

En cuanto que las autoridades españolas imputan al perseguido haber tomado parte en una “rebelión” se evidencia que la petición de extradición es en principio no admisible. Esto se deduce de que según el apartado 3.1 de IRG una extradición solamente es en principio admisible cuando se da la llamada doble incriminación, es decir, cuando el hecho es según el derecho alemán un hecho ilegal que realiza el supuesto de hecho del derecho penal alemán. Para poder realizar este examen hay que desarrollar lo que se llama la comparación según el sentido (apartado 3. 1.2 Variante IRG).

De hecho se dice en la solicitud de extradición que el perseguido con su conducta ha infringido leyes penales en el momento de los hechos en el Reino de España. Sin embargo que en la conducta que se le imputa al perseguido en la RFA no es según el derecho vigente punible. En principio el perseguido no se ha hecho merecedor de sanción penal en aplicación directa de las normas penales aquí vigentes, puesto que no hay ninguna ley alemana que ponga bajo pena la participación en una rebelión en España. Una susceptibilidad de ser objeto de pena según las reglas alemanas, por eso solo puede ser comprobada si el supuesto de hecho puede ser considerado equivalente en su sentido. Para eso no es suficiente que hayan disposiciones penales “similares” en el derecho alemán que pongan bajo pena hechos en su sustancia equivalentes. La transposición según su sentido del supuesto de hecho en realidad significa más que se debe pensar el conjunto del caso como si el hecho se hubiera cometido en Alemania, como si el autor fuera un alemán y como si en los hechos estuvieran implicadas las instituciones alemanas. (como se dice en la resolución del senado de 15 septiembre 2019 ...) y también en el caso Lagodny, en otro caso de cooperación Internacional.

En el caso que nos ocupa se tiene también que considerar como si el Presidente de un Consejo de Minsitros de un Estado Federado Alemán tuviera la intención de llevar al estado federado a la independencia y para ello hubiera preparado con otros miembros del gobierno un referendum en el que los ciudadanos del estado federado tuvieran que votar sobre la independencia. También hay que considerar el caso como si el presidente del consejo de ministros supiera también que el TC Federal hubiera declarado el referendum planeado como inconstitucional, y que supiera también por advertencias de la policía que en el día de las elecciones hubiera problemas de

violencia entre los ciudadanos y los policías enviados desde toda la republica federal de alemania.

Una conducta como esta no sería punible según el derecho penal particularmente no como alta traición contra la federación en el sentido del art. 81.1 del CP Alemán. Este dice en la parte que afecta a la variante de los hechos que aquí se consideran: "El que con violencia o con amenaza de violencia para perjudicar la existencia de la RFA será castigado con prisión perpetua o con privación de libertad no menor a 10 años".

En el apartado 92.1 del CP alemán, se proporciona la definición de lo que se entiende por "menoscabo de la existencia de la República Federal de Alemania". Según esto, quien afecta la existencia de la República Federal de Alemania "separa una región que le pertenece". En ello está incluido también la conducta de conducir a una parte del territorio de la RFA a la independencia (Fischer, comentarios al CP edición 64 apartado 92.Rn4).

En el sentido de los arts. 81, 92 CP un referéndum con la finalidad de llevar una región de un Estado a la independencia indudablemente persigue esta finalidad. Para la punibilidad sin embargo falta en el caso que enjuiciamos la circunstancia del supuesto de hecho de la "violencia". Lo que hay que entender en esta disposición legal como "violencia" está aclarado por la jurisprudencia alemana. El TS Alemán en su sentencia de la Tercera Cámara de 23 de noviembre de 1983, 3 StR 256/83 ) ya se pronunció en su momento sobre un caso no solamente comparable sino en muchos puntos incluso idéntico. Se trataba de la responsabilidad penal de un dirigente por una iniciativa ciudadana en el marco de por aquel entonces muy polémica ampliación del aeropuerto de Frankfurt (Startbahn West), que llevó a protestas y manifestaciones masivas en los terrenos del aeropuerto. Siguiendo estos llamamientos aparecieron varios miles de manifestantes y se produjeron durante horas enfrentamientos tumultuarios con policías de todas las regiones de Alemania en cuyo transcurso una multitud de personas, policías y manifestantes fueron heridos y se produjeron considerables daños materiales.

Con el llamamiento a estas manifestaciones, el acusado perseguía la finalidad de conseguir una presión política masiva sobre el gobierno del estado federado de Hesse de forma que este se viera forzado a retirar el proyecto de ampliación. La audiencia de Frankfurt am Main sancionó en una primera instancia al acusado por unas coacciones

intentadas al gobierno del estado federado a dos años de prisión. Sin embargo en la apelación, el TS revocó esta condena.

Según el art. 105.1 CP en lo que tiene relación con la variante del caso que ahora se tiene en consideración, se castigará a aquel que ilegalmente coaccione al gobierno de un estado federado con violencia o con amenaza de violencia para no ejecutar sus funciones. En ello el TS Federal ha constatado que el acusado por su llamamiento a las manifestaciones masivas sí que anunció violencia psicológica y que esa también la ejerció a través de otros. Sin embargo él había tenido no solo la intención de bloquear los accesos y salidas al aeropuerto, por medio de la presencia de miles de manifestantes sino que también mediante la presión constante sobre el gobierno federal del estado de Hesse había aceptado y considerado la posibilidad y como consecuencia necesaria de que se cometieran actos de violencia por las personas presentes.

Los hechos tumultuarios y actos de violencia que habían sucedido entonces le eran por ello imputables.

Por otro lado el TS Federal también ha declarado que para la realización del supuesto de hecho no es suficiente el que un autor utilice o amenace con utilizar la violencia relacionada con daños físicos para obligar al órgano constitucional a la conducta deseada. Una sentencia sobre si una actuación de hecho puede ser considerada como violencia en el sentido de un supuesto de hecho, no se debería poder ganar simplemente por el procedimiento de medirlo con una descripción abstracta del concepto de violencia comparándolo con este hecho. En relación con esto el TS Federal ha declarado lo siguiente:

“Si el autor quiere obligar al órgano constitucional con violencia no directamente ejercida sobre el órgano constitucional sino sobre terceros o de cosas, entonces solamente se cumple el supuesto de hecho cuando de la presión sobre el órgano constitucional bajo la consideración de todas las circunstancias que influyen en las coacciones puede aparecer como adecuado para doblar la voluntad del órgano constitucional según las exigencias del autor”.

Según otras declaraciones del TS Federal en la definición de la violencia en el marco de delitos de coacciones contra órganos constitucionales expresamente debe tener en cuenta el concepto de violencia en en el supuestos de hecho de la alta traición. Y ello

es así porque ambas disposiciones penales están muy estrechamente relacionadas. Alta traición existe cuando la voluntad del órgano constitucional afectado ha sido completamente eliminada. Coacciones a un órgano constitucional existen cuando sus posibilidades de decisión libre han querido ser eliminadas en un caso concreto. Según la voluntad del legislador el listón para la consideración de la violencia frente a un órgano constitucional es más alto que el que contienen las disposiciones penales para la protección de los derechos individuales. Se exige una eficacia coactiva de mayor calado que sea obviamente apropiada para obligar al gobierno a aceptar las medidas reclamadas. Incluso teniendo en cuenta la magnitud de las acciones por las que debe responder el investigado y también aunque haya sucedido que las fuerzas policiales del propio país pese a los refuerzos de otros estados federados no bastaron para enfrentarse a los causantes de los desordenes con éxito, no se puede sacar ninguna conclusión. “En caso de grandes manifestaciones, traer fuerzas policiales de otros estados vecinos no es nada inhabitual y por eso en este contexto es poco relevante”.

Por lo demás el TS ha declarado:

“Ya para el delito ordinario de coacciones el TS ha destacado que la adecuación del medio de coacción para motivar al amenazado en el sentido de la voluntad del actor no solamente es de tipo fáctico sino también un supuesto de hecho normativo, no tiene por ello lugar cuando el amenazado en su situación puede esperar podrá soportar la amenaza con una autoafirmación suficiente. Particularmente en los casos de coacciones a órganos constitucionales colegiados en el supuesto de hecho delictivo no se puede renunciar a tal calificación normativa del medio de coacción. La eficacia coactiva de la violencia o de la amenaza con violencia por ello decae, cuando los órganos constitucionales del art. 105 del CP de ellos se puede esperar precisamente por su especial compromiso hacia la colectividad, que ellos también en el ámbito de discusiones políticas muy intensas puedan soportar situaciones de presión. En el caso de que un gobierno de un país sea sometido a coacciones por actos de violencia contra terceros o contra las cosas para que se cumplan determinadas exigencias políticas estos tumultos son solamente violencia en el sentido del art. 105 CP cuando la presión alcanza un grado tal que un gobierno seguro de sí mismo se pueda sentir forzado a la capitulación ante las exigencias de los violentos para evitar daños serios a la colectividad o a determinados ciudadanos”.

El TS Federal llega por tanto a la conclusión que los tumultos en el aeropuerto de Frankfurt no eran adecuados para obligar al gobierno de Hesse a cumplir las

exigencias de los acusados puesto que “el gobierno federado hubiera puesto en juego su credibilidad y la confianza de los ciudadanos en la fortaleza de las instituciones democráticas frente a la violencia organizada”.

Si se aplican estos principios al caso presente se podría constatar que al perseguido como iniciador y como luchador por la realización del referéndum sí que se le podría imputar las violencias que tuvieron lugar en el día de las elecciones. Estas fueron sin embargo según su clase, ámbito y eficacia no más relevantes que los tumultos que en su día tuvieron lugar en Frankfurt. Y como muestra el transcurso de la historia no fueron suficientemente idóneas para poner al gobierno de tal modo bajo presión que se hubiera visto forzada a capitular a las exigencias de los violentos. Al revés de lo que presiblemente se pueda ver en el derecho español en Alemania una gran acumulación de personas y la correspondiente poderío de la masa no es suficiente por sí solo para alcanzar el nivel de violencia alcanzado que exige el art. 81 del CP por ello a causa de la ausencia de doble incriminación no puede ser considerada una extradición por el reproche de la rebelión en este momento.