

## **Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas**

Prof. Titular de Derecho Penal. Universidad de Alcalá, Madrid, España. Patrona de la FICP.

### **~La soledad de Larena es la soledad de todos los españoles. Reflexiones sobre la llamada Euroorden\*~**

El día 10 de abril me mandaba un mail una compañera de la Facultad que contenía un artículo publicado en Agenda Pública de Daniel SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO en que advertía de los peligros de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la interpretación de la institución de la Euroorden en el caso del fugado Puigdemont. Me pareció una voz autorizada, teniendo en cuenta que fue letrado del TJUE, y lo leí. De su lectura se me hicieron evidentes los contextos jurídicos que se pueden presentar con la presentación de una cuestión prejudicial, pero también intuí los contextos políticos y diplomáticos, en los que reside el verdadero peligro de contaminación de cualquier asunto judicial en el ámbito de nuestra querida Unión Europea; y ello debido a los intereses propios de cada Estado, a las filias y las fobias, a la mediocridad de nuestros gobernantes y a la equidistancia que se manifestará quizás en una respuesta ambigua de Luxemburgo ante una cuestión incómoda planteada por una jurisdicción, la española, por el más Alto Tribunal español frente a unos jueces de un tribunal superior (*Oberlandesgericht*) de una comunidad (*Land*) alemana, la de Schleswig-Holstein. ¿Se habrá gastado tiempo y dinero para no solucionar nada por esa cobardía equidistante? Como decía Bertolt BRECHT: "El que no sabe es un imbécil. El que sabe y calla es un criminal". Y la equidistancia y la ambigüedad, el sí pero no, la falta de claridad ante las cuestiones, la indefinición de posturas es una forma sibilina de callar, de no decir nada y sobre todo una pusilanimidad y una incompetencia, que nos conduciría al peor de los destinos de las instituciones europeas. Si se produjese esa cuestión prejudicial y el TSJE al final dictara sentencia sin decir nada, lo digo rotundamente: mejor no tener TSJE, pues no estará cumpliendo su función en un momento estratégico en que puede demostrar la justificación de su existencia. No pueden existir cuestiones prejudiciales incómodas, pueden ser complejas, difíciles, pero no incómodas. Y si son incómodas, es porque no se está dirimiendo una cuestión solo prejudicial, sino una lucha de poderes entre Estados. Y la cuestión prejudicial tendría,

---

\* Artículo publicado asimismo en Foro FICP (Tribuna y Boletín de la FICP) 2018-1, pp. 13-17, y en esdiario.com con fecha de 25 de mayo de 2018.

tiene que ser un mero dialogo entre jueces, cuyo único objetivo sea interpretar la Ley de modo indefectiblemente imparcial. No puede ser de otra manera. La división de poderes no se puede olvidar en ningún caso en este ámbito. La geopolítica, la geoestrategia, la diplomacia y la supremacía de un Estado frente a otro no pueden osar siquiera llamar a la puerta de un Tribunal Europeo, pero parece que desgraciadamente lo hacen y más desgracia es que les abran la puerta.

Pasemos ya entonces a la ley, al objeto de interpretación, que de un modo imparcial debe ser tratada por el TSJE. El art. 2.4 de la tan manida Decisión Marco (DM 2002/584/JAI) sobre la euroorden dice: "4. 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 la calificación del mismo.". A estas alturas muchos sabemos que hay un párrafo primero de este artículo 2 con una lista de 32 delitos entre los que no se encuentra la rebelión, por lo que el supuesto de delito de rebelión se encuentra en el párrafo cuatro. Y en mi opinión el texto del artículo no es tan oscuro como se quiere presentar. En primer lugar, manifiesta un margen de discrecionalidad. Así las autoridades judiciales del Estado de ejecución (en este caso Alemania) podrán supeditar la ejecución de la euroorden al principio de doble incriminación. Si dicho tribunal "podrá", es que no tiene la obligación de hacerlo en todo caso y en cualquier caso. En otras palabras, que el *Oberlandesgericht* de Schleswig-Holstein (OLG SH) podía haber ejecutado la euroorden sin parar ni reparar si en su Código Penal se incluye el delito de rebelión. Y ello porque en el Espacio Europeo la Euroorden no es más que la plasmación de la gran confianza que rige las relaciones entre los Estados Miembros y contrapartida lógica de la libre circulación de personas y por ello de la posibilidad de que los ciudadanos abandonen sin control alguno su país para ir a cualquier otro país miembro, sustituyendo los mecanismos de extradición, que se tienen con países no miembros de la UE, los cuales son mucho más rígidos. Me pregunto dónde quedó ese principio de confianza, ya en este primer escalón.

Pero bajemos al segundo escalón. En el uso de la antedicha discrecionalidad, la autoridad judicial puede considerar el comprobar que los hechos recogidos en la Euroorden sean constitutivos de delito según su Código Penal. Esto es lo que ha hecho el órgano jurisdiccional alemán. Nada que reprochar, en uso de su discrecionalidad; no

obstante, lejos de guiarse por el espíritu de la euroorden, cuyo fin era simplificar estos mecanismos entre Estados pertenecientes a la UE, cuyos miembros acreditaban ser solventes Estados democráticos y de Derecho, lejos de guiarse por los principios de política criminal que la sustenta, ya que la Euroorden existe entre Estados que garantizan los derechos fundamentales a todos los ciudadanos y que implantan garantías constitucionales en los procesos penales, solo hay que leerse el art. 24 de nuestra Constitución, y lejos de ese principio de confianza, que se establece entre Estados que se han reconocido dignos de formar parte del Espacio Europeo por cumplir tan elevados requisitos. Así que lejos, muy lejos, ya en el olvido de todo ello, el OLG SH niega que se cumpla el principio de doble incriminación por estos hechos, y ello existiendo un delito de Alta Traición en su Código Penal (*Strafgesetzbuch*) en el parágrafo 81, en el que se castiga con hasta ¡prisión perpetua revisable! al que **tratare de menoscabar la integridad de la RFA** o de modificar el orden constitucional basado en la Ley Fundamental y lo haya hecho o bien con violencia o bien incluso le vale al legislador alemán que lo haya hecho con **amenaza de violencia**. Solo puedo decir que con esta redacción del CP alemán Puigdemont sería procesado en Alemania por Alta Traición y con mucha, gran probabilidad sería condenado como un alto traidor a la RFA, si los hechos hubieran ocurrido en esta nación.

En segundo lugar, el art. 2.4 DM dispone que, si se supedita la ejecución de la euroorden al principio de doble incriminación del delito, ello se hará “con independencia de los elementos constitutivos o la calificación del mismo”. Para los penalistas, entre los que me incluyo, los elementos constitutivos de un delito son los elementos que la norma contiene para describir la forma, modo y requisitos de un delito. Consiste netamente en los elementos elegidos para definir, caracterizar y describir una conducta, en este caso delictiva. Pasando a la calificación, este término hace alusión a un proceso de subsunción de los hechos en una o en varias descripciones delictivas. A veces un mismo hecho en un momento inicial puede incluirse en varios delitos muy semejantes entre sí, y avanzado incluso el proceso penal los fiscales y las defensas en sus escritos de calificaciones indican un delito en el que pueden subsumirse los hechos y subsidiariamente señalan otros delitos con una descripción cercana a expensas de lo que arroje la práctica de la prueba.

EL OLG SH se extralimitó a todas luces, puesto que se arrogó una forma de ejecutar una competencia que no está contemplada así en la Decisión Marco. Pasó a

enjuiciar, a juzgar unos hechos, cuando para ejecutar una euroorden esto consecuentemente no puede ni debe ser necesario, pues quita la razón de ser al mecanismo de la Orden Europea de Detención y Entrega. En definitiva, con su decisión se esfumó la confianza entre los países miembros de la UE.

Y ahora, siguiendo por este paseo jurídico por los conceptos y las interpretaciones, me detengo en el término "violencia". El Código Civil español, en su artículo 3 nos da instrucciones sobre el proceso interpretativo y nos dice que: "1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.// 2. La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita."

Pues bien el concepto "violencia" no se puede entender igual en el s. XX que en el s. XXI. Con la revolución tecnológica todo se ha tornado más complejo, más virtual, más invisible, menos tangible, más refinado, menos aprehensible por los sentidos, pero igual de dañino o más, y ello porque nos genera dudas su afirmación o más bien su confirmación en el contexto concreto. Como la violencia no la tocamos, no es tan tangible, como no la aprehendemos por los sentidos, hay que hacer un esfuerzo epistemológico para afirmar su existencia y sin embargo curiosamente la mayoría de sociólogos están de acuerdo en que estamos en una de las etapas más violentas de la historia del hombre: se habla de violencia de género, de moobing, del discurso del odio, de violencia institucional... No quiero cansar al lector con más usos del término violencia.

Y volviendo a enhebrar el hilo en su aguja, la violencia del Proceso Catalán o del Procés en catalán no es la violencia de Tejero, más burda, más captable, más bruta, más hosca y por ello más fácil. Tejero nos lo puso fácil para hablar de violencia. El "proceso" es hijo de su tiempo en la utilización de la violencia y sus herramientas han sido otras bien distintas, pero al fin y al cabo violencia, uso de la fuerza, incluyendo la policial y la de todo un poderoso ente público que detentaban sus jefes, para la prosecución de un fin, no importándole ir contra las instituciones del Estado y arrojar a la mitad del pueblo catalán a la calle para que se enfrentara con las FCS del Estado. Y el uso de la fuerza puede adoptar multitud de modalidades e intensidades. Así se puede

herir, matar o sacar una pistola, pero también se puede adoctrinar a un pueblo en el uso de la violencia, para que se enfrente contra el poder legítimo, haciéndoles de este modo el trabajo sucio a los dirigentes, mientras ellos, parapetados desde el balcón y dependiendo del éxito que alcancen las hordas adoctrinadas, proclamarán la república o no se atreverán a ello.

Así que, desde un punto de vista jurídico hay argumentos para hablar de violencia. Y lo que me produce verdaderamente frustración es que un país miembro de la Unión Europea haya quitado en esto la soberanía al pueblo español. Y por eso la soledad de Llarena, no será la de Llarena, será la de España.

Volviendo a Bertolt BRECHT: "La crisis se produce cuando lo viejo no acaba de morir y cuando lo nuevo no acaba de nacer". Espero y deseo que muera lo viejo de una vez y nazca lo nuevo de una buena vez.

\* \* \* \* \*