**STC 147/1985, de 29 de octubre de 1985**

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Jerónimo Arozamena Sierra, Presidente; don Francisco Rubio Llorente, don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, don Francisco Tomás y Valiente y don Francisco Pera Verdaguer, Magistrados, ha pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

**S E N T E N C I A**

En el recurso de amparo promovido por don Fernando Miguel Ruiz Tamariz-Martel, representado por el Procurador don José Sánchez Jáuregui y defendido por sí mismo, respecto del Auto del Juzgado de Instrucción de Moguer por el que se exige fianza para intervenir como querellante particular en proceso penal, y en el que ha comparecido el Ministerio Fiscal, siendo Ponente el Magistrado don Francisco Rubio Llorente, quien expresa el parecer de la Sala.

 **I. Antecedentes**

1. Don Fernando Miguel Ruiz Tamariz-Martel, Abogado y Secretario de Administración Local, representado por Procurador, interpuso recurso de amparo, mediante escrito que tuvo su entrada el 2 de febrero de 1985, contra Auto del Juzgado de Moguer de 3 de noviembre de 1984.

En la demanda se exponen los siguientes hechos:

a) La Corporación Municipal de Palos de la Frontera, en sesión plenaria de 22 de febrero de 1983, acordó efectuar un nombramiento de Administrativo de Administración General con determinadas irregularidades pese a los informes en contra del solicitante de amparo, Secretario de la Corporación, y de un dictamen de Abogado en el mismo sentido. En dicha sesión -se dice- se reiteró que quienes votasen el nombramiento incurrirían en el delito tipificado por el art. 382 del Código Penal, aclarándose el alcance y contenido del art. 119 del mismo, no obstante lo cual se llevó a efecto el nombramiento e incluso fue injuriado el demandante por dos Concejales.

b) El Gobierno Civil de Huelva remitió a la Alcaldía y Corporación un comunicado de 9 de marzo de 1983, haciéndole saber que el acuerdo de nombramiento es nulo de pleno derecho, y recordándose la obligación de cumplir con la normativa en la materia. Inmediatamente después de conocer el comunicado el solicitante de amparo presentó un informe a la Alcaldía señalando que debía suspenderse el acto y pedir su anulación por la vía contencioso-administrativa. Del comunicado y del informe -se dice- se hizo caso omiso.

c) El solicitante de amparo, entendiendo que, con independencia de la infracción penal, se habían violado derechos constitucionales y conculcado los arts. 9, 14, 23.2 y 24 de la Constitución, que había jurado guardar y hacer guardar, así lo manifestó a la Alcaldía en fecha y por procedimiento que no se indican, haciéndosele saber que de no suspenderse el acuerdo se vería abocado a interponer querella, lo que hizo el 26 de abril de 1983.

d) El Juzgado de Moguer dictó el 1 de octubre de 1984 Auto por el que, habiendo sido instruidas las diligencias por usurpación de funciones y nombramientos ilegales, se acuerda continuar el procedimiento por el trámite especial previsto en la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos menos graves y flagrantes.

e) El 30 de octubre de 1984, el Juzgado decretó la conclusión del anterior procedimiento oral, «que se elevará a sumario, sustanciándose por las normas de procedimiento de urgencia».

f) Por Auto de 3 de noviembre de 1983, y a solicitud del Ministerio Fiscal, la Juez de Instrucción, considerando que el señor Ruiz Tamariz-Martel había actuado e interpuesto la querella «como particular al amparo del art. 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», y que procedía por ello exigirle fianza conforme al art, 280 de la misma Ley, acordó requerir al querellante para que prestase tal fianza en la cantidad de 500.000 pesetas, «para responder de las resultas del juicio, y de no verificarlo en término de una audiencia se cause embargo de bienes de su propiedad suficientes a cubrir dicha suma». Dicho Auto fue notificado al recurrente -se dice- «no a través de su Procurador, sino por el Juzgado de Paz donde ejerce, con grave daño para su crédito como funcionario público».

g) El solicitante de amparo dice haber recurrido «en reforma y, subsidiariamente, en apelación y, finalmente, en súplica y, si no procediera, en casación por infracción de la Ley y doctrina legal»; haber invocado «el principio de seguridad jurídica e indefensión, así como el de garantía procesal», y los arts. 3 y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; y haber fundamentado los recursos contra el Auto atacado en su extemporaneidad, en el art. 281 de la L.E.Cr. -por considerarse ofendido y haber sido injuriado-, y en que constituye para él la querella, más que un derecho, un deber, en virtud del art. 359 del Código Penal. Por Auto de 27 de noviembre de 1984 fue denegada la reforma pedida.

h) La Audiencia Provincial de Huelva, por Auto de 2 de enero de 1985, desestimó el recurso de apelación interpuesto subsidiariamente por el señor Ruiz Tamariz-Martel.

2. En la demanda de amparo se cita como infringido el art. 24 de la C.E., «ya que la fianza exigida y el querer privar de intervención en el sumario al señor Ruiz deja a éste indefenso», mermando «las garantías procesales», produciendo «inseguridad jurídica», y siendo ello «contrario al concepto de seguridad defendido por este Tribunal en su Sentencia núm. 27/1981, de 20 de julio, invocada en el Tribunal a quo, con lo que se «crea el precedente de que ningún funcionario se atreverá a promover la persecución y castigo de los hechos punibles que presencie». Se solicita que se anule el Auto de 3 de noviembre de 1984, del Juzgado de Moguer, y se permita al solicitante de amparo «defenderse en el sumario 14/1984 sin tener que prestar fianza».

3. Por providencia de 13 de marzo, la Sección Tercera acordó admitir a trámite el recurso de amparo e interesar del Juzgado de Instrucción de Moguer la remisión de las actuaciones, así como el emplazamiento de quienes hubiesen sido parte en las mismas.

4. Por providencia de 12 de junio, la misma Sección acusó recibo de las actuaciones remitidas, dando vista de ellas por plazo común de veinte días al Ministerio Fiscal y a la representación actora para que formulasen las pertinentes alegaciones.

5. En escrito de 25 de junio formuló sus alegaciones la representación actora, que pueden resumirse como sigue:

a) El Auto de 3 de noviembre de 1984, del Juzgado de Moguer, y el de 2 de enero de 1985, de la Audiencia Provincial de Huelva, infringen el derecho que el art. 24.1 de la Constitución garantiza, produciendo la indefensión del recurrente al no poder éste mantener fianza por importe de 500.000 pesetas. Estas mismas resoluciones impiden al demandante cumplir su juramento constitucional de «guardar y hacer guardar la Constitución» (Real Decreto 707/1979).

b) Siendo la fianza presupuesto de admisibilidad de la querella y no habiéndose exigido aquélla cuando ésta se admitió, el 26 de abril de 1983, el Auto atacado infringe el principio de improrrogabilidad dispuesto en el art. 202 de la L.E.Cr., vulnerando, además, los arts. 359 del Código Penal y 281.1 y 197 a 200 de la L.E.Cr. El Auto, por lo mismo, ha contrariado los arts. 9.1 y 117.1 de la Constitución.

c) El recurso se mantiene en cumplimiento de un deber de la parte. Como se dijo ante la Audiencia, el art. 281 de la L.E.Cr. no define quién es el ofendido exento de fianza, concepto éste contenido en el art. 761 del mismo texto legal:

«Se entiende por ofendido aquel a quien directamente dañe o perjudique el delito». Ahora bien, un nombramiento ilegal ofende a la sociedad y al Estado y, siendo cierto que el demandante está inserto en el Estado, formando parte de su organización, ha de concluirse en que también él ha sido ofendido por el delito directa o indirectamente (el art. 281 de la L.E.Cr. no distingue al respecto). Máxime si se considera que, por asesorar la legalidad, fue insultado por dos de los inculpados.

d) El art. 359 del Código Penal, frente a lo interpretado por el Tribunal a quo, obliga a «promover la persecución y castigo de los delincuentes» a todos los funcionarios públicos, como por lo demás viene entendiendo la doctrina del Tribunal Supremo. La inseguridad que esta disparidad de criterios produce es evidente: De una parte, el actor vendría obligado a querellarse, quedando ya exento del pago de fianza; de otra, se niega tal deber, si bien su inacción podría depararle en tal caso una sanción, en tanto que, si decide querellarse, se le exige fianza, so pretexto de «cometer abusos», lo que contradice los principios enunciados en el art. 9 de la Constitución y concretados en el art. 24 de la misma norma fundamental. Tanto por su forma como por su contenido, el Auto recurrido es arbitrario y anticonstitucional. Por lo expuesto, se pide del Tribunal anule el Auto de 3 de noviembre de 1984, del Juzgado de Moguer, con efectos ex tunc, permitiéndose al actor intervenir como parte en el sumario del que se ha hecho mérito y sin necesidad de constituir fianza.

6. En escrito de 9 de julio presentó sus alegaciones el Ministerio Fiscal, en los términos que resumidamente siguen:

a) Es doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencia 62/1983, de 11 de julio, y 113/1984, de 29 de noviembre), que la exigencia de una fianza no es, en sí misma, contraria al contenido esencial del derecho declarado en el art. 24.1 de la Constitución, siempre que su cuantía, en relación a los medios de quien pretenda ejercitar este derecho, no impida u obstaculice su ejercicio mismo. En el caso actual, el demandante no discute la cuantía de la fianza, sino su misma exigencia como condición para constituirse o para continuar como parte querellante en el proceso penal. Ahora bien, el art. 280 de la L.E.Cr., en el que se establece el requisito de la fianza para el particular querellante, sólo excepciona de esta exigencia a las personas mencionadas en el art. 281 de la misma Ley, entre quienes figura, por lo que interesa aquí, el ofendido y sus herederos o representantes legales. El ahora recurrente era Secretario de la Corporación Municipal y el sumario que se considera hace referencia a posibles delitos de nombramiento ilegal y de usurpación de funciones (arts. 382 y 277 del Código Penal), supuestamente cometidos por el Alcalde y siete miembros más de la Corporación. Tratándose de delitos perseguibles de oficio, y siendo el bien jurídico protegido «la cosa pública» o la «pública Administración», el querellante y hoy recurrente en amparo no tuvo la condición de «ofendido», a no ser que por tal se tuviera a cualquier ciudadano por efecto de la ofensa social en que el delito consiste, supuesto éste en que el demandante vendría afectado por la obligación de denunciar (art. 259 de la L.E.Cr.). Por ello pesaba efectivamente sobre el hoy demandante la exigencia de prestar fianza.

b) No parece atendible, de otro lado, la pretendida extemporaneidad en la exigencia de la fianza. El fin de ésta es la evitación de abusos, pero su exigencia no ha de producirse necesariamente con la iniciación del procedimiento, pudiendo el Juez, sin infringir la Ley y sin merma del derecho a la tutela judicial efectiva, ordenar más tarde, a instancia del Ministerio Fiscal, el cumplimiento de este requisito legal.

c) Cuestión diferente, pero no alegada, es la relativa a la cuantía de la fianza (500.000 pesetas), así como la de su posible afectación al derecho ex art. 24.1 de la Constitución si por dicha cuantía, atendiendo a los medios de quien pretende querellarse y a la razón de ser de la querella, se impidiera u obstaculizare gravemente el ejercicio del derecho.

d) Por último, ha de indicarse que aunque el actor identifica como resolución recurrida el Auto de 3 de noviembre de 1984, es lo cierto que este acto no puede ser aquí el exclusivamente impugnado, entre otras razones porque, si así fuera, el recurso de amparo resultaría extemporáneo. También debe entenderse impugnado el Auto de la Audiencia Provincial de Huelva, que confirmó aquél, así como, en su caso, la providencia del 14 de enero de 1985, resoluciones que pusieron término a la vía judicial. Cuestión diferente es que la hipotética lesión del derecho fundamental se produjera por el referido Auto de 3 de noviembre y que, como consecuencia, procediera en los recursos posteriores la invocación de aquel derecho [art. 44.1 c), de la LOTC]. Por lo dicho, el Ministerio Fiscal interesa del Tribunal dicte Sentencia denegando el amparo solicitado por no haberse producido la lesión del derecho fundamental alegado.

7. Por providencia de 18 de septiembre se señaló para deliberación y votación del recurso el día 23 de octubre del año actual, nombrándose Ponente al excelentísimo señor Rubio Llorente.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Como resulta de cuanto se recoge en los antecedentes, la pretensión del presente recurso se concreta en la petición de que declaremos al recurrente dispensado de la obligación de prestar fianza para actuar como querellante, petición que se apoya en dos distintos argumentos: De una parte, el de que, estando el recurrente obligado por razón de su cargo a denunciar los hechos delictivos de que tuviera conocimiento y a guardar y hacer guardar la Constitución, la exigencia de fianza para la admisión de su querella le impide el cumplimiento de su deber; de la otra, el de que tanto por su simple calidad de ciudadano como por su condición de Secretario del Ayuntamiento de Palos de la Frontera y jefe de su personal, el delito contra el interés público que imputa a los munícipes contra los que intenta querellarse le ha producido quebrantos, sinsabores y perjuicios que obligan a considerarlo como ofendido por tal delito. Por una y otra razón, la exigencia de fianza conculca el derecho que el art. 24.1 de la C.E. le otorga a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos.

2. La primera de las razones antes indicadas esconde un quid pro quo, cuya evidenciación la invalida. Prescindiendo de los demás argumentos que se aducen en el Auto de 2 de enero de 1985, de la Audiencia Provincial de Huelva (considerando primero), y de que la obligación legal del funcionario se agota al poner en conocimiento del órgano judicial los hechos criminosos de que tuviera noticia, sin que en ningún caso pueda verse obligado a actuar como querellante, es obvio que no cabe hablar en rigor de un «derecho al cumplimiento del deber» ni que, en consecuencia, quepa recabar la tutela judicial efectiva de tal derecho. Los hechos que obstaculicen ese cumplimiento podrían ser removidos por los distintos medios que para ello, de acuerdo con la específica naturaleza del ilícito, ofrece el ordenamiento, pero no generan en el funcionario un derecho específico para el que pueda demandar la tutela judicial.

3. Problema más complejo es el suscitado por la segunda de las razones que el recurrente ofrece en apoyo de la pretensión, esto es, la de que, dada su condición de ciudadano, el cargo que ocupa y la naturaleza de los hechos que originaron su querella, ha resultado ofendido por el delito y, en consecuencia, ha de ser dispensado, de acuerdo con lo previsto en el art. 281 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de la obligación de prestar fianza para la admisibilidad de su querella.

Supuesto implícito de toda esta argumentación es el de que la acción popular que consagra la Constitución (art. 125) y ya con anterioridad a ella, la L.E.Cr. (art. 101) es un derecho para el cual el ciudadano puede recabar la «tutela judicial efectiva» que, ahora ya como derecho fundamental, garantiza el art. 24.1 de la C.E. Como es obvio, esta reconducción del contenido del art. 125 de la Constitución el enunciado del art. 24 de la Ley Fundamental, mediante la que se intenta busca para aquél la protección del amparo constitucional, que sólo para los derechos consagrados en los arts. 14 a 30 ha sido instituida, descansa a su vez en una identificación entre el derecho procesal en el que la acción pública o popular consiste con los derechos o intereses legítimos de carácter sustantivo para los que, en el entendimiento común, se garantiza la tutela judicial efectiva. Esta identificación no es en sí misma rechazable, pero no puede ser aceptada cuando se establece de modo incorrecto y pretende ser utilizada como un instrumento para alterar la configuración legal del derecho mismo que se pretende hacer valer. Puede aceptarse, y ello justifica la admisión a trámite de un recurso constitucional de amparo basado en ese fundamento, que entre los derechos e intereses legítimos para los que, como derecho fundamental, se tiene el de recabar la tutela judicial efectiva, figura el de ejercitar la acción pública en su régimen legal concreto, pero en modo alguno puede extraerse de la conexión entre derecho de acción y derecho constitucional la necesidad de configurar aquél de manera distinta, como no puede hacerse derivar del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los derechos sustantivos la necesidad de alterar la configuración legal de éstos.

En nuestro Derecho el ejercicio de la acción popular está sujeto a la prestación de fianza en la cuantía que fijare el Juez o Tribunal para responder de las resultas del juicio (art. 280 de la L.E.Cr.), obligación de la que se dispensa a quienes hubieran resultado ofendidos por el delito, esto es, aquellos a quienes éste directamente dañe u ofenda. En el presente caso, el recurrente no pretende ser titular de derecho alguno que directamente haya resultado dañado u ofendido por el delito que dio origen a su querella y que es actualmente objeto de averiguación en un sumario en el que, siendo perseguible de oficio, está personado el Ministerio Fiscal. Ni su interés como simple ciudadano, en la correcta actuación de los poderes públicos, ni su interés como funcionario en el buen y legal funcionamiento de la Corporación a la que sirve permiten, en contra de lo que él pretende, otorgarle la condición de ofendido por un delito que, de existir, en nada ha afectado a su propia esfera jurídica.

Cosa bien distinta es la de que, dada la finalidad que explica la obligación legal de prestar fianza y la especial relación que el recurrente guarda con las personas y los hechos que dieron lugar a su querella, la cuantía de la fianza haya de ser fijada en términos proporcionados a sus circunstancias personales y su interés, como ya indicaba la Audiencia Provincial de Huelva en el Auto que resuelve el recurso de apelación. No habiéndose deducido ante nosotros, sin embargo, pretensión alguna en relación con ello, sería impertinente cualquier consideración al respecto.

### F A L L O

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

Ha decidido

Desestimar el amparo solicitado por don Fernando Miguel Ruiz Tamariz-Martel.

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

Dada en Madrid, a veintinueve de octubre de mil novecientos ochenta y cinco.