

# Cooperar y castigar: el caso Puigdemont

---

Directores:

**Luis Arroyo Zapatero, Adán Nieto Martín  
y Marta Muñoz de Morales**





**Cooperar y Castigar:**  
**El caso Puigdemont**



**Directores:**  
**Arroyo Zapatero, L.**  
**Nieto Martín, A.**  
**Muñoz de Morales Romero, M.**

**COOPERAR Y CASTIGAR:**  
**EL CASO PUIGDEMONT**



Ediciones de la Universidad  
de Castilla-La Mancha

Cuenca, 2018

COOPERAR y castigar: el caso Puigdemont / directores, Luis A. Arroyo Zapatero, Adán Nieto Martín, Marta Muñoz de Morales Romero.– Cuenca : Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2018

160 p. ; 24 cm.– (Marino Barbero ; 18)

d.o.i.: <http://doi.org/10.18239/mbs.18.2018>

1. Derecho penal comunitario 2. Derecho penal internacional I. Arroyo Zapatero, Luis A., dir. II. Nieto Martín, Adán, dir. III. Muñoz de Morales Romero, Marta IV. Universidad de Castilla-La Mancha, ed. V. Título VI. Serie

343(4-672 UE)

341.4

LBBZ

1D

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación solo puede ser realizada con la autorización de EDICIONES DE LA UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA salvo excepción prevista por la ley.

Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos – [www.cedro.org](http://www.cedro.org)), si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© de los textos e imágenes: sus autores.

© de la edición: Universidad de Castilla-La Mancha.

Edita: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Colección MARINO BARBERO nº 18

Diseño de la colección y de la cubierta:

CIDI (Universidad de Castilla-La Mancha)



Esta editorial es miembro de la UNE, lo que garantiza la difusión y comercialización de sus publicaciones a nivel nacional e internacional.

d.o.i.: <http://doi.org/10.18239/mbs.18.2018> (Edición electrónica)

Composición: Compobell, S.L.

Hecho en España (U.E.) – *Made in Spain (U.E.)*

## ÍNDICE

Presentación .....	9
Rebelión y traición: los diablos familiares de Europa y la euroorden. Un prólogo para alemanes <i>Luis Arroyo Zapatero</i> .....	13
Reconocimiento mutuo, orden público e identidad nacional: la doble incriminación como ejemplo <i>Adán Nieto Martín</i> .....	21
Orden Europea de Detención y Entrega, doble incriminación y reconocimiento mutuo a la luz del caso Puigdemont <i>Lorena Bachmaier</i> .....	29
Juicio normativo y doble incriminación en el caso Puigdemont <i>Marta Muñoz de Morales Romero</i> .....	41
La entrega de Puigdemont por el delito de quebrantamiento de la paz pública (§ 125 Código Penal alemán) <i>Antonio M<sup>a</sup> Javato Martín</i> .....	65
El examen de la autoridad requerida en la orden europea de detención y entrega de políticos independentistas: Entre la política y el Derecho <i>Jordi Nieva Fenoll</i> .....	73

¿Pueden ser las condiciones de reclusión en España un obstáculo para la ejecución de una orden de detención y entrega? A propósito del “procés” catalán <i>Cristina Rodríguez Yagüe</i> .....	87
Llueve sobre mojado: Puigdemont no será juzgado por rebelión <i>Marta Muñoz de Morales Romero</i> .....	153

## PRESENTACIÓN

Hace unos meses era inimaginable que el proceso independentista pudiera afectar si quiera indirectamente al primer y más exitoso instrumento de reconocimiento mutuo adoptado por la Unión Europea, la archiconocida orden de detención y entrega europea (en adelante OEDE). Pero así ha sido y no sólo desde la óptica de una autoridad judicial de ejecución de un único Estado. La fuga del *ex-president* y de alguno de sus *ex-consellers* permite esbozar un mapa de OEDEs que si se debiera acompañar de una leyenda sería la de “países que han rechazado o van a rechazar la OEDE”; circunstancia que amenaza el funcionamiento del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el seno de la UE.

Primero fue en Bélgica dónde el asunto no presagiaba buenos augurios. En aquel país se formularon los dos argumentos en contra de la entrega: la ausencia de doble incriminación y la violación de derechos fundamentales basado fundamentalmente en un riesgo de persecución política, pero también en otros derechos *a priori* más inverosímiles, pues se llegó incluso a solicitar a España información acerca de las condiciones de reclusión. Puigdemont salió del territorio belga y fue detectado en Alemania donde finalmente se trasladó el caso. No obstante, las euroordenes de algunos de los implicados en el procès se seguían dilucidando en otros países. Las últimas noticias que desde allí llegaron es el rechazo de dichas OEDEs por motivos formales. Junto a la orden de entrega europea no se adjuntó una orden de detención nacional que da pie a la emisión de una OEDE y ello llevó al juez belga a aplicar la STJUE, de 1 de junio de 2016, dictada en el *caso Bob-Dogi*. Parece que el juez de aquel país no ha comprendido el significado que tiene un auto de procesamiento español en los términos del artículo 384 LECrim que confirma el auto de prisión, que ya es en sí mismo una orden de detención.

Otro de los Estados protagonistas es el Reino Unido y, en particular, la jurisdicción escocesa que aplazó la decisión sobre la entrega incumpliendo manifiestamente los plazos de resolución previstos en la normativa europea. A finales de julio de 2018 estaba prevista la vista. Sin embargo, el juez español ha retirado la orden finalizando así el procedimiento.

Ahora bien, es en Alemania donde estaba el mayor interés porque allí se encuentra el ex-presidente Carles Puigdemont. Una negativa de entrega suponía la imposibilidad de juzgarle en España por un delito de rebelión, al que, por el contrario, sí se enfrentan los ex-consejeros que decidieron no huir. Sería muy paradójico castigar más a estos últimos mientras que su cabeza visible elude la justicia. Prescindiendo de cuestiones formales que como se ha indicado están sirviendo de fundamento a otros jueces europeos para eludir el fondo, la pieza del puzzle que ha de encajar es la de la doble incriminación. Los hechos que se alegan en el OEDE deben ser constitutivos de delito también en el ordenamiento del juez de ejecución. La decisión marco habilita a realizar este control. Cuestión distinta es cómo debe realizarse dicho control.

Este libro analiza el principio de doble incriminación en el modelo de cooperación del reconocimiento mutuo, lo cual implica ya abandonar los principios y reglas básicas de la extradición.

En la primera contribución, Luis Arroyo Zapatero ofrece una panorámica de los delitos de traición y rebelión en los ordenamientos europeos y como los demonios familiares de cada cual dan más protagonismo a uno u otro delito. Afirma que de modo al menos abstracto los hechos que se conocen hoy en la investigación realizan tanto los tipos alemanes de la traición como el español de la rebelión.

Adán Nieto Martín, claro defensor de un control hiperlaxo, sostiene que cuando existe identidad normativa entre los dos tipos penales a confrontar (el que se imputa según el ordenamiento del Estado de emisión y el que se compara en el Estado de ejecución), no cabe un análisis más detallado de los elementos constitutivos de la infracción. Ello porque en realizar la doble incriminación solo ampara el rechazo de la cooperación cuando están en juego cuestiones de orden público o identidad nacional. Por ejemplo, se solicita la entrega de una persona por haber cometido incesto y no es posible reconducir los hechos a unos abusos sexuales.

Lorena Bachmaier aboga también por un control abstracto. Lo contrario implicaría vulnerar los propios tratados constitutivos (el principio de reconocimiento mutuo). La primacía de la soberanía como fundamento de la doble incriminación debe dejarse de lado.

En cambio, Marta Muñoz de Morales Romero ofrece una visión distinta: es el principio de soberanía y, más en particular, el juicio normativo sobre lo que es o no constitutivo de delito lo que está detrás del principio de doble incriminación.

Partiendo del enfoque *Grundza*, el control de la doble incriminación exige desnacionalizar los hechos y pasarlos por el filtro del Derecho nacional para dilucidar si por uno u otro tipo penal los hechos narrados en la solicitud son también constitutivos de delito en el Estado de ejecución. Si el juicio normativo permanece inalterado en ambos Estados al cambiar los elementos constitutivos de la infracción, entonces se satisfacen las exigencias de la doble incriminación.

Antonio Javato Martín estudia las posibilidades de que los hechos narrados en la solicitud de entrega puedan ser constitutivos de un delito alemán de quebrantamiento de la paz pública. Tras su análisis llega a la conclusión de que no existe una correspondencia nítida entre este último y el de sedición español.

Por su parte, Jordi Nieva Fenoll se centra en los tres extremos que debe examinar necesariamente el juez de ejecución: los requisitos formales (por ejemplo, la identificación del reo y de la autoridad emisora); la correspondencia de los hechos explicitados por la autoridad de emisión con la categoría delictiva enunciada también en el país del juez de ejecución y la veracidad de los hechos.

A continuación se presenta la contribución de Cristina Rodríguez Yagüe para abordar una cuestión transversal, pero de suma importancia como es si las condiciones de reclusión en España pueden ser un obstáculo para la ejecución de OEDes. Las autoridades belgas ya solicitaron información sobre las mismas amparándose en la STJUE (*asunto Caldararu y Aranyosi*).

Justo antes de ser impreso este libro el *Schleswig-Holsteinsniches Oberlandesgericht* dictó su resolución (12 de julio de 2018) concediendo la entrega para enjuiciar a Puigdemont solo y exclusivamente por el delito de malversación de caudales públicos y no así por el delito de rebelión. El Tribunal Supremo español también se ha pronunciado sobre esta resolución (19 de julio de 2018) reprochando del juez alemán el incumplimiento en la interpretación del principio de doble incriminación y la falta de confianza. Falta de confianza en los jueces alemanes que le ha llevado a retirar las órdenes de detención y entrega europeas de todos los huidos a distintos países de la Unión europea y Suiza. Una breve explicación de la sentencia alemana y de los principales argumentos del juez Larena se ofrece en el último capítulo de esta obra colectiva.

En cualquier caso, este libro contribuye a la construcción teórica y práctica del reconocimiento mutuo y de la euroorden y pone de manifiesto unos hechos que han sorprendido no solo a la justicia española. Es un supuesto ilustrativo de los serios problemas de gestión y traslado de información entre autoridades judiciales de distintos países. Responsabilidad del Estado es también conseguir una mejor comunicación y explicación en Europa de la realidad de la democracia española.

Ciudad Real, a 20 de julio de 2018.



# REBELIÓN Y TRAICIÓN: LOS DIABLOS FAMILIARES DE EUROPA Y LA EUROORDEN. UN PRÓLOGO PARA ALEMANES

**PROF. DR. H. C. MULT. LUIS ARROYO ZAPATERO**

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

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>. 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 automático de un elenco amplio de delitos y cuasi automático en los demás (D.M. 2002/584/JAI, art. 1, ap. 2 y 4) para garantizar la cooperación judicial en la persecución del crimen. Y esta es la cuestión que se debate en los tribunales de Bruselas y de Schlegwig-Holstein en relación con el 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

---

1 COHN, N.: *Europe's inner Demons*, University Chicago Press, Chicago, 1973 y 2ª ed. 1993, Hay versión en español en Alianza 1987.

relación técnica de alternatividad. Es lógico, los problemas para el orden constitucional español desde 1812 han sido los pronunciamientos o alzamientos militares, que han jalonado la historia española durante dos siglos<sup>2</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>3</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>4</sup>.

Los demonios nacionales de Alemania son diferentes<sup>5</sup>. La historia constitucional alemana muestra las tensiones propias de la pluralidad de Estados con tensiones

---

2 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.

3 SOLÉ TURÁ/AJA, E.: *Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936)*, Siglo XXI, Barcelona, 1977.

4 KELSEN, H.: *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Massachusetts, 1945, p. 117.

5 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>a</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, y en este libro.

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 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>6</sup>.

Un caso de parecidas características es precisamente el de Bélgica donde, ante la primera tentativa de solicitud de entrega de Puigdemont, se descubre sorpresivamente 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

---

6 BIEWER, L.: “Der Preussenschlag vom 20. Juli 1932. Ursachen, Ereignisse, Folgen und Wertung”, en *Blätter für deutsche Landesgeschichte*, núm. 119, 1983, p. 159 y sigs.

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 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 ganaran 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>7</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

---

7 Además de los artículos que se publican en este libro 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.

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>8</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, 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 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 hubieren 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

---

8 Puede verse en Obras Completas, IX, Taurus 2009, p. 125 y sigs., especialmente 129 y s.

*fake news* difundieren 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>9</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 resultaría razonablemente obligada. Y no podría 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.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- AMBOS, K.: “Kann Puigdemont doch wegen Rebellion verurteilt werden?”, en *Legal Tribune Online*, 18 de abril 2018.
- BIEWER, L.: “Der Preussenschlag vom 20. Juli 1932. Ursachen, Ereignisse, Folgen und Wertung”, en *Blätter für deutsche Landesgeschichte*, núm. 119, 1983.

---

<sup>9</sup> Sobre todo el proceso v. FREIXES, T.: *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 GASCÓN, D.: *El golpe postmoderno. 15 lecciones para el futuro de la Democracia*, Debate, Barcelona 2018, especialmente p. 109, 142 y 167.

- COHN, N.: *Europe's inner Demons*, University Chicago Press, Chicago, 1973 y 2ª ed. 1993. Hay versión en español.
- FREIXES, T.: *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?».
- 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.
- GASCÓN, D.: *El golpe postmoderno. 15 lecciones para el futuro de la Democracia*, Debate, Barcelona 2018.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: “Alemania, obligada a entregar a Puigdemont por rebelión”, en *El Mundo*, 16 de abril 2018.
- JAVATO MARTÍN, A. M<sup>a</sup>.: *El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado*, Comares, Granada 2005 y “Las dificultades del delito de rebelión”, en *El País* 12 de abril 2018.
- KELSEN, H.: *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Massachusetts, 1945, p. 117.
- KUBICIEL, M.: “Eine Ehrenrettung der spanischen Justiz”, en *Legal Tribune Online*, 6 de abril 2018.
- SOLÉ TURA, J./AJA, E.: *Constituciones y periodos constituyentes en España (1808-1936)*, Siglo XXI, Barcelona, 1977.

# RECONOCIMIENTO MUTUO, ORDEN PÚBLICO E IDENTIDAD NACIONAL: LA DOBLE INCRIMINACIÓN COMO EJEMPLO

ADÁN NIETO MARTÍN

Catedrático de Derecho penal. UCLM.

Las órdenes de detención y entrega cursadas en relación con el *procés* constituyen una prueba de stress para el sistema europeo de cooperación judicial<sup>1</sup>. Aunque formalmente la cuestión parece girar en torno a una cuestión meramente técnica como es la noción de doble incriminación, existe un debate mucho más de fondo en el que se oyen voces que consideren que el reconocimiento mutuo en estos supuestos va demasiado lejos<sup>2</sup>. Igualmente, y de otro lado, no puede negarse que en España algunos pueden sentirse decepcionados con el funcionamiento de la euroorden y que esta decepción puede traducirse, en el ámbito judicial, en la introducción de restricciones que respondan a la lógica del principio de reciprocidad. Existe también la impresión de que las decisiones de los jueces belgas o escoceses muestran en realidad una desconfianza hacia las instituciones de la justicia española, y muy particularmente a la independencia del poder judicial. Es difícil entender que la primera respuesta de los jueces belgas fuese solicitar

---

1 Es ilustrativa de esta atmósfera el debate que suscitó en el *Verfassungsblog* la entrada de SARMIENTO, D.: *The Strange (German) Case of Mr. Puigdemont's European Arrest Warrant*, 11 Apr. 2008. (<https://verfassungsblog.de>).

2 Vid. Editorial, *European Criminal Law Review*, nº 3, 2017.

información acerca del estado de las prisiones<sup>3</sup>. Más difícil aún de entender es la negativa a cursar las peticiones de ayuda por una cuestión meramente técnica<sup>4</sup> y que manifiesta una voluntad de no cooperación.

Esta situación de tensión puede generar una marcha atrás en la cooperación judicial y con ello de rebote poner en peligro uno de los pilares básicos de la UE como es la desaparición de las fronteras y la libre circulación de personas. En cualquier caso, y aunque lo más probable es que no se llegue a estos extremos, la crisis actual debida sin duda a un caso extremo debe ser aprovechada para reflexionar acerca de los fundamentos y los límites del reconocimiento mutuo. En este sentido, lo primero que debería hacerse es una lectura en clave constitucional del art. 82 del TFUE<sup>5</sup>.

Este precepto contiene una cesión importante de soberanía estatal en un marco que está a caballo entre lo jurídico y la política exterior: los estados miembros ceden a la UE sus competencias para que ésta regule sobre la base del principio de reconocimiento mutuo la cooperación judicial en materia penal. La cooperación judicial clásica, y muy particularmente la extradición, constituye una institución jurídica que regula las relaciones entre estados soberanos situados en pie de igualdad, cuyos márgenes para determinar cuándo se entrega o se coopera son determinados de manera autónoma. Aunque los estados firmen, en virtud precisamente de esta autonomía, convenios bilaterales o multilaterales que juridifican los términos mediante los cuáles cooperan, al final los aspectos de política exterior de la extradición, y con ello de ejercicio de la soberanía, pueden aparecer en cualquier momento.

La situación es muy distinta en el marco del espacio común de justicia europeo. Los estados ya no cooperan como soberanos, porque precisamente han cedido su soberanía en este punto a la Unión. Por esta razón la fase política de la cooperación desaparece y se establece un mecanismo exclusivamente judicial. Desde esta cesión de soberanía debe comprenderse también sentencias como *Melloni*. No son las constituciones nacionales, ni los derechos fundamentales que en ellas se consagran los llamados a establecer las garantías de los procedimientos de cooperación, sino los derechos fundamentales del TUE. Dicho de otro modo: en el marco del reconocimiento mutuo los ciudadanos dejamos de ser ciudadanos nacionales; nuestra carta de ciudadanía es la europea.

---

3 Para un análisis de la forma de comportarse de los jueces belgas vid. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. “¿Cómo funciona la orden de detención y entrega europea? El caso del *ex-president* y sus *consellers* como ejemplo”, *Diario La Ley*, nº 9096, 2017.

4 GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO, N., *Euro(des)orden: dos bofetadas. La endeble estructura de la euroorden ha hecho fracasar el espacio europeo de justicia*, El País, 23 Mayo 2018 ([https://elpais.com/elpais/2018/05/22/opinion/1527007552\\_826812.html](https://elpais.com/elpais/2018/05/22/opinion/1527007552_826812.html))

5 Es imprescindible la lectura de BURKHARD, C.: *Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung. Zur justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union im Lichte des Unionsverfassungsrechts*, München, Habilitation an der Ludwig-Maximilians-Universität (2015).

La aplicación del principio de *ne bis in idem* muestra con claridad hasta qué extremo el espacio judicial ha abandonado el terreno de las relaciones entre estados soberanos, en este marco el *ius puniendi* estatal no se deja de utilizar por el mero hecho de que uno de ellos haya sido el más rápido en la imposición de la sanción. El *ne bis in idem* europeo representa frente al modelo soberanista de cooperación judicial reconocimiento mutuo en estado puro: la sanción impuesta por el juez del estado A pasa a tener efectos en toda la Unión sin necesidad de acto judicial.

Más la cesión de soberanía que los estados han hecho a la Unión a través del art. 82 TFUE, no ha sido para que ésta regule la cooperación judicial de cualquier manera, sino de acuerdo con un modelo concreto de cooperación: el basado en el principio de reconocimiento mutuo. Este hecho es importante porque impone un límite material a las directivas o reglamentos que basados en el art. 82 TFUE. Si el legislador comunitario decide dar marcha atrás y regular la cooperación judicial con normas que se aparten de este principio, su regulación sería contraria al Tratado. El art. 82 TFUE contiene de este modo una prohibición de regreso, una cláusula de no regresión, a los tiempos de la extradición. Asimismo, el art. 82 obliga a los jueces que apliquen las normas de reconocimiento mutuo el deber de realizar una interpretación conforme al derecho de la UE. Una interpretación con las “lentes de pensar” de la extradición es contraria al Tratado.

Esta dimensión constitucional resulta determinante para entender la interpretación del principio de doble incriminación que se recoge en el art. 2.4 de la Decisión marco por la que se regula la orden de detención europea y que está siendo objeto de discusión. No obstante, para captar mejor el significado del principio es preciso dar una vuelta de tuerca más y exponer los fundamentos básicos del reconocimiento mutuo.

El primero de ellos es la igualdad de trato: las decisiones judiciales del país A pidiendo cooperación, deben tratarse de manera similar que las decisiones de auxilio judicial interna. De manera similar, no significa de idéntica. La igualdad de trato absoluta –como hemos visto ocurre con el *ne bis in idem*– hubiera significado que los jueces del país A pudieran dirigirse directamente a los policías o la administración de otro estado para recabar la ayuda. Frente a esta posibilidad y debido a los intereses en juego, se ha considerado oportuno mantener la necesidad de intervención judicial en el estado de ejecución. No obstante, esta actividad judicial es a la luz del resto de fundamentos del principio extraordinariamente reducida y cualitativamente distinta a la que tiene lugar en el modelo clásico de cooperación.

En efecto, el reconocimiento mutuo implica como segundo rasgo la automaticidad, que resulta imprescindible para acortar los tiempos de la cooperación judicial y garantizar su eficacia. La automaticidad ha llevado a reducir al máximo la información que los jueces del estado de emisión deben dar a los del estado de

ejecución para acceder a la cooperación. Basta que rellenen un formulario. Como indica el propio Manual de la UE para la ejecución de la orden de entrega, cualquier petición de información ulterior debe ser excepcional<sup>6</sup>. En aras a la automaticidad los controles y causas de denegación son mínimos y, en cualquier caso, deben ser susceptibles de comprobarse con rapidez. Cualquier restricción de la automaticidad afecta significativamente al efecto útil del principio y debe tener por ello una justificación muy fuerte.

El tercer fundamento es el respeto a la autonomía de cada ordenamiento. El reconocimiento mutuo implica dar validez a decisiones judiciales, aunque existan diferencias en el derecho en el que se fundamentan. El reconocimiento mutuo es una opción distinta a la armonización. Debe aplicarse pese a la ausencia de homogeneidad y ahí reside precisamente su virtud. Lógicamente la autonomía debe detener algún contra límite. Lo tiene en el caso de la libre circulación de mercancías: la protección del consumidor, del medio ambiente, de la salud etc., por lo que con más razón debe tenerlo en un espacio mucho más delicado para los derechos fundamentales como es el judicial. En este punto radica uno de los problemas centrales de la construcción actual, que como señalaré después puede solucionarse a través de contrapesos que atiendan a una lógica similar.

Para entender la amplitud o intensidad que deben tener dichos contrapesos es preciso, finalmente, atender al cuarto fundamento: la división de trabajo. El reconocimiento mutuo es rápido y seguro porque obedece a una división del trabajo asentada en la confianza: los jueces dan por sentado que sus homólogos son competentes y actúan conforme a las reglas del Estado de derecho. A esta confianza ayuda el paraguas común de la Convención Europea de Derechos del Hombre y su Tribunal. Desde luego, la confianza puede cuestionarse, pero sólo en circunstancias excepcionales, tal como el TJUE ha establecido en *Aranyosi-Caldararu*<sup>7</sup>.

Analizados los pilares del reconocimiento mutuo y su sentido constitucional, es hora de pensar en posibles reformas que impliquen una mayor profundización en este modelo de cooperación. Para algunos, el problema de la doble tipificación que ha generado la orden de detención sobre los políticos catalanes debiera solucionarse con mayor armonización. Incrementar la homogeneidad es también la respuesta que otros proponen para la falta de confianza<sup>8</sup>.

---

6 *Handbook on how to issue and execute a European Arrest Warrant*, Brussels, 28.9.2017 C(2017) 6389 final, p. 27.

7 Para un análisis en profundidad de esta decisión vid. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: “Dime cómo son tus cárceles y ya veré yo si coopero. Los casos Caldararu y Aranyosi como nueva forma de entender el principio de reconocimiento mutuo”, in *Indret. Criminología y Sistema de Justicia Penal*, 1/2017.

8 OLLÉ, M., *Las contradicciones de la orden de detención*, El País, 17 Apr. 2018.

No soy contrario a la armonización, pero como hemos indicado el reconocimiento mutuo supone una estrategia que camina en la dirección opuesta. Homogeneizar la parte especial del CP, llegando a figuras como la rebelión, cae fuera de las competencias de la UE, además de ser tarea prácticamente imposible. Tampoco la cuestión de la confianza mutua se soluciona con más armonización. La confianza sirve para orientar nuestra actuación en situaciones en las que existen riesgos desconocidos. El ordenamiento jurídico de un país no es algo en lo que se pueda tener o no confianza porque se puede saber exactamente cuál es la regulación existente. La confianza en realidad tiene que ver con cuestiones meramente fácticas difícilmente constatables como la capacidad de los jueces (y no el derecho que aplican) o el estado de las prisiones (y no el derecho penitenciario).<sup>9</sup> El incremento de la confianza por ello debe buscarse a través de iniciativas distintas a la armonización como más información o promoviendo los contactos entre jueces europeos, a través por ejemplo de una suerte de Erasmus judicial.

A mi juicio, las principales carencias del sistema actual del reconocimiento mutuo es la falta de reflexión acerca del significado que han de jugar conceptos como el de orden público o identidad nacional.<sup>10</sup> Es como si en esta materia estuviéramos a la espera de nuestro *Cassis Dijon*, pues los conceptos aludidos vendrían a ser funcionalmente equivalentes a las limitaciones que operan ya desde esta célebre sentencia en la libre circulación de mercancías o servicios. El orden público europeo permitiría un control efectivo en la aplicación de los derechos fundamentales en el reconocimiento mutuo y el TJUE tendría en su mano la interpretación última de este concepto. La identidad nacional vendría a suponer, por su parte, una restricción complementaria a la anterior basada en el respeto a la identidad nacional que proclama el art. 4.2 del TFUE. Este concepto no es ajeno a la libre prestación de servicios como demostró el TJUE en el famoso caso *Omega*, que implicaba reconocer la singular comprensión de la dignidad personal en la Constitución alemana para oponerse a la comercialización en Alemania de un video juego que simulaba acabar con vidas humanas.

Como ocurre a menudo con los principios estos subyacen ya en determinadas disposiciones de las normas de reconocimiento mutuo, la función del jurista es descubrirlos y a partir de ahí dar sentido a su interpretación. Esto es precisamente lo que ocurre a mi juicio con la doble incriminación que en el marco del reconocimiento mutuo debe entenderse como expresión de la identidad nacional. A la luz de este

---

<sup>9</sup> Cfr. CAEIRO, P., *Una nota sobre reconocimiento mutuo y armonización penal sustantiva en la Unión Europea*, en ARROYO JIMÉNEZ, L./NIETO MARTÍN, A.: *El reconocimiento mutuo en el derecho español y europeo*, Marcial Pons, 2018.

<sup>10</sup> Vid. European Criminal Policy Initiative (2014): *A Manifesto on European Criminal Procedure Law*, Stockholm, Skrifter utgivna av juridiska fakulteten vid Stockholms Univesitet.

criterio cobra sentido tanto el significado de la doble incriminación en el reconocimiento mutuo, como la labor que el juez del estado de ejecución debe realizar.

Desde luego, y como ya puso de manifiesto el TJUE en *Advocaten Voor Der Wereweld* el fundamento de la doble incriminación no reside en el respeto al principio de legalidad<sup>11</sup>. La cooperación judicial es ayuda en el ejercicio del *ius puniendi* de otro Estado cuyo ordenamiento es el que debe garantizar el principio de legalidad, de lo que se deduce sin esfuerzo que el control de la doble incriminación en concreto, descendiendo a si los hechos serían o no concretamente punibles conforme a un determinado delito, carece de sentido.

El sentido de la doble incriminación no es otro que dejar fuera de la cooperación hechos que en modo alguno podrían ser considerados delictivos conforme al derecho del estado de ejecución, porque no entrañan ningún tipo de desvalor jurídico y además cooperar en ellos supondría atentar contra principios y elecciones de política criminal básicas en un Estado.<sup>12</sup> Es una razón muy similar a la no cooperación en los casos en que los hechos hayan sido cometidos por una persona menor de edad, cuando en el estado de ejecución no cabría en modo alguno su juzgamiento. La identidad nacional explica también porque incluso en el caso de la lista positiva de delitos se indica por ejemplo que los estados pueden negarse a la entrega por homicidio cuando los hechos conforme a su sistema conformen un caso de eutanasia o de aborto.

Entendida como un supuesto de afirmación de la identidad nacional, la labor judicial en la doble incriminación resulta distinta cualitativamente a la operación tradicional de subsunción de los hechos en un tipo penal, entre otras cosas porque exige del juez que se esfuerce en buscar una solución favorable de la entrega. El TJUE ha comenzado a esbozar en sus asuntos *Grundza y Piotrowski* la forma en que ha de comprobarse la doble tipificación, pero habrá que ir perfilando su actividad de manera dialogada con el TJUE a través de la cuestión prejudicial.

Daré algunos ejemplos con el fin de captar mejor el binomio identidad nacional-doble incriminación. Por ejemplo, si un tribunal alemán pidiera cooperación a España por un delito de incesto, que aún subsiste en el derecho penal alemán, el juez español antes que acudir a la identidad nacional, debería comprobar si los hechos pueden ser tipificados por abusos sexuales. Y sólo si esto no es posible en el caso concreto, decidir que la entrega violaría la doble incriminación-identidad nacional, pues es radicalmente contrario a los presupuestos de nuestro derecho penal crimina-

---

11 Vid. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. “Doble incriminación a examen: Sobre el caso Puigdemont y otros supuestos”, Cuadernos de Política Criminal, forthcoming in 2018.

12 Vid. ya en igual sentido ASP, P./VON HIRSCH, A./FRÁNDE, D.: “Double criminality and transnational investigative measures in EU Criminal Proceedings: Some Issues of Principle”, en *Zis* 11/2006.

lizar las relaciones sexuales consentidas entre hermanos adultos. Otro ejemplo más: Alemania podría solicitarnos una orden de detención por un supuesto de delito fiscal con una cantidad defraudada inferior a 120.000 €, que como es sabido constituye el límite a partir del cual el delito fiscal en nuestro país pasa a ser una infracción administrativa; España debiera conceder la entrega porque desde luego aquí nada afecta a su identidad nacional<sup>13</sup> y los hechos constituyen una infracción administrativa substancialmente idéntica al delito fiscal.

Otra consecuencia más de la lectura de la doble incriminación con los lentes de la identidad nacional es que haya que dejar aparcadas totalmente consideraciones que tienen que ver con la apreciación de causas de justificación, de exculpación o que supongan ejercicios de valoración complejos de determinados elementos típicos. Realizar una valoración compleja, no solo carece de sentido desde el punto de vista de la identidad nacional, sino que además es contraria a los fundamentos básicos del reconocimiento mutuo. Comprobar la imputación objetiva entre la muerte y el resultado contradice la división de trabajo, porque se supone que esta es tarea del juez del país de emisión, como lo es también el asegurar que existen pruebas suficientes, razón por la cual resulta contrario de raíz a este principio pedir información acerca del material probatorio. Igualmente contradice la autonomía, porque impide a cada ordenamiento mantener por ejemplo su propia noción de conceptos como el de violencia, intimidación o engaño. Pero también finalmente es contraria al carácter automático y al efecto útil del principio, porque requeriría una gran cantidad de información adicional.

La decisión de los jueces alemanes de analizar en concreto la existencia de “violencia” en el contexto del delito de rebelión supone un error similar a analizar la imputación objetiva en el homicidio o el carácter bastante del engaño en la estada. La labor de los jueces alemanes debería haberse centrado en comprobar que el tipo alemán y el español de rebelión son substancialmente idénticos. De otra manera, en los casos de identidad substancial en abstracto de los tipos penales se corre el peligro de un análisis mucho más detallado. Además, resultaría sorprendente el que los hechos por los que se pide la entrega resultaran contrarios a la identidad nacional. Es difícil imaginar que juzgar la convocatoria de un referéndum absolutamente ilegal, utilizando para su realización la policía autonómica y generando un riesgo de confrontación –de violencia– altísimo con la policía estatal constituya un hecho contrario a la identidad nacional de un estado.

---

13 Vid. el ejemplo en MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. “Doble incriminación a examen: Sobre el caso Puigdemont y otros supuestos”, *Cuadernos de Política Criminal*, en prensa.

Una cuestión enteramente diferente es si estos hechos constituyen un delito de rebelión conforme al código penal español, algo que lógicamente puede discutirse. Sin embargo, esta es una tarea que le corresponde a los jueces españoles.

En conclusión, la denegación de la entrega del ex-Presidente Puigdemont viola la autonomía del derecho español, la división de tareas en la que descansa el principio de confianza legítima y la automaticidad del principio de reconocimiento mutuo, por ello es contraria al art. 82 del TFUE.

## BIBLIOGRAFÍA

- BURKHARD, C., *Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung. Zur justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union im Lichte des Unionsverfassungsrechts*, München, Habilitation an der Ludwig-Maximilians-Universität (2015).
- CAEIRO, P., *Una nota sobre reconocimiento mutuo y armonización penal sustantiva en la Unión Europea*, en ARROYO JIMÉNEZ, L./NIETO MARTÍN, A., *El reconocimiento mutuo en el derecho español y europeo*, Marcial Pons, 2018.
- European Criminal Policy Initiative (2014): *A Manifesto on European Criminal Procedure Law*, Stockholm, Skrifter utgivna av juridiska fakulteten vid Stockholms Univesitet.
- GONZÁLEZ CUÉLLAR-SERRANO, N., *Euro(des)orden: dos bofetadas. La endeble estructura de la euroorden ha hecho fracasar el espacio europeo de justicia*, El País, 23 Mayo 2018 ([https://elpais.com/elpais/2018/05/22/opinion/1527007552\\_826812.html](https://elpais.com/elpais/2018/05/22/opinion/1527007552_826812.html))
- MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. “¿Cómo funciona la orden de detención y entrega europea? El caso del *ex-president* y sus *consellers* como ejemplo”, *Diario La Ley*, nº 9096, 2017.
- MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. “Doble incriminación a examen: Sobre el caso Puigdemont y otros supuestos”, Cuadernos de Política Criminal, en prensa.
- MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: “Dime cómo son tus cárceles y ya veré yo si coopero. Los casos Caldararu y Aranyosi como nueva forma de entender el principio de reconocimiento mutuo”, in *Indret. Criminología y Sistema de Justicia Penal*, 1/2017.
- OLLÉ, M.: *Las contradicciones de la orden de detención*, El País, 17 Apr. 2018.
- SARMIENTO, D.: *The Strange (German) Case of Mr. Puigdemont's European Arrest Warrant*, 11 Apr. 2008. (<https://verfassungsblog.de>).

# **ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA, DOBLE INCRIMINACIÓN Y RECONOCIMIENTO MUTUO A LA LUZ DEL CASO PUIGDEMONT**

**LORENA BACHMAIER**

Catedrática Derecho Procesal. Universidad Complutense Madrid

## **I. INTRODUCCIÓN**

No es habitual que el funcionamiento de un instrumento de cooperación en asuntos penales, como es la orden de detención y entrega europea (OEDE), ocupe las portadas de la prensa en varios Estados miembros de la Unión Europea. Sin embargo, el caso relativo a la orden de detención europea emitida contra Carles Puigdemont, acusado de los delitos de rebelión, sedición y malversación de caudales públicos ha suscitado el interés general de la ciudadanía, y por tanto se ha reflejado en la prensa tanto nacional como internacional. Las circunstancias que rodean a la ejecución de la OEDE emitida frente al Sr. Puigdemont y otros políticos catalanes, nos lleva a comentar este asunto, respecto del cual acaba de dictarse resolución por parte del Tribunal alemán<sup>1</sup>.

Sin entrar a analizar los concretos hechos que dan lugar a la imputación y sin entrar tampoco a valorar cada una de las decisiones que se han ido adoptando por los diversos tribunales –españoles, belga y alemán– en cada una de las fases de este complejo caso, mi intención es reflejar aquí algunas cuestiones que se suscitan en relación con el principio de reconocimiento mutuo en el Espacio Europeo

---

1 *Beschluss* del *Oberlandesgericht* de Schleswig-Holstein de 12 de julio de 2018.

de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ). Quiero dejar claro que no me pronuncio acerca de si los hechos sucedidos en relación con la declaración de independencia y la celebración de una especie de referéndum o consulta, son constitutivos de rebelión o no, al igual que desconozco cuál sería la implicación de cada uno de los acusados.

Al margen de cualquier consideración política de los hechos que condujeron a la acusación del Sr. Puigdemont en este caso –que, repito, no entro a valorar–, y sin pretender criticar ninguna decisión judicial concreta de los tribunales, mi propósito es cuestionar cuáles son las razones de mantener una estricta comprobación de la doble incriminación en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, donde el principio de reconocimiento mutuo ha sido definido como “la piedra angular” sobre la cual ha de basarse la cooperación judicial. Me centraré en la decisión adoptada por el tribunal alemán del *Land* de Schleswig-Holstein excluyendo de la ejecución de la OEDE el delito de rebelión por faltar el requisito de la doble incriminación.

Dejo al margen la también controvertida decisión adoptada por los tribunales belgas en relación con la OEDE emitida para la entrega de otros sujetos procesados también por delitos relacionados con el referéndum ilegal y los delitos de sedición y malversación. Baste señalar que la decisión adoptada hasta ahora por las autoridades belgas ha rechazado la ejecución de las OEDes por motivos formales. En concreto, se afirma que falta una orden de detención nacional que sirva de fundamento a la OEDE. El tribunal belga, aplicando la jurisprudencia del TJCE en el caso C 241/15 *Niculaie Aurel Bob-Dogi* de 1 de junio de 2016,<sup>2</sup> sostiene que procede denegar la ejecución de las OEDes emitidas por España. En la medida en que no he podido acceder a esa resolución, me abstengo de realizar cualquier comentario crítico sobre la misma. Pero de ser ese el motivo que ha llevado al tribunal a rechazar la ejecución, no puede sino obedecer a una errónea comprensión del significado del auto de procesamiento (art. 384 LECrim) que confirma el auto de prisión, pues el mismo constituye una orden de detención. Y, en todo caso, las objeciones de carácter formal, lo normal es que se resuelvan por vía de consultas y subsanación previas entre órgano de ejecución y de emisión, con el fin de intentar subsanar un posible defecto de forma. No ha de olvidarse que la denegación por motivos formales da lugar a que el órgano emisor emita nuevamente la OEDE, corrigiendo –si procediera– el defecto formal apreciado. Por lo que, el rechazo inicial da lugar únicamente a una demora en la decisión sobre el fondo. Ese modo de proceder parece ser contrario a la voluntad de cooperar de forma ágil.

---

2 ECLI: EU: C: 2016: 385.

## II. CONTROL DE LA DOBLE INCRIMINACIÓN Y PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO

Conviene recordar brevemente algunos hechos relativos a la OEDE sobre la que acaba de decidir el tribunal alemán. El 21 de marzo de 2018, el Tribunal Supremo español remitió a las autoridades finlandesas una OEDE solicitando la entrega del Sr. Puigdemont con el objetivo de ser juzgado en España. Recuérdese que el acusado había abandonado el territorio español en octubre de 2017 para evitar su detención y desde entonces se encontraba huido de la justicia española. Antes de que la OEDE pudiera ejecutarse en Finlandia –y quizás para evitar ser detenido en el aeropuerto o mientras abordaba el barco para cruzar a Suecia– el acusado emprendió por la noche el regreso desde Helsinki a Bruselas en dirección al norte, a través de Laponia. Después de atravesar Suecia y Dinamarca, fue detenido por la policía alemana a los pocos kilómetros de atravesar la frontera alemana.<sup>3</sup>

La competencia para decidir la ejecución de la OEDE recayó sobre el Tribunal Superior del *Land (Oberlandesgericht) Schleswig Holstein*.<sup>4</sup> El 5 de abril de 2018 este Tribunal emitió una decisión preliminar en la que rechazaba la admisibilidad de la orden de detención europea por el delito de rebelión, estableciendo en esa fase preliminar del procedimiento –y en un tiempo sorprendentemente breve–,<sup>5</sup> que respecto de ese delito no se cumplía el requisito de la doble incriminación. El pronunciamiento contenido en esta decisión preliminar se ha visto confirmado en la decisión –ya definitiva– de 12 de julio de 2018. Aquí, sólo abordaré algunos de los aspectos que dicha decisión suscita en abstracto, si bien haré referencia a ciertos hechos del caso concreto.

El punto crucial de la ejecución de esta orden de detención europea gira en torno a la cuestión del requisito de doble incriminación. El art. 2.2. de la Decisión Marco OEDE establece que en relación con los 32 delitos que se enumeran en ese artículo se dará lugar a la entrega, en virtud de la orden de detención europea, sin control de la doble tipificación. Para los delitos no incluidos en la lista de 32 en el artículo 2.2 DM OEDE<sup>6</sup>.

---

3 Información publicada por “El Confidencial”, [https://www.elconfidencial.com/espana/2018-04-06/puigdemont-laponia-carretera-finlandia\\_1546090/](https://www.elconfidencial.com/espana/2018-04-06/puigdemont-laponia-carretera-finlandia_1546090/), (acceso el 8.6.2018).

4 Conforme a lo dispuesto en el artículo 13 (competencia objetiva) y al artículo 14 (competencia territorial) de la legislación alemana relativa a la cooperación internacional en material penal (*Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen* (IRG), de 23 de diciembre de 1982, tras la última reforma de 27 de agosto de 2017).

5 La detención se produjo el domingo 25 de marzo y la decisión del tribunal se hizo pública el 5 de abril de 2018 transcurridos por tanto sólo 10 días. Teniendo en cuenta, además que sábado y domingo son días no-laborables, llama la atención que una decisión de tal relevancia se adoptara en un espacio de tiempo tan breve.

6 Acerca la jurisprudencia del TJUE en materia de la OEDE, vid. BACHMAIER, L., “Cooperación judicial penal”, en BENEYTO PÉREZ, J.M. et al (coords.), *Colección Tratado de Derecho*

“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.” (art. 2.4. DM OEDE)

Por tanto, la DM OEDE permite a los Estados Miembros controlar el control de ese requisito. La falta de doble tipificación no constituye conforme a la DM EU un motivo de denegación, sino que el derecho europeo deja margen a los Estados Miembros para que puedan controlar la doble tipificación.

Si bien la DM OEDE prevé motivos de denegación de carácter obligatorio y motivos de denegación de la ejecución de carácter opcional o potestativos, al trasponerse a la legislación interna de los Estados miembros, los motivos opcionales han adquirido carácter obligatorio: el término “podrá denegarse” se ha traspuesto en la práctica totalidad de los casos en “se denegará” sin dejar margen de actuación a los jueces para decidir en cada caso. Si bien el requisito de la doble incriminación no está técnicamente configurado como motivo de denegación, sino como requisito cuya concurrencia pueden exigir los Estados miembros (EM), su ausencia de ordinario da lugar a la denegación de la ejecución. Así sucede también en la legislación alemana<sup>7</sup>.

El hecho de que los motivos de denegación facultativos se hayan transformado en obligatorios en la legislación interna de los EM es una circunstancia que se ha puesto de relieve por la doctrina en numerosas ocasiones<sup>8</sup>, y también se reflejó en el informe del Parlamento Europeo relativo a la revisión de la regulación de la OEDE. Este informe elaborado por el Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo (LIBE)<sup>9</sup> se tomó como base para la adopción de la

---

y *Políticas de la Unión Europea*, vol. VIII: *Ciudadanía Europea y Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, Cizur Menor, 2016, pp. 329-386, p.333 ss.; KLIMEK, L., *European Arrest Warrant*, Cham, 2015, pp. 221 y ss. *Vid.* también DE AMICIS, G., “Initial views of the Court of Justice in the European Arrest Warrant: towards a uniform Pan-European interpretation”, *EUCLR*, 1/2012, vol.2, pp. 47-60.

<sup>7</sup> Conforme al artículo 81.4 de la IRG alemana en los supuestos previstos en la DM OEDE no se comprobará la concurrencia de la doble incriminación, por lo que *sensu contrario*, en todos los demás casos, la extradición queda sometida a que se cumpla ese requisito.

<sup>8</sup> Por todos, FICHERA, M., *The implementation of the European Arrest Warrant in the European Union: law, policy and practice*, Cambridge-Antwerp, 2011, p. 176.

<sup>9</sup> Report with recommendations to the Commission on the review of the European Arrest Warrant (2013/2109(INL) of the Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs de 28.1.2014. Este informe se basaba a su vez en el estudio “Revising the European Arrest Warrant. European Added Value Assessment accompanying the European Parliament’s Legislative own-Initiative Report”, del *European Parliamentary Research Service*, Bruselas 2014, [www.europarl.europa.eu/committees/en/studies.html](http://www.europarl.europa.eu/committees/en/studies.html).

Resolución adoptando las recomendaciones del Parlamento Europeo<sup>10</sup>. La posición del Parlamento fue crítica frente al modo en que se había realizado la transposición de los motivos de denegación facultativos en obligatorios, pues no favorecía la cooperación judicial ni el principio de reconocimiento mutuo. Ello no obstante, la situación no ha cambiado desde que se emitiera ese informe.

En el presente caso, puesto que el delito de rebelión no se incluye en el listado de los 32 delitos respecto de los que se excluye el control de la doble tipificación, en aplicación de su legislación interna, el tribunal alemán antes de ejecutar la entrega no solo puede, sino que debe comprobar si los actos descritos en la OEDE emitida por el juez Llarena también son constitutivos de delito. Tal comprobación es independiente del hecho de que el sujeto requerido sea o no residente en Alemania ni tampoco incide el hecho de que no sea nacional de ese país. El control de la doble tipificación no sólo es conforme con lo previsto en la DM OEDE, sino que el tribunal alemán está obligado a comprobarlo, pues así lo exige su legislación interna.

No voy a ahondar aquí en el análisis de los elementos del delito, ni tampoco en valorar si los delitos de rebelión y sedición regulados en los arts. 472 y 544 del Código Penal español se corresponden con el delito de *Hochverrat* (alta traición) del art. 81 del Código Penal alemán (*Strafgesetzbuch*); o si los hechos encajarían en el delito de *Nötigung von Verfassungsorgane* (coerción sobre las instituciones constitucionales) o tipificado en el art.105 del Código Penal alemán o *Landesfriedensbruch*.<sup>11</sup> Sí interesa destacar aquí que conforme a la jurisprudencia alemana, para apreciar la doble tipificación a efectos de la extradición de un sujeto no es suficiente que en ambos Estados –de emisión y de ejecución– existan normas penales semejantes o incluso iguales. Conforme a la práctica establecida en Alemania los tribunales, en el ejercicio del control de la doble tipificación, han

---

10 Resolución de 27 de febrero de 2014 con recomendaciones a la Comisión para la revisión de la Orden de Detención Europea.

11 Para un análisis de los elementos de estos delitos con el fin de comprobar si en el presente caso se cumpliría el requisito de la doble incriminación, vid., entre otros, GARCÍA, O., “Puigdemont wird so bald nicht ausgeliefert”, Blog *De legibus* de 26 de marzo de 2018, accesible en, <https://blog.delegibus.com>; GAZEAS, N. “Anmerkung zu dem Beschluss vom 5.4.2018”, *Neue Juristische Wochenschrift-aktuell* 19/2018, pp. 14 y ss.; Heger, M., “Einige Anmerkungen zum Auslieferungshaftbefehl in der causa Puigdemont”, *ZIS* 5/2018, pp. 185-189; GIMBERNANT, E. “Alemania, obligada a entregar a Puigdemont por rebelión”, publicado en *El Mundo* el 16 de abril de 2018, accesible en <http://www.elmundo.es/opinion/2018/04/16/5ad34048268e3ee23d8b45d9.html> (última consulta junio 2018). Citando a este último autor vid. también AMBOS, K. “Auslieferung des katalanischen Separatistenführers Kann Puigdemont doch wegen Rebellion verurteilt werden?”, *LTO (Legal Tribune On-Line)* de 18.4.2018, accesible en: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/puigdemont-separatistenfuehrer-auslieferung-europaeischer-haftbefehl/>. Para un estudio completo de estas OEDes y el requisito de la doble incriminación vid. el excelente trabajo de MUÑOZ DE MORALES ROMERO M., “Doble incriminación a examen: Sobre el caso *Puigdemont* y otros supuestos”, 2018 (en prensa).

de comprobar si los actos descritos en la OEDE o en la solicitud de extradición también serían punibles en Alemania. Esto implica que incluso aunque exista el mismo delito en el Código penal español y en el alemán, aunque se cumpla la doble tipificación en sentido abstracto, los tribunales alemanes entienden que ha de comprobarse si los hechos concretos serían perseguibles conforme a sus normas penales. Para ello proceden a realizar un análisis de los hechos, con el fin de comprobar si pueden subsumirse en los tipos previstos en su legislación nacional, y solo si existe antijuridicidad y culpabilidad, entonces entienden que se cumple el requisito de la doble incriminación.

La cuestión que suscita el presente caso es si esta interpretación del principio de la doble incriminación en el contexto de la orden de detención europea es conforme con los principios de primacía y efectividad del derecho europeo. Es incuestionable que la autoridad alemana de ejecución ha de verificar el requisito de doble incriminación, pero ¿con qué parámetros y en qué profundidad? ¿Cuál es el fundamento que justifica que el tribunal requerido realice un control tan minucioso de la doble incriminación en el ámbito de la ejecución de una orden de detención europea en la Unión Europea?

Si bien pudiera entenderse que la jurisprudencia alemana realice ese control en procesos de extradición ¿debe mantenerse el mismo criterio en el ámbito de la Unión Europea?. Siendo la práctica que este control de la doble tipificación se realice *in concreto*, no deja de ser revelador que en 2016 no hubiera ni un solo asunto en el que las autoridades judiciales alemanas denegaran la ejecución de una OEDE por falta de doble incriminación<sup>12</sup> y que, en general, sean muy pocos los supuestos en los que la ejecución de una OEDE sea denegada.<sup>13</sup> Pero, obviamente, el presente caso también es excepcional, pues nunca antes se había planteado una extradición o una OEDE por un delito de alta traición o rebelión.

El control de la doble tipificación en el ámbito de la extradición está relacionado con una noción tradicional del concepto de soberanía nacional, a menudo vinculado no sólo con la protección de los valores nacionales de un Estado, sino también con la protección de sus ciudadanos nacionales. La exigencia de la doble incriminación en la cooperación judicial internacional ha encontrado justificación en diversos motivos. Entre esos motivos se encuentran: la cortesía (*comity*)

---

12 Vid. “Statistische Angaben für Erfahrungen mit dem Europäischen Haftbefehl im Jahre 2016” elaborado por el Ministerio de Justicia de Alemania en 2017.

13 Vid. los datos publicados por la Red Judicial Europea, en “Respuestas al cuestionario sobre información cuantitativa sobre el funcionamiento práctico de la orden de detención europea. Año 2015, publicado el 28 de septiembre de 2017”, accesible en <https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libdocumentproperties.aspx?Id=2025> (consultado en junio de 2018): de las 1.635 personas arrestadas en Alemania en cumplimiento de una orden de detención europea, solo en 195 casos las autoridades judiciales alemanas denegaron la ejecución de la entrega (12, 11%).

internacional; la prevención de conflictos políticos; el principio de reciprocidad; la protección del principio de legalidad *nullum crimen, nulla poena sine legge*;<sup>14</sup> pero también la protección de la dignidad del individuo y la protección del orden público, éste último interpretado desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales y el Estado de derecho.<sup>15</sup>

Si analizamos el presente caso exclusivamente desde la perspectiva de los motivos que justifican el control de la doble incriminación, resulta difícil identificar cuál de estos motivos se aplicaría: la entrega del Sr. Puigdemont a las autoridades españolas para ser juzgado por rebelión, incluso aunque no existiera una doble tipificación en sentido estricto, en mi opinión, no afectaría en sentido negativo ni al principio de reciprocidad, ni a la cortesía internacional –si estos principios fueran de aplicación en el ámbito de la UE, que no lo son en virtud del artículo 82 del TFUE–. Pero, incluso si fueran de aplicación, la entrega del sujeto requerido no afectaría negativamente a las relaciones entre ambos estados, sino más bien al contrario: no hacerlo podría ser contrario a tales principios y causar tensiones diplomáticas.

En cuanto al respeto del principio de legalidad y la protección de los derechos humanos son justificaciones que tampoco se aplicarían en este caso concreto. Si tenemos en cuenta que los hechos presuntamente delictivos se cometieron en España, el acusado conocía la legislación penal aplicable en el momento de cometer el delito. Parece que el control de la doble tipificación nada contribuye a garantizar el principio de legalidad penal en este supuesto. En cuanto a la protección de los derechos fundamentales del acusado, el nivel de respeto de los derechos humanos (así como las condiciones penitenciarias) en España no permiten generar dudas con respecto a la protección de los derechos humanos y el derecho a un juicio justo del acusado en caso de ser entregado. Y así lo ha reconocido la decisión del Tribunal alemán.

Podría alegarse en este contexto que debido a la presión política en España y las opiniones manifestadas desde el gobierno en relación con este proceso judicial, además de la repercusión mediática de este proceso penal, podrían existir datos para dudar de la ausencia de interferencia política en el desarrollo del proceso ante el Tribunal Supremo. Siendo este argumento aceptable en abstracto, la inde-

---

14 Aunque para NIETO MARTÍN, A. “Reconocimiento mutuo, orden público e identidad nacional: la doble incriminación como ejemplo” *La Ley*, 31.5.2018, pp. 1-4, p.3, el argumento del principio de legalidad no es aplicable a la ejecución de solicitudes de cooperación internacional, porque tal principio ya es controlado por la autoridad de emisión. Sobre el principio de legalidad y su relación –o falta de relación– con el requisito de la doble incriminación, vid. *in extenso*, MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., op.cit.

15 Vid. VOGEL, J./BURCHARD, C., en GRÜTZNER/PÖTZ/KRESS/GAZEAS, *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen*, 3<sup>rd</sup> ed., “Article 1 IRG”, p. 169 y “Article 3 IRG”, pp. 5 y ss.

pendencia judicial en España, a pesar de las críticas de politización respecto del Consejo General del Poder Judicial, es suficientemente sólida, como para considerar que las declaraciones del gobierno podrían suponer un riesgo para el derecho a un proceso justo con todas las garantías en este caso.<sup>16</sup> De nuevo, la decisión del Tribunal alemán no cuestiona en absoluto las garantías del proceso debido. Es más, al responder a una de las alegaciones de la defensa sobre la posibilidad de que, en caso de ser entregado sólo por el delito de malversación, España pudiera incumplir el principio de especialidad, el *Oberlandesgericht* alemán, rechaza cualquier duda acerca del respeto a las leyes por parte de los tribunales españoles.

Aparte de lo anterior, sólo el concepto de orden público, en relación con la concepción nacional respecto de los actos que deben ser criminalizados, sería la única que, en mi opinión, podría en teoría tener aplicación. Dicho lo cual, y si se asume que el orden público podría ser un argumento para justificar la comprobación de la existencia de la doble tipificación, ¿debería una autoridad judicial de la UE negarse a entregar a una persona porque los hechos descritos en la orden de detención europea no estarían igualmente penalizados en el Estado de ejecución? ¿Es realmente necesario exigir una correspondencia idéntica –esos mismos actos darían lugar a ese mismo delito–, o sería suficiente comprobar si las infracciones en su forma abstracta son equivalentes para cumplir el requisito de doble incriminación y, por lo tanto, con la obligación de cooperar dentro del ELSJ de la UE? Y finalmente, en caso de que no hubiera una coincidencia exacta de los hechos, y por lo tanto la doble incriminación en un sentido estricto no existiera, ¿supondría la detención y entrega del acusado al estado emisor una infracción del orden público alemán o de sus principios constitucionales?

En el asunto *Grundza*<sup>17</sup> el TJUE abordó la cuestión del alcance del requisito de la doble tipificación, si bien no en relación con la ejecución de una OEDE, sino en relación con el art. 7 de la Decisión Marco 2008/909.<sup>18</sup> Se trataba en este caso del reconocimiento de una sentencia penal a los fines del traslado de una persona condenada para cumplir una pena privativa de libertad en otro Estado. El Tribunal consideró que el requisito de la doble tipificación se cumplía “cuando los elementos fácticos subyacentes al delito, como se refleja en la sentencia emi-

---

16 Hago referencia a este argumento, pues me consta que ha sido esgrimido por la defensa letrada de los exconsejeros Comin, Serret y Puig frente a la OEDE remitida a las autoridades judiciales de Bélgica.

17 TJUE, 11 de enero de 2017, C-289/15, *Jozsef Grundza*.

18 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 (DOUE 2008, L 327, p. 27), conforme a la reforma operada por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo de 26 de febrero de 2009 (DOUE 2009 L 81, p. 24).

tida por la autoridad competente del Estado de emisión, también estarían, per se, sujetos a una sanción penal en el territorio del Estado de ejecución si estuvieran presentes en ese Estado”<sup>19</sup>.

No pretendo alegar que esta sentencia sea directamente aplicable al caso que nos ocupa, pero el enfoque dado por el TJUE al requisito de la doble tipificación en el mismo, sí puede arrojar cierta luz a la hora de interpretar la doble tipificación en el ámbito de la ejecución de una OEDE. En definitiva, la cuestión que ha suscitado la decisión de este tribunal de un *Land* alemán es en qué medida resulta coherente mantener el requisito de la doble incriminación en esos estrictos términos, cuando se supone que en el ámbito del ELSJ la cooperación judicial se rige por el principio de reconocimiento mutuo<sup>20</sup>.

Pero, además, en aplicación del principio de especialidad (art. 27 DM OEDE), al denegar el tribunal alemán la entrega por el delito de rebelión –por estimar que no concurre la doble tipificación– y acordar la entrega sólo por el delito de malversación, con ello se impide que el sujeto requerido pueda ser juzgado por rebelión en España.

El principio de especialidad se estableció con el objetivo principal de evitar eludir el principio de doble incriminación y, especialmente, impedir que la persona requerida fuera enjuiciada por delitos políticos en el Estado de emisión.<sup>21</sup> ¿En el contexto presente no debiera cuestionarse la prevalencia de este control de la doble tipificación –en los términos estrictos que exige la jurisprudencia alemana– respecto del principio de mutuo reconocimiento que exige el art. 82 TFUE? ¿No se estaría favoreciendo la protección del concepto de soberanía del estado de ejecución de manera desproporcionada, respecto del poder soberano del estado de emisión de la OEDE? ¿Qué razón justifica que en el ámbito de la UE la decisión del *Oberlandesgericht* de Schleswig-Holstein decida, por vía del principio de especialidad aplicable en el proceso de extradición, la jurisdicción de los tribunales españoles? ¿Es lógico que sea ese Tribunal el que determine si el Tribunal Supremo español puede juzgar a un ciudadano español por unos hechos cometidos en España?

19 TJUE, *Jozsef Grundza*, para. 54.

20 Como señala NIETO MARTÍN, A., op.cit., p. 2, mirar la ejecución de la orden de detención europea bajo el prisma de los principios del derecho de extradición sería contrario al principio de reconocimiento mutuo y a la obligación de interpretar las leyes conforme a los objetivos del derecho europeo.

21 En este sentido, vid., VOGEL, J./BURCHARD, C., “Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Kommentar, Article 1” p. 176. El principio de especialidad se regula ya en el artículo 14(1) del Convenio Europeo de Extradición, y como se señala en la sentencia del TJUE en el asunto *Leymann y Pustarov*, C-388/08, de 1 de diciembre de 2018 (para. 44), es un principio vinculado a la soberanía del estado miembro de ejecución. Vid. también, KLIMEK, L., op.cit., 2015, p. 92; BLEKXTOON, R., *Handbook on the European Arrest Warrant*, p. 261; CAIANIELLO, M., “Il principio di specialità”, en BARGIS, M./SELVAGGI, E. (eds.), *Mandato d’Arresto Europeo*, Torino, 2005, pp. 214-225.

Este caso, además, no versa sobre la protección de las personas para no ser juzgadas por actos que el Estado de ejecución ni siquiera considera dignos de ser tipificados, puesto que existe un delito similar en ambos Estados. La cuestión se centra únicamente en si la definición del elemento de “violencia” (*Gewalt*) se da en ambos delitos y –al parecer– también en si los hechos descritos por el juez requirente son valorados como violencia suficiente por el tribunal de ejecución. Sin lugar a dudas, este control no gira en torno a garantizar la protección de los derechos fundamentales del acusado<sup>22</sup> ni del respeto al principio de legalidad, o a los valores del estado de derecho, sino que más bien parece que se trasluce una posición de defensa del propio ordenamiento jurídico penal, o quizás una desconfianza al derecho o la justicia penal de otro Estado. Sea como fuere, lo que parece que debe cuestionarse en relación con esta decisión del Tribunal alemán es si su valoración del requisito de la doble incriminación no es contrario a los principios establecidos en el art. 82 TFUE y, por tanto, si no se daría una infracción del derecho europeo.

Al margen de cuál sea el desenlace de esta OEDE –pues se prevé que el Tribunal español renuncie a la entrega del acusado para ser juzgado únicamente por malversación de caudales públicos– hasta el momento lo que sí ha logrado es poner en duda no tanto si la UE ha avanzado en materia de cooperación judicial –el avance en ese ámbito está fuera de toda duda–, sino en cuanto a confianza mutua y reconocimiento mutuo. De momento no parece que la regla general expresada en el art. 1.2 DM OEDE, que establece la obligación general de cooperar y ejecutar la OEDE conforme al principio de reconocimiento mutuo –obligación que también aparece en el art. 1 de la Ley alemana de cooperación internacional en asuntos penales– goce de mucho predicamento cuando se trata de un delito no exento del control de la doble tipificación –y además en relación con un asunto con connotaciones nacionalistas y sensible desde el punto de vista político–.

Por último, una interpretación estricta del requisito de doble incriminación en el ámbito de la ejecución de una OEDE como la efectuada por el tribunal alemán en su decisión de 12 de julio de 2018 no parece responder a la búsqueda del equilibrio adecuado entre la eficacia de la cooperación judicial en materia penal y la protección de los derechos fundamentales. De hecho, dicho equilibrio parece verse socavado por una desconfianza excesiva o por una posición demasiado propensa a mantener los poderes soberanos en lugar de fomentar la cooperación judicial en materia penal. La decisión adoptada en el caso Puigdemont por parte del tribunal

---

22 Si este fuera el caso, comparto plenamente la posición de limitar el principio de reconocimiento mutuo cuando lo que está en riesgo es la protección de los derechos fundamentales, tal y como se defiende en el “Manifiesto on European Criminal Procedure”, proyecto elaborado por un número de profesores de derecho penal, y publicado bajo el título *A Manifiesto on European Criminal Procedure Law. European Criminal Policy Initiative*, Stockholm, 2014.

alemán podría dar la imagen de que algunos Estados miembros están dispuestos a cooperar para establecer un verdadero espacio común de justicia –y creen en el establecimiento de un ELSJ– y están dispuestos a renunciar a su propia concepción nacional de ciertos delitos, mientras otros continúan dando prioridad a la concepción tradicional del proceso de extradición. Cualesquiera que sean las razones detrás de una interpretación tan estricta del requisito de la doble criminalidad –ya sea desconfianza justificada o injustificada, o una defensa a ultranza de su propia concepción del derecho penal, o hacia el concepto soberanía, etc.–, esa posición no hace sino generar más desconfianza entre los Estados miembros, al tiempo que no contribuye a una protección más efectiva de los derechos humanos.

### **III. A MODO DE CONCLUSIÓN**

El caso de la OEDE de Puigdemont ha puesto de manifiesto los límites –sino la ineficacia– de la cooperación judicial en materia penal en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, cuando, como en este caso, procede controlar el requisito de la doble tipificación –y además el asunto reviste una especial sensibilidad desde el punto de vista político y mediático–.

Este caso muestra como un enfoque tradicional del concepto de soberanía, que permite exigir un control estricto de la doble incriminación como un requisito absoluto para ejecutar una OEDE, no sólo pone en duda la efectividad de la cooperación judicial internacional en la UE, sino que erosiona la propia concepción de un espacio de justicia común basado en el reconocimiento mutuo.

El principio de doble incriminación está profundamente arraigado en el ámbito de la asistencia judicial mutua en asuntos penales y los Estados miembros de la UE aún pueden hacer que la ejecución de una orden de detención europea esté sujeta al cumplimiento de este requisito. Pero una interpretación como la realizada por los tribunales alemanes en el ámbito de la OEDE no sólo es contraria a los objetivos establecidos en los artículos 67 y 82 del TFUE, sino que tampoco aparece justificada por motivos de protección de los derechos humanos. Solo una comprensión tradicional del concepto de soberanía puede explicar el enfoque adoptado por los tribunales alemanes en la decisión sobre la OEDE emitida por el Tribunal Supremo español para la entrega del Sr. Puigdemont. Si el fundamento de esa verificación tan minuciosa (casi excesiva) de los hechos narrados por el juez requirente para valorar la existencia de doble incriminación se debiera a la falta de confianza mutua, entonces habría que ahondar en las razones de esa desconfianza y habría que replantearse el propio principio de reconocimiento mutuo. Pero si se debiera a una comprensión tradicional del concepto de soberanía, significaría que la UE todavía está bastante lejos de avanzar hacia un espacio de justicia europeo.

## BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, K.: “Auslieferung des katalanischen Separatistenführers Kann Puigdemont doch wegen Rebellion verurteilt werden?”, LTO (Legal Tribune On-Line) de 18.4.2018, accesible en: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/puigdemont-separatistenfuehrer-auslieferung-europaeischer-haftbefehl/>.
- BACHMAIER, L.: “Cooperación judicial penal”, en BENEYTO PÉREZ, J.M. et al. (coords.), *Colección Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, vol. VIII: Ciudadanía Europea y Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, Cizur Menor, 2016.
- BLEKXTOON, R.: *Handbook on the European Arrest Warrant*, 2005.
- CAIANIELLO, M.: “Il principio di specialità”, en BARGIS, M./SELVAGGI, E. (eds.), *Mandato d’Arresto Europeo*, Torino, 2005.
- DE AMICIS, G.: “Initial views of the Court of Justice in the European Arrest Warrant: towards a uniform Pan-European interpretation”, *EUCLR*, 1/2012, vol. 2.
- FICHERA, M.: *The implementation of the European Arrest Warrant in the European Union: law, policy and practice*, Cambridge-Antwerp, 2011.
- GARCÍA, O.: “Puigdemont wird so bald nicht ausgeliefert”, Blog *De legibus* de 26 de marzo de 2018, accesible en, <https://blog.delegibus.com> (última consulta junio 2018).
- GAZEAS, N.: “Anmerkung zu dem Beschluss vom 5.4.2018”, *Neue Juristische Wochenschrift-aktuell* 19/2018.
- GIMBERNAT, E.: “Alemania, obligada a entregar a Puigdemont por rebelión”, publicado en *El Mundo* el 16 de abril de 2018, accesible en <http://www.elmundo.es/opinion/2018/04/16/5ad34048268e3ee23d8b45d9.html> (última consulta junio 2018).
- HEGER, M.: “Einige Anmerkungen zum Auslieferungshaftbefehl in der causa Puigdemont”, *ZIS* 5/2018.
- KLIMEK, L.: *European Arrest Warrant*, Cham, 2015.
- MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: “Doble incriminación a examen: Sobre el caso Puigdemont y otros supuestos”, *Cuadernos de Política Criminal*, en prensa.
- NIETO MARTÍN, A.: “Reconocimiento mutuo, orden público e identidad nacional: la doble incriminación como ejemplo” *La Ley*, 31.5.2018.
- VOGEL, J./BURCHARD, C. en GRÜTZNER, H./PÖTZ, P.G./KRESS, D./GAZEAS, N.: *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen*, 3<sup>rd</sup> ed.
- VOGEL, J./BURCHARD, C.: “Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Kommentar, Article 1”.

# JUICIO NORMATIVO Y DOBLE INCRIMINACIÓN EN EL CASO PUIGDEMONT

MARTA MUÑOZ DE MORALES ROMERO

Profesora Contratada Doctora (Acreditada TU). Instituto de Derecho penal europeo e internacional.  
Universidad de Castilla-La Mancha

## I. INTRODUCCIÓN

El principio de doble incriminación o tipificación implica la necesidad de que los hechos que se imputan a la persona reclamada (siempre que no estén incluidos en una lista de infracciones y su penalidad no alcance los 3 años de prisión)<sup>1</sup> sean constitutivos de delito en el ordenamiento del Estado de ejecución. En el *caso Puigdemont*, dado que el delito de rebelión no está incluido en dicha lista, el juez del Estado de ejecución puede/debe<sup>2</sup> examinar que se respeta dicho principio.

Ahora bien, ¿cómo de intrusivo puede ser el control?

Una de las críticas vertidas desde el lado español es que el juez germano ha entrado en el fondo del asunto y ha actuado como un órgano enjuiciador, pues ha

---

1 Sobre los dos grupos de delitos (sistema lista y sistema ajeno a la misma) *vide infra* en este volumen la contribución de NIEVA FENOLL.

2 La *Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la euroorden* lo incluye como un motivo de denegación facultativa (artículo 4,1). Sin embargo, muchos EEMM lo han transpuesto como un motivo de denegación obligatoria (así, por ejemplo, Francia, Dinamarca, Reino Unido, Grecia, Lituania, Malta, Portugal, Chipre, Finlandia, Hungría, Eslovaquia, Eslovenia y Suecia). Sobre esta cuestión se volverá más adelante. *Vide supra* en este volumen la contribución de BACHMAIER.

entrado a valorar un elemento constitutivo de la infracción *in concreto*. Por ello, muchos autores entienden que el juez alemán se ha extralimitado en sus funciones<sup>3</sup>.

Antes incluso de este asunto, parte de la doctrina venía entendiendo que el control de la doble incriminación debía ceñirse a un mínimo identificado con el orden público<sup>4</sup>, NIETO MARTÍN en 2006 aludía a su supresión y sustitución por una cláusula genérica de orden público o de derechos fundamentales al tratarse.

El mismo argumento, si bien más sofisticado, se encuentra en ASP/VON HIRSCH/FRÄNDE<sup>5</sup>. Estos autores indicaban que, pese a que el hecho no sea constitutivo de delito en el Estado de ejecución, éste podría no tener motivos para negarse a su incriminación. A este respecto, entendían que el hecho de que un comportamiento determinado sea tratado de forma diferente en dos Estados no lleva necesariamente a un conflicto de valores, ni siquiera a que tengan diferentes opiniones sobre la reprochación de dicho comportamiento. En definitiva, en la cooperación no se trataría tanto de determinar si los hechos son constitutivos de delito en ambos ordenamientos, sino si dicha ausencia de tipificación en el ordenamiento del Estado de ejecución implica un conflicto de valores. A efectos prácticos, la ausencia de tipificación solo puede tener sentido cuando sea inconsistente con principios constitucionales o principios básicos de Derecho penal en ese Estado. En estos casos se activa la cláusula de orden público. La ventaja de utilizar una cláusula de orden público es que su activación no cuestiona si es o no correcto que en unos Estados se tipifiquen las conductas de uno u otro modo, sino simplemente que no es apropiado acudir a un Estado para que te entregue a un sujeto en esos supuestos. Y no lo es porque en esas situaciones el Estado de ejecución no podría nunca castigar esos hechos como delito.

Los ejemplos que aportan son tres. En primer lugar, puede ocurrir que el Estado de emisión haya tenido que hacer frente a unos problemas que todavía no se le han presentado al Estado de ejecución. Sin embargo, si se le presentasen, igualmente tipificaría esas conductas como delito. Es el ejemplo de la denegación del genocidio o, incluso de los delitos de terrorismo como figuras autónomas. Pueden apuntarse otros ámbitos como son los relacionados con las nuevas tecnologías. En realidad, aunque no se indica expresamente por estos autores, se trata de una suerte de principio de empatía. Es decir, de ponerse en el lugar del Estado de emisión y ser conscientes de que, si se le plantease esa misma situación en ese contexto al Estado de ejecución, llegaría igualmente a una solución similar.

---

3 Vid. *supra* la contribución de NIETO MARTÍN.

4 NIETO MARTÍN la calificada de “antigualla” de los procesos de extradición”. Vid. NIETO MARTÍN, A.: “Principio de doble incriminación y lista de eurodelitos: La corrupción como ejemplo”, op., cit., p. 2.

5 ASP, P./VON HIRSCH, A./FRÄNDE, D.: “Double criminality and transnational investigative measures in EU Criminal Proceedings: Some Issues of Principle”, en *Zis* 11/2016, pp. 514 y 515.

Un segundo ejemplo al que aluden es al de las *strict liability offences*. Este tipo de delitos muy comunes en los ordenamientos anglosajones no requieren la prueba de dolo o culpa. Mantener relaciones sexuales con un menor con independencia de si se sabía o no la edad de la víctima es en el Reino Unido una *strict liability*. Cooperar en estos casos cuando el principio de culpabilidad es un principio de rango constitucional en muchos Estados afectaría a la tradición común constitucional del Estado de ejecución y, por tanto, este denegaría la entrega activando la cláusula de orden público.

Otro ejemplo al que aluden es el de fraude comercial castigado en Suecia a título doloso, mientras que en Dinamarca es suficiente con probar imprudencia grave. Para estos autores, la cooperación sería posible, pues el castigo de la imprudencia no es contrario al Derecho penal sueco.

En efecto, una cláusula de orden público podría ser la solución. Sin embargo, en la cooperación judicial gobernada por el principio de reconocimiento mutuo, el TJUE ha sido muy restrictivo a la hora de alegarla como límite a la cooperación. En *Melloni* no tuvo en cuenta las peculiaridades nacionales del ordenamiento español respecto a los juicios en rebeldía e indicó que el derecho “europeo” a un juicio justo no incluye la presencia en juicio del imputado siempre y cuando se hayan cumplido una serie de condiciones (notificación, defensa por abogado, etc.). La ventaja del adjetivo “europeo” es que evitaría abusos por parte de los EEMM que podrían siempre utilizarla para imponer sus diferencias nacionales (por ejemplo, su desarrollo jurisprudencial o dogmática penal sobre un determinado concepto). El inconveniente es que el TJUE es muy restrictivo y suele apostar por una óptica claramente funcionalista salvo en supuestos muy excepcionales (ej. *Caldararu y Aranyosi*).

Las nuevas corrientes (NIETO MARTÍN) hablan ya de “identidad nacional” y no tanto de “orden público”. La identidad nacional sería “una restricción complementaria [al] orden público” con base legal en el artículo 4.2 TFUE<sup>6</sup>. En palabras de NIETO MARTÍN “el artículo 4.2 TFUE se convertiría en la ventana por la que se da entrada a los derechos fundamentales en la aplicación del derecho de la Unión que fue expulsada por la puerta de la interpretación restrictiva en *Melloni*”<sup>7</sup>. Su *modus operandi* sería el mismo que el del orden público, pero permitiría mayor margen de apreciación nacional que, sin embargo, no debería entenderse de una forma demasiado amplia<sup>8</sup>. La “identidad nacional” sería “un núcleo duro e indiscutible”<sup>9</sup> que llevaría a dejar fuera de la cooperación aquellos hechos que “no comportan

---

6 NIETO MARTÍN, A.: “Editorial”, op., cit.

7 NIETO MARTÍN, A.: “El reconocimiento mutuo en materia penal...”, op., cit., p. 241.

8 El TC alemán interpreta la identidad nacional ampliamente identificándola como cualquier señal de identidad de un pueblo que depende de factores culturales, históricos e incluso lingüísticas.

9 NIETO MARTÍN, A.: “El reconocimiento mutuo en materia penal...”, op., cit., p. 241.

ningún desvalor jurídico y que atentarían contra principios y opciones de política criminal básicas en un Estado”<sup>10</sup>. El autor pone como ejemplo los casos de incesto a no ser que sean reconducibles a un tipo de abuso sexual o las relaciones sexuales entre adultos homosexuales consentidas.

## II. GRUNDZA Y SU APLICACIÓN AL CASO PUIGDEMONT

Coincido con los anteriores autores en que la doble incriminación debería desaparecer. Ahora bien, hasta que sea una mera reminiscencia del pasado, los Estados podrán seguir controlándola en aquellos supuestos en los que se les habilite. Descartada la legalidad como fundamento, el parámetro de delimitación del control debe partir del argumento soberanista, es decir, del juicio normativo que tienen ambos Estados involucrados en la cooperación acerca de lo que es o no constitutivo de delito en sus respectivos ordenamientos. En otros términos, cuando el artículo 2.4 de la *DM euroorden* faculta al control de la doble incriminación “con independencia de los elementos constitutivos o la calificación” de la infracción y el TJUE en el *asunto Grundza* indica que el principio se da por satisfecho cuando “*los hechos que [dan] lugar a la infracción, tal como [son] plasmados en la sentencia dictada por la autoridad competente del Estado de emisión, también [están], en cuanto tales, sujetos a sanción penal en el territorio del Estado de ejecución si se hubieran producido en dicho territorio*” (pár. 55), en realidad se está refiriendo a la valoración del hecho en su contexto por parte de ambos Estados.

El enfoque *Grundza* exige una deslocalización de los hechos, es decir, obliga al juez de ejecución a “coger los hechos” que le aparecen en el formulario y pasarlos por el filtro de su Derecho. Para algunos esto implicará un análisis en concreto. Sea como sea, se trata de una conversión, tal como apuntó el Abogado General, diagonal y no horizontal<sup>11</sup>. Diagonal porque los elementos fácticos esenciales del Estado de emisión se subsumen en el ordenamiento jurídico del Estado de ejecución. No es horizontal porque no se busca una correspondencia entre las definiciones legales de una infracción en ambos Estados. El Abogado General utiliza la palabra “abstracción” en más de una ocasión para indicar que en el proceso de conversión haya una cierta flexibilidad en el examen de los hechos a la hora de encajarlos en una determinada infracción existente en el Estado de ejecución (pár. 60). Esto lleva a entender que no importa tanto la configuración del delito como la posibilidad de que los hechos encajen en otro tipo penal aun no teniendo los mismos elementos constitutivos o estando clasificado en otra categoría de infracciones. Pero ¿qué ocurre

---

10 NIETO MARTÍN, A.: “Editorial”, op., cit.

11 Conclusiones del Abogado General Sr. Michal Bobek, presentadas el 28 de julio de 2016, asunto C-289/14, pár. 56.

cuando los dos tipos penales en uno y otro Estado son prácticamente idénticos, de tal forma que en lo que se difiere es en la interpretación de uno de los elementos constitutivos de la infracción? Un enfoque abstracto llevaría a dar por satisfecha la garantía de la doble incriminación con un análisis meramente horizontal. En este sentido, en el *caso Puigdemont*, como el delito de rebelión español y el de alta traición alemán son prácticamente idénticos<sup>12</sup>, no debe discutirse ya nada más y darse por sentado que la doble incriminación se verifica. Esta interpretación que sería muy *pro* cooperación, es decir, muy funcionalista y, por ello, podría no ser descabellada, aunque sí criticada. Y es que sería contradictorio hacer un análisis horizontal o diagonal de la doble incriminación en los términos antes expuestos según convenga más a la cooperación judicial en materia penal.

Lo que la *doctrina Grundza* estipula, a mi juicio, no es eso, sino que los elementos constitutivos de la infracción son irrelevantes hasta el punto de que da igual la configuración del delito siempre y cuando los hechos narrados en la solicitud tengan cabida en un tipo penal se llame como se llame y con independencia de dónde esté ubicado. El Abogado General realiza un grado de abstracción de los hechos para enmarcarlos como el supuesto de una persona que conduce un vehículo a motor a pesar de la existencia de una resolución formal que prohíbe dicha conducta (pár. 57). Estos hechos en algunos ordenamientos constituyen un delito de desobediencia, es decir, un delito contra la administración pública (así ocurre en Eslovenia y en la República Checa); en otros Estados (por ejemplo, en España) serían un delito contra la seguridad vial (artículo 384 CP) o incluso un delito de quebrantamiento de condena (artículo 468,1 CP). Para el Abogado General también en estos casos se cumpliría el principio de doble incriminación pese a cambiar la taxonomía de la infracción. Desde la óptica del TJUE probablemente también, pues el Tribunal de Luxemburgo ha exigido que se proteja un bien jurídico similar. Poniendo el orde-

---

12 Los artículos 81 y ss. del CP alemán regulan los delitos de alta traición contra la Federación y contra un Estado Federal. Interesa el primero de ellos que castiga con cadena perpetua o pena de prisión no inferior a 10 años a “quien intente con violencia o por medio de amenaza con violencia (...) cambiar el orden constitucional establecido en la Constitución de la República Federal de Alemania”. Si se trata de casos menos graves, la pena de prisión oscila entre 1 y 10 años. Además, el CP alemán establece un tipo privilegiado que permite bajar la pena considerablemente (de 6 meses a 5 años). Asimismo, también se regula la preparación (conspiración) de una operación de alta traición (Art. 83). En este caso, la pena de prisión oscila entre 1 y 10 años si es una conspiración de alta traición contra la Federación (1-5 años en casos menos graves). También podría ser relevante el delito contra la Constitución establecido en el art. 105 y 105 CP alemán. “El que, con violencia o amenaza de violencia, coaccione ilegalmente a 1. un órgano legislativo de la Federación o de un Estado miembro o de uno de sus comités; 2. A la Asamblea Federal o uno de sus comités; o 3) al gobierno o el tribunal constitucional de la Federación o de un Estado miembro a no ejercer sus funciones o ejercerlas de manera particular será castigado con una pena de prisión de uno a diez años. En casos menos graves, la pena será de prisión de seis meses a cinco años.

namiento jurídico español como ejemplo, el bien jurídico protegido en el caso del delito de conducción tras privación del permiso no solo es la seguridad vial, sino también el respeto a las resoluciones administrativas y judiciales<sup>13</sup>. En el caso del delito de quebrantamiento la identidad del bien jurídico es absoluta (cumplimiento de las resoluciones judiciales).

Este grado de abstracción también se podría hacer en el *caso Puigdemont*: El tipo penal exige violencia, con probar su existencia basta para colmar las exigencias de la doble incriminación. El grado de abstracción podría ser todavía mayor: ¿Los ataques contra el orden constitucional no se castigan de una forma o de otra en Alemania (y en una gran mayoría de Estados: Italia, Francia, España, Alemania, Portugal, Finlandia, Austria)? Una respuesta afirmativa llevaría a dar por cumplida la doble incriminación.

Se trata de un análisis superfluo. Es cierto que la letra de la *DM euroorden*, así como el TJUE obligan a desconectar de los elementos constitutivos de la infracción porque lo que relevante es encajar los hechos en un tipo penal. Si no es posible encajar los hechos en un tipo penal similar porque uno de los elementos constitutivos de la infracción se interpreta de forma diferente, habrá que buscar otra posibilidad. Y es que la pregunta en el *caso Puigdemont* no es tanto si los hechos encajan en tipo de alta traición alemán (el tribunal alemán entiende que no, pues la violencia probada no es de tal intensidad como para haber hecho capitular al Estado ante las pretensiones de los rebeldes). La pregunta por formular sería: ¿Y no es posible su subsunción en otro tipo penal siempre y cuando este proteja un bien jurídico similar?

Permitir al juez de ejecución “pasar” los hechos por el filtro de los elementos constitutivos de la infracción tal y como se interpretan en su respectivo ordenamiento jurídico puede verse como un análisis sobre el fondo del asunto. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el juez alemán no cuestiona que ha habido violencia. Tan solo indica que no es una violencia suficiente para integrar el tipo penal de alta traición. Y es que, si analizar los hechos no es una operación horizontal, sino diagonal, tiene sentido ver si son constitutivos de delito tal y como dicho Estado interpreta los elementos constitutivos de la infracción.

Precisamente ese juicio normativo o, si se prefiere, la apreciación o valoración del hecho en su conjunto por parte del Estado de ejecución es lo que está detrás de la doble incriminación. Y es que hay elementos constitutivos de la infracción que, si cambian en uno y otro ordenamiento, no llevan a emitir un juicio normativo distinto por parte del Estado de emisión y ejecución. Dicho en otras palabras, en algunos

---

13 *Dictamen núm. 1/2016 del Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial. Cuestiones sobre los delitos contra la seguridad vial y Circular 10/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de seguridad vial.*

casos, que el elemento constitutivo de la infracción sea X en vez Y o se interprete de una forma o de otra, no lleva a un cambio de apreciación de la conducta como constitutiva de delito por parte del Estado de emisión y de ejecución.

En el *asunto Grundza* la conducta típica en ambos Estados (República Checa y Hungría) era “desobedecer una resolución formal”. El problema era la interpretación de uno de sus elementos constitutivos, es de “resolución formal”. En Hungría la jurisprudencia venía interpretando que la resolución debía ser dictada por una autoridad nacional. Como el caso que se le planteaba de cooperación la resolución desobedecida procedía de una autoridad extranjera (República Checa), el juez húngaro se planteaba si la doble incriminación se verificaba en este supuesto. El TJUE indicó como ya se ha reiterado que los hechos debían ser constitutivos de delito en el ordenamiento búlgaro “más allá de los elementos constitutivos de la infracción”. Evidentemente, los hechos deslocalizados eran delictivos en ambos Estados. Dicho de otra forma, el juicio normativo en ambos Estados coincidía respecto a lo que debía considerarse delito: desobedecer una resolución judicial.

Otro ejemplo similar sería el delito de inmigración ilegal del artículo 318 *bis* CP español<sup>14</sup>. La conducta típica consiste en ayudar intencionadamente a una persona no nacional de un EEMM de la UE a entrar en territorio español o a transitar a través de este vulnerando la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros<sup>15</sup>. Si a un juez español le solicitase un juez europeo la entrega de una persona sospechosa de haber trasladado ilegalmente a distintos trabajadores desde distintos lugares de Rumanía, con tránsito por Hungría y destino en Austria, ¿realmente no se cumpliría el principio de doble incriminación porque uno de sus elementos constitutivos no coincide (territorio español)? La AN resuelve el caso en sede extradicional en una materia claramente armonizada en el seno de la UE a través de la *Directiva 2002/90/CE* y la *Decisión marco 2002/946/JAI*. Haciendo una interpretación teleológica la AN entiende que el objetivo de la norma es evitar la inmigración ilegal en toda la UE y que, el hecho de que el legislador español haya transpuesto el tipo penal haciendo referencia solo al territorio español “*solo se puede entender derivado de la circunstancia de que cada país miembro, a la hora de hacer esa transposición, haga referencia a sí mismo*”. Del razonamiento de la AN es muy interesante la obligación de asimilación que establece: “*la inmigración ilegal tiene lugar, cualquier que sea el país de destino (...) [y] España, como país miembro ella, en esa labor de control de las fronteras exteriores, ha de tener en cuenta no solo sus propios intereses, sino los de todas las partes contratantes*”.

---

14 Lo mismo cabe decir del artículo 177*bis* CP, relativo a la trata de seres humanos, cuya conducta típica consiste en el transporte, traslado, etc. de víctimas nacionales o extranjeras empleando violencia, intimidación, engaño, etc. en territorio español, en tránsito o con destino en España.

15 AAN nº 17/2016, de 7 de marzo.

Los dos ejemplos anteriores son en realidad casos de asimilación. Es decir, requieren una protección de los intereses europeos y extranjeros de otros EEMM similar a los nacionales. En *Grundza*, el TJUE no aludió expresamente a esta obligación de asimilación. Sin embargo, cabría deducirla tácitamente cuando indica que “a la hora de apreciar dicha doble tipificación, lo que la autoridad competente del Estado de ejecución debe comprobar no es si ha resultado lesionado el interés protegido por el Estado de emisión, sino que debe tratar de determinar si, en el supuesto de que la infracción en cuestión se hubiera cometido en el territorio del Estado miembro al que pertenece aquella autoridad, se habría considerado que un interés semejante, protegido por el Derecho nacional de ese Estado, ha resultado lesionado” (pár. 49). Este párrafo da también cabida a interpretar la búsqueda de otro delito con bien jurídico protegido similar al del Estado de emisión en el sentido antes apuntado: La conducción sin permiso en España no se castiga por la vía de la desobediencia, sino por un tipo específico. Esta circunstancia, no es ningún impedimento desde la óptica de la doble incriminación.

A veces hay elementos normativos que plantean la misma problemática que los descriptivos de tipo territorial. En estos casos, la cuestión se debe solventar igualmente por la vía de la asimilación. Ocurre así, por ejemplo, el concepto de “documento”. España asimiló tras la *LO 5/2010, de 22 de junio*, mediante la modificación del artículo 392,2 *in fine* CP, el tráfico y el uso en España de documentos de identidad extranjeros. Ya lo venía así reconociendo la jurisprudencia<sup>16</sup>, si bien el argumento no era la protección de los intereses de otros Estados, sino de los intereses propiamente españoles. España ha asimilado este tipo de supuestos, pero podría no ser el caso en otros Estados. ¿Significa lo anterior que al solicitar un juez español la entrega de una persona que ha traficado con DNIs falsos españoles en España a un Estado miembro que no ha procedido a tal asimilación, éste último debe denegar la entrega? La doctrina *Grundza* obligaría a cooperar porque el juicio normativo permanece inalterado. Ambos Estados coinciden en que el tráfico de documentos de identidad debe ser constitutivo de delito.

Los ejemplos aludidos hacen referencia a elementos descriptivos de tipo territorial. Su modificación en el sentido apuntado no lleva a modificar el juicio normativo por parte de los dos Estados involucrados en el acto de cooperación. Sin embargo, no siempre es así. Cuando no media una obligación de asimilación, la cuestión puede ser diferente aun tratándose de un elemento descriptivo. Es el caso de los abusos sexuales cuando la víctima es menor de edad. En España el consentimiento sexual es de 16 años (artículo 183 *bis* CP: con anterioridad a la reforma operada por la *LO 1/2015, de 30 de marzo*, era de 13 años). Se trata de un ejemplo que puede

---

16 Por ejemplo, SSTS 1295/2003, de 7 de octubre; 1089/2004, de 10 de noviembre; 66/2005, de 26 de enero; 1004/2005, de 14 de septiembre; 458/2006, de 11 de abril; y 14/2007, de 25 de enero.

caer fuera de la “lista” y, por tanto, estaría sujeto a doble incriminación. La razón se debe a que, pese a tratarse de una categoría incluida en la lista (explotación sexual de los niños), podría no alcanzarse el umbral de los 3 años<sup>17</sup>. Sería el supuesto de una persona reclamada por un juez español a uno europeo sospechosa de haber hecho presenciar a un menor de 15 años actos de carácter sexual, aunque el menor no haya participado en ellos. La pena máxima en abstracto para estos hechos es de 2 años (artículo 183bis CP). Si el Estado en el que se encuentra el fugitivo establece la edad del consentimiento sexual en 13 o 14 años, los hechos por los que se reclamaría al sujeto no serían constitutivos de delito en este último Estado y, por tanto, podría denegar la entrega por no concurrir la doble incriminación. En consecuencia, un cambio en un elemento constitutivo descriptivo como es la edad del consentimiento sexual modifica el juicio normativo/la valoración de dicha conducta por parte de los dos Estados involucrados en el acto de cooperación.

¿Y qué ocurre con los elementos normativos? Existen elementos normativos de valor o referidos a valores. Se trata de aquellos elementos que implican una valoración normalmente negativa (por ejemplo, actos de exhibición obscena, escarnio, delito, etc.)<sup>18</sup>. De estos me ocuparé después. Pero también existen elementos normativos de sentido: Aquellos en que las normas de referencia completan su significado. Ejemplos de estos últimos con trascendencia en la cooperación judicial son “tasa”, “impuesto”, etc. Ya desde el *Protocolo Adicional, de 17 de marzo de 1978, al Convenio europeo de extradición* (artículo 2), se quiso flexibilizar la doble incriminación<sup>19</sup>, de tal forma que desde entonces una solicitud de extradición no iba a poder denegarse “por el motivo de que la legislación de la Parte requerida no imponga el mismo tipo de impuestos o de tasas o no contenga el mismo tipo de reglamentación en materia de impuestos, tasas, de aduanas y de cambio, que la legislación de la Parte requirente”. Como ya se ha indicado, esta flexibilidad en la doble incriminación se ha heredado también en la *DM euroorden* (artículo 4): “en materia de tasas e impuestos, de aduana y de cambio, no podrá denegarse la ejecución de la orden de detención europea por el motivo de que la legislación del Estado miembro de ejecución no imponga el mismo tipo de tasas o

---

17 En determinados supuestos la norma europea obliga a castigar determinados comportamientos con penas inferiores a los 3 años (vid. artículo 3.3 de la *Directiva 2011/92/UE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo*).

18 Sobre su distinción, vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, Ed. La Ley, 2008, p. 92.

19 Así, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, op., cit., p. 238.

de impuestos o no contenga el mismo tipo de reglamentación en materia de tasas o impuestos, de aduana y de cambio que la legislación del Estado miembro emisor”.

La razón tradicional que acompañaba a la exclusión del delito fiscal como delito extraditable se fundamentaba en su concepción como “un comportamiento cercano a la astucia, susceptible de “tentar” a cualquier persona y no como hecho integrante de un auténtico ilícito”, e incluso cuando se entiende que es un verdadero ilícito “se apunta a que su represión ha de tener un interés únicamente interno”<sup>20</sup>. Esta idea de interés puramente interno fue perdiendo fuelle a medida que se vio que los intereses económicos de los Estados están estrechamente vinculados entre sí con una fuerte relación de dependencia. El *Convenio de 1995 de protección de los intereses financieros de la UE*, lo dejó bien claro armonizando este tipo de infracciones para luchar conjuntamente contra el fraude. Una de sus disposiciones sobre extradición hacía hincapié en la imposibilidad de denegar la extradición “basándose únicamente en que se trata de una infracción en materia fiscal o de derechos de aduana” (artículo 5,3).

Esta es la misma lógica que habría que seguir en el caso de normas penales en blanco, por ejemplo, en materia de medio ambiente cuando no tuviera cabida en el régimen de la lista por llevar aparejada la infracción una pena de prisión inferior a 3 años. Sería el caso español. El tipo básico del artículo 325,1 CP castiga el delito medio ambiental con prisión de 6 meses a 2 años. Si un juez español solicita la entrega de una persona sospechosa de haber cometido esta infracción, el juez de ejecución no podría denegar la entrega alegando que no contiene el mismo tipo de reglamentación en materia medioambiental. Lo mismo cabe indicar respecto a delitos de caza, pesca o tráfico de especies en peligro de extinción (artículo 334,1 CP), es decir, no podría denegarse una entrega indicado que la especie en cuestión no está en peligro de extinción en el Estado de ejecución. El fundamento no es solo la necesidad de luchar conjuntamente contra la contaminación medioambiental o el tráfico ilegal de especies, sino también, de nuevo, el juicio normativo sobre esas conductas por parte de los dos EEMM implicados en el acto de cooperación. Al cambiar el elemento constitutivo de la infracción (lince ibérico por oso polar), el juicio normativo sobre lo que es constitutivo de delito, se mantiene inalterado. En otras palabras: tanto el Estado de emisión como el de ejecución comparten la idea de que las especies en peligro de extinción requieren una protección penal.

También tendrían cabida aquí remisiones en los tipos penales a “delito grave”. Un ejemplo sería el asunto que se dilucidó en materia extraditacional respecto a la solicitud por parte de jueces británicos a españoles de una persona sospechosa de blanqueo de capitales<sup>21</sup>. En aquel momento el blanqueo de capitales del artículo 301

---

20 GÓMEZ CAMPELO, E.: *Fundamentación teórica y praxis de...*, op., cit., p. 238.

21 AAN (Sala de lo Penal, Sección Pleno) nº 120/2002, de 30 de octubre.

CP español estaba redactado de la siguiente forma: “El que adquiera, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito grave (...)”. La defensa de la persona reclamada alegaba que el delito antecedente era el de contrabando y que éste no se consideraba delito grave según la legislación española. La AN realiza un esfuerzo interpretativo recurriendo al Derecho comparado. Llega a la conclusión de que el debate debe centrarse en si “*la conducta antecedente de la que proceden los bienes idóneos para el blanqueo debe o no ser delito en ambas legislaciones, no sobre si debe ser delito grave, menos grave o leve para integrar luego el tipo objetivo del delito de blanqueo*” (FJ 4º). La AN también acude al criterio de asimilación recordando que el tipo penal español de blanqueo sanciona igualmente el blanqueo, aunque el delito antecedente se hubiese cometido en el extranjero. En este caso, la legislación española no exigía como requisito que el hecho previo cometido en el extranjero sea considerado delito grave según la legislación nacional. En tercer lugar, la AN reconduce los hechos del delito antecedente fijados por el juez británico como contrabando al tipo penal de alzamiento de bienes, para que así se pudiera considerar como delito grave según el CP español. En definitiva, la AN realiza una interpretación conforme a la cooperación en sede de extradición que es la que tendría que operar en el caso de una ODE. La interpretación de la AN contó con un voto particular del Magistrado Ilmo. Sr. D. José DE PRADA SOLAESA que se oponía a la extradición con los argumentos clásicos de la salvaguardia de los derechos fundamentales del reclamado, especialmente el de libertad.

Sin embargo, va a haber supuestos en los que un cambio en el elemento normativo de sentido va a llevar a una modificación en el juicio normativo. Es el caso del término “testigo”. Podría ser el supuesto de una persona que presta falso juramento en un proceso de ejecución<sup>22</sup>. Y es que una declaración falsa sobre los propios bienes en estos casos no puede subsumirse, por ejemplo, en el delito de falso testimonio del CP español (artículo 458 CP), puesto que su posición procesal no es la de testigo, sino la de ejecutado.

Exactamente lo mismo ocurre con el elemento normativo de valor “violencia”. En Alemania se exige que la violencia sea capaz de evitar o superar la resistencia por parte del Estado a la secesión<sup>23</sup>. Si la violencia ejercida no llega a tener éxito para alcanzar el objetivo, la eficacia de los medios de coerción (la violencia ejercida) solo tendrá relevancia a efectos del tipo penal si, comparándolos con los medios a los que se recurre por parte del Estado para defender la integridad del territorio, son objetivamente capaces de doblegarlos. Es determinante que el Estado pueda y deba

---

22 Supuesto de hecho abordado en el AAN núm. 193/2008 de 23 septiembre. La orden de detención y entrega europea se denegó por falta de doble incriminación.

23 STREE, W./STERNBERG-LIEBEN, D.: “Artikel 81”, en *Strafgesetzbuch Kommentar*, Ed. C.H. Beck, 2006, p. 1118.

resistir, en la situación concreta, la presión. En consecuencia, la violencia del delito de alta traición alemán solo concurre si el efecto coercitivo generado o previsto alcanza una intensidad tal que las instituciones democráticas pueden sentirse obligadas a rendirse ante las intenciones altamente traicioneras de los autores, aunque sólo sea para evitar daños graves a la comunidad o a sus ciudadanos<sup>24</sup>.

El juez alemán no se ha extralimitado en sus funciones a la hora de analizar la concurrencia de dicho elemento normativo según su ordenamiento. A dicha operación de desnacionalización de los hechos habilita precisamente *Grundza*. Existen antecedentes de cooperación entre ambos países con Alemania como Estado requeriente era Alemania y España como requerido por peticiones de extradición por hechos constitutivos de estafa. El tribunal español parecía realizar una operación similar de desnacionalización de los hechos para llegar a la conclusión de que tenían cabida en el tipo de estafa del CP español. Lo interesante de este primer pronunciamiento era que como argumento complementario para admitir la extradición se acudía a la identidad sustancial del tipo penal de estafa en ambos ordenamientos: “(...) *No existe diferencia sustancial entre el tipo penal español de la estafa y el alemán. Y no podemos, entonces, dejar de tener presente que los hechos extradicionales han sido calificados por el juez [alemán] como constitutivos de un delito de estafa (...) y que sostener que dichos hechos no constituyen delito de estafa con arreglo al CP español no respondería a diferente tipificación del delito en ambos ordenamientos, sino a apreciación jurídica distinta de unos hechos, que han podido ser valorados con mayor calidad y precisión por el órgano judicial de persecución penal que por el órgano judicial de extradición, en el marco de una relación de cooperación jurídica internacional*”<sup>25</sup>. En esta resolución se emitió un voto particular por parte, de nuevo, del Magistrado Ilmo. Sr. D. José Ricardo DE PRADA SOLAESA, quien realizaba un análisis pormenorizado del elemento normativo “engaño bastante”, considerando que los deberes de autoprotección de la víctima exigen una mínima diligencia por su parte que no tuvo lugar en el asunto objeto de extradición. En resoluciones posteriores la identidad normativa ya no aparece como argumento complementario y automático para conceder la entrega. Se da paso, por el contrario, a un análisis de los hechos en el sentido de *Grundza*. En un supuesto de hecho idéntico de estafa, la AN deja bien claro, por un lado, que subsumir los hechos en un tipo penal corresponde al juez requirente y, por el otro, que una valoración sobre la concurrencia de los elementos constitutivos del tipo penal español debe hacerse en función de los hechos que aparece narrados en la solicitud de extradición<sup>26</sup>. Ya en el caso de

---

24 LAUTFÜTTE, H.W./KUSCHEL, A.: “Hochverrat”, en *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*, Ed. De Gruyter, 2010, Bände 4, p. 41 y ss.

25 AAN nº 65/1999, de 11 de enero de 2001 (FJ nº 1).

26 AAN nº 71/2002, de 15 de julio de 2002 (FJ nº 1).

una euroorden entre España y Alemania se realiza igualmente un análisis sobre la concurrencia de los elementos normativos del tipo de estafa (engaño bastante) según el ordenamiento español<sup>27</sup>. Otros ejemplos también se observan por parte de la AN en relación con las falsedades. Así, la AN denegó una extradición a Noruega de una persona a la que se le imputaban, entre otros, un delito de falsedad en documento oficial por calificar de falsedad ideológica la declaración inveraz sobre el género o mercancía que se introduce en territorio noruego<sup>28</sup>.

Por tanto, la valoración de los elementos normativos de los tipos penales es una operación común que se realiza con carácter general. Ahora bien, ¿no había otra forma de interpretar el tipo penal alemán de alta traición o, no había otra forma de poder considerar constitutivos de delitos los hechos narrados en la solicitud? Desde *Pupino*<sup>29</sup> las decisiones marco tiene carácter vinculante. Por tanto, las autoridades estatales y, entre ellas los jueces, están obligados a interpretar el Derecho nacional de manera conforme con el Derecho de la Unión. Cuando un juez nacional tiene que aplicar su Derecho están obligados a tener en cuenta la finalidad de la Decisión Marco, en este caso, la relativa a la ODE, para alcanzar el resultado que ésta persigue. Esta obligación tiene como finalidad garantizar la plena efectividad del Derecho de la Unión.

El principio de interpretación conforme del Derecho nacional tiene determinados límites: los principios generales del Derecho (entre otros, seguridad jurídica y no retroactividad). Un juez nunca podría utilizar el Derecho de la Unión a través de la interpretación conforme para determinar o agravar la responsabilidad penal del sujeto. El principio de interpretación conforme tampoco puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional. Por otro lado, una interpretación conforme exige al juez nacional tener en cuenta todo su Derecho interno y aplicar todos los métodos de interpretación reconocidos en dicho ordenamiento para de esta forma hacer “todo lo que sea posible” para garantizar la plena efectividad de la decisión marco de que se trate y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta<sup>30</sup>. El objetivo de la decisión marco sobre la orden de detención y entrega europea es “*establecer un sistema simplificado y más eficaz de entrega de personas condenadas o sospechosas de haber infringido la ley penal, facilitar y acelerar*

---

27 AAN nº 13/2007, de 2 de febrero.

28 AAN nº 124/2003, de 3 de octubre.

29 STJUE, de 16 de junio de 2005, asunto C-105/03. Para un comentario de la misma, vid. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: “La aplicación del principio de interpretación conforme a las decisiones-marco. ¿Hacia el efecto directo?: Especial referencia al caso Pupino”, en ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A. (dirs.): *El derecho penal de la UE: Situación actual y perspectivas de futuro*, Ed. UCLM, 2007, pp. 291-324.

30 Vid. el asunto *Pupino* y, más recientemente, STJUE de 29 de junio de 2017, *Poplawski* (C-579/15), p. 33.

*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*<sup>31</sup>. Es por ello por lo que los motivos de denegación están muy limitados. Uno de estos motivos es el principio de doble incriminación cuando se trata de una infracción no incluida en la lista.

Dado que un procedimiento de detención y entrega europeo no se dilucida ni se agrava la responsabilidad penal del sujeto, la interpretación que se realice de los tipos penales para dar por cumplido la garantía del principio de doble incriminación puede flexibilizarse. Además, como se ha explicado, el principio de legalidad no está detrás de la doble incriminación. La solución pasaría por realizar una interpretación literal o gramatical del término violencia o amenaza de violencia. Al haber reconocido el tribunal alemán la existencia de violencia<sup>32</sup>, una interpretación conforme del tipo penal de alta traición con la *DM euroorden* en sentido literal hubiese sido suficiente para fundamentar la entrega.

Otra posibilidad de interpretación era tener presente la realidad social del tiempo en el que el tipo penal es aplicado. Los tipos penales de rebelión, alta traición, etc., han pasado de unos códigos a otros con redacciones similares. Pensados normalmente en épocas palaciegas con la mente en un alzamiento armado, el término violencia se configuró de forma muy restrictiva. Si hacer una interpretación de este tipo podría dar lugar a una interpretación analógica por parte del juez enjuiciador, en el caso del juez que coopera tener en cuenta dicho parámetro le lleva a hacer una interpretación conforme con la obligación de cooperar, trasladando esa prohibición de analogía a su homólogo que ha de juzgar el caso y que está mejor situado que él para hacerlo.

---

31 STJUE, de 26 de febrero de 2013, C-399/11, *asunto Melloni*, p. 37; STJUE, de 30 de mayo de 2013, C-168/13 PPU, *asunto Jeremy F. Contra Premier Ministre*, p. 35) y STJUE, de 16 de julio de 2015, C237/15 PPU, *asunto Lanigan*, p. 28.

32 En la nota de prensa emitida por el *Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht* de 5 de abril de 2018 el tribunal alemán indica que “*la conducta de la que se acusa al Sr. Puigdemont no sería penalmente punible en la República Federal de Alemania en virtud de la legislación aplicable en Alemania. Los requisitos del tipo penal alemán de alta traición no se cumplen porque no se da el requisito de “violencia”. Según los principios establecidos por el Bundesgerichtshof en un caso comparable, para considerar que concurre “violencia” no basta con que un actor amenace o aplique la fuerza para hacer que una institución constitucional se comporte de la manera deseada. Es necesario que la violencia ejerza tanta presión sobre la institución constitucional que esta presión sea adecuada para doblar la voluntad opuesta de la institución. No ocurre así en este caso. Es cierto que el Sr. Puigdemont, como promotor inicial y defensor de la realización del referéndum, debe ser considerado responsable de los actos de violencia cometidos el día del referéndum. Sin embargo, estos actos de violencia, según su naturaleza, alcance y efecto, no eran adecuados para ejercer tanta presión sobre el gobierno que éste se hubiera visto obligado a “rendirse a las demandas de los perpetradores de la violencia”* (traducción de la autora). Disponible en <https://www.schleswig-holstein.de/DE/Justiz/OLG/Presse/PI/201803Puigdemontdeutsch.html> (último acceso 7.4.2018).

La tercera opción, la menos revolucionaria, sería buscar otro tipo penal susceptible de aglutinar los hechos narrados en la solicitud de entrega. Esta posibilidad se planteó igualmente cuando el caso estaba en manos de la justicia belga, si bien en este ordenamiento no existía ningún delito tan similar al de rebelión<sup>33</sup>. Se ha hablado de aplicar la conspiración de alta traición<sup>34</sup>, de la posibilidad (remota) de recurrir a los delitos de quebrantamiento de la paz pública<sup>35</sup>, el delito de resistencia, el delito de incitación pública a la participación en una reunión pública prohibida<sup>36</sup>, o incluso de unas simples coacciones. Voces con profundos conocimientos en Derecho penal alemán como la de GIMBERNAT aluden a esta última posibilidad<sup>37</sup>. Y es que la misma sentencia que se utilizó como argumento para denegar la rebelión desvela qué otros delitos pueden estar en juego. La sentencia de referencia<sup>38</sup> se refería al caso de un activista ecologista, Alexander Schubart, cabecilla de una plataforma ciudadana contra la construcción de una nueva pista de aterrizaje en el aeropuerto de Frankfurt en los años 80. Schabart llamó a los activistas a acudir al aeropuerto y protestar de forma no violenta. En la manifestación se produjeron episodios violentos, ardieron barricadas, resultaron heridos algunos agentes de la policía, etc. A Schubart se le acusó de coacción a los órganos constitucionales (artículo 105 CP alemán) y de perturbar el orden público (artículo 125 CP alemán). El TS alemán descartó al ecologista como autor de un delito de coacción de órganos constitucionales (artículo 105), no así del delito de desórdenes públicos (artículo 125 CP alemán) ni del delito de coacciones genéricas (artículo 240 III CP alemán), donde también se exige violencia, pero no de una forma tan restrictiva como en los delitos contra el orden constitucionales. Por tanto, en palabras de GIMBERNAT, la afirmación del OLG SH de que el comportamiento de Puigdemont, “según el Derecho vigente en la República Federal Alemana no sería punible, es falsa”. Si la sentencia del TS alemán es aplicable al caso Puigdemont por tratarse de un supuesto “no sólo com-

---

33 MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: “¿Cómo funciona la orden de detención y entrega europea? El caso del *ex-president* y sus *consellers* como ejemplo”, en *Diario La Ley*, 2017, nº 9096.

34 JAVATO MARTÍN, A.: “Las dificultades del delito de rebelión”, *El País*, 12.04.2018 (último acceso 3.05.2018).

35 Vid. *infra* en este volumen la contribución de Javato.

36 JAVATO MARTÍN, A.M.: “Existe el delito de sedición en Alemania, Suiza y Bélgica”, en *Diario La Ley*, nº 9188, de 2 de mayo de 2018.

37 GIMBERNAT, E.: “Alemania, obligada a entregar a Puigdemont por rebelión”, en *Tribuna, El Mundo*, 16.04.2018, disponible en <http://www.elmundo.es/opinion/2018/04/16/5ad34048268e3ee23d8b45d9.html> (último acceso 30.04.2018).

38 BGH de 23 de noviembre de 1983. Por cierto, esta sentencia ni siquiera se refiere a un delito de alta traición (artículo 81 y ss. CP alemán), sino a un delito contra el orden constitucional (artículo 105 y ss.). Sin embargo, se utilizó como argumento por la interpretación idéntica del elemento normativo “violencia” o “amenaza de violencia” que aparece en ambos tipos penales.

parable, sino en algunos detalles incluso idéntico”<sup>39</sup>, entonces el comportamiento del Sr. Puigdemont podría ser constitutivo de un delito de desórdenes públicos y de coacciones genéricas, dándose por cumplida la doble tipificación de los hechos<sup>40</sup>. Comparto el argumento, si bien debe tenerse en cuenta que la *doctrina Grundza* no solo obliga a dar por cumplida la doble incriminación cuando los hechos son constitutivos de delito en virtud de otro tipo penal, sino también que se guarde una cierta similitud en el bien jurídico protegido. Respecto al delito de desórdenes públicos, se podría mantener una cierta similitud, en el caso de las coacciones es más discutible.

Desde Alemania se ha apuntado que la tesis de “buscar otro delito que dé cabida a los hechos de la solicitud” podría no encontrar acomodo con el principio de especialidad<sup>41</sup>. Dicho principio impide el enjuiciamiento, condena o detención por toda infracción cometida antes de la entrega distinta de la que motivó esta última (artículo 27 *DM euroorden*).

Al margen de las excepciones y que ahora no interesan<sup>42</sup>, el principio de especialidad puede interpretarse en términos puramente jurídicos, es decir, en atención a la infracción propiamente dicha, o de forma fáctica<sup>43</sup>. En el primer caso, si el juez alemán determina que los hechos imputados al Sr. Puigdemont son constitutivos de un delito contra el orden público y/o coacciones, el juez español solo podría imputarle un delito contra el orden público y/o coacciones y no así la rebelión. Con una interpretación amplia lo que se tiene en cuenta son los hechos impidiendo su variación como para dar lugar a infracciones totalmente distintas. Es decir, el principio de especialidad estaría pensado para que, si se ha concedido la entrega por un delito de homicidio, la persona entregada no sea condenada por un delito de agresión sexual o por un robo.

Para justificar que el principio no se vería vulnerado en el supuesto de que el juez alemán entendiera que los hechos imputados al Sr. Puigdemont son constitutivos de delito en el ordenamiento alemán es necesario adentrarse en los fundamentos de la especialidad. Algunos autores ven en ella una prerrogativa estatal para decidir

---

39 OLG SH, de 5 de abril de 2018 (FJ II 2 a).

40 GIMBERNAT, E.: ““Alemania, obligada a entregar...””, op., cit.

41 AMBOS, K.: “Kann Puigdemont doch wegen Rebellion verurteilt werden?”, en *Legal Tribune Online*, 18.04.2018, disponible en <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/puigdemont-separatisten-fuehrer-auslieferung-europaeischer-haftbefehl/> (último acceso 30.04.2018).

42 Sobre las mismas, vid. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: “¿Cómo funciona la orden de detención y entrega europea? ...”, op., cit., p. 7.

43 LÓPEZ ORTEGA, J.J.: “La protección de los derechos fundamentales de la persona reclamada en el sistema de entrega instaurado por la orden europea de detención”, en AA.VV.: *Manuales de Formación Continuada 42/2007*, CGPJ, Madrid, 2007, p. 322; del mismo autor “Cadena perpetua y pena de muerte. Principio de especialidad”, en ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A. (dirs./ MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. (coord.): *La orden de detención...*, op., cit., p. 302.

si se concede o no una extradición/entrega conforme a los delitos enunciados<sup>44</sup>. Otros sitúan el fundamento último del principio en la prohibición de indefensión<sup>45</sup>. Finalmente, otra parte de la doctrina le otorgan un carácter dual aglutinando los dos fundamentos indicados<sup>46</sup>. En mi opinión, la finalidad del principio de especialidad es evitar la indefensión de la persona reclamada. Y es que su visión como prerrogativa estatal pierde fuerza desde el momento que el control de la doble incriminación exige, según la *doctrina Grundza*, un tipo penal que aglutine los hechos descritos en la solicitud de ODE. Si es posible fundamentar la doble incriminación en otro tipo, no podría luego limitarse la entrega a que el juez de emisión juzgase por los delitos que le ha indicado el juez de ejecución con arreglo a su CP. Y es que en ocasiones esas infracciones pueden incluso no existir en el ordenamiento del Estado de emisión<sup>47</sup>. En realidad, desde tiempos de la extradición lo que ha estado en juego con el principio de especialidad es la calificación jurídica del hecho imputado en el Estado de emisión y su posible alteración<sup>48</sup>. En el caso que nos ocupa no se modifica la calificación jurídica de la euroorden y desde luego el Sr. Puigdemont no podría alegar indefensión, pues conoce perfectamente el cargo que se le imputa, tanto que fue el que motivó su fuga del país. En otras palabras, si los derechos del reclamado deben salvaguardarse, también es necesario impedir situaciones de privilegio o discriminación en el tratamiento de delitos por razón de la facilidad de la persona para salir del país de comisión (por ejemplo, respecto a los líderes catalanes que optaron por no huir).

Por otro lado, se da la circunstancia de que el principio de especialidad ha sido interpretado de una forma fáctica por el TJUE en los *asuntos acumulados Artur Leymann y Aleksei Pustovarov*<sup>49</sup>. Se trataba de una solicitud de entrega por tráfico de drogas en la que cambiaba el objeto del delito (la solicitud se hacía por una

---

44 MIGUEL ZARAGOZA, J.: “Algunas consideraciones sobre la extradición”, en *BIMJ*, 25-III-1995, nº 1738, p. 108.

45 PÉREZ CEBADERA, M.A.: *La nueva extradición europea: La orden de detención y entrega europea*, Ed. Tirant lo blanc, 2008, p. 58; GÓMEZ CAMPELO, E.: *Fundamentación teórica y praxis de la extradición...*”, op., cit., p. 79.

46 LÓPEZ ORTEGA, J.J.: “La protección de los derechos fundamentales de la persona reclamada...””, op., cit., p. 320; BELLIDO PENADÉS, R.: *La extradición en Derecho español*, Madrid, 2001, p. 98.

47 Por ejemplo, podría solicitarse una entrega a un juez español por un delito de robo de identidad que como tipo autónomo no existe en nuestro CP y concederse por considerarse que los hechos descritos son constitutivos de un delito de falsificación de tarjetas de crédito (artículo 399bis CP) o de estafa (artículo 248 CP). Así se procedió en materia de extradición en el AAN nº 60/2015, de 19 de mayo.

48 PASTOR BORGONÓN, B.: *Aspectos procesales de la extradición en Derecho español*, Madrid, 1984, pp. 126-130.

49 STJUE, de 1 de diciembre de 2008, C-388/08 PPU.

sospecha de tráfico de anfetaminas, siendo luego condenado por tráfico de hachís). Entre otras cuestiones, se preguntaba al TJUE sobre los criterios pertinentes para determinar si la exposición de los hechos en la que se basa la inculpación difiere de aquella en la que se basa la entrega, de manera que deba considerarse que se trata de una “infracción distinta” en el sentido del principio de especialidad. El Tribunal de Luxemburgo indicó que para saber si se trata o no de una “infracción distinta” debía comprobarse “si los elementos constitutivos de la infracción, según la tipificación jurídica que se hace de ésta en el Estado miembro de emisión, son aquellos por los que la persona ha sido entregada y si existe una correspondencia suficiente entre los datos que figuran en la orden de detención y los mencionados en el acto de procedimiento posterior” (pár. 57).

Con esta interpretación el Tribunal de Luxemburgo positiviza el artículo 14.3 del *Convenio europeo de extradición*<sup>50</sup>, en virtud del cual “[c]uando la calificación del hecho imputado se modificare durante el procedimiento la persona entregada no será perseguida o sentenciada sino en la medida en que los elementos constitutivos de la infracción nuevamente calificada hubieran permitido la extradición”. En este sentido, puede decirse que incluso en la extradición el principio de especialidad opera respecto de los hechos que en ningún caso pueden ser alterados por el Estado de emisión<sup>51</sup>.

Las diferencias entre los *asuntos Leymann y Pustovarov* y el *caso Puigdemont* son evidentes, pues en el primer caso el delito por el que se había concedido la entrega era el de tráfico de drogas y la modificación en el objeto del delito no cambiaba su esencia. En el *caso Puigdemont* no podría decirse lo mismo, si bien hay que tener en cuenta que en los *asuntos Leymann y Pustovarov* no estaba en juego la doble incriminación de los hechos. Cuando lo está, de nuevo hay que reiterar que, si *Grundza* obliga a encontrar un tipo penal que aglutine los hechos descritos en la solicitud, entonces no puede llevarse el principio de especialidad hasta sus últimas consecuencias. En otras palabras, no podría entenderse vulnerada la especialidad por no imputar los delitos que según el ordenamiento del Estado de ejecución se entienden cometidos tras haber deslocalizado los hechos que fundamentan la entrega de la persona reclamada. Por otro lado, *Leymann y Pustovarov* aluden a la necesidad de una correspondencia que concurriría en el *caso Puigdemont* entre los elementos de la infracción (rebelión) según la tipificación jurídica que se hace de ésta en el Estado de emisión (España) y los datos que figuran en la ODE (solicitud

---

50 Vaticinando la imposición de esta interpretación fáctica del principio de especialidad, aunque con discrepancias dependiendo de si se trata o no de un delito de la lista, vid. LÓPEZ ORTEGA, J.J.: “La protección de los derechos fundamentales de la persona reclamada...”, op., cit., p. 323.

51 BAUTISTA SAMANIEGO, C.M.: *Aproximación crítica a la orden europea...*, op., cit., p. 219.

enviada por el juez Llarena a su homólogo alemán) y los mencionados en el acto de procedimiento posterior (futuro procedimiento sustanciado en España por delito de rebelión o, en su caso, de sedición). En cualquier caso, cabría la cuestión prejudicial ante el TJUE para que aclarase la cuestión.

## V. CONCLUSIONES

Soy de las que piensan que la doble tipificación debe desaparecer. Sin embargo, no será posible hasta que no se asista a un cambio de pensamiento sobre la aceptación de diferencias penales internas. Para la consecución de tal fin no bastará con armonizar las disposiciones penales nacionales. La UE no tiene competencias para armonizar cualquier tipo de delito y aunque las tuviera solo puede ejercerlas en atención al principio de subsidiariedad y proporcionalidad competencial (artículo 5 TUE). En otros términos, debe fundamentar, en primer lugar, que la acción a nivel europeo presenta mayores ventajas que una actuación a nivel interno y, en segundo lugar, que no se excede en sus competencias (por ejemplo, utilizando un reglamento en vez de una directiva).

La desaparición de la doble incriminación pasa por aceptar un lema que a veces se olvida y que es el respeto de la “unidad en la diversidad”. Las diferencias penales entre los EEMM a la hora de cooperar deben respetarse con carácter general. Eso implica no imponer tu propia evolución dogmática ni tu desarrollo jurisprudencial sobre una cuestión. Ya se han dado casos en la extradición en los que la AN no ha impuesto su desarrollo jurisprudencial sobre una determinada cuestión. Por ejemplo, a la hora de valorar el engaño bastante en la estafa o también en el caso del autoblanqueo de capitales cuando la jurisprudencia y la doctrina nacional exigen en la mayoría de los casos que el sujeto activo del blanqueo y del delito antecedente sean distintos<sup>52</sup>.

Por tanto, solo cuando esa diferencia sea un problema de orden público o de identidad nacional podrá anteponerse a la cooperación. Ejemplos de lo anterior serían los casos de cooperación por delitos que no exigen dolo o culpa (*strict liability offences*) dado que el principio de culpabilidad es un principio básico y de rango constitucional en una gran mayoría de EEMM.

Aun siendo partidaria de la eliminación de la doble incriminación, lo cierto es que a nivel legislativo se permite –obligatoria o facultativamente– su control. Siendo así debe primar una interpretación flexible del principio. Que sea flexible no significa que sea inexistente tanto como para vaciar de contenido el principio. En consecuencia, el control debe tener como punto de partida el fundamento estatal de la doble incriminación: el juicio normativo o valoración sobre el hecho que se

---

52 AAN (Sala de lo Penal, Sección Pleno) nº 120/2002, de 30 de octubre (FJ 5º).

imputa o por el que se condena a la persona reclamada. Si al cambiar los elementos constitutivos de la infracción, varía también el juicio normativo o la valoración de ese hecho por parte del Estado de ejecución, entonces la doble incriminación se activará impidiendo la entrega. Sin embargo, ello no impide buscar otro tipo penal que abarque los hechos descritos en la solicitud de entrega, siempre y cuando el bien jurídico protegido sea similar (*asunto Grundza*).

Con relación al *caso Puigdemont*, se ha barajado la posibilidad, entre otros, de los delitos de desórdenes públicos, de coacciones genéricas o incluso de conspiración a la alta traición. No obstante, debe tenerse en cuenta que la *doctrina Grundza* no solo obliga a dar por cumplida la doble incriminación cuando los hechos son constitutivos de delito en virtud de otro tipo penal, sino también que se guarde una cierta similitud en el bien jurídico protegido. Respecto al delito de desórdenes públicos, se puede mantener una cierta similitud. En el caso de las coacciones es más discutible. En ambos casos entraría en juego el principio de proporcionalidad, pues estos delitos se castigan en Alemania con penas muy inferiores a las que marca el CP español para la rebelión (15-25 años) y los jueces alemanes suelen controlar la proporcionalidad de las penas si bien de una manera laxa. La conspiración a la alta traición es una vía que el juez alemán debería explorar (artículo 83 CP alemán).

Finalmente, cabe reflexionar acerca de si la *doctrina Grundza* puede utilizarse también cuando está en juego la entrega de una persona. Este caso se dictaminó en el marco de la *DM 2008/909 relativa al reconocimiento de condenas*. Tal y como está redactada la sentencia gran parte de sus pasajes podrían reproducirse sin más a supuestos de ODE. Así, por ejemplo, allí donde en *Grundza* se indica que la *DM 2008/909* sustituye una serie de instrumentos de Derecho internacional con miras a intensificar la cooperación en el ámbito de la ejecución de sentencias penales; la *DM sobre la euroorden* sustituye los convenios aplicables en materia de extradición con la finalidad de acelerar, eliminar la complejidad (considerando 11 y art. 31) y los riesgos de retraso inherentes a los actuales procedimientos de extradición (considerando 1 y 5). Además, el *Manual de uso de la orden de detención y entrega* en su última edición (2017) se refiere expresamente a este asunto como criterio de interpretación del principio de doble incriminación. Sin embargo, el objetivo detrás de la *DM 2008/909* es facilitar la reinserción social del condenado. Es decir, es un objetivo que beneficia al sujeto. En cambio, en el caso de la *DM sobre la euroorden* el objetivo es evitar que el sujeto infractor eluda la justicia del Estado de emisión. Es un objetivo que perjudica al individuo. El TJUE indica claramente que incluso para las infracciones que no figuren en la lista, el principio de doble incriminación es la excepción a la regla general y, por tanto, debe interpretarse de forma flexible (par. 46). Esa interpretación laxa, puntualiza,

favorece el objetivo de facilitar la reinserción (par. 51). Es cierto que el TJUE se pronuncia en esos términos de una forma neutra. En ningún momento indica que una interpretación laxa de la doble incriminación contribuya a lograr un objetivo que *beneficia al sujeto*. Sin embargo, esa diferencia podría ser importante a la hora de realizar una ponderación entre los intereses en juego: los del Estado miembro de emisión (evitar que el sujeto eluda la administración de justicia); los del Estado miembro de ejecución (cooperar con un Estado cuando dicha cooperación sea conforme a su ordenamiento jurídico) y los de la persona reclamada (reinsertarse en la sociedad una vez cumplida la pena).

Lo anterior vincula con la necesidad de interponer una cuestión prejudicial para aclarar si el principio de doble incriminación se ha de interpretar de forma distinta en función del instrumento de reconocimiento mutuo que esté en juego<sup>53</sup>. Las dudas no acaban aquí: si el camino a seguir es solo *Grundza* o si, por el contrario, con identidad normativa la óptica funcionalista debería primar ya en todo caso prescindiendo de cualquier tipo de examen de los elementos constitutivos de la infracción por parte del juez de ejecución.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- ASP, P./VON HIRSCH, A./FRÄNDE, D.: “Double criminality and transnational investigative measures in EU Criminal Proceedings: Some Issues of Principle”, en *Zis* 11/2006.
- BAUTISTA SAMANIEGO, C.M.: *Aproximación crítica a la orden europea de detención y entrega*, Ed. Comares, 2015.
- BELLIDO PENADÉS, R.: *La extradición en Derecho español*, Madrid, 2001.
- CALAZA LÓPEZ, S.: *El procedimiento europeo de detención y entrega*, Ed. Iustel, Madrid, 2005.
- CEZÓN GONZÁLEZ, C.: *Derecho extradicional*, Dykinson, 2003.
- CRYER, R. et al.: *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- CUERDA RIEZU, A.: *De la extradición a la “euroorden” de detención y entrega. Con análisis de la doctrina del TC español*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2003.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, Ed. La Ley, 2008.

---

<sup>53</sup> Así, en la doctrina, vid. VERMEULEN, G./DE BONDT, W./TYCKMAN, C. (eds.): *Rethinking international cooperation in criminal matters in the EU...*, op., cit., p. 109; TRÄSKMAN, P.O.: “Should We Take the Condition of Double Criminality Seriously?”, en JAREBORG, (ed.): *Double Criminality. Studies in International Criminal Law*, 1989, p. 145.

- FELLER, S.Z.: “The significance of the requirement of double criminality in the Law of extradition”, en *Israel Law Review*, Vol. 10, 1975.
- GÓMEZ CAMPELO, E.: *Fundamentación teórica y praxis de la extradición en el Derecho español*, Ed. Universidad de Burgos, 2005.
- GÓMEZ CAMPELO, E.: *Fundamentación teórica y praxis de la extradición en el Derecho español*, Ed. Universidad de Burgos, 2005.
- IRURZUN MONTORO, F.: “Los últimos avances y propuestas de la Unión europea en la cooperación judicial penal”, en *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 10, 2002.
- JAVATO MARTÍN, A.M.: “Existe el delito de sedición en Alemania, Suiza y Bélgica”, en *Diario La Ley*, nº 9188, de 2 de mayo de 2018.
- JIMENO BULNES, M.: “Régimen y experiencia práctica de la orden de detención europea”, en AA.VV.: *Justicia versus seguridad, en el espacio judicial europeo. Orden de detención europea y garantías procesales*, Ed. Tirant lo Blanch, 2011.
- JOSEPH, S./McBETH, A.: *Research Handbook on International Human Rights Law*, Edward Elgar Publishing, 2010.
- KARLE, L.: “Some Problems Concerning the Application of the European Convention on Extradition”, en *Legal Aspects of Extradition Among European States*, 1970.
- KLIMEK, L.: *European Arrest Warrant*, Springer, 2014.
- KÜHN, W.M.: “Problemas jurídicos de la Decisión marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la UE”, en *Revista General de Derecho europeo*, Iustel, vol. 12, 2007.
- LAUTFÜTTE, H.W./KUSCHEL, A.: “Hochverrat”, en *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*, Ed. De Gruyter, 2010, Bände 4.
- LÓPEZ ORTEGA, J.J.: “Cadena perpetua y pena de muerte. Principio de especialidad”, en ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A. (dirs.)/MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. (coord.): *La orden de detención y entrega europea*, Ed. UCLM, Colección Marino Barbero Santos, 2006.
- MIRANDA RODRIGUES, A.: “O Mandato de detenção europea na via de construção de um sistema penal europeu: um passo o um salto?”, en *Revista Portuguesa de Ciencia Criminal*, año 13, núm. 1, enero/marzo, 2003.
- MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: “¿Cómo funciona la orden de detención y entrega europea? El caso del *ex-president* y sus *consellers* como ejemplo”, en *Diario La Ley*, 2017, nº 9096.
- MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: “La aplicación del principio de interpretación conforme a las decisiones-marco. ¿Hacia el efecto directo?: Especial referencia al caso Pupino”, en ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A. (dirs.): *El derecho penal de la UE: Situación actual y perspectivas de futuro*, Ed. UCLM, 2007

- NIETO MARTÍN, A.: “Editorial”, en *La Ley: Unión europea*, 2018, nº 58.
- NIETO MARTÍN, A.: “El reconocimiento mutuo en materia penal y el Derecho primario”, en ARROYO JIMÉNEZ, L. (dir.): *El reconocimiento mutuo en el Derecho español y europeo*, Marcial Pons, 2018.
- NIETO MARTÍN, A.: “La cuestionable decisión de los jueces alemanes en el caso Puigdemont”, en *Almacén del Derecho*, disponible en <http://almacenederecho.org/reconocimiento-mutuo-doble-incriminacion/> (último acceso 21.04.2018).
- NIETO MARTÍN, A.: “Principio de doble incriminación y lista de eurodelitos: La corrupción como ejemplo”, en *Publicaciones del Portal Iberoamericano de Ciencias Penales*, Instituto de Derecho Penal europeo e internacional, 2006, p. 1, disponible en [http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/2nieto\\_def.pdf](http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/2nieto_def.pdf) (último acceso 24.04.2018).
- ORMAZABAL SÁNCHEZ, G.: “La formación del Espacio judicial europeo en materia penal y el principio de reconocimiento mutuo. Especial referencia a la extradición y al mutuo reconocimiento de pruebas”, en ARMENTA DEU, T./GASCÓN INCHAUSTI, F./CEDEÑO HERNÁN, M. (coords.): *El Derecho procesal penal en la UE: tendencias actuales y perspectivas de futuro*, Madrid, 2006.
- PASTOR BORGONÓN, B.: *Aspectos procesales de la extradición en Derecho español*, Madrid, 1984.
- PÉREZ CEBADERA, M.A.: *La nueva extradición europea: La orden de detención y entrega europea*, Ed. Tirant lo blanc, 2008.
- PLACHTA, M.: “The Role of Double Criminality in Penal Matters”, en JAREBORG, N. (eds.): *Double Criminality – Studies in International Criminal Law*, Uppsala, 1989.
- SÁNCHEZ LEGIDO, A.: “La euroorden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 14, 2007.
- SHEARER, I.: *Extradition in International Law*, Manchester UP, 1971.
- SILVA MELERO, V.: “La extradición”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica IX*, Barcelona, 1958.
- SPINELLIS, D.: “Die Zukunft der Auslieferung in Europa und der Europäische Haftbefehl-Ausichten und Hindernisse vom Standpunkt des griechischen Rechts”, en GÖSSEL, Fs., Heidelberg, 2002.
- STREE, W./STERNBERG-LIEBEN, D.: “Artikel 81”, en *Strafgesetzbuch Kommentar*, Ed. C.H. Beck, 2006.
- VERMEULEN, G./DE BONDT, W./TYCKMAN, C. (eds.): *Rethinking international cooperation in criminal matters in the EU. Moving beyond actors, bringing logic back, footed in reality*, IRCP research series Volume 42, 2012.

VOGEL, J.: “¿Supresión de la extradición? Observaciones críticas en relación con la reforma de la legislación en materia de extradición en la UE”, en BACIGALUPO ZAPATER, E. (dir.): *El Derecho Penal Internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial VII-2001, Madrid, 2001, Consejo General del Poder Judicial.

WEIGEND, Th.: “Grundsätze und Probleme des deutschen Auslieferungsrechts”, en *JUS*, 2000.

# LA ENTREGA DE PUIGDEMONT POR EL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE LA PAZ PÚBLICA (§ 125 CÓDIGO PENAL ALEMÁN)

ANTONIO M<sup>a</sup> JAVATO MARTÍN

Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Valladolid

La negativa del Tribunal Superior de Schleswig-Holstein en su Auto de 5 de abril de 2018 a tramitar la Orden Europea de Detención y Entrega (en adelante OEDE) contra el ex presidente de la Generalitat Carles Puigdemont por el delito de rebelión, cuyo equivalente en el Código Penal alemán –en adelante CPa– es el delito de “alta traición” (*Hochverrat*) (§§ 81 y 82)<sup>1</sup>, ha llevado al Juez del TS Pablo Llarena, a proponer que el ex presidente de la Generalitat sea entregado por otra serie de delitos, entre ellos el de sedición.

---

1 En el § 81 se recoge la alta traición contra la Federación mientras que el § 82 se hace respecto a la efectuada contra un Estado federado. La pena en el caso del § 81 puede llegar a la reclusión perpetua para el “que con fuerza o amenaza de fuerza emprende bien el socavamiento de la existencia de la Republica Federal, bien la modificación del orden constitucional establecido”. Dentro de la primera modalidad de conducta, tendente a socavar la existencia del Estado, estaría incluida, según la doctrina alemana, la que pretende abolir la unidad de la Federación. Queda claro, así pues, la similitud con la rebelión española, similitud que se acentúa aún más dada la análoga naturaleza de ambas infracciones: delito de emprendimiento (propio) el de la “alta traición” y de simple actividad el de la rebelión. Ello significa que tanto en el delito alemán como en el español no se requiere que se logre el resultado, la consecución de la independencia de una parte del Estado, sino que basta que se despliegue la violencia con la finalidad de conseguirla. Vid. FISCHER T.: *Strafgesetzbuch*, “§ 81”, 63<sup>a</sup> ed., München, 2016.

En un escrito dirigido a la Fiscalía del Tribunal Superior de Schleswig-Holstein, fechado el 26 de abril de 2018, el magistrado español se ratifica en su petición de entrega por el delito de rebelión (arts. 472 y ss. del Código Penal español en adelante CPe), aportando abundante documentación videográfica sobre los actos de violencia cometidos el 1 de octubre, el 20 de septiembre y sobre otros incidentes ocurridos en fechas próximas. Pero introduce la calificación alternativa de los hechos por el delito de sedición (arts. 544 y ss. CPe). Además, y para facilitar la verificación del requisito de la doble incriminación, el magistrado aporta a las autoridades judiciales alemanas una panoplia de infracciones recogidas en su Código Penal –aparte de la de “alta traición”–, en las que se podrían subsumir las actuaciones violentas e ilegales acontecidas en el momento álgido del “proceso independentista” en los meses de septiembre y octubre y de las que cabría responsabilizar penalmente a Puigdemont. En concreto, se citan los §§ 89, 113, 125 o 240 del CPa.

En el § 89 se contiene una figura delictiva encuadrada entre aquellas que ponen en peligro el Estado Democrático de Derecho y que castiga con una pena de hasta cinco años de privación de libertad o con una pena de multa a quien planificadamente influya sobre miembros del ejército o de un órgano de seguridad pública para socavar su disponibilidad para la protección de la seguridad de la RFA o de su orden constitucional y de este modo se sitúe intencionalmente a favor de los esfuerzos contra la existencia o la seguridad de la RFA o contra sus principios constitucionales<sup>2</sup>. Sin duda se está pensando al invocar el citado parágrafo en la modalidad de rebelión consistente en sustraer cualquier clase de fuerza a la obediencia del gobierno, modalidad que figura en la OEDE cursada por las autoridades judiciales españolas.

Los §§ 113 y 125 regulan el delito de “resistencia a funcionario ejecutor”<sup>3</sup> (*Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte*) y el delito de “quebrantamiento de la paz pública” (*Landfriedenbruch*) respectivamente. El primero vendría a corresponder con nuestro delito de atentado (arts. 550 y ss. CPe); el segundo con el delito de desórdenes públicos de los arts. 557 y ss. del citado cuerpo legal. A ellos nos referiremos posteriormente.

Finalmente aparece a modo de cierre, el delito de coacciones del § 240 CPa que encuentra reflejo a grandes rasgos en el art. 172 del CPe.

---

2 Vid. FISCHER T.: *Strafgesetzbuch...* “§ 89”.

3 En él se impone una pena de privación de libertad de tres años –que puede llegar a cinco años en los tipos agravados– o multa al que resiste con violencia o amenaza de violencia a un funcionario o soldado del ejército federal destinado a la ejecución de las leyes, reglamentos, sentencias, autos, providencias o actos administrativos en la ejecución de una tal acción del servicio. Extensamente sobre esta infracción JAVATO MARTÍN, A.M.<sup>a</sup>, *El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado*, Granada, 2005, pp. 59 a 193.

Pues bien, la Fiscalía General de Schleswig-Holstein, con base al contenido de ese escrito y la documentación complementaria que le acompaña, formuló el 9 de mayo de 2018 una petición al Tribunal Superior de este Estado, en el que se reiteraba la tramitación de la extradición no solo por el delito de malversación de caudales públicos (equivalente al delito de infidelidad, *Untreue* § 266 CPa), sobre el que el citado Tribunal en su resolución inicial se decantó por su admisibilidad<sup>4</sup>, sino por el delito de rebelión y también, aquí está la novedad, solicitaba la extradición por el delito de “quebrantamiento de la paz pública” en su modalidad agravada de los §§ 125 y 125a. Junto a ello, la Fiscalía General de Schleswig-Holstein pedía que se cursara orden de prisión para el reclamado dada la gravedad de los delitos de los que se le acusa.

Esta petición de la Fiscalía fue desestimada en su integridad por aquel Tribunal en su auto de 22 de mayo de 2018<sup>5</sup>. En él se reafirma en la inadmisibilidad de la tramitación de la entrega por “alta traición”, y también la considera inadmisibile, según un examen provisional, por los ilícitos de los §§ 125 y 125a CPa. El rechazo a esta nueva pretensión se fundamenta en que los desórdenes públicos que se produjeron el día del referéndum en los colegios electorales no se pueden atribuir personalmente a Puigdemont. Para ello invoca el Alto Tribunal regional la sentencia del BGH “*Starbahn West*”. Mas este posicionamiento se contradice con lo sostenido en su primer auto de 5 de abril de 2018<sup>6</sup> en el que los jueces alemanes consideran que de esta violencia producida el día del referéndum –violencia no suficiente para colmar el delito de rebelión<sup>7</sup>– sí se puede hacer responsable al ex presidente catalán.

De esta forma el Tribunal alemán parece cerrar la puerta, a mi modo de ver de manera injustificada, a la entrega del prófugo por estos delitos. Y ello a pesar del empeño de la Fiscalía General de Schleswig-Holstein en lograrla, como queda patente en la nueva petición efectuada al Tribunal Regional el 1 de junio de 2018 en

---

4 Es de esperar que en este supuesto el Tribunal Superior de Schleswig-Holstein se decante por la entrega dado que como modalidad de corrupción es uno de los delitos que no requieren doble tipificación de los hechos, en el Estado que emite la orden y en el que la recibe, al estar incluido en el listado que recoge el art. 2 de la 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.

5 Consultado en [https://www.schleswig-holstein.de/DE/Justiz/OLG/olg\\_node.html](https://www.schleswig-holstein.de/DE/Justiz/OLG/olg_node.html) (último acceso 08.07.2018)

6 Consultado en [https://www.schleswig-holstein.de/DE/Justiz/OLG/olg\\_node.html](https://www.schleswig-holstein.de/DE/Justiz/OLG/olg_node.html) (último acceso 08.07.2018).

7 En un reciente artículo periodístico publicado, como tribuna de opinión, en el diario *El País* el 12 de abril de 2018 mostramos nuestras dudas sobre que los actos violentos que enumera el juez Llarena en su auto de procesamiento puedan sustentar una condena por el delito de rebelión. Disponible en [https://elpais.com/elpais/2018/04/11/opinion/1523445523\\_848057.html](https://elpais.com/elpais/2018/04/11/opinion/1523445523_848057.html). (último acceso 08.07.2018).

la cual se vuelve a considerar admisible la entrega de Puigdemont por los delitos de “alta traición”, “quebrantamiento de la paz pública” e “infidelidad” (*Untreue* § 266). Habrá que esperar de todas maneras a la resolución judicial definitiva.

En lo que sigue nos vamos a centrar en la cuestión de si el § 125 es equivalente al delito de sedición español como se ha especulado en determinadas informaciones periodísticas, lo que abriría la puerta a una hipotética entrega por este delito.

En la tradición jurídica germana el delito equivalente a la sedición sería el *Aufbruch*. Dicha infracción estuvo presente en el § 115 del CPa hasta 1970 en que se suprime tras la Tercera Ley de Reforma Penal de 20 de mayo de 1970 (3.StrÄG).

Por medio del mismo se castigaba el alzamiento público y multitudinario en el que se resistía (con violencia o amenaza de violencia) o se agredía a un funcionario ejecutor, siendo objeto de responsabilidad penal tanto los cabecillas de aquel como los meros partícipes en el mismo<sup>8</sup>.

Aparecía configurado así pues el *Aufbruch* como un tipo agravado del delito de resistencia a funcionario ejecutor. Su derogación hay que situarla en el marco de la reforma del denominado “Derecho penal de las demostraciones” (*Demonstrationsstrafrecht*), al que pertenecería el delito de *Aufbruch*. El “Derecho Penal relativo a las demostraciones”<sup>9</sup> pasa a primer plano en la década de los años 60 del siglo pasado al socaire de las frecuentes manifestaciones estudiantiles que tuvieron lugar en la segunda mitad de la citada década. Precisamente este fenómeno de las protestas estudiantiles constituye el sustrato empírico de la reforma operada en este campo por la 3<sup>a</sup> Ley de Reforma del Derecho Penal (3.StrÄG). A propósito de ellas se sostuvo con asiduidad la tesis de que determinados delitos de las Secciones 6<sup>a</sup> y 7<sup>a</sup> del CPa, caracterizados como *Demonstrationsstrafrecht* no estaban en total sintonía con las exigencias constitucionales (art. 5 y 8 Constitución alemana, GG),

---

8 El tenor literal del antiguo § 115 era el siguiente:

(1) “El que participa en un alzamiento público y tumultuario en el que se cometa colectivamente alguna de las acciones indicadas en los §§ 113 y 114 será castigado por sedición con pena no inferior a seis meses.

(2) Los cabecillas y aquellos sediciosos que cometan una de las acciones indicadas en los §§ 113 y 114, serán castigados con reclusión hasta diez años; también podrá decretarse la autorización de vigilancia policial. Si existen circunstancias atenuantes, se impondrá pena de prisión no inferior a seis meses”. Sobre este delito véase SCHÖNKE, A./SCHRÖDER, H.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, “§ 115”, 13<sup>a</sup> ed. 1967, y JAVATO MARTÍN, A.M.<sup>a</sup>, *El delito de atentado...*, pp. 59 y ss.

9 Nótese que el vocablo “*Demonstration*” en castellano se viene traduciendo como manifestación. Sin embargo, esta acepción no sirve a nuestros efectos, pues como veremos más adelante la “*Demonstration*” abarca no sólo una manifestación sino también una reunión estática –concentración– que tiene por objeto publicitar una determinada opinión, fundamentalmente de corte político. De ahí que hayamos optado en el texto principal por una traducción literal de la categoría. Una traducción más libre sería “Derecho Penal de las reuniones y manifestaciones”.

y que ellos a grandes rasgos constituirían vestigios de un Estado Autoritario frente al cual el ciudadano permanecía sin la necesaria protección jurídica<sup>10</sup>. Siguiendo esta valoración, fundamentalmente fraguada en sede doctrinal, la 3.StrÄG deroga los delitos de *Aufbruch* y *Auflauf*<sup>11</sup>, y acomete una profunda reforma del delito de desórdenes públicos y el de resistencia a funcionario ejecutor. Este espíritu liberal, garantista que impregna la susodicha reforma de 1970, va a difuminarse completamente con las modificaciones posteriores operadas en este ámbito. Las Leyes de reforma del Código penal y de la Ley de reunión de 1985 y 1989, conllevan el alumbramiento de nuevos tipos penales que tienen por finalidad atajar la inusitada violencia presente en las protestas masivas de los años 80 (Vid el caso *Wakersdorf* o el del *Frankfurtflughafen*). Así se introduce en el elenco de infracciones delictivas de la Ley de reunión, la conducta, de dudosa constitucionalidad, del participante que lleva consigo armas defensivas, y la del participante que utiliza una determinada indumentaria para ocultar deliberadamente su identidad.<sup>12</sup>

La supresión del delito de *Aufbruch* no significó, sin embargo, que estas conductas de resistencia colectiva quedaran extramuros del CPA. Para ello el reformador de 1970 crea una peculiar figura de desórdenes públicos. Y decimos peculiar pues aparece hibridada con el tipo delictivo de resistencia, al que ya nos hemos referido. Se difuminan así los contornos de estas dos inveteradas infracciones, el delito de *Aufbruch* y el de *Landfriedenbruch*. Pues como agudamente ha puesto de manifiesto STRATENWERTH<sup>13</sup>, la diferencia esencial entre estos dos delitos de masas vertebrados en torno a un alzamiento tumultuario estribaría en el objeto de este alzamiento. Mientras que en el *Landfriedenbruch* sería la realización de violencias contra las personas o bienes privados, en el *Aufbruch* lo pretendido es la sublevación contra la autoridad, la resistencia a la misma.

10 Véase KOSTARAS, A.P.: *Zur strafrechtlichen Problematik der Demonstrationsdelikte*, Berlin, 1982, p. 80 y ss.; WEINGÄRTNER, D.: *Demonstration und Strafrecht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen, französischen, niederländischen und schweizerischen Recht*, Freiburg i.Br, 1986, pp. 41 y ss.; BERTULEIT, A.: *Sitzdemonstrationen zwischen prozedural geschützter Versammlungsfreiheit und verwaltungsrechtsakzessorischer Nötigung. Eine Beitrag zur Harmonisierung von Art. 8 GG, & 15 VersG und & 240 StGB*, Berlin, 1994, pp. 82 y ss.; FROHN, E.: *Demonstrationsstrafrecht und Kriminalpolitik*, Aachen, 1995, pp. 3 y ss.; CREIFELDS, C.: *Rechtswörterbuch*, München, 1999, voz “Demonstrationsdelikte”.

11 El “*Auflauf*” consistía en el hecho de no dispersarse los participantes en una reunión tumultuosa celebrada en lugares públicos después que han sido intimidados a ello por funcionario o autoridad competente tres veces.

12 Véase FROHN, E.: *Demonstrationsstrafrecht und Kriminalpolitik*, 1995, pp. 65 y ss., autor que aporta una interesante panorámica sobre la fenomenología de las “demostraciones” acontecidas en Alemania desde los años 50 del siglo XX. Igualmente, véase JAVATO MARTÍN, A.M<sup>a</sup>, “Libertad de reunión y Derecho Penal. Análisis de los artículos 513 y 514 del Código Penal” en *InDret* 3/2011, pp. 4 y ss.

13 STRATENWERTH, G.: *Sch. Strafrecht*, 5.<sup>a</sup> ed., Bern, 2000 § 49 nm. 30.

Y esta singular figura de desórdenes públicos, se inserta por la Tercera Ley de Reforma de 1970 en un segundo número del § 125 CPa, párrafo que presenta en su conjunto una nueva redacción, en la que se elimina la controvertida punición de los meros participantes sin intervención en actos de violencia o amenaza, que también se consagraba en el delito de *Aufbruch*, y que se mostraba contraria con las exigencias constitucionales<sup>14</sup>. El § 125.2 ha sido recientemente modificado para coordinarlo con la nueva regulación que la 52<sup>a</sup> Ley de Reforma del Código Penal de 23.5.2017 efectúa de las agresiones a funcionarios ejecutores. En efecto, la creación mediante dicha Ley de un nuevo tipo de agresión a funcionario en el §114 CPa<sup>15</sup> que viene a recoger una de las modalidades de conducta anteriormente plasmada en el §113CPa, obligó a incorporar un inciso segundo en el núm. 2 del §125 en el que se extiende lo regulado en el primigenio inciso primero de este núm. al nuevo §114 siempre que “la acción del cargo sea una acción de ejecución en el sentido del § 113. 1”.

Así pues, la redacción actual de § 125 CPa queda del siguiente modo:

(1) *“El que como autor o partícipe intervenga en:*

*1. acciones violentas contra personas o cosas o*

*2. amenazas a personas con violencia*

*las cuales son cometidas por una multitud de personas que unen sus fuerzas de manera que se ponga en peligro la seguridad pública o quien influya sobre una multitud de personas para fomentar su disposición a tales acciones, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa.*

(2) *En la medida en que las acciones descritas en el inciso 1 número 1 y 2 están amenazadas con castigo en el § 113, rigen los números 3 y 4 del § 113. Esto también es válido en el caso del § 114 en la medida en que la acción del cargo sea una acción de ejecución en el sentido del § 113.1”.*

Para concluir, estimo que son escasas las posibilidades de que el Tribunal alemán acceda a la extradición por del delito del § 125 a la vista de su pronunciamiento provisional de 22 de mayo de 2018. Pero es que incluso si finalmente el tribunal admitiera la participación o autoría en los hechos de Puigdemont, no tengo muy claro que la entrega se concediera por el delito de sedición, ya que no existe una correspondencia nítida entre este y el delito alemán de “quebrantamiento de la paz pública”, el cual encuentra mayor simetría con la infracción de desórdenes públicos de los arts. 557 y ss. Cpe.

---

14 Sobre la nueva configuración del delito del § 125 tras la Reforma de 1970, véase, por ejemplo, STRATENWERTH, G.: *Sch. Strafrecht*, 5.<sup>a</sup> ed., Bern, 2000 § 49, “§ 125”, 16 ed., München, 1972.

15 Respecto a él, véase entre otros, KÖNIG, D./MÜLLER, S.T.: “Einordnung des neuen § 114 StGB im bisherigen System der „Widerstandstaten” en *ZIS* 3/2018, pp. 96 y ss.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- BERTULEIT, A.: *Sitzdemonstrationen zwischen prozedural geschützter Versammlungsfreiheit und verwaltungsrechtsakzessorischer Nötigung. Eine Beitrag zur Harmonisierung von Art. 8 GG, & 15 VersG und & 240 StGB*, Berlin, 1994.
- CREIFELDS, C.: *Rechtswörterbuch*, München, 1999, voz “Demonstrationsdelikte”.
- FISCHER T.: *Strafgesetzbuch*, “§ 81”, 63ª ed., München, 2016.
- FROHN, E.: *Demonstrationsstrafrecht und Kriminalpolitik*, Aachen, 1995.
- JAVATO MARTÍN, A.M.<sup>a</sup>, *El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado*, Granada, 2005, pp. 59 a 193.
- JAVATO MARTÍN, A.M.<sup>a</sup>: “Libertad de reunión y Derecho Penal. Análisis de los artículos 513 y 514 del Código Penal” en *InDret 3/2011*, pp. 4 y ss.
- KÖNIG, D./MÜLLER, S.T.: “Einordnung des neuen § 114 StGB im bisherigen System der „Widerstandstaten” en *ZIS 3/2018*.
- KOSTARAS, A.P.: *Zur strafrechtlichen Problematik der Demonstrationsdelikte*, Berlin, 1982.
- SCHÖNKE, A./SCHRÖDER, H.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, “§ 115”, 13ª ed. 1967.
- STRATENWERTH, G.: *Sch. Strafrecht*, 5.<sup>a</sup> ed., Bern, 2000.
- WEINGÄRTNER, D.: *Demonstration und Strafrecht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen, französischen, niederländischen und schweizerischen Recht*, Freiburg i.Br, 1986.



# **EL EXAMEN DE LA AUTORIDAD REQUERIDA EN LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA DE POLÍTICOS INDEPENDENTISTAS: ENTRE LA POLÍTICA Y EL DERECHO**

**JORDI NIEVA FENOLL**

Catedrático de Derecho Procesal. Universitat de Barcelona

## **I. INTRODUCCIÓN**

La situación judicial creada a raíz del conflicto independentista en Cataluña es ciertamente paradójica y sorprendente a cada paso. Se pueden hacer lecturas políticas de la conducta de unos y otros durante el conflicto hasta su implosión con la fallida declaración de independencia de 27 de octubre de 2017, y por supuesto también con posterioridad a esa fecha. Pero ese relato sólo explicaría en parte lo sucedido jurídicamente desde aquel momento. Baste por ello con decir que en el relato de los hechos existen dos versiones radicalmente contrapuestas que se defienden incluso con ardor: la de buena parte de los españoles partidarios de mantener la unión, que entienden que lo sucedido en Cataluña en esas fechas fue algo terrible y peligrosísimo para España, y la de una parte minoritaria de la población española y de la práctica totalidad del independentismo, que defiende que lo sucedido fue, sin duda, una desobediencia puntual a las autoridades españolas, pero no algo que pudiera ni lejanamente suponer una amenaza para nadie al no materializarse en ningún resultado práctico, sino que se quedó en el terreno de lo simbólico o simplemente político.

Indico lo anterior porque esas percepciones, aunque parezca increíble, han condicionado muchos análisis jurídicos sobre esta materia. No es un secreto que la ideología condiciona a los jueces, y por descontado a cualquier jurista. Es un hecho que está estudiado empíricamente desde hace mucho tiempo<sup>1</sup>, y a lo máximo que puede aspirarse es a que esa querencia política no predetermine excesivamente el análisis jurídico, aunque una cierta influencia tendrá siempre, salvo que al jurista que haga el estudio le sea indiferente la cuestión de fondo<sup>2</sup>, como es difícilmente factible –pero no imposible– que suceda con un jurista español, pero que tiene pocas posibilidades de acontecer con un jurista extranjero.

En este caso concreto, un magistrado del Tribunal Supremo español que hace de instructor para estos hechos, así como la Fiscalía General del Estado del mismo país, han visto un delito de rebelión en lo acaecido en Cataluña, así como otro de malversación al relacionar la rebelión con la convocatoria de un referéndum que no había sido autorizado por el Gobierno, y cuya celebración se intentó impedir a través de advertencias del Tribunal Constitucional y anulaciones del mismo tribunal de cuantas normas fueron aprobadas por el Parlamento de Cataluña para la consecución de dicha consulta. Como en la materialización del referéndum no autorizado se supone, por su envergadura, que se tuvieron que utilizar recursos públicos, se imputa, como se ha dicho, el delito de malversación.

## II. LAS DOS LISTAS DE DELITOS DE LA DECISIÓN MARCO

Existen otras imputaciones, pero son secundarias a lo ya indicado. Al amparo de las disposiciones contenidas en la *Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros*<sup>3</sup>, la cuestión principal a resolver es qué tipo de examen de la solicitud de entrega puede realizar la autoridad judicial<sup>4</sup> del Estado requerido.

---

1 FORZA, A./MENEGON, G./RUMIATI, R.: *Il giudice emotivo*, Bologna 2017, pp. 107 y ss. EPSTEIN, L. et al., “The Supreme Court During Crisis: How War Affects Only Non-War Cases”, 80 *N.Y.U. L. Rev.* 1, 109-10, 2005. POSNER, E.A., *Cómo deciden los jueces*, Madrid 2011, passim.

2 Vid. reflexiones parecidas en SARMIENTO, D.: “Una prejudicial factible pero peligrosa”, *Agenda Pública*, 10-4-2018, <http://agendapublica.elperiodico.com/una-prejudicial-factible-pero-peligrosa/>

3 Sobre la misma, vid. por todos JIMENO BULNES, M.: “La orden europea de detención y entrega: análisis normativo”, en AAVV (ARANGÜENA, C./DE HOYOS, M./RODRÍGUEZ-MEDEL, C.), *reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en la Unión Europea*, Cizur Menor 2015, pp. 35 y ss. DALIA, G.: “L’adeguamento della legislazione nazionale alla decisione quadro tra esigenze di cooperazione e rispetto delle garanzie fondamentali”, en AAVV (Kalb dir.), *Mandato di arresto europeo e procedure di consegna*, Milano 2002, pp. 1 y ss.

4 S. Kovalkovas, 10-11-2016, C-477/16, puntos 33 y ss y S. Poltorak, 10-11-2016, C-452/16. Vid. no obstante S. Özçelik, 10-11-2016, C-453/16, puntos 34-37, al considerar “autoridad judicial” al ministerio fiscal húngaro que había emitido una orden de detención.

En este sentido, ante la ambigüedad de la disposición normativa europea y dado el hecho de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en realidad, no se ha pronunciado específicamente sobre este punto<sup>5</sup>, se ha suscitado un interesante debate acerca de los márgenes de apreciación de las autoridades requeridas<sup>6</sup> motivado justamente por el caso que nos ocupa<sup>7</sup>.

Los preceptos de referencia son los arts. 2.2, 2.4 y 4.1 de la Decisión Marco, transpuestos en diversas disposiciones normativas de cada Estado Miembro. Dichas normas distinguen dos grupos de delitos: una lista de treinta y dos categorías delictivas recogida en el art. 2.2, y el resto de delitos que reconozca la ley penal de cada Estado.

Con respecto a los primeros, dice la Decisión Marco que no se hará un control de la doble tipificación de los hechos, es decir, de la tradicional necesidad, clásica de la extradición, de que los hechos estén tipificados como delito –lo más equivalente posible– en el Estado requirente y en el Estado requerido. En virtud del “*grado de confianza elevado entre los Estados Miembros*” de que habla la exposición de motivos de la Decisión Marco y reitera siempre la jurisprudencia, aunque sobre todo de las numerosas equivalencias entre los códigos penales de los Estados Miembros en cuando a dichos delitos, se considera que no es necesario realizar el referido examen, por lo que la entrega debería ser bastante sencilla, aunque no realmente automática. Más adelante abundaré en este tema.

En relación con los segundos, la Decisión Marco no prevé exactamente un auténtico análisis de doble tipificación en el sentido acabado de indicar, sino que intenta establecer un mecanismo más flexible. La idea es que la autoridad requerida se cerciore de si los hechos son abstractamente delictivos en su Estado, con independencia de que los elementos del tipo o la calificación no coincida. Por tanto, también en este caso se trata de que la entrega se produzca de forma ágil, aunque no tanto como en el caso anterior.

---

5 Tampoco concretó la Comisión este tema en el *Manual europeo para la emisión y ejecución de órdenes de detención europeas*, DOUE 6-10-2017, (2017/C 335/01).

6 Tangencialmente se trataba en parte este tema en BAN FUGLSANG MADSEN SORENSSEN, H.: “Mutual trust – blind trust or general trust with exceptions? The CJEU hears key cases on the European Arrest Warrant”, *EU Law Analysis*, <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2016/02/mutual-trust-blind-trust-or-general.html> y en SUOMINEN, A.: “Limits of mutual recognition in cooperation in criminal matters within the EU – especially in light of recent judgments of both European Courts”, *European Criminal Law Review*, vol. 4, 3, 2014.

7 Vid. ampliamente NIETO MARTÍN, A.: “La cuestionable decisión de los jueces alemanes en el caso Puigdemont”, *Almacén de Derecho*, 8-4-2018, <http://almacenederecho.org/reconocimiento-mutuo-doble-incriminacion/>

La diferencia fundamental entre ambas categorías sería que en la primera se parte de la base de que existen tipos bastante equivalentes entre todos los Estados Miembros, por lo que no hay que hacer un examen detenido sobre la cuestión. Pero en cuanto a los segundos, dadas las diferencias sustanciales entre los códigos penales de casi una treintena de Estados Miembros, se impone al menos un análisis de que los hechos explicitados por la autoridad requirente sean delito en el Estado requerido.

Por tanto, aunque se trata de simplificar decididamente el antiguo procedimiento de extradición, en ambos casos existe un examen por parte de la autoridad requerida. La intensidad de ese examen es la que será analizada en los próximos epígrafes.

### **III. EL EXAMEN CON OCASIÓN DE LAS TREINTA Y DOS CATEGORÍAS DELICTIVAS DEL ART. 2.2**

Con respecto a esas treinta y dos categorías delictivas privilegiadas, la norma no dice nada más que lo indicado al respecto del no examen de la doble tipificación. Sin embargo, insisto en que todo ello está basado en la razonable homogeneidad de concretamente esas categorías delictivas en todos los Estados Miembros. Algunos son delitos gravísimos, como el terrorismo, y otros más tradicionales como la estafa.

La exposición de motivos de la Decisión Marco, en su punto 5, ofrece a mi juicio las claves esenciales del sistema, que conviene recordar:

*“el objetivo atribuido a la Unión de llegar a ser un espacio de libertad, seguridad y justicia da lugar a la supresión de la extradición entre los Estados miembros, debiéndose sustituir por un sistema de entrega entre autoridades judiciales. Por otro lado, la creación de un nuevo sistema simplificado de entrega de personas condenadas o sospechosas, con fines de ejecución de las sentencias o de diligencias en materia penal permite eliminar la complejidad y los riesgos de retraso inherentes a los actuales procedimientos de extradición. Es preciso sustituir las relaciones clásicas de cooperación que prevalecían entre Estados miembros por un sistema de libre circulación de decisiones judiciales en materia penal, tanto previas a la sentencia como definitivas, en el espacio de libertad, seguridad y justicia.”*

Por tanto, las expresiones fundamentales serían: la Unión Europea como “espacio de libertad, seguridad y justicia”; “supresión de la extradición”; “sistema simplificado de entrega judicial de reos”; “libre circulación de decisiones judiciales en materia penal”. Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la

Unión Europea, en coherencia con esas ideas, ha recordado muy reiteradamente que existe la obligación de ejecución<sup>8</sup>, y que los Estados no pueden crear causas de rechazo ajenas a las previstas muy restrictivamente en la Decisión Marco, como en ocasiones ha sucedido<sup>9</sup>, y esas causas de rechazo, salvo en el supuesto del art. 4 bis<sup>10</sup>, no pueden estar basadas en la falta de respeto de los derechos fundamentales por parte del Estado emisor presumida por el juez del Estado de ejecución<sup>11</sup>, porque se parte de la existencia de un estándar mínimo equivalente de protección en toda la Unión Europea, y que sólo en circunstancias excepcionales podría conducir a la suspensión del sistema de entrega de reos, previa decisión del Consejo de la Unión Europea<sup>12</sup>.

Ahora bien, de ahí a decir que el análisis de la autoridad requerida deba ser “automático”<sup>13</sup> dista un trecho. Al contrario, el hecho de que el legislador europeo haya querido que sea precisamente una autoridad judicial la que tome una decisión significa que se desea precisamente un control jurisdiccional suficiente<sup>14</sup>. Además, dicha autoridad judicial debe velar por que al reo se le respeten durante la tramitación de la orden europea de detención sus derechos fundamentales en el Estado de ejecución<sup>15</sup>, tanto de acuerdo con el Convenio Europeo de Derechos Humanos como con el Derecho del propio Estado de ejecución de la orden de entrega<sup>16</sup>.

Siendo ello así, la autoridad requerida debe examinar necesariamente los siguientes puntos:

---

8 S. Ardic, 22-12-2017, C-571/17, puntos 69-70. S. Dworzecki, 24-5-2016, C-108/16, punto 27. S. Kovalkovas, 10-11-2016, C-477/16, puntos 26-28.

9 S. F., 30-5-2013, C-168/13, punto 36. S. Poplawski, 29-6-2017, C-579/15, punto 19. S. Tupikas, punto 50.

10 S. Dworzecki, 24-5-2016, C-108/16, punto 50: “*Por otra parte, dado que los supuestos mencionados en el artículo 4 bis, apartado 1, letra a), inciso i), de la Decisión marco 2002/584 se concibieron como excepciones a un motivo de no reconocimiento facultativo, la autoridad judicial de ejecución puede, en cualquier caso, incluso después de comprobar que éstos no contemplan la situación de que se trata, tener en cuenta otras circunstancias que le permitan cerciorarse de que la entrega del interesado no implica vulnerar su derecho de defensa*”. S. Zdiaszek, 10-8-2017, C-271/17, puntos 100-104.

11 S. Radu, 29-1-2013, C-369/11, puntos 36-38. S. Aranyosi y Căldăraru, 5-4-2016, C-404/15 y C-659/15, puntos 80-82.

12 Con especial contundencia, S. Melloni, 26-2-2013, C-399/11, S. F., 30-5-2013, C-168/13, punto 49.

13 Cfr. AMBOS, K.: “¿Reconocimiento mutuo versus garantías procesales?”, en AAVV (De Hoyos coord.), *El proceso penal de la Unión Europea*, Valladolid 2008, p. 30.

14 Vid. S. F., 30-5-2013, C-168/13, punto 45.

15 Insiste en ello, PÉREZ MARÍN, M<sup>a</sup> A.: *La lucha contra la criminalidad en la Unión Europea*, Barcelona 2013, p. 222. Vid. también ARANGÜENA FANEGO, C.: “Garantías procesales de los sospechosos e imputados”, en AAVV (DE HOYOS, M. coord.), *El proceso penal de la Unión Europea*, Valladolid 2008, p. 44 y ss., especialmente pp. 137 y ss.

16 S. F., 30-5-2013, C-168/13, punto 48.

1. Requisitos formales: identificación del reo y de la autoridad emisora (art. 8.1.a y b) e indicación de la resolución judicial nacional en la que se disponga la condena o la detención (art. 8.1.c)<sup>17</sup>.
2. Si los hechos explicitados por la autoridad requirente se corresponden, *prima facie*, con la categoría delictiva enunciada también en el país del juez requerido (art. 8.1.d).
3. Si los hechos son o no manifiestamente falsos (art. 8.e).

Dejando al margen el primer punto, que es en principio poco polémico<sup>18</sup>, el examen de los incisos 2 y 3 ni es complejo ni requiere mucho esfuerzo. Se trata del examen incluso superficial mínimamente imprescindible para entender el requerimiento y poderle dar una respuesta racional y por tanto motivada<sup>19</sup> de una forma rápida, como exige la jurisprudencia<sup>20</sup>.

Es decir, no se trata de un examen eludible, dado que la Decisión Marco impone la obligación de ejecutar las órdenes de entrega, pero no a ciegas<sup>21</sup>, porque de lo contrario no existiría una lista de treinta y dos delitos preferentes ni nada parecido, sino que bastaría con que la autoridad del Estado reclamante dijera el nombre de un reo junto con la denominación de un delito para que fuera entregado de inmediato, sin mayor análisis.

Creo que todo el mundo estaría de acuerdo en afirmar que no basta con que la autoridad requirente diga “terrorismo”, exigiendo la entrega de una persona, sino que será necesario que el requirente argumente, aunque sea mínimamente, que sus investigaciones acreditan que, efectivamente, la persona cuya entrega se reclama es un terrorista. De lo contrario, insisto, bastaría con mencionar la identificación de una persona e imputarle una de las treinta y dos categorías delictivas, sin más, lo que podría ser falaz. Y es que la confianza mutua<sup>22</sup> sin duda existe y el Tribunal de

---

17 Y que la detención consista realmente en una efectiva privación de libertad, y no en una simple restricción de movimientos. Vid. S. JZ, 28-7-2016, C-294/16.

18 Aunque motivó, a mi juicio erróneamente, el rechazo de la orden europea de detención por parte de la Justicia belga también en el caso de los políticos independentistas. Vid. NIEVA FENOLL, J.: “Un varapalo de la Justicia belga”, *Agenda Pública*, 16-5-2018. <http://agendapublica.elperiodico.com/un-varapalo-de-la-justicia-belga/>.

19 Insiste en este punto el §32 de la ley alemana al efecto: *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*.

20 S. Pietrowski, 23-1-2018, C-367/16, puntos 58 y 59.

21 Cfr. RUZ GUTIÉRREZ, P.: “Cuestiones prácticas relativas a la orden europea de detención y entrega”, en AAVV (ARANGÜENA, C./DE HOYOS, M./RODRÍGUEZ-MEDEL, C.), *reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en la Unión Europea*, Cizur Menor 2015, pp. 94 y ss.

22 Sobre la imprecisa ejecución de este concept, vid. DE HOYOS SANCHO, M.: “Armonización de los procesos penales, reconocimiento mutuo y garantías esenciales”, en AAVV (DE HOYOS, M. coord.), *El proceso penal de la Unión Europea*, Valladolid 2008, p. 44 y ss, especialmente pp. 58 y ss.

Justicia de la Unión Europea insiste siempre en ella, dando credibilidad por defecto a lo manifestado por el juez requirente<sup>23</sup>. Pero dicha confianza debe asentarse en la realidad de los comportamientos de las autoridades implicadas, dado no existe para que sea traicionada aprovechándose de la misma.

En consecuencia, como decía, la autoridad requerida deberá analizar si los hechos pertenecen o no a una de las treinta y dos categorías (artículo 8.1.d), a fin de comprobar que la autoridad requirente no está defraudando la citada confianza precisamente a fin de evitar subrepticamente el examen de la doble tipificación, citando por ejemplo un delito de la lista privilegiada cuando en realidad se está persiguiendo otro que no está en esa lista. O bien, que el juez requirente esté narrando unos hechos que ni por un asomo son siquiera el delito que dice que son. Ese es, por tanto, un análisis muy elemental<sup>24</sup> pero ineludible, y por ello lo he citado en primer lugar (2).

Justo después (3) debe analizar la autoridad requerida si los hechos que se le expresan son o no *manifiestamente* falsos. Obviamente no va a poder entrar en el análisis de si son o no auténticos, porque ello requeriría una apreciación probatoria que no sólo ultrapasa las posibilidades de la orden europea, sino que situaría a la autoridad requerida en un escenario en el que, sin conocimiento directo del asunto, habría de evaluarlo como si lo tuviera. Y, además, ello supondría en mi opinión un exceso en sus funciones, usurpando la competencia de la autoridad requirente. Esa competencia debe respetarse en todo caso, porque de lo contrario se estaría vulnerando la soberanía nacional de otro Estado, que se manifiesta también en las actuaciones judiciales.

Pero la situación cambia por completo si los hechos narrados por el juez requirente son manifiestamente falsos. El juez requerido puede llegar por dos vías a esa gravísima conclusión. La primera, porque los hechos sean notorios. Es la menos frecuente, pero también la que puede descubrir más fácilmente que existe mala fe por parte del órgano requirente. La segunda es la más habitual: que los hechos, tal y como son relatados por la propia autoridad emisora y sin ulterior investigación, aparezcan como falsos. O que incluso lo sean tras haber hecho el juez requirente una ampliación de la información a instancia del requerido, lo que es plenamente aceptable<sup>25</sup>.

---

23 Vid. un interesante caso en este sentido –acerca de la apreciación de cosa juzgada– en la S. Mantello, 16-11-2010, C-261/09, puntos 50 y 51.

24 La Ley italiana de 22 de abril de 2005, n. 69 (*Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri*) es precisa a estos efectos, cuando exige comprobar en su art. 18.1.t si la medida cautelar en la que se basa la orden europea está carente de motivación.

25 Lo recuerda en varias ocasiones el manual de la Comisión antes citado, pp. 24 y ss.

Puede sorprender que el juez requerido pueda entrar en este tipo de análisis. Pero si bien se piensa, dichos análisis son lógicos y resultan, no solamente viables, sino imprescindibles al amparo del Derecho interno en cualquier Estado en una situación del todo análoga a la que se está analizando. Imagínese que en España un juez de Santander reclamara a un juez de Sevilla la competencia para juzgar sobre un asunto y, por vía de consecuencia, la potestad de decidir sobre la libertad de un reo. El juez de Santander, por ejemplo, haría ese requerimiento diciendo que está investigando un delito conexo cuya pena es mayor que el que está investigando el juez de Sevilla (art. 18.1.1 LECrim). Creo que a nadie se le ocurriría pensar que el Juez de Sevilla no va a hacer un análisis indiciario de la existencia de ese delito conexo, más que nada porque estaría entregando su competencia indebidamente a quien la reclama sin motivo. Es más, si realmente los hechos fueran manifiestamente falsos, el juez no tendría más remedio que informar a la fiscalía y al Consejo General del Poder Judicial del comportamiento de su compañero. En el ámbito europeo las cosas no podrían llegar tan lejos, pero el descrédito internacional del juez requirente sería monumental.

Insisto en que en absoluto se trata de un examen invasivo ni que ponga en cuestión ni la soberanía de Estado alguno, ni mucho menos el cumplimiento de la orden europea de detención y entrega. Se trata de un examen análogo al que cabe hacer a través del art. 269 LECrim<sup>26</sup> cuando se trata de la admisión de denuncias, momento en el cual el juez, o el fiscal o incluso la policía deben analizar si los hechos son *prima facie* constitutivos de algún delito y si no son manifiestamente falsos. No se entendería que ya no en el ámbito interno, sino en el internacional y en una ocasión probablemente mucho más comprometida, no pudieran los jueces de ejecución hacer tal examen, por mucha vinculación política y confianza mutua que exista entre los países de la Unión Europea.

#### IV. EL EXAMEN CON OCASIÓN DEL RESTO DE DELITOS

Con el resto de delitos, lógicamente, se puede acometer exactamente el mismo examen que el indicado en el número anterior, pero debe añadirse además el de la doble tipificación<sup>27</sup>, pero no en el sentido más clásico, que dejaba un total margen de maniobra al Estado requerido bajo el antiguo sistema de la extradición, dentro

---

<sup>26</sup> “*Formalizada que sea la denuncia, se procederá o mandará proceder inmediatamente por el Juez o funcionario a quien se hiciese a la comprobación del hecho denunciado, salvo que éste no revistiere carácter de delito, o que la denuncia fuere manifiestamente falsa. En cualquiera de estos dos casos, el Tribunal o funcionario se abstendrán de todo procedimiento, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurran si desestimasen aquélla indebidamente.*”

<sup>27</sup> Sobre este requisito y su interpretación en la Decisión Marco 2008/909, vid. S. Grundza, 11-1-2017, C-289/15.

del trasfondo político en el que puede moverse cualquier extradición. Lo que precisamente intentó con más ahínco la Decisión Marco fue limitar absolutamente ese margen de maniobra político<sup>28</sup>, reconduciéndolo por vías estrictamente jurídicas, a fin de que la autoridad del Estado requerido no haga un examen estricto de doble tipificación –que ampliaría el margen político en función del grado de equivalencia exigido discrecionalmente–, sino algo más genérico y, por tanto, más generoso para las posibilidades de entrega. Esa es la intención del redactado de los artículos 2.4 y 8.1.e de la Decisión Marco.

Y es que, como se ha indicado, el examen de la doble tipificación puede entrar absolutamente en el terreno de la arbitrariedad. Salvo que un país haya copiado literalmente el texto del artículo del código penal precisamente del país requirente, siempre podría decir que el tipo no se corresponde completamente con lo previsto en su ordenamiento y que, por ello, deniega la entrega. Eso es justamente lo que intenta evitar el artículo 2.4 diciendo que no se busque siquiera esa equivalencia, sino simplemente que se verifique si los hechos sometidos a examen son delito en el Estado requerido.

Sin embargo, incluso ese análisis tan generoso debe tener límites. Existe un listado de treinta y dos delitos preferentes porque entre otras razones se ha considerado, como se indicó, que esos delitos son bastante homogéneos entre las distintas normas penales de los Estados europeos y que incluso están sancionados con penas de gravedad al menos similar, aunque en este último terreno existen tremendos contrastes. Pero lo que está claro es que los Estados han deseado sancionar indudablemente esas grandes categorías de hechos delictivos.

Pero con respecto a los delitos que quedan fuera de la lista hay que proceder con mayor cautela, porque no es la intención de Estado alguno hacer dejación de su soberanía para que otro Estado haga lo que quiera con un reo que está en su territorio, puesto que ello supondría reconocer una gravedad a conductas que o no son consideradas tan graves en el Estado en cuestión, o que simplemente, como dice el propio artículo 2.4, son atípicas. Sería un contrasentido enviar a alguien a un territorio para que sea sancionado por un delito que no lo es en el Estado en que el reo se encuentra<sup>29</sup>. La entrega en estos casos podría tener o no motivaciones políticas, pero sea como fuere, es aberrante en el terreno de los principios.

---

28 Alejándose así de la extradición, como recuerda NIETO MARTÍN, A.: “La cuestionable decisión de los jueces alemanes en el caso Puigdemont”, *Almacén de Derecho*, 8-4-2018, <http://almacenderecho.org/reconocimiento-mutuo-doble-incriminacion/>

29 Vid. analógicamente la S. Pietrowski, 23-1-2018, C-367/16, punto 38, en cuanto a la apreciación de la edad penal para denegar la entrega según las normas del Estado de ejecución, aunque debe decirse también que esa causa de denegación tiene su reflejo específico en el art. 3.3 de la Decisión Marco.

Es por ello por lo que el análisis debe hacerse en concreto formulándose la autoridad requerida la pregunta de si esos hechos, tal y como han sido descritos por la autoridad requirente, y siempre que no sean manifiestamente falsos, son delito en el país requerido. Pero no cualquier delito, sino que deberán situarse siempre dentro de la categoría delictiva genérica enunciada por el Estado requirente, aunque ello normalmente no presentará dificultad, al menos en el entorno cultural europeo.

Ello es así porque la intención de la norma europea con respecto a los delitos de esta segunda lista no es que los jueces de ejecución sean más generosos que con respecto a los delitos de la primera lista, sino que tomen mayores precauciones y amplíen su examen. Y por ello, si en relación con los delitos de la primera lista parece razonable que exista una correspondencia entre la categoría reclamada por el Estado emisor y la considerada por el Estado de ejecución, esa misma coherencia debe ser exigible con mayor motivo –aunque siempre con flexibilidad– cuando se consideran los delitos de la segunda lista, al menos en cuanto al bien jurídico protegido, que, si bien no tendría por qué ser idéntico, sí al menos debiera ser comparable.

No de otro modo puede interpretarse el artículo 4.1 de la Decisión Marco cuando arguye que en materia de tasas e impuestos de aduana y cambio, no podrá rechazarse la entrega por el hecho de que el Estado requerido no disponga en su legislación el mismo tipo de tasas o impuestos. Si el redactado del artículo 4.1 no fuera ese, cabría suponer que el impago de impuestos, en general, podría ser calificado por la autoridad del Estado requerido bajo cualquier título de imputación. Sin embargo, lo que parece decir la Decisión Marco es que podrá comprobarse si dicho título es el mismo o equivalente, dentro del habitual examen de doble tipificación. Pero que, una vez hecha esa operación, no debe analizarse si los impuestos serían debidos o no en el Estado requerido. Si no hiciera falta esa comprobación, la referencia de la Decisión Marco al detalle de los impuestos sería prescindible.

Por tanto, al examen expresado en el epígrafe anterior en cuanto a la existencia de un hecho con caracteres del delito señalado por la autoridad emisora, así como con respecto a que el relato del mismo no sea manifiestamente falso, deberá añadirse ahora que el hecho sea delictivo también en el Estado requerido, lo que es y se hace bastante obvio en las treinta y dos categorías anteriores, pero no en el resto de casos. Y por ello es precisa la comprobación judicial.

## **V. EL CASO DE LOS POLÍTICOS INDEPENDENTISTAS**

En el caso que nos ocupa, como antes fue referido, se están imputando fundamentalmente los delitos de rebelión y malversación a diversas personas presentes en el Reino Unido, Bélgica y Alemania. Dejo al margen la situación de los políticos que están en Suiza por seguirse con los mismos el antiguo sistema de extradición.

Con respecto a los referidos, y con independencia de las numerosas y algo rocambolescas vicisitudes vividas en este espinoso asunto, hoy disponemos de la decisión de un juez escocés que ha aplazado su consideración del asunto bastante tiempo, probablemente por la consciencia del trasfondo político de lo que tenía entre manos, sobrepasando manifiesta y arbitrariamente los plazos de resolución marcados por la Decisión Marco. La Justicia belga, por su parte, ha declinado el conocimiento del fondo del asunto pretextando que la euroorden no estaba basada en una orden nacional de detención que fuera coherente con dicha euroorden en cuanto a los delitos imputados, lo que no era realmente cierto y suena muchísimo, nuevamente, a una voluntad de apartar el conocimiento del tan complejo asunto por razones políticas sobre todo<sup>30</sup>.

Finalmente están los jueces alemanes, que decidieron *a limine* no entrar en el análisis de la rebelión al parecerles absolutamente evidente que los hechos, tal y como habían sido narrados por el magistrado requirente, no constituían ni ese delito ni ningún otro en Alemania, lo que aunque causó estupor en un sector de la profesión jurídica española, quizás se entiende mejor desde el principio de intervención mínima y, sobre todo, desde la evidencia de que incluso siendo ciertos los hechos tal y como los había narrado el magistrado requirente, los mismos no constituían delito de rebelión, conclusión que, por cierto, era compartida también por no pocos juristas<sup>31</sup>, por una ausencia esencial de violencia insurreccional en lo acaecido en Cataluña.

Pero queda ahora que los jueces alemanes realicen el análisis que eludieron los belgas, o que al menos no expresaron en su resolución, aunque a buen seguro hicieron preventivamente, y que el juez escocés ha postergado. Es decir, el análisis descrito en los apartados anteriores, particularmente en el tercero, dado que el delito de malversación fue situado por el magistrado español en la categoría de “corrupción”.

Ese examen, como ya se ha visto, es medianamente sencillo, pero no automático. Los jueces alemanes deberán establecer si la malversación descrita por el juez requirente en este caso se encuadra en la categoría de “corrupción”, lo que podría plantear problemas interpretativos desde la perspectiva de la normativa internacional al efecto<sup>32</sup>, pero ese asunto es ajeno a este trabajo.

---

30 NIEVA FENOLL, J.: “Un varapalo de la Justicia belga”, *Agenda Pública*, 16-5-2018. <http://agendapublica.elperiodico.com/un-varapalo-de-la-justicia-belga/>

31 Vid. <http://www.lavanguardia.com/politica/20171123/433106313410/centenar-penalistas-carga-contra-proceso-maza-lamela-independentistas.html>

32 Vid. art. 17 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción de 31 de octubre de 2003; art. 14 de la Convención sobre corrupción de 27 de enero de 1999 del Consejo de Europa.

Y, por otra parte, hay que realizar también el referido examen de verosimilitud *prima facie* de los hechos investigados, lo que es más necesario en este caso, dado que en un primer momento la solicitud de entrega apenas justificó la existencia de este delito, lo que resultó extraordinariamente llamativo. Es de esperar de la justicia española que haya aportado los elementos mínimos para realizar ese examen *prima facie*, sin fiarlo todo a conjeturas o a datos que podrían aparecer como contradictorios.

El destino de estos procesos es muy incierto. Habitualmente las solicitudes de entrega son bastante automáticas, dado que constan los hechos delictivos y no tienen problemas de calificación jurídica ni trasfondo político alguno. Pero es que en este caso el trasfondo político es evidente y los delitos reclamados no son ciertamente habituales, especialmente en el caso de la rebelión. Alguna ley de trasposición, como la italiana, hace referencia expresa precisamente a este tema<sup>33</sup>.

El mecanismo de la euroorden quiso apartar la política de estas decisiones, pero no estableció mecanismos para que los jueces de los Estados requirentes y requeridos también la apartaran de sus mentes. Y se quiera o no, ese factor en este caso, aunque quizás no tenga peso en la decisión final que algún día se dicte, ha puesto sobre aviso a los jueces requeridos, lo cual ha cortado las alas a cualquier automatismo. Al fin y al cabo, tomen la decisión que tomen, las resoluciones de esos jueces serán portada en buena parte de la prensa mundial.

## BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, K.: “¿Reconocimiento mutuo versus garantías procesales?”, en AAVV (De Hoyos coord.), *El proceso penal de la Unión Europea*, Valladolid 2008.

ARANGÜENA FANEGO, C.: “Garantías procesales de los sospechosos e imputados”, en AAVV (De Hoyos coord.), *El proceso penal de la Unión Europea*, Valladolid, 2008.

BAN FUGLSANG MADSEN SORESNSEN, H.: “Mutual trust – blind trust or general trust with exceptions? The CJEU hears key cases on the European Arrest Warrant”, *EU Law Analysis*, <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2016/02/mutual-trust-blind-trust-or-general.html> (último acceso 10.07.2018).

---

33 Art. 18.1 de la Ley de 22 de abril de 2005: *La corte di appello rifiuta la consegna nei seguenti casi: a) se vi sono motivi oggettivi per ritenere che il mandato d’arresto europeo è stato emesso al fine di perseguire penalmente o di punire una persona a causa del suo sesso, della sua razza, della sua religione, della sua origine etnica, della sua nazionalità, della sua lingua, delle sue opinioni politiche o delle sue tendenze sessuali oppure che la posizione di tale persona possa risultare pregiudicata per uno di tali motivi.*

- DALIA, G.: “L’adeguamento della legislazione nazionale alla decisione quadro tra esigenze di cooperazione e rispetto delle garanzie fondamentali”, en AAVV (Kalb dir.), *Mandato di arresto europeo e procedure di consegna*, Milano 2002.
- DE HOYOS SANCHO, M.: “Armonización de los procesos penales, reconocimiento mutuo y garantías esenciales”, en AAVV (De Hoyos coord.), *El proceso penal de la Unión Europea*, Valladolid, 2008, p. 44 y ss, especialmente pp. 58 y ss.
- EPSTEIN, L. et al., “The Supreme Court During Crisis: How War Affects Only Non-War Cases”, 80 *N.Y.U. L. Rev.* 1, 109-10, 2005. POSNER, E.A., *Cómo deciden los jueces*, Madrid 2011.
- FORZA, A./MENEGON, G./RUMIATI, R.: *Il giudice emotivo*, Bologna 2017, pp. 107 y ss.
- JIMENO BULNES, M.: “La orden europea de detención y entrega: análisis normativo”, en AAVV (ARANGÜENA, C./DE HOYOS, M./RODRÍGUEZ-MEDEL, C.), *reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en la Unión Europea*, Cizur Menor 2015.
- NIETO MARTÍN, A.: “La cuestionable decisión de los jueces alemanes en el caso Puigdemont”, *Almacén de Derecho*, 8-4-2018, <http://almacenederecho.org/reconocimiento-mutuo-doble-incriminacion/> (último acceso 10.07.2018).
- NIEVA FENOLL, J.: “Un varapalo de la Justicia belga”, *Agenda Pública*, 16-5-2018. <http://agendapublica.elperiodico.com/un-varapalo-de-la-justicia-belga/> (último acceso 10.07.2018).
- PÉREZ MARÍN, M<sup>a</sup> A.: *La lucha contra la criminalidad en la Unión Europea*, Barcelona 2013.
- RUZ GUTIÉRREZ, P.: “Cuestiones prácticas relativas a la orden europea de detención y entrega”, en AAVV (ARANGÜENA, C./DE HOYOS, M./RODRÍGUEZ-MEDEL, C.), *reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en la Unión Europea*, Cizur Menor 2015.
- SARMIENTO, D.: “Una prejudicial factible pero peligrosa”, *Agenda Pública*, 10-4-2018, <http://agendapublica.elperiodico.com/una-prejudicial-factible-pero-peligrosa/> (último acceso 10.07.2018).
- SUOMINEN, A.: “Limits of mutual recognition in cooperation in criminal matters within the EU – especially in light of recent judgments of both European Courts”, *European Criminal Law Review*, vol. 4, 3, 2014.



# **¿PUEDEN SER LAS CONDICIONES DE RECLUSIÓN EN ESPAÑA UN OBSTÁCULO PARA LA EJECUCIÓN DE UNA ORDEN DE DETENCIÓN Y ENTREGA? A PROPÓSITO DEL “PROCÉS” CATALÁN<sup>1</sup>**

**CRISTINA RODRÍGUEZ YAGÜE**

Profesora Contratada Doctora (TU acreditada) de Derecho Penal.  
Universidad de Castilla-La Mancha

## **I. INTRODUCCIÓN: COOPERACIÓN JUDICIAL Y EL `PROCÉS` CATALÁN**

El denominado proceso independentista catalán ha puesto sobre la mesa un problema que, desde España y hasta el momento, se había observado de lejos: que las condiciones de los establecimientos penitenciarios y, eventualmente, su posible sobrepoblación, pudieran constituir un obstáculo para llevar a efecto los instrumentos diseñados en la UE para la cooperación judicial.

Eso no quiere decir que España no haya sufrido un problema de sobrepoblación penitenciaria. Y que, según sea el parámetro utilizado para su medición, que no lo siga padeciendo. Así lo ha evidenciado anualmente el Consejo de Europa en las estadísticas SPACE I o el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT) en sus informes nacionales sobre nuestro país. Pero, hasta el momento, la situación de las prisiones no había sido objeto ni de una condena por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y ni mucho menos de la articulación de un procedimiento piloto a partir del

---

1 Este trabajo se encuentra publicado en la *Revista General de Derecho Penal* nº 29, 2018.

cual hayamos estado obligados, en un plazo determinado, a la adopción de medidas dirigidas a su reducción, como sí lo han sido otros países miembros del Consejo de Europa, algunos de ellos pertenecientes también a la UE.

Sin embargo, el argumento de que el estado de las prisiones o el régimen de privación de libertad puedan implicar una vulneración de los derechos fundamentales de las personas reclusas en los centros penitenciarios y, en consecuencia, constituirse en un serio obstáculo para la ejecución de una orden de detención y entrega (ODE) emitida por un órgano judicial español, ha aparecido, como uno más, dentro del complejo debate que se ha generado a partir de la emisión de una ODE para el ex presidente de la Generalitat catalana Carles Puigdemont y algunos de los que fueron sus exconsellers<sup>2</sup>, una vez éstos viajaron inicialmente a Bélgica. En efecto, el 3 de noviembre de 2017, la Audiencia Nacional (AN) emitió una ODE contra Carles Puigdemont y 4 exconsellers que permanecían en Bruselas. Ante las dudas generadas sobre una eventual no entrega por parte del órgano judicial belga, el Tribunal Supremo (TS) decidió a principios de diciembre retirar la euroorden, volviendo a activarla a finales de marzo de 2018 y facilitando, con ello, la detención de Carles Puigdemont en Alemania.

Fue en este último país, en Bélgica, donde el fantasma de la posible vulneración de los derechos fundamentales de los encausados en su eventual traslado a los centros penitenciarios españoles surgió como un elemento más en la valoración por los órganos judiciales. En esta dirección, la fiscalía belga solicitó el pasado 13 de noviembre de 2017 a la jueza de la AN Carmen Lamela más información sobre el estado de las prisiones españolas y las condiciones de detención en el caso de ser concedida la entrega; entre ellas se preguntó a qué centros penitenciarios irían, las dimensiones de las celdas, si compartirían celda, si se les aplicaría un régimen de aislamiento, cuál sería la atención médica, el acceso a actividades lúdicas, las condiciones de las visitas de los familiares y de sus abogados, así como el riesgo de exposición a episodios de violencia y las medidas previstas para su protección<sup>3</sup>.

---

2 En concreto, Antonio Comín, Lluís Puig, Meritxell Serret y Clara Ponsatí. A fecha de cierre de este trabajo, el Tribunal belga había rechazado la entrega de Antonio Comín, Lluís Puig y Meritxel Serret esgrimiendo un error de forma en la ODE emitida por el Juez del TS, Pablo Llarena, al considerar que ésta no se correspondía con la orden de detención nacional cursada previamente por la Jueza de la AN Carmen Lamela (Fuente: El Periódico, 16 de mayo de 2018). Clara Ponsatí se encuentra a día de hoy en Reino Unido en espera de la resolución por un tribunal escocés de la ODE (Fuente: El País, 12 de abril de 2018). Y según medios periodísticos, si bien el Ministerio Público había solicitado encarcelar al expresidente por riesgo de fuga, el tribunal alemán de Schleswig-Holstein ha decidido mantenerlo en libertad bajo fianza y rechaza, si bien en una decisión provisional, incluir el cargo de rebelión (Fuente: El País, 22 de mayo de 2018).

3 Fuente: El Mundo, 16 de noviembre de 2017. Como señala esta fuente, la Fiscalía se refiere expresamente a si las condiciones de detención cumplen con la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH). Según se señala en el Diario El País, la solicitud de información versa sobre

Con independencia del tortuoso camino por el que transcurre el proceso judicial contra los encausados por organizar el ‘proceso’ catalán, éste ha evidenciado cómo la interpretación de que unas condiciones de detención que no superen los estándares penitenciarios europeos puede llegar a suponer un serio obstáculo para la ejecución de una ODE no debe entenderse ni como una posibilidad insólita ni como un argumento peregrino. Y ello tanto si a tal convencimiento ha llegado el propio órgano judicial decisor –o a instancias de la fiscalía– por el conocimiento de la situación de las prisiones del país emisor de la orden –normalmente a través de los informes emitidos por el CPT o por la existencia de condenas previas por el TEDH–, ya a partir de su planteamiento por parte de los abogados como un elemento más de su estrategia de defensa.

En todo caso, esta posibilidad supone un grave escollo para los principios de reconocimiento y confianza mutuos sobre los que se construye la cooperación judicial y, en concreto, para el correcto funcionamiento de dos de sus instrumentos: la Decisión Marco 2002/584/JAI de 13 de junio de 2002, sobre la Orden Europea de Procedimiento de Arresto y Entrega entre los Estados Miembros<sup>4</sup> y la Decisión Marco 2008/909/JAI, de 27 de noviembre de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por la que se imponen penas o medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la UE.

A lo largo de este trabajo analizaremos cuáles son las condiciones de reclusión en el sistema penitenciario español, si éstas cumplen los estándares europeos penitenciarios elaborados en los distintos organismos del Consejo de Europa, particularmente a través de su Comité de Ministros, del CPT y del TEDH, y si estamos ante un problema sistémico de sobrepoblación y hacinamiento que pueda hacer presumir que, de procederse a la entrega de un sujeto respecto a la que un órgano judicial español ha solicitado una ODE, existe el riesgo de que sea sometido a unas condiciones de detención lesivas para sus derechos fundamentales y, particularmente, para su dignidad. Quedan fuera de estudio, por tanto, otras cuestiones relevantes como la idoneidad o no de la adopción de una medida cautelar excepcional como es la prisión provisional para varios de los encausados por el proceso que se encuentran en España, ni la calificación jurídica de los hechos que se les atribuyen y su correspondencia en las legislaciones nacionales de los Estados en los que se encuentran en

---

tres ejes: el primero se refiere al sistema penitenciario español, con preguntas como: en qué prisión quedarán encerrados, si las circunstancias de detención son de conformidad con la CEDH, cuál es el espacio vital individual, si hay acceso suficiente y regular a los equipamientos sanitarios y duchas o si la comida es suficiente y de buena calidad. El segundo eje se refiere a las garantías del procedimiento judicial español y el tercero a los hechos contenidos en la ODE en relación con los hitos del proceso independentista y a las resoluciones del Gobierno catalán que pueden haber supuesto una vulneración de las leyes españolas (Fuente: El País, 16 de noviembre de 2017).

4 En su versión modificada por la DM 2009/299/JAI, de 26 de febrero de 2009.

este momento el ex president de la Generalitat y sus ex consellers, controversias que requieren un análisis profundo y autónomo que excede del sentido de este trabajo<sup>5</sup>.

## II. PRESUPUESTO DE PARTIDA: LA STJUE DE 5 DE ABRIL DE 2016 (GRAN SALA), ASUNTO ARANYOSI Y CALDARARU

La piedra angular sobre la que se apoya el sistema de cooperación judicial en materia penal de la UE es, sin duda, el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal emitidas por los distintos países miembro. El principio de reconocimiento mutuo se construye a su vez sobre el principio de confianza mutua entre los Estados miembro en sus respectivos ordenamientos, esto es, en que están en condiciones de proporcionar a través de su sistema jurídico una protección equivalente y efectiva de los derechos fundamentales, de tal manera que puedan eliminarse, o en su caso reducirse o relajarse de manera relevante, las garantías exigidas entre los mismos de cara a formalizar su cooperación<sup>6</sup>.

Con el fin de hacer efectivos los procedimientos de detención o entrega y el reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal de cara a la ejecución de las penas u otras medidas privativas de libertad, la UE se ha dotado, entre otros, de los siguientes instrumentos: la Decisión Marco 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002 sobre la Orden Europea de Procedimiento de Arresto y Entrega entre los Estados Miembro y la Decisión Marco 2008/909/JAI, de 27 de noviembre de 2008, sobre la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por la que se imponen penas o medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la UE. Ambas herramientas vienen a contribuir en la configuración ya no solo de un espacio judicial europeo penal, sino también penitenciario<sup>7</sup>, estableciendo sistemas de cooperación más ágiles que superan a sus precedentes y que facilitan la cooperación judicial<sup>8</sup>, en la voluntad de crear un espacio de libertad, seguridad y justicia a nivel de la UE.

---

5 Una exposición de los problemas planteados con la emisión de la ODE en este asunto, en MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: “¿Cómo funciona la orden de detención y entrega europea? El caso del expresident y sus consellers como ejemplo”. *Diario La Ley* nº 9096, 2017.

6 Partiendo de la premisa, como recuerda VOGEL, J. de que los Estados miembros son Estados democráticos de Derecho y, como tales, respetan las obligaciones del CEDH. “¿Supresión de la Extradición? Observaciones críticas en relación con la reforma de la legislación en materia de extradición en la Unión Europea”. *Derecho penal Internacional. CGPJ*, Madrid, 2001, p. 175.

7 Véase a este respecto: MESTRE DELGADO, E.: “La ejecución, en España, de una pena privativa de libertad incompatible con la legislación penal o penitenciaria española, dictada en un país miembro de la Unión Europea”, *La Ley Penal* nº 127, 2017, p. 2 y BARAS GONZÁLEZ, M.: *El espacio penitenciario europeo*. Ministerio del Interior, Premios Victoria Kent, Madrid, 2013, pp. 99 y ss.

8 Así el Convenio europeo de extradición de 13 de diciembre de 1957 y el Convenio europeo del Consejo de Europa sobre traslado de personas condenadas de 21 de marzo de 1983.

Eso sí, no se trata de una confianza ciega<sup>9</sup> y por ello estos instrumentos de cooperación recogen una serie de motivos para la no ejecución ya de la ODE<sup>10</sup>, ya del

---

9 En palabras de VOGEL, J.: “¿Supresión de la Extradición? Observaciones críticas en relación con la reforma de la legislación en materia de extradición en la Unión Europea”, ob. cit., pp. 187 y 188.

10 Así, el art. 3 de la DM 2002/584/JAI de 13 de junio de 2002 establece como motivos para la no ejecución obligatoria de la ODE: 1) que el delito en que se basa la ODE esté cubierto por la amnistía en el Estado miembro de ejecución si éste tuviera competencia para perseguir dicho delito conforme a su Derecho penal; 2) Que la persona haya sido juzgada definitivamente por los mismos hechos por un Estado miembro, siempre que, de haber sido condenado, la sanción se haya ejecutado o esté ejecutándose o bien no pueda ejecutarse en virtud del Derecho del Estado de condena; o 3) Que la persona aún no pueda ser considerada responsable penalmente por razón de su edad, con arreglo al Derecho del Estado miembro de ejecución. Asimismo, como motivos de no ejecución facultativa, el art. 4 enumera los siguientes: 1) Si, respecto a los delitos distintos de los señalados en el catálogo del art. 2.2 (entrega sin control de la doble tipificación), los hechos no fuere constitutivos de delito de acuerdo con el Derecho del Estado miembro de ejecución; 2) Cuando la persona esté sometida a un procedimiento penal en el Estado miembro de ejecución por el mismo hecho que el que motiva la ODE; 3) Cuando las autoridades judiciales del Estado miembro de ejecución hubieran decidido no incoar acción penal por la infracción que sea objeto de la ODE o bien concluirarla, o cuando sobre la persona buscada pese en un Estado miembro otra resolución definitiva por los mismos hechos que obstaculice el posterior ejercicio de diligencias penales; 4) Cuando el delito o la pena hayan prescrito conforme a la legislación del Estado miembro de ejecución y los hechos sean competencia de dicho Estado miembro según su propio Derecho penal; 5) Cuando la persona haya sido juzgada definitivamente por los mismos hechos por un tercer Estado siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ejecutada o esté en esos momentos en curso de ejecución o ya no pueda ejecutarse en virtud del Derecho del Estado de la condena; 6) Cuando la ODE se haya dictado a efectos de ejecución de una pena o medida de seguridad privativas de libertad contra una persona buscada que sea nacional o residente del Estado miembro de ejecución o habite en él y éste se comprometa a ejecutar él mismo dicha pena o medida de seguridad conforme a su derecho interno; 7) cuando la orden de detención europea contemple infracciones que: o bien el Derecho del Estado miembro de ejecución considere cometidas en su totalidad o en parte en el territorio del Estado miembro de ejecución o en un lugar asimilado al mismo; o se hayan cometido fuera del territorio de Estado miembro emisor y el Derecho del Estado miembro de ejecución no permita la persecución por las mismas infracciones cuando se hayan cometido fuera de su territorio. A través de la DM 2009/299/JAI, del Consejo de 26 de febrero de 2009, se incorpora además el art. 4 bis, que permite denegar también a la autoridad judicial de ejecución la ODE a efectos de ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad cuando el imputado no haya comparecido en el juicio del que derive la resolución, a menos que en la ODE conste, con arreglo a los requisitos procesales definidos en la legislación nacional del Estado miembro de emisión, que el imputado fue, con suficiente información, citado en persona e informado de la fecha y lugar previstos para el juicio y de que podría dictarse una resolución en caso de incomparecencia; o teniendo conocimiento de la celebración prevista del juicio dio mandato a un letrado para que le defendiera en juicio y así fue; o si tras serle notificada la resolución y ser informado expresamente de su derecho a un nuevo juicio o a interponer un recurso declaró expresamente que no impugnaba la resolución o no solicitó un nuevo juicio ni interpuso recurso; o, por último, no se le notificó personalmente la resolución pero se le notificará sin demora tras la entrega, siendo informado de su derecho a un nuevo juicio o a interponer un recurso y será informado del plazo en el que debe hacerlo.

reconocimiento de la sentencia y la ejecución de la condena<sup>11</sup>. No obstante, entre estos motivos no se encuentra recogido expresamente el riesgo de vulneración de los derechos fundamentales del detenido o condenado en el lugar de detención o privación de libertad previsto para él tras su eventual traslado al país que ha emitido la resolución<sup>12</sup>.

Sin embargo, la DM 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002 contempla en su art. 1.3 la denominada cláusula de derechos fundamentales, según la cual la Decisión Marco “no podrá tener por efecto el de modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el art. 6 del Tratado de la UE”. Asimismo, y para el supuesto de transmisión de sentencias en

---

11 En concreto, es el art. 9 de la DM 2008/909/JAI, de 27 de noviembre de 2008 el que enumera los motivos por los que la autoridad competente del Estado de ejecución podrá denegar el reconocimiento de sentencia y la ejecución de condena: 1) Cuando el certificado recogido en el art. 4 esté incompleto o no corresponda manifiestamente a la sentencia y no se complete o el error no se subsane dentro de un plazo razonable fijado por la autoridad de ejecución; 2) Cuando no se cumplan los criterios establecidos en el art. 4.1 respecto a cuándo es posible la transmisión de una sentencia; 3) Cuando la ejecución de la condena vulnere el principio *ne bis in idem*; 4) Cuando, tratándose de las infracciones no contempladas en el art. 7.1 (que no exigen control de la doble tipificación de los hechos), y en caso de que el Estado de ejecución haya formulado la declaración prevista en el art. 7.4 (señalando que no tiene intención de aplicar el apartado 1 del art. 7), en alguno de los supuestos contemplados en el art. 7.1, la sentencia se refiera a hechos no constitutivos de infracción de acuerdo con el Derecho del Estado de ejecución; 5) Cuando la ejecución de la condena haya prescrito con arreglo a la legislación del Estado de ejecución; 6) Cuando en virtud del Derecho del Estado de ejecución exista inmunidad que impida la ejecución de la condena; 7) Cuando la condena haya sido impuesta a persona física que, debido a su edad, no habría podido ser considerada penalmente responsable con arreglo a la legislación del Estado de ejecución; 8) Cuando a la recepción de la sentencia por la autoridad competente del Estado de ejecución, la parte de condena sin cumplir sea inferior a seis meses; 9) Cuando la sentencia se ha dictado en rebeldía, a no ser que en el certificado conste que la persona fue citada personalmente o que se le notificó, por conducto de un representante competente según la legislación nacional del Estado de emisión, la fecha y lugar del procedimiento que dio lugar a la sentencia dictada en rebeldía, o que el interesado haya indicado a una autoridad competente que no impugna la resolución; 10) Cuando el Estado de ejecución, antes de que se adopte una decisión con arreglo al art. 18.3 presenta una solicitud de conformidad con el art. 18.3 y el Estado de emisión no da su consentimiento, de conformidad con el art. 18.2 g), para que la persona de que se trate sea procesada, condenada o privada de libertad de cualquier otra forma en el Estado de ejecución, por una infracción cometida antes de su traslado distinta a la que hubiera motivado el traslado; 11) Cuando la condena impuesta incluye una medida de carácter psiquiátrico o sanitario o cualquier otra medida privativa de libertad que, no obstante lo señalado en el art. 8.3, el Estado de ejecución no puede ejecutar de conformidad con su sistema jurídico o sanitario; 12) Cuando la sentencia se refiere a delitos penales que, con arreglo al Derecho interno del Estado de ejecución, se consideran cometidos en su integridad o en su mayor o fundamental parte en su territorio o en un lugar equivalente al mismo.

12 Ya señalaba como una de las garantías ausentes en esta DM el principio de no entrega cuando en el Estado emisor la persona pueda ser sometida a penas que atenten contra su integridad que vulneren el art. 3 CEDH, recordando para su solución la cláusula contenida en el art. 1.3 y la correlativa obligación de respeto de los derechos fundamentales y principios jurídicos fundamentales del art. 5 del Tratado de la UE, GARCÍA SÁNCHEZ, B.: “Dificultades de la euroorden ante su puesta en práctica por los tribunales de la Unión Europea”. *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* LX, 2007, p. 343.

materia penal para la ejecución de penas o medidas privativas de libertad, en la DM 2008/909/JAI, de 27 de noviembre de 2008, la finalidad de facilitar la reinserción social del condenado se constituye como un elemento fundamental para la decisión de la transmisión de la sentencia y el certificado por el Estado de emisión: “podrá transmitirse la sentencia y el certificado cuando la autoridad competente del Estado de emisión, en su caso después de consultas entre las autoridades competentes del Estado de emisión y del Estado de ejecución, tenga el convencimiento de que la ejecución de la condena por el Estado de ejecución contribuirá a alcanzar el objetivo de facilitar la reinserción social del condenado” (art. 4.2).

Fue precisamente este supuesto, el riesgo de vulneración de los derechos fundamentales, y en concreto, de la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes consagrada en el art. 4 de la Carta de Derechos Fundamentales y en el art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), ante los graves problemas de sobrepoblación de los sistemas penitenciarios de los Estados emisores de sendas ODE, Hungría y Rumanía, lo que motivó el relevante pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 5 de abril de 2016. En esta sentencia, el TJUE resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano judicial del Estado miembro receptor de las dos ODE, un tribunal alemán de la ciudad de Bremen, por dos asuntos acumulados por conexidad, el asunto Aranyosi<sup>13</sup> y el asunto Caldararu<sup>14</sup>.

---

13 En concreto, en el caso del Sr. Aranyosi, de nacionalidad húngara, el juez de instrucción húngaro dictó dos ODE (4 de noviembre y 31 de diciembre) para solicitar su entrega a efectos de ejercer acciones penales por la supuesta comisión de conductas constitutivas de allanamiento, daños y robo con fuerza. Si bien el Ministerio Fiscal de Bremen, tras hacer referencia a que las condiciones de reclusión de algunos establecimientos húngaros no cumplían las normas mínimas europeas, solicitó información al Tribunal húngaro sobre el establecimiento en el que sería encarcelado aquél de ser entregado. Pese a que esta información no se indica en la contestación, el Ministerio Fiscal de Bremen se muestra favorable a la entrega, si bien es entonces el letrado del Sr. Aranyosi quien pidió que se desestimase al no haber referido el Ministerio Fiscal húngaro cuál sería el establecimiento de encarcelamiento y, por tanto, no ser posible comprobar cuáles serían las condiciones de reclusión para aquél. El Tribunal alemán de Bremen consideró que si bien la ODE cumplía los requisitos establecidos para la solicitud de entrega en el marco de la legislación alemana, constituyendo infracción penal los delitos imputados al Sr. Aranyosi, existían indicios fundados de que, de ser efectiva su entrega a la autoridad judicial húngara, podría verse sometido a condiciones de reclusión contrarias al art. 3 CEDH, a los derechos fundamentales y a los principios generales del Derecho consagrados en el art. 6 TUE. Asimismo, podría ser contraria a la legislación alemana, en tanto el art. 73 de la IRG (Ley relativa a la orden de detención europea, de 20 de julio de 2006) señala que “A falta de solicitud en este sentido, la asistencia judicial y la transmisión de información serán ilícitas si se oponen a principios esenciales del ordenamiento jurídico alemán. En caso de solicitud en virtud de las partes ocho, nueve y diez, la asistencia judicial será ilícita si es contraria a los principios consagrados en el art. 6 TUE”. Ante esta situación, el Tribunal alemán considera que no está en condiciones de pronunciarse sobre la licitud de la entrega, suspendiendo el procedimiento y decidiendo plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales.

14 Respecto al Sr. Caldararu, de nacionalidad rumana, el Tribunal de primera instancia rumano dictó una ODE el 29 de octubre de 2015 tras haber sido aquél condenado a una pena privativa de lib-

En la evaluación de los indicios de una posible reclusión en condiciones contrarias al art. 3 CEDH, a los derechos fundamentales y a los principios consagrados en el art. 6 TUE, el tribunal alemán se basa en la existencia de condenas previas por parte del TEDH a estos países debido a la situación de hacinamiento de sus prisiones así como en los informes emitidos en el mismo sentido por el CPT<sup>15</sup>, lo que no deja de ser una clara e interesante manifestación de la progresiva incursión de los estándares penitenciarios elaborados en el Consejo de Europa en la UE<sup>16</sup>.

En concreto, en el caso del Sr. Aranyosi, el Tribunal alemán alude en primer lugar a la existencia de una condena previa del TEDH a Hungría (STEDH caso Vargas y otros c. Hungría, de 10 de marzo de 2015), bajo la técnica de procedimiento piloto ante la existencia de 450 demandas similares por condiciones de reclusión inhumanas, al considerar probada la vulneración del art. 3 CEDH por el encarcelamiento de los demandantes en celdas demasiado pequeñas y sobrepobladas. También refiere, en segundo lugar, el último informe nacional del CPT que, tras sus visitas a Hungría de 2009 y 2013, recoge “indicios concretos de que las condiciones de reclusión a las que quedaría sometido el Sr. Aranyosi en caso de ser entregado a las autoridades húngaras no cumplen las normas mínimas del Derecho internacional”. En cuanto al Sr. Caldararu, el Tribunal alemán señala la existencia de varias sentencias condenatorias del TEDH hacia Rumanía por la sobrepoblación de sus prisiones (SSTEDH Voicu contra Rumanía, Bujorean, contra Rumanía, Constantin Aurelian Burlacu contra Rumanía y Mihai Laurentiu Marin contra Rumanía, todas ellas de 10 de junio de 2014), en las que se consideró que se habría infringido el art. 3 CEDH al haber sometido a los demandantes a una privación de libertad en celdas demasiado pequeñas y superpobladas, sin calefacción suficiente, sucias y carentes de agua caliente para ducharse. Asimismo, el CPT, tras sus visitas a Rumanía en 2014, recoge en su informe nacional indicios concretos de que las condiciones de reclusión no cumplen en esta materia las normas mínimas del Derecho internacional.

---

ertad por conducir sin permiso. En este caso el Ministerio Fiscal de Bremen sí se muestra favorable a la entrega del Sr. Caldararu siendo el Tribunal de Bremen, tras reconocer que la ODE cumple los requisitos formales exigidos por la legislación alemana y que los actos imputados son constitutivos de infracción penal en la legislación alemana de tráfico, el que plantea que la entrega podría declararse ilícita conforme al art. 73 de la IRG al estar convencido de que existen indicios fundados de que, de ser entregado, el Sr. Caldararu podría verse sometido a condiciones de reclusión contrarias al art. 3 CEDH, a los derechos fundamentales y a los principios generales del Derecho consagrados en el art. 6 TUE. Al igual que en el supuesto anterior, el Tribunal alemán considera no estar en condiciones de pronunciarse sobre la licitud de la entrega, al depender su resolución de que se dilucide si el impedimento en la entrega puede ser salvado mediante las garantías prestadas por el Estado miembro emisor.

15 Parágrafos 43 y 44 respecto a las condiciones de detención en Hungría y 60 y 61 en Rumanía.

16 Un análisis detenido de ello en RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “Las prisiones en un mundo global: estándares europeos de Derecho penitenciario”. *Global Law y Ius Puniendi*, Nieto Martín, A. (director). Tirant lo Blanch, en prensa.

El objeto de las dos cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Superior regional civil y penal de Bremen planteadas ante el TJUE es doble. Así, la primera se refiere a la naturaleza y alcance de la cláusula de derechos fundamentales contenida en el art. 1.3 de la DM. Pregunta, en este sentido, si el art. 1.3 puede ser interpretado de tal manera que pueda entenderse improcedente una entrega si existen razones de peso para creer que las condiciones de reclusión en el Estado emisor vulneran los derechos fundamentales de la persona interesada y los principios generales del Derecho recogidos en el art. 6 TUE o<sup>17</sup>, bien, si en dichos casos el Estado miembro de ejecución puede o debe condicionar su decisión sobre la procedencia de la entrega a la constitución de garantías relativas al cumplimiento de las condiciones de reclusión. En este sentido pregunta asimismo si el Estado miembro de ejecución puede o debe formular a tal efecto requisitos mínimos concretos aplicables a las condiciones de reclusión que han de ser garantizados. La segunda se refiere a la interpretación de los artículos 5 (garantías que deberá dar el Estado emisor en casos particulares) y 6.1 (determinación de las autoridades judiciales competentes), preguntando si estos preceptos deben ser interpretados en el sentido de que la autoridad judicial emisora ostenta la facultad de constituir garantías relativas al cumplimiento de las condiciones de reclusión o, se mantiene, a tal efecto, el orden competencial interno del Estado miembro emisor (párrafo 63).

El TJUE en la resolución del asunto Aranyosi y Caldaru, tras reiterar que el principio de reconocimiento mutuo es la piedra angular de la cooperación judicial penal, que descansa asimismo sobre el principio de confianza mutua, y afirmar que, en consecuencia, la autoridad judicial de ejecución sólo puede negarse a ejecutar una ODE en los supuestos enumerados exhaustivamente en la DM (arts. 3 a 4 bis) así como supeditar su decisión a las condiciones definidas de forma taxativa en su art. 5, reconoce sin embargo que ambos principios pueden ser limitados “en circunstancias excepcionales” (párrafos 77 a 82). Así ocurre cuando la autoridad judicial del Estado miembro de ejecución “disponga de elementos 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” que, en el caso de la prohibición de penas o tratos inhumanos o degradantes, se recoge en el art. 4 de la Carta y tiene un carácter absoluto e indisoluble con el respeto a la dignidad humana recogido en su art. 1. En este caso, reconoce el TJUE, “dicha autoridad deberá

---

17 Pregunta que, como recuerda MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., no es baladí, en tanto la postura sostenida hasta el momento por el TJUE en casos anteriores había sido clara: sólo podía ser denegada una ODE alegando los motivos previstos en los artículos 3 a 4 bis de la DM. “Dime cómo son tus cárceles y ya veré yo si coopero”. Los casos Caldaru y Aranyosi como nueva forma de entender el principio de reconocimiento mutuo”. *InDret* 1/2017, p. 6.

apreciar la existencia de ese riesgo a la hora de pronunciarse sobre la entrega a las autoridades judiciales del Estado miembro emisor de la persona que es objeto de una orden de detención europea, porque la ejecución de dicha orden no puede dar lugar a que se trate de forma inhumana o degradante a esa persona” (parágrafos 84 a 88).

Para ello, el TJUE señala en su sentencia el cuándo se da esta vulneración y el cómo evaluar tal situación.

En cuanto al cuándo, el TJUE señala que debe referirse a las condiciones de reclusión *imperantes* del Estado miembro emisor, *que demuestren la existencia de deficiencias sistémicas o generalizadas que afecten a ciertos grupos de personas o a ciertos centros de reclusión*, de lo que deberá haber “elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados”. La sentencia enumera como posibles fuentes de las que pueden provenir tales indicios “resoluciones judiciales del Estado miembro emisor o de decisiones, informes u otros documentos elaborados por los órganos del Consejo de Europa o del sistema de las Naciones Unidas”<sup>18</sup> (parágrafo 89), fuentes que, en todo caso, no deben ser interpretadas como un *numerus clausus*<sup>19</sup>.

Tal constatación entronca con el cómo debe realizarse tal evaluación que debe tener una doble vertiente. La primera supondrá esa *valoración general de las condiciones de reclusión imperantes en el Estado de emisor*, de tal manera que dé lugar a la “constatación de la existencia de un riesgo real de trato inhumano o degradante debido a las condiciones generales de reclusión en el Estado miembro emisor” (parágrafo 89).

Sin embargo, como precisa el TJUE, tal valoración general no basta por sí sola para proceder a la denegación de la ejecución de una ODE. Esa valoración general

---

18 Recordando el TJUE, en cuanto a la jurisprudencia del TEDH relativa al art. 3 del CEDH, la sentencia Torreggiani y otros contra Italia de 8 de enero de 2013, que este precepto “impone a las autoridades del Estado en cuyo territorio se lleve a cabo un encarcelamiento la obligación de cerciorarse de que cualquier reo esté recluso en condiciones que garanticen el respeto de la dignidad humana, de que las modalidades de ejecución de la medida de privación de libertad no expongan al recluso a una angustia o a dificultades cuya intensidad supere el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la reclusión y de que, dadas las limitaciones prácticas del encarcelamiento, se vele adecuadamente por la salud y el bienestar del recluso”. Como recuerda MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., la Comisión y varios Estados Miembro (Alemania, Francia y Reino Unido) coincidieron como fuentes para probar la existencia de ese riesgo genérico en los informes del CPT, del Consejo de Europa, de ONG’s y en las sentencias del TEDH, mencionando además la Comisión las estadísticas de sobrepoblación penitenciaria del Estado miembro de emisión. “Dime cómo son tus cárceles y ya veré yo si coopero”. Los casos Caldararu y Aranyosi como nueva forma de entender el principio de reconocimiento mutuo”, ob. cit., p. 12.

19 Igualmente, OLLÉ SESÉ, M., y GIMBERNAT DÍAZ, E., que entienden que se refiere a un sistema de prueba de mínimos a los que se puede y debe sumar cualquier otro elemento probatorio admitido por los sistemas procesales nacionales, en virtud del principio de libre valoración de la prueba, de los diferentes Estados miembros que deberán practicar de oficio o a instancia de cualquiera de las partes ante ese temor real de violación de un derecho fundamental en el Estado de emisión. “Orden europea de detención y entrega y tratos inhumanos o degradantes”. *La Ley*, nº 40, 2016, p. 6.

debe ser completada con una *valoración concreta y precisa de la situación del riesgo individualizado* que tendría el sujeto requerido de llevarse a cabo su entrega al Estado emisor. Para ello, la autoridad judicial del Estado de ejecución “deberá comprobar, concreta y precisamente, si existen 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”, no siendo suficiente la *mera existencia* de elementos que acrediten deficiencias sistémicas o generalizadas que afecten a ciertos grupos de personas o ciertos centros de reclusión en lo referente a las condiciones de reclusión si, en concreto, la persona de que se trata no va a sufrir un trato inhumano o degradante de ser entregada a las autoridades de ese Estado miembro (parágrafos 91 a 93).

Para realizar esa segunda valoración, continúa la sentencia, y con el fin de garantizar el respeto del art. 4 de la Carta, “la autoridad judicial de ejecución que disponga de elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados que acrediten tales deficiencias deberá comprobar si, en las circunstancias del caso de autos, existen razones serias y fundadas para creer que esa persona, tras ser entregada al Estado miembro emisor, correrá un riesgo real de sufrir en ese Estado miembro un trato inhumano o degradante, en el sentido de ese artículo” (parágrafo 94).

Recuerda para ello el TJUE el procedimiento que deberá seguir la autoridad judicial del Estado de ejecución, una vez realizadas ambas valoraciones y concluyendo la existencia no sólo del riesgo general, sino también de un riesgo individualizado y concreto de vulneración del art. 4 de la Carta por las condiciones de reclusión previstas para la persona requerida en el Estado emisor. Conforme a lo establecido en el art. 15.2 de la DM, la autoridad judicial del Estado de ejecución deberá solicitar a la autoridad judicial del Estado miembro emisor la transmisión urgente de toda la información complementaria necesaria sobre las condiciones de reclusión previstas para la persona de que se trate en ese Estado miembro (parágrafo 95)<sup>20</sup>. Tal solicitud puede también

---

20 En este caso, la autoridad judicial de ejecución podrá fijar un plazo para la recepción de la información complementaria solicitada a la autoridad judicial emisora conforme al art. 15.2 DM, que estará obligada a proporcionar esa información a la autoridad judicial de ejecución. Ese plazo, si bien deberá adaptarse en cada caso al tiempo necesario para recopilar la información y recabar para ello, de ser necesario, la ayuda de la autoridad central o de una de las autoridades centrales del Estado emisor –en el sentido del art. 7 DM–, deberá tener en cuenta sin embargo la necesidad de respetar los tiempos establecidos en el art. 17 DM (parágrafo 97). Como ponen de manifiesto OLLÉ SESÉ, M. y GIMBERNAT DÍAZ, E., mientras que el TJUE es tajante cuando la información complementaria se recibe en el Estado de ejecución dentro del período temporal en el que debe decidirse sobre su ejecución o en un período razonable, en el caso contrario de que la información no llegue al Estado ejecutante en un plazo razonable, será la autoridad judicial del Estado de ejecución quien decida si pone o no fin al procedimiento, entendiendo ambos autores que esa demora injustificada que desborda los cauces temporales máximos debería dar lugar, al tratarse de la violación del núcleo duro de un derecho fundamental, a la denegación de la ejecución de la ODE. “Orden europea de detención y entrega y tratos inhumanos o degradantes”, ob. cit., p. 13.

dirigirse a averiguar si existen en el Estado miembro emisor posibles procedimientos o mecanismos nacionales o internacionales de control de las condiciones de reclusión, por ejemplo, visitas a los centros penitenciarios, que permitan evaluar el estado de las condiciones de reclusión en esos establecimientos (párrafo 96).

Si tras la evaluación de la información facilitada por el Estado emisor, además de cualquier otra información de que disponga el órgano judicial de ejecución, éste constata la existencia del riesgo real de sometimiento a un trato inhumano o degradante de la persona requerida, de ser entregada, el TJUE resuelve que “deberá aplazarse la ejecución de esa orden, pero no abandonarse” (párrafo 98)<sup>21</sup>. En este caso, la autoridad judicial de ejecución solo podrá decidir mantener la detención de la persona si el procedimiento de ejecución de la ODE se ha llevado a cabo con la suficiente diligencia y, por tanto, si la duración de la detención no es excesiva, debiendo respetar la exigencia de proporcionalidad a la hora de limitar cualquier derecho o libertad reconocidos en la Carta (párrafos 100 y 101)<sup>22</sup>.

Si en cambio la información recibida por la autoridad judicial de ejecución permite excluir la existencia de ese riesgo real de que la persona pueda sufrir un trato inhumano o degradante de ser entregada al Estado emisor, “la autoridad judicial de ejecución deberá tomar una decisión sobre la ejecución de la orden de detención europea en los plazos establecidos por la Decisión Marco, sin perjuicio de que la persona de que se trate pueda, una vez entregada, hacer uso de los medios de recurso previstos en el ordenamiento jurídico del Estado miembro emisor que le permitan impugnar, en su caso, la legalidad de sus condiciones de reclusión en un establecimiento penitenciario de ese Estado miembro” (párrafo 103)<sup>23</sup>.

---

21 En tal supuesto, el Estado miembro de ejecución informará a Eurojust, de acuerdo con el art. 17.7 DM, precisando los motivos de la demora. Y el Estado miembro que haya sufrido de forma repetida demoras en la ejecución de órdenes de detención europeas por parte de otro Estado miembro por los motivos mencionados informará al Consejo, con objetivo de evaluar la aplicación por parte de los Estados miembros de la DM (párrafo 99). Como subrayan OLLÉ SESÉ, M. y GIMBERNAT DÍAZ, E., mientras que para acreditar el riesgo real del trato inhumano o degradante el TJUE permite basarse indistintamente a la autoridad ejecutante en la información complementaria recibida del Estado emisor, como en cualquier otro tipo de información de que disponga, para excluir ese riesgo es suficiente argumento el contenido de la información complementaria”. “Orden europea de detención y entrega y tratos inhumanos o degradantes”, ob. cit., p. 7.

22 Y, en el caso de decidir el fin de la detención de la persona buscada, la autoridad judicial de ejecución deberá acompañar la puesta en libertad provisional de esa persona de las medidas que considere necesarias para evitar la fuga y velar por que sigan cumpliéndose las condiciones materiales necesarias para su entrega mientras no se haya tomado una decisión definitiva sobre la ejecución de la ODE (párrafo 102).

23 No recoge la sentencia, como han señalado OLLÉ SESÉ, M. y GIMBERNAT DÍAZ, E., la existencia de un deber de seguimiento del Estado requerido, una vez materializada la entrega, para que el Estado emisor respete el núcleo fundamental de los derechos del reclamado y las garantías que, en su caso, hubiere prestado. “Orden europea de detención y entrega y tratos inhumanos o degradantes”, ob. cit., p. 9.

Por último, en el caso de que la existencia del riesgo de tal tratamiento no pueda excluirse en un plazo razonable, la autoridad judicial del Estado de ejecución “deberá decidir si procede poner fin al procedimiento de entrega” (parágrafo 104).

No obstante, el TJUE no parece responder expresamente a las cuestiones pre-judiciales planteadas, en tanto no se pronuncia expresamente sobre si es posible el condicionamiento de la entrega a la prestación de garantías relativas al cumplimiento de las condiciones de reclusión adecuadas y si la autoridad emisora ostenta la facultad de constituir garantías relativas a ese cumplimiento. Sin embargo, y debido a los problemas que la denegación de la entrega puede implicar, en tanto activaría la obligación –conforme al principio *aut dedere aut judicare*– de juzgar a la persona reclamada o ejecutar la sanción impuesta, el establecimiento de garantías para una entrega condicionada se plantea como una posibilidad más adecuada, en la que parece implícitamente moverse el TJUE al no configurar la existencia de riesgo como un motivo de denegación automática y abrir la puerta a la solicitud de información urgente al Estado de emisión<sup>24</sup>.

Hay que añadir que ese posible carácter condicionador o limitador del principio de reconocimiento mutuo de las condiciones de reclusión, ha vuelto a ser reiterado con posterioridad por la Comisión, al señalar en su Libro Verde: *Reforzar la confianza en el espacio judicial europeo*<sup>25</sup> que “las condiciones de detención pueden incidir directamente en el buen funcionamiento del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales. Tanto los detenidos en prisión preventiva como los presos condenados tienen derecho a unas condiciones de detención razonables. El hacinamiento en las prisiones y las alegaciones de malos tratos de los detenidos pueden minar la confianza que es necesaria para fomentar la cooperación judicial en la Unión Europea (...). Unas condiciones de detención claramente deficientes o que puedan situarse por debajo de las normas mínimas establecidas por las Reglas Penitenciarias Europeas del Consejo de Europa pueden constituir un impedimento para el traslado de reclusos. Los condenados que no deseen ser trasladados podrían

---

24 MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: “‘Dime cómo son tus cárceles y ya veré yo si coopero’. Los casos Caldararu y Aranyosi como nueva forma de entender el principio de reconocimiento mutuo”, ob. cit., pp. 13 a 15. De esta manera, como señala esta autora, el riesgo genéricamente advertido puede ser individualizado e, incluso, sorteado, a través de una solución concreta que dé el Estado de emisión, como, por ejemplo, la aplicación de una medida alternativa o el cumplimiento en un centro penitenciario determinado que respete los estándares mínimos internacionales. También lo interpretan así OLLÉ SESÉ, M. y GIMBERNAT DÍAZ, E. cuando señalan la necesidad de que se consolide un deber de seguimiento del Estado requerido, no sólo en relación al respeto de los derechos del reclamado, sino de las garantías que se hubieran prestado, así como de las condiciones impuestas por el Estado requirente en las resoluciones judiciales por las que se acuerda acceder a la entrega. “Orden europea de detención y entrega y tratos inhumanos o degradantes”, ob. cit., p. 9.

25 *Libro Verde relativo a la aplicación de la legislación de justicia penal de la UE en el ámbito de la detención*. COM (2011) 327 final, pp. 4 y 6.

tratar de alegar que el traslado podría someterles a un trato inhumano o degradante”. Por tanto, tal riesgo no sólo puede llegar a condicionar la efectividad de una orden de detención europea, sino también al traslado de reclusos, al reconocimiento mutuo de las penas sustitutivas y a la libertad vigilada y la orden europea de vigilancia<sup>26</sup>.

Recientemente también lo ha recordado el Parlamento Europeo, en su Resolución de 5 de octubre de 2017 sobre condiciones y sistemas penitenciarios: “las condiciones de reclusión son un elemento determinante para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo en las resoluciones judiciales en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión, tal como el TJUE ha sostenido en los asuntos Aranyosi y Caldaru”.

En conclusión, dado que en casos excepcionales el TJUE admite que los principios de reconocimiento y confianza mutuos pueden ser limitados y que el art. 1.3 DM 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002 recoge la obligación de respeto de los derechos fundamentales, siendo la prohibición de tortura y tratos inhumanos o degradantes contenida en los artículos 4 de la Carta y 3 CEDH un derecho absoluto que no permite limitaciones de ningún tipo, es posible denegar la entrega de una persona si se constata un riesgo efectivo y real de vulneración de este derecho<sup>27</sup>. La postergación de una ODE solicitada por España a otro Estado miembro, o incluso su denegación, en atención a la existencia de unas condiciones de reclusión contrarias a la dignidad humana conforme a lo establecido en el art. 4 de la Carta y 3 del CEDH, conllevaría la conclusión de un doble juicio: por un lado, que en nuestro país existen *deficiencias sistémicas o generalizadas que afectan a ciertos grupos de personas o a ciertos centros de reclusión* y, por otro, que *existen razones serias y fundadas para creer que esa persona, tras ser entregada a España, correrá un riesgo real de sufrir un trato inhumano o degradante*.

Por tanto, debemos analizar conforme a ese primer juicio general al que se refiere el TJUE en el caso Aranyosi y Caldaru, cuáles son esas condiciones de detención en el sistema penitenciario español y si cumplen los mínimos exigidos conforme a los estándares europeos que deben servir de base para ese principio de confianza mutua en el sistema de ejecución del otro país, a partir de la evaluación tanto de la legislación –y los derechos en ella contenidos– y la praxis penitenciarias así como las infraestructuras y la dotación material y personal del sistema español. Asimismo, habrá que evaluar si tales condiciones se ven seriamente afectadas ante un posible problema de sobrepoblación del sistema penitenciario español, utilizando para ello las estadísticas anuales que recoge el Consejo de Europa en sus informes SPACE así

---

26 Ibidem, p. 4.

27 MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: “‘Dime cómo son tus cárceles y ya veré yo si coopero’. Los casos Caldaru y Aranyosi como nueva forma de entender el principio de reconocimiento mutuo”, ob. cit., pp. 11 y 12.

como los informes nacionales del CPT, y la existencia –o no– de condenas a España por parte del TEDH. Aunque sólo de concluir la existencia de ese riesgo general habría que proceder a realizar esa segunda evaluación, referida al riesgo concreto de que la persona, de ser entregada a nuestro país, sufra tales condiciones contrarias a la dignidad, en el caso del ‘proceso’ catalán –que nos ha servido de presupuesto para el análisis de un problema que puede plantearse en otras ODE emitidas por un órgano judicial español–, la situación de las personas privadas de libertad en la actualidad por los procedimientos judiciales en curso sirve también para ejemplificar las condiciones de reclusión aplicadas y que, eventualmente, lo serían igualmente para las personas requeridas, de hacerse efectiva su entrega y de adoptarse la medida cautelar de prisión provisional.

Obviamente las posibles vulneraciones de derechos fundamentales en la reclusión de una persona, ya como detenida, preventiva o penada, pueden concretarse en distintos derechos y venir revestidas de muy diferentes formas, quedando pues las autoridades judiciales del Estado de ejecución obligadas a evaluar la posibilidad concreta de su materialización respecto a la persona requerida de existir tales indicios<sup>28</sup>. En este trabajo, nosotros nos centraremos en el análisis de la posible vulneración de la prohibición del sometimiento a tortura o tratos inhumanos o degradantes contenida en los art. 3 CEDH y 4 de la Carta, en tanto se trata del derecho fundamental prioritariamente puesto en riesgo ante unas condiciones de reclusión inaceptables, además de ser el supuesto que da lugar a la STJUE que ha permitido excepcionalizar el reconocimiento mutuo más allá de lo establecido expresamente en los artículos 3 a 4 bis DM 2002/584/JAI, y de ser la sospecha que, al menos implícitamente, parece sobrevolar sobre esa petición de mayor información por parte de Bélgica al órgano judicial español en el caso del ‘proceso’ catalán en relación a la situación de las prisiones españolas.

### **III. ESTÁNDARES EUROPEOS EN MATERIA DE CONDICIONES DE RECLUSIÓN Y DE SOBREPoblación PENITENCIARIA**

El establecimiento de unas condiciones de reclusión que garanticen el cumplimiento de una pena o medida cautelar privativas de libertad de manera digna es una

---

28 En el mismo sentido señalan OLLÉ SESÉ, M., y GIMBERNAT DÍAZ, E, tras recordar que las autoridades judiciales de ejecución suelen ser reacias a comprobar si las denuncias de los reclamados en los procedimientos de ODE en relación a posibles lesiones de sus derechos fundamentales en el Estado emisor, son serias y existen visos de que puedan ser reales, que ese proceso de verificación de riesgos que marca el TJUE en su sentencia de 5 de abril de 2016 es aplicable a “todas y cada una de las violaciones de derechos fundamentales recogidas en la Carta y en el CEDH de las que se presume que puedan ser cometidas en el Estado de ejecución”. “Orden europea de detención y entrega y tratos inhumanos o degradantes”. *La Ley*, nº 40, 2016, pp. 4 y 5.

constante<sup>29</sup> en los instrumentos penitenciarios de Naciones Unidas<sup>30</sup> y del Consejo de Europa<sup>31</sup>. Sin duda la relevancia de las Reglas Penitenciarias Europeas (RPE), ya en su primera versión de 1973, pero de manera consolidada en la última de 2006, reside en que evidencian la voluntad de construir unos estándares mínimos de reclusión articulados sobre la base de los valores europeos y, en concreto, sobre la dignidad humana y el reconocimiento de los derechos de las personas privadas de libertad<sup>32</sup>.

De esta manera, tras configurar como el primero de sus principios básicos que “las personas privadas de libertad deben ser tratadas de manera respetuosa con los derechos humanos”, subrayando que “la falta de recursos no puede justificar unas condiciones de internamiento que conculquen los derechos humanos”, las RPE de 2006 dedican su Parte II a las condiciones de internamiento.

Es la Regla 18.1 la que se refiere a las condiciones que deben tener los lugares de internamiento<sup>33</sup>. Éstos, y particularmente los lugares destinados a acoger internos durante la noche, “deben satisfacer las exigencias de respeto a la dignidad humana y, en la medida de lo posible, de la privacidad, y responder a unas mínimas exigencias sanitarias e higiénicas, teniendo en cuenta las condiciones climáticas en lo que concierne al espacio, la ventilación, la luz, la calefacción y la refrigeración”. Asimismo, la Regla 18.2. establece que “en todos los locales donde deban residir, trabajar o reunirse los internos: a. Las ventanas deben ser lo suficientemente grandes para que los inter-

---

29 O, en palabras de TÉLLEZ AGUILERA, A. “uno de los puntos neurálgicos de todo el sistema penitenciario y, precisamente, el *leitmotiv* originario de la creación de estándares mínimos internacionales: las condiciones de internamiento”. *Las nuevas Reglas Penitenciarias del Consejo de Europa (una lectura desde la experiencia española)*. Edisofer, Madrid, 2006, p. 68.

30 Es el caso de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos adoptadas en Ginebra en 1955, ya también en su reciente revisión en 2005 (cuando además reciben su nombre de Reglas Nelson Mandela).

31 Desde la primera versión, con las Reglas de Estándares mínimos sobre trato de reclusos, aprobadas el 19 de enero de 1973, en la que el Consejo de Europa quería superar el modelo mínimo de las Reglas de Naciones Unidas de 1955, en la segunda revisión a través de las Reglas Penitenciarias Europeas de 1987 y, finalmente, con las actuales Reglas Penitenciarias Europeas de 2006, adoptadas el 11 de enero por el Comité de Ministros.

32 RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “Las prisiones en un mundo global”, ob. cit. (en prensa).

33 Tras señalar su Regla 17 que los internos deben ser destinados a prisiones situadas lo más cerca posible de su domicilio o de su lugar de reinserción social debiendo ser, en la medida de lo posible, consultados en relación con su destino inicial y traslados posteriores. También en esta Parte II sobre las condiciones del internamiento, las Reglas se refieren al ingreso del recluso (Reglas 14, 15 y 16), al asesoramiento jurídico (Regla 23), a los contactos con el exterior (Regla 24), al régimen penitenciario (Regla 25), al trabajo (Regla 26), a la educación (Regla 28), a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (Regla 29), a la información (Regla 30), a los objetos que pueden ser conservados y retenidos (Regla 31), a los traslados (Regla 32), a la libertad de los reclusos (Regla 33), así como a las circunstancias específicas que pueden plantear determinados grupos como las mujeres (Regla 34), menores (Reglas 35), niños de corta edad (Regla 36), súbditos extranjeros (Regla 37), y minorías étnicas y lingüísticas (Regla 38).

nos puedan leer y trabajar con luz natural en condiciones normales y para permitir la entrada de aire fresco, salvo si existe un sistema correcto de climatización; b. La luz artificial se adaptará a las normas técnicas existentes al efecto; c. Un sistema de alarma debe permitir a los internos comunicarse con el personal inmediatamente”. Además, de manera expresa se señala en las Reglas 18.3 y 4 que la legislación nacional debe definir las condiciones mínimas requeridas y prever los mecanismos que garanticen el respeto de estas condiciones mínimas “incluso en el caso de masificación”.

Las Reglas se refieren, en segundo lugar, al principio celular: “cada interno debe en principio ocupar durante la noche una celda individual, salvo en el caso en que se considere preferible que la comparta con otros internos” (Regla 18.5)<sup>34</sup>, eso sí, “una celda puede ser compartida únicamente en el caso de estar adaptada a su uso colectivo y debe ocuparse por internos reconocidos aptos para compartirla” (Regla 18.6), debiendo poder además, en la medida de lo posible, elegir antes de verse obligados a compartir celda durante la noche (Regla 18.7).

En tercer lugar, las Reglas tratan el tema de la higiene (Regla 19): todos los locales deben mantenerse en perfecto estado de conservación y limpieza, debiendo estar limpias las celdas u otros locales que alberguen a los internos en el momento de su ingreso. Asimismo, deben poder los internos acceder fácilmente a las instalaciones sanitarias higiénicas y de una forma respetuosa a su intimidad. Las instalaciones sanitarias (baños y duchas) deben ser las suficientes como para que cada interno pueda utilizarlas, a una temperatura adaptada a la climatología, con una frecuencia preferiblemente diaria o al menos de dos veces por semana –o con mayor frecuencia de ser necesario–, de acuerdo con los preceptos generales de higiene. Además, las autoridades penitenciarias deben proporcionar los artículos de higiene, limpieza y mantenimiento necesarios.

En cuarto lugar, las Reglas se refieren también a la garantía por parte de la Administración penitenciaria de prendas de vestir y de ropa de cama apropiadas (Regla 20)<sup>35</sup>, así como de un régimen alimenticio adecuados (Regla 21)<sup>36</sup>.

---

34 Con razón señala MAPELLI CAFFARENA, B., que se echa en falta una recomendación sobre las dimensiones que debe tener una celda y los metros cuadrados por interno en las zonas comunes, más en el momento actual en el que las condiciones de habitabilidad se han convertido en un reto de los establecimientos penitenciarios y en el que la sobrepoblación obliga a reducir por debajo de lo permitido los índices de habitabilidad. Afirma en este sentido que es una grave equivocación considerar que se trata de aspectos secundarios en relación con otros derechos. “Una nueva versión de las Normas Penitenciarias Europeas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 08 (2006), p. 9.

35 En concreto, señalan que todo interno desprovisto de ropas de vestir adecuadas debe recibir prendas acordes a la climatología, no pudiendo ser degradantes ni humillantes y debiendo ser reemplazadas cuando sea necesario. Asimismo, cada interno debe disponer de una cama individual y de ropa de cama adecuada, en buen uso y que será renovada de forma frecuente para asegurar su limpieza e higiene.

36 Recogiendo que los internos deben disfrutar de un régimen alimenticio que tenga en cuenta su edad, estado de salud, estado físico, religión, cultura y tipo de trabajo concreto que desarrolle, debiendo

Por último, la Regla 27 aborda la cuestión referida al ejercicio físico y a las actividades recreativas, estableciendo que todo interno debe tener la oportunidad, si la climatología lo permite, de hacer al menos una hora diaria de ejercicio al aire libre y, en caso de mal tiempo, que se le ofrezcan soluciones alternativas en el interior si desea hacer ejercicio<sup>37</sup>. Asimismo, las actividades correctamente organizadas y concebidas para mantener a los internos en buena forma física, permitirles hacer ejercicio y para que se distraigan, deben formar parte del régimen penitenciario, debiendo las autoridades penitenciarias proporcionar para ello instalaciones y equipamiento adecuados. Deben ser ofertadas además actividades recreativas que comprenderán juegos, deporte, actividades culturales, pasatiempos y ocio activo y, en la medida de lo posible, ser autorizados los internos para organizarlas.

Sin duda esos mínimos exigibles para garantizar unas condiciones de habitabilidad y reclusión dignas se ven gravemente amenazados por el mayor problema con el que se encuentra en la actualidad, desde hace ya casi tres décadas, el sistema penitenciario europeo: la sobrepoblación penitenciaria. Para hacerle frente, el Comité de Ministros ha elaborado varios instrumentos en los que no sólo identifica sus causas, sino que promueve la adopción de estrategias tanto para reducir la población penitenciaria –particularmente a través de la potenciación de las alternativas a la privación de libertad–, como para mejorar sus condiciones de detención<sup>38</sup>. Así, la Recomendación (99) 22 sobre sobrepoblación penitenciaria e incremento de la población reclusa requiere que, bajo estas condiciones de sobrepoblación, las administraciones penitenciarias deben comprometerse a realizar un esfuerzo especial en el respeto a la dignidad humana, prestando especial atención al espacio mínimo vital, a la higiene y acceso a instalaciones sanitarias, a la asistencia médica, a la alimentación adecuada y a la oportunidad de hacer ejercicio al aire libre (parágrafo 7). Asimismo, señala la necesidad de establecer una capacidad máxima de las instituciones penales para evitar niveles excesivos de sobrepoblación (parágrafo 6). El reciente Libro blanco sobre sobrepoblación también identifica como una de las medidas para abordar la

---

la legislación nacional determinar los criterios de calidad de dicho régimen y debiendo prepararse la comida y servirse en condiciones higiénicas. Deben ser servidas tres comidas diarias a intervalos razonables y garantizarse el acceso a agua potable en todo momento.

37 Más detenidamente un análisis sobre su contenido véase en TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Las nuevas Reglas Penitenciarias del Consejo de Europa*, ob. cit., p. 85 y MAPELLI CAFFARENA, B.: “Una nueva versión de las Normas Penitenciarias Europeas”, ob. cit. De manera más amplia, respecto a los estándares de los distintos organismos del Consejo de Europa sobre las condiciones de encarcelamiento, es de consulta obligada: VAN ZYL SMIT, D., y SNACKEN, S.: *Principios de Derecho y Política Penitenciaria Europea. Penología y Derechos Humanos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 205 a 275.

38 Véase un análisis de estos instrumentos en RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “Un análisis de las estrategias contra la sobrepoblación penitenciaria en España a la luz de los estándares europeos”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* nº 20, 2018 (en prensa).

sobrepoblación penitenciaria el establecimiento de una capacidad máxima de las prisiones –que permite enfocar mejor el número de prisiones, la asignación de los internos a otros lugares, buscar planes de libertad anticipada, la aplicación de penas alternativas, ...–<sup>39</sup>.

También el CPT, en el desarrollo de sus estándares penitenciarios, se ha ocupado de las condiciones de encarcelamiento y, particularmente en los últimos años, de los riesgos evidenciados por la sobrepoblación penitenciaria<sup>40</sup>, estándares todos ellos especialmente relevantes dado que precisamente el Comité es un órgano creado para prevenir normas, situaciones, praxis o actuaciones que puedan ser considerados tortura o tratos o penas inhumanos o degradantes<sup>41</sup>.

En cuanto a las condiciones de encarcelamiento, el Comité parte de que “el acceso a los servicios y el mantenimiento de buenos niveles de higiene son componentes esenciales de un ambiente humano”. Por ello señala que “no le gusta nada la práctica establecida en determinados países de que los reclusos tienen que hacer sus necesidades en cubos en sus celdas (que posteriormente se retiran en momentos determinados)”, debiendo al menos situarse un aseo en cada celda (preferiblemente un anexo sanitario) o contar con los medios que permitiesen a los internos que necesitan hacer uso de un aseo, ser liberados de sus celdas, incluso en la noche, sin demoras indebidas. Además, añade que los reclusos deben tener un acceso adecuado a las instalaciones de las duchas y baños y que sería deseable que hubiera agua corriente dentro de las celdas<sup>42</sup>.

Asimismo, el CPT ha denunciado que en muchas ocasiones ha detectado, sobre todo en centros de preventivos, la disposición de dispositivos en las ventanas (como contraventanas metálicas, listones o placas) que impiden la entrada de luz natural y del aire fresco. Señala que no se puede privar de estos “elementos fundamentales

---

39 Libro Blanco sobre sobrepoblación de 2016, PC-CP (2015), 6. Recuerda asimismo que debe tenerse en cuenta que el espacio y los metros cuadrados no son los únicos factores para evaluar los problemas de hacinamiento, sino que éstos forman parte de la cuestión general referida a las condiciones generales en las prisiones, lo que incluye la dotación de personal o la oferta de actividades que tengan por objeto la reinserción social de los internos (párrafo 11).

40 Partiendo de que, como ya subrayó el Comité en 2001, el fenómeno del hacinamiento menoscaba seriamente cualquier intento de mejorar las condiciones de detención. Informe General de 2001, CPT/Inf (2001) 16, párrafo 28.

41 Como señala su 2º Informe General, publicado en 1992: “Todos los aspectos de las condiciones de detención en una prisión tienen importancia para el mandato del CPT. Los malos tratos pueden adquirir varias formas, muchas de las cuales pueden no ser deliberadas, sino el resultado de fallos de organización o recursos inadecuados. La calidad de vida global en un establecimiento penitenciario tiene, por lo tanto, mucha importancia para el CPT. Dicha calidad de vida dependerá en gran medida de las actividades ofrecidas a los presos y del estado general de las relaciones entre los presos y el personal penitenciario”. CPT/Inf (92) 3, párrafo 44.

42 CPT/Inf (92) 3, párrafo 49.

de la vida” por motivos de seguridad ni de coste económico, y del que todos los internos tienen derecho a disfrutar; su falta, además, crea condiciones que favorecen la propagación de enfermedades como la tuberculosis<sup>43</sup>.

Respecto a la configuración de los espacios vitales del interno, la labor del CPT ha sido fundamental en el diseño de unos estándares mínimos comúnmente aceptados y que se han convertido en uno de los elementos sobre los que se basa la evaluación por parte del TEDH de las demandas de vulneración del art. 3 CEDH. En primer lugar, el CPT ha objetado la utilización de dormitorios grandes, práctica habitual particularmente en Europa central y oriental, en los que están contenidas todas o la mayoría de las instalaciones utilizadas diariamente por los internos: zonas de dormir, instalaciones sanitarias y zonas para la realización de actividades. El Comité ha cuestionado esta opción tanto desde criterios referidos a las condiciones insalubres en la que se encuentran en gran parte de ocasiones<sup>44</sup>, como desde la falta de intimidad<sup>45</sup>, su incidencia negativa en la evaluación del interno<sup>46</sup> o la generación de situaciones de violencia de difícil control por parte del personal penitenciario<sup>47</sup>.

En segundo lugar, ya desde los años 90 del pasado siglo, el Comité fue desarrollando, y aplicando en sus visitas, un estándar mínimo exigible de espacio vital que debía ser garantizado a cada interno para respetar una detención en condiciones de dignidad. Estos estándares fijaban el espacio mínimo vital de cada interno en 6m<sup>2</sup>

---

43 Reconoce el CPT que facilitar condiciones de vida decentes en los establecimientos penitenciarios puede ser muy costoso y que la falta de recursos en muchos países dificulta la introducción de mejoras. Pero también señala que la eliminación de los dispositivos que bloquean las ventanas de las celdas –y, en su caso, de ser necesario, el establecimiento de otros dispositivos de seguridad apropiados– no debe suponer una inversión considerable, al tiempo que beneficiaría a todas las personas afectadas. 11º Informe General de 2001, CPT/Inf (2001) 16, párrafo 30.

44 Así, ha señalado que “estas objeciones se refuerzan cuando, como suele suceder, los dormitorios en cuestión están destinados a alojar a un número excesivo de reclusos y en condiciones sumamente insalubres. Es indudable que, debido a diversos factores –inclusive de carácter cultural– en muchos países prefiere ofrecerse un gran dormitorio para todos los reclusos que celdas individuales. Sin embargo, no puede decirse mucho a favor –pero sí en contra– de las condiciones en que decenas de reclusos viven y duermen en el mismo dormitorio”. Informe General de 2001, CPT/Inf (2001) 16, párrafo 29.

45 “Los dormitorios grandes suponen una falta de intimidad para los reclusos en su vida cotidiana”. Informe General de 2001, CPT/Inf (2001) 16, párrafo 29.

46 “Este tipo de alojamiento también hace prácticamente imposible que se asigne a cada recluso un lugar apropiado, sobre la base de una evaluación del riesgo y de las necesidades de cada caso”. Informe General de 2001, CPT/Inf (2001) 16, párrafo 29.

47 “Además, existe un alto grado de riesgo de intimidación y de violencia. Este tipo de alojamientos fomenta la creación de grupos de infractores y propicia que se mantenga la cohesión de organizaciones con propósitos delictivos. También puede dificultar sumamente e incluso hacer imposible el trabajo de supervisión del personal penitenciario; en particular, en caso de disturbios penitenciarios, es difícil evitar intervenciones exteriores que recurran a la fuerza”. Informe General de 2001, CPT/Inf (2001) 16, párrafo 29.

de tratarse de una celda individual o en 4m<sup>2</sup> de ser colectiva<sup>48</sup>. Recientemente, el CPT ha revisado estos estándares, con motivo del impacto que la sobrepoblación penitenciaria ha tenido en las condiciones de reclusión: alojamiento hacinado y antihigiénico, falta constante de privacidad, limitación de actividades fuera de la celda, sobrecarga del personal y de las instalaciones disponibles, saturación de la atención sanitaria, o incremento de la tensión y de la violencia entre internos y entre éstos y el personal. Como subraya el CPT, “la cuestión del espacio vital mínimo por recluso está intrínsecamente vinculada al compromiso de cada Estado miembro del Consejo de Europa de respetar la dignidad de las personas privadas de libertad”<sup>49</sup>.

Partiendo de que, conforme a lo establecido en las RPE (regla 18.5), el estándar deseable es el alojamiento en celda individual, y de que el análisis del impacto no es sólo una cuestión de espacio, sino que requiere también evaluar el tipo de establecimiento<sup>50</sup>, de celda<sup>51</sup> o de régimen ofrecido a los internos<sup>52</sup>, el CPT ha promovido en 2015 unos estándares más exigentes para los casos de ocupación múltiple de celda. Manteniendo el mínimo de espacio vital en el caso de celda individual en 6m<sup>2</sup>, añade sobre éste, y no sobre 4m<sup>2</sup>, el espacio que debe ser previsto en el caso de que se comparta celda, de tal manera que se prevea para 2 internos un espacio de, al menos, 10 m<sup>2</sup> (más el previsto para los anexos sanitarios); de 14m<sup>2</sup> para 3 internos o de 18m<sup>2</sup> para 4 internos. O, como dice el Comité, en otras palabras: lo deseable es que una celda de 8 a 9 m<sup>2</sup> no contenga más de una persona y en una celda de 12 m<sup>2</sup> no haya más de dos internos<sup>53</sup>.

---

48 Además, establece el espacio mínimo en las instalaciones sanitarias entre 1 y 2 m<sup>2</sup>, y un mínimo de 2 metros entre los muros de las celdas y de 2,5 m<sup>2</sup> entre el suelo y el techo. Estándares del CPT sobre espacio vital en los centros penitenciarios. CPT/Inf (2015) 44, párrafos 10 y 11.

49 Estándares del CPT sobre espacio vital en los centros penitenciarios. CPT/Inf (2015) 44, párrafo 5.

50 Como matiza, una celda para la custodia policial durante unas horas o escasos días no tiene que cumplir los mismos estándares que la celda de un paciente en una institución psiquiátrica; ambas son cuestiones diferentes de una celda en una prisión, para preventivos o condenados. Estándares del CPT sobre espacio vital en los centros penitenciarios. CPT/Inf (2015) 44, párrafos 16 y 17.

51 Como señala el Comité, estos estándares se refieren a las celdas diseñadas de forma ordinaria para el alojamiento de los internos, así como a las celdas especiales (como las disciplinarias, de seguridad, de aislamiento o de segregación), no así a los espacios habilitados como salas de espera o espacios similares para la privación de libertad durante espacios temporales muy breves. Asimismo, diferencia entre las celdas individuales, dobles o colectivas (diseñadas para albergar, por ejemplo, a seis o más reclusos) y entre éstas y los grandes dormitorios colectivos, previstos para acomodar a docenas –y a veces hasta cien– de internos, respecto a los cuales el CPT se ha pronunciado ya en contra. Estándares del CPT sobre espacio vital en los centros penitenciarios. CPT/Inf (2015) 44, párrafos 4 y 7.

52 Estándares del CPT sobre espacio vital en los centros penitenciarios. CPT/Inf (2015) 44, párrafos 8 y 21.

53 Estándares del CPT sobre espacio vital en los centros penitenciarios. CPT/Inf (2015) 44, párrafo 6.

Ahora bien, es muy relevante tener en cuenta las dos matizaciones que el CPT recoge en estos nuevos estándares. En primer lugar, estos estándares no vienen a sustituir a los anteriores, sino que suponen una mejora, a través de la cual el Comité pretende promover unos modelos de mayor exigencia, particularmente en la construcción de nuevas prisiones<sup>54</sup>.

Pero de mayor trascendencia en la evaluación de qué se entiende por condiciones indignas de cumplimiento es la “necesidad de diferenciar” entre lo que se consideran estándares mínimos de lo que es un trato inhumano o degradante. Así, el Comité aclara que nunca ha considerado que sus estándares mínimos de espacio vital deban ser entendidos de manera absoluta, de tal forma que cualquier tipo de desviación de ese mínimo pueda ser identificada en sí misma como un trato inhumano o degradante, puesto que pueden concurrir otros factores que alivien la situación particular de hecho, como que los internos puedan pasar una parte considerable de su tiempo diario fuera de las celdas (en talleres, clases o actividades)<sup>55</sup>. Para que el CPT diga que las condiciones de reclusión pueden ser consideradas equivalentes a un trato inhumano o degradante, continúa el Comité en estos nuevos estándares, las celdas deben estar gravemente sobrepobladas o, como ocurre en la mayoría de los casos, combinar una serie de elementos negativos como un número insuficiente de camas, mala higiene, infestación de plagas, ventilación, calefacción o luz insuficientes, falta de anexos sanitarios en la celda –y el consecuente uso de cubos o botellas a tal fin–. En esa evaluación individual, el CPT tiene en cuenta también otros factores no relacionados directamente con las condiciones materiales pero que claramente inciden en la calidad de vida de los internos: poco tiempo fuera de la celda, régimen deficiente, reducción del ejercicio al aire libre, privación de contactos familiares durante muchos años, ...<sup>56</sup>.

---

54 Estándares del CPT sobre espacio vital en los centros penitenciarios. CPT/Inf (2015) 44, párrafos 16 y 18.

55 Eso sí, también en estos casos el CPT continuará recomendando la adhesión a estos estándares mínimos. Estándares del CPT sobre espacio vital en los centros penitenciarios. CPT/Inf (2015) 44, párrafo 21.

56 Estándares del CPT sobre espacio vital en los centros penitenciarios. CPT/Inf (2015) 44, párrafo 22. Recogen estos estándares un Apéndice que, a modo ejemplificativo, señala ejemplos de factores que deben ser tomados en consideración en la evaluación de las condiciones de reclusión en prisión: a) El estado de conservación y limpieza (en cuanto al estado de las celdas y del mobiliario, la infestación de parásitos o la disposición por los internos de productos de higiene personal y de limpieza necesaria); b) El acceso a luz natural, ventilación y calefacción (necesidad de que todas las celdas dispongan de acceso a luz natural e iluminación artificial suficiente para lectura, así como de ventilación suficiente para asegurar renovación constante de aire en el interior del edificio y de calefacción para calendar adecuadamente las celdas); c) La existencia de instalaciones sanitarias (debiendo cada celda tener, como mínimo un inodoro y un lavabo, debiendo estar separadas complementemente estas instalaciones sanitarias, hasta el techo, en celdas compartidas; y de no disponer de las mismas, debiendo velar las autoridades por que los internos tengan acceso al baño cuando lo necesiten; además, añaden, hoy en

Por otro lado, el CPT también se ha referido a la necesidad de que se cuente con un programa satisfactorio de actividades (trabajo, educación, deportes, etc.), crucial para el bienestar de los internos, habiendo detectado precisamente en muchas de sus visitas que los centros de preventivos adolecen de una extremadamente limitada oferta de actividades. Señala en este sentido que el objetivo debe ser poder garantizar que los internos preventivos “sean capaces de pasar una parte razonable del día (8 horas o más) fuera de las celdas, realizando actividades de variada naturaleza”, afirmando además que “por supuesto, los regímenes penitenciarios en los establecimientos de condenados deberían ser incluso más favorables”<sup>57</sup>.

Asimismo, se refiere a la garantía del ejercicio al aire libre, partiendo de que aunque la norma de que se permita a los reclusos realizar al menos una hora diaria de ejercicio al aire libre está ampliamente aceptada como garantía básica –si bien debería formar parte preferiblemente de un programa más amplio de actividades–, el Comité subraya que debería serle ofrecida a todos los internos sin excepción la posibilidad de hacer ejercicio al aire libre a diario, también a los que sufren prisión incomunicada en las celdas como sanción disciplinaria<sup>58</sup>.

La sobrepoblación penitenciaria ha sido una preocupación constante también para el CPT desde los años 90 del pasado siglo<sup>59</sup>. En este sentido, ya en 1992 afirma que “le preocupa particularmente encontrar una combinación de superpoblación, falta de actividades internas y accesos inadecuados a las instalaciones sanitarias, todo ello dentro del mismo establecimiento” puesto que “el efecto acumulativo de

---

día ningún recluso debe ser obligado a tirar el contenido de sus necesidades urinarias en algún tipo de contenedor, una práctica que es degradante tanto para ellos como para el personal penitenciario que tienen que supervisar ese procedimiento); d) La posibilidad de realizar ejercicio al aire libre (debiendo ofrecerse a todos los internos un mínimo de una hora de ejercicio diario al aire libre, debiendo ser los patios espaciosos y estar equipados adecuadamente para permitir a los internos realizar ejercicio físico, así como de un medio de descanso, como un banco, y un refugio para las inclemencias del tiempo); e) La oferta de actividades (debe ofrecerse a los internos una gama variables de actividades diversas –trabajo, vocacionales, educativas, deportivas y recreativas–, de tal manera que tanto preventivos como condenados puedan pasar ocho horas o más al día fuera de sus celdas, –debiendo ser el régimen de los condenados aún más favorable–).

57 2º Informe General de 1992, CPT/Inf (92) 3, parágrafo 47.

58 Además de que las instalaciones de ejercicio al aire libre deberían ser razonablemente espaciales y ofrecer siempre que fuera posible cobijo contra las inclemencias del tiempo. CPT/Inf (92) 3, parágrafo 48.

59 Como ya reconocía en su 2º Informe General publicado en 1992, “la superpoblación es un tema de relevancia directa para el mandato del CPT. Todos los servicios y actividades dentro de una prisión se verán afectados adversamente si tienen que atender a más internos de los que se había previsto acomodar; la calidad de vida global en el establecimiento se verá mermada, quizá de forma significativa. Además, el nivel de superpoblación en una prisión, o en una zona determinada de la misma, puede ser tal, que resulte inhumano o degradante desde un punto de vista físico”. CPT/Inf (92)3, parágrafo 46.

dichas condiciones puede provocar un deterioro extremo en los reclusos”<sup>60</sup>, situación que se empeora aún más, hasta provocar “condiciones muchas veces deplorables”, cuando la tasa de ocupación es excesiva, agravado por el uso de los servicios sanitarios de tantas personas y la insuficiente ventilación de los dormitorios<sup>61</sup>.

Estos estándares, que no dejan de ser mínimos, propuestos por el Comité de Ministros y el CPT, son la base sobre la que el TEDH ha ido evaluando cuándo esas condiciones de reclusión pueden llegar a ser lesivas para los derechos fundamentales reconocidos en el CEDH. Pese a su carácter de *soft law*, y por tanto su finalidad de estímulo y guía para que las autoridades nacionales incorporen en sus legislaciones los contenidos de las RPE y recomendaciones del Comité de Ministros y los estándares del CPT, progresivamente el TEDH ha hecho uso de ellos en su labor de evaluar la vulneración de los derechos contenidos en el CEDH en las situaciones de reclusión. En efecto, a pesar de que el CEDH de 1950 no reconoce de manera específica derechos a las personas privadas de libertad, primero la Comisión y posteriormente el TEDH han ido desarrollando una abundante y rica jurisprudencia que, dado el carácter obligatorio de sus sentencias, es el auténtico motor de desarrollo del Derecho penitenciario europeo. En tal labor, los informes nacionales que realiza tras sus visitas a lugares de detención el CPT sirven como termómetro para identificar y evaluar las situaciones sistémicas de vulneración de los derechos fundamentales de los internos<sup>62</sup>, mientras que las RPE y las Recomendaciones del Comité de Ministros constituyen la base para evaluar los textos internacionales aplicables<sup>63</sup>.

Es verdad que si bien inicialmente la Comisión, y luego el TEDH se mostraron reacios a pronunciarse sobre las condiciones de internamiento<sup>64</sup>, progresivamente, a partir del cambio de siglo, el Tribunal ha ido admitiendo la posibilidad de vulneración de los derechos del Convenio, fundamentalmente de la prohibición de tratos inhumanos o degradantes del art. 3 CEDH, cuando las condiciones de encarcelamiento eran tan nefastas que planteaban la duda de si el Estado había fallado en su deber de proteger la vida del recluso, o bien responden a situaciones sistémicas,

---

60 CPT/Inf (92) 3, parágrafo 50.

61 Informe General de 2001, CPT/Inf (2001) 16, parágrafo 29.

62 Como destacan VAN ZYL SMIT, D., y SNACKEN, S., “la interpretación del artículo 3 realizada por parte del TEDH en sus últimos casos está más en consonancia –e incluso influenciada– por los estándares de las condiciones de encarcelamiento desarrolladas por el CPT desde sus inicios”. *Principios de Derecho y Política Penitenciaria europea*, ob. cit., p. 210.

63 De manera desarrollada, RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “Las prisiones en un mundo global: estándares europeos de derecho penitenciario”, ob. cit. (en prensa).

64 VAN ZYL SMIT, D., SNACKEN, S.: *Principios de Derecho y Política Penitenciaria europea*, ob. cit., pp. 44 y 45 y RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “Las prisiones en un mundo global: estándares europeos de derecho penitenciario”, ob. cit. (en prensa).

como en el caso de la sobrepoblación penitenciaria, que den lugar a situaciones no compatibles con el respeto a la dignidad humana, pero también del art. 8 si se entendía que tales condiciones lesionaban de forma directa el derecho a la intimidad del recluso<sup>65</sup>.

Así, en cuanto a la prohibición de tortura y tratos y penas inhumanos y degradantes del art. 3 CEDH, entre otros asuntos, el Tribunal se ha pronunciado sobre la deficiencia en las condiciones higiénicas de privación de libertad<sup>66</sup>, el castigo a través de la privación de la alimentación<sup>67</sup>, la falta de espacio mínimo<sup>68</sup>, la no atención ante las necesidades especiales de alojamiento<sup>69</sup>, la asistencia sanitaria deficiente<sup>70</sup> o la realización de traslados de prisiones de manera repetida<sup>71</sup>.

En cuanto a las condiciones de cumplimiento en situación de sobrepoblación penitenciaria, la jurisprudencia del TEDH ha sufrido una relevante evolución respecto a su consideración bajo el art. 3 CEDH. Así, tras una primera jurisprudencia en la que entendía que se trataba de una situación problemática, pero no lesiva de este derecho, en tanto no era una situación buscada con la intención de humillar a la persona privada de libertad<sup>72</sup>, ha pasado a admitir que la sobrepoblación puede dar lugar a situaciones de cumplimiento inaceptables que, por la falta de espacio, o por otras condiciones de cumplimiento derivadas del hacinamiento, supongan un trato inhumano o degradante, aunque no hubiera una intención de degradar a las personas que sufrieron tal situación<sup>73</sup>.

---

65 VAN ZYL SMIT, D., SNACKEN, S.: *Principios de Derecho y Política Penitenciaria europea*, ob. cit., pp. 206 y ss.

66 Por ejemplo, SSTEDH asunto Peer vs. Grecia, de 19 de abril de 2001, asunto Modarca vs. Moldavia de 10 de mayo de 2007, Florea vs. Rumanía, de 14 de septiembre de 2010 o Ananyev y otros vs. Rusia, de 10 de enero de 2012 (sentencia Piloto).

67 STEDH asunto Ilascu y otros Vs. Moldavia y Rusia, de 8 de julio de 2004.

68 Entre muchas otras, SSTEDH asunto Dougoz vs. Grecia, de 6 de marzo de 2001, Peer vs. Grecia de 19 de abril de 2001, asunto Kalashnikov vs. Rusia, de 15 de julio de 2002 o caso Mamedova vs. Rusia de 2 de junio de 2006.

69 Por ejemplo, en la STEDH asunto Papon vs. Francia de 7 de junio de 2001 o asunto Price vs. Reino Unido, de 10 de julio de 2001.

70 Entre otras, las SSTEDH asunto Rupa vs. Rumanía de 16 de diciembre de 2008 o asunto Khudobin vs. Rusia, de 26 de noviembre de 2006.

71 Por ejemplo, STEDH asunto Khider vs. Francia, de 9 de julio de 2009. Más detenidamente sobre esta jurisprudencia, VAN ZYL SMIT, D., y SNACKEN, S.: *Principios de Derecho y Política Penitenciaria europea*, ob. cit., pp. 206 y ss; y RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: "Las prisiones en un mundo global: estándares europeos de derecho penitenciario", ob. cit. (en prensa).

72 VAN ZYL SMIT, D., y SNACKEN, S.: *Principios de Derecho y Política Penitenciaria europea*, ob. cit., p. 214.

73 En concreto, a partir de sus SSTEDH por el asunto Dougoz vs. Grecia, de 6 de marzo de 2001 y Peers vs. Grecia de 19 de abril de 2001.

En numerosas sentencias, el TEDH ha entendido que estas condiciones de sobrepoblación llevaban a la vulneración del art. 3 CEDH ya por la misma falta de espacio vital en los casos más graves, ya por la suma de factores propiciados por el hacinamiento que dan lugar a situaciones de insuficiente nivel de privacidad, acceso limitado al agua, condiciones insalubres, falta de calefacción, de higiene y/o de alimentación adecuada, contracción de enfermedades o empeoramiento de las ya existentes o falta de actividades fuera de la celda, situaciones que además se ven agravadas conforme aumenta el periodo temporal en el que se sufran<sup>74</sup>.

Fundamental en la lucha contra la sobrepoblación es el paso que da el TEDH al incorporar la técnica de los procedimientos piloto en la resolución de demandas de vulneración del art. 3 CEDH, respondiendo así ya no solo a una lesión individual de los derechos del demandante, sino a una situación sistémica que multiplica la afectación a todas las personas que sufren tales condiciones de hacinamiento<sup>75</sup>. A través de esta técnica<sup>76</sup>, el Tribunal identifica la naturaleza del problema estructural que da lugar a la vulneración “masiva” de derechos de las personas en tal situación, con lo que para su solución, más allá del resarcimiento del daño individualmente causado al demandante, impone además a los Estados la obligación de abordar y solventar tal problema sistémico, otorgándoles un plazo para la adopción de las medidas correctoras necesarias para eliminarlo, reduciendo la sobrepoblación y mejorando las condiciones materiales de detención.

En definitiva, la evaluación de si las condiciones de reclusión suponen una vulneración del art. 3 CEDH debe construirse sobre el análisis de los diversos factores señalados que, bien de manera individual cuando se trata de situaciones extremas, bien de manera acumulada –normalmente en situaciones de hacinamiento propias de un problema sistémico de sobrepoblación–, implicarán el sometimiento a un trato inhumano o degradante y, por tanto, inadmisibles de acuerdo al CEDH: el no respeto del espacio mínimo vital que debe garantizarse a los internos, las condiciones de habitabilidad de la celda, módulo y prisión (acceso a luz, agua corriente, calefacción, servicios higiénicos, ausencia de plagas), la asistencia sanitaria, así como el régimen de vida al

---

74 Más detenidamente RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “Un análisis de las estrategias contra la sobrepoblación penitenciaria en España a la luz de los estándares europeos”, ob. cit. (en prensa), y RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “Las prisiones en un mundo global: estándares europeos de derecho penitenciario”, ob. cit. (en prensa).

75 Adoptadas por vez primera en la evaluación de situaciones de sobrepoblación en los asuntos *Orchowski vs. Polonia* y *Sirkorski vs. Polonia*, de 22 de octubre de 2009 y *Ananyev y otros V. Rusia*, de enero de 2012.

76 Que le permite también reducir el problema de saturación del Tribunal, en tanto puede aplazar el examen de las demandas similares en tanto se adopten las medidas correctoras por parte del país condenado.

que se somete al interno en aspectos como el acceso a la práctica de, al menos, una hora de ejercicio al aire libre o la posibilidad de realizar actividades fuera de la celda.

En tal evaluación, la existencia de condenas individuales del TEDH por vulneración del art. 3 CEDH, más aún si se ha tratado de procedimientos piloto, o de informes reiterados del CPT denunciando tal situación, actuará como un indicio relevante para identificar la presencia de un problema sistémico de sobrepoblación y hacinamiento en un sistema penitenciario de uno de los países miembros del Consejo de Europa.

#### **IV. LAS CONDICIONES DE RECLUSIÓN EN ESPAÑA**

El análisis de las condiciones de reclusión en España debe estar referido, en primer término, a las condiciones de habitabilidad y salubridad que brindan las infraestructuras penitenciarias de nuestro sistema, ya de los centros penitenciarios en sí, ya de sus dependencias y, particularmente, de las celdas, en tanto éstas constituyen el epicentro de la vida en prisión. Pero, en segundo lugar, la calidad de vida de un recluso no viene sólo determinada por las cuestiones de dotación material y garantía de condiciones higiénicas y asistenciales, sino también por el tipo de régimen de vida que se le aplique, y que condicionará aspectos tan relevantes como el tiempo en celda, la posibilidad de práctica de ejercicio al aire libre o el desarrollo de actividades de distinta naturaleza fuera de la aquélla.

##### **IV.1. Infraestructura penitenciaria y tipos de centros penitenciarios.**

La infraestructura penitenciaria española actual es, en su mayoría, fruto de una política de construcción de centros diseñada fundamentalmente a partir de dos modelos<sup>77</sup>.

El primero acompañó la promulgación de la LOGP<sup>78</sup> y pretendió abordar la situación muy deficiente en la que se encontraban los establecimientos penitenciarios a finales de la década de los setenta del siglo XX, con prisiones viejas, ubicadas normalmente dentro de las ciudades, de escasa funcionalidad interior y sin espacio suficiente para el desarrollo de la actividad normal de la labor penitenciaria<sup>79</sup>, además

<sup>77</sup> Aunque todavía persisten en la actualidad algunos centros penitenciarios más antiguos. Uno de ellos, Ocaña I, data de 1701, El Dueso de 1907, Burgos de 1932, San Sebastián de 1948, Teruel, de 1951, Ceuta de 1958, Santa Cruz de la Palma de 1960 o Soria de 1961.

<sup>78</sup> Más detenidamente sobre ello, véase: RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “¿Existe un derecho a cumplir en un centro penitenciario cercano al domicilio? Algunas reflexiones a partir de la STEDH Urko Labaca Larrea contra Francia, de 7 de febrero de 2017 y del ATC 40/2017, de 28 de febrero”, en prensa.

<sup>79</sup> GARCÍA VALDÉS, C.: “La reforma del Derecho penitenciario español”. *Estudios de derecho penitenciario*. Tecnos, Madrid, 1982, p. 153. Como recuerda quien ostentó en ese momento el cargo de Director General de Instituciones Penitenciarias y fue artífice de la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979, una de las cuestiones más urgentes que hubo que abordar en la transición, tras solventar los

de que un número elevado de centros fueron destruidos en las revueltas penitenciarias que tuvieron lugar en la transición<sup>80</sup>. Por ello, de manera paralela a la elaboración de la Ley penitenciaria, se pone en marcha un plan con el objetivo de adecuar la infraestructura penitenciaria a los principios sobre los que se construye la ley y al modelo que ésta misma diseña y que partía de la diferencia entre establecimientos de preventivos, establecimientos de cumplimiento de penas –que a su vez podrían ser de régimen ordinario, de régimen cerrado y de régimen abierto– y establecimientos especiales (arts. 7 a 11 LOGP), adecuando su diseño, arquitectura y seguridad a los distintos regímenes penitenciarios y grados de tratamiento que configuraba la LOGP<sup>81</sup>.

Estos centros se construyeron a partir de dos ideas fundamentales: la construcción en horizontal, al disponer de mayores extensiones de terreno, y la celda como dormitorio individual<sup>82</sup>. Además de potenciar la salubridad de los espacios destinados a la vida de los internos, como veremos más adelante cuando nos refiramos al principio celular, los centros penitenciarios que se construyeron en esta fase prestaron especial atención a la dotación de pabellones o edificaciones que permitiesen el desarrollo de las actividades de los internos (con previsión de talleres, escuelas, bibliotecas, pistas polideportivas y gimnasios, capilla de culto o incluso las hoy injustamente cuestionadas piscinas, además de enfermerías suficientemente dotadas y una estructura que permitiera la clasificación y separación adecuada de internos)<sup>83</sup>.

---

motines y desórdenes que sucedieron a las amnistías concedidas a los presos políticos, fue el de la organización del sistema y la construcción de una adecuada infraestructura penitenciaria que viniera a sustituir gran parte de los antiguos centros, en un estado totalmente inadecuado para hacer frente a los fines que la futura ley quería asentar. Se trataba de centros viejos, de construcción radial –muchos reconvertidos de antiguos destinos como iglesias, conventos, cuarteles o almacenes marineros–, con escasos departamentos celulares, numerosas brigadas y dormitorios colectivos hacinados, además de fuertemente deteriorados muchos de ellos por los incendios tras los motines. “La reforma penitenciaria en la transición democrática”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXIX, 2016, p. 73 y “La legislación penitenciaria española: orígenes y Ley Orgánica General Penitenciaria”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXVIII, 2015, pp. 33 y 34.

80 Véase sobre ello BUENO ARÚS, F.: “Las prisiones españolas desde la Guerra Civil hasta nuestros días. Evolución, situación actual y reformas necesarias”. *Historia 16 extra*, 1978, pp. 122-123 y 129-130.

81 GARCÍA VALDÉS, C.: “Diez años de reforma penitenciaria en España: una recopilación”. *Derecho penitenciario (Escritos, 1982-1989)*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pp. 261 y ss.

82 GARCÍA VALDÉS, C.: “La reforma del Derecho penitenciario español”, ob. cit., pp. 153 y 154.

83 *Ibidem*, pp. 154 y 155. Esta previsión de espacios queda plasmada en el art. 13 de la LOGP: “Los establecimientos penitenciarios deberán contar en el conjunto de sus dependencias con servicios idóneos de dormitorios individuales, enfermerías, escuelas, biblioteca, instalaciones deportivas y recreativas, talleres, patios, peluquería, cocina, comedor, locutorios individualizados, departamento de información al exterior, salas anejas de relaciones familiares y, en general, todos aquellos que permitan desarrollar en ellos una vida de colectividad organizada y una adecuada clasificación de los internos, en relación con los fines que en cada caso les están atribuidos”.

Por tanto, en esta primera fase se optó por una configuración de un sistema penitenciario de centros de pequeñas dimensiones<sup>84</sup>, con una previsión “implícita” de un centro por provincia<sup>85</sup>, con el objeto de evitar el desarraigo familiar y social<sup>86</sup>, no ubicados dentro de las ciudades o pueblos pero sí próximos a estos<sup>87</sup>.

Esta opción sin embargo se ve superada ya a comienzos de los años noventa del pasado siglo ante la acuciante necesidad de plazas que exigía el incremento de la población penitenciaria, imparable hasta finales de la primera década del siglo XXI<sup>88</sup>. Y frente a lo recomendado en los estándares europeos en esta materia<sup>89</sup>, la apuesta

---

84 El art. 12.2 LOGP señala que “los establecimientos penitenciarios no deberán acoger más de trescientos cincuenta internos por unidad”, si bien esta aseveración pronto fue matizada por el RP de 1981 al concretar que por unidad debía entenderse “un departamento con completa separación física y regimental”.

85 Pues el art. 12.1 LOGP, referido a la ubicación de los establecimientos, refiere que, en todo caso, se procurará que cada una –área territorial– cuente con el número suficiente de establecimientos para satisfacer las necesidades penitenciarias y evitar el desarraigo social de los penados, añadiendo además el art. 8.2 la posibilidad de que en cada provincia existiera más de un establecimiento de preventivos –que también eran dirigidos al cumplimiento de penas efectivas no superiores a seis meses–. Además, el RP de 1981 previó en su art. 9.2 que “en cada una de las áreas territoriales deberá existir, al menos, un establecimiento de preventivos por provincia y un establecimiento de cumplimiento de régimen ordinario y otro para jóvenes”. Más detenidamente, RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “¿Existe un derecho a cumplir en un centro penitenciario cercano al domicilio? Algunas reflexiones a partir de la STEDH Urko Labaca Larrea contra Francia, de 7 de febrero de 2017 y del ATC 40/2017, de 28 de febrero”, en prensa.

86 Como así recuerda GARCÍA VALDÉS, C., cuando afirmaba que como segundo criterio para la fijación de los centros de las áreas territoriales –además de atender a las exigencias del crecimiento o estabilidad de la población reclusa– había de tenerse presente el desarraigo familiar y social de los condenados, “de tal manera, que para evitarlo habrá de procurarse que los mismos cumplan su sentencia, si no puede ser en su propia región o provincia, al menos en los lugares más cercanos a la misma y todo ello, claro es, sin perjuicio de la clasificación penitenciaria recogida en el art. 63 o lo establecido en los artículos 10 y 72 de la misma Ley General penitenciaria, que primarán en la materia”. *Comentarios a la Legislación Penitenciaria*. Civitas, 2ª edición, Madrid, 1982, pp. 58 y 59.

87 De esta época son, por ejemplo, los centros penitenciarios de Madrid I (1978), Herrera de la Mancha (1979), Ocaña II (1980), Cuenca (1980), Ocaña II (1980), Murcia (1980), Arrecife en Lanzarote (1980), Cáceres (1981), Lugo-Bonxe (1981), Albacete (1981), Puerto de Santa María I (1981), Las Palmas (1982), Madrid II-Alcalá de Henares (1983), Puerto de Santa María II (1983), Alicante (1983), Madrid II-Alcalá de Henares (1983), Ibiza (1983), Logroño (1985), Valladolid (1985) o, más tarde, Ourense (1987) o Ávila (1989). Poco tiempo antes se había reabierto el CP de Alcázar de San Juan (1975).

88 Véase un estudio detenido de las causas de tal incremento de la población reclusa y una evaluación de las estrategias utilizadas en España para su reducción en RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “Un análisis de las estrategias contra la sobrepoblación penitenciaria en España a la luz de los estándares europeos”, ob. cit., (en prensa).

89 Que reiteran que la solución a la sobrepoblación no es la construcción de más centros penitenciarios, que a menudo conlleva un correlativo aumento de la población penitenciaria. Así lo avisaba ya el CPT en su 11º Informe General de 2001 (CPT/Inf (2001) 16, parágrafo 28. Por su parte, el Comité de

prioritaria en el caso español para combatir este problema de sobrepoblación penitenciaria generado por un Código penal cada vez más duro –desde la aprobación del texto de 1995 y particularmente tras sus reformas de 2003<sup>90</sup>–, fue la de generar un fuerte incremento de plazas penitenciarias. Para ello se modificó el modelo de parque penitenciario, apostando por la construcción de grandes establecimientos penitenciarios, los denominados Centros Tipo –por su modelo arquetípico que se traslada, con pequeñas modificaciones, a cada una de las nuevas infraestructuras creadas<sup>91</sup>–.

Es a través del Plan de Amortización y creación de nuevos establecimientos penitenciarios, aprobado el 5 de julio de 1991 por el Consejo de Ministros<sup>92</sup>, y posteriormente ampliado para los años 2005-2012, como se pone en marcha la construcción de estos grandes centros en toda la geografía española<sup>93</sup> (salvo en Cataluña<sup>94</sup>). Por sus grandes

---

Ministros del Consejo de Europa incorpora como segundo principio básico a su Recomendación (99) 22 referida a la sobrepoblación y al incremento de la población reclusa la afirmación de que la respuesta a la sobrepoblación a través de la construcción de más establecimientos debe ser excepcional puesto que no es probable que ofrezca una solución definitiva al problema de la sobrepoblación (parágrafo 2).

90 A través de la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas y la LO 15/2003, de 25 de noviembre.

91 “Formalizados” en la normativa penitenciaria en el RP de 1996, mediante la incorporación de la denominación de establecimientos polivalentes, entendiéndose por tales aquellos que cumplen los diversos fines previstos en los artículos 7 a 11 de la LOGP (referidos a los centros de preventivos, centros de cumplimiento en sus distintas modalidades y centros especiales).

92 Cuya finalidad era, como señala TÉLLEZ AGUILERA, A., la de amortizar por un lado los centros obsoletos y poco rentables y, por otro, racionalizar el gasto en construcciones a través de una reducción de costes con este nuevo modelo aprovechando el menor gasto de personal –interno y de vigilancia exterior–, así como el abaratamiento de costes en la homologación y diseño de los mismos. *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones. Derecho y realidad*. Edisofer, Madrid, 1998, p. 123.

93 Así, se han construido a partir de los años 90 los siguientes centros: iniciados por el Ministerio de Justicia y finalizados por la Sociedad de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios (SIEP) –creada en 1992 con la misión de construir y equipar los centros penitenciarios–: Picassent (1990), Madrid III-Valdemoro (1992), Madrid IV-Navalcarnero (1992), Villabona (1993) o Melilla (1993). Y ya promovidos y equipados por el SIEP: Madrid V-Soto del Real (1995), Topas (1995), Huelva (1996), Albolote (1997), La Moraleja (1997), Teixeiro (1998), A Lama (1998), Madrid VI-Aranjuez (1998), Palma de Mallorca (1999), Mansilla de las Mulas (1999), Córdoba (2000), Algeciras (2000), Segovia (2000), Zuera (2001), Alicante II (2002), Puerto III (2007), Madrid VII (2008), Sevilla II (2008), Murcia II (2011), Las Palmas II (2011), Menorca (2011), Álava (2011), Pamplona I (2012). Si bien en el epicentro de la crisis económica el Consejo de Ministros modificó el Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios (2012), dejando de construir todas aquellas infraestructuras previstas, pero todavía no adjudicadas, destinando el dinero a las reformas de centros viejos (Declaraciones del Secretario General de IIPP Ángel Yuste en el Congreso. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones*, nº 184, 9 de octubre de 2012, pp. 45 y 46), recientemente se han inaugurado los centros penitenciarios de Ceuta (2017) y Málaga II-Archidona (2017).

94 Cataluña, con las competencias en materia penitenciaria transferidas desde 1984, dispone de los siguientes centros penitenciarios: Centre Penitenciari de Dones de Barcelona (1983); Centre Penitenciari Ponent (1984), Centre Penitencari Quatre Camins (1989), Centre Penitencari Quatre Camins (1989), Centre Penitencari Brians I (1991), Centre Penitencari Brians 2 (2007), Centre Penitencari de

dimensiones, puesto que se construyen con una previsión de entre 950-1008 plazas que, duplicadas al habilitar una litera por celda, pueden llegar a una capacidad de alrededor de 2000 internos<sup>95</sup>, han contribuido a compensar el relevante problema de sobreocupación que sufrió el sistema penitenciario español a finales de la primera década de 2000, más tras la bajada de la población reclusa a partir del 2009 (vid. infra Tabla 3).

Es verdad que estos nuevos centros han mejorado de una manera singular la habitabilidad a través de la configuración de sus espacios y de su dotación material<sup>96</sup>. En cuanto a lo primero, se trata de centros con una distribución arquitectónica que se asemeja a un núcleo urbano, con la distribución de los principales edificios del centro en torno a un eje central, a modo de avenida, que sirve de unión entre tres ejes secundarios o calles en las que se distribuyen los módulos residenciales en los que viven los internos. Otra característica es su voluntad de ser autosuficientes, en el sentido de ofrecer los servicios culturales, sanitarios, deportivos y productivos que demandan las necesidades de los internos disminuyendo los traslados a los servicios comunitarios exteriores<sup>97</sup>. A su vez, cada módulo residencial está dotado de las instalaciones necesarias para garantizar la vida en el mismo sin necesidad de salir de él<sup>98</sup>, sin perjuicio de que los internos que estén autorizados para ello puedan salir fuera del mismo, ya al pabellón sociocultural a realizar actividades educativas, culturales o deportivas, ya a los talleres productivos a desempeñar un puesto de trabajo. En cuanto a lo segundo, las nuevas prisiones han venido acompañadas de un reseñable esfuerzo dotacional en los medios materiales asignados a los espacios comunes y a las celdas<sup>99</sup>.

---

Joves (2008), Centre Penitenciari Lledoners (2008), Centre Penitenciari Mas d'Enric (2015) y Centre Penitenciari Puig de les Basses (2014). Además, dispone de los centros penitenciarios abiertos de Barcelona, Lleida, Girona y de Tarragona.

95 Frente a los centros penitenciarios construidos en la década de los ochenta que estaban construidos con la idea de que, pese a la previsión legal de 350 internos por unidad, no superaran en la práctica los 500 internos por centro, como nos recuerda GARCÍA VALDÉS, C.: "Introducción. Derecho penitenciario español: notas sistemáticas". *Comentarios a la Legislación Penal: Ley Orgánica General Penitenciaria*, Tomo VI, vol. 1, Edersa, Madrid, 1986, p. 12.

96 Como indica SANZ DELGADO, E., este nuevo modelo pretende posibilitar el desarrollo de la persona, su preparación para la convivencia y la reducción de los efectos negativos de la vida en prisión a través tanto de su diseño arquitectónico como de su dotación material. "Panorámica del sistema penitenciario español". *La Ley Penal* nº 45, 2008, p. 10.

97 Como explica la Sociedad de Infraestructuras y Equipos Penitenciarios (SIEP) en su documento: *Infraestructuras penitenciarias*. Ministerio del Interior, Ministerio de Hacienda, Madrid, 2013, pp. 21 a 25.

98 Así, cada módulo residencial, construido en torno al patio, cuenta en la planta baja con la cabina del funcionario, despacho médico, sala de educadores, despacho de tratamiento, sala de cacheo, comedor, economato y sala de estar con TV, así como, en torno al patio, los talleres ocupacionales, una peluquería y un pequeño gimnasio. En las plantas superiores están las celdas. *Ibidem*, p. 27.

99 El ejemplo más conocido, "mediáticamente" amplificado, es la previsión de piscina en el pabellón sociodeportivo o la dotación de TV en las celdas, elementos dotacionales necesarios para

Precisamente, según las informaciones disponibles en la prensa, si bien en un primer momento Instituciones penitenciarias pretendía ubicar en distintos centros penitenciarios a las personas privadas de libertad por la instrucción de las causas penales relacionadas con el ‘proceso’ catalán<sup>100</sup>, optó finalmente, para facilitar su derecho a la defensa según la versión oficial, por su destino en tres centros penitenciarios: dos de ellos, centros tipo<sup>101</sup>.

Si bien es indudable que, desde el punto de la infraestructura, los centros tipo han supuesto una evidente mejora no solo respecto a los centros más antiguos existentes en nuestro país, sino en comparación con los centros penitenciarios existentes en otros países de nuestro entorno, también es verdad que presentan aspectos que pueden llegar a ser problemáticos en la vida del interno. El más relevante proviene de su ubicación. Al ser centros de grandes dimensiones, y ante el coste del terreno para la construcción de tales infraestructuras, se ha optado por su ubicación en entornos rurales, alejados en muchos casos de una manera significativa de los centros urbanos. Ello supone una dificultad añadida tanto para el contacto familiar –y con los abogados– de los internos que en ellos se encuentran<sup>102</sup>, como para gestionar los mecanismos recogidos en la legislación con vistas a facilitar su contacto con la sociedad (permisos, tercer grado, ...). También el abaratamiento de costes se ha realizado “a costa” de la reducción del número de funcionarios por interno, lo que, junto a una infraestructura que es propicia para ello, facilita la despersonalización ya no solo en el trato, sino también en la necesaria evaluación de los internos de cara a promover el acceso a las distintas figuras recogidas en la LOGP que modulan su vida en prisión.

En este sentido, entendemos que en la decisión de selección del centro penitenciario deben ser tenidas en cuenta no solo las cuestiones referidas a la habitabilidad

---

normalizar la vida en prisión y garantizar un cumplimiento con condiciones de dignidad, pero a nuestro juicio irresponsablemente cuestionado de manera demagógica, incluso desde dentro de la Institución penitenciaria donde algún responsable llegó a denominarlos “elementos claramente suntuarios”, en el momento de crisis económica, o lo que es peor, se ha decidido su inutilización. Véase al respecto, RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: *El sistema penitenciario español ante el siglo XXI*. Tecnos, Madrid, 2013, p. 192 y ss.

100 Fuente: La Vanguardia, 24 de marzo de 2018.

101 Así, en el caso de Jordi Sánchez y Jordi Cuixart, a día de hoy se encuentran en el CP Soto del Real (Madrid V), Centro-Tipo construido en 1995. En el caso de Jordi Turull, Oriol Junqueras, Raül Romeva, Joaquim Forn y Josep Rull, su destino ha sido el CP de Estremera (Madrid VII), construido en 2008. En cambio, en el caso de las mujeres, se ha optado por un centro más antiguo, Alcalá Meco (Madrid II), de 1983: ahí se encuentran en el momento de redacción de este trabajo Carmen Forcadell y Dolors Bassa.

102 Críticamente sobre ello se ha pronunciado también MAPELLI CAFFARENA, B.: “Prisión y democracia”. *La prisión en España: una perspectiva criminológica*. Comares, Granada, 2007, pp. 35 y 36.

de las infraestructuras –lo que se garantiza por regla general con una mayor dignidad en los centros tipo–, sino también las necesidades individuales que tenga el interno –ya en el ámbito familiar, ya de carácter tratamental o incluso laboral–; de ahí la importancia de la opinión del interno –que a nuestro juicio debería ser reconocido como un derecho por la legislación– en la decisión del centro de destino<sup>103</sup>.

## **IV.2. Condiciones de habitabilidad y salubridad de los centros penitenciarios. El principio celular**

Como ya vimos, la vulneración del art. 3 CEDH, por someter al interno a unas condiciones de reclusión constitutivas de un trato inhumano o degradante, se produce, entre otras formas, ante la presencia de graves deficiencias en las condiciones de habitabilidad y salubridad de los espacios destinados a la privación de libertad, situación que se agrava, y que multiplica su impacto en un mayor número de internos, en condiciones de hacinamiento y sobrepoblación del sistema. Y ello se refiere tanto al espacio vital previsto para cada interno, particularmente en la celda<sup>104</sup>, como también a las condiciones de higiene y salubridad de aquélla y demás dependencias del establecimiento penitenciario.

En cuanto a la primera cuestión, la LOGP apuesta claramente por el principio celular, “viejo ideal europeo”<sup>105</sup>. Así, su art. 19 establece como criterio general que “todos los internos se alojarán en celdas individuales”, admitiendo, a renglón seguido que, en caso de “insuficiencia temporal de alojamiento o por indicación del médico o de los equipos de observación y tratamiento, se podrá recurrir a dependencias colectivas”, debiendo en estos casos seleccionarse adecuadamente a los internos que así fueran a compartir celda<sup>106</sup>. De esta manera apostaba el legislador por dejar atrás la ubicación en brigadas y dormitorios colectivos y, con ello, resolver los

---

103 Un análisis desarrollado sobre ello en RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “¿Existe un derecho a cumplir en un centro penitenciario cercano al domicilio? Algunas reflexiones a partir de la STEDH Urko Labaca Larrea contra Francia, de 7 de febrero de 2017 y del ATC 40/2017, de 28 de febrero” (en prensa).

104 Además del tiempo que debe transcurrir en la misma, lo que abordaremos infra al analizar las formas de vida y de separación interior.

105 En palabras de VAN ZYL SMIT, D. y SNACKEN, D.: *Principios de Derecho y Política Penitenciaria Europea*, ob. cit., p. 217.

106 El carácter de principio orientador de este artículo ya fue puesto de manifiesto por la doctrina en el momento de su adopción. Así, BUENO ARÚS, F. ya señalaba que se trataba de una orientación lamentablemente poco viable: “Estudio preliminar” en *La reforma penitenciaria española*, Madrid, 1981, p. 24; o GARRIDO GUZMÁN, L., quien, en una lectura positiva del precepto, afirmaba que tal previsión le resultaba positiva para que la Administración la tuviera en cuenta en la planificación y construcción de los nuevos centros penitenciarios. “Alojamiento e higiene de los internos”. *Comentarios a la Legislación Penal. Tomo VI, Vol. 1: Ley Orgánica General Penitenciaria*, Edersa, Madrid, 1986, p. 335.

problemas de seguridad no sólo para los internos<sup>107</sup>, sino también para los funcionarios que este tipo de alojamientos ocasionaba, al tiempo que primaba la garantía de la intimidad de los reclusos y de un cumplimiento digno de sus penas<sup>108</sup>. A su vez, la LOGP establecía que tanto las dependencias destinadas a ese alojamiento nocturno, como las que estuvieran destinadas a la vida en común, “deberán satisfacer las necesidades de la higiene y estar acondicionadas de manera que el volumen de espacio, ventilación, agua, alumbrado y calefacción se ajuste a las condiciones climáticas de la localidad”.

Como ya señalamos, todos los centros penitenciarios construidos de acuerdo a lo señalado en la Ley de 1979 partían de esta configuración del principio celular. De esta manera, las nuevas celdas, previstas para uso individual, se construyeron contando un espacio de alrededor de 10.5 m<sup>2</sup>, con previsión de servicios sanitarios en su interior<sup>109</sup>.

Sin embargo, esa “insuficiencia temporal” de espacio que justificaría conforme al art. 19 LOGP la excepción del principio celular pronto se hizo endémica, de tal manera que la primera respuesta ante el crecimiento de la población penitenciaria fue la de duplicar, o incluso multiplicar, el uso de las celdas, con lo que ese espacio vital mínimo respetuoso con los estándares exigidos a nivel europeo no siempre ha sido respetado. Precisamente el reconocimiento de la imposibilidad de garantizar ese necesario principio celular como criterio de cumplimiento garante con la

---

107 Así lo recordaba BUENO ARÚS, F. al hacer balance de la situación del sistema penitenciario antes de la llegada de la LOGP. “Las prisiones españolas desde la guerra civil hasta nuestros días”, ob. cit., p. 124.

108 En este sentido, GARCÍA VALDÉS, C., indicaba que “la exigencia de acomodar, por regla general, a la totalidad de los internos en celdas individuales se recoge en el n° 1 del precepto. Razones de respeto a la personalidad e intimidad del recluso apoyan la decisión del legislador, además de evitarse así el perturbador hacinamiento (...)”. *Comentarios a la legislación penitenciaria*, ob. cit., p. 74.

109 Como señalaba GARCÍA VALDÉS, C. al año de la reforma penitenciaria: “La celda se considera como unidad módulo. Éstas tienen una superficie de 10.50 metros cuadrados, con alturas que varían de 2.70 a 3 metros. Las ventanas están a la altura normal, es decir, con un antepecho de 90 centímetros sobre el pavimento y cuentan con aberturas no inferiores a 1.20 metros cuadrados (Con ello se indica que todas ellas superan a las normas establecidas para luces y ventilación directas). Están dotadas de servicios sanitarios –inodoro y lavabo–, encerrados en un pequeño espacio, con luz y ventilación directa. La luz artificial es suministrada por tres puntos: uno en el techo, que puede ser manipulado por el funcionario, y otros dos que son del dominio del interno. Uno, colocado en el local de aseo, y otro, encima de la mesa, que con su silla o banqueta sirva al interno para leer, estudiar, o escribir. Se completa la celda con una instalación de calefacción por el sistema de agua caliente central, persianas gradulux para el oscurecimiento durante las horas de descanso y colores claros en las pinturas de paredes y techo. También dispone cada dormitorio individual de un enchufe para la máquina de afeitarse (...) El mobiliario lo constituirá una cama de 0.80 metros de ancho provista del equipo necesario; armario, que puede ser empotrado, con baldas y colgadores y una mesa empotrada, y finalmente, una silla o taburete”. “Un año de reforma penitenciaria”, ob. cit., p. 143.

necesidad de un núcleo básico de privacidad del interno y, con ello, de dignidad en la ejecución penitenciaria<sup>110</sup>, llevó a su relativización en el RP de 1996 y, ante el acuciante problema que el crecimiento imparable de la población penitenciaria estaba provocando, a la previsión de una superficie mayor por celda en los centros tipo que empezaron a construirse en esa década.

Respecto a lo primero, el art. 13 del RP de 1996, referido al “principio celular” matiza la redacción categórica del art. 19 LOGP “Todos los internos se alojarán en celdas individuales”, al afirmar que “el sistema penitenciario estará orientado por el principio celular, de manera que cada interno disponga de una celda, salvo que sus dimensiones y condiciones de habitabilidad permitan, preservando la intimidad, alojar a más de una persona, en cuyo caso se podrá autorizar compartir celda a petición del interno, siempre que no existan razones de tratamiento, médicas, de orden o seguridad que lo desaconsejen”, añadiendo que, “temporalmente, cuando la población penitenciaria supere el número de plazas individuales disponibles, se podrá albergar más de un interno por celda”<sup>111</sup>. El criterio de habitabilidad sigue siendo garantizado por el RP, que en su art. 14 establece: “1. Las celdas y dormitorios deben contar con el espacio, luz, ventilación natural y mobiliario suficientes para hacerlos habitables, así como de servicios higiénicos. 2. Todo interno dispondrá de la ropa necesaria para su cama y uso personal y de un lugar adecuado para guardar sus pertenencias, aunque se encuentre compartiendo celda con otros. 3. La Administración velará para que en la distribución de los espacios y en la ornamentación de los edificios se cumplan los criterios generales de habitabilidad y comodidad”.

En cuanto a lo segundo, en los nuevos centros tipo diseñados en el momento de mayor sobreocupación penitenciaria, particularmente en el plan de renovación de infraestructuras aprobado en 2005, se tuvo en cuenta la reducción del espacio vital que en la práctica suponía la duplicación sistemática de las celdas, decidiendo aumentar el tamaño de éstas en los establecimientos de nueva construcción, así como disponer más espacios para el desarrollo de actividades en los propios módulos<sup>112</sup>. De esta manera,

---

110 Sin embargo, el TC en su sentencia 195/1995, de 19 de diciembre, entiende que no se considera vulnerado el art. 18.1 CE cuando el sujeto se ve obligado a compartir celda en tanto ni la LOGP ni el RP configuran un derecho subjetivo a habitación o celda individual, como porque “una de las consecuencias más dolorosas de la privación de libertad es la reducción de la intimidad de quienes la sufren, de tal manera que sólo podrán ser consideradas lesivas de la intimidad aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiera –SSTC 89/1987 y 57/1994–, requisito que no concurre en el presente caso pues, como ya se ha puesto de manifiesto, la propia legislación penitenciaria prevé en determinados supuestos la posibilidad de celdas compartidas”.

111 Así como la previsión de la existencia de dormitorios colectivos, previa selección adecuada de los internos que los ocupen, en los establecimientos especiales y de régimen abierto.

112 GALLIZO LLAMAS, M.: *Penas y personas. 2018 días en las prisiones españolas*. Debate, Madrid, 2013, p. 46.

se pasa de celdas diseñadas para uso individual con alrededor de 9 m<sup>2</sup> a la construcción de celdas diseñadas para uso doble con alrededor de 11-13 m<sup>2</sup> de superficie.

Al margen de la decisión del Director de que el interno comparta celda por indicación del médico o de la Junta de Tratamiento (piénsese por ejemplo en un interno con tendencias autolíticas o incluso que solicite voluntariamente estar con otra persona), cuando sea motivada por esa falta de espacio en el centro, debe realizarse una selección adecuada de las personas que van a convivir en tal espacio, prestando especial atención no sólo a las necesidades sino también a lo que el interno manifieste. Si bien la práctica generalizada demuestra que así es, también es verdad que esa convivencia en celda es origen de una parte importante de los conflictos que se pueden plantear en el día a día de la prisión.

Con todo, el actual descenso de la población reclusa ha posibilitado que muchas de esas celdas, incluso las diseñadas ya para dos internos, estén siendo ocupadas a día de hoy por una única persona, si bien todavía no se ha hecho realidad con carácter general el principio celular en nuestro sistema –salvo para los internos en régimen cerrado<sup>113</sup>–.

Para evaluar la dignidad en las condiciones de cumplimiento, en relación con las situaciones de hacinamiento, lo primero que hay que preguntarse es si este espacio vital garantizado a cada interno en el sistema penitenciario español cumple con los estándares mínimos elaborados por el CPT y utilizados por el TEDH.

En la información que la Administración penitenciaria española ofrece al Consejo de Europa en cuanto al espacio vital por recluso se da una referencia de 9.9 metros cuadrados, lo que en principio parece estar bajo los parámetros mínimos requeridos por el Consejo de Europa. Ahora bien, esta afirmación debe ser matizada por la práctica habitual, no solo en nuestro país sino generalizada en los países miembros del Consejo de Europa, de duplicar –o más– el uso de las celdas como respuesta a la mayor demanda de plazas. Por ello, para la elaboración de su último informe SPACE I se ha requerido a las administraciones penitenciarias de los Estados miembro la información sobre el número total de celdas, lo que permite ajustar los datos de sobreocupación que hasta ahora se daban a partir de la capacidad total de las instituciones penales. De esta manera, vemos cómo los datos del 2016, que incorporan ya este elemento, muestran que si bien la población reclusa en España se sitúa por debajo de la capacidad total del sistema (*ergo* parece que no hubiera sobreocupación), está evidentemente por encima del número total de

---

113 Donde la previsión contemplada en el art. 90.2 RP para el régimen cerrado (“En todo caso, se cumplirá en celdas individuales (...)”) sí ha sido una máxima respetada incluso en los tiempos de mayor sobreocupación de las prisiones españolas.

celdas. En concreto, 53.508 celdas para 84.478 internos<sup>114</sup>. Estos datos evidencian esa práctica de duplicidad de celdas para el régimen ordinario<sup>115</sup>, lo que cuestiona los datos ofrecidos por la Administración española al Consejo de Europa sobre el espacio vital mínimo garantizado a los internos de 9.9 m<sup>2</sup>, sabiendo que las celdas están construidas sobre un parámetro de 9 m<sup>2</sup> en los centros más antiguos y de 11 a 13 m<sup>2</sup> en los centros tipo.

**Tabla 1.**  
**Situación de las instituciones penales españolas según Informe SPACE I<sup>116</sup>**

Año	Población (1/1/2016)	Nº total de reclusos	Población reclusa por 100.000 habitantes	Capacidad total de las instituciones penales	Número total de celdas	Espacio vital por recluso	Densidad por 100 plazas	Media del número de internos por celda
2015	46.438.422	64.017	137.9	77.783	—	9.9	82.3	—
2016	46.440.099	60.687	130.7	84.478	53.508	9.9	71.8	1.1

En todo caso, para poder realizar un análisis exhaustivo, se requeriría conocer, centro por centro, los datos sobre ocupación efectiva de celdas, espacio de éstas y, en consecuencia, espacio vital garantizado para cada recluso<sup>117</sup>.

No obstante, como abordamos al analizar los estándares europeos sobre condiciones de reclusión y sobrepoblación, la vulneración del derecho a no ser sometido a un trato inhumano o degradante, salvo en los casos de limitación del espacio vital más extremas que, por sí solas, pueden suponer una violación del art. 3 CEDH, comporta la valoración conjunta de otros factores referidos ya a las condiciones de higiene y salubridad de celdas y espacios comunes, ya a las condiciones regimentales de los internos relativas al tiempo de estancia en esas celdas y a las posibilidades de salida efectiva de las mismas para la práctica de ejercicio al aire libre y de realización de actividades.

114 Dato además que debería ser cruzado con los internos que, al estar bajo un régimen cerrado, sí que tienen garantizado el cumplimiento en celda individual.

115 Que en algunos centros penitenciarios han llegado-llegan hasta ser de tres y cuatro –o en tiempos de mayor saturación lo han sido de cinco–, sin que se tratase de dormitorios colectivos y, por tanto, con una reducción evidente de ese espacio vital por debajo de lo mínimo admitido.

116 Informe SPACE I de 2016, PC-CP (2017) 10, p. 37 y de 2015, PC-CP (2016) 6, p. 34.

117 Estudio imprescindible para, en seguimiento de los estándares europeos y, en concreto, de lo establecido en el Libro Blanco sobre Sobrepoblación penitenciaria del Consejo de Europa de 2016, conocer primero la situación real del sistema para, a partir de ello, proponer estrategias, más en espera de las consecuencias que un Código penal singularmente más duro, como al que ha dado lugar la reforma de 2015, pueda tener a medio plazo en la población penitenciaria.

En cuanto a lo primero, la legislación penitenciaria española garantiza unas condiciones de salubridad adecuadas de las celdas y espacios compartidos en los centros penitenciarios, debiéndose asegurar en todo momento la higiene<sup>118</sup>, ventilación, alumbrado, acceso a agua potable a todas horas<sup>119</sup>, así como la calefacción<sup>120</sup>.

En su último informe sobre España, el CPT admite que “en general, los centros penitenciarios visitados ofrecían buenas condiciones materiales para el alojamiento de internos que se encontraban en módulos de régimen ordinario”, si bien advierte que “se pudieron observar ciertas deficiencias en los módulos de régimen cerrado y los departamentos especiales”<sup>121</sup>. En cuanto a las celdas, el CPT ha señalado en el último informe que “la celda estándar en todos los establecimientos penitenciarios visitados, diseñada para la ocupación individual, media unos 10 m<sup>2</sup> y contaba con una litera, una estantería, una mesa y una silla, un sistema de intercomunicación y un cuarto de baño anexo que incluía un inodoro, una ducha y un lavabo que estaban separados del resto de la celda. La luz natural y la ventilación eran satisfactorias”. Ahora bien, si en general “las celdas de todos los centros penitenciarios que se han visitado ofrecían buenas condiciones cuando se utilizaban para alojar a una sola persona, para poder ser aptas para ocupación doble, el baño anexo debe estar completamente separado”<sup>122</sup>.

---

118 Tanto de las celdas como del resto de dependencias, tal y como establece el art. 19.2 LOGP: “Tanto las dependencias destinadas al alojamiento nocturno de los reclusos como aquellas en que se desarrolle la vida en común, deberán satisfacer las necesidades de la higiene y estar acondicionadas de manera que el volumen de espacio, ventilación, agua, alumbrado y calefacción se ajuste a las condiciones climáticas de la localidad”. En su desarrollo, el art. 14.1 RP señala que “las celdas y dormitorios colectivos deben contar con el espacio, luz, ventilación natural y mobiliario suficientes para hacerlos habitables, así como de servicios higiénicos”. Asimismo la higiene se garantiza a través de la facilitación gratuita a los internos de los servicios y artículos de aseo diario necesarios (art. 19.3 LOGP), de la exigencia de la observancia de las normas de limpieza e higiene establecidas por el Centro Directivo (arts. 19.3 LOGP y 221 RP), de la prohibición de entrada de alimentos perecederos (art. 223 RP), de la previsión de un servicio de lavandería en cada centro (art. 224 RP), de la realización periódica de desinfección, desratización y desinsectación de las dependencias del establecimiento o de la prohibición, con carácter general, de la entrada de animales dentro de los centros y, en todo caso, en las celdas (art. 225 RP).

119 Garantizado en el art. 21.2 LOGP: “... Los internos dispondrán, en circunstancias normales, de agua potable a todas las horas”.

120 Con independencia de que deben ser subsanadas situaciones concretas de mal funcionamiento o uso restringido de la calefacción en algunos centros o módulos. En este sentido véanse las demandas, por ejemplo, de no restricción del uso de la calefacción en algún centro penitenciario, como ha denunciado la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (APDHA) (<https://www.apdha.org/apdha-cordoba-critica-prision-no-active-calefaccion-invierno/>).

121 CPT/Inf (2017) 34, Resumen. Particularmente duro se ha mostrado sobre la utilización de redes metálicas para cubrir los patios de régimen cerrado, recomendando su retirada (párrafo 60).

122 CPT/Inf (2017) 34, párrafo 52. Por ello recomienda que en las celdas para el régimen ordinario de los centros visitados (León, Puerto III, Sevilla II y Texeiro), se utilicen sólo para la ocupación individual, siempre y cuando el baño anexo no esté totalmente separado.

Asimismo, el respeto al derecho fundamental a la integridad física y moral del interno (reconocido en nuestro art. 15 CE)<sup>123</sup> también guarda relación con la prestación de una adecuada asistencia sanitaria<sup>124</sup>, la prestación alimentaria<sup>125</sup>, la dota-

---

123 RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “Los derechos y deberes de los internos”. *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*. De Vicente Martínez, R. (Directora). Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 61.

124 Que en la legislación penitenciaria española se garantiza a través de la previsión de que exista en cada centro, al menos, un médico general con conocimientos psiquiátricos (art. 36.1 LOGP), así como de una enfermería, con un número suficiente de camas y provista del necesario instrumental y productos farmacéuticos, de una dependencia para la observación psiquiátrica y la atención de toxicómanos y de una unidad de enfermos contagiosos (art. 37 LOGP) y, en los casos de centros o departamentos de mujeres, de material de obstetricia necesario (art. 38.1 LOGP). El modelo de atención sanitaria viene más desarrollado en el RP, que se compromete a una asistencia integral sanitaria, tanto en la prevención, como en la curación y rehabilitación, para lo que la Administración penitenciaria y las Administraciones sanitarias formalizarán los correspondientes convenios de colaboración en materia de salud pública y sanitaria (art. 207 RP), garantizándoles a todos los internos sin excepción una atención médico-sanitaria equivalente a la dispensada al conjunto de la población (art. 208.1 RP). Mientras que la atención primaria se prevé que se dispensara con medios propios de la Administración penitenciaria, o concertados por ésta, pero preferentemente dentro de los centros, en sus enfermerías, la asistencia especializada se asegurará, prioritariamente, a través del Sistema Nacional de Salud, aunque procurándose que las consultas con mayor demanda se presten dentro de los establecimientos penitenciarios (art. 209 RP). En todo caso, ciertamente hay relevantes aspectos en materia de la asistencia sanitaria que, a día de hoy, deben ser mejorados. La falta de vigor de los convenios entre la Administración penitenciaria y las CCAA que regulaban esta asistencia sanitaria, sin la asunción todavía de esta competencia por parte de estas últimas, la dificultad de acceso a determinados tratamientos y fármacos (como el tratamiento de la hepatitis C), la falta de médicos en algunos centros penitenciarios o la pérdida de citas médicas de los internos, son algunos de los problemas denunciados por las asociaciones de derechos humanos y que deben ser cuanto antes solventados. Véase en este sentido el interesante estudio realizado por APDHA: *Sanidad en prisión. La salud robada entre cuatro muros*, 2016 (disponible en: <https://www.apdha.org/sanidad-prision-salud-robada-entre-cuatro-muros/>). En el mismo sentido, el Defensor del Pueblo señala en su *Informe Anual de 2017* que, de las 804 quejas de internos recibidas en 2016, 106 lo fueron sobre aspectos higiénico-sanitarios. Añade que causan una especial preocupación los problemas relacionados con el personal médico, puesto que no se producen ni las transferencias comprometidas hace muchos años, ni parecen existir incentivos suficientes para el mantenimiento y reforzamiento de la actual plantilla en sus puestos de trabajo. Particularmente preocupado se muestra también con el tratamiento de las personas con hepatitis C, por la pérdida de consultas médicas y por la falta de médicos; pp. 164 y 165 y ss y 197 y ss. También el CPT, en su último informe, aunque parte de que “el nivel de los servicios sanitarios de las prisiones visitadas era aceptable y la dotación del personal también era suficiente en general”, advierte de que la posibilidad de recibir atención psiquiátrica sigue siendo problemática debido a la escasez de recursos y las visitas poco frecuentes de psiquiatras externos. También llama la atención sobre las variaciones de la calidad de la intervención del personal en las unidades terapéuticas (UTES) para internos con problemas de drogadicción según el centro penitenciario de que se trate. CPT/Inf (2017) 34, resumen y párrafos 78 y ss.

125 Que, según establece el art. 21 LOGP, deberá estar controlada por el médico, convenientemente preparada y responder en cantidad y calidad a las normas dietéticas y de higiene, así como tener en cuenta el estado de salud, naturaleza del trabajo y, en la medida de lo posible, sus conviccio-

ción de lotes higiénicos a los internos<sup>126</sup> o de vestimenta adecuada, si lo necesitan<sup>127</sup>, prestaciones todas ellas garantizadas por la legislación penitenciaria española.

### **IV.3. Formas de vida: el régimen ordinario**

Pero junto al espacio vital garantizado a cada interno y a las condiciones de higiene y salubridad de las celdas, módulos y centros penitenciarios, es necesario también analizar cuáles son los regímenes de vida previstos en la legislación penitenciaria y, a partir de los mismos, evaluar esas otras cuestiones, referidas también a las condiciones de reclusión, cuya inexistencia puede dar lugar –normalmente al darse de manera cumulativa con aquéllas en situaciones de hacinamiento– a la vulneración del art. 3 CEDH: la posibilidad de realizar actividades fuera de la celda y el tiempo diario garantizado para la práctica de ejercicio al aire libre.

Es el denominado como régimen ordinario el que debe ser asignado por regla general a los sujetos sometidos a una ODE. Y ello porque también debe ser el régimen general aplicable para los preventivos y para los penados –en este último caso, siempre que no se den las condiciones para su inclusión en un régimen abierto, que le permita llevar una vida en semilibertad y que debería ser aún más potenciado–, debiendo ser residual y excepcional la asignación del régimen cerrado.

Así, cuando una persona es entregada a España en virtud de una ODE emitida por un tribunal español e ingresa en prisión al haberse decretado la medida cautelar de prisión provisional, le será aplicable el régimen ordinario, tal y como prevé el art. 74.1 RP<sup>128</sup>. También debe serlo para aquellos que sean entregados para la ejecución de una pena privativa de libertad, ya hubiera sido ésta impuesta previamente por España en tanto Estado emisor de una ODE conforme a la DM

---

nes filosóficas y religiosas. Asimismo, el art. 226 RP señala que la alimentación de los internos debe responder a las exigencias dietéticas de la población penitenciaria, así como a las especificidades de edad, salud, trabajo, clima, costumbres y, en la medida de lo posible, convicciones personales y religiosas. De hecho, en los centros penitenciarios se suele prever la oferta de varios menús, controlados por el médico, que puedan dar respuesta a opciones diversas como la vegetariana, el no consumo de carne de cerdo por cuestiones religiosas o las dificultades de deglución ante la falta de dentición o por la edad avanzada del interno, por ejemplo.

126 Así, el art. 19.3 LOGP establece que se facilitará gratuitamente a los internos los servicios y artículos de aseo diario necesarios. Y el art. 222 RP señala que en el momento del ingreso cada interno recibirá los artículos y productos necesarios para la higiene personal diaria, así como preservativos y ropa de uso personal y de cama, artículos que les serán repuestos periódicamente.

127 Puesto que, como garantiza el art. 20.1 LOGP, el interno tiene derecho a vestir sus propias prendas, siempre que sean adecuadas, lo que está previsto es que, de necesitarlo, la Administración penitenciaria facilite al interno la ropa adecuada, adaptada a las condiciones climatológicas, desprovistas de todo elemento que pueda afectar a su dignidad y que no denote su condición de recluso.

128 Que establece que “el régimen ordinario se aplicará a los penados clasificados en segundo grado, a los penados sin clasificar y a los detenidos y presos”.

2002/584/JAI, de 13 de junio, ya se proceda a su traslado para la ejecución en nuestro país de una pena privativa de libertad impuesta en otro país miembro conforme a lo establecido por la DM 2008/909/JAI, de 27 de noviembre. Al menos lo será inicialmente, en tanto se evalúe la posibilidad de su progresión a un tercer grado de tratamiento y, con ello, su asignación a un régimen de vida abierto, si cumple las condiciones establecidas para ello en el CP (art. 36 en cuanto al período de seguridad) y LOGP (art. 72).

Solo de manera excepcional los preventivos podrán ser destinados a módulos o departamentos cerrados, y en este caso en absoluta separación de los penados, cuando en ellos concorra bien peligrosidad extrema, bien inadaptación a la convivencia, circunstancias para las que la legislación ha diseñado el régimen cerrado (arts. 10.2 LOGP y 74.3 RP)<sup>129</sup>. Precisamente sobre este aspecto, la posibilidad del sometimiento de las personas requeridas a un régimen de aislamiento, de procederse a su entrega, solicitó información adicional la fiscalía belga a la AN.

La propia Administración penitenciaria ha reconocido el carácter excepcional, transitorio y subsidiario que debe tener este régimen cerrado<sup>130</sup>. De hecho, eso sí en términos siempre generales<sup>131</sup>, se ha ido reduciendo progresivamente su uso hasta llegar actualmente a constituir un 1.9% de la población reclusa penada<sup>132</sup>. Y ello porque la dureza de su régimen, construido sobre la idea de aislamiento en solitario en celda del interno durante prácticamente todo el día<sup>133</sup>, tiene efectos

129 En el mismo sentido afirma el art. 96.1 RP que “Con carácter general, el régimen de los detenidos y presos será el previsto en el Capítulo II de este Título [Régimen ordinario]”.

130 En concreto, en la Instrucción 9/2007, sobre clasificación y destino de penados.

131 Más detenidamente una valoración crítica sobre su utilización sistemática para determinadas categorías delincuenciales como los terroristas puede verse en RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “La respuesta del derecho penitenciario ante la delincuencia terrorista. ¿Hacia un modelo de prisión perpetua?”. *Revista General de Derecho Penal* nº 13, 2010, pp. 19 y ss. Y también desde el rechazo de su uso como régimen en la ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de larga duración en RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: *La ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de larga duración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 91 y ss.

132 Según los últimos datos anuales disponibles, los del 2016. Informe General 2016 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, Ministerio del Interior, 2017, pp. 31. Según este Informe, la reducción ha sido gradual en los últimos 16 años en la población penitenciaria dependiente del territorio AGE (Administración General del Estado):

AÑOS	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Internos	560	553	654	730	745	577	490	500	535	472	502	428	508	554	560	555	586
Porcentaje	2.8	2.9	3.2	3.6	3.4	2.6	2.1	1.9	2	1.5	1.4	1.2	1.5	1.5	1.6	1.7	1.9

133 Bajo el régimen cerrado se contemplan dos posibles modalidades de vida. La más dura, la prevista para los departamentos especiales (art. 91.3 RP) para los penados clasificados en primer grado

negativos de carácter muy adverso que se manifiestan no solo en su salud física, sino particularmente en su salud psicológica<sup>134</sup>.

En todo caso, a la hora de determinar su aplicación, esto es, cuando “se trate de internos extremadamente peligrosos o manifiestamente inadaptados al régimen ordinario”, se tiene que hacer necesariamente una lectura acorde con el principio de presunción de inocencia de los factores recogidos en la legislación que evidencian ambas situaciones<sup>135</sup>. Eso excluye, a nuestro juicio, la posibilidad de ser adoptado en atención a la tipología del delito o delitos (o a la duración de la pena prevista en el Código penal) por cuya presunta comisión se haya decretado la prisión provisional. Sólo la manifestación de peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta ya en prisión, no antes, podría llegar a justificar el recurso a este régimen excepcional, siempre y cuando se haya descartado además con anterioridad la efectividad de otros mecanismos menos lesivos que garanticen la convivencia ordenada en la prisión<sup>136</sup>.

Tampoco quedaría justificada la adopción de un régimen de aislamiento, o un sistema de vida de similar dureza, a través de un mecanismo indirecto, como la aplicación del art. 75.2 RP, con objeto de salvaguardar la vida o integridad física del interno en el caso en el que se detecte que puede ser objeto de ataques por parte de otros reclusos, pues, tal y como veremos más adelante, existen otros mecanismos más adecuados y de menor lesividad.

Asimismo, y en caso de ser acordada la aplicación de las normas de régimen cerrado para los preventivos, a propuesta debidamente motivada de la Junta de

---

que hayan sido protagonistas o inductores de alteraciones regimentales muy graves, que hayan puesto en peligro la vida o integridad de los funcionarios, autoridades, otros internos o personas ajenas a la Institución y en las que se evidencie una peligrosidad extrema, limita a 3 horas como mínimo el disfrute de salida al patio, donde no pondrán permanecer más de dos internos juntos. Estas horas fuera de la celda pueden ampliarse hasta tres, con hasta un máximo de cinco internos, para la realización de actividades programadas (art. 93 RP). En segundo lugar, se contempla la vida en centro o módulo de régimen cerrado, prevista para penados clasificados en primer grado que muestren una manifiesta inadaptación a los regímenes comunes (art. 91.2 RP). También construido sobre el aislamiento en celda, se amplía a cuatro horas diarias la vida en común, pudiendo aumentarse hasta en tres horas más para la realización de actividades programadas –en las que como mínimo puede haber cinco internos– (art. 94 RP).

134 Más detenidamente sobre ello, en España pueden verse los trabajos de RÍOS MARTÍN, J.: “Regulación legal del régimen cerrado”. *Cuadernos de Derecho Penitenciario* nº 3, 1998; y RÍOS MARTÍN, J. y CABRERA CABRERA, P.J.: *Mirando al abismo, el régimen cerrado*. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2002.

135 En este sentido, el art. 96.3 RP señala que “La peligrosidad extrema o la inadaptación manifiesta se apreciará *ponderando* la concurrencia de los factores a que se refiere el art. 102.5 de este Reglamento, *en cuanto sean aplicables a los internos preventivos*”.

136 En esta dirección, recientemente el CPT ha elaborado unos estándares específicos para el aislamiento en solitario de los internos (contenidos en el 21º Informe General de 2011, CPT/Inf (2011) 28, párrafos 53 y ss) y que parten del respeto, entre otros, a los principios de proporcionalidad, legalidad, necesidad y no discriminación.

Tratamiento y con aprobación del Centro Directivo, se requiere que existan, al menos, los informes razonados del Jefe de Servicio y del Equipo Técnico<sup>137</sup>, estando circunscrita su duración al tiempo necesario para que desaparezcan o disminuyan significativamente las razones que lo fundamentaron, siendo preceptivo en todo caso su revisión no más tarde de tres meses (arts. 96 y 98 RP).

Por tanto, el régimen más razonable de vida que debe ser asignado a una persona entregada a España y que ingresa en un centro penitenciario en ejecución ya de una ODE, ya en aplicación del reconocimiento mutuo de una sentencia por la que se ha impuesto una pena privativa de libertad cuya ejecución será en nuestro país, es el ordinario. En cuanto a la ejecución de una ODE, si el sujeto entregado ingresa en un centro penitenciario español en calidad de preventivo, el derecho de presunción de inocencia debe limitar aún más el uso ya de por sí excepcional del régimen cerrado. Y la posibilidad del régimen abierto en los preventivos queda vedada por la propia legislación en tanto supondría desvirtuar el sentido de la medida cautelar que pretende la detención y custodia del interno a disposición judicial durante el tiempo necesario para cumplir los fines de la prisión provisional que motivaron su adopción (art. 503 LECrim)<sup>138</sup>.

El régimen ordinario se construye sobre la idea de aislamiento nocturno en la celda –con las limitaciones ya comentadas en cuanto al uso de celda compartida– y convivencia normalizada durante el día con el resto de internos que viven en el módulo. Simplemente el RP establece que el horario que apruebe el Consejo de Dirección del establecimiento penitenciario debe garantizar ocho horas de descanso nocturno, un mínimo de dos horas para que el interno pueda dedicarlas a asuntos propios y tiempo suficiente para atender las actividades culturales y terapéuticas, así como los contactos con el mundo exterior, debiendo señalar las actividades obligatorias para todos y las que sean optativas y de libre elección por parte de los reclusos (art. 77)<sup>139</sup>.

---

137 Acuerdo que se notificará en las 24 horas siguientes al interno, con expresión de la posibilidad de acudir al Juez de Vigilancia Penitenciaria, al que además se notificará en las 72 horas siguientes su adopción (art. 97.2 RP).

138 El art. 5 de la LOGP consagra la supremacía del principio de presunción de inocencia afirmando que presidirá el régimen penitenciario de los preventivos. En este caso, “el régimen de prisión preventiva tiene por objeto retener al interno a disposición de la autoridad judicial”.

139 Un “horario tipo” de cualquier centro penitenciario es el ofrecido por ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F.J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V.: 7.30 horas. Señal acústica que marca el inicio del día. Media hora para levantarse, asearse y vestirse sin salir de la celda. 8.00 horas. Limpieza y orden de la celda y realización del primer recuento. 8.30 horas. Se sale de la celda y se va a desayunar al comedor. 9.00 horas. Se abre cafetería, economato y los servicios (peculio, lavandería, peluquería, ...). Quien realiza un puesto de trabajo, destino o participa en alguna actividad, comienza su jornada. 13.30 horas. Se procede al reparto de comida en el comedor. 14.30 horas. Se vuelve a la celda: dos horas de descanso (salvo si realizan alguna actividad en ese tiempo). 14.45 horas. Se realiza

Por tanto, salvo excepcionales y justificadas razones, el interno no permanece en la celda salvo las horas de descanso nocturno –y en la práctica, también en las previstas para la siesta–. Durante el día estará conviviendo con el resto de reclusos en los espacios comunes: módulo, talleres, escuela, gimnasio, patio, ... Si bien el acceso real a los puestos de trabajo en talleres productivos y destinos dentro de la prisión (economato, limpieza, cocina...) es bastante limitado por existir mucha demanda y una oferta muy restringida, el RP ha apostado por una ampliación del concepto de tratamiento de carácter expansivo, que además permite ampliar la oferta de actividades a los preventivos, de tal manera que dentro del mismo se comprende tanto el seguimiento de tratamientos específicos eminentemente clínicos, como la realización de actividades de distinta naturaleza ofertadas dentro o fuera del módulo (ya formativas, culturales, deportivas u ocupacionales). Además, la entrada de las ONG's en las prisiones ha permitido ampliar, al tiempo que diversificar, tal oferta, e incluso, ante la preocupante falta de medios y recursos personales de la Administración penitenciaria, en no pocas ocasiones se recurre a la intervención de internos que ayudan a otros en la realización de las mismas. También es verdad que el nivel de oferta y la posibilidad real de acceso a estas actividades depende del establecimiento en el que se esté y, en algunos de ellos, es más limitada cuando se trata de internos preventivos.

En este sentido, el último informe del CPT tras su visita a centros penitenciarios españoles en 2016, tras resaltar que la gran mayoría de los internos que se encuentran en módulos de régimen ordinario (entre los que se incluyen los llamados módulos de respeto) entrevistados no alegaron haber sufrido maltrato físico por el personal<sup>140</sup>, destaca que “en todos los centros penitenciarios visitados se ofrecía a los detenidos en módulos de régimen ordinario una gran variedad de actividades ocupacionales (incluido trabajo remunerado), llegando a afirmar que la delegación del CPT “quedó impresionada por el abanico de actividades organizadas ofrecidas a los presos en los centros socioculturales de los establecimientos visitados”<sup>141</sup>.

---

un recuento. 16.30 horas. Se sale de las celdas y comienza la actividad y los servicios vuelven a estar disponibles. 19.00 horas. Hora de la cena. Cierre de servicios. 21.00 horas. Finaliza la jornada y se cierra en las celdas. 21.30 horas. Recuento. 00.00 horas. Se apaga el alumbrado. *Reglamento Penitenciario*, 1ª edición, Colex, Madrid, 2009, p. 236.

140 Eso sí, resalta la importante cantidad de denuncias sobre maltrato físico, respaldadas por documentos médicos, por parte de internos en módulos de régimen cerrado y departamentos especiales, mostrando su seria preocupación al respeto y recomendando a los directores de los centros una mayor supervisión del personal y la garantía de que las quejas presentadas sean investigadas de modo eficaz.

141 Aunque a renglón seguido advierte de que las condiciones de régimen cerrado y de los departamentos especiales son más limitadas –básicamente tres o cuatro horas al día para poder hacer ejercicio al aire libre–, habiéndose progresado poco a su juicio en la promoción de la reintegración de estos internos en módulos de régimen ordinario. CPT/Inf (2017) 34, resumen y párrafos 54 y 55. Lamen-

En conclusión, y frente a otros sistemas penitenciarios en los que la falta de oferta de actividades produce que los internos no puedan abandonar sus celdas durante el día, en el sistema español los internos en régimen ordinario conviven durante el día en los espacios comunes del módulo y/o del centro. Y, en consecuencia, veremos cómo ese tiempo previsto fuera de la celda que garantiza nuestra legislación penitenciaria permite reducir –si no eludir– la sospecha de vulneración del art. 3 CEDH por este frente, en tanto la no realización de actividades en el centro no implica un empeoramiento de las condiciones de reclusión del interno en el sentido de que deba permanecer más tiempo encerrado en un espacio reducido –y quizá saturado o hacinado– como el de la celda.

#### **IV.4. Formas de separación interior: los módulos de respeto**

Una vez que se ha determinado el centro penitenciario en el que el interno cumplirá su pena o, en su caso, la medida cautelar de prisión provisional, tras los trámites de ingreso<sup>142</sup>, el Director decidirá el módulo interior al que debe ir destinado. Los criterios de separación interior vienen establecidos en el art. 16 de la LOGP: a) hombres de mujeres, salvo los supuestos excepcionales que se determinen reglamentariamente; b) detenidos y presos de condenados y, en ambos casos, primarios de reincidentes; c) jóvenes –sean detenidos, presos o penados– de los adultos; d) los que presenten enfermedad o deficiencias físicas o mentales de los que puedan seguir el régimen normal del establecimiento; e) detenidos y presos por delitos dolosos de los que lo estén por delitos imprudentes. En todo caso, a estos criterios de separación interior hay que sumarle los distintos regímenes de vida propios de la clasificación penitenciaria que suponen, a su vez, otro elemento de separación de los internos.

Es verdad que determinados criterios de separación se cumplen férreamente: es el caso de la separación que proviene de los distintos regímenes de vida: personas en régimen cerrado respecto a los que están en régimen ordinario y, ambos grupos, de los que están en régimen abierto. O también se respeta escrupulosamente en el

---

ta también que las piscinas de las prisiones visitadas (en concreto, Puerto III y Sevilla II) no estuvieran disponibles, solicitando información sobre este asunto a las autoridades españolas (párrafo 56).

142 El sujeto ingresará en el departamento de ingresos del centro, en el que podrá estar por regla general un máximo de cinco días, a no ser que se requiera prolongar su estancia por motivos sanitarios o para preservar su seguridad (art. 21.3 RP); si bien, en muchos centros, se trata de limitar este tiempo lo máximo posible y que, salvo que sea fin de semana, pueda incorporarse al módulo interior que se decida el mismo día o al siguiente. En ese ingreso se procede a su identificación, cacheo y registro de sus efectos y a la apertura de su expediente penitenciario (art. 18 RP) así como a un examen del médico a la mayor brevedad posible (art. 20 RP). Asimismo, serán entrevistados por el trabajador social y el educador y, en el caso de los penados, también por el psicólogo y el jurista (arts. 20 y 21 RP), de tal manera que el informe de estos profesionales sobre la propuesta de separación interior y asignación al módulo de la prisión más adecuado sea la base sobre la que el Director adopte tal decisión.

caso de la separación regimental de mujeres y hombres, aunque en algunos centros, por sus dimensiones, se permita la asistencia puntual de ambos a actividades comunes así configuradas. Sin embargo, la separación entre jóvenes y adultos, preventivos por delitos dolosos de los que lo son por imprudencia, primarios de reincidentes e, incluso, preventivos respecto de penados, no siempre puede –ni debería– garantizarse.

El seguimiento de estos criterios de separación interior puede verse condicionado en primer lugar por la propia infraestructura del establecimiento, puesto que, si se trata de un centro de pequeñas dimensiones y con pocos módulos, las posibilidades de separación interior se reducen. Pero además no deja de ser habitual que razones ya regimentales –como de seguridad e incluso protección del interno–, ya tratamentales –porque sea así más adecuado para su inclusión en un programa de tratamiento o para la atención de sus circunstancias particulares– puedan motivar una determinada separación, no siempre coincidente con los criterios legales recogidos en el art. 16; por ejemplo, menores de 21 años con adultos o incluso preventivos con penados.

De hecho, en los últimos años, con la potenciación de determinados programas tratamentales y de diversas fórmulas de convivencia, han ido surgiendo diferentes modalidades de vida articuladas alrededor del módulo que, en la práctica, se han asentado como criterios de separación interior. Así, la actuación frente a la droga ha llevado a crear módulos terapéuticos libres de droga que, gestionados directamente por profesionales penitenciarios o, en otros casos y bajo la estructura penitenciaria, por ONG's (como Proyecto Hombre), articulan un modelo de vida específico en un módulo determinado<sup>143</sup>. Ocurre igualmente con los módulos existentes en España para la atención de personas con discapacidad intelectual, o para la ancianidad o incluso para colectivos especiales como los FIES-4<sup>144</sup>.

También es el caso de una fórmula de convivencia que, surgida en el año 2001 como experiencia piloto en el centro penitenciario de Mansilla de las Mulas, se han ido progresivamente incorporando a prácticamente todos los centros penitenciarios dependientes del Ministerio del Interior: los módulos de respeto<sup>145</sup>. Por la

---

143 Ya se trate de Unidades Terapéuticas y Educativas (UTE), comunidades terapéuticas, módulos terapéuticos o módulos mixtos. Es la Instrucción 3/2011, de 2 de marzo, sobre el Plan de Intervención General en materia de drogas en la Institución penitenciaria la que contempla las distintas modalidades.

144 En concreto, dentro de las distintas categorías de los Ficheros de Internos de Especial Seguimiento (FIES) recogidas actualmente en la Instrucción 12/2011, los FIES-4 FS incluyen a los internos que pertenecen o han pertenecido a las fuerzas y cuerpos de seguridad o que son o han sido funcionarios de Instituciones Penitenciarias, lo que, entre otras cuestiones, determina el cumplimiento en un módulo específico, sin contacto alguno con el resto de los internos de otros módulos.

145 Según el último informe disponible hasta el momento de Instituciones Penitenciarias, en 2016 se contaba con 257 módulos de respeto en sus distintos niveles de exigencia, implantados en 68 centros penitenciarios y en 3 unidades de madre, lo que se tradujo en población penitenciaria asignada a esta modalidad de vida en una media trimestral de 18.487 personas. *Informe General 2016*, p. 44.

baja conflictividad de estos módulos, es un instrumento además útil para el ingreso de personas con un perfil poco –o no– delincuenciado o que requiere medidas de protección de su vida o integridad personal. Por las noticias recogidas en la prensa, parece que varios de los exconsellers del Govern catalán en prisión provisional, así como el ex vicepresidente, fueron asignados en su ingreso inicial a módulos de respeto. Otros lo fueron a módulos de primarios, también de baja conflictividad<sup>146</sup>.

Los módulos de respeto son un sistema de organización de vida dentro de la prisión que nace con la intención de generar el ambiente adecuado para conseguir los objetivos terapéuticos, formativos, educativos y de convivencia que marca la legislación penitenciaria como fines de la Institución y facilitar, con ello, tanto la puesta en marcha de los programas de intervención, como una mejor evaluación de los internos<sup>147</sup>.

El ingreso en un módulo de respeto es voluntario: el interno debe aceptar las estrictas normas de convivencia que regulan ese módulo y que se articulan en torno a cuatro ejes: 1) El área personal, referido a higiene, aspecto, vestuario y cuidado de la celda; 2) El área de cuidado del entorno, referido a las tareas del módulo en cuanto a la utilización y mantenimiento de los espacios comunes; 3) El área de relaciones interpersonales, en cuanto a la forma de relación correcta, sin ningún tipo de violencia (física, gestual, verbal), con otros internos, funcionarios, terapeutas y personal del exterior; y 4) El área de actividades, que implica su compromiso a realizar las actividades que se hayan diseñado y asignado a cada interno, distribuidas en todos los días de la semana y que también alcanza a la planificación de los tiempos de ocio.

De no aceptar las normas de convivencia, el interno es destinado –o continúa si ya estaba en prisión– en un módulo ordinario no categorizado como de respeto. Y el incumplimiento de las mismas produce su expulsión (temporal o definitiva, según los casos) del módulo de respeto y su destino a un módulo ordinario.

Precisamente este tipo de módulos pretenden luchar contra dos de los males que genera la propia prisión: la denominada subcultura carcelaria y la des-responsabilización e infantilización de las personas privadas de libertad. En cuanto a lo primero, la existencia de una subcultura carcelaria en tanto organización informal, con sus propias normas, no coincidentes en absoluto con las que rigen el sistema penitenciario, no es sino una respuesta ante una institución “total”, como la prisión, en la que se regula “formalmente” absolutamente cada elemento de la vida del interno durante el tiempo

---

146 Fuente: La Vanguardia, 3/11/2017.

147 Más detenidamente sobre su organización, véase el *Manual de aplicación de los Módulos de Respeto* elaborado por José Manuel Cendón Silván, Esteban Belinchón Calleja y Henar García Casado, Ministerio del Interior, Madrid, 2011.

en el que está sometido a aquélla<sup>148</sup>. Una de las consecuencias de ello es, a su vez, la des-responsabilización e infantilización, puesto que la dependencia absoluta de la institución en todas las actividades vitales, en aspectos esenciales como la comida, el tiempo de sueño, el ocio, la actividad o incluso las relaciones personales, genera una situación de dependencia absoluta y de falta de responsabilidad del interno<sup>149</sup>.

Para ello en los módulos de respeto se fomenta la participación y responsabilización de los internos con la vida del módulo a través de distintos mecanismos<sup>150</sup>. En primer lugar, con la realización de una Asamblea General diaria del educador con todos los internos del módulo. En segundo lugar, a través de la inclusión de cada uno de los internos del módulo en uno de los grupos de tareas, con un recluso responsable de cada grupo, que se responsabilizan del mantenimiento y funcionamiento de una parte del módulo, particularmente en cuanto a su orden y limpieza. Y, en tercer lugar, en la articulación de una serie de Comisiones, formadas por internos que a su vez son elegidos normalmente por el resto, que pretenden dar un mayor grado de responsabilidad en la gestión del módulo<sup>151</sup>.

Estos módulos han demostrado una mejora en la habitabilidad y en la convivencia en el interior de la prisión<sup>152</sup>, disminuyendo la conflictividad y reduciendo los valores de la subcultura carcelaria. El compromiso en el seguimiento de las actividades tratamentales, laborales, educativas y de ocio diseñadas para el interno favorece además su evaluación inmediata, lo que, en su caso, puede llegar a facilitar el acceso a figuras como las salidas programadas, permisos, adopción de mecanismos como el art. 100 RP, progresión al tercer grado o disfrute de beneficios y recompensas.

---

148 Construida sobre las ideas de jerarquización (a partir del prestigio que otorgan elementos como el tipo de delito cometido, el pasado personal, el dinero,...); el reparto de roles en prisión (entre líderes o kíes, informadores, cobradores, “pringaos”,...); la existencia de un sistema de valores complejo (solidaridad entre los miembros, reparto de beneficios, oposición al sistema, estigmatización de algunas conductas); una actitud de victimización/manipulación hacia el funcionario pero también de rechazo hacia el interno que tiene un trato excesivo y no finalista con él. GARCÍA CASADO, H.: *Módulos de respeto. Manual de aplicación*, ob. cit., p. 32.

149 Más detenidamente sobre el proceso de adaptación “personal” de quien entra en prisión y cómo la institución genera en sí violencia, véase RÍOS MARTÍN, J., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., SEGOVIA BERNABÉ, J.L., ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X., BIBIANO GUILLÉN, A., LOZANO ESPINA, F.: *La mediación penal y penitenciaria*. Colex, Madrid, 2012, pp. 186 y ss.

150 Con un triple objetivo: posibilitar que los internos participen en la organización y manifiesten sus opiniones o críticas mediante los cauces preestablecidos; conseguir la implicación, responsabilidad y compromiso por su parte en la realización de tareas organizativas; y fomentar el reparto de roles y la puesta en práctica de habilidades de diálogo y negociación. BELINCHÓN CALLEJA, E.: *Módulos de respeto. Manual de aplicación*, ob. cit., p. 53.

151 Así, se prevé la existencia de una Comisión de Acogida; Comisión de Convivencia o de Resolución de conflictos; Comisión de Deporte; Comisión de Cultura; y Comisión de Ayuda Legal.

152 Hasta tal punto de que las puertas de las celdas puedan permanecer abiertas, cuando los internos se encuentran fuera de las mismas, algo impensable en un módulo ordinario.

El CPT, en su último informe nacional, realiza una valoración positiva de los módulos de respeto visitados: “las celdas y las zonas comunes estaban en buen estado de conservación e higiene, y las instalaciones estaban bien decoradas y personalizadas. El régimen era claramente menos estricto que en los módulos ordinarios. La mayoría de los reclusos tenían una opinión positiva y destacaban las ventajas de estar alojados en un ambiente menos carcelario”<sup>153</sup>.

Esa mejora en el clima general de convivencia en la prisión hace de la inclusión en un módulo de respeto una opción interesante para evitar la adopción de otras medidas, más restrictivas para los derechos del interno, en los casos en los que sea necesario garantizar su vida e integridad ante la existencia de amenazas o riesgos para su persona, aspecto éste sobre el que también la fiscalía belga solicitó información al órgano judicial español en el caso del ex president y los ex consellers.

Precisamente para proteger la vida e integridad de los internos frente a posibles amenazas provenientes de otros reclusos, en ese papel de garante que la Administración penitenciaria tiene respecto a las personas privadas de libertad a su cargo, el RP tiene previsto un mecanismo de actuación que se pone en marcha, a solicitud del interno o por iniciativa del Director del establecimiento<sup>154</sup>. En concreto, se prevé que, cuando fuere preciso para salvaguardar la vida o integridad física del recluso, se adopten medidas que impliquen limitaciones regimentales, dando cuenta al Juez de Vigilancia. Esta situación de riesgo personal puede tener diferentes orígenes: bien por tratarse de una tipología delictiva objeto de rechazo tradicional por el resto de

153 Si bien también se hace eco de que algunos internos entrevistados declararon que se sentían incómodos por el hecho de tener que renunciar al derecho a recibir un trato individualizado y que había muchas posibilidades de que se produjeran conflictos entre reclusos por cuestiones triviales. También se sorprende de algunas de las normas exigidas en la prisión de Puerto III (no hablar durante las horas de comida en el comedor, la obligación de caminar en una dirección alrededor del perímetro del patio, no poder llevar camisas sin mangas en verano o tender la ropa en las ventanas de la celda), recomendando a las autoridades españolas que se replanteen tales restricciones. CPT/Inf (2017) 34, parágrafo 57.

154 Respecto a tal necesidad también encontramos estándares en el ámbito del Consejo de Europa. Así, el CPT se ha referido a ello respecto a los acusados o condenados por delitos sexuales, planteando tres posibles enfoques para garantizar su protección y evitar la actuación violenta: la separación del resto de internos –lo que implica “pagar un precio muy alto por su –relativa– seguridad, al contar con programas de actividades mucho más limitados que los disponibles en un sistema penitenciario habitual”–, la de transferir a los internos a otros establecimientos, adoptando medidas encaminadas a ocultar la naturaleza del delito o la de dispersarlos dentro del establecimiento penitenciario, con el compromiso del personal penitenciario de actuar con firmeza ante cualquier indicio de hostilidad o persecución. Extracto del 11º Informe General, CPT/Inf (2001) 16, parágrafo 27. También el Comité de Ministros se ha referido a ello, en concreto, en su Recomendación (2003) 23 sobre la gestión por las administraciones penitenciarias de los condenados a cadena perpetua y otras penas de prisión de larga duración, señalando que, de requerirse la adopción de medidas de protección, deben hacerse esfuerzos para evitar la segregación y, de ser ésta necesaria, para reducir el periodo temporal de su utilización (parágrafo 19 c).

reclusos dentro de lo que se denomina código del recluso (delitos sexuales, delitos con víctimas menores de edad), bien por incompatibilidades generadas antes o durante la convivencia en la prisión, o también, como podría ser el caso, por cuestiones ideológicas o por la trascendencia mediática que el delito cometido o por el que se está investigado o encausado, haya tenido.

En estos supuestos, la dirección del centro adopta una serie de limitaciones regiminales y de protección personal adecuadas a la situación de riesgo que pueda tener la persona. Éstas se ponen en marcha siempre y cuando no exista otra posibilidad de clasificación interior, mediante el envío del interno a un módulo distinto del mismo centro en el que su seguridad no esté en riesgo.

Sin embargo, el impacto que las limitaciones regiminales pueden tener en la situación regimental del interno es evidente, en tanto se materializarán en restricciones en la convivencia y actividades en común con otros internos que, de manera artificial, pueden llegar a asemejarse a un régimen de vida de aislamiento, aunque de una dureza menor<sup>155</sup>, pero sin que haya sido propiciado por la situación de inadaptación o peligrosidad extrema del sujeto<sup>156</sup>.

Por ello, el propio art. 75.3 RP prevé como posible salida, levantando las limitaciones regiminales exigidas por el aseguramiento de su persona, el traslado del interno a otro centro penitenciario de similares características<sup>157</sup>.

En esta tesitura, en la que por un lado la Administración debe garantizar la vida e integridad física del interno pero, por otro, las medidas que puede acordar para ello pueden suponer en la práctica la adopción de un régimen de vida de mayor dureza, cuando no el traslado a otro centro penitenciario (y quizá con ello un alejamiento de su lugar de arraigo, de su familia, la pérdida de un puesto de trabajo en un destino o en un taller productivo,...), la fórmula de convivencia de los módulos de respeto

---

155 En este sentido, la Instrucción 3/2010, de Instituciones Penitenciarias, que regula el Protocolo de actuación en materia de seguridad, afirma que se deben adoptar medidas encaminadas a paliar la falta de actividad que la situación de autoprotección puede plantear, procurando además no interrumpir las actividades que resulten compatibles con tal situación, además de facilitársele al interno medios de tipo cultural, informativo, deportivo y ocupacional adecuados.

156 De ahí que la Instrucción 3/2010 establezca que el acuerdo que adopte estas medidas tenga siempre un carácter excepcional y su duración sea la imprescindible para salvaguardar los objetivos perseguidos, en la medida en que no puedan serlo por otros medios menos restrictivos, valorándose antes de su adopción otras posibles alternativas o estrategias encaminadas a superar la situación problemática planteada.

157 Lo que deberá ser acordado motivadamente por el Consejo de Dirección, en el caso de detenidos y presos, o por la Junta de Tratamiento, en el caso de penados, quienes lo propondrán al Centro Directivo, que es el competente para la decisión de los traslados, comunicando en todo caso a la autoridad judicial en el primer caso, o al Juez de Vigilancia, en el segundo, los acuerdos de traslado (art. 75.3 y 4 RP).

es un instrumento muy interesante para el destino de este tipo de internos<sup>158</sup>. El estándar de exigencia en el respeto como base de la convivencia de estos módulos genera un ambiente más propicio para evitar –y actuar contra– cualquier acto de violencia entre internos. Además, su implementación en casi todos –si no todos– los centros penitenciarios dependientes del Ministerio del Interior facilita el destino a los mismos sin los efectos negativos que un traslado a otro centro, no solicitado ni querido por el interno, pueda ocasionarle.

#### **IV.5. Mecanismos de protección de los derechos de los internos y de supervisión de las condiciones de reclusión**

Por último, además de constatar cuáles son las condiciones de detención en esa valoración tanto global como individualizada a las que se verá sometido el sujeto requerido por una ODE de ser entregado al Estado emisor y si se adecúan al respeto a los arts. 3 CEDH y 4 de la Carta, es preciso también evaluar la existencia de mecanismos para la supervisión de tales condiciones y, en su caso, para la garantía de los derechos de la persona privada de libertad.

A ello se refiere expresamente el TJUE en su sentencia por el asunto Aranyosi y Caldáru, al referir ese *modus operandi* que diseña para los Estados que, en la ejecución de una ODE, valoren la existencia de esos riesgos generales y concretos de sometimiento del requerido a unas condiciones de privación de libertad que puedan ser consideradas inhumanas o degradantes, y que requiere la solicitud a la autoridad judicial del Estado emisor de la transmisión urgente de toda la información complementaria de las condiciones de reclusión. En este sentido, el TJUE sugiere que tal solicitud también pueda tener por objeto “averiguar si existen en el Estado miembro emisor posibles procedimientos o mecanismos nacionales o internacionales de control de las condiciones de reclusión, por ejemplo, visitas a los establecimientos penitenciarios, que permitan evaluar el estado, en ese momento, de las condiciones de reclusión en esos establecimientos” (parágrafo 96). Tal evaluación cobra aún más relevancia en tanto, al no haberse reconocido por el TJUE el deber de seguimiento del Estado requerido una vez materializada la entrega<sup>159</sup>, si el sujeto se ve sometido a tales condiciones, deberá acudir a esos instrumentos para exigir el respeto a sus derechos.

---

158 Más detenidamente sobre su opción para los condenados por delitos graves (más aún cuando han tenido una importante repercusión mediática o si, por su naturaleza, son de tradicional desprecio por el resto), particularmente en el caso de la prisión permanente revisable y de las penas de prisión de larga duración, RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: *La ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de larga duración*, ob. cit., pp. 54 y ss.

159 Como, recordamos, ponían de manifiesto OLLÉ SESÉ, M. y GIMBERNAT ORDEIG, E.: “Orden europea de detención y entrega y tratos inhumanos o degradantes”, ob. cit., p. 9.

En el caso del Ordenamiento español, precisamente con el fin de que el catálogo de los derechos de los internos contenido en los arts. 3 y 4 LOGP y 4 RP no quede como un mero reconocimiento formal, sin efectos materiales, se ha arbitrado un sistema de garantías<sup>160</sup> y de mecanismos de protección para hacerlos efectivos y permitir la supervisión de su ejercicio<sup>161</sup>.

El primer mecanismo de protección se concreta a través del reconocimiento, como uno de los derechos del interno del catálogo recogido en el art. 4.2 j) RP, del “derecho a formular peticiones y quejas ante las autoridades penitenciarias, judiciales, Defensor del Pueblo y Ministerio Fiscal, así como a dirigirse a las autoridades competentes y a utilizar los medios de defensa de sus derechos e intereses legítimos”.

El segundo se materializa a través del control judicial, que en la garantía de los derechos se realiza prioritariamente a través del Juez de Vigilancia Penitenciaria<sup>162</sup>, figura fundamental creada como órgano jurisdiccional de ejecución por la LOGP de 1979, entre cuyas funciones se encuentra “salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse” (art. 76.1 LOGP)<sup>163</sup>. Ante el Juez de Vigilancia pueden, además de formular peticiones o quejas en relación con el régimen o tratamiento penitenciario, interponer recursos sobre sanciones disciplinarias o clasificaciones iniciales o progresiones y regresiones de grado<sup>164</sup>.

---

160 En concreto, las garantías se concretan en el reconocimiento del principio de legalidad hasta el momento de la ejecución penal (art. 3 CP y 2 LOGP), concreción del genérico sometimiento de los poderes públicos a la CE y al resto del Ordenamiento jurídico contemplado en el texto constitucional (art. 9.1 CE) y del sometimiento de la actuación administrativa a la legalidad (arts. 103.1 y 106.1 CE). En segundo lugar, también como garantía actúa el derecho a la información, reconocido en el art. 49 LOGP en tanto al ingreso el interno debe recibir información escrita sobre sus derechos y deberes y sobre los medios para formular peticiones quejas o recursos, y en el art. 4.2. k) RP en relación a su derecho a recibir información personal y actualizada de su situación procesal y penitenciaria.

161 Más desarrolladamente en RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “Los derechos y deberes de los internos”, ob. cit., pp. 80 y ss.

162 Control completado por la actuación del Tribunal sentenciador, en aquellas competencias que le son atribuidas en materia de ejecución por la LECrim y el CP, del Juez de Instrucción en el caso de internos detenidos o preventivos, o de los Tribunales Sentenciadores, Audiencias Provinciales o Audiencia Nacional en la resolución de recursos formulados ante las resoluciones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria.

163 No obstante, el CPT ha sido duro en su último informe sobre España a este respecto: “en cuanto a la supervisión judicial del sistema penitenciario, el CPT observó, una vez más, que los jueces de vigilancia penitenciaria actuaban principalmente como ‘meras autoridades para refrendar’ decisiones tomadas por la administración de los centros penitenciarios, más que como entidades independientes e imparciales de supervisión”, para lo que formulan una recomendación especial dirigida al CGPJ para que aborde este asunto. CPT/Inf (2017) 34, resumen.

164 Además de la posibilidad de que el interno ejerza las actuaciones judiciales correspondientes en defensa de cualquiera de sus derechos ante los órganos judiciales competentes en ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE en relación con el art. 3.3 LOGP).

En tercer lugar, agotada la vía judicial, los internos pueden acudir ante el TC en recurso de amparo en la defensa de sus derechos fundamentales ante la vulneración de los derechos contenidos en los artículos 14 a 29 CE por la actuación de los poderes públicos del Estado o de sus funcionarios o agentes (art. 41 LOTC). Y, agotada la vía interna, de tratarse de una vulneración de los derechos reconocidos en el CEDH, cabe presentar recurso ante el TEDH.

Por último, el sistema de protección se completa con la previsión de otros mecanismos de supervisión, que permiten controlar las condiciones de reclusión y la garantía de los derechos de los internos, a través de las visitas a los centros penitenciarios para el conocimiento directo de su situación.

Así, en primer lugar, el Juez de Vigilancia penitenciaria tiene asignada en la LOGP una labor de control directa de los derechos de los internos a través de la realización de visitas a los establecimientos penitenciarios (art. 76.2).

Asimismo, el Defensor del Pueblo, en esa función que le atribuye el art. 54 CE como Alto Comisionado de las Cortes Generales designado para la defensa de los derechos fundamentales supervisando para ello la actividad de la Administración, puede actuar a partir de las peticiones y quejas que le formulen los internos, o bien de oficio en casos que lleguen a su conocimiento, visitando los centros y entrevistándose con los reclusos, garantizándose además la confidencialidad de estas comunicaciones<sup>165</sup>. Precisamente es la situación de los centros penitenciarios una de sus áreas de supervisión y actuación permanentes y en la que, entre otras cuestiones, presta especial atención a las condiciones de detención<sup>166</sup>. En este sentido es necesario subrayar también su papel en la prevención de la tortura como Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura de acuerdo con el Protocolo Facultativo de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos Inhumanos o Degradantes de 2006<sup>167</sup>.

---

165 Lo recoge así el art. 49.2 RP: “Las comunicaciones orales y escritas de los internos con el Defensor del Pueblo o sus Adjuntos o delegados o con instituciones análogas de las Comunidades Autónomas, Autoridades judiciales y miembros del Ministerio Fiscal no podrán ser suspendidas, ni ser objeto de intervención o restricción administrativa de ningún tipo”, añadiendo el art. 53.4 RP que “los internos podrán dirigir peticiones y quejas al Defensor del Pueblo, que no podrán ser objeto de censura de ningún tipo”.

166 Como se desprende tanto de las actuaciones recogidas anualmente en los Informes presentados ante las Cortes, en los monográficos sobre asuntos relevantes o de especial atención, y en las Recomendaciones y comunicaciones formuladas a las Administraciones competentes. En todo caso, esta labor es asimismo completada por los Defensores del Pueblo de las CCAA que los tengan previstos en sus respectivos Estatutos de Autonomía.

167 Tras la suscripción en 2009 por el Estado español del Protocolo Facultativo de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, en vigor desde el 22 de junio de 2006, se incorpora mediante la LO 1/2009, de 3 de noviembre, una disposición final única en la LO 3/1981, de 5 de abril, del Defensor del Pueblo, asignándole el rol de

Asimismo, y en tanto España ha suscrito el Convenio Europeo para la prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes del Consejo de Europa<sup>168</sup>, que configura la creación del CPT como órgano de supervisión, de naturaleza preventiva, del trato dado a las personas privadas de libertad para reforzar su protección contra la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 1), recibe las visitas periódicas de este Comité en los distintos lugares de detención, y, entre ellos, en los centros penitenciarios. Igualmente, España es parte del Convenio contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984<sup>169</sup>, por el que se crea el Comité contra la Tortura (CAT) de Naciones Unidas para la supervisión de su aplicación. A través de su Protocolo Facultativo<sup>170</sup>, se establece un sistema de visitas periódicas a lugares de privación de libertad, creando para ello el Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros tratos o penas inhumanos o degradantes del Comité contra la Tortura. España se adherido a este Comité<sup>171</sup>, por lo que también recibe periódicamente las visitas “in situ” del Subcomité.

## V. ¿SUFRE ESPAÑA UN PROBLEMA ESTRUCTURAL DE SOBREPOBLACIÓN PENITENCIARIA SEGÚN LOS ESTÁNDARES EUROPEOS?

Sin duda, la vulneración de la prohibición del sometimiento a tortura y tratos inhumanos o degradantes contenida en los arts. 3 CEDH y 4 de la Carta por el sometimiento al sujeto a unas condiciones de reclusión que puedan calificarse como deplorables y humillantes puede responder a un trato individual otorgado a una persona o grupo de personas. Pero más a menudo tal situación es resultado de un problema de hacinamiento de un módulo, prisión o incluso de todo el sistema penitenciario que degrada las condiciones de vida de los internos, afectando a un número bastante amplio de personas. En este sentido, la STJUE de 5 de abril de 2016, por el asunto Aranyosi y Caldaru, admite excepcionar los principios de reconocimiento y confianza mutuos cuando existan *condiciones de reclusión imperantes* en el Estado emisor de la ODE “que demuestren la existencia de *deficiencias sistémicas o generalizadas* que afecten a *ciertos grupos de personas*

*Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura.* Para ello, debe llevar a cabo un sistema de visitas periódicas a los lugares en los que se encuentran personas privadas de libertad con el fin de prevenir las prácticas que puedan ser constitutivas de tortura o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

168 Firmado por España el 26 de noviembre de 1987 y ratificado el 28 de abril de 1989.

169 Resolución 39/46, de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1984, entrando en vigor el 26 de junio de 1987. España lo firma el 4 de febrero de 1985, ratificándolo el 21 de octubre de 1987.

170 Resolución 57/199, de la Asamblea General de Naciones Unidas de 18 de diciembre de 2002.

171 En concreto, lo firmó el 13 de abril de 2005, ratificándolo el 4 de abril de 2006.

o a ciertos centros de reclusión”. De ahí que el primero de los juicios que deba realizar el órgano judicial del Estado de ejecución sea la valoración general de esas condiciones de reclusión imperantes y, sólo en el caso de que se constate la existencia de ese riesgo global de trato inhumano o degradante debido a las condiciones generales de reclusión, deberá evaluarse si hay un riesgo individualizado para la persona requerida.

Paso previo para evaluar si España tiene en la actualidad un problema de sobrepoblación penitenciaria es identificar qué se entiende bajo este concepto. La sobrepoblación penitenciaria puede ser abordada, a nuestro juicio, desde al menos tres perspectivas<sup>172</sup>.

La primera de ellas se refiere a la *tasa de encarcelamiento* que tiene un país, tasa resultante del número de personas en prisión en relación con el número de habitantes (calculado por 100.00 habitantes). La tasa de encarcelamiento permite la evaluación de la dureza del sistema penal y su apuesta, o todo lo contrario, por el uso de alternativas a la prisión, en comparación con el resto de países.

La segunda de ellas es la *tasa de sobreocupación*, tasa resultante del número de personas privadas de libertad en relación con el número de celdas que tenga el sistema penitenciario (o bien una prisión o incluso un módulo). La tasa de sobreocupación permite evaluar la adecuación de las infraestructuras y medios materiales a la población privada de libertad que tenga un país, con independencia de si ésta es o no elevada. No es un parámetro adecuado para enjuiciar la política-criminal de un país, más allá de lo referido a la estrategia seguida en la adecuación material del sistema y de su capacidad a la población reclusa existente, pero sí es un dato muy relevante para evaluar la forma de cumplimiento y si éste se realiza en condiciones que puedan llegar a ser entendidas como trato inhumano o degradante.

Tal juicio requiere la introducción de un tercer concepto, las *condiciones de hacinamiento*, que pueden darse –o no– en las situaciones de sobreocupación y que se refiere tanto al espacio vital garantizado por interno en la celda como a las condiciones de cumplimiento (referidas a la salubridad, enfermedad, acceso a actividades y tiempo fuera de la celda, ...). Las condiciones de hacinamiento, en tanto implican el deterioro de la calidad de vida y la afeción a los derechos fundamentales de los internos, suponen un trato inhumano o degradante.

---

172 Más detenidamente sobre ello, véase RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “Un análisis de las estrategias contra la sobrepoblación penitenciaria en España a la luz de los estándares europeos”, ob. cit., (en prensa).

Conforme a estos parámetros, ¿se puede concluir que en la actualidad España tiene un problema de sobrepoblación penitenciaria?<sup>173</sup>.

En la actualidad, España tiene –continúa teniendo– un importante problema de sobrepoblación penitenciaria entendida como *tasa de encarcelamiento*. A pesar de la bajada de la población reclusa que llevamos experimentando desde 2009, año en el que se alcanzó la cuota más alta en un proceso de incremento progresivo del número de personas encarceladas que parecía imparable y que estaba motivado esencialmente por la dureza de las sucesivas reformas penales, seguimos estando por encima del valor de la mediana de los países del Consejo de Europa. Así, si en 2016 el valor de la mediana en el Consejo de Europa nos muestra el encarcelamiento de 117.1 personas por 100.000 habitantes, en el caso de España ese mismo año lo era de 130.7. Es verdad que este valor ha ido descendiendo desde su punto más elevado, en 2009 –con 171.3 personas por 100.000 habitantes frente a la mediana europea cifrada en 119.4–, pero todavía continúa siendo llamativamente elevada en comparación con los países miembros del Consejo de Europa.

**Tabla 2. Tasa de encarcelamiento (por 100.000 habitantes)<sup>174</sup>**

AÑO	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Mediana en el Consejo de Europa	-----	-----	92.3	96.9	109.9	105.8	114.1	109.5	109.2	119.4	119.6	122	125.6	133.5	124	115.7	117.1
España	114	117	126.2	135.8	140.3	142.4	146.1	150.2	159.7	173.1	164.8	158.3	147.3	145.7	141.7	137.9	130.7
								130.3 CAT	133.6 CAT	138.5 CAT	143.2 CAT						

Sin embargo, la tasa de encarcelamiento, si bien es un buen termómetro de la política legislativa penal de un país, no es un parámetro útil para evaluar si las condiciones de cumplimiento pueden ser lesivas para la dignidad humana. Tal juicio debe construirse a partir de la tasa de sobreocupación y del análisis de la existencia de situaciones de hacinamiento y ser completado con el régimen de cumplimiento de la pena –o medida cautelar privativa de libertad– al que se ve sometido el interno.

En la actualidad, los datos oficiales muestran que España no parece tener un problema de sobrepoblación penitenciaria evaluado desde la tasa de sobreocupación carcelaria.

173 Tanto las cifras como los argumentos aquí formulados para la respuesta a este interrogante están extraídos del trabajo: RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “Un análisis de las estrategias contra la sobrepoblación penitenciaria en España a la luz de los estándares europeos”, ob. cit. (en prensa).

174 Elaboración propia a partir de los datos ofrecidos por los Informes SPACE I del Consejo de Europa hasta el 2016.

**Tabla 3. Tasa de sobreocupación (por 100 plazas)<sup>175</sup>**

AÑO	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Mediana en el Consejo de Europa	-----	-----	93.9	95	97.4	98.6	98.7	96.7	95.9	96.6	97.5	99.1	97.8	95.5	93.6	91.8	91.6
España	106	-----	112.5	114.1	129.5	133.7	140	143.2	141.9	153	96.9	91.8	89.4	87.4	110.9	82.3	71.8
								106.8 CAT	111.8 CAT	94.3 CAT	111.4 CAT						

Los datos ofrecidos por la Administración penitenciaria española al Consejo de Europa muestran cómo sí nuestro país sufrió un problema, que puede calificarse de estructural, de sobreocupación en la primera década del siglo XXI y que dio lugar a que la estrategia prioritaria para abordar este fenómeno fuera la de una fuerte inversión en la construcción de nuevos –y más grandes– centros penitenciarios, como ya vimos. Y precisamente el fuerte incremento de la capacidad en plazas, junto con otras variables entre las que destaca la bajada de la población reclusa por un descenso de la criminalidad –así como otros factores concurrentes como la reducción de la población preventiva o la potenciación de la expulsión de extranjeros<sup>176</sup> han llevado a España a estar teóricamente por debajo de la capacidad penitenciaria total del sistema. En 2016, los datos ofrecidos indican que, para 100 plazas, España tenía 71.8 internos, cuando la mediana del Consejo de Europa se cifra en 91.6. Es necesario, en todo caso, precisar que estos datos se refieren a la totalidad del sistema, pero no permiten averiguar si existen situaciones o momentos concretos, ya en módulos específicos o bien en prisiones determinadas, en las que estas tasas de sobreocupación se superen<sup>177</sup>.

175 Elaboración propia a partir de los datos ofrecidos por los Informes SPACE I del Consejo de Europa hasta el 2016.

176 Eso sí, desoyendo las indicaciones que desde los distintos órganos del Consejo de Europa llamaban a elaborar estrategias legislativas y en la praxis para reducir la sobrepoblación, particularmente a través de la apuesta por las alternativas. Más detenidamente, RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “Un análisis de las estrategias contra la sobrepoblación penitenciaria en España a la luz de los estándares europeos”, ob. cit. (en prensa). “Un análisis de las estrategias contra la sobrepoblación penitenciaria en España a la luz de los estándares europeos”, ob. cit. (en prensa). “La masificación de las cárceles: breve reflexión a propósito del caso de los Estados Unidos de América”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 19-07 (2017), p. 31.

177 Por ello compartimos la necesidad manifestada por ROCA DE AGAPITO, L. de un estudio riguroso sobre la situación actual del sistema penitenciario no solo en total, sino centro por centro. “La masificación de las cárceles: breve reflexión a propósito del caso de los Estados Unidos de América”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 19-07 (2017), p. 31.

En todo caso, como acabamos de señalar, los datos evidencian que, en la actualidad, el sistema en su conjunto no presenta un problema sistémico de sobreocupación<sup>178</sup> –y así lo ha reconocido el CPT en su última visita a las prisiones españolas en 2016<sup>179</sup>: “el CPT valora de forma positiva el considerable esfuerzo realizado por las autoridades españolas para poner fin al hacinamiento en las cárceles, algo que en los últimos años ha dado importantes resultados, en particular, con el aumento de penas no privativas de libertad y reformas legislativas que reducen la duración de las penas de algunos delitos”<sup>180</sup>. También el Defensor del Pueblo, en su último informe anual del 2017, entiende que “superado el problema de la masificación –que hace años afectaba al sistema penitenciario–, son ahora los problemas de personal –denunciados por los sindicatos y fuente de conflictividad, aún no resuelta en 2017–, los que dificultan el funcionamiento de algunos servicios”<sup>181</sup>.

No obstante, como ya abordamos al analizar la “realidad” del principio celular en el sistema penitenciario español y, en relación con ello, la relatividad de los datos ofrecidos por la Administración penitenciaria española en cuanto al espacio vital mínimo garantizado en las celdas a los internos en los casos en los que esas celdas se duplican –o se han llegado a multiplicar en situaciones de sobreocupación– en su uso, se evidencia cómo pese a que la capacidad total de las instituciones penales en España es hoy en día mayor a la población reclusa, no así ocurre con el número de celdas disponibles (vid supra, Tabla 1). Ello comporta que, salvo en los centros

---

178 Que por otro lado sí hemos tenido, llegando a poder ser considerado de hacinamiento y que ha dado lugar, incluso, a visitas ad hoc por parte del CPT, si bien eventualmente no ha llegado a plasmarse en ninguna condena a España por vulneración del art. 3 CEDH por parte del TEDH. Así, por ejemplo, se hizo respecto al ya clausurado centro penitenciario masculino de Barcelona (La Modelo), refiriendo el Comité en su último informe sobre la misma “los efectos perniciosos de los altos niveles de masificación sobre las condiciones de detención de los presos de La Modelo” en “alojamientos incómodos y poco higiénicos, continua falta de intimidad (incluso durante el uso de las instalaciones sanitarias”, escasas oportunidades de empleo, formación y actividades fuera de las celdas, ya que la demanda sobrepasa al personal y las instalaciones disponibles; sobrecarga de los servicios de atención médica; aumento de la tensión e incluso de la violencia entre presos, así como entre éstos y el personal de la cárcel. Todos estos factores negativos han sido detectados por el CPT a lo largo de los años en la prisión La Modelo” CPT/inf (2013) 8, parágrafo 6.

179 Si bien en sus informes nacionales tras las visitas a centros penitenciarios españoles en 1998 (CPT/Inf (2000) 5), 2003 (CPT/Inf (2007) 28), 2011 (CPT/Inf (2011) 11), o 2012 (CPT/Inf (2013) 8) el Comité manifestó su preocupación por la superación de la capacidad oficial de las prisiones, reiterando la recomendación a las autoridades españolas para la adopción de políticas dirigidas a solucionar el problema de masificación de los centros, más recientemente el CPT, en su última visita en 2016, se ha felicitado de la situación actual, si bien ha alentado a las autoridades a continuar atentas para que la población reclusa se siga manteniendo por debajo de la capacidad carcelaria que tiene el Estado. CPT/Inf (2017) 34, parágrafo 39.

180 CPT/Inf (2017) 34, resumen.

181 Para lo que pide un incremento significativo de las plantillas, especialmente en materia de vigilancia, seguridad y sanidad. *Informe anual 2017*, pp. 163 y 164.

penitenciarios construidos como centros tipo, a partir de comienzos del siglo XXI, con unas dimensiones mayores en la celda (entre 11-13 m<sup>2</sup>), la duplicación de celdas de 9 m<sup>2</sup> conlleva una seria reducción del espacio vital del interno, eso sí, por encima justo de lo mínimo requerido en los estándares iniciales del CPT: 4 m<sup>2</sup> en caso de celda compartida. Sí se ha llegado a vulnerar en las ocasiones en las que esas celdas han multiplicado su capacidad más allá, situación que la bajada actual de la población penitenciaria ha permitido aliviar. También lo ha hecho sin duda, el régimen de vida que permite al interno en régimen ordinario estar fuera de la celda, salvo las horas de descanso nocturno y de siesta, pues quienes están en régimen cerrado sí disponen de ese espacio vital mínimo al no compartirla en ningún caso.

En conclusión, y subrayando de nuevo la necesidad de un estudio más profundo, con datos individualizados por prisiones –y sus módulos–, tanto los datos actuales del Consejo de Europa ofrecidos en sus informes Space I, como los últimos informes nacionales del CPT y la ausencia de condenas a España por parte del TEDH por la vulneración del art. 3 CEDH a partir de las condiciones de reclusión, evidencian que no existe una deficiencia sistémica o generalizada por situaciones de hacinamiento que evidencien un riesgo cierto de afeción al derecho a un cumplimiento digno.

## **VI. CONCLUSIÓN: ¿PUEDEN LLEGAR A SER LAS CONDICIONES DE RECLUSIÓN Y EL PROBLEMA DE LA SOBREPoblACIÓN DEL SISTEMA PENITENCIARIO ESPAÑOL UN OBSTÁCULO PARA LA EJECUCIÓN DE UNA ODE?**

Por todo lo expuesto, en esa valoración global de las *condiciones de reclusión imperantes* del Estado miembro emisor de una ODE que según el TJUE en su resolución sobre los asuntos Aranyosi y Caldaru debe ser realizada cuando la autoridad judicial del Estado de ejecución disponga de elementos que acrediten un riesgo real de que el sujeto, de ser entregado y encarcelado, puede sufrir un trato inhumano o degradante, a nuestro juicio el sistema penitenciario español, a día de hoy –pues requiere que los datos sean elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente *actualizados*–, no presenta *la existencia de deficiencias sistémicas generalizadas que afecten a ciertos grupos de personas o a ciertos centros de reclusión*. Los indicadores, también referidos por el TJUE –en particular los órganos del Consejo de Europa– así lo manifiestan en el momento actual. En concreto, ya vimos cómo el CPT en su último informe sobre España se felicitaba por la reducción del problema de masificación sufrido en los últimos tiempos, instando a continuar vigilantes para mantener unos niveles adecuados de ocupación en los centros.

Más allá de que el sistema penitenciario cumpla en general con los estándares mínimos penitenciarios europeos en cuanto a las condiciones de reclusión, varios

han sido los elementos que buscan mejorar la calidad de vida del interno y que, en los momentos –y en los centros y módulos– en los que sí ha existido un problema real de sobreocupación, e incluso de hacinamiento, han permitido aliviar esas condiciones de vida. Así los centros penitenciarios, construidos ya desde los años 80 del pasado siglo en torno al principio celular, y que han visto mejorada su infraestructura, espacio y dotación en los denominados centros tipo construidos a partir de los años 90 –y particularmente en el nuevo siglo–, han buscado siempre garantizar el acceso a las condiciones higiénicas y sanitarias básicas en cuanto a espacio, ventilación, luz, calefacción, acceso a instalaciones sanitarias y a agua potable y asistencia médica. Es verdad que el principio celular sólo ha sido estrictamente respetado para los internos en régimen cerrado, habiendo sido sobrepasado para el resto por el constante incremento de población reclusa sufrido hasta finales de la primera década del presente siglo, lo que ha reducido el espacio vital inicialmente asignado con la construcción de las infraestructuras en torno a 9 m<sup>2</sup> en un primer momento y 10-13 m<sup>2</sup> en los últimos centros. Pero ello se ha visto compensado con la generalización del régimen ordinario de vida, que garantiza que gran parte del tiempo diario es pasado fuera de la celda, ya en la realización de actividades de distinta naturaleza o en el desarrollo de un trabajo, ya –ante la falta de éstas o la no voluntad de realizarlas– en el patio o en dependencias comunes; aspectos que son tenidos en cuenta por el TEDH en la determinación de si se ha vulnerado o no el art. 3 CEDH por la dureza de las condiciones de reclusión.

Y, aunque como se desprende de la STJUE de 5 de abril de 2016, sólo si se constata la existencia de un riesgo real de trato inhumano o degradante debido a las condiciones generales de reclusión debe procederse a realizar ese segundo juicio *de valoración concreta de la situación de riesgo individualizado* que tendría el sujeto requerido de llevarse a cabo su entrega al Estado emisor, los datos que se tienen hasta el momento de las condiciones de vida –tipo de centro, tipo de módulo, tipo de régimen, tipo de celda,...– de las personas encausadas por el ‘procés’ catalán y en prisión provisional, no permiten entender que sufren un trato que pueda ser calificado como inhumano o degradante<sup>182</sup>.

---

182 Al margen de una cuestión tan relevante como la ubicación de los centros penitenciarios en los que se encuentran, lejos de sus lugares de arraigo y de la familia, lo que puede estar justificado en los momentos iniciales de la instrucción de las causas por su cercanía a los órganos judiciales competentes (AN y TS), pero que, de continuar la situación de prisión provisional, debería ser replanteada para proceder a su acercamiento a los establecimientos que posibiliten el mantenimiento de una relación normalizada con el entorno familiar y social de los privados de libertad. A nuestro juicio, y tal y como hemos sostenido en otro estudio –RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “¿Existe un derecho a cumplir en un centro penitenciario cercano al domicilio? Algunas reflexiones a partir de la STEDH Urko Labaca Larrea contra Francia, de 7 de febrero de 2017 y del ATC 40/2017, de 28 de febrero” (en prensa)–, debería recogerse en la LOGP, no sólo el derecho a cumplir en un lugar cercano al domicilio –con las

En cualquier caso, caer en la autocomplacencia respecto a la situación del sistema penitenciario español sería un gran error, puesto que, obviamente, es mejorable en muchos aspectos.

Es verdad los datos ofrecidos por el Consejo de Europa en sus últimos informes Space I parecen mostrar que a día de hoy no tenemos un grave problema de sobreocupación –ni de hacinamiento–, como sí ocurrió en la primera década del presente siglo. Aun así, la falta de conocimiento de la situación concreta de ocupación de cada centro –y por módulos– no permite un análisis exhaustivo de la situación real. Los informes nacionales de organismos como el CPT o, en España, del Defensor del Pueblo, sí que nos posibilitan identificar las carencias que algunos centros –o algunos de sus módulos– presentan. Es pues tarea pendiente de las autoridades penitenciarias abordar tal análisis exhaustivo, centro por centro y módulo por módulo, de las situaciones de sobreocupación y/o hacinamiento que puedan existir, como paso previo para posibilitar, tal y como exige el Libro Blanco sobre sobrepoblación penitenciaria del Consejo de Europa de 2016, “acordar y aplicar con eficacia estrategias y acciones específicas a largo plazo para hacer frente a la sobrepoblación penitenciaria como parte de una reforma general de las políticas penales” (parágrafo 8).

De todas maneras, los datos evidencian que sí tenemos un grave problema de sobrepoblación entendida como *tasa de encarcelamiento*, lo que muestra la dureza del sistema penal en cuanto a la respuesta ya no sólo penológica en la configuración de los tipos delictivos por el CP, sino particularmente en su ejecución penal. Así se ve en el progresivo aumento que, año a año, ha ido sufriendo la duración media del encarcelamiento, pasando de estar situada en el año 2000 en 13 meses a los 21.9 meses del 2016, estando el valor de la mediana europea en 7.8, tal y como refieren los informes SPACE I<sup>183</sup>.

---

correspondientes salvedades, en su caso-, como el derecho a cumplir en un lugar estable. En todo caso, la jurisprudencia del TEDH respecto a la posible vulneración del art. 8 CEDH es bastante restrictiva, admitiéndola únicamente cuando se obliga a permanecer detenida a la persona en una prisión alejada de su familia hasta tal punto que resulte muy difícil, casi imposible, cualquier visita. Así, ha admitido que constituía una injerencia en la vida familiar contraria al art. 8 CEDH en los casos de gran distancia geográfica, inexistencia de redes de transporte o por las circunstancias personales del interno y de sus familiares que impiden el mantenimiento de un mínimo grado de vinculación familiar. Un análisis de esta jurisprudencia, y de los estándares del CPT y el Comité de ministros, sobre el cumplimiento en un lugar cercano, se realiza en el estudio arriba referido. Sobre la situación concreta de las personas encarceladas por el ‘procés’, desde la perspectiva de los estándares internacionales y europeos, véase el informe elaborado por RIVERA BEIRAS, I.: “Derecho a estar en una prisión cercana al lugar de residencia familiar”, 2018.

183 Véase en este sentido: RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “Un análisis de las estrategias contra la sobrepoblación penitenciaria en España a la luz de los estándares europeos”, ob. cit. (en prensa).

Esas altas ratio de encarcelamiento, aunque aliviadas tras una importante estrategia de construcción de nuevos centros penitenciarios y la reducción actual de la población penitenciaria, violentan el sistema, que no está diseñado ni es sostenible para un número tan elevado de personas privadas de libertad. Violenta, en primer lugar, la Ley, muy progresista para el momento en el que fue adoptada, pero sin duda también para el actual –y eso a pesar de las contrarreformas realizadas vía modificación del CP–, pues estamos envueltos en un aparente camino sin retorno hacia el punitivismo y el retribucionismo penal. Pero también violenta el sistema en sí, en tanto la sobrepoblación, también como alta tasa de encarcelamiento, degrada las infraestructuras, limita la posibilidad de acceso a actividades y trabajo o al seguimiento de un tratamiento individualizado, reduce la ratio de funcionarios –más de los técnicos, psicólogos, educadores y juristas– por interno, ...; en definitiva, empeora las condiciones de cumplimiento de un sistema diseñado para una población reclusa más “contenida”.

En definitiva, y siendo la necesidad de acometer una estrategia eficaz para reducir la tasa de encarcelamiento de nuestro sistema una de las tareas pendientes más urgentes de nuestro legislador, más aún en espera de los efectos sobre el sistema penitenciario del nuevo endurecimiento del CP con su reforma de 2015, la respuesta que daba inicio a este trabajo debe ser contestada de manera negativa. En cuanto a las condiciones de reclusión, la legislación y praxis penitenciarias españolas cumple con los estándares mínimos articulados a nivel europeo e internacional. Y si bien pueden producirse situaciones puntuales de vulneración de derechos fundamentales, no se puede afirmar que haya indicios de un problema sistémico generalizado que permita excepcionar la aplicación de los principios de reconocimiento y confianza mutuos sobre los que se construye la cooperación judicial europea. Una valoración realizada por parte de un órgano judicial requerido por España con la activación de una ODE en una exigencia de máximos, que no de mínimos, de tal manera que no pudieran ser cumplidos por una parte de los países miembros, muchos de ellos con un problema de sobrepoblación mayor, supondría la herida de muerte del espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F.J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V.: *Reglamento Penitenciario*, 1º edición, Colex, Madrid, 2009.
- BARAS GONZÁLEZ, M.: *El espacio penitenciario europeo*. Ministerio del Interior, Premios Victoria Kent, Madrid, 2013.

- BUENO ARÚS, F.: “Estudio preliminar” en *La reforma penitenciaria española*, Madrid, 1981.
- BUENO ARÚS, F.: “Las prisiones españolas desde la Guerra Civil hasta nuestros días. Evolución, situación actual y reformas necesarias”. *Historia 16 extra*, 1978.
- CENDÓN SILVÁN, J.M., BELINCHÓN CALLEJA, E., GARCÍA CASADO, H.: *Manual de aplicación de los Módulos de Respeto*. Ministerio del Interior, Madrid, 2011.
- GALLIZO LLAMAS, M.: *Penas y personas. 2018 días en las prisiones españolas*. Debate, Madrid, 2013.
- GARCÍA SÁNCHEZ, B.: “Dificultades de la euroorden ante su puesta en práctica por los tribunales de la Unión Europea”. *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales LX*, 2007.
- GARCÍA VALDÉS, C.: “La reforma penitenciaria en la transición democrática”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXIX, 2016.
- GARCÍA VALDÉS, C.: “La legislación penitenciaria española: orígenes y Ley Orgánica General Penitenciaria”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXVIII, 2015.
- GARCÍA VALDÉS, C.: “Diez años de reforma penitenciaria en España: una recopilación”. *Derecho penitenciario (Escritos, 1982-1989)*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.
- GARCÍA VALDÉS, C.: “Introducción. Derecho penitenciario español: notas sistemáticas”. *Comentarios a la Legislación Penal: Ley Orgánica General Penitenciaria*, Tomo VI, vol. 1, Edersa, Madrid, 1986.
- GARCÍA VALDÉS, C.: “La reforma del Derecho penitenciario español”. *Estudios de derecho penitenciario*. Tecnos, Madrid, 1982.
- GARCÍA VALDÉS, C.: *Comentarios a la Legislación penitenciaria*. Civitas, 2ª edición, Madrid, 1982.
- GARRIDO GUZMÁN, L.: “Alojamiento e higiene de los internos”. *Comentarios a la Legislación Penal. Tomo VI, Vol. 1: Ley Orgánica General Penitenciaria*, Edersa, Madrid, 1986.
- MAPELLI CAFFARENA, B.: “Prisión y democracia”. *La prisión en España: una perspectiva criminológica*. Comares, Granada, 2007.
- MAPELLI CAFFARENA, B.: “Una nueva versión de las Normas Penitenciarias Europeas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 08 (2006).
- MESTRE DELGADO, E.: “La ejecución, en España, de una pena privativa de libertad incompatible con la legislación penal o penitenciaria española, dictada en un país miembro de la Unión Europea”, *La Ley Penal* nº 127, 2017.

- MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: “¿Cómo funciona la orden de detención y entrega europea? El caso del expresident y sus consellers como ejemplo”. *Diario La Ley* nº 9096, 2017.
- MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: “Dime cómo son tus cárceles y ya veré yo si coopero”. Los casos Caldararu y Aranyosi como nueva forma de entender el principio de reconocimiento mutuo”. *InDret* 1/2017.
- OLLÉ SESÉ, M., GIMBERNAT DÍAZ, E.: “Orden europea de detención y entrega y tratos inhumanos o degradantes”. *La Ley*, nº 40, 2016.
- RÍOS MARTÍN, J., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., SEGOVIA BERNABÉ, J.L., ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X., BIBIANO GUILLÉN, A., LOZANO ESPINA, F.: *La mediación penal y penitenciaria*. Colex, Madrid, 2012.
- RÍOS MARTÍN, J.: “Regulación legal del régimen cerrado”. *Cuadernos de Derecho Penitenciario* nº 3, 1998.
- RÍOS MARTÍN, J. y CABRERA CABRERA, P.J.: *Mirando al abismo, el régimen cerrado*. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2002.
- RIVERA BEIRAS, I.: “Derecho a estar en una prisión cercana al lugar de residencia familiar”, 2018.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “Las prisiones en un mundo global: estándares europeos de Derecho penitenciario”. *Global Law y Ius Puniendi*, Nieto Martín, A. (director). Tirant lo Blanch, en prensa.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “¿Existe un derecho a cumplir en un centro penitenciario cercano al domicilio? Algunas reflexiones a partir de la STEDH Urko Labaca Larrea contra Francia, de 7 de febrero de 2017 y del ATC 40/2017, de 28 de febrero”, en prensa.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: *La ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de larga duración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “Un análisis de las estrategias contra la sobrepoblación penitenciaria en España a la luz de los estándares europeos”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* nº 20, 2018.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “Los derechos y deberes de los internos”. *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: *El sistema penitenciario español ante el siglo XXI*. Tecnos, Madrid, 2013.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “La respuesta del derecho penitenciario ante la delincuencia terrorista. ¿Hacia un modelo de prisión perpetua?”. *Revista General de Derecho Penal* nº 13, 2010.
- SANZ DELGADO, E.: “Panorámica del sistema penitenciario español”. *La Ley Penal* nº 45, 2008.

TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones. Derecho y realidad*. Edisofer, Madrid, 1998.

VOGEL, J.: “¿Supresión de la Extradición? Observaciones críticas en relación con la reforma de la legislación en materia de extradición en la Unión Europea”. *Derecho penal Internacional. CGPJ*, Madrid, 2001.

VAN ZYL SMIT, D., SNACKEN, S.: *Principios de Derecho y Política Penitenciaria Europea. Penología y Derechos Humanos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.



## **LLUEVE SOBRE MOJADO: PUIGDEMONT NO SERÁ JUZGADO POR REBELIÓN**

**MARTA MUÑOZ DE MORALES ROMERO**

Profesora Contratada Doctora de Derecho penal (Acreditada TU).  
Instituto de Derecho penal europeo e internacional (UCLM)

Que Puigdemont no iba a ser entregado por rebelión no sorprende. Lo que llama la atención de esta nueva decisión son algunas afirmaciones que suponen claramente una intromisión del juez alemán en las tareas que competerían al juez encargado de enjuiciar los hechos que no es otro que el TS español. Es cierto que el juez alemán tiene que controlar la doble incriminación conforme a su Derecho interno. Hasta cierto punto podía admitirse el argumento de que la violencia era insuficiente para doblegar al Estado español y hacerle acceder a las pretensiones de los rebeldes. Aclara ahora que no es necesario el éxito de los rebeldes, pues de ser así el tipo penal nunca se llegaría aplicar.

El tribunal alemán reconoce que no puede entrar a valorar si las instituciones españolas habrían podido resistir la presión ejercida por los acontecimientos derivados del referéndum. Sin embargo, contra todo sentido jurídico, sí que puede ponerse en la cabeza de Puigdemont para afirmar que la violencia aislada nunca estuvo en sus planes como medio para obtener la independencia. Y sigue: “no está claro que Puigdemont supiera que era inútil conseguir la independencia democráticamente siendo el golpe de estado la única vía”. Puigdemont solo quería la participación

masiva en el referéndum. Por tanto, se atreve a decir que “aparentemente” ni siquiera con el CP español en la mano se cumpliría el elemento subjetivo: tener la intención de actuar violentamente para conseguir la independencia.

Descartada la alta traición, el tribunal alemán analiza la posibilidad de dar cobertura a los hechos por la vía del delito contra la paz pública. A ello obliga precisamente el Tribunal de Luxemburgo (TJUE) en el *caso Grundza* que curiosamente no menciona ni aplica correctamente. El Tribunal germano entiende que el delito contra la paz pública solo es de aplicación cuando el acontecimiento que da lugar a la violencia es ilegal. Y no lo tiene muy claro, pues al haber declarado el TC la ley de referéndum inconstitucional y haber anulado su resultado dos semanas después de su celebración, cree “que el referéndum estaba permitido aunque su resultado final fuese inválido”. Pero le da igual: Aun suponiendo que fuera ilegal habría que probar que los hechos violentos eran voluntad del autor y que se cometieron bajo su dominio. Y no es posible porque Puigdemont –sigue diciendo el tribunal alemán– siempre ha aludido a medios pacíficos y su única voluntad era conseguir una participación masiva. Puigdemont no planificó ni organizó los hechos. Simplemente, surgieron de forma espontánea. Olvida que *Grundza* le obliga a filtrar los hechos por su Derecho interno pero de una forma abstracta prescindiendo de análisis minuciosos sobre elementos subjetivos.

Puede decirse que el juez alemán ha enjuiciado al Sr. Puigdemont y lo ha declarado inocente de los cargos de rebelión. Solo le ha faltado examinar si actuó bajo los efectos del alcohol, extremo este último que no puede controlar porque la doble incriminación se ciñe solo a la antijuricidad. Además, ha dicho que al tomar esta decisión lo ha hecho cumpliendo las exigencias del Derecho alemán y del Derecho comunitario. Por tanto, espera que Llarena no eluda el principio de especialidad que impide juzgar por delitos distintos por los que se concede la entrega.

¿Y qué puede hacer ahora Llarena? 1. Retirar la ODE y esperar a que Puigdemont se mueva a otro Estado menos hostil y vuelta a empezar. 2. Interponer una cuestión prejudicial. Sin embargo, como bien indica el juez Llarena en su último auto que pone fin –por ahora– a la batalla judicial, el TS no tiene competencia para preguntar al TJUE cómo ha de interpretar el juez alemán la doble incriminación. Esa pregunta le correspondía a este último y la ha obviado. La cuestión prejudicial, no obstante, cabría en otros términos aunque no significa que tuviera éxito. A este respecto, cabría plantearse si un juez de emisión puede eludir el principio de especialidad ante un incumplimiento del juez de ejecución consistente en no haber interpretado la doble incriminación en consonancia con el principio de reconocimiento mutuo. Ahora bien, al no haberse declarado previamente dicho incumplimiento cabe la vía política: El Estado español, ante la

escasa probabilidad de que lo haga la Comisión, podría interponer un recurso por incumplimiento (artículo 259 TFUE) para que el TJUE lo constatase y estableciera medidas a adoptar por el Estado incumplidor. El incumplimiento de dichas medidas llevaría a un recurso por inejecución (artículo 260 TFUE) con consecuencias económicas para Alemania.









La fuga del *ex-president* y de alguno de sus *ex-consellers* permite esbozar un mapa de órdenes de detención europeas que si se debiera acompañar de una leyenda sería la de “países que han rechazado o van a rechazar la euroorden”. Este libro contribuye a la construcción teórica y práctica del principio de reconocimiento mutuo y de la orden europea de detención con todos los problemas de gestión y traslado de información entre autoridades judiciales de distintos países que ha planteado el caso Puigdemont. La autocrítica también está detrás de esta contribución: es responsabilidad del Estado español conseguir una mejor comunicación y explicación en Europa de la realidad de la democracia española.



Instituto de  
Derecho Penal  
Europeo e Internacional

ISBN 978-84-9044-329-3



9 788490 443293

publicaciones.uclm.es