TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

10840 *Sala Segunda. Sentencia 74/1997, de 21 de abril de 1997. Recurso de amparo 1.589/1992. Contra Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 9 de Madrid, confirmada en apelación por la Audiencia Provincial de Madrid, que absolvió al acusado del delito tipificado en el art. 487 bis del C.P. por impago de prestaciones económicas familiares. Supuesta vulneración del principio de igualdad: Exclusión de los hijos extramatrimoniales de las medidas protectoras reclamadas. Voto particular.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don José Gabaldón López, Presidente; don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Rafael de Mendizábal Allende, don Carles Viver i Pi-Sunyer y don Tomás S. Vives Antón, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1.589/92, interpuesto por doña Pilar Panes Casa, a quien representa el Procurador de los Tribunales don Pedro Antonio González Sánchez con la asistencia de la Abogada doña Sagrario Ninou Guinot, contra la Sentencia que el Juez de lo Penal núm. 9 de Madrid dictó el 7 de marzo de 1992 y contra la pronunciada en apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid el 20 de mayo del mismo año. Han comparecido el Ministerio Fiscal y don Gian Luigi Castelli-Gair Hombria, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Mónica Oca de Zayas con la dirección del Abogado don Carlos Ruiz Arcos, siendo Ponente el Magistrado don Rafael de Mendizábal Allende, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Doña Pilar Panes Casas, en escrito presentado el 17 de junio de 1992, interpuso el recurso de amparo de que se hace mérito en el encabezamiento, donde se dice, que fruto de una relación afectiva entre ella y don Gian Luigi Castelli-Gair Hombria, el 27 de junio de 1985 nació Jorge Castelli-Gair Panes y, producida la ruptura de la pareja en enero de 1986, en marzo de 1988 solicitó judicialmente la custodia y una pensión de alimentos para éste a cargo del padre, a lo que accedió el Juez de Primera Instancia núm. 27 de Madrid en Sentencia de 28 de febrero de 1989. Como quiera que el padre venía incumpliendo sistemáticamente su obligación de alimentos para con el hijo de ambos, una vez reformado el Código Penal por la Ley Orgánica 3/1989, decidió denunciarle como autor de un delito tipificado en el art. 487 bis del mencionado cuerpo legal. Instruido procedimiento abreviado por el Juez de Instrucción núm. 36 de Madrid, en Sentencia de 7 de marzo de 1992 el Juez de lo Penal núm. 9 de la misma ciudad absolvió al acusado por no constar que tuviera los medios

económicos suficientes para hacer frente a sus obligaciones paterno-filiales. Esta Sentencia fue confirmada en apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid en otra de 20 de mayo del mismo año, al entender que los hechos denunciados no revisten los caracteres del tipo del art. 487 bis del Código Penal, puesto que la obligación de alimentos se impuso al acusado en juicio de menor cuantía sobre custodia de menores y no en uno de los que se reflejan en el mencionado precepto.

En la demanda de amparo se dice que han resultado infringidos los arts. 24 y 14 de la Constitución. El primero, cuya vulneración se imputa al Juez de lo Penal, por la interpretación arbitraria y absurda que hizo de la prueba practicada, confundiendo al afirmar que no consta que el acusado tuviera los medios suficientes para afrontar sus obligaciones paterno-filiales, porque el delito del art. 487 bis del Código Penal es un delito de omisión pura —dejar de pagar— y, por tanto, la carga de la prueba para acreditar la supuesta insolvencia correspondía al acusado. Las consecuencias del incumplimiento por el Juez instructor de sus obligaciones no pueden hacerse recaer sobre la acusación particular y, por consiguiente, la absolución no puede basarse en el hecho de haber sido conferido a dicha parte el trámite de conclusiones provisionales con posterioridad al pronunciamiento del Auto de apertura del juicio oral ni en la inexistencia de pieza separada de responsabilidad civil. Resulta una gran ingenuidad valorar la no renovación del permiso de trabajo por parte del acusado como argumento en contra de la exigibilidad de prestación debida. La infracción del art. 14 de la Constitución la imputa a la Audiencia Provincial porque, a través de la interpretación y aplicación estricta del art. 487 bis del Código Penal, la ha venido a discriminar como también a su hijo, a éste en relación con hijos nacidos en matrimonio y a ella por referencia a quienes se encuentran unidos por vínculo matrimonial. De acuerdo con este planteamiento, interesa el otorgamiento del amparo, la anulación de las resoluciones judiciales que impugna y el planteamiento por la Sala al Pleno de cuestión de inconstitucionalidad del expresado precepto del Código Penal.

2. La Sección Cuarta, en providencia de 15 de octubre de 1992, resolvió conceder a la recurrente un plazo de diez días para que acreditase fehacientemente la fecha de notificación de la resolución que puso fin a la vía judicial, y en otra de 1 de diciembre, además de reiterar el anterior requerimiento pese a que la acreditación solicitada ya se había producido, poner de manifiesto a ella y al Ministerio Fiscal, por igual plazo de diez días, la posible concurrencia de la causa de inadmisión prevista en el art. 50.1 a), en relación con el 44.1 c), de la Ley Orgánica de este Tribunal, consistente en la no invocación en el proceso judicial de los derechos fundamentales cuya vulneración ahora denuncia.

La demandante evacuó el trámite en escrito presentado el 18 de diciembre y el Fiscal, mediante escrito presentado en el día anterior, además de dar contestación al traslado que se le confirió puso de manifiesto la eventual carencia manifiesta de contenido constitu-

cional de la demanda [art. 50.1 c) LOTC], por lo que la mencionada Sección, en providencia de 15 de febrero de 1993, decidió someter la cuestión a la consideración de la recurrente, quien en escrito presentado el 12 de marzo sostuvo la viabilidad de su pretensión de amparo.

3. La mencionada Sección, en providencia de 15 de marzo, admitió a trámite la demanda, requiriendo a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial y al Juzgado de lo Penal núm. 9, ambos de Madrid, la remisión de las respectivas actuaciones y del segundo el emplazamiento de quienes fueron parte en el proceso para que pudieran comparecer en este de amparo, si les conviniera.

Don Gian Luigi Castelli-Gair Hombria, mediante escrito registrado el 25 de junio de 1993, compareció en este proceso constitucional solicitando la designación de Procurador del turno de oficio, por lo que la Sección Cuarta, en providencia de 8 de julio, acordó remitir comunicación al Decano del Colegio de Procuradores de Madrid a la par que, por haber sido ya recibidas las actuaciones reclamadas, acusaba recibo. Hecha la designación interesada, en providencia de 20 de septiembre, se dio vista de las actuaciones al Ministerio Fiscal y a las partes para que, en el plazo común de veinte días, pudieran formular cuantas alegaciones estimasen convenientes.

4. Quien ahora solicita amparo evacuó el trámite el 18 de octubre, reiterando los argumentos expuestos en el escrito de demanda.

El Fiscal formuló sus alegaciones en igual fecha, solicitando la desestimación del recurso de amparo y al efecto argumenta que la afirmación del recurrente de ser arbitraria y absurda la interpretación que de la prueba practicada realizó el Juez de lo Penal en nada se corresponde con la realidad, como se constata leyendo el único fundamento de Derecho de su Sentencia. En relación con la pretendida vulneración del art. 14 de la Constitución, que la demandante achaca a la Audiencia Provincial, afirma que el razonamiento contenido en su Sentencia es irreprochable desde un punto de vista técnico-jurídico, ya que el supuesto de hecho que constituía el objeto de la acusación no es encuadrable en el art. 487 bis del Código Penal que se refiere a los impagos de pensiones acordadas en procedimientos de nulidad, separación o divorcio. El que el legislador haya optado por conceder una vía especialísima de protección penal al matrimonio, no significa que los hijos extramatrimoniales carezcan de tutela penal en supuestos de impago culpable de pensiones, pues este tipo de conductas pueden ser perseguidas penalmente mediante el párrafo segundo del art. 487, el tipo de desobediencia grave a la autoridad del art. 237 e incluso utilizando la figura del alzamiento de bienes del art. 519. No hay, pues, desprotección penal y no se vulnera en consecuencia el art. 14 de la Constitución. Aun admitiendo, a efectos puramente dialécticos, que hubiera un trato desigual, sería muy difícil llegar a la conclusión de que procede el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, puesto que «el amparo, tratándose de Sentencias absolutorias, no se produciría con la simple declaración, y sin éste no puede abrirse la vía del art. 55.2 de la LOTC».

5. Don Luigi Castelli-Gair Hombria también presentó su escrito de alegaciones el 18 de octubre, solicitando la «inadmisión» del recurso de amparo, pues, en lo que respecta a la denunciada infracción del art. 24 de la Constitución, el estudio del tipo penal de un delito es cuestión de legalidad ordinaria que debe quedar al margen del recurso de amparo y la interpretación subjetiva que hace la recurrente de la prueba practicada no es base suficiente para plantear tal clase de recurso. Es cierto que el art. 487 bis del Código Penal no contempla

la protección de los hijos habidos fuera del matrimonio, pero ello no contradice el art. 14 de la Constitución, pues la protección de tales hijos se articula a través del art. 487 del mismo cuerpo legal; siendo ello así, lo que debió hacer la demandante de amparo es formular la acusación por la vía adecuada y «no puede achacar dicho "despiste" ahora que tiene la vía cerrada como vulneración del precepto constitucional de igualdad ante la Ley».

6. En providencia de 17 de abril de 1997, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 21 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Dos son las Sentencias contra las cuales apunta la pretensión de amparo y doble también la *ratio petendi* que actúa como su fundamento, cuyo soporte es la infracción de sendas normas constitucionales, por parejas, achacándose a cada una de aquéllas la vulneración de una de éstas. A la Sentencia pronunciada por el Juez de lo Penal se le reprocha haber menoscabado la efectividad de la tutela judicial a la cual tenía y tiene derecho la demandante (art. 24.1 C.E.) como consecuencia de la valoración absurda y arbitraria que de la prueba practicada se lleva a cabo en aquélla. La dictada en apelación por la Audiencia Provincial desconoce —según se dice— el principio de igualdad ante la Ley (art. 14 C.E.) por aplicar el art. 487 bis del Código Penal que discrimina a los hijos de parejas no unidas en matrimonio respecto de quienes tienen ese origen. En definitiva, la pretensión va más allá de la nulidad de las Sentencias, dando lugar así al amparo, ya que éste actuaría como factor desencadenante para elevar al Tribunal Constitucional en Pleno la cuestión de inconstitucionalidad de aquel precepto legal (art. 55.2 LOTC).

Procede pues que, sin más prolegómenos, pasemos a enjuiciar la primera de esas dos quejas, anticipando ya desde ahora que en su planteamiento ha quedado preterido el talante subsidiario propio del amparo constitucional por no haberse reservado a los Jueces y Tribunales ordinarios la oportunidad de remediar la lesión denunciada, utilizando los medios de impugnación correspondientes a cada orden jurisdiccional. Por ello, nuestra Ley Orgánica impone a quienes acudan a nosotros en demanda de amparo, como presupuesto de su pretensión, la carga de invocar formalmente en el proceso judicial el derecho constitucional de cuya vulneración se queje, tan pronto como, conocida ella, tuviera ocasión para hacerlo, que en este caso no fue otra sino la de alzarse contra la Sentencia del Juez de lo Penal a la cual se achaca la infracción del art. 24.1 de la Constitución. Pues bien, ni en el escrito donde se interpone el recurso de apelación ni en el acto de la vista en esa segunda instancia se hizo por la agraviada referencia alguna, siquiera fuere implícita, al agravio sufrido, que se trae luego a esta sede. Siendo ello así, como así es, tal silencio en la vía judicial previa nos impide ahora entrar al enjuiciamiento de este aspecto de la pretensión (STC 164/1989).

2. La otra cara de la pretensión es el principio de igualdad en la aplicación de la Ley que, si bien se imputa a la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial, tiene su origen en el art. 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 art. 14 de la Constitución por discriminar peyorativamente a la madre y a su hijo, a éste en relación con los nacidos de matrimonio y a aquélla respecto de quienes se encuentran unidos por ese vínculo.

Vaya por delante que el proceso de amparo no es la vía adecuada para la impugnación directa de las leyes y que, por lo tanto, de la posible inconstitucionalidad de una ley sólo podrá conocer este Tribunal a través de dicha vía 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). Siendo ello así, en el seno de este proceso no puede el Tribunal Constitucional decidir si el mencionado precepto del Código Penal infringe el art. 14 de la Constitución en cuanto discriminaba a los integrantes de las parejas que conviven *more uxorio* respecto de quienes se encuentran unidos por vínculo matrimonial, por la sencilla razón de que la Sentencia de la Audiencia Provincial, al aplicarlo, no ha podido causar a la demandante de amparo la referida lesión. El denunciado —don Luigi Castelli-Gair Hombria— no se encontraba obligado a abonarle pensión de alimentos alguna, ya que la Sentencia dictada en su día por el Juez de Primera Instancia núm. 27 de Madrid tan sólo le condenó a contribuir a los alimentos del hijo menor de ambos con una cantidad de treinta mil pesetas mensuales, sin que hiciera igual pronunciamiento respecto de quien había sido su compañera. No incumplió, pues, obligación alguna para con ella ni, por lo tanto, se formuló denuncia con fundamento en tal circunstancia ni, finalmente, se le absolvió aplicando el art. 487 bis del Código Penal respecto de ese inexistente incumplimiento, de donde va de suyo que no se ha podido causar a la recurrente vulneración alguna de su derecho a ser tratada por la Ley de forma igual que quienes conviven mediando el vínculo matrimonial.

3. Nuestro enjuiciamiento debe quedar reducido, pues, a si la Sentencia de la Audiencia por haber aplicado el art. 487 bis del Código Penal, hoy derogado, discriminó al hijo menor de edad de la demandante de amparo por relación con los hijos habidos en el matrimonio, y 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 en cuestión 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 art. 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 pre-

cepto 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.

Así las cosas, conviene precisar que a través de la cuestión sometida a nuestra consideración 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.

4. En este punto conviene recordar que cuando nuestra Constitución, en su art. 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 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 art. 14. Por lo tanto, si el art. 487 bis del Código Penal pretendía proteger a los miembros económicamente más débiles de la unidad familiar en momento de crisis, en principio cabría afirmar que la limitación de la protección a los miembros de unidades familiares de origen matrimonial, con exclusión de los miembros de las extramatrimoniales, necesariamente no tenía por qué ser contraria al art. 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 C.E.), 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 art. 14 de la Constitución.

Esta conclusión no se ve enervada porque existieran otros preceptos en el Código Penal de 1973 a través de los cuales pudiera reaccionarse contra el incumplimiento por los progenitores de sus obligaciones de sostenimiento para con sus hijos extramatrimoniales, en

concreto, tal y como nos recuerdan el Fiscal y el code mandado, los arts. 487, 237 y 519. El primero, porque al tipificar el delito genérico de abandono de familia, a diferencia del precepto cuestionado, exigía, además del incumplimiento de los deberes paterno-filiales, que tal incumplimiento tuviese su causa en la conducta desordenada del obligado, con lo que la protección penal en este caso resultaba menos intensa que la que se dispensaba a través del art. 487 bis y, por ende, la discriminación subsistía en la medida en que los hijos no matrimoniales recibían una protección más débil que los que tienen su origen en el matrimonio. Los segundos, que tipificaban respectivamente los delitos de desobediencia y de alzamiento de bienes, porque a través de ellos se protegían bienes jurídicos diferentes al que ahora centra nuestra atención y se describían conductas cuyos rasgos típicos eran diversos de los de la aquí contemplada. Buena prueba de que ese art. 487 bis se compadecía mal con el art. 14 C.E. es el vigente Código Penal de 1995 donde la protección se extiende a todos los hijos, cualquiera que fuere su origen (art. 227).

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

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid, al aplicar el mencionado precepto legal no ha vulnerado derecho fundamental alguno del hijo menor de edad de la demandante de amparo. 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 C.E.), 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 art. 14 C.E., 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.

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 veintiuno de abril de mil novecientos noventa y siete.—José Gabaldón López.—Fernando García-Mon y González-Regueral.—Rafael de Mendiábal Allende.—Carles Viver i Pi-Sunyer.—Tomás S. Vives Antón.—Firmados y rubricados.

Voto particular que formula el Magistrado don Carles Viver Pi-Sunyer a la Sentencia que resuelve el recurso de amparo núm. 1.589/92

1. Mi respetuosa discrepancia con la Sentencia se refiere al fallo, a la *ratio decidendi* que lleva a él y a los tres argumentos en los que se pretende fundar esta razón de decidir. En concreto no comparto la afirmación según la cual la resolución recurrida «en modo alguno puede haber vulnerado el derecho fundamental» a la igualdad ya que, dice la Sala, en primer lugar, no existe un derecho a la condena; en segundo lugar, la parte demandada en el proceso *a quo* fue absuelta porque su conducta no era típica; y, finalmente, la inconstitucionalidad del art. 487 bis del Código Penal vigente en 1992 no produce en este caso la inconstitucionalidad de la decisión judicial ya que el contenido del derecho a la igualdad se fija por relación.

2. A mi juicio, la Sentencia recurrida, al absolver al acusado del delito de impago de prestaciones económicas familiares, ha vulnerado el derecho del hijo nacido fuera del matrimonio a recibir igual trato que los hijos matrimoniales ex art. 14 C.E. El hecho de que esa infracción derive directamente del referido art. 487 bis C.P. y la Audiencia no pudiese adoptar una decisión distinta de la que adoptó, no permite ignorar que la vulneración se produjo ni concluir que el Tribunal Constitucional no puede dictar ninguna resolución dirigida a reparar, siquiera sea parcialmente, el derecho invocado. El legislador goza de plena libertad para proteger o no penalmente las referidas prestaciones económicas, pero sí decide hacerlo respecto de los hijos habidos en el matrimonio también debe hacerlo respecto de los hijos extramatrimoniales. Al prever la sanción penal sólo en el primer supuesto vulnera los arts. 14 y 39.2 C.E. y el órgano judicial al verse obligado a aplicar este precepto inconstitucional incurre en esta misma infracción. Frente a esta conclusión creo que los dos primeros argumentos aducidos en la Sentencia para negar el amparo no son lógicamente coherentes con la conclusión que de ellos pretende extraerse. El tercero tiene mayor enjundia pero, a mi entender, tampoco puede justificar la decisión adoptada.

3. Comparto sin reserva la tesis, reiterada por este Tribunal, de que nuestra Constitución no proclama derecho subjetivo alguno a la condena de otro, ni frente al legislador ni frente a los órganos judiciales. También reconozco, como no puede ser de otro modo, que el principio de legalidad penal del art. 25.1 C.E. impedía en el caso enjuiciado la condena del padre demandado extendiendo el tipo penal a un supuesto no contemplado expresamente en él. Es más, creo que no podía exigirse a la Audiencia Provincial el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, ya que la hipotética declaración de la inconstitucionalidad y nulidad del art. 487 bis C.P. vigente en el momento de dictarse la Sentencia recurrida no hubiera podido tener incidencia en la resolución del caso.

Sin embargo, como queda dicho, de esas dos premisas no se sigue como consecuencia lógicamente necesaria la conclusión a la que llega la Sala en el sentido de que la resolución recurrida no puede haber conculcado el derecho a la igualdad. Las Sentencias penales absolutorias pueden vulnerar derechos fundamentales —procesales y sustantivos— de quienes ejercen la acción penal en los supuestos en los que la interpretación y aplicación de dichos derechos sea contraria a su contenido constitucional. Así ha venido reiterándolo este Tribunal, por ejemplo, en los procesos de amparo relativos a los conflictos entre el derecho al honor y la libertad de expresión que se dilucidan ante la jurisdicción penal. En estos casos, el hecho de que no exista un derecho subjetivo a la condena ajena —a lo que aquí se añade la imposibilidad de extender el tipo penal ex art. 25 C.E.— supone que el Tribunal Constitucional no puede anular la Sentencia absolutoria y condenar, ni, salvo excepciones, retrotraer para que el órgano judicial pueda volver a juzgar y, en su caso, condenar (razones relativas a la seguridad jurídica también se oponen a esta solución). Esto no significa, sin embargo, que el Tribunal se vea imposibilitado de llevar a cabo su función de garante de la Constitución y en especial de los derechos fundamentales que en ella se consagran, fiscalizando la interpretación y aplicación que de estos derechos se ha hecho, ni que, en el supuesto de que no se hayan respetado los contenidos constitucionales, no pueda declarar esa vulneración con los efectos nada baladíes que de ello pueden derivarse, generales —relativos a la definición del contenido de los derechos fundamentales— y particulares —tanto en el ámbito de la reparación moral cuanto en el de la reparación económica derivada de la incorrecta actuación de los poderes públicos—.

El que los particulares hayan deferido a los poderes públicos el ejercicio del *ius puniendi* no implica, como demuestra nuestro ordenamiento procesal, que deban quedar al margen de la acción penal, que carezcan de los derechos fundamentales de índole procesal que su presencia en el procedimiento comporta, o que sea constitucionalmente indiferente el tratamiento que hagan los Jueces y Tribunales penales de sus derechos fundamentales sustantivos. Dicho en otros términos, el que los particulares no sean titulares del *ius puniendi* sólo comporta el que no tienen el derecho a la condena ajena como consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental propio, pero no que carezcan de los derechos procesales generales anudados a su participación en el proceso, que sus derechos sustantivos no pueden ser vulnerados en el proceso penal, o que, excluida la condena como efecto del amparo no quepan en la jurisdicción penal otras vías de reconocimiento o reparación de los derechos sustantivos conculcados.

Por lo demás, la afirmación de que el Tribunal Constitucional no se ve privado de toda posibilidad de corrección de las vulneraciones de los derechos fundamentales producidas por Sentencias penales absolutorias no sólo es más acorde con la función y la posición constitucional del Tribunal sino que, mientras continúe admitiéndose la idoneidad de la vía penal como vía judicial previa al recurso de amparo constitucional, es la única solución que no defrauda las expectativas previamente reconocidas a los recurrentes.

Como he reiterado, la particularidad del presente caso estriba en que la vulneración del derecho a la igualdad deriva de la inconstitucionalidad del precepto penal aplicable y de que dicha aplicación era forzosa, pues ni se podía eludir el precepto ni el mismo admitía una interpretación conforme al art. 14 C.E. Por ello, a mi juicio, la Sala, además de conceder el amparo y declarar la vulneración del derecho a la igualdad a los efectos correspondientes, debía plantear al Pleno del Tribunal la cues-

tion de inconstitucionalidad del art. 487 bis del anterior Código Penal. Los obstáculos procesales que, ex arts. 163 C.E. y 35.1 LOTC, se levantaban ante la Audiencia Provincial para plantear la cuestión de inconstitucionalidad, no existían en nuestro caso, del mismo modo que tampoco la derogación del precepto producía una ausencia de objeto de la cuestión ni privaba de efectos a la hipotética Sentencia de inconstitucionalidad, como se explica *in extenso* en el fundamento jurídico 2.º de la STC 55/1996 al que ahora me remito.

Es cierto que la Sentencia de la que disiento admite que el precepto penal era inconstitucional, pero añade que esa inconstitucionalidad no se transmite a la resolución judicial impugnada, ya que el derecho a la igualdad es un derecho cuyo contenido se define por relación «de tal modo que el acto donde se aplique una norma contraria al art. 14 no queda, sólo por ello, viciado de inconstitucionalidad, salvo que, en sí mismo considerado, resulte discriminatorio o vulnere otros derechos fundamentales». Si con esta afirmación pretende decirse que el legislador era constitucionalmente libre para penalizar o no el impago de las prestaciones económicas familiares y que si hubiera optado por la despenalización el órgano judicial hubiera tenido que pronunciar también una Sentencia absolutoria, con lo que la absolución que en el caso se ha producido no es en sí misma inconstitucional, si esto es lo que quiere decirse, debo manifestar de nuevo mi discrepancia. En primer lugar, porque lo relevante desde el art. 14 C.E. no es la absolución en sí, sino la diferencia que separa esta solución de un conflicto jurídico respecto de la que se dicta en otros que son sustancialmente iguales. En segundo lugar, porque la relación relevante desde la perspectiva del principio de igualdad en la ley es la que depara la aplicación de una norma concreta a los destinatarios de la misma, y no la situación de un destinatario de la misma respecto a la que le hubiera producido una hipotética norma que no mereciera tacha alguna de inconstitucionalidad. En otros términos, aunque es cierto que, en abstracto, una Sentencia penal absolutoria de un padre que no satisface las prestaciones económicas a su hijo extramatrimonial no es necesariamente inconstitucional, sin embargo, en el supuesto concreto aquí enjuiciado, y este Tribunal debe estar a los casos concretos y no a situaciones hipotéticas, esa Sentencia absolutoria sí incurre en este vicio e incurre en él precisamente porque es aplicación de un precepto contrario a la Constitución por discriminatorio de los hijos extramatrimoniales. El hecho de que este precepto pudiera no haber existido, ya que no existe ningún derecho del menor extramatrimonial a que se garantice el pago de las prestaciones económicas mediante sanciones penales, no puede llevar a negar la evidencia de que este precepto efectivamente existió, y, frente a lo que dice la Sentencia, fue su inconstitucionalidad la que se transmitió a una resolución judicial que se limitó a aplicarlo.

4. Ciertamente, el caso enjuiciado presenta caracteres muy particulares, pero subyace al mismo una cuestión de alcance general y de gran trascendencia teórica y práctica, como es la delimitación del ámbito del proceso constitucional de amparo en los casos de resoluciones judiciales absolutorias en materia penal que conculcan derechos fundamentales de los recurrentes. En última instancia, la solución de este problema no es ajena a la concepción que se tenga de la posición institucional y de las funciones encomendadas al Tribunal Constitucional en su condición de garante último de los derechos fundamentales.

Madrid, a veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y siete.—Carles Viver i Pi-Sunyer.—Firmado y rubricado.