

CAUSA ESPECIAL núm.: 20907/2017

Instructor: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

Auto núm. /

Excmo. Sr. Magistrado Instructor
D. Pablo Llarena Conde

En Madrid, a 19 de julio de 2018.

Ha sido Instructor el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 3 de noviembre de 2017, en consideración a que el querellado Antoni Comín Oliveres tenía su domicilio en España y había viajado a Bélgica con la única finalidad de eludir las posibles responsabilidades penales en que podría haber incurrido en España, el Juzgado Central de Instrucción n.º 3, en sus Diligencias Previas n.º 82/2017, acordó su busca y captura e ingreso en prisión, por requisitoria.

Tras asumir la Sala Segunda del Tribunal Supremo la competencia para conocer de las Diligencias Previas anteriormente expuestas, el 28 de noviembre de 2017 se comunicó a los servicios policiales que, caso de ser hallado el reclamado, había de ser puesto a disposición de este Tribunal, en mérito a su Causa Especial 20907/2017.

Librada por este instructor el 23 de marzo de 2018 Orden de Detención Europea contra el citado que tramitaron las autoridades belgas, no dio su consentimiento a la entrega (art. 14 de la OEDE) y previa la tramitación de un expediente contradictorio por tal circunstancia, el Estado de ejecución denegó la entrega a España de Antoni Comín Oliveres.

SEGUNDO.- En fecha 3 de noviembre de 2017, en consideración a que el hoy procesado Lluís Puig Gordi tenía su domicilio en España y había viajado a Bélgica con la única finalidad de eludir las posibles responsabilidades penales en que podría haber incurrido en España, el Juzgado Central de Instrucción n.º 3, en sus Diligencias Previas n.º 82/2017, acordó su busca y captura e ingreso en prisión, por requisitoria.

Tras asumir la Sala Segunda del Tribunal Supremo la competencia para conocer de las Diligencias Previas anteriormente expuestas, el 28 de noviembre de 2017 se comunicó a los servicios policiales que, caso de ser hallado el reclamado, había de ser puesto a disposición de este Tribunal, en mérito a su Causa Especial 20907/2017.

Detenido en Bélgica el 5 de abril de 2018 en virtud de la Orden de Detención Europea librada por este instructor el 23 de marzo de 2018, tras no dar consentimiento a la entrega el requisitoriado (art. 14 de la OEDE) y previa la tramitación de un expediente contradictorio por tal circunstancia, el Estado de ejecución denegó la entrega a España de Lluís Puig Gordi.

TERCERO.- En fecha 3 de noviembre de 2017, en consideración a que la hoy procesada María Mertixell Serret Aleu tenía su domicilio en España y había

viajado a Bélgica con la única finalidad de eludir las posibles responsabilidades penales en que podría haber incurrido en España, el Juzgado Central de Instrucción n.º 3, en sus Diligencias Previas n.º 82/2017, acordó su busca y captura e ingreso en prisión, por requisitoria.

Tras asumir la Sala Segunda del Tribunal Supremo la competencia para conocer de las Diligencias Previas anteriormente expuestas, el 28 de noviembre de 2017 se comunicó a los servicios policiales que, caso de ser hallada la reclamada, había de ser puesta a disposición de este Tribunal, en mérito a su Causa Especial 20907/2017.

Detenida en Bélgica el 5 de abril de 2018 en virtud de la Orden de Detención Europea librada por este instructor el 23 de marzo de 2018, tras no dar consentimiento a la entrega la requisitoria (art. 14 de la OEDT) y previa la tramitación de un expediente contradictorio por tal circunstancia, el Estado de ejecución denegó la entrega a España de María Mertixell Serret Aleu.

CUARTO.- En fecha 3 de noviembre de 2017, en consideración a que el querellado Carles Puigdemont Casamajó tenía su domicilio en España y había viajado a Bélgica con la única finalidad de eludir las posibles responsabilidades penales en que podría haber incurrido en España, el Juzgado Central de Instrucción n.º 3, en sus Diligencias Previas n.º 82/2017, acordó su busca y captura e ingreso en prisión, por requisitoria.

Tras asumir la Sala Segunda del Tribunal Supremo la competencia para conocer de las Diligencias Previas anteriormente expuestas, el 28 de noviembre de 2017 se comunicó a los servicios policiales que, caso de ser hallado el reclamado, había de ser puesto a disposición de este Tribunal, en mérito a su Causa Especial 20907/2017.

El 25 de marzo de 2018, Carles Puigdemont Casamajó fue detenido en Alemania en virtud de Orden de Detención Europea librada por este instructor el 23 de marzo de 2018.

Carles Puigdemont Casamajó no ha sido puesto a disposición de este Tribunal, fruto de su no consentimiento a la entrega (art. 14 de la OEDE) y la ausencia de pronunciamiento del Tribunal de ejecución (art. 17).

QUINTO.- En fecha 3 de noviembre de 2017, en consideración a que la querellada Clara Ponsatí Obiols tenía su domicilio en España y había viajado a Bélgica con la única finalidad de eludir las posibles responsabilidades penales en que podría haber incurrido en España, el Juzgado Central de Instrucción n.º 3, en sus Diligencias Previas n.º 82/2017, acordó su busca y captura e ingreso en prisión, por requisitoria.

Tras asumir la Sala Segunda del Tribunal Supremo la competencia para conocer de las Diligencias Previas anteriormente expuestas, el 28 de noviembre de 2017 se comunicó a los servicios policiales que, caso de ser hallada la reclamada, había de ser puesta a disposición de este Tribunal, en mérito a su Causa Especial 20907/2017.

El 28 de marzo de 2018, Clara Ponsatí Obiols fue detenida en el Reino Unido en virtud de Orden de Detención Europea librada por este instructor el 23 de marzo de 2018.

Clara Ponsatí Obiols no ha sido puesta a disposición de este Tribunal, fruto de su no consentimiento a la entrega (art. 14 de la OEDE) y la ausencia de pronunciamiento del Tribunal de ejecución.

SEXTO.- El 21 de febrero de 2018, se decretó en esta causa la libertad provisional con fianza de sesenta mil euros, de la hoy procesada Marta Rovira i Vergés. Se le impuso igualmente la obligación de comparecencia *apud acta* quincenal ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña o ante el Juzgado o Tribunal de su conveniencia, y comparecer ante este Tribunal siempre que fuera llamada, haciéndole saber que el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que se le impusieron conllevaría su inmediato ingreso en prisión.

Citada de comparecencia para el día 23 de marzo de 2018, su inasistencia y posible fuga al extranjero, determinó que en esa misma fecha se dictara Auto ordenando su busca y captura e ingreso en prisión, por requisitoria; librándose además orden europea e internacional de detención. La procesada no ha sido habida hasta la fecha.

SÉPTIMO.- La Sala 41.^a (Sala Penal) del Consejo del Tribunal de Primera Instancia de lengua neerlandesa de Bruselas, el 16 de mayo de 2018 dicta pronunciamientos por los que acuerda rechazar y declarar sin efecto la ejecución de las órdenes de detención europeas de fecha 23 de marzo de 2018 emitidas desde España, relativas a la entrega de Antoni Comín Oliveres, Lluís Puig Gordi y María Mertixell Serret Aleu.

La Sala Primera de lo Penal del Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Schleswig-Holstein el 12 de julio de 2018, con relación a Carles Puigdemont, resolvió declarar admisible la extradición del acusado de la República Federal de Alemania al Reino de España para enjuiciamiento penal, en cuanto a la acusación de «malversación de fondos públicos» («corrupción») que consta en la orden de detención europea de la Sala Segunda del Tribunal Supremo español, de 23 de marzo de 2018, e inadmisibles la extradición en cuanto a la acusación de «rebelión» que también figura en dicha orden.

OCTAVO.- Por auto de 9 de julio de 2018 se decretó la rebeldía de Antoni Comín Oliveres, Lluís Puig Gordi, María Mertixell Serret Aleu, Carles Puigdemont Casamajó, Clara Ponsatí Obiols y Marta Rovira i Vergés.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El 13 de junio de 2002, el Consejo de Ministros de Justicia e Interior de la Unión Europea adoptó la Decisión Marco 2002/584/JHA, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, basados en el principio de reconocimiento mutuo. La Decisión Marco,

sin recoger un reconocimiento puro y automático de las peticiones de detención y entrega cursadas por otros Estados de la Unión, lo que supondría que el Estado de ejecución habría de limitarse a comprobar la vigencia de una orden de detención dictada por una autoridad judicial con competencia para ello, asumió la disparidad entre los sistemas judiciales de los distintos países, y estableció varias fórmulas para el reconocimiento de sus respectivas decisiones en esta materia, fijando distintos grados de aplicación según sea mayor o menor el número de extremos que deben ser objeto de control por la autoridad judicial de ejecución, y mayor o menor el automatismo en el reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales extranjeras.

El instrumento, diferenciándose de un sistema de armonización completa de legislaciones, permite superar las limitaciones que introduciría la observación del principio de legalidad en cada uno de los distintos países, incrementando la cooperación y el reconocimiento de sus resoluciones en materia penal, en consideración a la elevada confianza que los Estados miembros se tienen, fruto de la homogeneidad básica de sus respectivos ordenamientos jurídicos, y de contar todos ellos con un estándar semejante de protección de los derechos fundamentales de las personas.

El mecanismo permitía impulsar, de ese modo, la eficacia transfronteriza del derecho penal y compensar con ello las dificultades que surgen de la facilitación de la huida de las personas supuestamente responsables de la comisión de delitos, como consecuencia de la eliminación del control de personas en las fronteras interiores de la Unión como consecuencia del Acuerdo de Schengen.

Como ha expresado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (STJUE de 5 de abril de 2016 n. 75 a 78):

«La Decisión Marco, según resulta en particular de su artículo 1, apartados 1 y 2, y de sus considerandos 5 y 7, tiene por objeto sustituir el sistema de extradición multilateral fundamentado en el Convenio Europeo de Extradición, de 13 de diciembre de 1957, por un sistema de entrega entre

autoridades judiciales de personas condenadas o sospechosas, con fines de ejecución de sentencias o de diligencias penales, basado en el principio de reconocimiento mutuo (véanse las sentencias de 28 de junio de 2012, West, C-192/12 PPU, EU:C:2012:404, apartado 54; de 26 de febrero de 2013, Melloni, C-399/11, EU:C:2013:107, apartado 36; de 30 de mayo de 2013, F., C-168/13 PPU, EU:C:2013:358, apartado 34, y de 16 de julio de 2015, Lanigan, C-237/15 PPU, EU:C:2015:474, apartado 27).

Así pues, la Decisión Marco pretende, a través del establecimiento de un nuevo sistema simplificado y más eficaz de entrega de personas condenadas o sospechosas de haber infringido la ley penal, facilitar y acelerar la cooperación judicial de cara a la consecución del objetivo atribuido a la Unión de llegar a ser un espacio de libertad, seguridad y justicia basado en el grado de confianza elevado que debe existir entre los Estados miembros (véanse las sentencias de 26 de febrero de 2013, Melloni, C-399/11, EU:C:2013:107, apartado 37; de 30 de mayo de 2013, F., C-168/13 PPU, EU:C:2013:358, apartado 35, y de 16 de julio de 2015, Lanigan, C-237/15 PPU, EU:C:2015:474, apartado 28).

El principio de reconocimiento mutuo en el que se sustenta el sistema de la orden de detención europea -continúa el Tribunal- descansa a su vez en la confianza recíproca entre los Estados miembros en que sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales están en condiciones de proporcionar una protección equivalente y efectiva de los derechos fundamentales, reconocidos en el ámbito de la Unión, en particular en la Carta (véanse, en este sentido, la sentencia de 30 de mayo de 2013, F., C-168/13 PPU, EU:C:2013:358, apartado 50, y, por analogía, en cuanto a la cooperación judicial en materia civil, la sentencia de 22 de diciembre de 2010, Aguirre Zarraga, C-491/10 PPU, EU:C:2010:828, apartado 70).

Tanto el principio de confianza mutua entre Estados miembros como el principio de reconocimiento mutuo tienen una importancia fundamental en el Derecho de la Unión, dado que permiten la creación y el mantenimiento de un espacio sin fronteras interiores. Más específicamente, el principio de confianza mutua obliga a cada uno de los Estados miembros, en particular en lo que se

refiere al espacio de libertad, seguridad y justicia, a considerar, salvo en circunstancias excepcionales, que todos los demás Estados miembros respetan el Derecho de la Unión, y, muy especialmente, los derechos fundamentales reconocidos por ese Derecho (véase, en este sentido, el dictamen 2/13, EU:C:2014:2454, punto 191)».

«En el ámbito objeto de la Decisión Marco -afirma también la sentencia- (en esos mismos términos se expresa la STJUE de 1 de junio de 2016 m. 60 y ss), el principio de reconocimiento mutuo, que constituye, tal como se desprende en particular del considerando 6 de la Decisión Marco, la «piedra angular» de la cooperación judicial en materia penal, se aplica en virtud del artículo 1, apartado 2, de la Decisión Marco, según el cual, en principio, los Estados miembros están obligados a ejecutar una orden de detención europea (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de julio de 2015, Lanigan, C-237/15 PPU, EU:C:2015:474, apartado 36 y jurisprudencia citada).

Por lo tanto, la autoridad judicial de ejecución sólo podrá negarse a ejecutar tal orden en los supuestos, enumerados exhaustivamente, de no ejecución obligatoria, establecidos en el artículo 3 de la Decisión Marco, y en los de no ejecución facultativa, establecidos en los artículos 4 y 4 *bis* de la Decisión Marco. Además, la ejecución de la orden de detención europea únicamente podrá supeditarse a las condiciones definidas taxativamente en el artículo 5 de dicha Decisión Marco (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de julio de 2015, Lanigan, C-237/15 PPU, EU:C:2015:474, apartado 36 y jurisprudencia citada)».

Todo ello, sin perjuicio de los excepcionales supuestos de limitación admitidos por el Tribunal de Justicia en algunas de sus resoluciones, concretamente: 1) Cuando existan elementos objetivos que acrediten un riesgo real de que se inflija un trato inhumano o degradante a las personas encarceladas en el Estado miembro emisor, con arreglo a la norma de protección de los derechos fundamentales garantizada por el Derecho de la Unión y, en particular, por el artículo 4 de la Carta (véanse, en este sentido, la sentencia de 26 de febrero de 2013, Melloni, C-399/11, EU:C:2013:107,

apartados 59 y 63, y el dictamen 2/13, EU:C:2014:2454, punto 192), y siempre que existan razones serias y fundadas para creer que la persona de que se trate correrá ese riesgo debido a las condiciones de reclusión previstas para ella en el Estado miembro emisor (STJUE de 5 de abril de 2016, Pal Aranyosi y Robert Caldararu) o 2) Cuando no se cumplan los requisitos de regularidad de dicha orden previstos en el artículo 8, apartado 1, de la Decisión Marco (STJUE de 1 de Junio de 2016, Nicularie Aurel Bob-Dogi).

SEGUNDO.- Precisamente en esta excepción se asentó la denegación de entrega respecto de las OEDE cursadas a Belgica, contra Antoni Comín Oliveres, Lluís Puig Gordi y María Mertixell Serret Aleu.

La sentencia del TJUE de 1 de junio de 2016, caso Bob-Dogi, estableció que, si una orden de detención europea no menciona la existencia de una orden de detención nacional distinta de aquella, la autoridad judicial de ejecución no podrá comprobar que la orden de detención europea cumple el requisito establecido en el artículo 8, apartado 1, letra C) de la Decisión Marco. Una comprobación que la Decisión Marco contempla como esencial, al destacar que existen dos niveles para proteger y tutelar los derechos fundamentales y los derechos procesales que puedan corresponder a la persona buscada: Un primer nivel que se ubica en el momento de adoptar una resolución judicial nacional y, un segundo nivel, cuando se emite la orden de detención europea tras la adopción de la mencionada resolución judicial nacional.

En la referida sentencia, el TJUE proclamó que en esos supuestos la autoridad de ejecución puede denegar dar curso a la orden de detención europea, al faltar un requisito de regularidad de la orden previsto en el artículo 8, apartado 1, pero destacó que, por el principio de reconocimiento y confianza mutuos, antes de adoptarse la decisión excepcional de no tramitación, la autoridad judicial ejecutante debe solicitar a la autoridad judicial del Estado emisor que le facilite urgentemente toda la información complementaria necesaria para poder examinar si la falta de indicación de la orden de detención nacional en la orden de detención europea, o la falta de indicación de existir cualquier otra resolución judicial ejecutiva que tenga la misma fuerza, se debe

a que efectivamente dicha resolución no existe o a que, a pesar de existir, no fue mencionada.

Debe observarse que este Tribunal informó al órgano de ejecución de que, con carácter previo a la orden de detención europea tramitada en Bélgica, se había dictado una orden de detención nacional. Concretamente se participó que en fecha 3 de noviembre de 2017 se había ordenado la búsqueda e ingreso en prisión de estos encausados por parte del Juzgado Central de Instrucción nº 3, y que este instructor había asumido en fecha 24 de noviembre de 2017 la tramitación del procedimiento en el que se adoptaron las decisiones. Y la información complementaria añadió además que la decisión de que los encausados fueran detenidos e ingresados en prisión se había revalidado mediante el auto de procesamiento de 21 de marzo de 2018, en virtud de los hechos y motivos que la investigación concretó y que se reflejaron en esa misma resolución. Fueron pues los mismos hechos por los que se emitió la orden de detención europea el día 23 de marzo de 2018.

Pese a ello, el Tribunal del Estado de ejecución concluyó que debían considerarse irregulares las órdenes de detención europeas, al entender que no existía una correcta orden nacional subyacente, dado que: *“Evidentemente, en virtud de la legislación belga o de la legislación española (sic), un auto de procesamiento no tiene el valor de una orden de detención y, por lo tanto, no puede constituir una base válida para ejecutar una orden de detención europea”*.

De este modo, la resolución rechaza que el auto de procesamiento que ratifica una medida cautelar de prisión, tenga la naturaleza ejecutiva que el ordenamiento jurídico español le atribuye, y niega por ello que existiera en España *“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”*, en los términos que se exigen en el artículo 8.1.C de la Decisión Marco.

La valoración sobre el alcance de la resolución, discrepa abiertamente de la indicación de suficiencia que trasladamos al Tribunal de ejecución, despreciando el conocimiento que cada órgano judicial tiene de su propio

ordenamiento jurídico, además de desconfiar de sus aclaraciones. Se muestran así inasumibles las objeciones formales expresadas en las resoluciones belgas de fecha 16 de mayo de 2018, en las que se denegó la tramitación de las órdenes europeas de detención y entrega de Antoni Comín Oliveres, Lluís Puig Gordi y María Mertixell Serret Aleu.

TERCERO.- En lo que hace referencia a la resolución del Tribunal alemán de Schleswig-Holstein respecto de la petición de entrega del procesado Carles Puigdemont i Casamajó, ya hemos detallado la doctrina del TJUE de que la autoridad judicial de ejecución sólo podrá negarse a cumplimentar una orden europea de detención y entrega en los supuestos (enumerados exhaustivamente), en los que la Decisión Marco obliga a no ejecutarla (art. 3), o en aquellos otros en los que faculta a optar por su no cumplimiento (art. 4 y 4 bis).

Entre estos, y en lo que hace referencia a los delitos no incluidos en las 32 categorías excluidas de la exigencia de doble incriminación del artículo 2.2, siempre que cumplan el principio de mínima punición del artículo 2.1, el apartado 1 del artículo 4 de la Decisión Marco permite que la autoridad judicial de ejecución deniegue el cumplimiento de la orden de detención europea cuando *“los hechos que motiven la orden de detención europea no fueren constitutivos de delito de acuerdo con el Derecho del Estado miembro de ejecución”*, lo que debe evaluarse (en la remisión que el precepto hace al artículo 2.4 de la Decisión Marco) *“con independencia de los elementos constitutivos o la calificación del mismo”*.

De este modo, la posibilidad de denegar la ejecución de la orden nace por ausencia absoluta de doble incriminación. La Decisión Marco opta por autorizar la exclusión de la ejecución únicamente en aquellos supuestos en los que no exista una doble incriminación en sentido amplio, esto es, cuando los hechos delictivos por los que se solicita la entrega no estén descritos como punibles en el Estado de ejecución, pero no en aquellos supuestos en los que los hechos -por proximidad normativa entre ambos países- merecen una calificación semejante aún con algún elemento del tipo diferente, ni siquiera

cuando -por falta de esa similitud penal- los hechos satisfagan los elementos constitutivos de una incriminación heterogénea.

En todo caso, precisamente por el principio de reconocimiento y confianza mutuos, la comprobación en el plano material de la doble incriminación deberá realizarse desde la situación fáctica aportada por el Tribunal del Estado de emisión. Así se evidencia de: a) Que el artículo 4 condicione la denegación de la ejecución de la orden a que “*los hechos que motiven la orden de detención europea*” no fueran constitutivos de delito de acuerdo con el Derecho del Estado miembro de ejecución y b) Que el artículo 8 de la Decisión Marco, al establecer la información obligatoria que ha de contener la orden de detención europea, así como en los formularios modelo que le sirven de base, exprese la necesidad de describir las circunstancias en las que se cometió el delito, incluidos el momento, el lugar y el grado de participación en el mismo de la persona buscada, pero renuncie a exigir que se aporten o describan los elementos incriminatorios en los que se asiente la sospecha o condena.

CUARTO.- Más allá de cuál es el contenido material que debe someterse al análisis de doble perseguibilidad, debe destacarse que la Decisión Marco no ofrece ninguna definición del concepto de *doble incriminación* recogido en el artículo 4, apartado 1, de la Decisión Marco, ni de la expresión “*con independencia de los elementos constitutivos*” que contiene el artículo 2, apartado 4, del mismo texto normativo.

En todo caso, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea pueden inferirse ciertas pautas aclarativas indirectas, ofrecidas con ocasión de la interpretación de otros preceptos de la Decisión Marco (distintos, por tanto, al artículo 2.4), o con ocasión de la interpretación de otra norma de la Unión, cual es la Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea.

1. Respecto a la Jurisprudencia que interpreta otros preceptos de la Decisión Marco 2002/584/JAI, en lo que resulta útil para la determinación del concepto de doble incriminación en el procedimiento de euroorden, la STJUE de 23 enero de 2018, Piotrowski, C-367/16, al referirse a la comprobación de la edad del reclamado a los efectos de su responsabilidad penal (prevista en el artículo 3, punto 3, de la Decisión Marco 2002/584 como causa de denegación obligatoria), sostuvo la tesis de una metodología abstracta de comprobación y de comparación entre los ordenamientos jurídicos del Estado de emisión y el de ejecución. La sentencia expresaba así que: «...la autoridad judicial de ejecución sólo deberá comprobar si la persona de que se trata ha alcanzado la edad mínima para ser considerada responsable penalmente, en el Estado miembro de ejecución, de los hechos en que se basa tal orden, sin tener que tomar en consideración si concurren eventuales requisitos adicionales relativos a una evaluación personalizada a los que el Derecho de ese Estado miembro supedita en concreto el enjuiciamiento o la condena de un menor por tales hechos».

2. La Jurisprudencia que interpreta la 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, también resulta útil para la determinación del concepto de doble incriminación en el procedimiento de euroorden. Concretamente, la STJUE de 11 de enero de 2017, Grundza, C-289/15, tiene en consideración que la Decisión Marco 2008/909/JAI establece, por un lado, un reconocimiento prácticamente automático con relación a una serie de delitos que aparecen en una lista y, por otro lado, un reconocimiento supeditado, en su caso, a la doble incriminación con relación al resto de infracciones penales. Debe destacarse, incluso, que las expresiones utilizadas en ambas Decisiones Marco son las mismas, para lo que basta comparar el artículo 2.4 de la Decisión Marco sobre la euroorden, con el artículo 7.3 de la Decisión Marco 2008/909, en el que se apunta lo siguiente: *«con respecto a las infracciones no contempladas en el apartado 1, el Estado de ejecución podrá supeditar el reconocimiento de la sentencia y la ejecución de la condena a la condición de que la sentencia se refiera a hechos que*

constituyan infracción en virtud del Derecho del Estado de ejecución, sean cuales fueren sus elementos constitutivos o la calificación de la misma».

Pues bien, según expresaba el TJUE en la sentencia *Grundza*, la doble tipificación no requiere que exista una infracción mimética en el Estado de ejecución a aquella por la que se solicitaba la cooperación. Las normas de reconocimiento mutuo «instauran una apreciación ... del requisito de la doble tipificación que debe ser flexible, en lo que concierne tanto a los elementos constitutivos de la infracción como a la calificación de esta» (apartado 36). La sentencia *Grundza* establece, en consecuencia, que los hechos puedan ser subsumidos en cualquier precepto penal del país de ejecución, a efectos de que una persona pueda ser trasladada al país de su residencia para el cumplimiento de la condena.

Debe destacarse también, que la decisión de la Comisión de 28 de septiembre de 2017, relativa al Manual Europeo para la emisión y ejecución de órdenes detención europeas, (Bruselas, C (2017) 6389 final), se refiere a la sentencia *Grundza* a los efectos de indicar cómo debe hacerse el control de la doble tipificación. Concretamente, en su apartado 1.2, en su apartado 5.2 o en el apartado 5.4.2. de este modo, el Manual para la orden de detención europea elaborado por la propia Comisión, considera que el control de la doble tipificación a los efectos del procedimiento de euroorden debe realizarse conforme a la sentencia *Grundza*, pese a que esta sentencia interpreta otra Decisión Marco distinta (la Decisión Marco 2008/909/JAI).

QUINTO.- En consecuencia, la autoridad judicial de ejecución alemana debería haber conducido su decisión con sujeción a los preceptos de la Decisión Marco, así como a la jurisprudencia que se ha analizado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea e, incluso, al propio manual europeo sobre la orden de detención elaborado por la Comisión.

De este modo, el control de la doble tipificación por parte del Estado de ejecución debería haberse limitado a comprobar si los hechos descritos por la jurisdicción española están contemplados en la legislación penal de Alemania,

y si justificarían por ello que, de haberse perpetrado en el país de ejecución los hechos que se sospechan, se impulsara una investigación penal semejante a la que aquí se sigue.

En tal sentido, no resulta conforme con la Decisión Marco que se deniegue la tramitación de la orden de detención respecto de unos hechos principales de rebelión o sedición (limitándose el ejercicio de la jurisdicción española a la persecución del delito de malversación de fondos públicos), a partir de un análisis en el que las autoridades judiciales del país de ejecución no realizan una ponderación en abstracto del pronóstico de tipicidad sospechado, sino que abordan el definitivo juicio de subsunción de los hechos en los tipos penales, y lo hacen desde una conclusión cerrada de cómo se desarrollaron los hechos o de cuáles fueron las intenciones que pudieron guiar a los partícipes. Al actuar de ese modo, el Tribunal de ejecución alemán ha adelantado un enjuiciamiento que no es coherente con la cristalización progresiva de la imputación, y lo hace desde un posicionamiento desacertado, dado que:

1. El Tribunal de ejecución ha actuado despojado de una cobertura normativa que le atribuya abordar la labor de enjuiciamiento que finalmente realiza.
2. El Tribunal denuncia que no se aprecian en los hechos algunas de las exigencias típicas identificadas por su propia jurisprudencia, pero silencia que no ha reclamado a este instructor que le ilustre sobre aquellos extremos de la investigación que pudieran reflejar que sí concurren esos elementos, y ello pese a que este Tribunal (en escrito de 26 de abril de 2018), comunicó al órgano judicial de Schleswig-Holstein que *“El relato [del Auto de Procesamiento en el que se asienta la euroorden] sólo contiene los hechos que resultan de interés para el enjuiciamiento en España. Sólo se recogen los hechos que tienen relación con las exigencias penales de nuestro ordenamiento jurídico. No se describen hechos que puedan reflejar cuestiones de interés para los ordenamientos jurídicos de otros países europeos. Por dos razones: a) Porque las órdenes de*

detención se han cursado a todos los países de la Unión Europea y se desconocía dónde iba a ser detenido cada uno de los fugados y b) Porque las exigencias legales son distintas en cada uno de los Estados de la Unión que ha recibido la orden de detención". Añadiendo expresamente (punto 6 de la información complementaria) que: *"Si para evaluar la punibilidad de los hechos en su país, necesitan ustedes conocer algún elemento o circunstancia concreta, les agradecería que pidieran nueva información sobre ese aspecto. Es posible que los hechos que les interesan estén reflejados en nuestra investigación y que no aparezcan en el Auto de 21 de marzo de 2018 porque no tengan ninguna repercusión para el ordenamiento jurídico español".*

3. Para alcanzar su conclusión denegatoria (que no debe olvidarse que imposibilita de manera definitiva que puedan depurarse las responsabilidades penales inherentes a unos hechos concretos), el Tribunal de ejecución alemán ha modificado algunos extremos del relato fáctico remitido por este instructor en la orden de detención, y lo ha hecho sin conocer las fuentes de prueba recogidas con ocasión de la investigación y
4. En algunos extremos, el Tribunal de Schleswig-Holstein llega a valorar, a efectos de fondo, la declaración del encausado. La ponderación de su relato a la hora de evaluar la antijuridicidad de los hechos que se le atribuyen, entraña conferir un valor probatorio definitivo a su versión, pese a que la declaración no pueda confrontarse con el resto de fuentes de prueba recogidas en una extensa instrucción que el Tribunal de ejecución desconoce, y sin que puedan someterse esas manifestaciones a contradicción con unas acusaciones que están privadas de la posibilidad de intervenir en el expediente de entrega.

De este modo, el juicio de ponderación del Tribunal de ejecución podrá coincidir o discrepar del que realicen las partes en trámite de calificación, o del que realice esta misma Sala con ocasión del juicio oral que eventualmente se

desarrolle. Pero lo que resulta relevante a los efectos de mantener la petición de colaboración, es que el Tribunal de ejecución, cuando constata unos hechos que satisfacen las exigencias abstractas en las que se asienta un determinado pronóstico de tipicidad, ni legal ni materialmente puede abordar un juicio sobre la fuerza incriminatoria de unas pruebas que no están a su alcance, ni puede tampoco realizar un juicio definitivo de subsunción de los hechos que se imputan en los diferentes tipos penales.

SEXTO.- Podrá aducirse que la interpretación de este instructor sobre cuál es la función que corresponde Tribunal de ejecución, no tiene porqué ser compartida por éste.

Ante tal planteamiento, debe recordarse que de acuerdo con el artículo 267 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuando se planteen dudas de interpretación de una norma de la Unión, en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial por su Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

Las nociones contenidas en la Decisión Marco relativas a la doble incriminación (artículo 4.1 de la Decisión Marco) y, en particular, la expresión “*con independencia de los elementos constitutivos*” (artículo 2.4 de la Decisión Marco) son conceptos autónomos del Derecho de la Unión Europea, que deben ser objeto de una interpretación autónoma, uniforme, y que colme las exigencias del principio de igualdad en la aplicación de la norma en toda la Unión Europea.

Como ha quedado expresado, la Decisión Marco no ofrece ninguna definición del requisito de la doble incriminación ni, en particular, de la expresión “*con independencia de los elementos constitutivos*”, por lo que habrá que analizar si de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprenden las pautas interpretativas necesarias para asegurar la aplicación uniforme de dichos conceptos en todo el territorio de la Unión.

A mayor abundamiento, y sin perjuicio de que existen pronunciamientos del TJUE que de forma indirecta pueden incidir en la interpretación del concepto de doble incriminación y de la expresión “*con independencia de los elementos constitutivos*” en el procedimiento de la euroorden, lo cierto es que, hasta el momento, no hay sentencias que de forma directa hayan establecido jurisprudencia al respecto.

Debe tenerse en consideración, además, que el Tribunal Regional Superior de Schleswig-Holstein, en el procedimiento de tramitación de la euroorden dictada por este Tribunal Supremo, es un órgano judicial cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, por lo que, de acuerdo con el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el Tribunal de ejecución estaba obligado a plantear cuestión prejudicial ante el TJUE. En este sentido, debe observarse que el Tribunal Regional Superior de Schleswig-Holstein no podía ampararse en la sentencia de 6 de octubre de 1982, CILFIT, asunto 283/81, para eludir su obligación de plantear cuestión prejudicial, pues el Tribunal no estaba en presencia de un acto claro por las siguientes razones:

- a) No existe jurisprudencia directa sobre el artículo 2.4 de la Decisión Marco 2002/584/JAI,
- b) La jurisprudencia indirecta o colateral, básicamente fundamentada en las sentencias Piotrowski y Grundza antes referidas, conduce a un resultado contrario al contenido en su resolución del pasado 5 abril y,
- c) Esas dudas interpretativas se hubieron de hacer presentes al propio Tribunal de ejecución. De un lado, por la propia posición del Fiscal General del Estado de Schleswig-Holstein que, en su calidad de autoridad encargada de todo el procedimiento de extradición, solicitó la entrega de la persona reclamada por los dos delitos y no solo por malversación. De otro lado, por la propia

información complementaria remitida por este instructor, en la que se adelantaba la tesis que aquí se sustenta.

Y la falta de compromiso del Tribunal Regional Superior de Schleswig-Holstein con unos hechos que pudieran haber quebrantado el orden constitucional español, no sólo se refleja en no haber planteado una cuestión prejudicial cuando se estaba obligado a ello, sino por no haberlo hecho conociendo que el Tribunal Supremo español, como órgano judicial de emisión de la euroorden, no puede dirigirse al TJUE para plantear una cuestión prejudicial que intente suplir o colmar el déficit de colaboración padecido (art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Como se recoge en las conclusiones del Abogado General Szpunar, recientemente presentadas el 16 de mayo de 2018 en el asunto C-268/17, en particular de sus puntos 26, 29, 30, 31, 32 y 33 (la sentencia recaerá el próximo 25 de julio), la cuestión de si una autoridad que emite una OEDE decide o no mantener dicha orden, es independiente de la cuestión de los eventuales motivos de denegación de su ejecución, por lo que la decisión del Tribunal de la Unión Europea respecto de una cuestión prejudicial que fuera planteada por el Estado remitente, sería puramente consultiva y carente de efecto vinculante, y en cuanto tal inadmisibile.

SÉPTIMO.- Pese a que la Decisión Marco nada prevé al respecto, es reconocido que el juez de emisión puede retirar la euroorden en cualquier momento, tal y como se infiere de la comunicación de la Comisión de 28 de septiembre de 2017, relativa al Manual Europeo para la emisión y ejecución de órdenes detención europeas, Bruselas, C (2017) 6389 final.

El referido Manual recoge, en su número 10.2, que: *“Si la autoridad judicial de ejecución decide denegar la ejecución de la ODE, esta comunicación ofrece a la autoridad judicial de emisión la posibilidad de considerar si debe mantener o retirar la ODE”*. Añadiendo el apartado 10.3 que: *“La Decisión marco sobre la ODE no obliga a retirar una ODE en caso de que un Estado miembro deniegue su ejecución (otros Estados miembros aún podrían ejecutarla)”*, y que *“Por tanto, la ODE y la descripción del SIS correspondiente seguirán siendo válidas, a menos que la autoridad judicial de emisión decida retirarla”*.

Debe destacarse, además, lo que el propio Abogado General Szpunar refleja al punto 32 de su informe anteriormente citado: *“Por otra parte, no debe olvidarse que todo el sistema en el que se basa la ODE tiene como fundamentos la confianza y el reconocimiento mutuos entre los Estados miembros de emisión y de ejecución. Huelga decir que lo fundamental es, sobre todo, que el Estado miembro de ejecución confíe en la actuación del Estado miembro de emisión. Sin embargo, también el Estado miembro emisor debe confiar en la actuación del Estado miembro de ejecución cuando este último invoca algún motivo de denegación de la ejecución de una ODE”*. Se remarca así que el principio de confianza mutua que orienta la ejecución de la orden de detención europea, no sólo radica en una *“confianza interna”*, referida a lo actuado en el seno del proceso por el Estado requirente, sino en una correlativa *“confianza externa”*, esto es, a que los Estados de ejecución ajustarán la petición de cooperación a las prescripciones del derecho de la Unión, así como a las previsiones específicas que contiene la Decisión Marco 2002/584/JHA y a la doctrina jurisprudencial que la interpreta.

Considerando ambas premisas, y puesto que las circunstancias anteriormente expuestas no sólo cortocircuitan la operatividad del instrumento de cooperación internacional que hemos impulsado, sino que deterioran indebidamente la indiciaria apreciación de responsabilidad que recoge la investigación y un auto firme de procesamiento, procede rechazar la entrega de Carles Puigdemont i Casamajó como mero responsable de un eventual delito de malversación de caudales públicos, retirándose además las órdenes europeas e internacionales de detención de los encausados Carles Puigdemont i Casamajó, Antoni Comín Oliveres, Lluís Puig Gordi, María Mertixell Serret Aleu, Clara Ponsatí Obiols y Marta Rovira i Vergés.

PARTE DISPOSITIVA

EL INSTRUCTOR ACUERDA:



Rechazar la entrega de Carles Puigdemont i Casamajó como mero responsable de un eventual delito de malversación de caudales públicos, acordada por la Sala Primera de lo Penal del Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Schleswig-Holstein el 12 de julio de 2018.

Déjense sin efecto las órdenes europeas e internacionales de detención de los encausados Carles Puigdemont i Casamajó, Antoni Comín Oliveres, Lluís Puig Gordi, María Mertixell Serret Aleu, Clara Ponsatí Obiols y Marta Rovira i Vergés.

Así por este auto, lo acuerdo, mando y firmo.