

3.º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la resolución del recurso de alzada, a fin de que el mismo sea resuelto de forma congruente con lo pedido.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado» y comuníquese al órgano judicial que conoció de las actuaciones.

Dada en Madrid, a veinte de abril 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.

**11706** *Sala Segunda. Sentencia 84/1998, de 20 de abril de 1998. Recurso de amparo 2.778/1995. Contra resoluciones judiciales recaídas en procedimiento penal iniciado en virtud de querrela por la presunta comisión de un delito de impago de prestaciones económicas familiares. Vulneración del derecho del hijo a no ser discriminado por razón de nacimiento. Voto particular.*

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. 2.778/95, promovido por doña María del Valle Bermúdez González, representada por la Procuradora de los Tribunales doña María Rodríguez Puyol y asistida de la Letrada doña Carmen Pujol Algans, contra Auto de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid, de 23 de junio de 1995, que resolvió en apelación el recurso interpuesto contra Auto del Juzgado de Instrucción núm. 8 de Madrid, de 27 de abril de 1995, que, a su vez, había denegado el recurso de reforma formulado contra Auto de dicho Juzgado de 16 de marzo de 1995, por el que se disponía el archivo de las actuaciones incoadas como diligencias previas núm. 2.388/93 en virtud de querrela por la presunta comisión de un delito de impago de prestaciones económicas familiares. Ha sido parte el Ministerio Fiscal, y Ponente el Magistrado don Fernando García-Mon y González-Regueral, quien expresa el parecer de la Sala.

#### I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado el 22 de julio de 1995, la Procuradora de los Tribunales doña María Rodríguez Puyol, en nombre y representación de doña María del Valle Bermúdez González, interpone recurso de amparo contra el Auto dictado por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid el 23 de junio de 1995, en el rollo de apelación núm. 237/95, confirmando el archivo de actuaciones decretado por el Juzgado de Instrucción núm. 8 de Madrid, en las diligencias previas núm. 2.388/93 incoadas en virtud de querrela por presunto delito de impago de prestaciones económicas familiares.

2. La demanda de amparo se fundamenta, en síntesis, en los siguientes hechos:

a) La actora interpuso querrela contra don Juan Carlos Tejada Rueda por la presunta comisión de un delito de abandono de familia por impago de prestaciones económicas del art. 487 bis del Código Penal de 1973, en favor del hijo menor de la actora y del querrelado, habido extramatrimonialmente.

b) El Juzgado de Instrucción núm. 8 de Madrid incoó las diligencias previas núm. 2.388/93, dictándose el Auto de 16 de marzo de 1995 mediante el cual se decretaba el archivo de las mismas «por no ser el hecho denunciado constitutivo de infracción penal».

c) Contra dicha resolución interpuso la actora recurso de reforma y subsidiario de apelación, resolviendo el Juzgado por Auto de 27 de abril de 1995, denegando el primero, aludiendo en su fundamento jurídico primero al tenor literal del art. 487 bis del Código Penal, y dando curso al recurso de apelación.

d) La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid resolvió la apelación por Auto de 23 de junio de 1995, desestimándola y confirmando el archivo de las actuaciones pues «el supuesto que se debate en el presente recurso no puede tener cabida en el ilícito configurado por el art. 487 bis del Código Penal al no tratarse de incumplimiento derivado de separación legal, divorcio o declaración de nulidad del matrimonio, marco en el que exclusivamente se derivan las consecuencias punitivas que el citado precepto determina» al no existir vínculo matrimonial entre la querellante y el querrelado.

3. La recurrente en amparo entiende que los Autos ahora impugnados en amparo han vulnerado los arts. 14 y 24.1 C.E. por cuanto, a su juicio, se han quebrantado los derechos a la igualdad y a la tutela judicial efectiva. Se señala al respecto la discriminación que se produce con la no aplicación del art. 487 bis del Código Penal a los hijos habidos fuera del matrimonio, aun cuando no estén expresamente previstos en el tipo.

Por otra parte, existió falta de tutela por cuanto no se da respuesta a las alegaciones formuladas por la representación procesal de la actora sobre las dudas que albergaba sobre la constitucionalidad de la Ley; al faltar fundamentación en el Auto de la Audiencia Provincial, silenciando las razones por las cuales no se entraba a resolver la cuestión de fondo (derecho fundamental del hijo menor de la querellante a no ser discriminado por razón de su filiación no matrimonial y, en consecuencia, a plantear cuestión de inconstitucionalidad), se ha vulnerado el art. 24.1 C.E.

Por todo ello, se solicita de este Tribunal que otorgue el amparo, declare la nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas y se someta al Pleno de este Tribunal la cuestión de inconstitucionalidad relativa al art. 487 bis del Código Penal, con referencia a los arts. 14 y 39 C.E.

4. Por providencia de 27 de noviembre de 1995, la Sección Tercera (Sala Segunda) acordó admitir a trámite la demanda de amparo. Asimismo, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, requerir a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid y al Juzgado de Instrucción núm. 8 de Madrid para que, en el plazo de diez días, remitieran copia adverada de las actuaciones correspondientes al rollo de apelación núm. 237/95 y a las diligencias previas núm. 2.388/93, respectivamente; interesándose al propio tiempo el emplazamiento de quienes fueron parte en el procedimiento, con excepción de la recurrente en amparo, para que en el término de diez días pudieran comparecer en el recurso de amparo y defender sus derechos.

5. Mediante escrito registrado el 22 de diciembre de 1995 en el Juzgado de Guardia, y el siguiente día 27 en el Registro de este Tribunal, la Procuradora de los Tribunales doña Ana María Álvarez Álvarez, en nombre y representación de don Juan Carlos Tejeda Rueda, solicitó se le tuviera por personada y parte en el recurso y se nombre representación procesal del turno de oficio en esta nueva instancia a su representado.

6. Por providencia de 11 de enero de 1996, la Sección acordó requerir a la Procuradora Sra. Álvarez a fin de que, en el plazo de diez días, presentara escrito firmado por don Juan Carlos Tejeda Rueda ratificando su petición de Abogado y Procurador del turno de oficio para comparecer como demandado en el presente recurso, facilitando al propio tiempo su domicilio.

7. Por escrito de 16 de enero de 1996 la Procuradora señora Álvarez manifiesta desconocer el domicilio actual del señor Tejeda, por lo que le resultaba materialmente imposible presentar escrito firmado por él.

8. Resultando infructuosa en dos ocasiones la notificación postal al Sr. Tejeda por este Tribunal, se oficia al Decanato de los Juzgados de Primera Instancia de Toledo para que se proceda a la notificación en otro domicilio que también aparece en las actuaciones, lo que se realiza por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Illescas (Toledo).

9. Por diligencia de 16 de mayo de 1996 el Secretario de Justicia de la Sala Segunda de este Tribunal hace constar que ha transcurrido el plazo concedido a don Juan Carlos Tejeda Rueda sin que haya realizado la ratificación señalada.

10. Por providencia de 20 de mayo de 1996 la Sección acordó, una vez recibidas las actuaciones remitidas por los órganos judiciales, dar vista de las mismas a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal para que, en el plazo de veinte días, pudieran presentar las alegaciones que estimaran pertinentes, conforme determina el art. 52.1 LOTC.

11. Mediante escrito, registrado el 19 de junio de 1996, la Procuradora señora Rodríguez Puyol evacua el trámite conferido, en representación de doña María del Valle Bermúdez González. Señala que, aun cuando se haya producido una modificación de la norma penal (al entrar en vigor el nuevo Código Penal de 1995) y, en consecuencia, el art. 487 bis del Código Penal de 1973 ya ha sido desterrado del ordenamiento, dicha modificación legislativa sobrevenida no debe influir en el amparo solicitado.

Finaliza iterando la concesión del amparo, por haberse vulnerado los arts. 14 y 24.1 C.E.

12. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional formula sus alegaciones en escrito registrado también el 19 de junio de 1996. Señala, que la alusión de la actora al art. 14 C.E. no puede sustraerse a la imprescindible vinculación con el art. 25.1 C.E. Y ello por cuanto lo que pide es tanto como el cambio de interpretación de una norma penal, la subsunción del *factum* en el tipo, terreno que, en principio, es de estricta legalidad y cuya revisión está vedada, *a priori*, en esta vía de amparo (AATC 16 y 61/1992 y STC 22/1990, por todas).

Porque lo que se pretende es entender que las relaciones extramatrimoniales y los hijos habidos en ellas, gozan de la protección penal del tipo del art. 487 bis del Código Penal. Sin embargo y a la luz del texto derogado la conclusión es bien otra. Tras su lectura parece evidente la deliberada exclusión de la protección penal a las relaciones extramatrimoniales y a los hijos habidos en ellas. Criterio que puede entenderse, y así lo entiende el Ministerio Fiscal, como de inadecuada y nada equi-

tativa justificación legislativa y cuya modificación sería deseable, pero cuya plasmación en norma penal no existe, sino que el art. 487 bis del Código Penal lo formula en contrario. Algo parecido acontece para con las pensiones, cuya validez constitucional en términos del art. 14 C.E., reiteradamente ha venido declarando el Tribunal Constitucional (SSTC 29/1991, 29/1992 y 77/1992, entre otras). Además, de prosperar el amparo, ello supondría convalidar por la vía del art. 14 C.E. una interpretación contra *legem* del art. 487 bis del Código Penal, que supondría una condena interpretativa contra el reo y en analogía no prevista e incluso negada por el legislador.

En el supuesto de autos el acusado se obligó a pagar alimentos a su hijo extramatrimonial por Acuerdo judicial emitido en jurisdicción voluntaria. Tal supuesto resulta imposible de subsumir en la exigencia de que el convenio o resolución judicial lo sea en «separación legal, divorcio o declaración de nulidad del matrimonio», lo que elude las obligaciones extramatrimoniales como las de autos.

La redacción del nuevo tipo penal del art. 227.1 del Código Penal de 1995, correlativo al art. 487 bis derogado, es mucho más amplia y la referencia «proceso de alimentos a favor de sus hijos», podría cubrir el supuesto de autos, lo que revela la insuficiencia típica del art. 487 bis y justifica la Sentencia de autos y la denegación del amparo. Ello nos lleva además a entender como no necesario el planteamiento de la cuestión de Inconstitucionalidad, porque el precepto no lo es; sencillamente debe, si así lo entienden Legislativo y Ejecutivo, ampliarse su aspecto típico tal y como ha hecho el Código Penal de 1995.

En cuanto a la alegada vulneración del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, que tutela el art. 24.1 C.E., la queja tampoco puede prosperar a juicio del Fiscal. De un lado, por cuanto la petición de planteamiento de una Cuestión de Inconstitucionalidad por alguna de las partes de un pleito no vincula en absoluto al órgano judicial ante el que se plantea (SSTC 148/1986, 206/1990, 119/1991 y AATC 10/1983 y 301/1985); y de otro, porque las resoluciones judiciales recurridas suponen una desestimación al menos implícita, cuando no explícita, de aquella pretensión, tal como se deduce de la mera lectura de la motivación de las resoluciones judiciales recurridas. Ello es acorde además con lo decidido por el Tribunal Constitucional entre otras en STC 34/1995 (fundamento jurídico 2).

Finaliza el Ministerio Público, contradiciendo sus propias alegaciones y sin duda por error, anteriormente, interesando que se dicte Sentencia en virtud de la cual se acuerde estimar el amparo solicitado por entender que las resoluciones judiciales recurridas han vulnerado el art. 24.1 C.E.

13. Por providencia de 16 de abril de 1998, se fijó día 20 siguiente para deliberación y votación de la presente sentencia.

## II. Fundamentos jurídicos

Único. El caso que se plantea en este recurso de amparo coincide exactamente con el resuelto por el Pleno de este Tribunal en su reciente Sentencia, 67/1998, de 18 de marzo. Uno y otro recurso tienen su origen en lo que disponía el derogado Código Penal de 1973, en su art. 487 bis introducido por la Ley Orgánica 3/1989, con arreglo al cual únicamente se tipifica como punible el impago de prestaciones económicas nacidas de convenio judicial o resolución judicial derivados de situaciones de crisis o extinción de uniones matrimoniales, dejando desprovistos de la protección penal tipificada en dicho precepto a los hijos extramatrimoniales.

Con base en lo que, sustancialmente, establecía el citado artículo, la actora interpuso la querrela referida en los antecedentes por impago de prestaciones económicas al hijo menor de edad de la querellante y el querellado, habido extramatrimonialmente. El recurso de amparo se dirige contra el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 8 de Madrid de 16 de marzo de 1995 y el Auto de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de 23 de junio siguiente que, en la instancia y en la apelación, respectivamente, ordenaron el archivo de las actuaciones, por no tener cabida los hechos denunciados «en el ilícito configurado por el art. 487 bis del Código Penal al no tratarse de incumplimiento derivado de separación legal, divorcio o declaración de nulidad del matrimonio, marco en el que exclusivamente se derivan las consecuencias punitivas que el citado precepto determina, al no existir vínculo matrimonial entre la querellante y el querellado».

Pues bien, en el recurso de amparo 109/1995 al que puso fin la citada STC 67/1998, se planteó el mismo problema, invocándose también como preceptos vulnerados los arts. 14 y 24.1 C.E. por infracción de los derechos de igualdad y de la tutela judicial efectiva. La Sentencia en él dictada es, pues, de obligada aplicación en este caso y a su contenido nos remitimos.

En lo sustancial, dicha Sentencia contiene, la siguiente doctrina:

Se rechaza en primer lugar la infracción denunciada del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, con base en la doctrina general de que, como se declaró en las SSTC 199/1996 y 41/1997, entre otras, las resoluciones impugnadas ofrecen a la actora una respuesta judicial motivada en orden a su pretensión de condena del querellado, por no existir el derecho fundamental a obtener la condena penal de una persona, ni ser posible, por tanto, instrumentar el recurso de amparo como cauce para obtener tales efectos. Las resoluciones judiciales que archivan o sobreseen el proceso por no estimar punibles los hechos denunciados, no vulneran, en principio y por regla general, el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24 C.E.

El problema ha de centrarse, por tanto, en la vulneración del principio de igualdad y no discriminación establecido en el art. 14 C.E. Es cierto que el art. 487 bis del C.P. vigente al tiempo de denunciarse los hechos enjuiciados, limitaba la protección penal a los hijos matrimoniales, en origen o por ulterior matrimonio de sus progenitores, y excluía de ella a los hijos extramatrimoniales. Con base en la literalidad del citado precepto, la STC 74/1997 dictada por la Sala Segunda de este Tribunal, desestimó el recurso de amparo 1.589/92, porque «la absolución pronunciada por la Audiencia Provincial en modo alguno puede haber vulnerado el derecho fundamental que a cualquier hijo en relación con los de su misma condición, reconoce el art. 14 C.E., puesto que ese derecho fundamental no comprende el derecho a la condena de su progenitor».

El recurso de amparo 109/95 que planteaba el mismo problema no se avocó al Pleno, para modificar en lo sustancial la doctrina contenida en la STC 74/1997, sino para que, reconociéndose como en ella se hacía la naturaleza discriminatoria de la norma penal en ella examinada, pudiera llegarse a un fallo que, otorgando parcialmente el amparo solicitado, reflejara la discriminación contraria a los arts. 14 y 39 C.E. en que incidía el art. 487 bis del C.P. entonces vigentes.

De ahí que en el fundamento jurídico 6.º, *in fine*, de la STC 67/98 se dijera que «los órganos judiciales, sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 C.E.) y, con especial rigor, al principio de legalidad penal (art. 25.1 C.E.), se limitaron a constatar que la conducta denunciada no se encontraba dentro del tipo regulado en el

mencionado precepto del Código Penal, dictando consecuentemente, la correspondiente Sentencia absolutoria. Por esta razón, las resoluciones judiciales únicamente fueron el presupuesto necesario para individualizar *ad casum* la discriminación producida por el legislador, de modo que, sólo instrumentalmente, a través del fallo absolutorio, se produjo una lesión actual y efectiva del derecho a la igualdad del hijo de la demandante de amparo».

Y en el fundamento jurídico 7.º, completando la argumentación conducente a poner de relieve que, efectivamente, el precepto penal incidía en la discriminación que, por razón de filiación, denunciaba la recurrente y que, por tanto, así debía de reconocerse en el fallo, se sentó la siguiente doctrina:

«Constatada, pues, la lesión del mencionado derecho fundamental y procediendo, conforme a lo previsto en el art. 55.2 LOTC, la estimación del recurso de amparo, de ello no se sigue en este caso, necesariamente, la consecuencia del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que tal precepto establece.

En efecto, en supuestos como el presente, de discriminación normativa por defecto, no es descartable que la estimación de la demanda de amparo no obligue, siempre y en todo caso, a plantear la cuestión de inconstitucionalidad, ex art. 55.2 LOTC.

Así, ha de apreciarse en el presente proceso constitucional, atendidas las siguientes circunstancias:

A) En primer lugar, el hecho de que el art. 487 bis del C.P. ya ha sido derogado por la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, que aprobó el Código Penal vigente, por lo que la posible declaración de inconstitucionalidad no cumpliría su función de depuración *erga omnes* de normas inconstitucionales.

De otra parte, el planteamiento de la cuestión por este Tribunal, y en caso de resolverse aquella en sentido positivo, declarando la inconstitucionalidad y nulidad del precepto, produciría un efecto equivalente al que resultase de la libre opción del legislador penal para configurar o no una figura delictiva que extendiese la protección jurídico-penal a todos los hijos, sin distinción entre los matrimoniales y los no matrimoniales, y siendo así que, en uso de su libertad de configuración normativa, el legislador ya ha ejercitado la opción en un determinado sentido, incorporando al vigente Código Penal el art. 227, no es procedente en el presente caso el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 487 bis del Código Penal.

B) Y, en segundo lugar, porque, aun en la hipótesis de declararse la inconstitucionalidad del citado art. 487 bis del anterior Código Penal, las personas por él discriminadas nunca podrían obtener un pronunciamiento condenatorio, por así impedirlo el derecho fundamental al principio de legalidad penal que garantiza el art. 25.1 C.E.

Por cuanto llevamos expuesto, y atendidas las particularidades del caso en examen, esta Sentencia no puede otorgar el amparo en los términos solicitados por la demandante de anular las resoluciones judiciales impugnadas, porque éstas, como razonan en sus fundamentos jurídicos, no podían subsumir los hechos en el tipo penal del art. 487 bis del C.P. y, por tanto, en sí mismas, no han vulnerado el derecho fundamental invocado. En consecuencia, nuestro pronunciamiento no pue-

de ser el previsto en el art. 55.1 a) LOTC. No obstante, y dada la patente discriminación por filiación que contenía el citado precepto del C.P., tampoco debe este Tribunal desconocer en la Sentencia tal circunstancia, dictando un fallo desestimatorio del recurso de amparo que, como tal, no reflejaría la vulneración del art. 14 en relación con el art. 39.2 de la Constitución, en la que incidía. De ahí que, conforme autoriza el art. 55.1 b) LOTC, nuestro pronunciamiento haya de limitarse al otorgamiento del amparo en los términos estrictamente declarativos que señala dicho artículo: "reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado".»

Por aplicación al presente recurso de la doctrina del Pleno que ha quedado transcrita, procede dictar el siguiente

### FALLO

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

Ha decidido

Otorgar parcialmente el amparo solicitado por doña María del Valle Bermúdez González y, en consecuencia, declarar que ha sido vulnerado el derecho de su hijo a no ser discriminado por razón de nacimiento.

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

Dada en Madrid, a veinte de abril de mil novecientos noventa y ocho.

**Voto particular que formula don Rafael de Mendizábal Allende, Magistrado y al que se adhiere el Vicepresidente de este Tribunal don José Gabaldón López, respecto de la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 2.778/95**

A quien haya seguido con cierta atención la trayectoria jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre el problema tratado en la Sentencia no le extrañará, por estar dentro de lo previsible, este voto particular, opinión disidente que ya fue exteriorizada con ocasión de la STC 67/1998, pronunciada por el Pleno, consecuentemente a su vez con el criterio compartido en la STC 74/1997 de la Sala Segunda. Es claro que, dada la finalidad y función de la avocación por el plenario, su decisión se impone por sí misma y ha de ser acatada sin reservas mentales, aun cuando, por otra parte, no impida mantener la discrepancia inicial sobre la solución, con un significado testimonial. No es ésta sin embargo ocasión idónea para transcribir el tenor íntegro de aquel voto, ni por otra parte tampoco me satisfaría una mera remisión a él. En un punto medio, parece más conveniente un resumen que, sin reproducir el extenso razonamiento jurídico de la STC 74/1997 o el más extenso todavía que respalda el voto particular a la STC 67/1998, exponga sin embargo la razón esencial de la discrepancia, cuyo meollo puede encontrarse quizá en sus últimos párrafos.

Pues bien, cierto también ahora que en sustancia este amparo —como los anteriores— no es sino un recurso indirecto de la Ley, abocado al fracaso, con ocasión de una Sentencia que la aplica. En un recurso de tal índole puede sentarse en el razonamiento, como premisa, o vale decir como conclusión intelectual que una norma sea inconstitucional, pero en ningún caso nos es dado declararlo así en el fallo. Tan cierto es lo dicho que cuan-

do se pueda anular el acto singular por creer inconstitucional la ley, el paso siguiente e inevitable, consistirá en plantear la cuestión de inconstitucionalidad al Pleno, el llamado «autoplanteamiento», mecanismo que —instaurado por nuestra Ley Orgánica— respeta la pureza de cada proceso, interconectándolos pero sin mezclarlos ni menos confundirlos.

No faltan en la vía de amparo los fallos declarativos. Más de una vez se han hecho en los casos de dilaciones indebidas, cuando estas han desaparecido a la sazón y el procedimiento judicial está de nuevo en marcha, declaración cuya utilidad es innegable por convertirse en presupuesto o título de una eventual indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo este fallo de hoy no es declarativo como se pretende, sino abstracto o platónico en su acepción coloquial. Decir que ha sido vulnerado —por el Código Penal— el derecho de un hijo a no ser discriminado por razón de nacimiento no hace sino transcribir parcial e innecesariamente el art. 14 de la Constitución, que ahí está y sigue estando. Se intenta enmascarar de tal guisa una declaración de inconstitucionalidad del art. 487 C.P., autor directo de haber discriminado como grupo social a todos los hijos extramatrimoniales, pronunciamiento propio de una «cuestión» *per saltum* sin haberla planteado. Por otra parte, esas tres líneas desplazadas de su lugar idóneo, el razonamiento jurídico, no sirven para nada. Como la Sentencia impugnada es intangible, intocada se queda, viciando así de incongruencia tal fallo que, en definitiva, no ampara ni restituye ni repara.

Por otra parte, la raíz de esta incoherencia no es otra, insisto, sino la inexistencia de un derecho fundamental vulnerado por la Audiencia Provincial. Nada puede el principio de igualdad, por mucha que fuere su fuerza en sus dimensiones ética y constitucional, contra el principio de legalidad en el ámbito penal, garantía máxima de la libertad de los ciudadanos y freno de los poderes públicos. No hay tampoco un derecho de la víctima a la condena penal de su agresor. Por ello, en el razonamiento jurídico y en el fallo de la Sentencia se elude cuidadosamente cualquier indicación de quien haya vulnerado ese derecho fundamental fantasmagórico y como se haya cometido el desafuero. Más bien se reconoce, como no podía ser menos, que la actuación del Juez no fue en absoluto reprochable, sino encomiable de todo punto y, en suma, la única que le impone la propia Constitución.

La mayoría que respalda la Sentencia sabe que estamos en presencia de un caso penal cuyas características maniatan al Juez y le imponen una decisión unívoca. La limitación del tipo delictivo no permitía en este ámbito una aplicación analógica ni su interpretación extensiva y, por otra parte, hacía inservible el mecanismo de la cuestión de inconstitucionalidad, tanto allí como auto-planteada aquí, ya que en el supuesto de prosperar, la nulidad del art. 487 bis C.P. no ampliaría la protección a los desprotegidos sino que la suprimiría para todos con un resultado socialmente negativo. Es más, la opción del legislador por completar ese tipo e incluir en él a quienes estaban entonces fuera de su ámbito, como ha hecho ya espontáneamente, resultaría irrelevante e inoña en este caso por no poder tener nunca la nueva norma penal retroactiva eficacia *in peius* respecto de los hechos anteriores a su vigencia.

En definitiva, lo sobredicho pone de manifiesto, a quien haya leído la Sentencia de la cual disiento, que en ella se produce una ostensible desviación procesal con el resultado de una incongruencia manifiesta entre lo pedido en la demanda y lo dado en el fallo, con un razonamiento en espiral, donde se transforma un proceso de amparo en un proceso de control abstracto de normas. No es bueno que así se haga, deformando la con-

figuración de nuestra justicia constitucional con una incidencia negativa y, en cierto modo, desmoralizadora sobre el sistema judicial, por sugerir la censura de un Juez que actuó con el máximo escrúpulo constitucional, aún cuando esa crítica se haga inadvertida e involuntariamente.

Como consecuencia de cuanto va escrito, el fallo en este caso hubiera debido ser idéntico al que lleva la STC 74/1997, desestimando totalmente la pretensión de amparo, sin más.

Madrid, a veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y ocho.—José Gabaldón López.—Rafael de Mendizábal Allende.—Firmado y rubricado.

**11707** *Sala Segunda. Sentencia 85/1998, de 20 de abril de 1998. Recurso de amparo 2.263/1996. Contra Resoluciones del Subsecretario de Justicia y de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia y contra Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Vulneración del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas: exclusión del recurrente de un concurso debido a error en la calificación.*

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. 2.263/96, interpuesto por don Francisco Javier Valldepérez Rodrigo, representado por la Procuradora doña María Marta Sanz Amaro y defendido por el Abogado don Rafael Cabrero Acosta, contra la Sentencia, resolutoria del proceso núm. 1.046/93, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 23 de abril de 1996. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y ha sido parte, en la representación que ostenta, el Abogado del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Tomás S. Vives Antón, quien expresa el parecer de la Sala.

#### I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en este Tribunal el día 31 de mayo de 1996, la Procuradora de los Tribunales doña Marta Sanz Amaro (designada en virtud de nombramiento de oficio), en nombre y representación de don Francisco Javier Valldepérez Rodrigo, formula demanda de amparo constitucional contra la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 23 de abril de 1996, que desestimó el recurso, seguido con el núm. 1.046/93, deducido frente a la Resolución del Subsecretario de Justicia, dictada por delegación del Ministro, de 17 de mayo de 1993, que había declarado la inadmisión del recurso de reposición interpuesto frente a la de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia de 24 de marzo de 1993, así como

contra la de 25 de marzo de 1993, desestimatoria de la reposición entablada frente a la Orden ministerial de 30 de diciembre de 1992.

2. Los hechos de que trae causa la presente demanda de amparo relevantes para la resolución del caso son los siguientes:

a) El día 2 de septiembre de 1991 se publicó en el «Boletín Oficial del Estado» la Orden de 30 de agosto de 1991 por la que se convocaban pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo de Oficiales de la Administración de Justicia (turno libre).

En el apartado IV, sobre valoración de los ejercicios, de las bases se establecía lo siguiente (apartado 6.1): «Los ejercicios de la oposición se calificarán de la forma siguiente: a) Primer ejercicio: se calificará de cero a cinco puntos, cada uno de los tres procesos, siendo eliminados aquellos opositores que no obtengan un mínimo de 7,5 puntos. b) Segundo ejercicio: se calificará de cero a diez puntos, siendo necesario obtener un mínimo de cinco puntos para no resultar eliminado el opositor. Las contestaciones erróneas se valorarán negativamente».

El demandante de amparo participó en el proceso selectivo y en el primero de los ejercicios obtuvo una puntuación que le permitió acceder al segundo de los previstos en la convocatoria.

b) Superada la primera prueba, comenzó el segundo ejercicio, consistente en la realización de un test escrito de 100 preguntas. En la carátula de los ejercicios que se entregaron a los opositores figuraba impreso el criterio de calificación, que asignaba 0,10 puntos a cada contestación correcta y restaba 0,33 puntos por cada respuesta errónea. Sin embargo, durante su celebración se informó verbalmente a los opositores que, conforme al criterio adoptado por el Tribunal calificador núm. 1 en su Circular de 26 de mayo de 1992, la valoración de las respuestas correctas se haría a razón de 0,10 puntos, mientras que las contestaciones erróneas restarían 0,02 puntos, en vez de 0,33 puntos, que es lo que aparecía en los impresos que se habían entregado, en tanto que las respuestas en blanco no puntuaban. A pesar de tal advertencia, la calificación del examen se hizo restando 0,33 puntos por cada respuesta errónea.

c) Por Resolución de 7 de septiembre de 1992 se hizo pública la relación de aspirantes que habían aprobado las pruebas, en la que no constaba el actor, sin que frente a esta Resolución interpusiese recurso alguno.

d) Otros opositores también suspendidos recurrieron en vía administrativa la referida Resolución, siendo estimado su recurso por otra de 30 de diciembre de 1992, que declaró que «procedía revisar la puntuación de los recurrentes y de los aspirantes que figuraban en la misma (se refiere a la lista de aprobados hecha pública por Resolución de 7 de febrero de 1992 citada en el punto anterior), de acuerdo con lo previsto por el Tribunal calificador núm. 1 de Madrid en su Circular de 26 de mayo de 1992, y, conforme a su resultado, en los términos de la convocatoria, establecer la relación de aspirantes que superan la oposición aprobando sus ejercicios obligatorios, convocar al tercer ejercicio a quienes de entre éstos lo hubieran ya solicitado y no pudieron realizarlo al no figurar anteriormente como aprobados, y publicar finalmente la relación definitiva».

e) Ante la cuestión de si los efectos de la Resolución de 30 de diciembre de 1992 habían de circunscribirse a quienes interpusieron el recurso que ella resolvía o, contrariamente, debían extenderse a otros opositores afectados, cuestión que no fue resuelta por el Ministerio, el Tribunal de las oposiciones optó por la primera alternativa. Aplicación de este criterio es el Acuerdo de 1 de febrero de 1993, que publicó la nueva lista provisional