

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid a veintinueve de junio de mil novecientos noventa y ocho.—José Gabaldón López.—Fernando García-Mon y González-Regueral.—Rafael de Mendizábal Allende.—Julio Diego González Campos.—Carles Viver Pi-Sunyer.—Tomás S. Vives Antón.—Firmados y rubricados.

18259 *Sala Segunda. Sentencia 141/1998, de 29 de junio de 1998. Recurso de amparo 2.018/1997. Contra Autos de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que declararon procedente la extradición del recurrente, solicitada por las autoridades italianas para la ejecución de las penas impuestas al mismo. Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías: exigencia de publicidad de las normas aplicadas.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don José Gabaldón López, Presidente; don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Carles Viver i Pi-Sunyer y don Tomás S. Vives Antón, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 2.018/97, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Luis José García Barrenechea, en nombre y representación de don Hugo Bernardo Borgobello Luzuriaga, y bajo la dirección letrada de doña Amalia Fernández Doyague, contra el Auto núm. 23/1997 del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de fecha 21 de abril de 1997. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Carles Viver i Pi-Sunyer, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en el Juzgado de Guardia el 12 de mayo de 1997, el Procurador de los Tribunales don Luis José García Barrenechea, en nombre y representación de don Hugo Bernardo Borgobello Luzuriaga, y bajo la dirección letrada de doña Amalia Fernández Doyague, interpuso recurso de amparo, contra el Auto del que se hace mérito en el encabezamiento.

2. Los hechos más relevantes que se desprenden de la demanda y documentos aportados 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. 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.

b) El día 21 de septiembre de 1990 el Letrado aportó al Tribunal italiano un escrito redactado en castellano por el señor 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 Secretaría del Tribunal el nombramiento del citado Abogado y la designación del domicilio de éste a efectos de citaciones, firmada por el señor Borgobello, firma autenticada por su esposa. En este escrito se autorizaba al Abogado para que impugnara, en su caso, la posible Sentencia condenatoria, otorgándole poder especial al efecto.

c) Celebrado el juicio en rebeldía del señor 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 de prisión y como autor de un delito de tenencia ilícita de armas a la pena de dos años de prisión y multa de un millón de liras.

d) 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.

e) 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 devino en aquel momento firme.

f) La Fiscalía de la República ante el Tribunal de Milán emitió la Orden Internacional de Detención núm. 2.002/91, contra el ahora recurrente de amparo el 16 de enero de 1992.

g) En España, 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 señor Borgobello y la iniciación de diligencias, con fines de extradición, para el cumplimiento de la condena impuesta, a instancias de la República Italiana.

h) 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.

i) 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.

j) 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.

k) Continuado el expediente de extradición en vía judicial, el recurrente se opuso a la entrega solicitada por Italia. Por su parte el Ministerio Fiscal emitió un infor-

me en el que estimaba procedente denegar la extradición. El Auto núm. 34/1996 de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 5 de diciembre de 1996, acordó declarar la procedencia de la extradición del señor Borgobello Luzuriaga solicitada por el Gobierno de Italia para el cumplimiento de la pena de diecinueve años de reclusión, sin perjuicio de la decisión última que corresponde legalmente al Gobierno de la Nación.

I) La representación del recurrente interpuso recurso de súplica contra la anterior resolución, que fue también impugnada por el Ministerio Fiscal, en el sentido de solicitar que fuera denegada la extradición.

II) El Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, mediante Auto núm. 23/1997, de 21 de abril de 1997, desestimó el recurso y declaró procedente la extradición.

m) Por Acuerdo del Consejo de Ministros adoptado en su reunión del día 16 de mayo de 1997 se decidió la entrega del recurrente a las autoridades de Italia.

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 de la ejecución de los Autos que declaran procedente la extradición, así como del Acuerdo posterior del Consejo de Ministros. La demanda parte del criterio de que los ciudadanos extranjeros están legitimados para interponer el recurso de amparo y formula diversos motivos basados 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, con el derecho a ser informado de la acusación y con el derecho 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 requiriente, con apoyo en la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 11/1983 y 13/1994) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia de 7 de julio de 1989, asunto Soering).

b) La Audiencia Nacional ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva por haber utilizado una motivación irrazonable respecto a la aplicación al caso del art. 3 del Segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición. Aunque el recurrente entiende que dicho precepto no es verdaderamente aplicable, lo que fundamenta en otros motivos, acepta la hipótesis de la aplicabilidad a efectos meramente dialécticos. Pues bien, exclusivamente desde esta perspectiva, la demanda expresa que los razonamientos de la Audiencia son contradictorios e incoherentes, puesto que por un lado, intenta demostrar que el señor Borgobello tenía garantizada la celebración de un nuevo juicio en Italia, en tanto que por otro, en la parte dispositiva de las resoluciones, no se condiciona la procedencia de la extradición a la exigencia a las autoridades italianas de que se celebre nuevamente dicho juicio, como sería lo razonable, sino que se declara tal procedencia sobre la base de haber sido realizado un *minimum* de actividad en la defensa del señor Borgobello.

c) Los derechos a la tutela judicial efectiva, a la defensa, a ser informado de la acusación y a un proceso con todas las garantías habrían resultado lesionados por

que el Tribunal italiano pronunció la condena en rebeldía del acusado. El Segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición permite bajo ciertas condiciones la entrega del sujeto requerido condenado en rebeldía, según lo dispuesto en el art. 3 del título III, que sólo contiene tal precepto. Ahora bien, Italia había formulado reserva al mencionado título III. Los órganos judiciales españoles estiman de aplicación dicho título III, porque Italia ha retirado la referida reserva, aunque la retirada no ha sido publicada en ningún diario oficial.

En opinión 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 aquellos procedimientos abreviados en los que la pena privativa de libertad solicitada sea inferior a un año. Por otro lado, el art. 2 de la Ley de Extradición Pasiva impide la entrega en caso de condena en rebeldía, salvo que el Estado requiriente ofrezca garantías de que el reclamado será sometido a un nuevo juicio en el que deberá estar presente y 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 de 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, por razón 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 señor Borgobello desconociera algunos o todos los cargos dirigidos contra él; que una testigo no estuvo presente en el acto del juicio, por lo que su declaración fue simplemente 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 señor Borgobello nunca pudo haber redactado de su puño y letra la carta en 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 aprender a leer y a escribir.

d) 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 señor 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. Si bien es cierto que el proceso de extradición no implica un juicio sobre la culpabilidad o inocencia del afectado, reconoce el recurrente, también es verdad que el derecho a la presunción de inocencia ha sido vulnerado por los Tribunales italianos, de modo que esa vulneración repercute en la actuación de la Audiencia Nacional y, en definitiva, le es imputable a ésta.

e) 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 Segundo Pro-

toloco 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 requieren 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.

f) 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 el 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. Resulta además absurdo que se diga en las resoluciones judiciales impugnadas que la retirada de la reserva surtió efectos a partir de agosto de 1990, cuando a pesar de ello y después de esa fecha la Audiencia Nacional dictó Autos, como los que se acaban de citar, en los que denegaba la extradición por tratarse de demandas presentadas por Italia en las que se pretendía el cumplimiento de condenas dictadas en rebeldía, al no estar prevista legalmente en dicho país la celebración de un nuevo juicio.

4. Mediante providencia de 10 de junio de 1997, la Sección Cuarta de este Tribunal acordó admitir a trámite la demanda y solicitar a los órganos judiciales el envío de las correspondientes actuaciones, así como requerir al Juzgado Central de Instrucción núm. 3 para que emplazara a quienes fueron parte en el procedimiento para que pudieran comparecer, si lo deseaban, en el proceso constitucional de amparo en el plazo de diez días.

5. Por providencia de la misma fecha que la anterior, la referida Sección Cuarta de este Tribunal acordó formar la oportuna pieza para la tramitación del incidente de suspensión, de conformidad con el art. 56 de la LOTC. El informe del Ministerio Fiscal, registrado en este Tribunal con fecha 12 de junio de 1997, no se opuso a la suspensión solicitada. Por su parte, la representación del recurrente no presentó alegaciones al respecto, pero sí aportó a este Tribunal mediante fax, de 19 de mayo de 1997, copia de la comunicación del Ministerio de Justicia por la que se participaba que el Consejo de Ministros, en su reunión del día 16 de mayo de 1997, había acordado la entrega del ahora recurrente a las autoridades de Italia en ejecución de la extradición a la que accedió la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en virtud de Auto de fecha 5 de diciembre de 1996, y con las condiciones y límites que el mismo recoge.

Por Auto de 12 de junio de 1997, la Sala Segunda de este Tribunal acordó suspender la ejecución de la extradición, pero no la situación de prisión provisional decidida respecto a don Hugo Bernardo Borgobello en los Autos impugnados.

6. En virtud de providencia de 14 de julio de 1997, la Sección Cuarta de este Tribunal acordó dar vista de las actuaciones recibidas a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días, dentro de

los cuales podrían presentar las alegaciones que estimasen pertinentes, conforme determina el art. 52.1 de la LOTC.

La representación del recurrente presentó sus alegaciones en escrito registrado en el Juzgado de Guardia de Madrid el 10 de septiembre de 1997. Hace especial hincapié en la vulneración del principio de legalidad y publicidad de las normas penales del art. 25.1 C.E., puesto que la retirada de la reserva por parte de Italia al art. 3 del Segundo Protocolo no ha sido objeto de publicación oficial según exige el art. 96.1 C.E., el art. 1.5 C.C. y el art. 32 del Decreto 801/1972, de 29 de marzo. Esta exigencia se deriva asimismo de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, que impone el carácter escrito de la reserva y de su retirada. A la misma conclusión llega la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1989, que requiere la publicación de la norma convencional para formar parte del ordenamiento jurídico interno. Por lo que se refiere a la infracción del principio de igualdad por haber cambiado de criterio la Audiencia Nacional en este caso, se mencionan como resoluciones anteriores que denegaban la extradición a Italia de sujetos condenados allí en rebeldía las siguientes: STC 11/1983, Auto del Pleno de la Audiencia Nacional de 25 de octubre de 1994, Auto de la Sección Segunda de la Audiencia Nacional de 20 de septiembre de 1994 y Auto de la Sección Primera de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre de 1996.

Las alegaciones del Ministerio Fiscal se formularon por escrito registrado en este Tribunal el 18 de septiembre de 1997, interesando la estimación del amparo y la anulación de las resoluciones impugnadas. No obstante, el Fiscal descarta los motivos de infracción del principio de legalidad penal y de infracción del principio de igualdad. Según su criterio, el principio de legalidad sancionadora del art. 25 C.E. se refiere esencialmente a las normas de Derecho material, es decir, las que tipifican las correspondientes infracciones, a cuya realización anudan una sanción o pena como consecuencia jurídica, y no a las de índole procesal, como lo es la reserva —y ulterior retirada, al parecer no publicada en ningún diario oficial— a una disposición de un Tratado, respecto de la necesaria celebración de un nuevo juicio al condenado en rebeldía, cuya protección, en su caso, deberá ser reconducida al derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 C.E. El representante del Ministerio Público estima que tampoco debe prosperar la queja relativa a la lesión del principio de igualdad, ya que el recurrente no aporta materialmente las decisiones de la Audiencia Nacional acordadas con anterioridad al presente caso, con lo que no es posible comprobar que los supuestos sean idénticos y, en definitiva, no cabe apreciar el primer requisito exigido para la vulneración del art. 14 C.E.; en todo caso, los Autos recurridos ofrecen una explicación razonada de los motivos que llevan a considerar procedente la extradición, lo que supondría un apartamiento razonado de decisiones anteriores. De los restantes motivos del recurso, el Fiscal sólo considera relevante la queja que se deriva del derecho del condenado en rebeldía a la celebración de un nuevo juicio con su presencia, siendo los demás motivos derivaciones de éste. Tras comparar las amplias posibilidades de celebrar juicios en rebeldía según la legislación italiana y los supuestos tasados en que según la Ley Española de Enjuiciamiento Criminal cabe la celebración de un juicio en ausencia del acusado, se llega a la conclusión de que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, establecido en el art. 24.2 C.E., al no supe-

ditar la concesión de la extradición a la celebración de un nuevo juicio —en cuanto en nuestro sistema procesal no se hubiera producido la condena en rebeldía— o al menos a la habilitación de un trámite de audiencia al condenado.

7. Por providencia de 25 de junio de 1998, se señala para deliberación y votación de la presente Sentencia el 29 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo, interpuesto por la vía del art. 44 LOTC, impugna las decisiones judiciales adoptadas por la Audiencia Nacional que consideraron procedente la extradición del ciudadano argentino don Hugo Bernardo Borgobello Luzuriaga a la República Italiana. Los motivos por los que se formula el recurso son varios, aduciendo, de un lado, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.) en relación con el de defensa, con el derecho a ser informado de la acusación y con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.) y, de otro lado, la lesión de los derechos a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.), al principio de legalidad penal (art. 25.1 C.E.) y a la igualdad (art. 14 C.E.).

Pero antes de iniciar el análisis concreto de tales quejas resulta necesario hacer referencia a la distinta relevancia constitucional de éstas. Desde la perspectiva constitucional de un recurso de amparo formulado contra una decisión judicial que declara procedente la extradición, es evidente que pueden ser alegadas vulneraciones de derechos fundamentales imputadas de modo directo e inmediato a los órganos judiciales españoles por sus propias acciones u omisiones. Pero a partir de la STC 13/1994 hemos reconocido que las lesiones de derechos fundamentales que procedan de las autoridades extranjeras en el proceso penal de origen —lesiones ya acaecidas o el temor racional y fundado de que tales lesiones se produzcan en el futuro (ATC 23/1997; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de enero de 1989, caso Soering, A. 161, pfs. 85 y ss.)— podrían ser imputables a los Tribunales españoles que las conocieran y a pesar de ello autorizasen la entrega, porque en tal caso contribuirían bien a que el derecho fundamental ya quebrantado no fuera restablecido, bien a favorecer una futura lesión de los derechos fundamentales del extraditado, convirtiéndose así en autores *eo ipso* de una nueva lesión contra los derechos del extranjero extraditado.

A estos efectos hay que tener en cuenta que la demanda de extradición puede incluir cualesquiera de estas dos pretensiones: bien la entrega del sujeto para ser enjuiciado por los Tribunales del Estado requiriente, al que se le acusa de haber cometido un hecho punible (que caso de ser estimada, daría lugar a la llamada extradición procesal o de imputado), bien la puesta a disposición de un individuo que en su momento fue enjuiciado penalmente e incluso condenado, sin que llegara a cumplir la pena o la medida de seguridad impuesta con el objeto de que efectivamente la cumpla (pretensión que si fuera declarada procedente, originaría la llamada extradición ejecutiva o de condenado). A estas dos modalidades extradictorias han hecho referencia la STC 11/1983 y el ATC 307/1986. Pues bien, resulta evidente que las posibilidades de que el Estado requiriente restaure el derecho fundamental eventualmente vulnerado son mucho mayores cuando el proceso penal iniciado en dicho Estado no ha concluido todavía porque a lo largo de su desarrollo existen oportunidades de alegar la lesión por el interesado y de ser restablecido en

su caso por las instancias oportunas. Por el contrario, si al proceso penal originario sólo le resta para quedar concluido la ejecución de la pena o medida de seguridad, los órganos judiciales españoles deberán prestar atención a las posibles lesiones de derechos fundamentales producidas en el extranjero e invocadas por el reclamado de extradición para una eventual restauración de las mismas. No obstante, tanto en la una como en la otra hipótesis deben ser tenidas en cuenta las demás circunstancias concurrentes, en particular si el Estado requiriente garantiza de *iure* y de *facto* análogos derechos fundamentales a los reconocidos por nuestra Constitución.

2. En el presente caso se trata de una extradición ejecutiva o de condenado, en cuanto que se ha acordado la entrega de un sujeto ya enjuiciado y condenado en Italia, para que cumpla en dicho país un total de diecinueve años de reclusión. El recurrente invoca en este proceso de amparo vulneraciones que se originan inmediatamente tanto por la actuación de los órganos judiciales italianos, cuanto por la de los Tribunales españoles. Aunque unas y otras lesiones se encuentran relacionadas entre sí, resulta oportuno anteponer el análisis de las imputadas a la propia actuación de los Tribunales españoles.

Todas las quejas de rango constitucional que se dirigen por el recurrente directamente contra las resoluciones de la Audiencia Nacional tienen por objeto el mismo sustrato procesal, que puede resumirse del modo siguiente: el presupuesto radica en que el proceso que se siguió contra él en Italia fue llevado a cabo en su ausencia, a pesar de lo cual (y aquí aparece el núcleo del problema) el órgano judicial español accede a la extradición sobre la base de un Tratado, afectado por una disposición no publicada oficialmente, Tratado sin cuya aplicación al caso no sería posible acordar la entrega a las autoridades del Estado reclamante.

Efectivamente, las dos resoluciones judiciales impugnadas en esta sede reconocen que el señor Borgobello no estuvo presente en ninguna de las instancias que se sucedieron a lo largo del proceso desarrollado en Italia. Sin embargo, consideran aplicable al caso el Segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición, hecho en Estrasburgo el 17 de marzo de 1978 («Boletín Oficial del Estado» de 11 de junio de 1985), y en particular su título III, integrado únicamente por el art. 3, cuyo texto es el siguiente:

«Art. 3. El Convenio se completará con las disposiciones siguientes: "Sentencias en rebeldía":

1. Cuando una Parte Contratante pida a otra Parte Contratante la extradición de una persona con el fin de ejecutar una pena o una medida de seguridad impuesta en virtud de una resolución dictada contra ella en rebeldía, la Parte requerida podrá denegar dicha extradición si, en su opinión, el proceso que dio lugar a la Sentencia no respetó los derechos mínimos de defensa reconocidos a cualquier persona acusada de un delito. No obstante, se concederá la extradición si la Parte requiriente diese la seguridad que se estimare suficiente para garantizar a la persona cuya extradición se solicita el derecho a un nuevo proceso que salvaguarde los derechos de la defensa. Esta decisión autorizará a la Parte requiriente bien a ejecutar la sentencia de que se trate, si el condenado no se opusiere a ello, bien en caso contrario a proceder contra la persona objeto de extradición.

2. Cuando la Parte requerida comunicare a la persona cuya extradición se solicite la resolución

dictada contra ella en rebeldía, la Parte requiriente no considerará esta comunicación como una notificación que produzca efectos con respecto al procedimiento penal en dicho Estado.»

La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, tanto su Sección Segunda como en Pleno, reconocen que el título III que se acaba de transcribir fue objeto de una reserva de Italia, efectuada en el acto de la firma de este Protocolo. No obstante, ponen de relieve que dicho Estado retiró la referida reserva a través del mecanismo previsto en el art. 9.3 del mismo Protocolo mediante la comunicación al Secretario General del Consejo de Europa, retirada que produjo sus efectos el día de su recepción por el Secretario General, el 23 de agosto de 1990. Según las resoluciones judiciales impugnadas, aunque no consta la publicación de la referida retirada de reserva, ésta ha llegado a su conocimiento por otros medios, concretamente mediante comunicación directa de las autoridades italianas a la Sala en diversas ocasiones. En consecuencia el precepto es aplicable al caso. Ahora bien, el proceso celebrado en la República Italiana contra el recurrente ha concluido por Sentencia firme y dicho Estado no ha dado garantías de que esté dispuesto a celebrar un nuevo proceso sino que considera que durante el ya celebrado fueron respetados los derechos mínimos de defensa. Los órganos judiciales españoles, tras concretar cuáles son esos derechos mínimos de defensa, llegan a la conclusión de que sí fueron respetados en este caso por los Tribunales italianos y, por lo tanto, consideran procedente la entrega del señor Borgobello.

3. Una vez concretado lo que va a constituir el primer objeto de nuestra atención, se hace necesario seleccionar aquella perspectiva constitucional de análisis que estimamos preferente, dado que las quejas formuladas por el recurrente son plurales, pero coincidentes todas ellas sobre el mismo objeto ya referido.

A estos efectos resulta preciso recordar que en el vigente Derecho español la extradición pasiva o entrega de un ciudadano extranjero a otro Estado constituye un procedimiento mixto, administrativo-judicial, en el que se decide acerca de la procedencia o no de la entrega solicitada por dicho Estado en su demanda de extradición. En el proceso en vía judicial de la extradición no se decide acerca de la hipotética culpabilidad o inocencia del sujeto reclamado ni se realiza un pronunciamiento condenatorio, sino simplemente se verifica el cumplimiento de los requisitos y garantías previstos en las normas para acordar la entrega del sujeto afectado (SSTC 102/1997, 222/1997 y 5/1998; AATC 307/1986, 263/1989 y 277/1997). Se trata, pues, de un proceso sobre otro proceso penal previamente iniciado e incluso concluido sólo que a falta de la ejecución en otro Estado. Si los órganos españoles competentes estiman procedente la demanda de extradición, ello acarrea como consecuencia directa e inmediata la salida del sujeto del territorio español y su correlativa entrega a las autoridades del Estado requirente, y como consecuencia indirecta, el posible enjuiciamiento y, en su caso, cumplimiento de una sanción jurídica de naturaleza penal en el ámbito del Estado requirente.

Sentado lo anterior y puesto de conexión con las circunstancias particulares del presente supuesto, resulta evidente que ninguna tacha puede ponerse al proceder de la Audiencia Nacional desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que las resoluciones impugnadas son perfectamente razonadas, no están incursas en error patente y se hallan suficientemente motivadas. Tampoco puede prosperar la alegada vulneración del principio a la lega-

lidad penal, puesto que, como señala el Ministerio Fiscal, este principio se refiere a las normas penales o sancionadoras administrativas sustantivas no a las procesales. Debemos, pues, centrar nuestro enjuiciamiento en la pretendida vulneración del derecho constitucional a un proceso con todas las garantías, contemplado en el art. 24.2 C.E.

4. Siendo la extradición pasiva un procedimiento que no tiene por finalidad la sanción penal de una conducta sino sólo hacer posible el proceso penal propiamente dicho en otro Estado, no son trasladables miméticamente las garantías del proceso penal al procedimiento extradictorio, de modo que algunas de las que rigen en este último se revisten de ciertas modulaciones y requieren matizaciones particulares (STC 102/1997).

Ciertamente, las llamadas fuentes de la extradición pasiva se recogen en un precepto de la Constitución, el art. 13.3 de la misma, que queda extramuros de los derechos fundamentales susceptibles de ser tutelados a través del recurso extraordinario de amparo (SSTC 11/1983 y 11/1985; y AATC 112/1982, 403/1983, 488/1983, 593/1983, 780/1984, 59/1985, 899/1985 y 924/1987). Pero lógicamente en el proceso de extradición rigen los derechos previstos en el art. 24 C.E., como hemos indicado expresamente en diversas ocasiones (STC 11/1983, y AATC 165/1983, 372/1983, 593/1983, 59/1985, 558/1985 y 736/1985) y como se deduce implícitamente de la mayoría de las resoluciones sobre extradición en las que nos hemos ocupado de las vulneraciones de tales derechos. Concretamente, en algún supuesto de extradición hemos comprobado si ha sido respetado o no el derecho a un proceso con todas las garantías (AATC 780/1984 y 736/1985).

A los efectos de la resolución del presente recurso debe recordarse que «este Tribunal ha perfilado varios de los límites que la Constitución —y principalmente sus arts. 17, 24 y 25— impone a la potestad de las autoridades españolas para extraditar a quien se encuentra perseguido penalmente en otro Estado. Desde luego no cabe duda de que uno de los más fundamentales de tales límites consiste en la necesidad de contar con una previa y expresa cobertura de Ley, como traslucen los arts. 17.1 y 25.1 C.E.» (ATC 114/1991). En el mismo sentido hemos afirmado la vigencia del principio *nulla traditio sine lege* (AATC 274/1987 y 499/1988), que en definitiva implica que la primera y más fundamental de las garantías del proceso extradictorio es que la entrega venga autorizada por alguna de las disposiciones que menciona el art. 13.3 C.E.: Tratado o Ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Sucede aquí como en otros pasajes de la Constitución que, si bien prevén concretas garantías procedimentales, no son susceptibles de ser invocados autónomamente en un recurso de amparo, pero sí en conexión con alguno de los derechos fundamentales y libertades comprendidos entre los arts. 14 a 30 de la norma fundamental; tal ocurre, por ejemplo, en los arts. 71, 102, 117.3 y 118 C.E.

Esta garantía, incluida en la máxima *nulla traditio sine lege*, obedece a distintas finalidades. Por una parte, pretende que la extradición quede sometida básicamente a reglas jurídicas y no exclusivamente a la voluntad de los Estados, que no pueden extraditar arbitrariamente a quienes se encuentran en su territorio, según se deriva del art. 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del art. 5.1.f) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y del art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por otra parte, el principio *nulla traditio sine lege* supone subor-

dinar a normas adoptadas por los legítimos representantes la actuación de los órganos judiciales que contribuyen a la decisión favorable o desfavorable respecto a la entrega. Y, finalmente, permite ofrecer a los destinatarios una mayor seguridad jurídica, en atención a la necesaria previsibilidad de las consecuencias de los propios actos, en relación con una medida como la extradición que determina efectos perjudiciales en la esfera del afectado y, en sentido amplio, en su derecho a la libertad.

5. Según criterio del recurrente, la mencionada garantía no ha sido respetada en su caso porque la extradición se ha apoyado en una retirada de reserva a un precepto de un Tratado que no ha sido publicada en un diario oficial y que por lo tanto no constituye derecho vigente. En esta falta de publicación coinciden las resoluciones judiciales impugnadas, sólo que restan toda relevancia a este aspecto.

Desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español no ofrece dudas que la publicidad de las normas y la publicación de las escritas es una exigencia constitucional. El art. 9.3 dispone que la Constitución garantiza la publicidad de las normas. Según el art. 91 el Rey, tras la sanción y promulgación de las Leyes, ordenará su inmediata publicación. Y el art. 96.1 establece que los Tratados Internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. En el ámbito de la legalidad ordinaria, el art. 1.5 del C.C. determina que las normas jurídicas contenidas en los Tratados Internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el «Boletín Oficial del Estado». Y en el art. 2.1 del mismo Código se prevé que las Leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el mismo boletín, si en ellas no se dispone otra cosa.

Aunque el principio de publicidad de las normas no tiene la naturaleza de derecho fundamental (ATC 647/1986), no cabe duda de que viene exigido constitucionalmente en el art. 9.3 C.E. Con carácter general, esta garantía es consecuencia ineluctable de la proclamación de España como un Estado de Derecho y se encuentra en íntima relación con el principio de seguridad jurídica consagrado en el mismo art. 9.3 (SSTC 179/1989 y 151/1994). Desde la perspectiva de los ciudadanos adquiere una relevancia esencial, ya que éstos sólo podrán asegurar sus posiciones jurídicas, así como su efectiva sujeción y la de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, si los destinatarios de las normas tienen una efectiva oportunidad de conocerlas en cuanto tales normas, mediante un instrumento de difusión general que dé fe de su existencia y contenido, por lo que resultarán evidentemente contrarias al principio de publicidad aquellas normas que fueran de imposible o muy difícil conocimiento (STC 179/1989).

6. El siguiente paso argumentativo consiste en dilucidar si la retirada de la reserva a un Tratado debe ser o no publicada oficialmente para que produzca plenos efectos en nuestro ordenamiento, publicación que —como se ha indicado— no consideran exigible los Autos impugnados. En consecuencia debe quedar al margen de nuestro examen tanto la constitucionalidad del Tratado, que en ningún momento ha sido cuestionada, como los efectos de la retirada de la reserva en el ordenamiento internacional.

Si la reserva consiste en una declaración unilateral hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un Tratado multilateral, o al adherirse a él, y si tiene por finalidad excluir o modificar los efectos jurídicos de

ciertas disposiciones del Tratado en su aplicación a ese Estado, según disponen los arts. 2.1.d) y 21.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (cuyo Instrumento de Adhesión fue publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 13 de junio de 1980), la consecuencia es que la reserva, en cuanto modifica o excluye una disposición, forma parte del Tratado y, por la misma razón, también forma parte de él la retirada de la misma. Se trata en este caso de una reserva de exclusión de un precepto, plenamente efectiva en las relaciones extradictorias entre Italia y España, ya que al estar prevista expresamente la posibilidad de formularla en el art. 9.3 del Segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición, no requiere la aceptación ulterior de los demás Estados parte. En cuanto a la retirada de la reserva, se puede producir en cualquier momento, sin necesidad de que el Estado que la hubiere aceptado manifieste su consentimiento respecto a la retirada, de conformidad con el art. 22.1 de la Convención de Viena. El Segundo Protocolo mencionado indica en su art. 9.3 que la retirada se efectuará mediante una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, y que surtirá efectos el día de la fecha de su recepción. La reserva significaba en este supuesto la ausencia de consentimiento de la República Italiana para obligarse respecto al título III del Segundo Protocolo, esto es, la falta de vigencia del mismo en las relaciones extradictorias italo-españolas; en tanto que la retirada de dicha reserva implicaba, en principio, la entrada en vigor del referido título entre ambos Estados.

El art. 32.2 del Decreto 801/1972, de 24 de marzo, sobre la ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados Internacionales obliga a que la retirada de las reservas formuladas por otros Estados a los Tratados multilaterales en que España sea parte, sea publicada en el «Boletín Oficial del Estado». Pero, lo que es más importante desde el punto de vista constitucional, el art. 96.1 C.E. determina que formarán parte del ordenamiento interno aquellos Tratados Internacionales, válidamente celebrados, una vez que hayan sido publicados oficialmente en España.

Luego una cláusula de un Tratado —y ya se ha indicado que la retirada de reserva lo es— no entra a formar parte del ordenamiento jurídico español si no ha sido previamente publicada de forma oficial. Los Tribunales españoles no pueden aplicar un precepto convencional que no se ha integrado en nuestro Derecho, especialmente si con él resulta afectado un derecho fundamental de los particulares como es el de la libertad. Y este caso se enmarca precisamente en el ámbito de Tratados que afectan a derechos fundamentales individuales, lo que se pone de relieve porque la ratificación del Segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición ha sido autorizada por las Cortes Generales en virtud del art. 94.1 C.E. Ha de tenerse además en cuenta que en el ámbito de la extradición pasiva el derecho a la libertad no sólo está comprometido por lo que respecta a la condena a una sanción penal o, más aún como en este caso, al cumplimiento de una pena de reclusión en el Estado requiriente, sino asimismo por lo que se refiere a impedir la permanencia en territorio español de un extranjero mediante su traslado forzoso a la frontera y entrega a las autoridades reclamantes. Por otra parte, el incumplimiento de las autoridades españolas de sus obligaciones respecto a la publicación de las incidencias de un Tratado no puede repercutir perjudicialmente en la esfera de intereses de un individuo reclamado de extradición.

7. Los argumentos que emplean tanto la Sección Segunda como la Sala de lo Penal en Pleno de la Audien-

cia Nacional para dar por válida la retirada de reserva no publicada oficialmente no modifican la conclusión que se acaba de alcanzar. En efecto, la circunstancia de que sí esté publicado en el «Boletín Oficial del Estado» el Segundo Protocolo Adicional no sirve para paliar la ausencia de aparición en un diario oficial español de la retirada de reserva en cuestión, puesto que como ya hemos dejado sentado, tal retirada afecta a un aspecto esencial del Tratado, a saber, que las partes se encuentren vinculadas por uno de sus preceptos. A lo que hay que añadir que la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de 11 de junio de 1985, del Instrumento de Ratificación del Segundo Protocolo incluyó precisamente la reserva formulada por Italia al título III, lo que daba pie a entender que el mismo no regía en las relaciones italo-españolas, y eso es lo que ocurre efectivamente hasta tanto no sea publicada oficialmente en España la retirada de esa reserva.

No hace falta entrar en la cuestión de si se ha cumplido o no la necesaria notificación de la retirada de la reserva por parte del Secretario del Consejo de Europa a España, obligatoria en virtud de lo dispuesto por el art. 12.g) del Segundo Protocolo, dado que tal regla no supone en absoluto una modificación del art. 96.1 C.E. Por la misma razón tampoco puede ser suplida la falta de publicación exigida constitucionalmente por el hecho de que la retirada de la reserva haya sido comunicada directamente a la Audiencia Nacional por las autoridades italianas, porque los justiciables no tienen obligación de conocer el Derecho escrito aplicable a través de los precedentes judiciales, sino, en todo caso, la posibilidad de conocerlo mediante su publicación en los diarios oficiales.

En suma, la Audiencia Nacional declaró procedente la extradición en aplicación de un precepto que, al no estar publicada oficialmente la retirada de reserva que le afectaba, no formaba parte del ordenamiento jurídico español y, en consecuencia, vulneró la garantía fundamental de la extradición de que ésta sólo pueda ser concedida en cumplimiento de un Tratado o de la Ley, atendiendo al principio de reciprocidad.

La procedencia del amparo por este motivo hace innecesario que nos ocupemos de las restantes vulneraciones de derechos fundamentales aducidas por el recurrente.

Por último, debe señalarse que, no siendo subsanable este vicio constitucional, no procede ordenar la retroacción de las actuaciones.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo interpuesto por don Hugo Bernardo Borgobello Luzuriaga y, en su virtud:

1.º Declarar que los Autos recurridos han vulnerado el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías.

2.º Restablecerle en el citado derecho y, a tal efecto, anular los Autos núm. 23/1997 del Pleno de la Sala Segunda de la Audiencia Nacional, de fecha 21 de abril

de 1997 y núm. 34/1996 de la Sección Segunda de la misma Sala y Tribunal, de 5 de diciembre de 1996.

Comuníquese esta Sentencia al Gobierno de la nación por conducto del Ministerio de Justicia y publíquese en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid a veintinueve de junio de mil novecientos noventa y ocho.—José Gabaldón López.—Fernando García-Mon y González-Regueral.—Rafael de Mendizábal Allende.—Julio Diego González Campos.—Carles Viver i Pi-Sunyer.—Tomás S. Vives Antón.—Firmados y rubricados.

18260 *Sala Segunda. Sentencia 142/1998, de 29 de junio de 1998. Recurso de amparo 4.693/1997. Contra Auto de la Audiencia Provincial de Albacete que acordó confirmar en súplica otro por el que se acordaba el mantenimiento de prisión provisional del recurrente mientras se tramitaba y resolvía recurso de casación presentado contra la Sentencia que le condenó como cómplice de un delito de asesinato. Vulneración del derecho a la libertad: plazo máximo de la prisión provisional.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don José Gabaldón López, Presidente; don Fernando García-Mon y González Regueral, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Carles Viver Pi-Sunyer y don Tomás S. Vives Antón, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 4.693/97 promovido por don Manuel Marhuenda Cañadas, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Laura María del Villar Lozano Montalvo y asistido del Letrado don Miguel García Carretero, contra el Auto de 17 de octubre de 1997, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Albacete, dictado en el rollo 18/93, procedente del sumario 3/93, por el que acordó confirmar en súplica otro de 29 de septiembre del mismo año, por el que se acordaba la continuación en la situación de prisión provisional del recurrente mientras se tramitaba y resolvía el recurso de casación presentado contra la sentencia que le condenó como cómplice de un delito de asesinato, y autor de un delito y una falta de hurto de uso. Ha sido parte el Procurador don Luis Estrugo Muñoz, en nombre y representación de doña Pilar Navarro Segura, y el Ministerio Fiscal, siendo Ponente el Magistrado don Tomás S. Vives Antón, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Por escrito que tuvo entrada en este Tribunal el 15 de noviembre de 1997, don Manuel Marhuenda Cañadas, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Laura María del Villar Lozano Montalvo y asistido del Letrado don Miguel García Carretero, presentó recurso de amparo contra los Autos que se reseñan en el encabezamiento de esta resolución.