

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sentencia de 18 de marzo de 1998.—ALIMENTOS ENTRE PARIENTES.—El derecho del hijo extramatrimonial está también protegido penalmente.—Pleno.—Ponente: Sr. García Manzano. Voto particular del señor Jiménez de Parga. Otro de los señores Mendizábal Allende y Gabaldón López.

Antecedentes.—2. La demanda de amparo se basa, en síntesis, en los siguientes hechos:

a) Con fecha 20 de julio de 1993, la recurrente en amparo presentó denuncia contra don José Caballero Carmona por un supuesto delito de abandono de familia tipificado en el artículo 487 bis del anterior Código Penal, al no abonar a la recurrente los alimentos correspondientes a la hija menor de ambos. Tramitada dicha denuncia en el Juzgado de Instrucción número 37 de Madrid, se incoó el procedimiento abreviado número 3.710/93, en el que, tras la celebración del juicio oral, recayó sentencia del Juzgado de lo Penal número 15 de los de Madrid, de 19 de julio de 1994, por la que se absolvía libremente al acusado del delito imputado por no ser los hechos subsumibles en el tipo penal, que exige que la obligación económica esté establecida en procedimiento judicial de separación, divorcio o nulidad matrimonial, y no haber existido nunca vínculo matrimonial ni siquiera convivencia entre las partes.

b) Recurrida en apelación dicha sentencia, la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia, de fecha 1 de diciembre de 1994, por la que desestimó el recurso y confirmó la de instancia, abundando en las mismas razones expresadas en ella.

3. La recurrente en amparo entiende que las sentencias impugnadas han vulnerado sus derechos consagrados en los artículos 14 y 24 CE. La actora mantiene que el bien jurídico protegido por el artículo 487 bis CP es el interés del hijo, por lo que, cuando ambos progenitores han reconocido al hijo y existe una resolución judicial que fija a su favor una determinada cantidad en concepto de alimentos, el incumplimiento de esta obligación debe dar lugar a la aplicación del tipo penal, con independencia de que haya habido o no un matrimonio anterior entre los padres, pues lo contrario supone una discriminación por razón de la filiación contraria al derecho de igualdad del artículo 14 CE. La inaplicación del tipo penal por las sentencias impugnadas ha

creado asimismo, a juicio de la recurrente, una situación de indefensión para ella y su hija, que no han obtenido la tutela judicial efectiva en su pretensión, por lo que también se habría lesionado el derecho fundamental que consagra el artículo 24.1 CE.

Por todo ello, se solicita de este Tribunal que otorgue el amparo y declare la nulidad de la resolución judicial impugnada.

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha decidido otorgar parcialmente el amparo solicitado por doña Paloma Martín García y, en consecuencia, declarar que ha sido vulnerado el derecho de su hijo a no ser discriminado por razón de nacimiento.

La sentencia se basa en los siguientes

Fundamentos jurídicos.—1. La cuestión que el presente recurso de amparo plantea es la relativa a si el pronunciamiento absolutorio que la jurisdicción penal ha efectuado mediante las Sentencias del Juzgado de lo Penal número 15 de los de Madrid, de 19 de julio de 1994, y de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid, de 1 de diciembre de 1994, recaída en apelación, al declarar que la conducta del acusado, señor Caballero Carmona, no integraba la infracción penal de abandono de familia tipificada en el artículo 487 bis del entonces Código Penal vigente, comporta o no la vulneración del derecho fundamental de la recurrente a una tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y, esencialmente, del derecho fundamental de su hija menor de edad a no ser discriminada por razón de nacimiento (art. 14 CE), dada su filiación extramatrimonial.

El soporte fáctico de las vulneraciones de derechos aducidas se contrae, según se desprende de los antecedentes, a la finalización, sin condena, del proceso penal, en el que la ahora recurrente, doña Paloma Martín García, madre de la menor, se constituyó como acusación particular, imputando la modalidad del delito de abandono de familia por impago de la prestación económica de alimentos en favor de su hija, al padre de ésta, nacida de una unión no matrimonial.

Examinemos, pues, por el mismo orden de enunciación, cada una de las quejas que configuran la presente demanda de amparo.

2. Debe rechazarse, en primer lugar, la denunciada lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que se habría producido para la demandante, doña Paloma Martín García, como consecuencia del pronunciamiento absolutorio contenido, sucesivamente, en cada una de las sentencias penales recaídas en la vía judicial previa a este proceso constitucional. Tanto el Juzgado de lo Penal como la Sala de apelación ofrecieron a la actora una respuesta judicial motivada, sin que exista, como se declaró en las SSTC 199/1996 y 41/1997, un pretendido derecho fundamental a obtener la condena penal de otra persona ni, por lo tanto, sea posible instrumentalizar la acción constitucional del amparo, remedio ideado para la defensa de los derechos fundamentales, con el fin de prolongar procesalmente el ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

3. El problema cardinal que este amparo suscita es el atinente a la violación del artículo 14 CE, en cuanto prohíbe el tratamiento discriminatorio por razón de nacimiento. El artículo 487 bis del Código Penal vigente en la fecha de los hechos enjuiciados por la jurisdicción penal, únicamente tipificaba 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 protección penal a los hijos extramatrimoniales.

A estos efectos, no es ocioso recordar que en la aplicación del tipo penal indicado, introducido en el Código Penal de 1973 mediante la Ley Orgánica 3/1989, cobra especial significación la reparación civil *ex delicto*, mediante la condena al pago de las mensualidades no abonadas; reparación que vino a admitir como procedente la Circular 2/1990, de la Fiscalía General del Estado, y que hoy aparece explícitamente prevista en el artículo 227.3 del actual Código Penal.

Es claro, pues, que mediante el artículo 487 bis del entonces vigente Código Penal, se pretendía proteger el derecho de los hijos a ser asistidos por sus padres y que, sin embargo, esa protección, atendida la dicción literal de dicho precepto, se otorgó exclusivamente a los hijos matrimoniales (en origen o por ulterior matrimonio de sus progenitores), con exclusión de los no matrimoniales.

4. Así delimitada la queja de amparo, es evidente que la presente demanda guarda, en su estricta dimensión constitucional, una identidad sustancial con la planteada en el recurso de amparo número 1.589/92, resuelto por la STC 74/1997, dictada por la Sala Segunda.

En esta sentencia, tras reconocerse que el artículo 487 bis del hoy derogado Código Penal de 1973, colisionaba frontalmente con el artículo 14 CE se añadió que, sin embargo, ello no conducía necesariamente a otorgar el amparo, puesto que «a diferencia de lo que ocurre con otros derechos, cuyo contenido se halla materialmente predeterminado, el principio de igualdad se fija por relación, de tal modo que el acto donde se aplique una norma contraria al artículo 14 CE no queda, sólo por ello, viciado de inconstitucionalidad, salvo que, en sí mismo considerado, resulte discriminatorio o vulnere otros derechos fundamentales» (fundamento jurídico 5).

A partir de esta premisa, y aun reconociendo inequívocamente la incompatibilidad del entonces vigente artículo 487 bis del Código Penal con el derecho a la igualdad (art. 14 CE), la Sala acordó desestimar la demanda 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 artículo 14 CE, puesto que ese derecho fundamental no comprende el derecho a la condena de su progenitor» (fundamento jurídico 5).

5. La razón por la que el presente recurso de amparo fue avocado al Pleno del Tribunal no ha de buscarse, por ello, en una eventual discrepancia con la doctrina de la STC 74/1997, en punto a la naturaleza discriminatoria de la norma penal examinada sino, mucho más concretamente en sí, atendidas las particularidades del caso, debió, pese a todo, haberse otorgado el amparo solicitado.

En efecto, no es dudoso que el legislador, en el ejercicio de su libertad de configuración normativa, puede utilizar el Derecho Penal como instrumento mediante el cual dar cumplimiento al mandato constitucional de «protección integral de los hijos» (art. 39.2 CE), y con el que mejor asegurar el deber de los padres de «prestar asistencia de todo orden a los hijos... durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda» (art. 39.3 CE).

Ahora bien, esa opción legislativa, así como cualquier otra que se encamine hacia ese mismo fin protector, no puede desconocer que, con arreglo al

artículo 39 de la Constitución, la filiación no admite categorías jurídicas intermedias y que, por lo tanto, los hijos son «iguales ante la Ley con independencia de su filiación» (apartado 2.º), mientras que el deber de asistencia de los padres, previsto en el apartado 3.º de ese mismo artículo, se proyecta sobre los hijos «habidos dentro o fuera del matrimonio». Precisamente por ello, cualquier opción legislativa de protección de los hijos y, más en general de la infancia (repárese en la protección adicional que supone la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España mediante Instrumento de 30 de noviembre de 1990), que quebrante, por sus contenidos, esa unidad, incurre en una discriminación por razón de nacimiento, expresamente prohibida por el artículo 14 de la Constitución.

Como se declaró en la STC 74/1997, «el legislador, ejerciendo su libertad de configuración normativa, puede elegir libremente entre proteger o no penalmente a los hijos en las crisis familiares frente al incumplimiento por sus progenitores de las obligaciones asistenciales que les incumben y judicialmente declaradas, pero una vez hecha esa elección, no puede dejar al margen de la protección a los hijos no matrimoniales sin incidir en una discriminación por razón de nacimiento que proscribe el artículo 14 de la Constitución» (fundamento jurídico 4). Por este motivo puede decirse que, en cierto modo, el objeto de la presente demanda de amparo es fundamentalmente la omisión del legislador, ya que no es la regla expresamente contenida en el artículo 487 bis del entonces vigente Código Penal, la que, por sí misma y aisladamente considerada, pueda estimarse contraria al derecho de igualdad, sino su imperfección, por no contemplar aquello que debiendo ser necesariamente incluido por el legislador fue, sin embargo, omitido, ocasionando, con tal proceder, una discriminación por defecto, lesiva del derecho fundamental a la igualdad del hijo de la ahora recurrente en amparo.

6. Esta particular circunstancia resulta fundamental para comprender la actuación de los órganos judiciales intervinientes en el proceso penal del que trae causa este recurso de amparo.

Mientras que en otros supuestos de discriminación por defecto, pueden los órganos judiciales corregir y reparar esa vulneración de la igualdad en la norma, ora mediante una interpretación de la misma conforme a la Constitución, ora declarando su nulidad o planteando la cuestión de inconstitucionalidad si aquella tuviese valor de Ley (art. 163 CE y 27 LOTC), cuando se trata de preceptos penales, esas posibilidades de actuación judicial resultan, en muchos casos, jurídicamente inviables. De un lado, porque el derecho fundamental al principio de legalidad penal que reconoce el artículo 25.1 CE, proscribire las interpretaciones analógicas *in malam partem* de los tipos penales, así como su aplicación extensiva a conductas no previstas expresamente en aquéllos, al tiempo de ser cometidas (por todas, STC 34/1996). De otra parte, porque si se hubiese planteado una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el entonces vigente artículo 487 bis del Código Penal, ésta habría sido inadmitida *ex* artículo 37 LOTC, pues el fallo de la causa no dependía de la validez constitucional de dicho precepto, ya que, por imperativo del artículo 25.1 CE, la sentencia sería, igualmente, absolutoria.

Se infiere así, que los órganos judiciales, sometidos al imperio de la Ley (art. 117.1 CE) y, con especial rigor, al principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), se limitaron a constatar que la conducta denunciada no se encontraba dentro del tipo regulado en el mencionado precepto del Código Penal, dictan-

do consecuentemente, la correspondiente sentencia absolutoria. Por esta razón, las resoluciones judiciales únicamente fueron el presupuesto necesario para individualizar *ad causam* 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.

7. Constatada, pues, la lesión del mencionado derecho fundamental y procediendo, conforme a lo previsto en el artículo 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* artículo 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 artículo 487 bis CP ya ha sido derogado por la LO 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 aquélla 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 artículo 227, no es procedente en el presente caso el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 487 bis del Código Penal.

B) Y, en segundo lugar, porque aun en la hipótesis de declararse la inconstitucionalidad del citado artículo 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 artículo 25.1 CE.

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 artículo 487 bis CP y, por tanto, en sí mismas, no han vulnerado el derecho fundamental invocado. En consecuencia, nuestro pronunciamiento no puede ser el previsto en el artículo 55.1.a) LOTC. No obstante, y dada la patente discriminación por filiación que contenía el citado precepto del CP, 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 artículo 14 en relación con el artículo 39.2 de la Constitución en la que incidía. De ahí que, conforme autoriza el artículo 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».

Voto particular que formula el Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera en la sentencia de Pleno recaída en el recurso de amparo número 109/95

Estoy de acuerdo con el otorgamiento de este amparo, pero considero que debió completarse la parte dispositiva de la sentencia con un autoplanteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad respecto al artículo 487 bis del Código Penal vigente en el momento de suceder los hechos enjuiciados. Además, el restablecimiento del derecho vulnerado debió llevarse a cabo, en mi opinión, con la declaración de nulidad de las sentencias impugnadas.

1. La sentencia de la mayoría no precisa en su fallo quién fue el causante de la conculcación del derecho —dice— «a no ser discriminado por razón de nacimiento». De los fundamentos jurídicos se desprende, sin embargo, que el origen de la lesión no se encuentra en las sentencias recurridas. Fue la norma aplicada (art. 487 bis CP, introducido por la Ley Orgánica 3/1989) la que contenía una violación del artículo 14 CE.

2. La sentencia de la mayoría no declara la nulidad de las sentencias del Juzgado y de la Audiencia, dado que éstas «no podían subsumir —se razona— los hechos en el tipo penal del artículo 487 bis CP y, por tanto, en sí mismas, no han vulnerado el derecho fundamental invocado» (fundamento jurídico 7, *in fine*).

Discrepo, con el máximo respeto, de esta argumentación. Es cierto que aquellas resoluciones judiciales son legales, dictadas conforme a lo establecido entonces en el Código Penal, pero esto no es un motivo suficiente para que el Tribunal Constitucional deje de pronunciarse sobre su validez constitucional. En la STC 245/1991, al resolver un recurso de amparo también avocado al Pleno, se dijo: «Aunque no sea imputable directamente a la sentencia del Tribunal Supremo aquí impugnada, la violación del derecho a un proceso público con todas las garantías, ni la del derecho a la tutela judicial efectiva, la reparación de aquella lesión y el restablecimiento de los derechos fundamentales vulnerados requiere que al mismo tiempo anulemos dicha sentencia» (fundamento jurídico 5). O sea, que en determinados supuestos, el Tribunal Constitucional debe anular sentencias que, en cuanto tales (o «en sí mismas»), no hayan conculcado derechos fundamentales, siempre que esa decisión sea necesaria para el restablecimiento de uno de esos derechos.

En esta línea de nuestra jurisprudencia debieron anularse las sentencias del Juzgado de Instrucción número 37 de Madrid y de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid.

3. El autoplanteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad del citado artículo 487 bis CP era inevitable, a mi entender, en el presente caso.

No me convencen las razones de la mayoría del Pleno, por lo siguiente:

A) Estimo irrelevante que el precepto aplicado haya sido objeto de derogación. Precisamente porque era aplicable al supuesto enjuiciado (algo que no se pone en duda en la sentencia de la mayoría) la derogación posterior de la norma resulta un dato intrascendente. Importante, en cambio, es la diferencia

que media entre los efectos de la derogación (*ex nunc*) y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad (*ex tunc*).

B) No ha de esgrimirse, en este momento procesal, el argumento según el cual la autocuestión sería inadmitida por el Pleno debido a que en todo caso —esto es, incluso si se declara la inconstitucionalidad de la norma— el pronunciamiento judicial tendría que ser absolutorio. Pienso que se confunden aquí la cuestión de inconstitucionalidad propiamente dicha y la autocuestión del artículo 55.2 LOTC.

En la autocuestión, la resolución de la misma es siempre posterior a la estimación de la demanda de amparo. En la cuestión de inconstitucionalidad, por el contrario, cabe la duda sobre su admisión cuando resulta evidente que la nulidad del precepto cuestionado no puede producir un efecto distinto del que generaría la declaración de su conformidad con la Constitución.

Veamos. Si el Juzgado, primero, o la Audiencia, después, hubieran planteado cuestión de inconstitucionalidad respecto al artículo 487 bis CP, podría haberse estimado que las alternativas en presencia, aparentemente dos, se reducían a una: La absolución. El órgano judicial debería absolver si la norma fuese declarada conforme con la Constitución (pues la norma misma impedía la condena); también debería absolver si el precepto fuese declarado inconstitucional, ya que, por imperativo del artículo 25.1 CE, no podría condenarse a quien en su momento ajustó su conducta a la legalidad penal entonces vigente.

El hecho, empero, de que el efecto absolutorio sea inevitable en los dos supuestos no significa que la cuestión de inconstitucionalidad sea *per se* inadmisibile: a) Porque si de este modo se procediera, sería imposible el control de inconstitucionalidad de buena parte de las normas penales, reducido en la práctica a la vía del recurso directo; el juicio de relevancia no puede llevarse tan lejos: Ha de bastar con que la norma cuestionada sea aplicable y que de su validez dependa el fallo (y, como se verá, en cierto modo también, la fundamentación del fallo); b) porque el efecto —siempre absolutorio— no dejaría de ser distinto en uno y otro caso.

En el primer supuesto, la absolución sería consecuencia de la aplicación de una norma constitucionalmente conforme; en el segundo, sería resultado de la lógica del artículo 25.1 CE. Los fallos, absolutorios, se fundamentarían en razones jurídicamente diversas, lo que implica ya una diferencia lo suficientemente cualificada como para excluir que el pronunciamiento del Tribunal sobre el fondo de la cuestión sea intrascendente.

C) Tampoco comparto la idea de que resulte improcedente la declaración de inconstitucionalidad del precepto por la razón de que su causa es una discriminación *ex silentio*. Aquí cabe replicar con la idea de que la diferencia entre la inconstitucionalidad por comisión y la inconstitucionalidad por omisión se reduce a una cuestión de perspectiva. Es exactamente lo mismo, para lo que ahora importa, que la norma sea inconstitucional por excluir a unos hijos o lo sea por incluir a otros. Lo ajustado a Derecho es declarar la nulidad del precepto, no la ampliación de sus destinatarios, correspondiendo al legislador, posteriormente, realizar tal ampliación o, sencillamente, excluir a todos y, en consecuencia, no dictar norma alguna.

4. A mi entender, debiera haberse estimado el recurso de amparo con los siguientes pronunciamientos:

- a) Declaración de vulneración del artículo 14 CE.
- b) Nulidad de las sentencias impugnadas.
- c) Planteamiento de autocuestión *ex* artículo 55.2 LOTC.

En un procedimiento de amparo, en definitiva, no me parece acertado concluir que la norma legal aplicada es contraria a la Constitución y estimar la demanda con un pronunciamiento que, como el que contiene la sentencia de la mayoría, no identifica el origen de la lesión ni cuestiona ante el Pleno la norma legal que, sin embargo, en los fundamentos jurídicos se identifica como origen de la lesión. En este tipo de asuntos, identificado el precepto origen de la violación, el Pleno debe autoplantearse la cuestión. Los problemas que luego se susciten al resolverla no pueden anticiparse en el proceso de amparo ni, menos aún, erigirlos en motivo o causa de una negativa a actuar según lo establecido en el artículo 55.2 LOTC.

En la STC 245/1991, antes invocada, se hace la siguiente precisión: «La función del recurso de amparo no es otra que proteger a los ciudadanos de las violaciones frente a los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 14 a 29 CE, dando efectividad a esos derechos permitiendo restablecerlos o, en su caso, preservarlos (arts. 41.2 y 3 LOTC), teniendo en cuenta, además, que los derechos fundamentales no son sólo normas constitucionales que establecen derechos objetivos públicos, sino rasgos esenciales del sistema democrático, de modo que la protección efectiva del derecho fundamental y de su actuación concreta trasciende del significado individual para adquirir una dimensión objetiva» (fundamento jurídico 5). Desde esta perspectiva —se concluía allí— «resulta intolerable el mantenimiento en prisión de unas personas cuya condena no ha sido impuesta con las garantías constitucionalmente exigibles». Desde la misma perspectiva —concluyo yo— resulta raro que el Tribunal Constitucional deje de someter a juicio de inconstitucionalidad un precepto legal introducido el año 1989 en el Código Penal; precepto que, como admite la sentencia de la mayoría, conculca el artículo 14 CE. Los efectos de la derogación, según hemos indicado, no son idénticos a los efectos de la inconstitucionalidad (en la STC 55/1996, fundamento jurídico 2, se efectúan unas consideraciones al respecto que doy aquí por reproducidas).

Firmo este Voto particular expresando, una vez más, la estimación que siento por la opinión de la mayoría de los Magistrados, lamentando no poder suscribir tan autorizado parecer en el presente caso.

Madrid, a veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y ocho.—
Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula don Rafael de Mendizábal Allende, Magistrado, a la sentencia dictada por el Pleno de este Tribunal Constitucional en el recurso de amparo número 109/95, al cual se adhiere don José Gabaldón López, vicepresidente

Aunque no haya dos casos idénticos, en el trance actual coinciden parcialmente los supuestos de hecho que han dado lugar sucesivamente a dos sentencias de este Tribunal Constitucional, una de su Sala Primera, la 74/1997, y otra del Pleno, iguales en la sustancia pero diversas en su escorzo. A pesar de que la diferencia que las separa parece ser mínima, es sin embargo, en mi opinión, trascendente en la más pura acepción de la palabra, ya que la variación introducida ahora conlleva un riesgo de tergiversación de la vía de amparo con olvido de cual sea la misión del Juez, constitucional o no, consistente en poner paz en conflictos reales y concretos con soluciones concretas y reales. Por ello me siento incapaz de aceptar en silencio la opinión de la

mayoría, no obstante, el respeto imponente, teñido de admiración y afecto, que en mí despiertan mis colegas. Siempre me ha parecido inútil e indeseable, como regla, el disentimiento público y, por ello, he procurado exteriorizarlo el menor número de veces y en ocasiones que merecieran la pena, pero en ésta por lo dicho me veo obligado a hacerlo y ofrecer las razones que me impulsan a ello. Si es cierto que, como dijo un gran juez, los casos difíciles hacen mal Derecho, no lo es menos que los fáciles pueden producir alguna vez el mismo resultado.

1. Pues bien, empezando por el principio como es uso sensato, conviene recordar que cada tipo de proceso se identifica por su objeto y en éste del amparo sólo puede serlo un acto singular de un poder público cuya nulidad se pretenda por infligir un agravio a un derecho fundamental, anverso y reverso, acto y pretensión, incluida la razón de pedir o *ratio petendi*. Desde otra perspectiva, para perfilar este elemento objetivo con mayor precisión, no estará de más dejar aquí y ahora bien claro que han de quedar excluidas por definición de tal vía jurisdiccional las normas con rango de Ley cuyo enjuiciamiento, a la luz de la Constitución, con el fin de averiguar si la respetan o no, si se mueven en su órbita, o no, es el ámbito propio de otros dos procesos, el recurso de inconstitucionalidad para la impugnación directa, y la «cuestión» para la indirecta.

En el proceso de amparo ese objeto ha de ser diseñado en la súplica de la demanda, que es su sede propia y única, determinando a su vez —por la necesaria congruencia— el contenido del fallo o parte dispositiva de la sentencia. Allí, y en este caso, se pide el amparo contra una Sentencia que dictó el 1 de diciembre de 1994 la Audiencia Provincial de Madrid, donde resulta absuelto quien fuera acusado como autor del delito de impago de prestaciones económicas familiares tipificado en el artículo 487 bis del Código Penal, tal y como a la sazón estaba configurado por la potentísima razón de no estar incluido el padre extramatrimonial en la conducta allí incriminada, conclusión evidente y que nadie discute en esta sede. El meollo de la pretensión es, por tanto, el principio de igualdad en la aplicación de la Ley que, si bien se imputa a la sentencia, tiene su origen en la Ley, el artículo 487 bis del Código Penal de 1973, hoy derogado, según el cual quien «dejare de pagar durante tres meses consecutivos o seis meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio o declaración de nulidad de matrimonio, será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas». En la demanda se nos dice que tal precepto legal y la sentencia que lo ha aplicado infringen el artículo 14 de la Constitución por discriminar peyorativamente al hijo extramatrimonial respecto de los nacidos dentro del matrimonio. En definitiva, se pretende que, dando lugar al amparo, se anule la sentencia impugnada.

Vaya por delante, una vez más, que no siendo el proceso de amparo la vía adecuada para la impugnación directa de las leyes, la eventual inconstitucionalidad de alguna de ellas sólo podrá plantearse a su través cuando ello resulte imprescindible para corregir la lesión del derecho fundamental que sea achacable directamente a la aplicación del precepto legal que se dice contrario a la Constitución (STC 206/1990); es decir, para que este Tribunal, en el cauce de un recurso de amparo, pueda pronunciarse sobre la constitucionalidad de un precepto legal, previamente tiene que constatar que, mediante la aplicación del mismo, se ha producido una concreta lesión de derechos

y libertades susceptibles de amparo (SSTC 113/1987 y 153/1988). Nuestro enjuiciamiento, pues, debe constreñirse a comprobar si la sentencia de la Audiencia por haber aplicado el artículo 487 bis del Código Penal, hoy derogado, discriminó a una hija por relación con los habidos en el matrimonio.

Para ello debemos comenzar indagando cuál sea el bien jurídico que se pretendía proteger con la tipificación contenida en el mencionado precepto legal. En el Preámbulo de la Ley Orgánica 3/1989, que introdujo el precepto polémico en el Código Penal de 1973, se justificaba el nuevo tipo en la necesidad de dar protección a «los miembros económicamente más débiles de la unidad familiar frente al incumplimiento de deberes asistenciales por el obligado a prestarlos (...) intentando así dar la máxima protección a quienes en las crisis matrimoniales padecen las consecuencias de la insolidaridad del obligado a prestaciones de aquella clase». Es indudable que a través del artículo 487 bis del Código Penal se pretendía amparar el derecho que asiste, entre otros, a los hijos de ser sostenidos por sus padres y que esta protección, dada la dicción del precepto y el reconocimiento explícito que el legislador hacía en su justificación, se daba única y exclusivamente a los hijos matrimoniales, en origen o por ulterior matrimonio de sus progenitores, excluyendo a los extramatrimoniales, pues no otro sentido puede darse a la referencia que se hacía en el precepto a los procesos de separación legal, divorcio o declaración de nulidad del matrimonio y al confeso propósito del legislador de proteger a quienes en las «crisis matrimoniales» son víctimas de la insolidaridad de los protagonistas y causantes de las mismas.

2. Así las cosas, conviene precisar que a través de la controversia en debate no se trata de determinar si existe un derecho a ser protegido de forma igual por la ley penal, sino si, una vez decidido proteger penalmente un bien jurídico, determinados titulares del mismo pueden quedar excluidos y, más en concreto, si hecha la opción de dar protección en los momentos de crisis a los miembros de la familia económicamente más desamparados frente al incumplimiento de los deberes asistenciales por parte de los obligados, pueden quedar excluidos aquellos hijos que tienen la condición de extramatrimoniales.

En este punto conviene recordar que cuando nuestra Constitución, en su artículo 39.1, proclama que los poderes públicos han de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia no constriñe este concepto, en términos exclusivos y excluyentes, a la fundada en el matrimonio, debiendo subsumirse también en el mismo a familias de origen no matrimonial (STC 222/1992). Sentado ello, es cierto que esta igualación entre una y otra clase de familias no impone una paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes de las uniones matrimoniales y las no matrimoniales (STC 184/1990) y que, por consiguiente, toda distinción entre unas y otras no puede decirse sea incompatible con la igualdad jurídica y la prohibición de discriminación que la Constitución garantiza en su artículo 14. Por lo tanto, si el artículo 487 bis del Código Penal pretendía proteger a los miembros económicamente más débiles de la unidad familiar en momento de crisis, en principio cabría afirmar que la limitación de la protección a los miembros de unidades familiares de origen matrimonial, con exclusión de los miembros de las extramatrimoniales, necesariamente no tenía por qué ser contraria al artículo 14 de la Constitución.

Pero la anterior conclusión, que tiene su fundamento en el hecho de que la decisión de vivir en matrimonio o convivir *more uxorio* es libremente adop-

tada por los sujetos de una y otra clase de unión, no es válida para el caso de los hijos, a quienes la Constitución obliga a dispensar una protección integral con independencia de su filiación y respecto de quienes los padres deben prestar asistencia con independencia de su origen matrimonial o extramatrimonial (art. 39.2 y 3 CE), en otras palabras, de su nacimiento, y cuyo desvalimiento motiva incluso una intensa protección internacional (Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España mediante instrumento de 30 de noviembre de 1990), pues su filiación y su condición de habidos dentro o fuera del matrimonio es el resultado de decisiones ajenas a los mismos (STC 184/1990). En definitiva, el legislador, ejerciendo su libertad de configuración normativa, puede elegir libremente proteger o no penalmente a los hijos en las crisis familiares frente al incumplimiento por sus progenitores de las obligaciones asistenciales que les incumben y judicialmente declaradas, pero una vez hecha esta elección no puede dejar al margen de la protección a los hijos no matrimoniales sin incidir en una discriminación por razón de nacimiento que proscribe el artículo 14 de la Constitución.

3. Ahora bien, que el artículo 487 bis del hoy derogado Código Penal de 1973 colisionara frontalmente con el artículo 14 CE, no lleva necesariamente a otorgar el amparo. A diferencia de lo que ocurre con otros derechos, cuyo contenido constitucional se halla materialmente predeterminado, el principio de igualdad se fija por relación, de tal modo que el acto donde se aplique una norma contraria al artículo 14 CE no queda, sólo por ello, viciado de inconstitucionalidad, salvo que, en sí mismo considerado, resulte discriminatorio o vulnere otros derechos fundamentales.

La Audiencia Provincial de Madrid, al aplicar el mencionado precepto legal no ha vulnerado derecho fundamental alguno de esa hija extramatrimonial. Recientemente (STC 41/1997) hemos tenido ocasión de afirmar que por sí solo no existe un derecho fundamental a obtener la condena penal de otra persona y, recordando pronunciamientos anteriores (SSTC 147/1985, 83/1989, 157/1990, 31, 177 y 199/1996), que la Constitución no otorga ningún derecho a obtener condenas penales. No existe, pues, hoy en día un derecho de la víctima a obtener la condena penal de otro, y, por ello, no puede pretender en esta sede la anulación de una sentencia con un pronunciamiento absolutorio.

Siendo así y si la sentencia de la Audiencia Provincial absolvió al denunciado porque la conducta que realizó estaba fuera del tipo penal, no puede sostenerse que tal pronunciamiento judicial haya podido, efectivamente, vulnerar el derecho fundamental invocado. Es más, dicho Tribunal no podía hacer otra cosa por vedársele el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), que impide la interpretación analógica de las normas penales y su aplicación extensiva (SSTC 111/1993 y 34/1996). En definitiva, 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 artículo 14 CE, puesto que ese derecho fundamental no comprende el derecho a la condena de su progenitor. El amparo ha de ser desestimado, sin que sea necesario suscitar ante el Pleno de este Tribunal cuestión sobre la constitucionalidad del reiterado precepto penal derogado.

4. Hasta aquí, en lo que aquí interesa, el tenor de la STC 74/1997. La aportación de esta novísima consiste en extraer un párrafo del razonamiento jurídico y colocarlo donde no le corresponde, el fallo, cambio de sitio, obra del puro voluntarismo. En verdad y en sustancia, este amparo no es sino un

recurso indirecto de inconstitucionalidad de la Ley, abocado al fracaso, con ocasión de una sentencia que la aplica. 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 cuando 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 éstas 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 artículo 14 de la Constitución, que ahí está y sigue estando. Se intenta enmascarar de tal guisa una declaración de inconstitucionalidad del artículo 487 CP, 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 y esa su inutilidad e inoperancia las convierte en un brindis al sol. Como la sentencia impugnada es intangible, intocada se queda, viciando así de incongruencia tal fallo que, en definitiva, no ampara ni restituye ni repara. Es una palmadita en la espalda de la denunciante para su consuelo.

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 quién haya vulnerado ese derecho fundamental fantasmagórico y cómo se haya cometido el desafuero.

Más bien se reconoce, como no podía ser menos, que la actuación del Juez no fue en absoluto reproachable, 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 autoplanteada aquí, ya que en el supuesto de prosperar, la nulidad del artículo 487 bis CP 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 inocua en este caso por no poder tener nunca la nueva norma penal eficacia retroactiva *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, como un bolero de Ravel, donde se transforma un proceso de amparo en un proceso de control abstracto de normas. No es bueno que así se haga, deformando la configuración 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, aun cuando 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, veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y ocho.—Rafael de Mendizábal Allende.—José Gabaldón López.—Firmados y rubricados.