|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 210/1997 |
| Fecha | de 12 de junio de 1997 |
| Sala | Sala Segunda |
| Magistrados | Don José Gabaldón López, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio D. González Campos, don Carles Viver Pi-Sunyer y don Tomás Salvador Vives Antón. |
| Núm. de registro | 2018-1997 |
| Asunto | Recurso de amparo 2.018/1997 |
| Fallo | Por todo lo expuesto, la Sala acuerda:1.º Suspender la ejecución del AUTO NÚM. 23/97 del Pleno de la Sala Segunda de lo Penal de la Audiencia Nacional, de fecha 21 de abril de 1997, y la del AUTO NÚM. 34/96 de la Sección Segunda de la misma Sala y Tribunal, dictado el 5 de diciembre de 1996,rollo de Sala 6/96, dimanante del expediente gubernativo de extradición 6/96, en cuanto acuerdan la procedencia de la extradición de don Hugo Bernardo Borgobello Luzuriaga a Italia, pero no en cuanto a la situación de prisión provisional del mismo.2.º Declarar que no procede la entrega del recurrente, en tanto no se levante la suspensión acordada en el apartado anterior.3.º Comunicar urgentemente el presente Auto al Gobierno de la Nación por conducto del Ministerio de Justicia |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito registrado en el Juzgado de Guardia el 12 de mayo de 997, el Procurador de los Tribunales don Luis José, García Barrenechea, en nombre representación de don Hugo Bernardo Borgobello Luzuriaga, y bajo la dirección letrada de doña Amalia Fernández Doyague, interpuso recurso de amparo contra 1 AUTO NÚM. 23/97 del Pleno de la Sala Segunda de lo Penal de la Audiencia Nacional, de fecha 21 de abril de 1997, que desestimó el recurso de súplica núm. 10/97 interpuesto contra el AUTO NÚM. 34/96 de la Sección Segunda de la misma Sala y Tribunal, dictado el 5 de diciembre de 1996, rollo de Sala 6/96, dimanante el expediente gubernativo de extradición 6/96.

2. Los hechos más relevantes que se desprenden de la demanda y documentos portados son, en síntesis, los siguientes:

a) El día 28 de febrero de 1990, como consecuencia de unos disparos, resultó muerta doña Montserrat Martí Navarro en la ciudad italiana de Milán.

b) A raíz de esos hechos se inició un proceso penal por los delitos de homicidio y tenencia ilícita de armas en dicho país contra el ciudadano de nacionalidad argentina don Hugo Bernardo Borgobello, nacido en Las Heras/Mendoza (Argentina), hoy recurrente de amparo. La orden de detención cursada contra él no pudo ser cumplida, porque no fue hallado. El recurrente no prestó nunca declaración en la causa. Su esposa designó a un Letrado, don Giuseppe López quien asumió la defensa del recurrente desde el día 6 de junio de 1990.

c) El día 21 de septiembre de 1990 el Letrado aportó al Tribunal un escrito redactado en castellano por Borgobello, junto con la traducción al italiano, que contenía la versión de éste de lo sucedido. El 28 de diciembre del mismo año se depositó en la Secretaria del Tribunal el nombramiento del citado defensor y la designación del domicilio de éste a efectos de citaciones, firmada por el Sr. Borgobello, firma autentificada por su esposa. En este escrito se autorizaba al defensor para que impugnara en su caso la posible Sentencia condenatoria, dándole poder especial.

d) Celebrado el juicio en rebeldía del Sr. Borgobello los días 8 y 9 de enero de 1991, recayó Sentencia el mismo día 9 por la que se le condenaba como autor de un delito de homicidio a la pena de diecisiete años y como autor de un delito de tenencia ilícita de armas a la pena de dos años y multa de un millón de liras.

e) Interpuesto recurso de apelación, la audiencia se celebró el 30 de abril de 1991, sin que compareciera el condenado que continuaba en situación de rebeldía, pero con la presencia de su Letrado. Por Sentencia de la misma fecha, el Tribunal de apelación desestimó el recurso y confirmó la resolución impugnada.

f) El 20 de junio de 1991 el Letrado don Giuseppe López formalizó el recurso de casación, que fue inadmitido por Sentencia del Tribunal de casación de 24 de octubre de 1991, por lo que la condena devíno en aquel momento firme.

g) La Fiscalía de la República ante el Tribunal de Milán emitió la Orden Internacional de Detención (O.I.D.) núm. 2.002/91 contra el ahora recurrente de amparo el 16 de enero de 1992.

h) Con fecha 30 de enero de 1996 el Servicio de INTERPOL de la Dirección General de la Policía participó al Juzgado Central de Instrucción núm. 3, en funciones de guardia, la detención en Valencia del Sr. Borgobello y la iniciación de diligencias, con fines de extradición para el cumplímiento de la condena impuesta, a instancias de la República italiana.

i) Decretada por dicho Juzgado la prisión provisional incondicional el 31 de enero de 1996, se concedió un plazo de cuarenta días a las autoridades italianas para que formalizaran la demanda de extradición. Por Auto, de 22 de febrero de 1996, se decretó la libertad sin fianza del reclamado.

j) Mediante nota verbal fechada el 8 de marzo de 1996 la Embajada de Italia en Madrid presentó la demanda de extradición, acompañada de la correspondiente documentación, para la ejecución de las penas impuestas por los delitos de homicidio y tenencia ilícita de armas.

k) El Consejo de Ministros, en su reunión del 28 de marzo de 1996, acordó la continuación del procedimiento de extradición, lo que se comunicó a la Presidencia de la Audiencia Nacional.

1) Por AUTO NÚM. 34/96, de 5 de diciembre de 1996, la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional acordó declarar la procedencia de a extradición del Sr. Borgobello Luzuriaga solicitada por el Gobierno de Italia, sin perjuicio de la decisión última que corresponde legalmente al Gobierno.

11) La representación del recurrente interpuso recurso de súplica contra la anterior resolución, que fue también impugnada por el Ministerio Fiscal.

m) El Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, mediante AUTO NÚM. 23/97, de 21 de abril de 1997, desestimó el recurso y declaró procedente a extradición.

3. La demanda formula la solicitud de declaración de nulidad de ambos Autos, tanto el dictado por la Sección Segunda como el pronunciado por el Pleno de la Sala de lo Penal, ambos de la Audiencia Nacional. Se pretende asimismo la suspensión le la ejecución de los Autos que declaran procedente la extradición, así como del Acuerdo posterior del Consejo de Ministros. Sin embargo, no hay constancia ni acreditación de que tal Acuerdo haya sido adoptado a la fecha de presentación de a demanda, ni, por lo tanto, el sentido del mismo.

La representación del recurrente parte del criterio de que los ciudadanos extranjeros están legitimados para interponer el recurso de amparo y formula diversos motivos :>asados en la eventual vulneración de los siguientes derechos fundamentales: A la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.) en relación con el de defensa, a ser informado de la acusación y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.); a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.); al principio de legalidad penal (art. 25.1 C.E.); y al principio de igualdad (art. 14 C.E.).

a) El recurso aduce que los extranjeros sometidos en España a un procedimiento de extradición están legitimados activamente para formular recurso de amparo constitucional cuando se han vulnerado derechos fundamentales no sólo por las Autoridades españolas sino también por las del Estado requirente, con apoyo en la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 11/1983, 13/1994), y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia de 7 de julio de 1989, asunto Soering).

b) Los derechos a la tutela judicial efectiva, a la defensa, a ser informado de a acusación y a un proceso con todas las garantías habrían resultado lesionados porque el Tribunal italiano pronunció la condena en rebeldía del acusado. El Segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición (en adelante, 11 P.A. al C.E.Ex.) permite bajo ciertas condiciones la entrega del sujeto requerido condenado en rebeldía, según lo dispuesto en el art. 3 del título 111, que sólo contiene tal precepto. Ahora bien, Italia había formulado reserva al mencionado título 111. Los órganos judiciales españoles estiman de aplicación dicho título 111, porque Italia ha retirado a referida reserva, aunque la retirada no ha sido publicada en ningún Diario Oficial.

Pero aun considerando eficaz la retirada de la reserva, los Autos impugnados no dan cumplimiento a las condiciones establecidas en el título 111 del 11 P.A. al C.E.Ex., que exige que la parte requirente garantice un nuevo proceso que salvaguarde los derechos de la defensa. Simplemente examinan si se ha garantizado al Sr. Borgobello el ejercicio de los derechos de la defensa en el proceso seguido contra él en Italia. Pero la procedencia de la extradición no se condiciona a ese nuevo proceso cuya celebración es obligatoria según el reiterado título, en la hipótesis de que éste fuera aplicable.

A juicio del recurrente no es posible conceder la extradición cuando se solicita la entrega de un individuo sobre el que ha recaído condena dictada en rebeldía Nuestro ordenamiento no permite, como regla general, la celebración de un juicio en ausencia del imputado, salvo las excepciones de los juicios de faltas y de aquello procedimientos abreviados en los que la pena privativa de libertad solicitada se inferior a un año. Por otro lado, el art. 2 de la Ley de Extradición Pasiva (en adelante L.Ex.P.) impide la entrega, salvo que el Estado requirente ofrezca garantías de que el reclamado será sometido a un nuevo juicio en el que deberá estar presente debidamente defendido. La propia Audiencia Nacional ha seguido este criterio, como se demuestra en el Auto del Pleno de 25 de octubre de 1994 y en el Auto d la Sección Segunda de 20 de septiembre de 1994, así como en la STC 11/1983

Los derechos fundamentales alegados fueron vulnerados, según la demanda, e virtud del proceso que se siguió en Italia, por lo que serían imputables también a la Audiencia Nacional española, que ha dado por inexistentes tales vulneraciones. Este razonamiento se apoya en los votos particulares presentados a la STC 11/1983 Se enumeran como vicios del enjuiciamiento acaecido en Italia la falta de designación de Abogado, pues consta que fue su esposa y no él mismo quien lo nombró; que es muy posible que el Sr. Borgobello desconociera algunos o todos los cargos dirigido contra él; que una testigo no estuvo presente en el acto del juicio, por lo que si declaración fue leída en el mismo; que los peritos no demostraron que el arma hubiera sido disparada por el recurrente; que no se encontraron huellas en el coche que el Sr. Borgobello nunca pudo haber redactado de su puño y letra la carta e la que, según se afirma, da su versión de lo ocurrido, pues es analfabeto y precisamente ahora está cursando estudios en la Escuela del Centro Penitenciario para aprende a leer y a escribir.

c) La presunción de inocencia habría resultado quebrantada de forma directa por los Tribunales italianos y de forma mediata por la Audiencia Nacional, al haber sido juzgado el Sr. Borgobello en aquel país en rebeldía y al no haber considerado que éste se encontraba en España en el momento del suceso, como lo acredita el hecho de que está dado de alta en la Seguridad Social desde 1985 y porque en su momento se aportaron contratos y recibos con personas y entidades españolas que ponen de manifiesto que el recurrente vivía en España con el hijo suyo y de la fallecida, así como con la madre de ésta.

d) El quebranto del principio de legalidad penal se deriva de que la Audiencia Nacional ha otorgado efectos a la retirada de la reserva al título III del 11 P.A al C.E.Ex. desde el momento en que fue presentada al Secretario General del Consejo de Europa -presentación que al parecer tuvo lugar el 23 de agosto de 1990-, con olvido de que este principio exige una previa lex scripta, como también lo requiere los arts. 9.3 y 96.1 C.E., así como el art. 1.1 del C.C. Puesto que la retirada no está publicada, no puede ser aplicado el precepto al presente caso, tal y como entendió el Ministerio Fiscal en su adhesión al recurso de súplica.

e) La conculcación del principio de igualdad se fundamenta en que la Audiencia Nacional ha denegado hasta ahora las solicitudes de extradición formuladas por Italia por haber sido dictada la condena en rebeldía, y sólo a partir del presente caso se modifica el criterio considerando procedente la extradición. Si la normativa no ha variado, tampoco puede variar el criterio adoptado. Se citan a estos efectos e Auto del Pleno de la Audiencia Nacional de 25 de octubre de 1994 y el Auto de la Sección Segunda de la misma Audiencia de 20 de septiembre de 1994. Existe, pues, discriminación porque hay una distinción de trato carente de justificación coherente y razonable.

4. Por providencia de 10 de junio de 1997, la Sección Cuarta de este Tribunal acordó admitir a trámite la demanda de amparo y requerir la remisión de las actuaciones. Por otra providencia de la misma fecha acordó formar la oportuna pieza separada de suspensión, concediendo, en virtud de lo dispuesto en el art. 56 de la LOTC, un plazo común de tres días a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal para que alegaran lo que estimasen pertinente sobre la suspensión.

5. El Ministerio Fiscal presentó sus alegaciones el día 12 de junio de 1997, en las que expresa que no se opone a la suspensión solicitada. Tras calificarla como una medida cautelar que sirve, en su caso, para mantener un statu quo existente en el momento de dictarse la resolución judicial recurrida en amparo, e impedir que su ejecución conlleve los graves efectos que indica el art. 56 LOTC, observa que en ningún caso puede servir de medio para obtener una concesión anticipada del amparo. Con los datos obrantes en la causa, entiende que es procedente la suspensión solicitada, pero circunscrita -como viene a indicar el recurrente- a la parte de los Autos que acordaron la extradición, y puntualiza que no procede la suspensión en la parte en que mantienen la situación personal del extraditable. En otro caso éste sería entregado a las Autoridades del Estado requirente, lo que determinaría que un eventual pronunciamiento favorable en este proceso no tuviera efectos favorables más allá de los meramente declarativos, incurriendo, por tanto, en el supuesto de perjuicios de imposible o difícil reparación a que hace mención el art. 56 LOTC. Además el Fiscal tampoco entiende que concurran causas que determinen la negativa a la suspensión solicitada, pues una rápida tramitación de este proceso -exigida, por otra parte, por la situación de prisión del Sr. Borgobello- minimiza la supuesta afectación de intereses generales, y no se aprecia que se perjudiquen derechos fundamentales o libertades públicas de terceros.

6. La representación del recurrente no presentó el oportuno escrito de alegaciones.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Según la doctrina de este Tribunal acerca del art. 56,1 de la LOTC, la regla general en materia de resoluciones judiciales es la no suspensión, habida cuenta del interés general que se deriva de su ejecución y como consecuencia de la presunción de legitimidad de las actuaciones de los poderes públicos (AATC 269/1995, 288/1995, 302/1995 y 344/1995, entre los más recientes). El mismo precepto prevé como excepción el acuerdo de la suspensión «cuando la ejecución hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad».

Desde una perspectiva procesal la suspensión se muestra como «una medida cautelar, que cumple una función de equilibrio entre el poder y la libertad, conectándose directa e inmediatamente a la garantía de la efectividad de la tutela judicial que consagra el art. 24 de nuestra Constitución. En efecto, el soporte de tal medida consiste en el riesgo o la certeza de que la ejecución ocasionará un perjuicio que liaría perder al amparo su finalidad ... ), convirtiendo así una eventual Sentencia favorable en una mera declaración de buenos propósitos, desprovista de eficacia práctica» (ATC 344/1995).

2. En aplicación de la anterior doctrina, se advierte que en el presente caso se da la circunstancia de que la ejecución de las resoluciones impugnadas convertiría en ilusoria una eventual concesión del amparo, toda vez que si don Hugo Bernardo Borgobello fuera entregado a las Autoridades del Estado requirente, carecería ya de sentido que este Tribunal se pronunciara sobre las vulneraciones de derechos alegadas, que en definitiva tienen por objetivo impedir su extradición. No se aprecia que en este caso concurra una perturbación grave de los intereses generales ni de los derechos fundamentales o libertades públicas de un tercero.

Por otra parte, como con acierto indica el Ministerio Fiscal, el recurrente se encuentra en prisión provisional, lo que pone de manifiesto que serían perfectamente ejecutables los Autos impugnados en el caso de que el amparo no fuera estimado y fuera levantado el acuerdo de suspensión. Por ello debe ser mantenida la ejecutividad de tales resoluciones en lo que afecta a la situación personal del Sr. Borgobello.

ACUERDA

Por todo lo expuesto, la Sala acuerda:

1.º Suspender la ejecución del AUTO NÚM. 23/97 del Pleno de la Sala Segunda de lo Penal de la Audiencia Nacional, de fecha 21 de abril de 1997, y la del AUTO NÚM. 34/96 de la Sección Segunda de la misma Sala y Tribunal, dictado el 5 de diciembre de 1996,

rollo de Sala 6/96, dimanante del expediente gubernativo de extradición 6/96, en cuanto acuerdan la procedencia de la extradición de don Hugo Bernardo Borgobello Luzuriaga a Italia, pero no en cuanto a la situación de prisión provisional del mismo.

2.º Declarar que no procede la entrega del recurrente, en tanto no se levante la suspensión acordada en el apartado anterior.

3.º Comunicar urgentemente el presente Auto al Gobierno de la Nación por conducto del Ministerio de Justicia

Madrid, a doce de junio de mil novecientos noventa y siete.