

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Diego PEÑA JORDÁN  
*Universidad Complutense*

**Sala Segunda.** Sentencia 39/1988, de 17 de febrero, en el recurso de amparo 613/1985 (*BOE* de 17 de marzo de 1998).

Contra Auto de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo que inadmitió recurso de casación para la unificación de doctrina en autos dimanantes de solicitud de reconocimiento de derecho a pensión de viudedad.

## I. Antecedentes

(Resumen)

La recurrente en amparo, que convivió *more uxorio*, según se desprende de las resoluciones judiciales recaídas en el procedimiento, con don A.O., solicitó tras el fallecimiento de aquél en 1988 el reconocimiento del derecho a pensión de viudedad. El fallecido había solicitado el divorcio de su matrimonio anterior en 1987, siendo declarado judicialmente en 1989, con posterioridad, por tanto, a su fallecimiento.

La solicitud de la recurrente fue denegada en las instancias judiciales previas a la interposición del recurso de amparo.

Se alega la vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a no sufrir discriminación (art. 14 CE), así como los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, tanto de la recurrente como del fallecido y, finalmente, los derechos fundamentales a la libertad religiosa, a la dignidad privada y familiar y a la libertad de pensamiento y de conciencia, todos ellos en el marco definido por el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos de 1950, en sus artículos 6, 8, 9 y 12.

## II. Fundamentos jurídicos

(Se omiten los funds. 1 al 4)

5. De modo distinto cabe abordar la cuestión planteada en amparo respecto a las SSTC 27/1986 y 260/1988 de este Tribunal, que la recurrente considera debieron

haber inspirado la resolución de su caso, y que afecta por tanto al fondo del asunto al entender aquélla que resulta discriminatoria la interpretación de la legalidad en que se ha fundado la denegación de su derecho.

A) En primer lugar, ha de recordarse que la Disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, amplió el hecho causante de la pensión de viudedad al añadir al de la existencia de vínculo matrimonial entre el solicitante y la persona fallecida el de la convivencia de hecho en las circunstancias previstas en aquella Disposición y que, como es conocido, requiere el triple elemento de la convivencia de la pareja, la imposibilidad legal de contraer matrimonio antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1981 y el fallecimiento del causante con anterioridad a ello. Tales requisitos resultan coherentes con la finalidad de la norma que, como precisara la STC 260/1988, tiene como base la imposibilidad por impedimento legal de contraer matrimonio al no poderse disolver el anterior antes de la Ley 30/1981. Sólo a tales uniones de hecho se ha extendido hasta el momento por el legislador el derecho a percibir pensión de viudedad, una limitación que este Tribunal no ha considerado lesiva del artículo 14 CE (STC 184/1990) desde la misma perspectiva desde la que, en general, no ha entendido discriminatoria la exigencia de vínculo matrimonial para causar pensión de viudedad que preveía el anterior artículo 160 de la Ley General de Seguridad Social y que mantiene el vigente artículo 174 del Real Decreto Legislativo 1/1994 por el que se aprobó el nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (STC 184/1990, cuya doctrina ha sido mantenida posteriormente en SSTC 29/1991, 30/1991, 31/1991, 35/1991, 38/1991, 77/1991 y 66/1994). Por lo que se refiere a la cuestión planteada en el presente recurso debe precisarse que la recurrente no cuestiona la exigencia legal de vínculo matrimonial puesto que expresamente manifiesta en la demanda su interés en dejar claro que no se refiere a la jurisprudencia constitucional sobre las parejas de hecho en esta materia, sino a una situación concreta en la que aún a pesar de haberse instado la regularización de la situación, el deseo de contraer matrimonio se vio frustrado por el fallecimiento de la persona con la que venía conviviendo. No discutida por tanto esta causa de denegación de la pensión, la cuestión suscitada en amparo se ciñe a determinar si la decisión de denegarla por no concurrir tampoco las condiciones de la Disposición adicional décima de la Ley 30/1981 resultó lesiva del artículo 14 CE.

B) Al respecto, conviene indicar que la Sentencia dictada en suplicación desestimó la pretensión de la recurrente por estimar que el derecho a la pensión de viudedad se reconoce a quienes tengan o hubieran tenido la condición de cónyuge respecto al causante, así como a quienes no hubieran podido contraer matrimonio por impedirlo la legislación anterior a la Ley 30/1981 con los requisitos previstos en su Disposición adicional décima, que ha sido interpretada por la jurisprudencia –según señala el órgano judicial– de forma que pueda acoger situaciones similares o análogas más o menos inmediatas a la entrada en vigor de aquella norma. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia considera que en el supuesto de la recu-

rente no concurrían las condiciones legales, ya que el fallecido y doña Paulina Díez, que convivían desde 1949, no habían contraído matrimonio y la demanda de divorcio presentada por aquél no lo había sido hasta 1987, más de seis años después de que entrase en vigor la Ley 30/1981.

Frente a este razonamiento, la recurrente alega en su demanda de amparo que su situación debió de haberse entendido incluida en las previsiones de la Disposición adicional décima, sin que resulte relevante, a su juicio, el tiempo transcurrido hasta el inicio de los trámites de divorcio puesto que esa tardanza no es un requisito previsto legalmente y la discrimina respecto a otros casos en los que la pensión se concedió aunque el fallecimiento tuvo lugar antes de finalizados los trámites del procedimiento de divorcio y la consiguiente celebración del nuevo matrimonio. En el mismo sentido expresa que el tiempo transcurrido obedeció a la necesidad de ambos de sentirse preparados, tanto objetiva como subjetivamente, para asumir aquel vínculo.

C) Ahora bien, en relación con estas alegaciones de la recurrente debe advertirse, en primer lugar, que la decisión de entender o no aplicable al supuesto la Disposición adicional décima de la Ley 30/1981 constituye una cuestión de estricta legalidad que sólo corresponde resolver al órgano judicial (ATC 68/1994) y, como ya se advirtió en el fundamento jurídico cuarto, si la recurrente estimaba que la conclusión de no aplicarla resultaba contradictoria con otras decisiones judiciales, así debió haberlo planteado en el recurso de casación para la unificación de doctrina dando oportunidad al Tribunal Supremo de pronunciarse sobre ello tras haber observado los requisitos exigidos para el acceso a aquel recurso. En segundo lugar y ya desde la perspectiva constitucional, tampoco cabe apreciar que el razonamiento empleado por el órgano judicial haya introducido para denegar la pensión ningún elemento de diferenciación lesivo del artículo 14 CE.

Literalmente, la Disposición adicional décima de la Ley 30/1981 condiciona el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad al hecho de que el fallecimiento del causante hubiera tenido lugar antes de su entrada en vigor, requisito de índole temporal que, como precisara la STC 260/1988, se encuentra esencialmente ligado a la finalidad del precepto, puesto que el impedimento legal que suponía la imposibilidad de contraer matrimonio por no poder disolver el anterior desapareció, precisamente, con la mencionada Ley. Ahora bien, desde la perspectiva constitucional y con el objeto de no dar lugar a situaciones discriminatorias, la misma STC 260/1988 declaró que la interpretación de aquel requisito temporal no podía hacerse al margen de la finalidad de la norma, rechazando que la entrada en vigor de la Ley determinase automáticamente la posibilidad de convertir la convivencia de hecho en vínculo matrimonial puesto que durante un determinado período de tiempo, imprescindible para obtener la Sentencia de divorcio, subsistía por circunstancias ajenas a las partes la imposibilidad legal de contraer matrimonio. De ese modo, y por exigencia del artículo 14 CE, se ampliaban los supuestos en los que,

vigente la Ley y habiéndose iniciado de manera inmediata los trámites para la obtención del divorcio, correspondía entender aplicable lo dispuesto en la Disposición adicional décima aun cuando el fallecimiento se hubiera producido con posterioridad a su entrada en vigor y desde las mismas consideraciones, también ha manifestado este Tribunal (STC 29/1992) que no pueden equipararse a la concreta situación resuelta en la STC 260/1988 aquellas otras en las que ni los trámites de divorcio se iniciaron de forma inmediata sino sólo después del transcurso de un dilatado período de tiempo tras el cambio normativo, ni se acreditó una imposibilidad física o material justificadora de la imposibilidad de contraer matrimonio durante aquel tiempo, al no existir entonces la imposibilidad legal que fue la razón de ser de la repetida Disposición adicional.

D) Aplicando estos criterios a las circunstancias del presente caso, constituye un dato objetivamente constatable, y así se desprende de los hechos probados, que desde la entrada en vigor de la Ley 30/1981 hasta la solicitud de divorcio por parte del fallecido en 1987 había transcurrido un tiempo prolongado durante el cual no existía ya la imposibilidad jurídica de contraer matrimonio. Sin que en el procedimiento se haya acreditado ninguna otra circunstancia que pudiera haber incidido de algún modo en la valoración de dicha imposibilidad hasta el punto de concluir que su falta de consideración por el órgano judicial hubiera determinado una desigualdad prohibida por el artículo 14, ya que no puede concederse relevancia constitucional para desvirtuar el razonamiento judicial a la genérica alegación de la recurrente de que precisaron de aquellos años para encontrarse preparados objetiva y personalmente para iniciar los trámites correspondientes.

En consecuencia, ha de llegarse a la conclusión de que el Tribunal Superior se limitó a constatar que no se daban las condiciones requeridas por la norma en relación a la finalidad de ésta y que incluso consideró la interpretación flexible de la jurisprudencia sobre el momento del fallecimiento, por lo que no es posible apreciar en tal conclusión la presencia de ninguna discriminación prohibida constitucionalmente. Por otra parte, debe precisarse que nuestra STC 27/1986, citada por la recurrente en apoyo de sus alegaciones, no contiene ninguna doctrina aplicable al presente caso, puesto que su objeto lo constituía una resolución judicial que denegó una pensión de viudedad por falta de vínculo matrimonial, cuya solicitud se inició con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1981, con independencia de volver a reiterar aquélla con la nueva causa de pedir, resolución judicial que nuestra Sentencia consideró que no vulneraba el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley por coincidir con la línea jurisprudencial que mantenía la imposibilidad de reconocer el derecho cuando en la vía administrativa previa no se hubiera invocado ya la Disposición adicional décima.

6. Finalmente, la recurrente también denuncia la vulneración de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, puesto que, a su juicio, el Tribunal Superior de Justicia ha cuestionado que el falle-

cido don A. O., pudiera tener otro propósito al presentar su demanda de divorcio que el de contraer matrimonio con ella.

Al respecto debe recordarse que la Sentencia dictada en suplicación confirmó la del Juzgado de lo Social en orden a la denegación de la pensión de viudedad y que, entre los razonamientos jurídicos utilizados para ello, el órgano judicial consideró el transcurso de más de seis años desde la entrada en vigor de la Ley 30/1981 hasta la presentación de la demanda de divorcio en 1987, sin que tampoco se hubiera acreditado —ni, consiguientemente, recogido en el relato de hechos— el propósito de contraer matrimonio, ya que la mencionada demanda de divorcio no acreditaba, a juicio del órgano judicial, la voluntad de hacerlo por parte de la persona que instaba la disolución del anterior. De la lectura de la mencionada Sentencia se desprende claramente que la consideración por el Tribunal Superior de tal circunstancia se inscribe en el contexto de los razonamientos jurídicos empleados para denegar la pensión y no evidencia por sí misma ninguna lesión autónoma de los derechos fundamentales invocados que pudiera resultar constitucionalmente relevante, sin que, por lo demás, la demanda contenga mayores precisiones o fundamentos de la supuesta lesión.

Tampoco cabe aceptar las alegaciones relativas a los derechos a la libertad religiosa, a la dignidad privada y familiar, así como a la libertad de pensamiento y de conciencia —en relación a los cuales la recurrente se remite al Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 1950—, puesto que ni la demanda de amparo contiene la más mínima fundamentación en términos jurídicos constitucionales de estas lesiones genéricamente alegadas, ni tales derechos fueron invocados en ningún momento del procedimiento si la recurrente consideraba que podían incidir en las razones de la denegación de su pensión. Finalmente no es posible pronunciarse sobre la denuncia de dilaciones indebidas en el procedimiento de tramitación de divorcio, ya que no consta hecha tal denuncia en un proceso ajeno al que ha dado lugar a la demanda de amparo.

### FALLO

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

Ha decidido:

Desestimar el presente recurso de amparo.

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

Dada en Madrid, a diecisiete de febrero de mil novecientos noventa y ocho.

**Pleno.** Sentencia 67/1998, de 18 de marzo, en el recurso de amparo 109/1995 (BOE de 22 de abril de 1998).

Contra Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid en causa seguida por presunto delito de impago de prestaciones económicas familiares. Vulneración del derecho del hijo a no ser discriminado por razón de su nacimiento. Votos particulares.

## I. Antecedentes

(Se omite el núm. 1)

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 núm. 37 de Madrid, se incoó el procedimiento abreviado núm. 3710/1993, en el que, tras la celebración del juicio oral, recayó Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 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 C.P. 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.

4. Mediante escrito presentado en este Tribunal el 29 de mayo de 1995, la Procuradora de los Tribunales doña Ana María García Fernández, en nombre y representación de la actora, solicitó la suspensión de la ejecución de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, recurrida en amparo.

5. Por providencia de 12 de junio de 1995, la Sección Primera acordó, a tenor de lo dispuesto en el artículo 50.5 LOTC, conceder a la actora un plazo de veinte días para que, dentro de dicho término, acreditara haber invocado formalmente en el proceso los derechos constitucionales vulnerados [art. 44.1 c) LOTC]. La representación de la actora evacuó el trámite en escrito registrado el 21 de junio de 1995.

6. Por providencia de 17 de julio de 1995, la Sección acordó admitir a trámite la demanda de amparo, sin perjuicio de lo que resulte de los antecedentes. Asimismo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 51 LOTC, requerir al Juzgado de lo Penal núm. 15 de Madrid y a la Audiencia Provincial de dicha capital para que, en el término de diez días, remitieran testimonio del juicio oral núm. 322/1994 y del rollo de apelación núm. 435/1994, 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 plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional, con traslado a dichos efectos de copia de la demanda presentada. Además, y como se solicitó por la parte actora, acuerda formar la correspondiente pieza separada de suspensión.

7. Por Auto de 25 de julio de 1995, la Sala Primera del Tribunal acordó denegar la suspensión solicitada.

8. Por providencia de 16 de mayo de 1996, la Sección acordó, una vez recibidas las actuaciones remitidas por los órganos judiciales, dar vista de las mismas al Ministerio Fiscal y a la actora para que, en el plazo de veinte días, pudieran presentar las alegaciones que a su derecho convinieran.

9. Mediante escrito, registrado el 30 de mayo de 1996, la Procuradora Sra. García Fernández evacuó el trámite conferido, sin alegación adicional alguna a las ya formuladas en la demanda de amparo.

10. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional, por su parte, en escrito registrado el 10 de junio de 1996, interesó del Tribunal que dicte Sentencia desestimando el amparo solicitado, por entender que las resoluciones judiciales recurridas no han vulnerado los artículos 14 y 24.1 CE.

A juicio del Ministerio Fiscal, la alusión al artículo 14 CE no puede sustraerse en el caso de autos a la imprescindible vinculación con el artículo 25.1 CE (principio de legalidad). Y ello por cuanto lo que se pretende 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 (ATC 61/1992 y STC 22/1990, por todas).

La pretensión actora tiene como base el criterio de que las relaciones extramatrimoniales y los hijos habidos en ellas, gozan de la protección penal del tipo del artículo 487 bis del Código Penal de 1973. Sin embargo y a la luz del texto derogado la conclusión es bien otra, pues parece evidente la deliberada exclusión de la protección penal en el caso de autos, criterio que puede entenderse, y así lo entiende el Ministerio Fiscal, como de inadecuada y nada equitativa justificación legislativa y cuya modificación sería deseable, pero cuya plasmación en la norma no es tal sino su formulación contraria, tal como acontece para con las pensiones, cuya validez constitucional en términos del artículo 14 CE, reiteradamente ha venido declarando el Tribunal Constitucional (SSTC 29/1991, 29/1992 y 77/1992, entre otras).

Además, de prosperar el amparo, ello supondría validar por la vía del artículo 14 CE una interpretación *contra legem ex* artículo 487 bis C.P., que supondría la 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 hija extramatrimonial en negocio de jurisdicción voluntaria. Tal supuesto podría caber, con interpretación generosa del término *cónyuge*, en algunos elementos del tipo, pero resulta imposible en cuanto a 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 artículo 227.1 del Código Penal de 1995, correlativo al artículo 487 bis derogado, es mucho más amplia y la referencia «proceso de alimentos a favor de sus hijos», cubre el supuesto de autos, lo que revela la insuficiencia típica del artículo 487 bis y justifica, a juicio del Ministerio Fiscal, la Sentencia de autos y la denegación del amparo.

11. El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 18 de febrero de 1998 acordó, conforme a lo establecido en el artículo 10 K) LOTC avocar para sí el conocimiento del presente recurso de amparo.

12. Por providencia de 17 marzo de 1998 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 18 del mismo mes y año.

## II. 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 núm. 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, Sr. 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 precedente 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 núm. 1589/1992, 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.º).

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.º).

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 si, 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 de 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.º). 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 aquélla 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, proscribe 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, 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.

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 del Código Penal ya ha sido derogado por la Ley Orgánica 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 del Código Penal. 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 Código Penal, 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)

LOTIC, 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».

### FALLO

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

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.

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

Dada en Madrid, a dieciocho de marzo de mil novecientos noventa y ocho.

**Voto particular** que formula el Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera a la Sentencia de Pleno recaída en el recurso de amparo núm. 109/1995.

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 Código Penal 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 Código Penal y, por tanto, en sí mismas, no han vulnerado el derecho fundamental invocado» (fundamento jurídico 7.º, *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). 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 núm. 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 Código Penal 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 Código Penal, 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); tam-

bién 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 constitucionalidad 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 casos.

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 (art. 41.2 y 3 LOTC), teniendo en cuenta además que los derechos fundamentales no son sólo normas constitucionales que establecen derechos subjetivos 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.º). 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.º, 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.

**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 núm. 109/1995, 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 Segunda, la 74/1997, y otra del Pleno, iguales en la sustancia pero diversas en un 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 cuál 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 este 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 potísima razón de no estar incluido el padre extramatrimonial en la conducta allí inculpada, 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 de 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 (...) intentado 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 igualdad 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 unidad 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 adoptada 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 proscribiera 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, 31/1996, 177/1996 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. 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 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 del Código Penal, 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 ampa-

ra 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 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 autoplanteada aquí, ya que en el supuesto de prosperar, la nulidad del artículo 487 bis del Código Penal 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, demoralizadora 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.

**Sala Segunda.** Sentencia 84/1998, de 20 de abril, en el recurso de amparo 2.778/1995 (BOE de 20 de mayo de 1998).

Contra Resoluciones judiciales recaídas en procedimiento penal 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.

El caso que se plantea en este recurso de amparo coincide exactamente con el resuelto por el Pleno del Tribunal en la Sentencia 67/1998, de 18 de marzo, que figura transcrita más arriba.

**Sala Segunda.** Sentencia 155/1998, de 13 de julio, en el recurso de amparo 3.115/1995 (BOE de 18 de agosto de 1998).

Contra Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, recaída en apelación frente a la dictada por el Juzgado de Instrucción núm 27, en autos sobre resolución de contrato de arrendamiento de vivienda. Vulneración del derecho a la igualdad: subrogación en contrato de arrendamiento del conviviente *more uxorio*. Voto particular.

## I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 16 de agosto de 1995, don Felipe Ramos Arroyo, Procurador de los Tribunales, interpone recurso de amparo en nombre de doña Purificación Cañarte Martínez contra la Sentencia de la que se hace mérito en el encabezamiento.

2. Los hechos relevantes para el examen de la pretensión de amparo son, en síntesis, los siguientes:

a) Don José Manuel Pérez Carrera quiso alquilar el piso 7.º izquierda, sito en el núm. 5 de la Plaza de Olavide de Madrid, y a tal efecto suscribió, el día 12 de septiembre de 1973, el pertinente contrato de arrendamiento de vivienda con don César Fernández Ardavín Ruiz.

b) Don José Manuel Pérez Carrera, que se hallaba casado, y la ahora demandante del amparo, en estado civil de soltera, mantuvieron una relación extramatrimonial desde 1973 hasta 1979. La pareja fijó su domicilio común en la citada vivienda hasta que por las desavenencias surgidas entre ellos, en 1979, el Sr. Pérez Carrera la abandonó. Desde entonces fue ocupada exclusivamente por doña Purificación Cañarte Martínez.

c) Transcurridos más de ocho años, con fecha de 10 de mayo de 1988, don César Fernández Ardavín Ruiz, en su calidad de copropietario y arrendador de la referida vivienda, presentó demanda de juicio de cognición contra don José Manuel Pérez Carrera y doña Purificación Cañarte Martínez, interesando que se declarase la

resolución del contrato arrendaticio que los unía, con fundamento en que el arrendatario había abandonado la vivienda y que su ocupante actual, ahora demandante en amparo, carecía de título válido para permanecer en la misma por lo que se había producido una situación de cesión o subarriendo inconstitucional.

d) Contestada la demanda separadamente por cada uno de los demandados, tras la oportuna tramitación, el Juzgado de Instrucción núm. 27 de Madrid (cognición 271 bis/1988) dictó Sentencia, el 2 de diciembre de 1992, en la que desestimó íntegramente la demanda con los siguientes fundamentos jurídicos:

«TERCERO. Nuestro Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la equiparación o no equiparación de matrimonio y unión libremente consentida similar al matrimonio y sobre los diferentes efectos de una y otra situación al amparo de lo previsto en el artículo 39 de la Constitución española. Así en Sentencias 177/1985; 27/1986; 260/1988; 184/1990, y Autos 156/1987; 788/1987 y 38/1988 nuestro más Alto Tribunal ha ido perfeccionando toda una línea jurisprudencial al respecto. En definitiva y recogiendo en especial lo señalado por el Tribunal Constitucional en Sentencia 184/1990, de 15 de noviembre, y 260/1988, de 22 de diciembre, el legislador tiene potestad para atribuir al matrimonio y a la unión libremente consentida diversos efectos y no es inconstitucional que exista diversidad de tratamiento legislativo a ambas situaciones. También señala el Tribunal Constitucional que de igual modo tampoco atentaría a la Constitución que se equipararan sus efectos. Ahora bien el propio Tribunal establece una excepción a dicha amplia potestad del legislador y es cuando hace referencia a aquellas uniones de hecho que debían producir efectos antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1981 de 7 de julio (Ley de Divorcio). Tanto es así que la propia Ley 30/1981, en su Disposición Adicional 10.<sup>a</sup> 2.º equipara a efectos de beneficios de viudedad las uniones de hecho a los matrimonios. Dicha salvedad legal aparece justificada y con toda razón según argumenta nuestro Tribunal Constitucional, en el hecho de la no existencia de posibilidad legal de divorciarse y contraer nuevo matrimonio con anterioridad a la Ley 30/1981. Es decir sería injusto no equiparar las uniones de hecho a los matrimonios que debieran producir efectos legales antes del año 1981, cuando tal situación de unión de hecho se mantenía así porque los hombres y mujeres no podían divorciarse y contraer matrimonio nuevamente. En suma y tratándose en nuestro caso de una unión de hecho anterior al año 1981 debe ser equiparada total e íntegramente a un matrimonio en todos sus efectos y sobre esta premisa partiremos al analizar la cuestión».

«CUARTO. Sentada la premisa de equiparar la unión de hecho de los demandados a su matrimonio y, el abandono del hogar del «marido» Sr. Pérez Carrera, todo ello por imperativo constitucional y por ser la unión y su disolución anterior a 1981 habrá de determinar si se cumplen los supuestos de resolu-

ción del contrato previstos en los números 2.º y 5.º del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (subarriendo o cesión inconstituidas). Reiterada jurisprudencia que arranca de Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 31 de diciembre de 1957 señala que no hay cesión si el marido abandona el hogar y ello se justifica en el hecho de no existir intención de ceder, intención necesaria para que concurra el supuesto 5.º del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Obviamente si no hay cesión con mucha menor razón puede hablarse de subarriendo, al exigirse en este caso la existencia de un precio, estando alejada la cuestión de fondo que nos ocupa de la posibilidad de subarriendo mediante precio. Lo que nuestra jurisprudencia ha venido a establecer es que, en suma, el contrato de arrendamiento aunque nominalmente se suscriba a nombre de uno de los cónyuges en realidad tiende a amparar toda una situación familiar de tal modo que si uno de los cónyuges abandona el hogar de hecho o incluso por separación acordada judicialmente (Sentencia de Audiencia Provincial de Pontevedra de 6 de diciembre de 1976) tampoco existe cesión o subarriendo ya que el cónyuge que queda en la vivienda goza de una situación jurídica de coarrendatario y no cesionario o subarrendatario. En consecuencia y por lo expuesto procede desestimar íntegramente la demanda interpuesta».

e) Interpuesto recurso de apelación por el actor, la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Madrid (rollo 909/1993) dictó Sentencia, el 6 de junio de 1995, en la que estimó el recurso, y revocando la Sentencia apelada, estimó la demanda declarando resuelto el contrato de arrendamiento objeto del pleito, condenando al arrendatario, a doña Purificación Cañarte Martínez y a quienes de ellos traigan causa, al oportuno desalojo.

A este fallo se llega mediante el siguiente fundamento de Derecho:

«SEGUNDO. Para llegar a la conclusión desestimatoria de la demanda en la que se ejercita una pretensión resolutoria de contrato de arrendamiento de vivienda por cesión inconstituida la sentencia del Juzgado arranca, como expone en el inicio del cuarto de sus fundamentos jurídicos, de equiparar la unión de hecho de los demandados don José Manuel Pérez Carrera y doña Purificación Cañarte Martínez con un inexistente vínculo matrimonial entre ellos. Equiparación que la Sala no comparte por considerar que en el ámbito jurídico el conjunto de derechos y obligaciones de toda índole, incluidos los de carácter sucesorio y por supuesto los de naturaleza patrimonial, que conforman el régimen matrimonial, atribuyen al estado civil una peculiaridad de la que está ayuna por completo la unión de mero hecho. Y siendo ello así, es obvio que el entramado argumental en que se sustenta el fallo cae por su base. Y aparece pura y llanamente la figura de la ilícita introducción en el vínculo arrendaticio, o lo que es igual en el goce y disfrute de la vivienda arrendada, de una tercera persona extraña a dicho vínculo

que, como tiene declarado una constante, pacífica y uniforme doctrina del Tribunal Supremo, es causa de cesación del arrendamiento, encajable en los supuestos contemplados en las causas 2.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, llámese a esta situación cesión o subarriendo in consentido. Que es lo que sucede en esta litis en la que está claro que el contrato de arrendamiento se celebró con don José Manuel Pérez Carrera como inquilino o arrendatario y que abandonó la vivienda que ha venido ocupando, sin que conste el consentimiento expreso del arrendador originario o subrogado, por lo que, como se acaba de exponer, concurre la causa de resolución invocada en la demanda (...)».

3. La demandante de amparo sostiene que la Sentencia dictada por la Audiencia ha vulnerado el artículo 14 CE y contradice la doctrina de la STC 222/1992 pues no tiene en consideración el hecho de que durante los años 1973 a 1979 en que se desarrolló la relación extramatrimonial de la pareja, el Sr. Pérez Carrera no podía divorciarse ni, por ello, contraer matrimonio con la demandante del amparo.

Sentado que la pareja no tenía otra opción por la imposibilidad legal de contraer matrimonio. Sin embargo, es evidente que esa unión de hecho constituyó una familia, que, debe ser protegida por mandato del artículo 39.1 CE, pues la Constitución no ha identificado exclusivamente la familia con aquella que procede del matrimonio.

4. Tras abrir el trámite de admisibilidad del artículo 50.3 LOTC y oír a la recurrente y al Ministerio Fiscal sobre la eventual concurrencia de la causa de inadmisión prevista en el artículo 50.1 c) LOTC, mediante providencia, de 4 de julio de 1996, la Sección Cuarta acordó admitir el recurso y requerir al Juzgado de Instrucción núm. 27 de Madrid y a la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Madrid, para que remitiesen testimonio de los autos del juicio de cognición 271-bis/1988 y del rollo de apelación 909/1993; interesando al propio tiempo el emplazamiento de quienes fueron parte en el proceso judicial antecedente, con excepción de la recurrente, para que pudieran comparecer en este proceso constitucional en el plazo de diez días.

5. Por providencia, de 26 de septiembre de 1996, se acordó tener por parte al Procurador don Juan Antonio García San Miguel y Orueta, en nombre de don César Fernández Ardavín Ruiz, y dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal para que, en el plazo común de veinte días, pudiesen presentar las alegaciones que estimasen procedentes.

6. Mediante escrito registrado el 30 de octubre de 1996, la recurrente formuló sus alegaciones en las que, en síntesis, sostiene que la Sentencia de la Audiencia es contraria al artículo 14 CE, pues desconoce que durante los años en que la demandante y el Sr. Pérez Carrera formaron una unión de hecho no les era posible contraer matrimonio, por la sola circunstancia personal de ser su conviviente casado y no estar aún aprobada la Ley 30/1981 de Divorcio. Una Ley, en cuya Disposición adicional décima, 2.<sup>a</sup>, se equiparó, a los efectos de beneficios de viudedad, las

uniones de hecho a los matrimonios, salvedad legal que encuentra su justificación en que hasta la aprobación de la citada Ley del Divorcio no existía la posibilidad de divorciarse, por lo que no sería ajustado a la Constitución que se impidiese a mi representada continuar en el disfrute de la vivienda que ocupó la unidad familiar por el hecho de no haber contraído matrimonio con el arrendatario, al no ser posible legalmente por la condición personal de casado de este último.

Sentado que a la demandante y al Sr. Pérez Carrera no les quedaba otra opción que convivir como una unión de hecho, por mucho que les pesara, es evidente que tal unión de hecho constituía una familia que debe ser protegida por mandato del artículo 39 CE, que no ha equiparado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio.

Por ello, la Sentencia recurrida, al establecer que «el conjunto de derechos y obligaciones que conforman el régimen matrimonial atribuyen a este estado civil una peculiaridad de la que está ajena por completo la unión de mero hecho», infringe el artículo 14 CE dado que la unión formada por la demandante y el Sr. Pérez Carrera era totalmente equiparable a un matrimonio, al ser el derecho a contraer matrimonio un derecho fundamental del que no pudieron disfrutar en los años en que desarrollaron una vida familiar, y no equiparar sus derechos a los de un matrimonio, si hubieran podido casarse por ser las dos personas solteras, supondría una discriminación por una circunstancia personal de uno de los miembros de la pareja formada por la demandante y el Sr. Pérez Carrera.

En este sentido, la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley sufrida por la recurrente, deriva del hecho de no haber podido contraer matrimonio durante los años 1973 a 1979, en que transcurrió su convivencia por la circunstancia personal de su pareja (estar casado), lo que crea una grave discriminación. Baste para comprobarlo con imaginar lo que hubiera pasado si durante el citado período de convivencia (1973 a 1979), la demandante hubiera contraído matrimonio con el arrendatario y hubiera convivido con él durante unos meses o unos años, abandonando posteriormente el marido a su cónyuge. En este caso, la recurrente hubiera podido subrogarse en el arrendamiento en su calidad de esposa del arrendatario.

Asimismo, se estima que si la STC 222/1992 declaró inconstitucional el artículo 58 LAU de 1964 por no reconocer al conviviente *more uxorio* el derecho a subrogarse que tiene el cónyuge del arrendatario fallecido, con más razón se vulneraría la Constitución cuando el contrato que se suscribió a nombre de una de las personas que constituían la unidad familiar se entiende suscrito únicamente a nombre de ésta y no se considere al otro miembro de la relación como un coarrendatario, por la única razón de no haberle sido posible legalmente contraer matrimonio.

7. Por escrito registrado el 31 de octubre de 1996, la representación de don César Fernández Ardavín Ruiz interesa la desestimación del amparo. Tras exponer diversos razonamientos relacionados con la falta de acreditación de la situación de pareja *more uxorio* de la recurrente y del conocimiento de la relación extramatri-

monial por parte del arrendador, así como de la falta de los requisitos previstos en la legislación arrendaticia para ocupar la vivienda arrendada una vez abandonada por el arrendatario que concertó el contrato de arrendamiento, se afirma que no se vulneraron los artículos 14 y 39.1 CE, pues la distinta trascendencia jurídica y el conjunto de los derechos que se derivan de la unión de hecho y los que pueden derivarse del vínculo matrimonial, especialmente con relación a los terceros, permite un trato discriminatorio entre las uniones de hecho y el matrimonio.

8. Por escrito registrado el 31 de octubre de 1996, el Fiscal solicita la denegación del amparo. La Audiencia funda su fallo en la no equiparación entre matrimonio y convivencia extramatrimonial por tener el matrimonio una «peculiaridad de la que está ayuna por completo la unión de mero hecho». De la afirmación anterior se pasa a argumentar la estimación de la demanda en el supuesto de cesión o subarriendo inconsentido que, como causa de resolución contemplan los núms. 2 y 5 del artículo 114 de la antigua LAU. No se trata de que se discrimine a las familias matrimoniales de las extramatrimoniales sino de una aplicación condicionada de los conceptos convivencia *more uxorio* o de la presunción de afección marital o cuasi marital de los que conviven o convivieron. Tampoco se pueden desconocer los intereses de terceras personas perjudicados por la limitación de su autonomía para contratar o dejar de hacerlo. En el presente caso, vienen diluidos por la propia voluntad de los convivientes lo que separa este caso del de la separación forzosa por el fallecimiento; la razón del mantenimiento del contrato lo era allí la convivencia mientras que aquí se pretende que subsista aun a pesar de la ruptura. Tampoco hay un interés familiar ostensible digno de protección. Es por ello por lo que, a falta de una regulación legal específica sobre este tipo de subrogaciones incondicionadas, no puede entenderse que el derecho de igualdad, contemplado en su generalidad, pueda amparar estas situaciones que nos llevaría al absurdo de mantener relaciones contractuales arrendaticias con cualquier persona que conviviera con el arrendatario, al margen de su duración (días, meses, años ???), del nexo familiar o afectivo, del tipo de contrato o de la buena o mala fe de las partes contratantes.

9. Por providencia de 9 de julio de 1998, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 13 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. La cuestión que se plantea en este recurso consiste en determinar si la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, que declaró la resolución del arrendamiento por estimar la concurrencia de cesión o subarriendo inconsentido prevista en los números 2 y 5 del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (Texto refundido aprobado por Decreto 4.104/1964), ha vulnerado el derecho a la igualdad jurídica de la recurrente, que se garantiza en el artículo 14 CE.

Con cita de la STC 222/1992, la demandante de amparo alega que la lesión del referido derecho fundamental se ha producido porque el Tribunal de apelación le ha impedido continuar en el disfrute de la vivienda que ocupó la unidad familiar con el argumento de que la relación que mantuvo con la persona arrendataria de la vivienda, antes de que ésta abandonara el domicilio, no era una relación matrimonial sino una mera unión de hecho.

De este modo, continúa alegando la actora, la Audiencia le ha dispensado un trato discriminatorio respecto del que hubiera recibido de haber contraído matrimonio con la persona que contrató el arrendamiento de la vivienda. Esta diversidad de tratamiento carecía de justificación habida cuenta de que la relación extramatrimonial que mantuvo entre 1973 y 1979 con el Sr. Pérez Carrera fue debida a la imposibilidad legal de contraer matrimonio con su pareja por la condición de persona casada de este último y la inexistencia del divorcio en nuestro ordenamiento en aquellas fechas.

2. Para centrar los términos en los que se plantea el presente proceso constitucional conviene traer a colación los siguientes datos:

a) En primer lugar, es un hecho que la Sentencia de instancia declara probado el «que los hoy demandados constituyeron pareja o unión estable similar a la matrimonial en el año 1973 permaneciendo en dicha convivencia semejante a la marital hasta el año 1979 en que el demandado Sr. Pérez Carrera abandona el domicilio familiar al haber cesado la libre unión que mantenían. Vigente su convivencia marital suscriben contrato de arrendamiento del piso sito en la plaza de Olavide, 5, 7.º Izq., en el que habitaron desde el año 1973 hasta 1979 y que constituyó en este tiempo su domicilio familiar» (fundamento jurídico 2.º).

b) En segundo lugar, es también un dato incontrovertible que, como señala la recurrente, en el tiempo en que se desarrolló la convivencia *more uxorio* no existía en nuestro ordenamiento posibilidad de disolución matrimonial, al margen de la declaración de nulidad del matrimonio. La Constitución de 1978 en su artículo 32.2 establece un mandato al legislador para que regule «las causas de separación y disolución y sus efectos», pero en 1979, cuando se produjo la ruptura de la relación, todavía no se había dictado la referida Ley. Este hecho no se produjo hasta la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modificó la regulación del matrimonio y se determinó el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

c) En cuanto a la legislación de arrendamientos urbanos vigente en el momento de dictarse las Sentencias de las que trae causa el presente recurso de amparo, debe notarse que en ella –especialmente en el mencionado Texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964– no se contemplaba explícitamente el supuesto de abandono de la vivienda por parte del arrendatario. Concretamente, nada se preveía en cuanto a la resolución o continuación del contrato en la persona del

cónyuge del arrendatario, ni menos todavía, obviamente, en la del conviviente *more uxorio*. El citado Texto refundido sí regulaba, en cambio, en su artículo 24, la posibilidad de que el arrendatario cediese o subrogase a su cónyuge en los derechos y obligaciones propios del contrato.

Esta situación cambió con la entrada en vigor de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, que reguló expresamente los supuestos de abandono de la vivienda arrendada, reconociendo la posibilidad de que en estos casos el arrendamiento continuara no sólo en beneficio del cónyuge, sino también de «la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual» (art. 12.4). Por su parte, la Disposición transitoria segunda, A). 2, de esta Ley estableció que el referido artículo 12 sería aplicable a los contratos de arrendamiento celebrados antes del 9 de mayo de 1985. Esta no era, sin embargo, la normativa aplicable al dictarse las Sentencias aquí analizadas.

d) Finalmente, respecto de la selección, interpretación y aplicación de la legislación vigente en aquel momento, debe señalarse que el Juzgado de Instrucción, para declarar la continuidad del arrendamiento, no aplicó análogicamente el artículo 24 del Texto refundido –que, como se ha señalado, prevé la cesión entre cónyuges–, ni tampoco las causas de extinción establecidas en los núms. 2 y 5 del artículo 114 relativos a las cesiones y subarriendos incontinentes –ya que, a su entender, en los supuestos de abandono del domicilio familiar, no existe intención de ceder, ni media precio alguno y éstas son dos condiciones necesarias para que pueda hablarse de cesión o subarriendo–. Consideró, por el contrario, que en estos casos, según reiterada jurisprudencia, «el cónyuge que queda en la vivienda goza de una situación jurídica de coarrendatario» y concluyó que esta condición debería reconocerse también al conviviente *more uxorio* que no hubiera podido contraer matrimonio, ya que así lo exige el artículo 14 CE interpretado a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Por el contrario, la Audiencia estimó que al estar, «ayuna por completo la unión de mero hecho» de los derechos que conforman el régimen matrimonial, la recurrente es una «tercera persona» completamente ajena al contrato de arrendamiento y este solo dato bastaba para que en el supuesto enjuiciado el arrendamiento se considerase extinguido en virtud de las causas 2.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, «llámese a esa situación cesión o subarriendo incontinente».

La recurrente pide el amparo por vulneración del derecho a la «igualdad ante la Ley». No imputa al legislador la lesión de su derecho, sino a la forma en la que el órgano judicial ha seleccionado, interpretado y aplicado la legislación vigente ya que esa triple tarea la lleva a cabo, a su juicio, a partir de una distinción previa entre uniones matrimoniales y uniones de hecho contraria al artículo 14 CE.

3. No es esta la primera vez que este Tribunal tiene que resolver controversias jurídicas derivadas de supuestos en los que, siendo la convivencia marital el elemento determinante para el reconocimiento de ciertos derechos, se constata una dife-

rencia de trato exclusivamente fundada en el carácter no matrimonial de la misma. El examen de esos precedentes jurisprudenciales pone de manifiesto la existencia de una doctrina constitucional consolidada, cuyo punto de partida lo constituye la afirmación de que «el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes» (ATC 56/1987) sino realidades jurídicamente distintas, por lo que, en principio, su tratamiento jurídico diferenciado y, correlativamente, la diversa atribución de derechos y obligaciones, no es contraria al derecho fundamental a la igualdad que reconoce el artículo 14 CE.

Concretamente, respecto del legislador, la jurisprudencia constitucional ha declarado que le asiste un amplio margen de libre configuración de esas distintas formas de convivencia. No obstante, también hemos advertido que esa libertad de configuración legal no es absoluta. La regulación desigual de lo diferente sólo es constitucionalmente lícita cuando se ajusta a las exigencias derivadas del derecho a la igualdad. Como se declaró en la STC 222/1992, «las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas» (fundamento jurídico 6.º).

Respecto de los Jueces y Tribunales, se ha reiterado que el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 14 CE exige que al seleccionar, interpretar y aplicar la normativa vigente no se introduzcan distinciones basadas en condiciones o circunstancias personales proscritas por este precepto constitucional.

Pero en la doctrina constitucional no solamente pueden encontrarse esas referencias genéricas, sino que en ella también se han abordado cuestiones que guardan una evidente relación con el problema de fondo aquí planteado, es decir, con la alegada vulneración del artículo 14 CE derivada del trato diferenciado entre uniones matrimoniales y no matrimoniales en lo que atañe a la subrogación en el contrato de arrendamiento del domicilio familiar. Concretamente, en la ya citada STC 222/1992 se apreció la vulneración del derecho a la igualdad por un precepto legal —el entonces vigente artículo 58.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (Texto refundido de 1964)— que excluía del beneficio de la subrogación *mortis causa* en el arrendamiento de la vivienda a quien hubiera convivido extramatrimonialmente con el arrendatario fallecido.

Ciertamente, en el supuesto aquí enjuiciado no estamos en presencia de una subrogación *mortis causa*, sino de una continuación del arrendamiento que trae causa del abandono del domicilio familiar por parte del conviviente arrendatario. En estos casos la ruptura de la relación sentimental deriva de la libre decisión de, al menos, uno de los convivientes y al analizar las consecuencias jurídicas de este hecho puede no ser irrelevante el dato de que la relación *more uxorio* se basa, precisamente, en la decisión libre y, en principio, no jurídicamente formalizada de

los convivientes de mantener una relación en común que, también en principio, no produce el nacimiento de ningún derecho u obligación específicos entre ellos (STC 184/1990, fundamento jurídico 3.º). No obstante, este hecho tampoco es en sí mismo concluyente ya que para determinar si este elemento diferencial –la voluntariedad de la ruptura– es suficiente para llegar aquí a una conclusión distinta a la alcanzada en las SSTC 222/1992, 6/1993 y 47/1993 deberá analizarse, de ser necesario entrar en el fondo de la cuestión, si esa diferencia justifica *ex* artículo 14 CE una diversidad de trato en cuanto a la subrogación en el arrendamiento en caso de abandono del domicilio familiar. Para efectuar ese enjuiciamiento deberá tenerse en cuenta, entre otros datos, que la finalidad o, como se dijo en la STC 222/1992, «el fundamento constitucional de la subrogación que aquí consideramos» [fundamento jurídico 4.º a)] es la protección de la familia entendida en sentido amplio y esta condición debe predicarse tanto de la unión matrimonial como la *more uxorio* (STC 222/1992, fundamento jurídico 5.º).

Con todo, en la jurisprudencia constitucional se ha establecido una consideración previa al examen de la legitimidad constitucional *ex* artículo 14 CE del trato diferenciado entre uniones matrimoniales y no matrimoniales: la existencia o no de libertad por parte de quienes desean convivir para escoger entre mantener una relación extramatrimonial o contraer matrimonio. Así este Tribunal en varias resoluciones, al enjuiciar la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre los cónyuges y quienes conviven de hecho, ha partido del dato de que, tras la entrada en vigor de la Ley 30/1981 que prevé la posibilidad de divorciarse y contraer nuevo matrimonio, debe presumirse que quienes no contraen matrimonio es porque así lo han decidido libremente, ya que no existe ningún precepto que legalmente se lo impida, y esa libertad de elección es la que legítima, en principio, el tratamiento diferenciado de estos dos tipos de convivencia (por todas, STC 184/1990).

Ciertamente, esta afirmación, como veremos con mayor detenimiento en el siguiente fundamento jurídico, no supone que por exigencias del artículo 14 CE deban reconocerse de forma mecánica y generalizada los mismos derechos y obligaciones que poseen quienes conviven en virtud del vínculo matrimonial a todos aquellos que conviven con otra persona y no pueden contraer matrimonio porque no reúnen los requisitos legalmente establecidos para ello. Lo único que se ha declarado es que antes de proceder al análisis de fondo de la legitimidad constitucional del trato diferenciado a la luz del artículo 14 CE, deberá examinarse si quienes convivían *more uxorio* tenían libertad para contraer matrimonio y si las causas que hipotéticamente lo impedían resultaban constitucionalmente admisibles, ya que de no ser así deberá concluirse que esa ausencia de libertad conlleva *ex* artículo 14 CE una obligada igualdad de trato.

4. La aplicación al caso de la doctrina expuesta lleva a otorgar el amparo solicitado por la última de las razones apuntadas al final del fundamento jurídico precedente, sin necesidad de adentrarnos en ulteriores consideraciones.

En efecto, en el presente supuesto, como hemos repetido, los convivientes *more uxorio* no pudieron contraer matrimonio mientras duró su relación porque en aquel momento no existía en nuestro ordenamiento posibilidad alguna de que el conviviente arrendatario consiguiese el divorcio. Es cierto que, como también hemos avanzado, no toda imposibilidad de cumplir los requisitos legales para contraer matrimonio permite concluir que quienes se ven así impedidos tienen, sólo por ello, los mismos derechos y deberes que quienes conviven matrimonialmente. Para que esto sea así la causa que limita la libertad de casarse debe ser una causa que pugne con los principios y reglas constitucionales. Pero esto es cabalmente lo que ocurre en el presente caso en el que la Constitución establece en su artículo 32.2 un mandato explícito al legislador para que regule las causas de separación y disolución del matrimonio y sus efectos; mandato al que, como sabemos, no se dio cumplimiento hasta la aprobación de la Ley 30/1981, de 7 de julio.

En estas circunstancias, al no darse las condiciones de libertad para contraer matrimonio o no hacerlo debido a causas constitucionalmente proscritas, debe presumirse que quienes convivieron *more uxorio* lo hicieron así porque no gozaron de la libertad efectiva para contraer matrimonio y, en consecuencia, debe reconocérseles los mismos derechos que hubieran tenido de haber formado una convivencia matrimonial. En efecto, así como el Tribunal Constitucional ha venido presuponiendo que, salvo prueba en contrario (STC 260/1988), tras la entrada en vigor de la Ley 30/1981, quienes no contraen matrimonio es porque libremente no quieren hacerlo (STC 29/1992), antes de esa fecha debe presumirse, salvo prueba en contrario —que en el proceso aquí enjuiciado no se aporta—, que los convivientes *more uxorio* se vieron jurídicamente impedidos de formalizar ese vínculo matrimonial, por lo que merecen igual trato que los que mantuvieron este tipo de convivencia.

Debe concluirse, pues, que la Sentencia objeto del presente recurso, al no fundarse sobre estas bases, vulnera el derecho a la igualdad en su vertiente de igualdad en la aplicación de la ley, ya que, en lugar de partir de la necesaria igualdad de trato constitucionalmente exigida en atención a la imposibilidad de contraer matrimonio, funda su decisión única y exclusivamente en la premisa de que la unión de hecho formada por los arrendatarios «está ayuna por completo» de los «derechos y deberes de toda índole, incluidos los de carácter sucesorio y por supuesto de los de naturaleza patrimonial, que conforman el régimen matrimonial» y por ello quien ha convivido extramatrimonialmente en el domicilio familiar con el arrendatario de la vivienda, constituye «una persona extraña a dicho vínculo (arrendaticio)», ya que no puede equipararse «la unión de hecho de los demandados (...) con un inexistente vínculo matrimonial entre ellos» (fundamento jurídico 2.º).

No corresponde a este Tribunal determinar las consecuencias jurídicas que, en relación con la continuidad o no del arrendamiento, habían de vincularse a los supuestos de abandono del domicilio familiar por el arrendatario y, menos todavía, precisar si en el presente supuesto concurrían en la demandante los requisitos que le

hubieran sido exigidos si se encontrase legalmente casada para, en su caso, poder subrogarse en el contrato. En este proceso constitucional de amparo, basta con constatar que la Sala de apelación mantuvo un criterio no ajustado a las exigencias derivadas del derecho a la igualdad, para otorgar el amparo y declarar la nulidad de la Sentencia recurrida. Con todo, lo que la recurrente nos pide es que «se anule la Sentencia dictada por la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Madrid en el rollo 909/1993, del Juicio de Cognición 291-Bis/1988 del Juzgado de Instrucción núm. 27 de Madrid, retro trayendo las actuaciones al momento anterior a dictar la Sentencia de 6 de junio dictada por dicha Audiencia Provincial con el fin de que por la misma se dicte una nueva Sentencia, en la que con pleno respeto al principio de igualdad, se decida sobre la resolución del contrato interesada»; a esta petición debemos ajustar nuestro fallo en atención al principio de congruencia y a la existencia de una contraparte en el proceso *a quo*, que ha comparecido también en el presente proceso constitucional de amparo.

#### FALLO

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

Ha decidido:

Otorgar el amparo solicitado y, en consecuencia:

1.º Declarar que la Sentencia de la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Madrid, dictada el 6 de junio de 1995 en el rollo de apelación 909/1993, ha vulnerado el derecho a la igualdad de la recurrente.

2.º Restablecerle en su derecho y, a tal efecto, anular dicha Sentencia para que la Audiencia Provincial de Madrid dicte otra en la que se respete el derecho a la igualdad de la recurrente.

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

Dada en Madrid, a trece de julio de mil novecientos noventa y ocho.

**Voto particular** que formula el Magistrado don José Gabaldón López respecto de la Sentencia dictada en el RA núm. 3115/1995.

Lamento disentir del criterio de la mayoría, como mantuve en las deliberaciones de la Sala, así como del fallo dictado que entiendo debió ser desestimatorio de la petición de amparo.

Estas son las razones en que apoyo mi disentimiento:

1.º El recurso de amparo tuvo por objeto la Sentencia de la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Madrid, que revocó en apelación la del Juzgado núm. 27 de la misma Ciudad en autos de juicio de cognición sobre resolución de contrato de arrendamiento de la vivienda que viene ocupando quien ha sido demandante ante este Tribunal, por haber convivido en ella maritalmente con el arrendatario.

Se trataba de situación arrendaticia anterior a la vigencia de la LAU 29/1994 y el Juzgado desestimó la pretensión del propietario-arrendador fundándose en la aplicación de la doctrina constitucional acerca de que las uniones de hecho se consideraban equiparables al matrimonio en el beneficio de la prórroga arrendaticia cuando, por tratarse de situaciones anteriores a la Ley 30/1981, de 7 de julio, no existía posibilidad legal de contraer matrimonio si el cónyuge era casado, como en este caso ocurría.

Se daban sin embargo aquí unas características diferenciales que debieron determinar en mi opinión una conclusión distinta a la adoptada, sobre todo porque la situación de convivencia de la recurrente con el arrendatario, que se había mantenido entre 1973 y 1979, ya no existía ni cuando el propietario instó la resolución del arrendamiento ni en diciembre de 1992 cuando se dictó la Sentencia de instancia.

Mi discrepancia actual no se funda, pues, solamente en la opinión que ya expuse en votos particulares a las SSTC 222/1992 y 48/1993 y la cual me limito a reiterar, sino a la propia situación juzgada ahora que entiendo sustancialmente distinta y por tanto no amparable bajo la invocación del principio de igualdad con la unión conyugal. Se trata en este caso, no ya de que exista una situación de convivencia de hecho, sino de su inexistencia; y por otra parte, de la aplicación extensiva a la misma de los requisitos establecidos en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, cuyas prescripciones tampoco permiten una asimilación a las del caso.

2.º Ciertamente ha de partirse, como la Sentencia hace, de la doctrina reiterada de este Tribunal según la cual «el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes «sino realidades jurídicamente distintas» por lo que en principio su tratamiento jurídico ha de ser diferenciado y, correlativamente, la diversa atribución de derechos y obligaciones no es contraria al derecho fundamental a la igualdad que reconoce el artículo 14 CE». Por eso, para que la aplicación del principio de igualdad sea posible a alguna de las consecuencias de la convivencia de hecho, deberá existir, al menos, una identidad en las circunstancias.

Sin embargo, se aplica aquí el criterio de igualdad al derecho de continuación en el arrendamiento como si, en el momento de plantearse la cuestión judicial, la relación de convivencia persistiera y asimismo persistieran los efectos de la imposibilidad de contraer matrimonio con anterioridad a la Ley 30/1981, de suerte que según esa apreciación, la demandada en el proceso civil sufriría discriminación respecto de la esposa en el supuesto de abandono del domicilio conyugal por el marido.

Lo cierto es, sin embargo, que la situación de convivencia había concluido en 1979 por voluntad al menos de una de las partes, lo cual habría de producir (y no consta nada acerca de su posterior reanudación) la cesación de sus efectos e incluso de las derivadas de la anterior circunstancia de la imposibilidad legal de contraer matrimonio antes de la Ley 30/1981, la cual si fue cierta cuando se inició la convivencia, ya no lo era después de su cesación en cuanto no consta que existiera una ulterior decisión al respecto. Tratábase, pues, de una situación estable en su origen y durante algún tiempo, pero que había dejado de serlo y ni siquiera existía como situación de convivencia cuando se plantea la cuestión sobre la posesión del piso.

Se ha aplicado, pues, la asimilación del abandono del domicilio conyugal a una situación de convivencia estable que ni siquiera permanecía desde varios años antes. No se trataría de una diferencia de trato fundada exclusivamente en el carácter no matrimonial de la unión, sino que al contrario, se habría pretendido (y se aplicó por el Juez de instancia) una igualdad de trato fundada en la asimilación al cese de la convivencia conyugal cuando no subsistía una situación de hecho que permitiera la equiparación por haber sido disuelta años antes. En cierto aspecto, cabría aplicar a dicha pretensión la consideración vertida en los votos particulares a la STC 47/1993, es decir, la de que la asimilación de las uniones de hecho con las matrimoniales han de ser a todos los efectos, tanto los beneficios como los inconvenientes, y no pretendiendo solamente aquéllas con exclusión de las cargas o al menos considerando sólo sus ventajas abstracción hecha de los gravámenes que le son inherentes.

3.º Puesto que la situación de convivencia terminó en 1979 y la Sentencia sobre la pretensión de resolución del contrato arrendaticio se dicta en 1992, se trataba, como la Sentencia dice, «de una continuación del arrendamiento que trae causa del abandono del domicilio familiar por parte del conviviente arrendatario» mas aplicando a la ruptura el mismo criterio de asimilación que si se tratase del matrimonio, a pesar de la reiterada doctrina del Tribunal acerca de que quienes, pudiendo hacerlo, no contraen matrimonio es porque así lo han decidido libremente, lo cual legitima el tratamiento diferenciado de esos dos tipos de convivencia. No obstante, a la ruptura y continuación en el arrendamiento no se ha aplicado un criterio de diversidad, sino un criterio de igualdad que lleva, además, a asimilar la ruptura producida en 1979 a la que pudo haber tenido lugar en 1992 y no sólo esto, sino con unas consecuencias que ni siquiera la posterior regulación legal haría posibles, puesto que los requisitos exigidos en el artículo 12 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, tampoco se daban en el caso enjuiciado. Esta Ley aunque prescribe para dichas situaciones una regulación absolutamente expansiva (párrafo 4) habrá de ser aplicada al conviviente en las mismas condiciones en que lo sería para el cónyuge a fin de no otorgar a aquél una situación preferente sobre éste, para quien exige «que conviviere» (obviamente, en el momento en que el arrendatario decide no renovar el contrato) para poder «continuar» el arren-

damiento, además de la voluntad expresa al efecto, como se establece en los párrafos 2 y 3. Circunstancias de continuidad y permanencia que no se daban en una situación ya rota hacía varios años y por consiguiente voluntariamente extinguida y de cuyas demás consecuencias de hecho no hay constancia.

4.º Por último, y precisamente como resultado de la aplicación de un criterio que establece la igualdad con la convivencia conyugal actual a una situación de hecho rota hacía varios años, se hace abstracción (puesto que ello no es competencia de este Tribunal) de todas las consecuencias jurídicas que el fallo de igualación pueda determinar. Mas también en relación con ello es aplicable la cautela a la que se refería nuestro voto en la STC 47/1993 al señalar que «se trata de la ampliación de un precepto (el de subrogación en el arrendamiento) que en la ley es excepcional respecto del régimen general de la institución arrendaticia puesto que, además de la prórroga forzosa, aplica ésta a terceros, limitando por consiguiente los derechos del arrendador»; y esta aplicación privilegiada se extiende ahora, junto al cónyuge, al que de hecho pudo ser tenido por tal, aunque ya no lo sea. De ahí que si, como allí se dice, «la interpretación de los supuestos tasados de prórroga a favor de terceros debiera ser estricta, con mayor motivo debe serlo el concepto de convivencia de hecho *more uxorio* al que el supuesto conyugal se amplía».

Y en casos como el aquí enjuiciado no sólo concurre esa cautela por razón en general de las consecuencias respecto del arrendador u otros terceros, sino que aquí la situación de éstos podría eventualmente ser de tal naturaleza que, al ser enjuiciadas sus consecuencias por los Tribunales ordinarios, planteasen unos efectos capaces de enervar los sustanciales del pronunciamiento igualatorio por resultar entonces concurrentes otras pruebas, otras pretensiones u otras situaciones que, en el terreno de la legalidad, otorgasen el derecho de permanencia en el piso a otras personas.

Por todo ello es por lo que entiendo que nuestro fallo debió haber sido desestimatorio de la petición de amparo.

Madrid, a quince de julio de mil novecientos noventa y ocho.