué los tipos penales que protegen al estado frente a los ataques más graves se llama “alta traición” a la República Federal o a uno de sus *Länder*. La traición que maneja la jurisprudencia alemana y se cita ahora por el Tribunal superior de Schlegwig-Holstein es un caso de manifestación combativa contra la ampliación del aeropuerto de Frankfurt, que la fiscalía alemana calificó de alta traición. El Tribunal lo negó, pero no porque no hubiera traición alguna, sino porque la fuerza de los manifestantes “no era suficiente para doblegar la voluntad del Estado” y aceptó que, por lo menos, había ruptura de la paz del país, que en alemán queda más estremecedor: *Landfriedensbruch*. El Tribunal añadía que no era suficiente para alcanzar el concepto de violencia que la policía del Estado del que Frankfurt es la capital tuviera que ser reforzada por la de los estados vecinos. Asunto no comparable al caso español en que, como luego veremos, el problema era ni más ni menos que la policía del *Land*, Cataluña, fue el instrumento principal de la conjura y el autor principal el presidente del *Land*. En realidad, el Tribunal de Schlegwig-Holstein no tendría que haber llegado hasta el aeropuerto de Frankfurt y debería haber acudido al caso del *Putsh* de Prusia en 1932, en el que el *Reichskanzler* von Papen, de modo ilegal, destituyó al gobierno autónomo del *Land* más grande de Alemania y se nombró a sí mismo *Reichskommissar* de Prusia, cambiando a los jefes superiores de la policía constituida por 90.000 efectivos. El gobierno legítimo se resignó ante el *coup d'état* para evitar una guerra civil, aunque esa fragilidad abriría el paso meses más tarde a la toma del poder ilegal por parte de Hitler. Un asunto del que

---

<sup>6</sup> Pata todos los países que se mencionan a continuación sobre los delitos contra la Constitución y el orden público v. Javato Martín, A. M<sup>º</sup>.: *El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado*, Comares, Granada 2005; “Las dificultades del delito de rebelión”, en *El País* 12 de abril 2018.

se ocuparon Hans Kelsen en defensa de la constitución, antes de ser expulsado por los xenófobos nacional-socialistas, y Carl Schmitt en el papel del mismo demonio<sup>7</sup>.

Un caso de parecidas características es precisamente el de Bélgica donde, ante la primera tentativa de solicitud de entrega de Puigdemont, se descubre sorprendentemente que no contaban con un delito de rebelión equivalente en su ordenamiento, sino el de traición, como los alemanes, y la explicación aquí también es muy “nacional”, pues en realidad en este país el demonio principal, además del Duque de Alba, es la división del país en dos mitades, Flamencos y Valones, que mantienen en común una misma jefatura del Estado y un poco más que la Corona, con una apariencia de Gobierno unido nacional, construido en realidad por una coalición de los partidos agrupados por las respectivas dos lenguas, y que es capaz de dividir la histórica Biblioteca universitaria de Lovaina entre la flamenca y la “la nueva”, adjudicando los libros de la A a la N a una y de la M a la Z a la otra. El problema de Bélgica no son las rebeliones, sino las pulsiones para el separatismo de los flamencos, quienes, conscientes del carácter normalmente suicida de un intento de rebelión, solo comenten traición y, exclusivamente, cuando los alemanes invaden su territorio como consecuencia de las guerras civiles europeas que los propios alemanes han organizado hasta 1945. Sin embargo, solo se ha producido un proceso penal por traición en 1918, tras la Primera Guerra Mundial, contra colaboracionistas flamencos que se incorporaron a la *Flamenpolitik* de los ocupantes germánicos, que sorprendentemente prefiguró la actual organización política y territorial de Bélgica. A su vez, como es sabido, Bélgica ha sido el país que más extradiciones de miembros de la organización terrorista ETA ha rechazado arbitrariamente, ya en la democracia madura de España.

Hasta la última Guerra Mundial Francia ha tenido sus preocupaciones por la seguridad del Estado en el terreno entre la Revolución y el Monarquismo. La forma no ordinaria o típica fue siempre la conjura revolucionaria o la monarquista. El delito máximo tomó el nombre de *complot*, que era la rebelión española, término que tanto desasosiego produjo al Juez francés de Núremberg Henry Donedieu de Vabres, pues nada tenía que ver el complot con la *conspiracy*, tan del gusto de los americanos. Pero en los años tras la contienda mundial surgió la guerra de Argelia, el movimiento

---

<sup>7</sup> Ludwig Biewer, “Der Preussenschlag vom 20. Juli 1932. Ursachen, Ereignisse, Folgen und Wertung”, en *Blätter für deutsche Landesgeschichte*, núm. 119, 1983, p. 159 y sigs.

independentista, las organizaciones contrarias a la independencia, una suerte de guerra civil en Francia y otra de liberación en Argelia, con terrorismo y tortura, más las tentativas de magnicidio. Bajo el Código penal en los años 60 se produjo de todo: la disolución de fronteras entre la seguridad interior y exterior, entre lo civil y lo militar, entre el terrorismo de Estado, de militares y de civiles y el independentista argelino, todo con amplia profusión de penas de muerte y de procedimientos especiales ante la Jurisdicción Militar, hasta la creación de un tribunal especial de Seguridad del Estado. Los delitos son en ese tiempo por excelencia la traición, el espionaje, los atentados a la integridad del Estado, en especial respecto a la independencia de Argelia, y el complot, siempre grave o agravado, con penas de 5 a 20 años, sin que fuera delito menor lo que fuere meramente “declarativo” o programático.

Pero la reforma penal del Código de 1992 de Mitterrand y Badinter cambió tanto la posición en el Código de los delitos contra el Estado como su configuración. Los delitos contra la nación, el Estado y la paz pública se encuentran tras la traición y el espionaje. Los más graves son el atentado y el complot, el primero como ataque violento apto para poner en peligro la República o afectar a la integridad nacional; el complot es la resolución tomada entre varios para cometer un atentado, o sea, la conspiración para atentar con violencia contra la República o la integridad territorial. El complot se castiga con pena de hasta 20 si se protagoniza por autoridades públicas, mientras el atentado se sanciona con 30. Para mayor confusión, contempla el Código francés un delito que llama de rebelión en el artículo 433 entre los delitos contra la administración pública cometidos por los particulares: constituye una rebelión el hecho de oponer una resistencia violenta a una persona depositaria de la autoridad pública o encargada de una misión de servicio público actuando en el ejercicio de sus funciones para la ejecución de las leyes, las órdenes de la autoridad pública, las sentencias o mandamientos judiciales.

También Italia refleja su vida política en su sistema penal. La tardía y costosa de sangre unificación italiana situó la preocupación penal principal en favor de la integridad nacional y contra el separatismo. Pero, como consecuencia de la singular configuración política en un país que al que tras de los acuerdos de Yalta no le era permitido que los comunistas alcanzaran el poder mediante las elecciones, toda la escenografía penal italiana de los 60 y 70 estaría dominada, por una parte, por la mafia y, por otra, por un contubernio de fuerzas de extrema derecha y de los servicios de

inteligencia y una contraparte de extrema izquierda, que contra el “riesgo” de que los comunistas ganaren las elecciones sometieron a la sociedad italiana a un terrorismo furioso, el terrorismo mafioso y el laico. Mitterrand no concedió las extradiciones reclamadas por terrorismo en Italia, y todavía hoy sigue activa la búsqueda de algunos de ellos, como Cesare Battisti. A la rebelión y a los delitos contra la seguridad e integridad del Estado le queda poco sitio en el escenario penal y político italiano. El riesgo de la fragmentación de Italia es un fenómeno solo del tiempo de su descomposición política con la llegada de Berlusconi. Aunque sigue.

En definitiva, a efectos de la cooperación judicial internacional, ya sea para la tradicional extradición y, aún más, para la orden europea de detención, no puede consistir ésta en la comprobación de una exacta concordancia de los hechos con el Derecho del Estado requerido y sus concretas figuras de delito. Ha de ser un juicio sobre la criminalidad abstracta de los hechos conforme al Derecho del país<sup>8</sup>. Pero los “relatos” de los jueces no suelen ser fácilmente trasladables en sus respectivos leguajes técnicos especializados. Así, a más de un mes de la negativa, el magistrado del Tribunal Supremo envió el 26 de abril a sus colegas alemanes un testimonio o relato “para alemanes”, al estilo del famoso texto que José Ortega y Gasset quiso colocar para la tercera edición alemana de *El tema de nuestro tiempo*, un “Prólogo para alemanes”<sup>9</sup>, porque, tras la aprobación de las primeras leyes contra los judíos ya en 1933 –que se llevaría por delante a su propia traductora– y el *putsch* de Röhm de 1934, conocido como la *noche de los cuchillos largos*, le estremecía que sus textos, siempre escritos desde presupuestos internos españoles e iberoamericanos, pudieran dar lugar allí a equívocos e incomprensiones. Y pretendía hacerlo porque, como proclamaba, allí el

---

<sup>8</sup> Además de los artículos del Libro Cooperar y castigar, el caso Puigdemont, cit. en nota v. Gimbernat Ordeig, E., “Alemania, obligada a entregar a Puigdemont por rebelión”, en *El Mundo*, 16 de abril 2018; Kubiciel, M.: “Eine Ehrenrettung der spanischen Justiz”, en *Legal Tribune Online*, 6 de abril 2018; Ambos, K., “Kann Puigdemont doch wegen Rebellion verurteilt werden?”, en *Legal Tribune Online*, 18 de abril 2018.

<sup>9</sup> Puede verse en *Obras Completas*, IX, Taurus 2009, p. 125 y sigs., especialmente 129 y s. Muy poco antes interpellaba a los lectores de allí con un asunto que todavía colea: ¿creen ustedes que trabajan más que nosotros los del Sur? ¿en qué error están ustedes! A continuación, exponía Ortega su admiración por Alemania, que casi todos compartimos, pero reclamando respeto por lo que él había hecho por ella misma. Para los lectores en Argentina donde tanto tiempo éxito tuvo Ortega Y Gasset con el apoyo especialísimo de Victoria Ocampo quizá merezca reproducir un párrafo más: “Alemania no sabe que yo, y en lo esencial yo solo, he conquistado para ella, para sus ideas, para sus modos, el entusiasmo de los españoles. Y algo más. De paso, he infeccionado a toda Sudamérica de germanismo. En este continente ultramarino la cosa se ha declarado con toda energía y solemnidad”, en lo que el filósofo se refiere a una declaración en el sentido expuesto en una conferencia pronunciada por el Decano de la Facultad de Filosofía y Letras de Buenos Aires Coriolano Alberini con el título *Die deutsche Philosophie in Argentinien* en 1930 en Alemania, loc. cit., p. 134.

alemán carece de benevolencia y “sólo brota en él la generosidad cordial cuando está desprevenido y deja de ser lo que auténticamente es”. A continuación, exponía Ortega su admiración por Alemania, que casi todos compartimos, pero reclamando respeto por lo que él había hecho por ella y por su influencia en España y en Hispanoamérica.

Así que el Juez del Tribunal Supremo compuso un prólogo, que por su orden era un epílogo, en el cual les propone a sus colegas más allá del Rhin calificar lo que habría pasado en Alemania si los hechos hubieran sucedido allí y se los expone: se constituye un gobierno de un *Land*, como pudiera ser Baviera, tras unas elecciones presentadas como plebiscitarias, que como tal pierden, sobre un pacto de gobierno que explicita todo cuanto creen necesario para imponer la independencia y se ponen manos a la obra en el interior y en toda Europa, vulneran la Constitución nacional y la del propio *Land*, violan más de diez sentencias del Tribunal Constitucional y sus respectivos requerimientos formales para abstenerse de proceder y, con el concierto de su propio gobierno, sus administraciones y las organizaciones político-culturales, hacen la convocatoria de un referéndum que es declarado inconstitucional. Advertidos por la propia policía autonómica que depende de dicho gobierno de que se podrían producir enfrentamientos violentos, asumieron conscientemente tales riesgos y, con la colaboración de la dirección de esa fuerza armada constituida por diecisiete mil (!) policías y otros miles de municipales, igualmente armados, lanzaron a un millón de ciudadanos a un enfrentamiento con las fuerzas de seguridad del Estado que pudiera haber terminado muy fácilmente con sangre en las calles. Pero es que esa sangre es precisamente lo que se pretendía aprovechar, para así presentar ante Europa una demanda de independencia “a lo Kosovo”, con la pretensión de que la Unión Europea reconociera la independencia de hecho y, con ello, un régimen supremacista total y xenófobo sobre todos los catalanes. Ese secesionismo xenófobo es el que representa muy bien el recién nombrado presidente de la Generalitat, cuyas perlas de pensamiento deberían ser también urgentemente traducidas para alemanes, pues son precisamente quiénes mejor comprenderían su significado y alcance. Pero en su caso, también les habría bastado un número de heridos reales suficientes -las *fake news* difundieron la cifra de 800, pero el sistema de salud registró sólo 4- que permitiera reclamar un procedimiento del artículo 7 del Tratado de la Unión para la denuncia de violaciones graves del Estado de Derecho,

como los incoados frente a Polonia y Hungría<sup>10</sup>. La búsqueda de una solución de *remedial secession*, como la de la sentencia del Tribunal de La Haya de 2010 sobre Kosovo, es la esencia de este golpe de Estado que algunos por sus circunstancias acompañantes llaman “postmoderno”.

Ante ese panorama, expuesto plásticamente por el magistrado en el “*prólogo para alemanes*”, incluso con vídeos que muestran violencias más que suficientes para cumplir el requisito del alzamiento, se puede entender mejor el que el referéndum no era el delito, sino el instrumento de la rebelión y que la violencia o amenaza de la violencia no estaba en los pacíficos sufragistas, sino en el plan del gobierno que disponía del aparato policial armado de los conjurados. Algunos no ven a la policía en las manifestaciones si esta no se sitúa enfrente, sino detrás. La conclusión resulta ahora fácil: en Alemania y en cualquier país civilizado estos hechos serían tratados como un delito grave y todos estarían provisionalmente en la cárcel. Solo un juicio en el país de los hechos podrá establecer los delitos cometidos en concreto y las responsabilidades de sus protagonistas: Hochverrat/Rebelión, Landesverrat/Landsfriedenbruch/Sedición o la conspiración para cada uno de los anteriores.

En definitiva, el juez ha detallado unos hechos que en España son constitutivos de rebelión o de sedición, y que en Alemania son igualmente constitutivos de delito –con independencia del título que lleven– con penas igualmente graves. Conforme al principio europeo de confianza mutua, que quiere decir que las resoluciones de los demás se han de respetar como si fueran propias, y a la Decisión Marco reguladora de la orden europea de detención, la entrega resulta obligada. Y no puede ser de otra manera, pues lo que la ley europea comporta es la exclusión de entregar solamente por delitos leves o por conductas que no son en absoluto delito, como sería el caso de una reclamación de Irlanda a Alemania por una interrupción del embarazo que –de momento– solo allí se considera delito.

---

<sup>10</sup> Sobre todo el proceso v. Teresa Freixes, *155: Los días que estremecieron Cataluña*, Doña Tecla, Madrid 2017 y en diario ABC de 9 de abril de 2018, «¿Hasta qué grado de violencia tenemos que tolerar para que se diga que hay rebelión?»; y Daniel Gascón, *El golpe postmoderno. 15 lecciones para el futuro de la Democracia*, Debate, Barcelona 2018, especialmente p. 109, 142 y 167.