

DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DURANTE EL TERCER CUATRIMESTRE DE 2009

JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS
JUAN CARLOS DUQUE VILLANUEVA
IGNACIO TORRES MURO
ENRIC FOSSAS ESPADALER

I. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL.—II. FUENTES DEL DERECHO.—III. DERECHOS FUNDAMENTALES.

I. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

1. En el último cuatrimestre de 2009 se han dictado pocas pero muy interesantes resoluciones en el orden procesal. Han seguido sucediéndose los Autos resolutorios de las súplicas interesadas por el Ministerio Fiscal frente a inadmisiones de demandas de amparo por incumplimiento del deber de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso (art. 49.1 LOTC) y, por contraste con lo sucedido en cuatrimestres anteriores, sólo dos de ellos han sido estimatorios (1). En todos los casos se ha dado aplicación a los criterios formales de justificación establecidos en los AATC 188/2008, de 21 de julio, y

(1) AATC 283/2009 (Sección Tercera), de 17 de diciembre, y 262/2009 (Sección Primera), de 11 de noviembre. En este último se afirma que el requisito en cuestión puede satisfacerse en un escrito de ampliación de la demanda, siempre que aún no se hubiera agotado el plazo disponible para interponer el recurso de amparo ni se hubiese dictado ya providencia de inadmisión.

289 y 290/2008, de 22 de septiembre (2), así como al concepto de la «especial trascendencia constitucional» apuntado en sus principios por la STC 155/2009, de 25 de junio (3). Tres de ellos, sin embargo, merecen destacarse por cuanto seguramente son indicativos del modelo de amparo que el Tribunal pretende desarrollar con los mimbres de la reforma de 2007 (4).

El primero de dichos Autos es el ATC 284/2009 (Sección Tercera), de 17 de diciembre, que insiste en la diversidad conceptual que media entre la lesión del derecho y la especial trascendencia del recurso, descartando que para la admisión de la demanda del caso sea bastante «poner de relieve la relevancia del derecho a la presunción de inocencia» (FJ 2), pues es además necesaria alguna «reflexión [...] sobre las razones por las que, a partir de la jurisprudencia ya existente, un pronunciamiento de fondo [...] podría ser útil para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, o para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales [...] en los términos ya analizados en la STC 155/2009» (*loc. cit.*). Es así cada vez más evidente el perfil «objetivo» del recurso de amparo, al que nuevamente se opone el Magistrado Sr. Gay Montalvo en un voto particular que sobre todo discrepa del rigor observado por la Sala al exigir el cumplimiento de un requisito procesal sólo perfilado a partir de la STC 155/2009, posterior a la demanda inadmitida.

Esa «objetivación» evidente habría llevado a la inadmisión de dos demandas de amparo que, sin embargo, por haberse interpuesto antes de la reforma de 2007, han sido estimadas por las SSTC 186 y 198/2009, de 7 y 28 de septiembre, ambas de la Sala Segunda y la última también referida a la presunción de inocencia (5). En cualquier caso, el proceso de objetivación del recurso de amparo adquiere caracteres muy particulares a la vista de los AATC 272/2009 (Sala Segunda), de 26 de noviembre, y 274/2009 (Sección Cuarta), de 30 de

(2) Reseñados en las crónicas publicadas en *REDC*, núm. 84, 2008, págs. 227-228, y núm. 85, 2009, págs. 229-231.

(3) De la que se dio cuenta en la crónica precedente, *REDC*, núm. 87, 2009, págs. 287-288.

(4) A ellos podría sumarse un cuarto, el ATC 239/2009 (Sección Cuarta), de 21 de septiembre, por el que se inadmite un sorprendente recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal, pese a compartir la providencia recurrida, «a los efectos de que se clarifique a la empresa recurrente, que le ha manifestado su disconformidad con la decisión recurrida, el motivo de inadmisión» (Antecedente 4). Súplica vicaria que la Sección inadmite... no sin antes satisfacer, pese a todo, la curiosidad de la demandante.

(5) Véase, para los detalles, *infra*, págs. 328-329. No hay aquí ninguna contradicción, sino sólo la consecuencia de la aplicación simultánea de dos legislaciones diferentes: la primera, atenta a la reparación de la lesión individual en todo caso; la segunda, centrada en la relevancia de las cuestiones constitucionales suscitadas con motivo de una infracción lesiva.

noviembre (6). En ellos se afirma que, una vez advertido que en la demanda se justifica la especial trascendencia constitucional del recurso (art. 49.1 LOTC), procede comprobar si, en efecto, concurre la especial trascendencia que justifica una decisión sobre el fondo [art. 50.1.b) LOTC]. Es decir, y como resulta obvio, que, alegada por el actor la trascendencia de su recurso, es necesario que el Tribunal comparta esa apreciación. Con todo, lo anterior no es suficiente para la admisión de la demanda, sino que, de manera un tanto sorprendente, reaparece ahora el requisito de la lesión del derecho, que no ha de ser «*prima facie* descartable» para que el «recurso merezca una decisión sobre el fondo» (ATC 272/2009, FJ 1).

La Sala Segunda recupera así la vieja categoría del «contenido constitucional de la demanda», entendiendo que tras la reforma de 2007 «continúa siendo inadmisibile el recurso cuyo contenido, a la vista de la manifiesta falta de apariencia de las lesiones aducidas, no justifique una decisión sobre el fondo, lo que excluye, ahora igual que antes, la tramitación y resolución en forma de Sentencia de los recursos de amparo que ya en la fase de admisión aparezcan como insusceptibles de estimación», de manera que la novedad de la reforma consiste en que «para superar el juicio de admisibilidad, además de que no quepa descartar *prima facie* la existencia de una lesión, se requiere que concurra una especial trascendencia constitucional» en los términos de la STC 155/2009 (*loc. cit.*).

Así las cosas, la demanda de amparo puede inadmitirse: (A) aun cuando haya habido lesión, si el recurso es intrascendente, y (B) si es patente que la lesión no existe, sin necesidad de examinar si el recurso es trascendente en los términos alegados por el demandante. Lo primero es muy razonable en el contexto de un amparo puramente objetivo, sólo interesado en la lesión como medio para la creación o matización de la doctrina constitucional y para el aseguramiento de su observancia por los poderes públicos, en general, y los Tribunales ordinarios, en particular. Lo segundo, en cambio, provoca algún desconcierto sobre el modelo en ciernes. Por un lado, parece olvidarse que el valor doctrinal de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional no depende de la estimación o desestimación de las demandas, sino que es inherente a la fundamentación jurídica en la que se sostienen, cualquiera que sea su desenlace. Por otro, se relativiza enormemente el criterio de la trascendencia, que a la luz de las primeras

(6) El ATC 274/2009 resuelve una súplica del Ministerio Fiscal. El ATC 272/2009 no responde a ningún recurso, sino que abunda en la práctica que, después de la supresión legislativa de los Autos de inadmisión de recursos de amparo, viene observando el Tribunal para motivar el rechazo de una demanda cuando la mera indicación de los preceptos aplicados puede suscitar dudas fundadas sobre el fundamento de la inadmisión. Al respecto puede verse la crónica publicada en *REDC*, núm. 85, 2009, pág. 231, nota 10.

decisiones del Tribunal tras la reforma de 2007 parecía la clave del nuevo modelo y que ahora resulta ser un mero añadido a la exigencia del viejo requisito del «contenido constitucional».

Poco parece haber cambiado, en efecto, si, como afirma la Sala, «ahora igual que antes», de la redacción originaria del artículo 50.2.b) LOTC se desprende que «la voluntad del legislador orgánico era evitar el desarrollo total del procedimiento y el pronunciamiento de una resolución en forma de Sentencia cuando, ya en el momento inicial, se percibía con «claridad meridiana» que «la misma en ningún caso podría ser estimatoria» (ATC 52/1980, de 15 de octubre, FJ 2); es decir, cuando ya en el inicio del procedimiento podía excluirse cualquier apariencia de lesión» (ATC 272/2009, FJ 1). Algo indiscutible cuando el amparo tenía por objeto la reparación de toda lesión de derechos fundamentales y, en cambio, más difícil de admitir si su sentido se desvincula de esa finalidad reparadora en beneficio de la doctrinal.

En fin, siendo evidente que la demanda de amparo sólo puede estimarse si la lesión denunciada se ha demostrado cierta, condicionar a esa circunstancia la propia admisibilidad del recurso supone privar al Tribunal de la oportunidad de sentar doctrina allí donde haya advertido un asunto trascendente. Al que puede dar respuesta —y con perfecta fuerza vinculante para la doctrina de los Tribunales ordinarios— también con un fallo desestimatorio.

Por último, y en cualquier caso, no deja de ser llamativo que un planteamiento tan determinante para el futuro de la jurisdicción de amparo no se haya formalizado en una resolución del Pleno.

2. Todavía en el ámbito de la admisibilidad de los recursos, aunque con un alcance mucho menor, es de reseñar el ATC 251/2009 (Pleno), de 13 de octubre, (BOE de 4 de noviembre) (7) mediante el que se inadmite un conflicto en defensa de la autonomía local por considerar «notoriamente infundada la controversia suscitada». Causa de inadmisión prevista en el artículo 75 quinquies 1 LOTC y para la que el Tribunal decide aplicar la doctrina establecida en relación con la inadmisión de cuestiones de inconstitucionalidad *ex* artículo 37.1 LOTC.

En relación con la subsidiariedad del amparo y la exigencia del agotamiento de todos los remedios posibles y de la oportuna invocación de la lesión supuestamente padecida [art. 44.1.a) y c) LOTC], es de interés la observación del Magistrado Sr. Pérez Tremps en su voto particular a la STC 199/2009 (Sala Pri-

(7) Conflicto planteado por varios municipios riojanos contra la redacción dada al apartado 1 del artículo 196 de la Ley 5/2006, de 2 de mayo, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja, por el artículo 40.2 de la Ley riojana 5/2008, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2009.

mera), de 28 de septiembre (8), en el sentido de que aquellos requisitos debieran también exigirse por referencia al Ordenamiento del Estado que ha cursado una orden europea de detención y entrega frente a cuya ejecución se opone el afectado imputando mediatamente a los Tribunales españoles una lesión en realidad imputable a la autoridad extranjera.

3. Sobre los efectos de las declaraciones de inconstitucionalidad han de subrayarse dos Sentencias de la Sala Primera. De un lado, la STC 200/2009, de 28 de septiembre, que, en aplicación del artículo 66 LOTC, modula el alcance de la nulidad de unos preceptos reglamentarios relativos a la gestión estatal de determinados incentivos, salvando las situaciones consolidadas y anulando las resoluciones que no habían agotado sus efectos al tiempo de dictarse la Sentencia.

De otra parte, y sobre todo, la STC 209/2009, de 26 de noviembre (9), ilustrativa de los efectos de una Sentencia interpretativa más allá del concreto proceso constitucional en el que se ha dictado y de la norma allí enjuiciada. Se afirma allí que la interpretación de conformidad dada en la STC 69/1996 (Pleno), de 4 de abril, al artículo 45 de la Ley General Presupuestaria (1988), y después reiterada en varias Sentencias, debe entenderse aplicable a cualquier norma posterior que reproduzca su contenido (en el caso, al art. 24 LGP, 2003). Para la Sala, la STC 69/1996 es «una Sentencia interpretativa que, al desplegar sus efectos vinculantes frente a todos los poderes públicos, señala la interpretación de la norma [...] que es conforme con la Constitución y excluye al propio tiempo para el futuro la interpretación de esa misma norma que resultaría inconstitucional» (STC 209/2009, FJ 2). Tras censurar al legislador por no haber acomodado la legislación al sentido de aquella Sentencia, afirma el Tribunal que, «en la medida en que el legislador resulta vinculado por las Sentencias dictadas por este Tribunal en procedimientos de declaración de inconstitucionalidad (art. 164.1 CE y art. 38.1 LOTC), ha de entenderse que el pronunciamiento interpretativo de la STC 69/1996 [...] sobre el artículo 45 LGP-1988 proyecta su eficacia sobre el actual artículo 24 LGP-2003, de idéntico contenido» (*loc. cit.*). Un planteamiento con el que seguramente se demuestra artificiosa la paradoja que ha querido verse en la impugnación selectiva de las últimas reformas estatutarias.

(8) Comentada *infra*, págs. 329-330.

(9) Véase también *infra*, pág. 319.

4. Dos Sentencias de este cuatrimestre insisten en la línea jurisprudencial de la STC 63/2005 (Sala Segunda), de 14 de marzo (10), en materia de prescripción penal, haciéndose eco de la resistencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo a esa doctrina e invocando de nuevo el artículo 5.1 LOPJ, como ya hiciera la Sala Segunda en la STC 147/2009, de 15 de junio (11). Se trata de las SSTC 195/2009 (Sala Segunda), de 28 de septiembre, y 206/2009 (Sección Tercera), de 23 de noviembre (12).

Sin embargo, el verdadero embate contra la posición institucional del Tribunal Constitucional ha venido de la mano del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que en Sentencia de 26 de noviembre de 2009 (rec. núm. 585/2008) se ha juzgado competente para determinar si el Tribunal Constitucional había incurrido en dilaciones indebidas durante la tramitación de un recurso de amparo. Dictada cuando aún no era aplicable el nuevo apartado 5 del artículo 139 LRJAPPAC (13) —que atribuye al Consejo de Ministros la competencia para fijar el importe de las indemnizaciones que procedan cuando el Tribunal Constitucional haya declarado, a instancia de parte interesada, la existencia de un funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad—, la Sentencia de la Sala Tercera pretende cubrir un vacío donde sólo hay, en su caso, una competencia de control sobre el Tribunal Constitucional reservada al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Un nuevo episodio en el conflicto ya endémico entre ambos Tribunales que aquí sólo puede dejarse apuntado. Aunque no están de más dos observaciones. En primer lugar, que la Sentencia del Supremo no parece llamada a ser un hecho aislado en el ínterin de la entrada en vigor del artículo 139.5 LPAC, pues expresamente se dice en el Fundamento Sexto que «[l]a decisión del Tribunal Constitucional respecto si ha incurrido o no en funcionamiento anormal [...] acaso sea vinculante para el Consejo de Ministros, pero es una decisión no jurisdiccional sino gubernativa con las consecuencias que de esta naturaleza se derivan en orden a su posible revisión jurisdiccional». En segundo lugar, y al hilo de esta advertencia, que acaso sea éste el primer supuesto para la aplicación

(10) Reseñada en *REDC*, núm. 74, 2005, págs. 302-303.

(11) De la que se dio cuenta en la crónica anterior, *REDC*, núm. 87, 2009, pág. 290.

(12) Comentadas *infra*, págs. 322-323.

(13) Introducido por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial (BOE 266, de 4 de noviembre), que reforma, entre otras, la Ley 30/1992, de 29 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

del procedimiento de nulidad introducido con el nuevo artículo 4 LOTC por la reforma de 2007 (14) (*Juan Luis Requejo Pagés*).

II. FUENTES DEL DERECHO

1. En lo que a este apartado de la crónica se refiere, únicamente cabe resaltar durante el último cuatrimestre del año 2009 la STC 190/2009 (Sala Primera), de 28 de septiembre (15), en la que se reitera una precedente doctrina constitucional, recogida inicialmente en la STC 177/2002 (Sala Primera), de 14 de octubre, y posteriormente reproducida en la STC 208/2003 (Sala Segunda) (16), de 1 de diciembre, sobre el valor y condiciones de validez de los usos parlamentarios.

La Sentencia resuelve el recurso de amparo promovido por el Portavoz del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados contra los Acuerdos de la Mesa de la Cámara de 1 y 15 de febrero de 2005, por los que se inadmitió la solicitud de comparecencia del Vicepresidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores ante la Comisión de Economía y Hacienda. Tras declarar que los «usos parlamentarios han constituido tradicionalmente, y siguen constituyendo un importante instrumento normativo dentro del ámbito de organización y funcionamiento de las Cámaras», el Tribunal traslada a los usos parlamentarios, como ya hiciera en las mencionadas SSTC 177/2002, de 14 de octubre, y 208/2003, de 1 de diciembre, la doctrina sentada en relación con las resoluciones intraparlamentarias dictadas por el Presidente u órganos de gobierno de las Asambleas para interpretar los Reglamentos parlamentarios en caso de duda o para suplir sus omisiones. Se niega así que los usos parlamentarios tengan el mismo valor que las propias normas del Reglamento parlamentario aprobadas por los Plenos de las Cámaras e igualmente que puedan generar normas con rango de ley, que el artículo 23.2 CE exige como requisito para establecer condiciones o requisitos de acceso a los cargos públicos o para su permanencia o ejercicio, resultando condicionada su validez, al igual que la de las normas intraparlamentarias, al respeto al Reglamento de la Cámara, que se configura como su «límite inmediato». En este sentido, el Tribunal concluye

(14) Posibilidad ya considerada por el Tribunal en el asunto que dio lugar al ATC 107/2009 (Pleno), de 24 de marzo, comentado en la crónica publicada en *REDC*, núm. 86, 2009, pág. 270.

(15) Véase también *infra*, pág. 321.

(16) Véanse, respectivamente, las reseñas correspondientes a la doctrina del Tribunal Constitucional durante los últimos cuatrimestres de los años 2002 y 2003, *REDC*, núm. 67, 2003, págs. 235-236, y núm. 70, 2004, pág. 296.

afirmando que «la práctica parlamentaria efectivamente instaurada en el seno de la Cámara no puede resultar tan restrictiva que impida u obstaculice desproporcionadamente las facultades reconocidas a los parlamentarios en el ejercicio de sus funciones constitucionalmente garantizadas», de forma que «los usos parlamentarios son eficaces para la regulación del modo de ejercicio de las prerrogativas parlamentarias, pero no pueden restringir su contenido reconocido en una norma reglamentaria» (FJ 4).

En aplicación de la reseñada doctrina constitucional, la Sala admite en este caso, como ya se hiciera en las Sentencias anteriormente referidas, la existencia de una práctica parlamentaria no discutida por las partes, conforme a la cual, pese a que son las Comisiones quienes tienen reglamentariamente atribuida la facultad de recabar la comparecencia en su seno de autoridades, funcionarios públicos u otras personas (art. 44 RCD), son los Grupos parlamentarios los que a través de su portavoz pueden formular a la Mesa de la Cámara las propuestas de comparecencia en las Comisiones, correspondiendo a la Mesa de la Cámara pronunciarse sobre la admisión a trámite de la iniciativa y a la Comisión competente la decisión de recabar o no la competencia solicitada. Considera la Sala que esta facultad de propuesta, en virtud de la aludida práctica parlamentaria, forma parte del *ius in officium* de los Diputados, por lo que debe entenderse incluida, en cuanto su finalidad sea el control del Gobierno, dentro del núcleo básico de la función parlamentaria que garantiza el artículo 23.2 CE (FJ 3).

Por el contrario, la Sala niega validez a la práctica parlamentaria de que las comparecencias de los órganos colegiados se efectúe a través de su Presidente, en la que la Mesa de la Cámara había fundado su decisión de inadmisión, al limitar la facultad parlamentaria reconocida en el Reglamento de «instar la comparecencia de las autoridades o funcionarios públicos competentes por razón de la materia objeto de debate, a fin de informar a la Comisión» (art. 44.3 RCD), pues aquella práctica impide la presencia en Comisión de otros miembros de dichos órganos colegiados, restringiendo de este modo la mayor amplitud de la previsión reglamentaria. Se razona al respecto en la Sentencia que «[l]as reglas relativas al modo de comparecer los órganos colegiados ante el Parlamento han de armonizarse con la facultad de los parlamentarios de oír a las personas o autoridades que consideren que, personalmente y en razón de su cargo, puedan aportar elementos de juicio que contribuyan a la tarea de control del Gobierno», si bien en tales casos «es evidente que no se tratará de una comparecencia del órgano en cuestión, sino de la persona citada, que lo hará en cuanto autoridad o cargo público, sin que pueda entenderse que sus manifestaciones reflejen la opinión del órgano colegiado, sino la suya propia» (FJ 4) (*Juan Carlos Duque Villanueva*).

III. DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Por comenzar con las Sentencias relacionadas con el principio/derecho de igualdad, cabe decir que en este cuatrimestre han sido escasas, poco trascendentes, y repetitivas. Un ejemplo de ello son las SSTC 201, 202 y 203/2009, de 27 de octubre, y 213/2009, de 26 de noviembre, todas del Pleno, relacionadas con la modificación del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Tienen su origen en sendas cuestiones de inconstitucionalidad, que en los tres primeros casos se plantean contra el trato penal diferente según el sexo en los delitos de maltrato y coacciones leves (arts. 153.1 y 171.4 CP), y en el cuarto añaden el matiz de preguntarse también sobre la constitucionalidad del artículo 87 ter de la LOPJ, tema que no se admite a trámite por defectos de forma, con el voto particular del Magistrado Sr. Rodríguez Arribas. El Tribunal se limita a repetir su doctrina ya conocida (SSTC 59/2008, 81/2008, 99/2008, 45/2009, 127/2009 y 153/2009), reiterándose incluso los votos particulares (de los Magistrados Sres. Conde Martín de Hijas, Delgado Barrio y Rodríguez-Zapata Pérez), y concluyendo que dichas reformas no son contrarias ni al principio de igualdad (art. 14 CE), ni al derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), ni al principio de culpabilidad (art. 24.2 CE), ni al de legalidad penal (art. 25 CE).

En aplicación de doctrina constitucional consolidada (SSTC 69/1996 y 23/1997, entre otras) se otorga el amparo, en la STC 209/2009 (Sala Primera), de 26 de noviembre (17), al constatar una vulneración del derecho a la igualdad ante la ley, desde el momento en que el órgano judicial otorgó a la Administración tributaria un trato privilegiado, en cuanto al devengo de los intereses moratorios, que es constitucionalmente infundado, al carecer de un fundamento objetivo y razonable, con perjuicio para la recurrente. En síntesis, se combate la interpretación judicial de que no deben reconocerse los intereses moratorios solicitados por la demandante, por considerar que la Administración no había incurrido en mora, al no haber transcurrido el plazo de tres meses previsto en el artículo 24 de la LGP (2003). Para el Tribunal el *dies a quo* del devengo de los intereses reclamados por el retraso en el pago por la AEAT de una cantidad debe comenzar desde que la Sentencia de instancia fija la misma, independientemente de que su exigibilidad se produce cuando adquiera firmeza, porque lo contrario es un trato desigual injustificado.

(17) Véase también *supra*, pág. 315.

2. La inviolabilidad del domicilio, el derecho al secreto de las comunicaciones, y el derecho a un proceso con todas las garantías son el objeto de la STC 197/2009 (Sala Primera), de 28 de septiembre. Respecto a la primera niega el Tribunal la existencia de vulneración, dado que la intervención en determinados locales estaba correctamente apoyada en las correspondientes autorizaciones del Juez, y la que se produjo en una furgoneta no necesitaba de las mismas, al no tener ese vehículo la condición de domicilio. Sí la hubo, sin embargo, del derecho al secreto de las comunicaciones, porque los Autos que autorizaban la intervención no incorporaron ningún dato objetivo que pueda considerarse indicio de la existencia del delito, y de la conexión de la persona cuyas comunicaciones se intervienen en el mismo, por lo que hay que concluir que el órgano judicial no ha valorado, en los términos constitucionalmente exigibles, la concurrencia del presupuesto legal habilitante para la restricción de dicho derecho fundamental. Por el contrario, no considera lesivo el hecho de que no conste la notificación formal al Ministerio Fiscal de los Autos que autorizan las intervenciones, porque ello no ha impedido el control inicial de su desarrollo y cese, dado que, al haberse acordado en el seno de un proceso, aquél pudo intervenir en las actuaciones en defensa de la legalidad, y como garante de los derechos del ciudadano. La apreciada vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías se deriva de que los órganos judiciales no realizaron juicio alguno de desconexión entre la prueba viciada por la vulneración del derecho fundamental y el resto de las pruebas que sirven de fundamento a la condena, un juicio que corresponde realizar a los órganos de la jurisdicción ordinaria.

En las SSTC 219 y 220/2009 (Sección Primera), de 21 de diciembre, en las que se recurren condenas, derivadas de unos mismos hechos relacionados con delitos de tráfico de drogas, y con los mismos argumentos, el Tribunal deniega el amparo, porque no aprecia ni incongruencia omisiva vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva, y a la defensa (pretensión del recurrente no debidamente planteada en la instancia, existió respuesta judicial expresa), ni lesión del derecho al Juez predeterminado por la ley (no tienen trascendencia constitucional las cuestiones de competencia entre órganos judiciales, la pretensión penal ha sido examinada por el Juez ordinario), ni vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (motivación suficiente de los Autos de intervención telefónica, el que no conste la intervención de intérprete es un dato que carece de relevancia, pues los materiales pueden ser traducidos por agentes de la plantilla policial, la falta de notificación al Ministerio Fiscal ya sabemos —Sentencia 197/2009, de 28 de septiembre, referida más arriba— que tampoco es lesiva), ni lesión de los derechos a un proceso con todas las garantías, a la defensa y a la asistencia letrada (la incomunicación se decretó de forma motivada y en

aplicación de los preceptos legales que la permiten, las declaraciones sumarias incriminatorias fueron introducidas en el acto del juicio en condiciones que garantizan la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, contradicción e inmediación), ni vulneración del derecho a la presunción de inocencia, porque la condena se sustenta en pruebas de cargo válidamente practicadas.

3. Una Sentencia interesante sobre el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas (art. 23.2 CE), relacionado con los derechos de los parlamentarios, es la STC 190/2009 (Sala Segunda), de 28 de septiembre (18), en la que se otorga el amparo, apoyándose en doctrina ya muy consolidada, contra la decisión de la Mesa, basada en los usos parlamentarios, de no aceptar la comparecencia del Vicepresidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, argumentando que quien debe acudir al Congreso de los Diputados es el Presidente de la misma, o persona en quien delegue. El Tribunal razona que las normas consuetudinarias parlamentarias, referentes a la comparecencia formal de los órganos colegiados a través de su Presidente, no pueden restringir la prerrogativa parlamentaria de instar la comparecencia de «autoridades y funcionarios públicos competentes por razón de la materia objeto del debate» (art. 44.3 RC), de tal manera que impidan la presencia ante la correspondiente Comisión parlamentaria de otros miembros de dichos órganos. Es importante, a los efectos del sistema de fuentes parlamentarias, que se remache que los usos parlamentarios son eficaces para la regulación del modo de ejercicio de las prerrogativas parlamentarias, pero no pueden limitar su contenido reconocido en la norma reglamentaria.

4. Como de costumbre, la mayoría de las decisiones del Tribunal en este cuatrimestre tienen que ver con diversos aspectos del artículo 24 CE. Por lo que respecta al derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión en general, la primera en el tiempo es la STC 182/2009 (Sala Segunda), de 7 de septiembre, en la que, con cita de la doctrina sentada en las SSTC 8/2003, de 20 de enero, y 169/2005, de 20 de junio, se otorga el amparo a quien (querellante) no se le dio traslado del recurso de queja interpuesto por los querrelados, recurso que tuvo como consecuencia el sobreseimiento del proceso.

Un caso de error patente, que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, y que conduce al otorgamiento del amparo, es el que se resuelve en la STC 189/2009 (Sección Tercera), de 21 de septiembre, en la que el Tribunal aprecia,

(18) También reseñada *supra*, págs. 317-318.

con aplicación de la doctrina ya clásica al respecto, que el razonamiento utilizado por la Audiencia Provincial para negar la legitimación al apelante para pretender la condena de su oponente por un delito más grave, y la condena a cierta responsabilidad civil, se basó en un presupuesto equivocado, como fue negarle la condición de acusación particular, condición con la que inequívocamente había actuado durante la totalidad del proceso penal, que la equivocada negación de dicha condición fue determinante de la decisión judicial adoptada, que el error padecido por el órgano judicial resulta inmediatamente verificable con el examen de las actuaciones, y que no cabe reprochar al demandante conducta alguna que incidiera o propiciara el error padecido. En este mismo terreno del error patente, y con aplicación de nuevo de la doctrina clásica, se encuentra la STC 211/2009 (Sala Primera), de 26 de noviembre, en la que se otorga también el amparo, porque una Sentencia se basa en el deslinde anulado previamente por otras, siendo así que éstas habían sido admitidas como pruebas documentales en el recurso de casación, que la ausencia de la toma en consideración del contenido de dichas resoluciones resulta sólo imputable al órgano judicial, y que se ha concedido carácter decisivo a la validez de un deslinde administrativo que ya había sido anulado previamente de manera firme por los órganos judiciales competentes, de tal forma que, en ausencia de este error, no resulta posible apreciar cuál hubiera sido el criterio del órgano judicial.

Reiterando su conocida doctrina sobre la prescripción de los delitos (por todas, STC 63/2005), el Tribunal reacciona, contra la flagrante desobediencia de la Sala Segunda Tribunal Supremo, y de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en esta materia, otorgando el amparo en la STC 195/2009 (Sala Segunda), de 28 de septiembre (19), porque la decisión adoptada al respecto por los órganos judiciales al rechazar la prescripción del delito no satisface el canon de motivación reforzada en los términos exigidos por la Sentencia citada, vulnerando el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva. El Magistrado Sr. Rodríguez Arribas reitera, en un voto particular, su tesis de que no le corresponde al Tribunal Constitucional establecer criterios en estas materias, que deberían quedar reservadas a la jurisdicción ordinaria, especialmente a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, tesis que expone de nuevo con la esperanza de que alguna vez el Tribunal Constitucional modifique la doctrina que últimamente se viene sentando, lo que no es obstáculo, en su opinión, para reconocer que esa doctrina ha de ser respetada y aplicada por los órganos de la jurisdicción ordinaria, en acatamiento a lo dispuesto en el artículo 5 LOPJ, sin que sea admisible que se prescinda de ella o se la discuta para no obedecerla. En

(19) A la que ya se ha hecho referencia *supra*, pág. 316.

la misma línea, y casi en los mismos términos, se pronuncia la Sección Tercera del Tribunal en la STC 206/2009, de 23 de noviembre, que vuelve a exponer la doctrina ya conocida, y reacciona contra una situación en la que Juzgado de lo Penal y Audiencia Provincial aplican, a sabiendas, los criterios sobre la prescripción formulados en el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2005, contradictorios con los que se derivan de la jurisprudencia constitucional reiterada. Recordando la existencia del artículo 5.1 LOPJ, el Tribunal constata la existencia de una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, y anula parcialmente las Sentencias de instancia, retro trayendo actuaciones.

El recurrente en amparo en el pleito resuelto por la STC 211/2009 (Sala Primera), de 26 de noviembre, combate su orden de expulsión del territorio nacional por lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva, pero el Tribunal no le otorga el amparo, razonando que la procedencia de la misma se afirma, en la resolución correspondiente, tras tomar en consideración sus alegaciones (arraigo familiar no acreditado, y solicitudes denegadas de permiso de residencia y trabajo) y las restantes circunstancias concurrentes en el caso (conducta antisocial, evidenciada por múltiples detenciones por delitos graves), efectuando un juicio de proporcionalidad respetuoso con los criterios de graduación de la sanción a aplicar en un procedimiento administrativo sancionador. Tampoco, para la Sala, el Tribunal contencioso dictó resoluciones contradictorias, porque, aunque suspendiera cautelarmente la expulsión al considerar acreditado el arraigo familiar, en la Sentencia definitiva afirma que tal arraigo, a la vista del conjunto de circunstancias del caso, no puede valorarse como una circunstancia especial que determine la desproporción de la expulsión, independientemente de que dicho dato puede ser valorado de forma distinta por los órganos judiciales al adoptar una medida cautelar de suspensión de la expulsión y posteriormente en la Sentencia que realiza el enjuiciamiento de fondo.

Un supuesto en el que se aprecia vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia omisiva, con aplicación de doctrina consolidada, es el que se resuelve en la STC 204/2009 (Sección Tercera), de 23 de noviembre. El órgano judicial no dio una respuesta específica y previa a una alegación principal y autónoma (que el incidente de nulidad de actuaciones admitido se había presentado fuera de plazo), y este silencio causó al demandante de amparo una situación de indefensión material, pues, de haberse apreciado su alegación, la nulidad de actuaciones planteada por la otra parte procesal hubiera sido desestimada.

Son numerosas las Sentencias en este cuatrimestre sobre la problemática del acceso a la justicia o al proceso. La primera es la STC 183/2009 (Sala Pri-

mera), de 7 de septiembre, en la que se deniega el amparo a un sindicato que había visto rechazada su pretensión de recurrir la adjudicación de un contrato de apoyo técnico. El Tribunal razona que la confederación sindical carece de un interés legítimo, puesto que no ha acreditado que fuera a lograr la obtención de un beneficio, o la desaparición de un perjuicio, en caso de que se estimara la pretensión ejercida a través del recurso contencioso-administrativo. Refiriéndose a otras decisiones en las que sí se había estimado el amparo (singularmente la STC 112/2004, de 12 de julio), la Sala afirma que la pretensión ejercida por la parte recurrente —anulación de la adjudicación a una determinada empresa— no guarda vinculación con el interés propio del sindicato, que declaró suficiente en ese otro caso, a los efectos de su legitimación. Para la mayoría no puede considerarse desproporcionado exigir, al sindicato recurrente del acto de adjudicación, que hubiera impugnado previamente la convocatoria, ni que los órganos judiciales rechazaran que pudieran hacerse valer pretensiones relativas a la convocatoria del concurso a través del recurso promovido contra la resolución de adjudicación. En un extenso voto particular la Presidenta Sra. Casas Baamonde rechaza que el asunto pueda limitarse a la tutela judicial efectiva, sin referirlo también a la libertad sindical. Además, afirma que la adjudicación de un contrato de externalización es una actuación que afecta a los intereses de los trabajadores, por lo que no es cuestionable la existencia de un interés sindical concreto y directo en estos supuestos. Ese interés no desaparece en función de otras actuaciones que haya realizado el propio sindicato, como la impugnación o no de la resolución de la convocatoria del concurso. Cuando dicha adjudicación tiene consecuencias para los trabajadores, como sucede necesariamente en los procesos de subcontratación empresarial, no es aceptable negar la legitimación de quienes tienen constitucionalmente atribuida la representación y defensa de los intereses de aquéllos (arts. 7 y 28.1 CE), pues se restringe de manera injustificada el derecho a la obtención de una tutela judicial efectiva impetrada en el ejercicio del derecho de libertad sindical.

La STC 185/2009 (Sala Primera), de 7 de septiembre, otorga el amparo, por lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que la apreciación de la concurrencia de la excepción de falta de acción, por el hecho de que la parte recurrente no haya especificado en su demanda en cuál de los cuatro apartados del artículo 128 LPL funda sus pretensiones, constituye una interpretación rigurosa de los presupuestos de admisibilidad allí previstos, que ha impedido el acceso a la justicia de manera desproporcionada y contraria al principio *pro actione*. Además, la decisión de desestimación de la demanda por falta de acción, adoptada por el órgano judicial, ha desconocido el derecho de la demandante a obtener una respuesta judicial de fondo sobre la pretensión deducida. Vuel-

ve a otorgar el amparo el Tribunal, en este caso la Sala Segunda, en la STC 187/2009, de 7 de septiembre, en la que se declara lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva una inadmisión fundamentada en la atribución a la parte de un incumplimiento procesal que, examinadas las actuaciones, se revela como a todas luces inexistente.

También se aprecia una lesión del artículo 24.1 CE en la STC 194/2009 (Sala Primera), de 28 de septiembre, porque es demasiado rigorista, y contraria al principio *pro actione*, la interpretación de los Tribunales de que el demandante había acudido a un órgano judicial cuya incompetencia conocía de antemano, o actuara con una conducta negligente o contraria a la lealtad procesal, hiciera un uso fraudulento del proceso, o desconociera las indicaciones que se le hubieran hecho por la Administración, o por algún órgano judicial, sobre cuál era la vía jurisdiccional adecuada, si la civil o la contencioso-administrativa, para reclamar contra un determinado daño, dado que ésta era una cuestión controvertida cuando planteó su acción.

En la STC 196/2009 (Sala Primera), de 28 de septiembre, se otorga el amparo a la SGAE porque el órgano judicial apreció su falta de legitimación pasiva en un procedimiento, entablado por un consumidor contra el establecimiento correspondiente, en el que se dilucidaban cuestiones de propiedad intelectual —constitucionalidad del canon por copia privada (art. 25 LPI)—, tema en el que *prima facie* resulta evidente la existencia de un interés legítimo por su parte. Firma un voto particular el Magistrado Sr. Rodríguez-Zapata Pérez, para quien la interpretación del órgano judicial, al limitar la relación jurídica a la que se constituye entre el comprador y el vendedor de un soporte audiovisual, sin constatar el interés legítimo de la SGAE, es compatible con el artículo 24.1 CE. Con repetición de una ya muy consolidada doctrina (entre las más recientes, la STC 72/2008), la STC 207/2009 (Sección Primera), de 25 de noviembre, otorga el amparo porque la interpretación que defiende la resolución impugnada, imponiendo al demandante la obligación de reaccionar en vía judicial contra la desestimación presunta por silencio administrativo negativo de su solicitud, so pena de convertir esa inactividad en un consentimiento del acto presunto, es irrazonable y choca con la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva.

En la STC 210/2009 (Sala Primera), de 26 de noviembre, se rechaza, en primer término, que haya vulneración del derecho al Juez legal porque un Magistrado, nombrado por la Asamblea legislativa para la Sala de lo Civil y de lo Penal de un Tribunal Superior de Justicia, sea adscrito a tiempo parcial a la de lo Contencioso-Administrativo, en aplicación del artículo 330.4 LOPJ (ATC 102/2004, de 13 de abril). Por el contrario, sí se aprecia vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia) por negar la legitimación para

recurrir a una concejala que tiene un interés concreto respecto al objeto del proceso en cuestión, interés dirigido a la consecución de un funcionamiento ajustado a Derecho de la corporación local de la que forma parte, interés que es un interés legítimo. Negar la legitimación a una concejala para recurrir un acuerdo, en cuya adopción no pudo intervenir, limitó su labor de control, y cerró el acceso a la jurisdicción de quien ostentaba un interés concreto y legítimo, con claro desconocimiento del derecho reconocido en el artículo 24.1 CE. También se otorga el amparo en un supuesto en el que se había denegado a una asociación de empleados de correos la legitimación para impugnar el Real Decreto 370/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el estatuto del personal de la sociedad estatal Correos y Telégrafos. Para la Sección Primera (STC 218/2009, de 21 de diciembre) es notoria la concordancia de los fines estatutarios de la asociación recurrente con el objeto del litigio, de modo que la negación del interés de la misma comporta una interpretación rigorista y desproporcionada del acceso a la jurisdicción.

Se otorga el amparo, por vulneración del derecho al acceso a los recursos, en la STC 217/2009 (Sección Tercera), de 14 de diciembre, que aplica doctrina constitucional consolidada, razonando que una resolución judicial que acuerda no tramitar un recurso de reposición porque no se expresaba la infracción de la ley procesal en la que incurría el Auto impugnado, aunque se afirmara que existía una vulneración del derecho del menor a su integridad física y moral, efectúa una interpretación desproporcionada de los requisitos formales del artículo 452 LEC y resulta lesiva del artículo 24.1 CE.

Ha dado bastante juego en este cuatrimestre el tema de la inmodificabilidad/intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, aunque las Sentencias se limitan a reiterar doctrina consolidada. Así en la STC 192/2009 (Sala Primera), de 28 de septiembre, el Tribunal otorga el amparo afirmando que ha habido vulneración del artículo 24.1 en tanto se reabrió el análisis de lo ya resuelto por Sentencia firme, desconociendo el efecto de cosa juzgada, y privando de eficacia a lo que se había decidido con firmeza en otros procesos, lesionándose, con tal actuación, la seguridad jurídica de quien se vio protegido judicialmente por las Sentencias dictadas en unos procesos anteriores entre la mismas partes. La Sala Segunda, en su STC 193/2009, de 28 de septiembre, reacciona contra la anulación de una Sentencia firme al margen de los supuestos y casos taxativamente previstos por la Ley, estimando la demanda de amparo, y reconociendo que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante.

Lo mismo hace la STC 216/2009 (Sección Tercera), de 14 de diciembre, que razona que las resoluciones impugnadas modificaron la situación jurídica creada por una Sentencia firme al margen de los procedimientos legalmente

establecidos a tal efecto, y sin ninguna razón que justifique dicha alteración, vulnerando el derecho a la tutela judicial de la recurrente. En la STC 208/2009 (Sala Primera), de 26 de noviembre, se rechaza, en primer término, que se haya vulnerado el derecho al Juez legal, entre otras cosas porque la demandante de amparo, que se queja de la intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa, recurrió a ésta (Audiencia Nacional) en primera instancia, con éxito por cierto, de manera que, por un lado, los órganos de dicha jurisdicción no pueden ser competentes para declarar la nulidad de actos administrativos y dejar de serlo para declarar su conformidad a Derecho, y, por otro, no parece razonable considerar competente a la Audiencia Nacional para resolver un recurso de este tipo, pero no al Tribunal Supremo para resolver la casación. Ya en el terreno de la inmodificabilidad se constata que la Sentencia del Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) contiene pronunciamientos incompatibles con lo declarado por la Audiencia Provincial de Madrid. Ambos órganos llegan a distintas conclusiones no sólo por una interpretación distinta de las normas, sino también por una apreciación diferente respecto de una cuestión fáctica. No nos encontramos ante dos resoluciones que se pronuncian sobre una misma cuestión desde dos perspectivas jurídicas diferentes, lo que pudiera ser admisible al tratarse de órdenes jurisdiccionales distintos, sino ante una contradicción lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva.

El resto de los contenidos del artículo 24 han tenido también presencia en las decisiones del Tribunal de este cuatrimestre. Así la ya clásica cuestión de las condenas en apelación sin intermediación (STC 167/2002, de 18 de septiembre), que suponen que se vulnere el derecho a un proceso con todas las garantías, y la presunción de inocencia cuando las pruebas viciadas son el único soporte de aquéllas, se ha visto reflejada en las SSTC 188/2009 (Sección Tercera), de 7 de septiembre, y 214 y 215/2009 (Sección Cuarta), de 30 de noviembre. En la primera, el Tribunal afirma que se dictó Sentencia condenatoria por el órgano judicial de apelación sin celebrar vista pública, ni practicar la prueba personal en la que se basa para condenar. Además esa prueba personal (declaración) es la única en la que se fundamenta la condena, de modo que se han lesionado los dos derechos a los que se hacía referencia. Lo mismo ocurre en la segunda decisión, en la que la Sala de apelación ha procedido a realizar una nueva ponderación de cuestiones de carácter fáctico sometidas al enjuiciamiento del Juzgado de lo Penal, operando, en consecuencia, una modificación implícita de los hechos probados, sin haber celebrado vista pública, lo que no es admisible. En la tercera Sentencia la vulneración se deriva de que la argumentación del órgano *ad quem*, para llegar a la convicción sobre la autoría del demandante de amparo, reposa en una diferente valoración de las pruebas personales, funda-

mentalmente el testimonio de la víctima. Y esta nueva apreciación probatoria, absolutamente distinta a la realizada por el órgano de instancia, se efectuó sin atender a las garantías de inmediación, contradicción y publicidad.

Otra resolución del Tribunal sobre el derecho a un proceso con todas las garantías, relacionada con los derechos de defensa, es la STC 184/2009 (Sala Segunda), de 7 de septiembre, en la que se niega la existencia de una violación del primero porque no se aplica la doctrina de la STC 167/2002 cuando la divergencia entre la Sentencia absolutoria y la condenatoria se circunscribe a una cuestión puramente jurídica, ajena a la valoración de las pruebas personales, como sucede en el caso, en el que la Audiencia no varió la apreciación probatoria de las declaraciones, sino que se limitó a dictaminar la culpabilidad del demandante de amparo basándose en los hechos considerados probados en la primera instancia. Considera el Tribunal, sin embargo, vulnerado el derecho de defensa, porque los intereses del demandante no fueron enteramente protegidos a lo largo del proceso que terminó con la Sentencia condenatoria, ya que la Audiencia Provincial hubo de concederle la posibilidad de ser oído antes de condenarle, con independencia de las circunstancias del caso.

En una serie de Sentencias [186/2009 (Sala Segunda), de 7 de septiembre; 198/2009 (Sala Segunda), de 28 de septiembre, y 205/2009 (Sección Tercera), de 23 de noviembre (20)] el Tribunal reafirma la doctrina sentada en la STC 155/2009 (Pleno), de 25 de junio, en el sentido de que, como dice la primera de ellas, es lesivo del derecho de defensa el que el órgano judicial, apartándose de la petición de la acusación, imponga una pena de prisión que excede por su duración de la solicitada por el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas. Tal decisión, lesiva del principio acusatorio, altera sustancialmente los términos del debate procesal relativos a la pena, resultando indebidamente limitadas las facultades de defensa del recurrente en relación con la pena a la que sorpresivamente ha sido condenado, y resultando también comprometida la imparcialidad del órgano judicial, ya que ha encauzado la acusación en el extremo concerniente a la pena impuesta.

En la STC 198/2009 (Sala Segunda), de 28 de septiembre, se dilucida además si ha habido una violación del derecho a la presunción de inocencia del recurrente. El Tribunal lo niega, porque considera que las alegaciones del demandante de amparo carecen a este respecto de consistencia, toda vez que la inferencia plasmada en la Sentencia impugnada satisface los requisitos que debe reunir la prueba indiciaria para poder desvirtuar aquel derecho fundamental

(20) A las dos primeras se ha hecho referencia también *supra*, pág. 312.

(sintetizados en la STC 186/2005, de 4 de julio), apreciación que no resulta desvirtuada por los argumentos esgrimidos por el recurrente.

Un debate interesante se ha producido en la Sala Primera del Tribunal con motivo de la STC 199/2009, de 28 de septiembre (21), en la que el texto de la mayoría viene acompañado de sendos votos particulares de los Magistrados Sres. Rodríguez-Zapata Pérez y Pérez Tremps. Nos hallamos ante un proceso de entrega, en virtud de una euroorden, en el que al Auto de la Audiencia Nacional se le atribuyen por el recurrente dos violaciones de derechos fundamentales. La primera una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del demandante de amparo (un ciudadano británico), por entender insuficiente la motivación del Auto impugnado, en cuanto al rechazo de su alegación sobre el riesgo de sufrir tratos inhumanos, y degradantes, en las cárceles de Rumanía. El Tribunal descarta que exista esta vulneración, porque los riesgos alegados (situación de discriminación y persecución que sufren en Rumanía los homosexuales; condiciones de hacinamiento de las cárceles rumanas) poseen un carácter genérico, en la medida en que no incluyen ninguna referencia hacia la persona o concreta situación del recurrente de la que poder inferir indicios racionales en torno al riesgo de lesión de su integridad física y moral. No consta que se haya aportado documentación alguna en ese sentido, y no hay indicios de que de su condición, implícitamente afirmada, de homosexual, puedan derivarse los citados riesgos.

Respecto a la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, el Tribunal considera, con referencias a jurisprudencia ya conocida en ese sentido, que sí existió dicha lesión, pues el recurrente en amparo fue condenado en ese país sin haber estado presente en el juicio, por lo que la decisión de la Audiencia Nacional de acceder a la entrega del recurrente a las autoridades rumanas para el cumplimiento de la condena, sin someter dicha entrega a la condición de que la condena impuesta en ausencia pudiera ser sometida a revisión, es contraria al derecho fundamental citado.

El Magistrado Sr. Rodríguez-Zapata Pérez recuerda las peculiaridades de la euroorden, instrumento distinto de los sistemas extradicionales clásicos, y destaca que el solicitante de amparo fue citado personalmente en este caso, y compareció por medio de su Abogado. No se trata, por ello, de una condena en rebeldía en sentido estricto, sino de una condena en ausencia. El amparo, por otra parte, se concede contra el tenor literal de la Ley 3/2003, sobre la euroorden, y en una interpretación unilateral de la Decisión Marco efectuada con desconocimiento de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y sin haber elevado la cuestión prejudicial. El Magistrado

(21) De la que se ha dado cuenta asimismo *supra*, págs. 314-315.

Sr. Pérez Tremps, por su parte, razona que un Estado no puede imponer a los demás su parámetro de protección de los derechos fundamentales, que debió plantearse la cuestión prejudicial para dilucidar si la condena en ausencia supone siempre una lesión del «contenido absoluto» de las garantías procesales, que también debió plantearse la cuestión interna de inconstitucionalidad para dirimir si la Ley 3/2003 es contraria a la Constitución en tanto no prevé que se deba condicionar la entrega cuando haya condena en ausencia, y, finalmente, que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no considera contraria al artículo 6 del Convenio, y, por tanto, no debiera considerarse contraria a nuestro artículo 24.2 CE, la situación en la que el acusado, debidamente emplazado, constando dicho emplazamiento, decida libremente renunciar a su presencia, apoderando al Abogado para su defensa en las distintas instancias.

5. Para finalizar con esta crónica, una referencia a una decisión en la que se mezclan problemas de legalidad penal y de tutela judicial efectiva. Se trata de la STC 191/2009 (Sala Segunda), de 28 de septiembre. Respecto a los primeros el Tribunal los inadmite por no haber sido invocados ante la jurisdicción ordinaria [art. 44.1.c) LOTC] y los reconduce a la tutela judicial efectiva, dado que las cuestiones relativas al principio de legalidad extradicional recogido en el artículo 13.3 CE no hallan acomodo en el artículo 25.1 CE, al referirse el mismo exclusivamente a las normas penales o sancionadoras administrativas sustantivas. En el terreno de la tutela judicial efectiva se convalida como razonable y suficiente la motivación, que recordemos que debe ser reforzada, de la Audiencia Nacional acordando la extradición, porque ha argumentado los motivos por los que ha decidido no aplicar las causas de denegación de la misma, que por otra parte son facultativas, en el caso concreto, en el que se trataba de un presunto delito de violación por parte de un ascendiente a una hija, de suficiente gravedad, y que repugna jurídica y socialmente. El dato de que el sobreseimiento en España sea provisional, que no permite concluir que la persona reclamada está sometida a un procedimiento penal [art. 12.2.b) LOEDE], y la posible prescripción del delito en nuestro país [art. 12.2.i) LOEDE], pueden ser superados por una motivación suficiente de la Audiencia Nacional, basada en la gravedad y reprochabilidad del delito en el que se funda la orden europea, y en que los hechos no pueden considerarse prescritos según la ley francesa (*Ignacio Torres Muro*).