

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD: LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES EN EL DELITO DE IMPAGO DE PENSIONES (Comentario a la STC 74/1997, de 21 de abril)

MARIA TERESA MARTIN LOPEZ
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. ANTECEDENTES. II. ART. 24 DE LA CONSTITUCION. III. ART. 14 DE LA CONSTITUCION: IGUALDAD DEL MATRIMONIO CON LAS UNIONES DE HECHO. 1. Planteamiento. 2. La decisión del TC: uniones de hecho y matrimonio no son realidades equivalentes. 3. El libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). 4. Libre configuración del legislador. IV. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD RESPECTO A LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES. 1. La Discriminación por razón de nacimiento. 2. El art. 497 bis CP. 3. La resolución constitucional 74/1997. V. LA DESESTIMACION DE AMPARO.

I. ANTECEDENTES

Recurso de amparo núm. 1589/1992, interpuesto por doña Piñar Panes Casas, compareciendo el Ministerio Fiscal y don Gian Luigi Castelli-Gair, en base a los siguientes hechos: la demandante mantuvo una relación afectiva con don Gian Luigi Castelli-Gair, fruto de la cual nació un hijo en junio de 1985, produciéndose la ruptura en enero de 1996. En marzo de 1988 solicitó judicialmente la custodia y una pensión de alimentos a favor del hijo a cargo del padre. El Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Madrid dicta sentencia con fecha 28 de febrero de 1989 que acuerda la custodia del hijo menor a favor de la demandante y establece una pensión de alimentos para este hijo menor de edad a cargo del padre natural.

El incumplimiento de esta prestación de alimentos persiste sistemáticamente, por lo que, introducido en el Código Penal el art. 487 bis por LO 3/1989, de 21 de junio, decide perseguir penalmente por infracción del mencionado artículo y así el Juzgado de lo Penal núm. 9 de Madrid en sentencia de 7 de marzo de 1992 absuelve al denunciado por no acreditarse que el padre tuviera medios económicos para hacer frente a esta pensión.

La demandante recurre en apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, cuya sección tercera dicta sentencia el 20 de mayo del mismo año, absolviendo al denunciado por entender que esta conducta no queda dentro del ámbito típico del delito de impago de pensiones recogido en el art. 487 bis del Texto Punitivo, pues la obligación de alimentos que se impuso al acusado lo fue en un juicio de menor cuantía sobre la custodia de menores y no en uno de los que se reflejan en el mencionado precepto, es decir, en procedimientos de nulidad, separación o divorcio.

La recurrente acude al Tribunal Constitucional en recurso de amparo. La cuestión de inconstitucionalidad planteada por particulares debe limitarse a las leyes que vulneren derechos fundamentales de la persona —arts. 14 a 30 de la Constitución—. En este caso, se alega la vulneración del art. 24 y del art. 14 de dicho texto, por estimar que se ha infringido la igualdad entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

II. ART. 24 DE LA CONSTITUCION

La demandante alega en su escrito vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 del Texto constitucional, por entender que la resolución absolutoria dictada por el Juzgado de lo Penal es consecuencia de la valoración absurda y arbitraria que de la prueba practicada se lleva a cabo en aquélla. La sentencia del Tribunal Constitucional señala expresamente que no puede entrar a valorar la alegada violación de este derecho fundamental por razones procedimentales: la demandante no ha acudido previamente al Tribunal Constitucional a la vía judicial penal ordinaria a fin de tratar de remediar esta lesión, ya que la demandante no ha alegado la vulneración de este precepto constitucional tan pronto tuvo conocimiento del mismo, es decir, cuando le fue notificada la sentencia del juez de lo penal. Esta inactividad procesal de la demandante queda de manifiesto en el escrito de interposición del recurso de apelación ante la Audiencia Provincial y en el acto de la vista en esta segunda instancia, puesto que en ninguno de estos actos procesales se hizo referencia alguna, siquiera indirecta o implícita, a la lesión de este derecho constitucional, por lo que ahora, ante este silencio en la vía judi-

cial previa, queda impedido su consideración por el Tribunal Constitucional (1). Señala la STC 46/1996, de 25 de marzo, que *“este requisito exigido por el art. 44.1c) de la LOTC no es un mero formalismo retórico o inútil, ni una forma inocua, pues tiene por finalidad, de un lado, que los órganos judiciales tengan oportunidad para pronunciarse sobre la violación constitucional, haciendo posible el respeto y restablecimiento del derecho constitucional en sede jurisdiccional ordinaria y, de otro, preservar el carácter subsidiario de la jurisdicción constitucional de amparo, que resultaría desvirtuado si ante ella se plantearan cuestiones sobre las que previamente, a través de las vías procesales oportunas, no se ha dado ocasión de pronunciarse a los órganos de la jurisdicción correspondiente”*. En consecuencia, al haberse acudido directamente al Tribunal Constitucional sin antes haber invocado formalmente en el proceso judicial el derecho fundamental infringido, no se ha respetado el carácter subsidiario de este recurso, y procede, de conformidad con los arts. 44.1c) y 50.1a) de la LOTC, acordar la inadmisibilidad de este motivo de amparo, sin entrar por tanto en el fondo de la queja formulada.

III. ART. 14 DE LA CONSTITUCION: IGUALDAD DEL MATRIMONIO CON LAS UNIONES DE HECHO

1. Planteamiento

Se alega en el escrito de interposición de recurso infracción del art. 14 de la Constitución por estimar que el art. 487 bis del Texto punitivo discrimina peyorativamente a la madre integrante de una pareja que convive *more uxorio* respecto a la que se encuentra unida por vínculo matrimonial (2). Sobre este punto la respuesta del Tribunal Constitucional no presenta especial dificultad. El Tribunal (fundamento jurídico 2) acertadamente resuelve que no puede entrar a analizar esta presunta discriminación, puesto que para ello es necesario que exista una lesión de un derecho fundamental que sea achacable directamente a la aplicación del precepto legal que se dice contrario a la Constitución y tal situación no se da en el caso que aquí se analiza. La demandante no tiene ningún dere-

(1) Respecto a este motivo concurre la causa de inadmisión de falta de invocación previa del derecho constitucional vulnerado [art. 44.1 c) LOTC], que *“en este momento procesal es de desestimación, toda vez que, como reiteradamente hemos declarado, la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo impide a este Tribunal conocer de infracciones constitucionales que no se hayan alegado previamente ante los órganos judiciales, dando a éstos la posibilidad de su reparación”*, como señala la STC 321/1994, de 28 de noviembre, 164/1989, etc.

(2) Se ha denominado de muchas maneras esta realidad social, por ejemplo: unión libre, unión paramatrimonial, uniones de hecho *more uxorio*, familia no matrimonial, convivencia marital, etc.

cho legal a percibir pensión de la persona con la que se encontraba unida de hecho, puesto que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Madrid no condenó al compañero al pago de pensión compensatoria alguna a su compañera y madre de su hijo. Si legalmente el padre no estaba obligado a pagarle pensión, nada puede ser reclamado penalmente por la madre (lo que efectivamente no hizo), ni puede alegar inaplicación del art. 487 bis del Código Penal para este supuesto, ni la absolución fue en razón a este motivo, *“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”*, en expresión del Tribunal Constitucional.

A pesar de ello, posteriormente —fundamento jurídico 4— el Tribunal Constitucional se pronuncia expresamente sobre el fondo del asunto, dejando traslucir su pensamiento sobre esta cuestión, al tratar el concepto de familia contemplado en el art. 39.1 de la Constitución y el mandato que contiene a los poderes públicos para su protección, que no ha de quedar limitada a la familia fundada en el matrimonio única y exclusivamente, *“debiendo subsumirse también en el mismo a las familias de origen no matrimonial”*. En este punto, reitera la doctrina expuesta en resoluciones anteriores, así señaladamente la STC 222/1992, de 11 de diciembre, que establece en su fundamento jurídico 5: *“Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparrador o tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter “social” de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen”*. En definitiva, la construcción del concepto constitucional de familia no queda constreñida a la familia de origen matrimonial, por mucho que sea la forma más relevante en nuestra sociedad esa forma de vida familiar. Así pues, del art. 39.1 de la Constitución (protección social, económica y jurídica de la familia) no cabe hacer diferenciación entre familias matrimoniales y no matrimoniales (igualmente, STC 184/1990).

Cuestión distinta es si la diversificación entre un tipo de familia y otra sería posible a la luz del art. 32 de la Norma fundamental y su atención específica al matrimonio. Que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son a todos los efectos “realidades equivalentes” es doctrina consolidada por el Tribunal Constitucional (SSTC 184/1990, 38/91, 77/91 y 29/92), y de esta no equivalencia entre matrimonio y convivencia de hecho no se deduce necesariamente que toda medida que tenga como únicos destinatarios a los cónyuges, con exclusión de quienes conviven establemente en unión de hecho, sea siempre y en todos los casos compatible

con la igualdad jurídica y la prohibición de discriminación que la Constitución garantiza en su art. 14. La Constitución no ha establecido equivalencia a todos los efectos y en todos los órdenes entre el matrimonio (art. 32) y las uniones de hecho extramatrimoniales, y cuando lo ha querido hacer lo ha hecho expresamente (art. 39.2 en materia de filiación o del hecho de la maternidad). Luego, del art. 39.1 no se deriva la necesidad de una paridad de trato por el legislador en todos los aspectos y en todos los órdenes entre una institución jurídica reconocida y garantizada constitucionalmente, el matrimonio, y la que no lo es. Esta afirmación general obliga a examinar cada caso en particular para determinar la posible infracción del principio de igualdad, el cual supone que las consecuencias jurídicas que se derivan de supuestos de hecho iguales sean asimismo iguales, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando el elemento diferenciador introducido por el legislador carece de relevancia para el fin perseguido por la norma (STC 253/1988).

Veamos casos particulares, por ejemplo, en relación con las pensiones de viudedad a favor del conviviente no matrimonial (con excepción de la sentencia de 25 de mayo de 1981 de la Magistratura de Trabajo número 15 de Barcelona, que reconoció por primera vez pensión de viudedad a una mujer unida de hecho con un trabajador fallecido) la jurisprudencia, también la constitucional, deniega estas solicitudes: en Sentencia del alto Tribunal 184/1990, de 15 de noviembre (3), estableció que es constitucionalmente admisible (por no ser discriminatorio) que el legislador en el art. 160 de la Ley General de la Seguridad Social no extienda el derecho a la pensión de viudedad a las uniones de hecho *more uxorio*, tratándose de un derecho de prestación a cargo de la Seguridad Social, puesto que, como establece en su fundamento jurídico 3, lo que no reconoce la Constitución

(3) La STC 184/1990 tuvo dos votos particulares, el primero de ellos del Magistrado Gimeno Sendra: *"Si nos encontramos, pues, ante dos situaciones, la de la familia jurídica y la de la natural, que merecen ser protegidas por los poderes públicos, a la hora de enjuiciar la constitucionalidad del art. 160 de la Ley General de la Seguridad Social, de 1974, habrá de preguntarse por la causa de la pensión de viudedad, a fin de constatar la identidad o disparidad de situaciones"*. El segundo voto particular fue formulado por el Magistrado López Guerra: *"En el supuesto de uniones estables, tal daño o reparación económica negativa se produce con independencia de que exista o no vínculo matrimonial. Se da así, en sentido lato, una 'situación de necesidad' en los términos del art. 41 de la Constitución Española, que afectan tanto al superviviente de unión matrimonial como al de una unión de hecho"*. Otras resoluciones en que el Tribunal Constitucional ha negado la pensión solicitada por la compañera del fallecido: STC 177/1985, de 18 de diciembre; STC 29/1991, de 14 de febrero (con dos votos particulares). La más reciente de 28 de febrero de 1994, ponente el Magistrado López Guerra, señala: *"Desde la sentencia 184/1990, este Tribunal ha declarado reiteradamente que la exigencia del vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad establecida dentro del sistema de la Seguridad Social no pugna con el artículo 14 de la Constitución"*.

es un pretendido derecho a formar una unión de hecho que, por imperativo del art. 14, sea acreedora al mismo tratamiento —singularmente, por lo que ahora importa, en materia de pensiones de la Seguridad Social— que el dispensado por el legislador a quienes ejercitando el derecho constitucional del art. 32.1 contraigan matrimonio y formalicen así la relación que, en cuanto institución social, la Constitución garantiza. Añade que la principal razón de ser de la denegación de la pensión tiene su base en la inactividad respecto a contraer vínculo, de aquellos que pudiendo transformar su relación extramatrimonial no lo hicieron porque no quisieron, ya que después de la entrada en vigor de la Ley del Divorcio nada impedía a los que convivían llevar a cabo la transformación. La diferencia entre matrimonio y simple unión estriba en que aquél es una institución social reconocida y amparada por la Constitución, en tanto que la unión de hecho no goza de garantía jurídica ni constitucional y consiguientemente ni siquiera en función del derecho de igualdad, puede ser acreedora la unión de hecho al mismo tratamiento que el que el legislador concede a los que *“ejercitando un derecho constitucional contraigan matrimonio y formalicen así la relación que, en cuanto institución social, la Constitución garantiza”*. Y sigue diciendo: *“No cabe reprochar como arbitraria y discriminatoria la exigencia de que el núcleo de convivencia institucionalizada entre hombre y mujer como casados le conste formalmente al Estado para que éste conceda la pensión de viudedad”*. En todo caso, hay que señalar que hubo un voto particular, que defiende que la unión de hecho no es *“un puro y simple hecho desprovisto de consecuencias jurídicas, que las tiene y cada vez más”*, y afirma que esto se produce *“debido al cambio de la conciencia social que ha evolucionado desde su consideración como acto ilícito”*.

Respuesta contraria da el Tribunal Constitucional en la cuestión de los arrendamientos urbanos, según resuelve en Cuestión de Inconstitucionalidad núm. 1797/1990 (STC 222/92, de 11 de noviembre), en relación con el art. 58.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, Texto Refundido de 24 de diciembre de 1964, que concede al cónyuge supérstite un derecho de subrogación que *in fine* está condicionado a la *“mera convivencia”* con el fallecido. Este último requisito permite reconocer la existencia de vínculos de dependencia y de afectividad entre el fallecido y su cónyuge, vínculos que prestan fundamento sustantivo en este supuesto como en otros, al ejercicio de determinada facultad legal por el supérstite. Es esta situación fáctica la que la ley toma en consideración para hacer posible, mediante la subrogación, una continuidad en la ocupación de la vivienda arrendada en la que se ha *“convivido”* y ésta es la situación protegida por la ley mediante la subrogación, proteger la posible permanencia en la vivienda que fue común. Esta norma muestra una finalidad protectora de la familia y de ahí que la diferenciación que establece entre unión matrimonial y la que no lo es carezca de fundamento constitucional (art. 14), pero, además,

señala la citada resolución, entra en contradicción con otro principio rector de la Constitución cual es el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47), principio en el que también se proyecta el art. 14 de la Norma constitucional, por lo que concluye el alto Tribunal que el art. 58.1 de la LAU es inconstitucional por discriminatorio entre el cónyuge superviviente de una unión matrimonial y quien hubiera convivido *more uxorio* con la persona titular, hasta su fallecimiento, del arrendamiento (4). Similares pronunciamientos se han dado en ordenamientos jurídicos de nuestro entorno: el Tribunal Constitucional federal alemán se pronunció en su sentencia de 3 de abril de 1990 sobre la constitucionalidad de la aplicación analógica de la norma que concede a los familiares del arrendatario fallecido la facultad de subrogarse en el arrendamiento de la vivienda (parágrafo 569 a II BGB), no considerando inconstitucional el recurso a la analogía, y más tarde en sentencia del Tribunal Supremo federal de 13 de enero de 1993 reconoció la procedencia de la aplicación analógica de dicha norma, reconociendo al conviviente superviviente del arrendatario fallecido, entre los que existía una unión similar a la matrimonial, la facultad de subrogarse en el arrendamiento. Así, equipara las comunidades de vida similares al matrimonio. El Tribunal Supremo considera que la evolución social y jurídica operada desde la aparición de la norma permite entender que sería injusto no reconocer también al conviviente superviviente del arrendatario fallecido, si había entre ambos una unión similar al matrimonio, una facultad que sí se reconoce a cualesquiera parientes de éste sin limitación de grado (5).

2. La decisión del TC: uniones de hecho y matrimonio no son realidades equivalentes

Respecto a la posible inconstitucionalidad del art. 487 bis CP Texto Refundido de 1973 debido a la diferente consideración entre parejas de convivencia *more uxorio* y las unidas por vínculo matrimonial por infracción del principio constitucional de igualdad, la STC 74/1997 responde que "*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*

(4) Hubo en este caso dos votos particulares, que entendían que es función del legislador realizar esa equiparación concreta; sigue esta doctrina otras resoluciones como la STC 47/1993, de 8 de febrero.

(5) GAVIDIA SANCHEZ, "La unión libre en la jurisprudencia constitucional alemana de los últimos años", en *Derecho privado y Constitución*, núm. 6, 1995, pp., 199 a 204.

de las extramatrimoniales, necesariamente no tenía por qué ser contraria al artículo 14 de la Constitución” (fundamento jurídico 4). Una declaración de esta naturaleza, formulada de forma hipotética, que no afirma ni niega, limitándose a afirmar que “en principio” no tiene por qué ser contraria a la Constitución, deja para un futuro abierta la puerta a una decisión de signo contrario, máxime a la luz de la fundamentación de esta declaración “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”.

Que uniones *more uxorio* y matrimonio no son realidades equivalentes no puede ser discutido. Reiteradamente ha señalado el Tribunal Constitucional que la igualdad de protección de la familia matrimonial y no matrimonial (a los efectos del art. 39.1 CE) no implica una paridad absoluta de trato legal en todos los aspectos y órdenes entre la familia matrimonial y la no matrimonial (así, STC 184/90) y, por tanto, no toda desigualdad de trato implica una infracción del principio de igualdad jurídica contenido en el art. 14 de la Constitución y su prohibición de discriminación. Hay toda una doctrina constitucional de carácter general respecto a la no identidad del matrimonio y las uniones de hecho (6). Esta diferencia radica en la presencia o ausencia de regulación jurídica que dé forma a la institución. Como señala la STC 222/1992 ya citada, sin duda *“la garantía constitucional del matrimonio entraña, además de su existencia necesaria en el ordenamiento, la justificación de la existencia de un específico régimen civil, esto es, del conjunto de derechos, obligaciones y expectativas jurídicas que nacen a raíz de haberse contraído un matrimonio”*. El vínculo matrimonial genera una serie de derechos y deberes entre los cónyuges, lo cual no ocurre en la convivencia de hecho, según ha establecido el legislador civil, para los casos en que se rompa el vínculo matrimonial sea por nulidad, separación o divorcio, generando unos efectos económicos que son susceptibles de tratamiento jurídico por el orden jurisdiccional civil. Tal situación no se da en la unión de hecho. Hay que señalar que precisamente esta normativa está orientada a configurar el específico régimen jurídico-matrimonial. En la actualidad, no puede ser negado que la disolución legal de un matrimonio se produce en una de esas formas, a las cuales es totalmente ajena la disolución de

(6) Así, AATC 156/1987 y 788/1987; providencia de 31 de mayo de 1990 en RA 1162/1989; providencia de 22 de mayo de 1989 en RA 321/1989; providencia de 26 de marzo de 1990 en RA 31/1990; ATC 1021/1988, el cual afirma en un supuesto de exigencia de la relación matrimonial para recibir unos subsidios por cargas familiares con finalidad de protección familiar, que el legislador puede regular de forma diferente las consecuencias jurídicas de supuestos de hecho distintos y son distintos, dice el Tribunal, el estado de casado y el estado de soltero; ATC 671/1985; STC 73/1982, etc.

una unión *more uxorio* (7). Un ejemplo basta para ilustrarlo: la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992/9733), resuelve una demanda en juicio declarativo de menor cuantía entre una mujer y un hombre entre los cuales en los años 1978 a 1986 existió una unión extramatrimonial y una comunidad de bienes adquiridos durante ese tiempo (bien como comunidad entre copropietario o como sociedad de gananciales por analogía con el matrimonio o una sociedad civil de hecho) y solicita que se declare disuelta la sociedad civil o comunidad con participación al 50 por 100. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Madrid condenó al demandado al pago de cuarenta millones de pesetas; la Audiencia Provincial de Madrid la revocó y fijó una cuantía de catorce millones con los intereses legales.

La demandante acude al Tribunal Supremo alegando indebida aplicación de preceptos civiles relativos al matrimonio pues si el matrimonio legalmente constituido crea la sociedad de gananciales, si no se pacta otra cosa, parece incuestionable que la unión extramatrimonial sería y estable, cuyo objeto y fines son los mismos constituyen también una sociedad dado que los supuestos de hecho son los mismos, sociedad que se identifica con el art. 1675 del Código civil, solicitando la aplicación analógica de estas normas por disponerlo el art. 4.2 del citado cuerpo legal. El Tribunal Supremo lo desestima por falta de requisitos legales: la sociedad requiere el consentimiento de los contratantes, claro e inequívoco, y la existencia de este consentimiento no es una inferencia necesaria de la situación de unión extramatrimonial que, aun siendo susceptible de generar algunos derechos de contenido patrimonial entre quienes la integran, no siempre ha de estimarse concurrente, ya que puede, sin duda, suceder que, en las uniones que dan lugar a la convivencia *more uxorio* prefieran, quienes la forman, mantener su independencia económica, supuesto, por otra parte más conforme con la elusión de la formalidad matrimonial; pues bien, en el caso concreto se probó que las actividades económicas de ambos convivientes se desarrollaron de forma independiente y que los incrementos patrimoniales se adquirieron y titularon de forma individual, luego no hay sociedad universal de gananciales por falta del elemento esencial del consentimiento.

Ello no obsta a que el demandado tenga que indemnizar a la demandante ya que se declara probado que la señora realizó obligaciones resultantes de la posición y nivel social y económico del demandado. Este alega en su descargo que la concesión de una indemnización económica a favor de la demandante por resolución de la Audiencia Provincial parece sustentarse en una aplicación analógica del art. 97 del Código civil.

(7) Con una salvedad, la separación de hecho realizada mediante convenio de mutuo acuerdo elevado notarialmente.

Resuelve el Tribunal Supremo que efectivamente asiste razón al recurrente para rechazar la aplicación de este precepto, puesto que tampoco se trata aquí de la fijación de una pensión por analogía con lo dispuesto para el caso de separación o divorcio, lo que excluye la aplicación de este precepto, si bien refiere que la sentencia impugnada, al invocar el "empeoramiento" sufrido por la demandante quizá tuvo presente la situación fáctica de que parte el precepto. Se trata de una "indemnización por convivencia" en términos de la resolución recurrida, basada en el aumento patrimonial obtenido por el demandado en razón a la colaboración prestada por la mujer, de donde derivó un empobrecimiento de la mujer por la no retribución por el trabajo implicado en el cuidado de las relaciones sociales del demandado y en la atención doméstica del mismo y, finalmente, resuelve la sentencia en estos términos: *"No se halla justificado el enriquecimiento del demandado porque el ordenamiento jurídico no determina que la convivencia extramatrimonial constituya a quienes opten por ella en la obligación de prestarse determinadas atenciones —en sus relaciones profesionales o sociales, vida doméstica, etc.—, en la forma en que está probado lo vino realizando la señora"*.

En otros países de nuestro entorno jurídico se utiliza el mismo argumento diferenciador. Veamos algunas resoluciones dictadas en Alemania. La sentencia del Tribunal Constitucional federal de 4 de noviembre de 1994 (8) se pronuncia sobre la constitucionalidad del diferente sistema previsto para el cálculo de la cuantía a percibir en concepto de ayuda para el pago del alquiler de la vivienda, que puede resultar perjudicial para la unión libre en relación al matrimonio. El Tribunal Constitucional rechaza que sea inconstitucional esta diferencia de trato, puesto que la Constitución no impone la equiparación entre el matrimonio y la unión libre, sobre todo, teniendo en cuenta que ésta no genera una relación jurídica legalmente considerada como familiar, porque mientras que entre los cónyuges existe la obligación legal recíproca de contribuir al levantamiento de las cargas de la familia, y el pago del alquiler de la vivienda común lo es, tal obligación no existe en cualquier tipo de unión matrimonial, ni siquiera las similares al matrimonio, porque si bien es cierto que para que exista una comunidad de vida similar a la matrimonial es necesario que se hayan creado entre sus integrantes vínculos de tal grado y especie que se haya fundado una comunidad de cuidados y responsabilidades, que permitan suponer que contri-

(8) GAVIDIA SANCHEZ, ob. cit., pp. 204-205. Más ejemplos: la STC federal de 4 de noviembre de 1994 señalaba que la unión de hecho no se podía equiparar al matrimonio porque ésta no genera una relación jurídica legalmente considerada como familiar. Igual argumento expuso en las SSTC federal de 1 de junio de 1983 y 15 de noviembre de 1989, hay un diferente estatuto legal del matrimonio, integrado por una serie de derechos y deberes legales recíprocos de los cuales carece la unión libre.

buyen ambos al pago del alquiler, es lo cierto que en cualquier momento pueden dejar de hacerlo por no estar obligados a ello, incluso aunque permanezca la convivencia, por lo que no será fácil indagar si se mantiene o no la contribución a los gastos del alquiler. Acaba por entender el TC alemán que si fuese de otra manera se estaría privilegiando a la unión libre frente al matrimonio, lo que sí sería inconstitucional (si el arrendatario solicitante de esa ayuda y que convive libremente unido a otra persona no tuviere que dividir el importe del alquiler ni tener en cuenta los ingresos de su conviviente, resultaría un trato menos favorable para el matrimonio que para la unión libre, lo cual entrañaría una diferencia no justificada).

Esta resolución confirma otras previas como la STC federal de 3 de abril de 1990, la cual señaló que matrimonio y unión libre no son realidades análogas y que la unión libre no genera una relación jurídica familiar entre quienes la integran. Esta sentencia declara que la Constitución no excluye el reconocimiento jurídico de la unión libre, ni impone que se la prive de los medios económicos o de cualquier otro tipo para hacer posible su continuación, pero niega que la unión libre genere un vínculo familiar entre sus integrantes. La sentencia del Tribunal Constitucional federal de 17 de noviembre de 1992 se pronunció sobre la constitucionalidad de la norma que establece que para decidir sobre la concesión de la ayuda al paro debe tenerse en cuenta los ingresos y patrimonio de la persona con la que el parado tenga una unión análoga al matrimonio (9). Así, cuando el parado está casado, hay que tener en cuenta el patrimonio y los ingresos del cónyuge para decidir el derecho a percibir una ayuda pública, lo que se justifica por la existencia de una obligación legal que soportan los cónyuges de ayudarse y socorrerse mutuamente. En las uniones libres, no existe esta obligación, aunque ente ellos exista una comunidad de vida similar a la matrimonial. En base a esta diferencia, la Constitución no impone una equiparación entre ambas con carácter general, a fin de evitar un trato menos favorable para el matrimonio; pero si el legislador decide la equiparación, sólo puede hacerlo en relación a aquellas uniones en las que los vínculos existentes entre los convivientes sean tan estrechos que quepa esperar una recíproca responsabilidad ante las vicisitudes y necesidades de la vida, es decir, cuando los convivientes se consideren tan responsables el uno del otro, que aplican o destinan sus ingresos al aseguramiento de su manutención común antes que a sus propias necesidades.

(9) Aquí da una definición objetiva de unión libre que debe ser tenida en cuenta: la unión análoga a la matrimonial es un fenómeno típico de la vida social, que se diferencia de otras uniones, que se refiere a una comunidad de vida entre un hombre y una mujer que se plantea como duradera, que excluye otras del mismo tipo y se caracteriza por la existencia de vínculos internos que fundamentan una recíproca responsabilidad y cuidado entre sus integrantes, más allá de compartir un hogar y una economía. Luego es una comunidad de responsabilidades y cuidados.

Las uniones de hecho similares al matrimonio se caracterizan hoy en día, pues, por la falta de formalidad jurídica, la posibilidad de disolución sin necesidad de seguir un procedimiento formal y por la sola voluntad de cualquiera de los convivientes, incluso sin necesidad de interrumpir la convivencia, simplemente cambiando de aptitud. En definitiva, por la ausencia de vinculación formal, jurídica entre los convivientes, de relación jurídica legalmente considerada como familiar, porque no existe una obligación legal en aspectos tales como la contribución a las cargas familiares durante y después de la convivencia, y, sin embargo, sí existen vínculos que generan una reciprocidad de cuidados y responsabilidades que va más allá del mero compartir una vivienda o una economía. Como señala Gavidia (10) "la existencia de un estatuto legal de derechos y obligaciones recíprocos entre los cónyuges, algunos de los cuales subsisten tras la separación e, incluso, tras la disolución del matrimonio, constituyen una diferencia no meramente formal con la unión libre" o como refiere O'Callaghan (11) "la diferencia entre matrimonio y unión de hecho es sutil. Al exterior, frente a terceros y frente a ellos mismos, no hay una nota característica que marque la distinción. En ambos casos, se dan los caracteres del matrimonio (unidad y bisexualidad, estabilidad y finalidad de plena comunidad de vida). En el matrimonio, la pareja se ha acogido al régimen legal, en su constitución y en sus efectos personales y patrimoniales. En la unión de hecho hay ausencia de regulación jurídica, es una institución fuera de la ley, no contra ley (ajurídica, no antijurídica)".

La jurisprudencia española y alemana han establecido que en las uniones de hecho no hay relación jurídica familiar, asimismo lo considera la doctrina, mas la Constitución no excluye el reconocimiento de la unión de hecho (no vulneraría el derecho a la protección de la familia, ni la especial protección del matrimonio), por lo que no excluye explícitamente que la unión libre sea fuente de relaciones familiares. La cuestión

(10) GAVIDIA SANCHEZ, ob. cit., p. 206. La definición de la jurisprudencia alemana del concepto de unión libre similar al matrimonio contempla una serie de características subjetivas: una comunidad de vida, convivencia, duradera, excluyente de otras del mismo tipo, en la que existan tales vínculos entre sus integrantes que crean una comunidad de responsabilidades y cuidados que va más allá del simple hecho de compartir una vivienda y una economía. Para detectar la existencia de una unión de este tipo, son datos: (STC federal de 17-11-92): la duración de la convivencia, el cuidado de hijos y parientes en el mismo hogar y la autorización para disponer de ingresos y bienes del otro conviviente. Definida así, permite entender esta unión como similar al matrimonio con independencia de si los convivientes son dos o más, son del mismo sexo, o se pueden casar.

(11) O'CALLAGHAN, "Subrogación *mortis causa* en el arrendamiento urbano del conviviente en unión matrimonial de hecho (comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de diciembre de 1992)", en *Actualidad y Derecho*, núm. 10, 1993, p. 1.

se remite al legislador ordinario y, en la actualidad, el legislador no ha tomado partido a favor de esta solución, aunque todo indica que lo hará en un futuro no muy lejano. Hasta entonces, habrá que contar solamente con preceptos concretos del ordenamiento jurídico y decisiones jurisprudenciales que han considerado que las comunidades de vida que son similares al matrimonio por las características que tienen, generan una relación análoga a la familiar, por ejemplo en el reconocimiento al conviviente supérstite del derecho a subrogarse en el arrendamiento; en otros casos, considera la unión libre para dar un tratamiento distinto al del soltero, con el fin de no penalizar el matrimonio, pero no hay una consideración legal como familia. Sin embargo, reiteramos, nada hay en la Constitución, art. 39.1, que impida al legislador proteger a los convivientes unidos libremente. Como dice la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de mayo de 1992, *“las uniones libres, aunque están carentes de previsión normativa, no por eso son totalmente desconocidas por nuestro ordenamiento jurídico. La Constitución no las prevé, pero tampoco expresamente las interdicta y rechaza, y así se desprende de la lectura de su artículo 32 en relación con el 39, que se proyecta a la protección de la familia en forma genérica, es decir, como núcleo creado tanto por el matrimonio, como por la unión de hecho”*, o la sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de julio de 1993, que dice: *“Ciertamente que las uniones de hecho o more uxorio constituyen una realidad social cuya existencia ha tenido que ir siendo jurídicamente admitida, bien que con evidente resistencia por los Tribunales”*.

Es posible en el ordenamiento jurídico español actual encontrarse con normas —si bien de forma expresa y puntual— que atribuyen a esta relación consecuencias típicamente familiares, esto es, como las que sólo se reconocían en una sociedad al matrimonio: el art. 175.4 del Código civil, modificado por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre adopción, en virtud de la Disposición Adicional tercera (12); si bien otros preceptos de este cuerpo legal hacen referencia a ello de una forma indirecta: el art. 101; la Disposición Adicional 10.2 de la Ley 30/1981, de 7 de julio; el art. 135 y el art. 320. En algunos casos, la propia norma jurídica califica expresamente la unión de hecho como familiar: en el art. 10.1 de la Ley de 23 de marzo de 1984 (13) de regulación del derecho de asilo y la condición de

(12) Precepto que señala: “Las referencias de esta ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal”.

(13) Refiere este precepto: “La condición de asilado se concederá, por extensión, a los ascendientes y descendientes en primer grado y al cónyuge del asilado, o a la persona con la que se halle ligado por análoga relación de afectividad y convivencia.”.

refugiado y algunas normas de acceso a la vivienda de protección oficial (Decreto 178/1990, de 26 de junio, del Gobierno Vasco), la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida Humana, en su art. 9.3 (14); la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, de 5 de marzo de 1991, en relación a la valoración de daños personales en el Seguro de Responsabilidad Civil con vehículo de motor. De todos estos preceptos resultan importantísimos los referidos a la adopción y la reproducción asistidas, en cuanto reconoce la legislación efectos jurídicos familiares: supone el reconocimiento legal a la creación de un núcleo familiar, un hogar, no sólo con los propios hijos naturales, también con los adoptivos, aun cuando, en nuestra opinión, la finalidad del legislador era dar cumplimiento a lo establecido en el art. 39.2 respecto a la igualdad de los hijos con independencia de su filiación (15).

Finalmente, no faltan proposiciones de ley para la regulación de estas uniones desde 1994 (16). La última presentada por el Grupo Popular que se publicó el día 29 de septiembre en el *Boletín Oficial del Congreso de los Diputados*, como Proposición de Ley Orgánica, que regula lo que se llama el contrato de unión civil (17), siguiendo a la doctrina francesa, cuyo régimen económico se establece libremente, según cualquiera de las modalidades admitidas por el Código civil, Título III Capítulo II "Del régimen económico matrimonial", es decir, el régimen de gananciales, el de participación y/o el de separación de bienes. La disolución de estos contratos de unión puede producir divergencias entre los contratantes que, en principio se dilucidarían en los juzgados de primera instancia y, presumiblemente, sin ninguna especialidad (salvo que lo establezca el Consejo General del Poder Judicial, art. 98 LOPJ), por lo que podría darse la posibilidad de que estos temas terminasen en los juzgados de familia. Con un avance

(14) Este artículo exige el consentimiento del marido o del varón no unido por vínculo matrimonial, en la inseminación a una mujer con el semen de aquéllos después de seis meses de su fallecimiento.

(15) En el ámbito comunitario algunas disposiciones reconocen ciertos derechos que tienen como presupuesto la prueba de una cohabitación regular, reconociendo así efectos jurídicos a las uniones de hecho. Lógicamente, el problema se cierne en torno a la prueba. Vid. GARCIA DE ENTERRIA y otros, *El sistema europeo de protección de los Derechos humanos*, Civitas, 1993, p. 103. Por otra parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha proclamado, en sentencias de 13 de julio de 1979 y 18 de diciembre de 1986, que la unión libre o familia natural está incluida en la expresión "vida familiar".

(16) Vid. LOPEZ-MUÑIZ GOÑI, *Las uniones paramatrimoniales en los procesos de familia*, Colex, 1997, pp. 50 y ss. En la actualidad se tramita la proposición canaria de Ley de uniones de hecho, que se encuentra en la Comisión de Justicia e interior del Congreso de los Diputados.

(17) TRIAS SAGNIER, "El contrato de unión civil y modificaciones legislativas que introduce", en *Actualidad Jurídica*, 1997, núm. 315 (30-10-1997), pp. 1 y ss.

muy claro respecto a la situación tradicional de las uniones de hecho, que tradicionalmente se consideran similares al matrimonio en cuanto formadas por un hombre y una mujer, pues este contrato de unión civil permite acogerse a los efectos de esta institución a aquellas personas que vivan juntas (una madre viuda con su hijo, hermanos, dos ancianas que viven juntas...), esto es, a todas aquellas personas que conviven con alguien (si son pareja, que no han optado por el vínculo matrimonial), con lo que se difumina la posible discriminación que podría fundar entre convivientes unidos y solteros de cualquier condición. Ello no contradice la afirmación constitucional contenida en el art. 39.1, que permite incluir distintos tipos de familia en función de la evolución social (18).

3. El libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)

La STC 74/1997, que venimos analizando, establece la posibilidad de otorgar consecuencias distintas a las uniones *more uxorio* respecto al vínculo matrimonial por ser decisión libremente adoptada por sus integrantes el elegir esta forma de convivencia o el matrimonio. Si mal no lo interpreto, esta sentencia proclama que no puede decirse que a través de su no inclusión en el tipo penal se esté lesionando el derecho al libre desarrollo (art. 10.1 CE), pues esta situación de convivencia —con todas las consecuencias jurídicas que lleva aparejadas— es una situación o modo de vivir libremente elegida y querida por ellos y sin que nada les impida contraer matrimonio, y de este hecho, por lo que respecto al tipo penal que se estudia (no reconocer una protección penal a la situación en que queda uno de los convivientes tras la ruptura) no significa que el libre desarrollo de la personalidad para decidir la unión libre o el matrimonio resulte impedido o coartado (19). Dice la Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de diciembre de 1994 que: *“La inexistencia de regulación legal sobre las uniones de hecho no quiere decir que exista un vacío que haya de ser llenado por la fuerza expansiva del ordenamiento jurídico, pues en infinidad de casos ocurre que*

(18) El IV Congreso de Mujeres Abogadas, celebrado en Toledo a finales de 1990, definió la unión libre como aquella relación de convivencia y afectividad que surge entre cualquier clase de personas como forma familiar también protegida en la Constitución.

(19) A este respecto, la STC alemán de 4 de noviembre de 1994, ya citada, sobre las ayuda por alquiler, señaló que la constitucionalidad del diferente tratamiento entre uniones y matrimonio (fundado en el principio de igualdad y especial protección al matrimonio) no es desproporcionado ni viola el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en su manifestación de fundar y mantener una unión libre, ya que los convivientes tienen la posibilidad de contraer conjuntamente el arrendamiento y con ello obtener cada uno su correspondiente ayuda.

la falta de regulación concreta responde al respeto al libre albedrío, al libre arbitrio o facultad del hombre, como ser libre que es y, como tal, titular de derechos subjetivos que le autorizan a hacer lo que le place, dentro del poder concreto que el ordenamiento jurídico y la Constitución le conceden, de tal manera que someter su voluntad a establecer una situación de facto a la situación reglamentaria que una institución jurídica implica, puede constituir un ataque frontal a su libertad. En el caso que nos ocupa no hay, pues, laguna de ley, sino respeto al libre albedrío, al derecho subjetivo de quien pudiendo no quiere contraer matrimonio y de quien, también a partir de una determinada fecha no quiere la ruptura de un vínculo anterior. Si se aplicase la analogía habrían de imponerse a los litigantes los mismos derechos y deberes que a la institución matrimonial impone la ley, en detrimento de la libertad de la pareja, uno de cuyos miembros se acuerda de aquella institución que no quiso asumir (al menos formalmente lo parece) cuando la convivencia hace crisis”.

Como ya es sabido, las medidas públicas de favorecimiento de la familia matrimonial tienen trazado como límite el coartar o dificultar irrazonablemente la autonomía de la voluntad del hombre y la mujer que deciden convivir *more uxorio* (STC 184/1990, de 15 de noviembre F.J. 2), es decir, no serán necesariamente incompatibles con el art. 39.1 de la Constitución aquellas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio, que a las unidades convivenciales, ni aquellas otras medidas que faciliten o favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio, siempre que, como ya se señaló, ello no coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan vivir *more uxorio*. Bajo este prisma se entiende mejor las diferencias de pronunciamiento del Tribunal Constitucional acerca del principio de igualdad (relativo siempre) y la convivencia de hecho: parece decantarse por entender que existe discriminación cuando se trata de relaciones privadas (subrogación de arrendamiento) y que no existe cuando se trata de una intervención pública (pensión de viudedad) (20).

Hasta aquí el razonamiento del Tribunal Constitucional resulta coherente, justificado, razonado en el equilibrio de derechos fundamentales que coexisten (arts. 10, 14, 32 y 39 CE): del ejercicio de libre desarrollo de la personalidad de los integrantes de una convivencia *more uxorio* puede extraer el legislador consecuencias (básicamente, la no equiparación entre

(20) La sentencia del Tribunal Constitucional federal de 4 de noviembre de 1994, antes citada, trata el supuesto del diferente sistema previsto para el cálculo de la cuantía a percibir en concepto de ayuda para el pago del alquiler de la vivienda para las uniones de hecho y el matrimonio, y resuelve que esta desigualdad no ataca el principio de igualdad ni el principio de libertad y libre desarrollo de la personalidad. Nuevamente, se advierte que se trata de ayuda económica de carácter público.

una y otra clase de convivencia). Ahora bien, este argumento puede volverse en contra del propio Tribunal Constitucional, desde el momento en que no cualquier unión libre puede llegar a ser matrimonio, sino exclusivamente aquellas que estén formadas por personas que pueden verdaderamente contraer matrimonio entre sí. Ello nos lleva a la siguiente pregunta: ¿qué sucede si los integrantes de la unión libre no tienen la libertad para contraer vínculo matrimonial entre sí?, supuesto que se da por ejemplo si uno de ellos está casado o si ambos pertenecen al mismo sexo. La justificación constitucional pierde de esta forma un argumento esencial para la no equiparación entre unión libre y matrimonio. En un futuro que preveo no muy lejano deberá pronunciarse el Alto Tribunal sobre esta cuestión. Interesante en este punto resulta la sentencia del Tribunal Constitucional de Berlín, de 8 de febrero de 1995 (21), que presenta el supuesto en que el solicitante de la certificación habilitante para la concesión de una vivienda social vivía en unión libre con otra persona del mismo sexo, y pedía la vivienda para ambos, con base a una regla excepcional que contempla el ordenamiento jurídico alemán según la cual procede su otorgamiento a quienes no integren una familia si su denegación entrañase una especial dificultad para encontrar vivienda, pretensión fundada en la imposibilidad de contraer matrimonio los convivientes entre sí. La pretensión del demandante no era otra que la equiparación de las uniones libres integradas por personas del mismo sexo con el matrimonio. El Tribunal Constitucional alemán entendió que la protección especial del matrimonio y de la familia, y no de la unión homosexual, en el art. 6.1 de la Constitución, justificaba tal diferencia de trato en favor del matrimonio y, consecuentemente, estaba justificada la exclusión del conviviente de la lista de familiares del solicitante de la mencionada certificación.

Lo que pone de manifiesto esta resolución, como punto a destacar, es que aquellas personas que no tienen opción legal de convertir su unión en matrimonio, pueden pretender obtener una equiparación con el matrimonio y los beneficios otorgados a éste, puesto que la justificación del trato desigual (libertad de elección entre unión libre o matrimonio) no concurre en estos casos. Propone Gavidia una alternativa en este razonamiento (22) del siguiente modo: el argumento debe formularse en otros términos "como el derecho a contraer matrimonio o a permanecer soltero es de titularidad individual, y la ley regula los requisitos de capacidad y los impedimentos para contraerlo, no es correcto hablar de un pretendido derecho a formalizar mediante el matrimonio una unión preexistente,

(21) Vid. GAVIDIA SANCHEZ, ob. cit., pp. 198-199.

(22) GAVIDIA SANCHEZ, ob. cit., p. 199.

porque tal derecho no existe, ya que si bien cualesquiera personas pueden constituir una unión libre, no cualesquiera personas pueden casarse entre sí; por consiguiente, no es acertado, sino que puede ser contraproducente sostener que la ley puede extraer consecuencias de la decisión de no formalizar mediante el matrimonio una unión preexistente, porque esa opción no siempre se tiene y nadie debe ser llamado a arrostrar las consecuencias de no hacer algo que no podía hacer. En cambio, sí se puede imputar a una persona su decisión de permanecer soltera, o su falta de habilidad para encontrar a otra que quiera y pueda casarse con aquélla; y de esto sí puede extraer la ley las consecuencias que considera convenientes, dispensando un tratamiento específico más favorable para el matrimonio, con independencia de que esa persona que permanece soltera esté o no unida libremente a otra". Aclarando en otro momento la diferencia que puede tomar en cuenta el legislador para actuar en favor del matrimonio: "No existe un derecho a formalizar mediante el matrimonio una unión preexistente, sino el derecho de titularidad individual y ejercicio también individual a no contraer matrimonio, así como el derecho de titularidad también individual y ejercicio dual a contraerlo en los términos legalmente previsto (capacidad, ausencia o dispensa de impedimentos); de esta forma, si alguien con capacidad suficiente para casarse permanece soltero es porque no quiere contraer matrimonio o porque no ha tenido la habilidad suficiente para encontrar a otra persona igualmente capaz que esté dispuesta a ello; pues bien, en esa situación está claro que la ley puede extraer las consecuencias de esa soltería, con independencia de que se integre o no en una unión libre, para tratar de forma diferente a los casados y a los que no lo están, repito, aunque estos últimos convivan unidos libremente a otras persona" (23). Por mi parte, considero que falta por reseñar un límite a la ley: siempre que tales diferencias no supongan una desmesurada limitación al libre desarrollo de la personalidad irrazonable e injustificada (así, SSTC 209/1988, 45/1989 y 184/1990) y, además, las diferencias entre matrimonio y unión de hecho han de estar justificadas para que no sean discriminatorias y vulneren el principio de igualdad.

En definitiva, cuando no hay posibilidad de contraer matrimonio para los integrantes de la pareja se da un paso más en el camino de la equiparación entre estas dos situaciones (que no necesariamente en todos sus efectos): la protección general del matrimonio como forma de familia (arts. 39 y 32) ya no es justificación suficiente por sí sola para una diferencia de trato, y tal límite lo ha reconocido el propio TC en su sentencia

(23) GAVIDIA SANCHEZ, ob. cit., p. 209.

222/1992 (24). Creo entender que, precisamente, el proyecto de unión civil logra plasmar perfectamente la conjunción entre el art. 10.1 de la Constitución (libre desarrollo de la personalidad) con el art. 39.1 del mismo Texto (diferentes formas de unidad familiar), pues la diferencia entre soltero y casado (en una sociedad que preconiza esta forma de vida a nivel constitucional como un derecho a proteger por los poderes públicos y no como un deber) no puede hacerse radicar en un criterio formalista y, por la evolución social a la que asistimos, anclado en el tiempo, que no permite evolucionar, cual es el puro estado civil de la persona, casado o no, cuando deja fuera de su consideración todos aquellos supuestos en que existe un impedimento legal para acceder al matrimonio, del que deriva un trato desigualitario porque sean del mismo sexo, por ejemplo, que en algunos aspectos carecerá de justificación y en otros no, pero no puede hacerse una discriminación genérica. Es evidente que hay una diferencia sustancial entre aquellos sujetos que en plena libertad e igualdad deciden permanecer solteros o contraer matrimonio (art. 32 CE), mas no creo que esté justificada una total y genérica discriminación entre las personas integrantes de uniones de hecho y las que están unidas por el matrimonio (como así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, respecto a la subrogación en el arrendamiento), ni tampoco excluir de nuestro ordenamiento jurídico otras posibilidades de uniones de hecho no asimiladas al matrimonio (por ejemplo, viudo con hijos, soltero con hijos, convivencia de varios hermanos, etc.) que, a todos los efectos, bajo el criterio formalista del estado civil serían solteros.

Volviendo nuevamente a la posición recogida en la resolución que comentamos y centrándonos en el tipo penal que se invoca, deberíamos llegar a la afirmación de que no proteger penalmente las consecuencias patrimoniales-asistenciales para uno de los integrantes derivadas de la disolución de una convivencia de hecho (a modo de pensión compensatoria), difícilmente puede entenderse cómo una forma de actuación de los poderes públicos que suponga un impedimento a la convivencia de hecho de carácter irrazonable o desproporcionado con quiebra del art. 14 CE: en primer lugar, porque el Derecho penal es derecho público y, por tanto, sometido con más rigor a los artículos 39.1 en conjunción con el art. 32 de la Constitución (protección de la familia matrimonial que justifica el recurso al derecho penal). Bajo este prisma no podemos afirmar que el art. 497 bis pretenda disuadir a los ciudadanos para no convivir *more uxorio*, al quedar sin protección penal ¿qué? si hoy por hoy no

(24) Un análisis jurisprudencial y doctrinal más desarrollado en GAVIDIA SANCHEZ, "La unión libre: el marco constitucional y la situación del conviviente supérstite", Valencia, 1995.

hay unas consecuencias económicas derivadas de la disolución de la unión en base a los deberes de solidaridad y asistenciales entre los convivientes y, además, creemos evidente que ni en la mente del legislador, ni en la del operador jurídico, se advierte que el tipo penal tenga la finalidad de estimular o propiciar el matrimonio de las uniones estables con quiebra del ejercicio de la libertad y el libre desarrollo de la personalidad de sus integrantes (art. 10.1 CE); en segundo lugar, como se adelantó al principio, por el criterio interpretativo restrictivo mantenido por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto a la intervención pública y la equiparación de las uniones de hecho, perfectamente aplicable al Derecho penal; finalmente, y llevando a su extremo los dos apartados anteriores, porque de todos los recursos jurídicos a disposición de una sociedad y los poderes públicos el Derecho penal es la última *ratio*, es el último recurso al que debe acudir el Estado, no siendo posible acudir a él cuando aún no han sido debidamente aplicados otros menos lesivos para los derechos de los ciudadanos, y así no es lícito pretender que el art. 487 bis realice una equiparación entre dos situaciones sociales tan distintas que una tiene forma jurídica y la otra carece de regulación en el orden jurídico (hay similitud de situaciones pero diferencia de efectos jurídicos) en una "huida al Derecho penal", máxime cuando pueden entrar en aplicación otros preceptos penales que protegen el patrimonio de las personas que lo integran como el delito de desobediencia para el caso de que haya recaído una previa decisión judicial en el orden civil (*vid.* Sentencia TS 9733/1992 ya citada) o las clásicas figuras de estafa, apropiación indebida, etc., con la aplicación de la circunstancia mixta recogida en el art. 11 del antiguo CP que reza: "Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad..." y el art. 564 (25) (art. 23 CP 1995, que ha cambiado la expresión permanente por "estable" y el art. 268 (26), respectivamente). El Derecho penal sería, es, el último instrumento al que debe acudir para

(25) Que dice: "Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil por los robos sin violencia o intimidación en las personas, hurtos, defraudaciones, apropiación indebida o daños que recíprocamente se causaren entre sí: 1) los cónyuges, ascendientes y descendientes o afines en la misma línea".

(26) Dice el art. 268 dentro del Capítulo X "Disposiciones comunes a los capítulos anteriores", que afecta a los delitos contra el patrimonio (desde el art. 234): "Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieran separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio... por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concorra violencia o intimidación", en relación con el art. 564 del anterior Código Penal.

proceder a equiparar las uniones de hecho con la familia matrimonial, siendo preciso acudir previamente a otros sectores del ordenamiento jurídico con preceptos concretos que sí lo reconozcan y explícitamente contemplen tal equiparación con la relación jurídica familiar.

4. Libre configuración del legislador

Una vez afirmado por el Tribunal Constitucional que las uniones *more uxorio* y el matrimonio no son realidades equivalentes por las razones expuestas y que se trata de una decisión libremente adoptada por los sujetos, la consecuencia que extrae es que no tiene por qué existir una paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes entre una y otra forma de convivencia (STC 184/1990). Aunque ambas son formas de familia (art. 39.1), el matrimonio es una institución social garantizada en la Constitución y el derecho a contraer matrimonio es un derecho constitucional (art. 32.1) cuyo régimen jurídico corresponde a la ley por mandato constitucional (art. 32.2) y nada de eso ocurre con la unión de hecho *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada (carencia de regulación jurídica de carácter institucional y unitario de las uniones de hombre y mujer no originada por el matrimonio) ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. Estas diferencias entre matrimonio y unión de hecho pueden ser legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular la protección del cónyuge tras la ruptura del matrimonio y no la situación análoga en las uniones de hecho. Una doctrina continua y reiterada del Tribunal Constitucional tiene establecido que los condicionamientos y límites que, en virtud del principio de igualdad, pesan sobre el legislador se cifran en una triple exigencia: las diferencias normativas han de tener un fin discernible y legítimo; tendrán que articularse en términos no inconsistentes con tal finalidad; y, por último, deberán no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas. En definitiva, la desigualdad en la ley, ha dicho este Tribunal en STC 73/1989, se produce cuando la norma distingue de manera irrazonable y arbitraria un supuesto específico al que anuda consecuencias jurídicas determinadas. En tal caso, la norma trata de forma distinta situaciones iguales, y crea, sin fundamento fáctico suficiente, un supuesto diferente, lo que supone una violación del principio de igualdad.

Como ha puesto de relieve la STC 55/1996, el legislador en el ejercicio de su competencia de selección de los bienes jurídicos que dimanen de un determinado modelo de convivencia social y de los comportamientos atentatorios contra ellos, así como respecto de la determinación de las san-

ciones penales, goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática. Como no puede ser de otro modo en un Estado Social y Democrático de Derecho, corresponde al legislador el diseño en exclusiva de la política criminal y también, salvo las pautas elementales que emanan del Texto constitucional, dispone para ello de plena libertad.

Por ello, *“tan conforme es a la Constitución en los términos acabados de exponer, que un hecho que hasta un determinado momento es penalmente típico, deje de serlo, o viceversa, o que sobre él, el legislador establezca una diferente pena en el aspecto cualitativo o en el cuantitativo. Los procesos de auténtica criminalización y descriminalización o de aumento o reducción de penas, responden a una serie de circunstancias que generalmente afectan a la sensibilidad social, frente a determinados comportamientos que al ser captada por el legislador en cada momento histórico, da lugar a una distinta reacción del ordenamiento jurídico, desde la perspectiva penal que es la que ahora nos interesa”*, tal como expresa la STC 129/1996, de 9 de julio.

Así pues, el legislador tiene un margen de libre actuación en el que puede ejercitar diversas opciones, ampliando o restringiendo la posible equiparación —en algunos aspectos o de forma total— entre las dos instituciones sociales implicadas. En la actualidad, en ningún sector del orden jurídico se ha producido una equiparación en las consecuencias patrimonial-asistenciales tras la disolución de la convivencia de las uniones de hecho con la ruptura matrimonial. Si hasta ahora no se han equiparado al vínculo matrimonial las uniones de hecho en otros supuestos y otros sectores del ordenamiento jurídico no hay principio constitucional o jurídico que obligue al legislador penal a hacerlo, e incluso, aun existiendo varios supuestos concretos en que sí se ha producido esa equiparación de efectos, como ya vimos, nada obliga al legislador penal a seguir este camino, pues ello entra dentro de sus facultades de configuración normativa, proteger o no penalmente las situaciones patrimonial-asistenciales que se producen tras la disolución de una convivencia, sin que ello afecte al derecho a la igualdad y no discriminación que protege el art. 14 de la Constitución.

Dentro de la libertad de configuración del legislador ordinario está decidir si protege penalmente los derechos patrimonial-asistenciales nacidos de una obligación legal tras la ruptura del matrimonio y una vez tomada esta decisión ser igual para los casos iguales (por ejemplo, no lo sería si sólo protegiese los intereses de la mujer de obligado cumplimiento por el marido y no contemplase el supuesto contrario), pero el legislador puede decidir no proteger la situación de los miembros de una pareja de hecho que se rompe, porque esta diferencia de trato no es irrazonable o arbitraria y no hay lesión del principio de igualdad constitucional (art. 14). Es decir, el principio constitucional de igualdad no impide que el legisla-

dor establezca diferencias de trato entre matrimonio y unión libre, pues esta diferencia de trato se encuentra justificada por la protección constitucional específica que recibe el matrimonio (art. 32) y en la existencia de un estatuto legal del matrimonio, integrado por una serie de derechos y deberes legales recíprocos de los que carece la unión libre. Lo que también es claro es que no puede el legislador hacer lo contrario, esto es, establecer diferencias de trato que supusieran una situación más favorable para las parejas de hechos que para el matrimonio, pues en razón a los mismos argumentos (matrimonio e igualdad), habría que concluir que tal actuación es contraria a la Constitución por discriminación al matrimonio.

Entrando en el análisis jurídico-penal de tipo que se invoca, es lo cierto que existe una imposibilidad jurídica que impide incorporar dentro de su ámbito de protección los intereses de las uniones de hecho cual es el principio de legalidad, piedra angular de un Estado de Derecho, del que deriva la exigencia de que los tipos penales se sometan al principio de determinación, con redacción del modo más preciso posible y evitando emplear conceptos indeterminados. Así, el tenor literal del precepto es claro (art. 487 bis y actual art. 227), sólo habla de "cónyuge", elemento normativo del tipo que contiene un claro contenido o significado jurídico, y que viene refrendado por la referencia a los procedimientos matrimoniales de nulidad, separación o divorcio. Basta un análisis de la evolución penal en este punto para determinar que no cabe incorporar a este término ninguna otra situación de convivencia ya que ello entraña una analogía *in malam partem* o contra reo o un supuesto de interpretación extensiva también contra reo prohibidas por el principio de legalidad. Tampoco podría acudir a una interpretación teleológica o constitucional del precepto, puesto que las uniones de hecho no se recogen en el art. 32 de la Constitución. De éste y no otro modo ha de entenderse en el orden penal. Tan es así que cuando el derecho penal ha querido reconocer la existencia de esta realidad social lo ha hecho de forma expresa y terminante, modificando los tipos penales, para evitar quebrantar este principio de legalidad: en los antiguos arts. 11, 18 y otros, los cuales se reformaron para contemplar expresamente a la "persona con quien se halle unido por análoga relación de afectividad" (27).

(27) Más contundente era el precedente de este delito respecto a la limitación al matrimonio: la ley del divorcio republicana, de 1 de marzo de 1932, en su artículo 34 decía: "El cónyuge divorciado que viniendo obligado a prestar pensión alimenticia al otro cónyuge o a los descendientes, en virtud de convenio judicialmente aprobado o de resolución judicial, y que culpablemente dejara de pagarla durante tres meses consecutivos, incurrirá en la pena de prisión de tres meses a un año o multa de 500 a 10.000 pesetas". Este precedente dejaba fuera de su protección las situaciones de separación y nulidad dentro del matrimonio, las uniones de hecho e, igualmente, los procesos de filiación.

Hay otro argumento que ha de valorarse para negar la protección de las uniones de hecho a través del art. 487 bis (o art. 227 nuevo) que no es otro que la interpretación sistemática: hasta ahora el Derecho Penal cuando ha incorporado a los tipos penales las uniones de hecho, lo hace en la consideración de un único aspecto o vertiente: el emocional, afectivo o sentimental, “análoga relación de afectividad”, por lo que pone el acento en los afectos y también en la comunidad de vida (28). En el Código Penal Texto Refundido de 1973 se recogían varias referencias, en los arts. 11, 18, 423, 425 y 582.2 (29). La razón es diáfana: el legislador penal toma en consideración esta circunstancia como elemento que gradúa la culpabilidad del sujeto con diversas consecuencias penológicas: agravar o atenuar la pena de cualquier delito (art. 11), en el encubrimiento exime de pena (art. 18), en las mutilaciones la atenúa; en el delito y la falta de lesiones la agrava; y por último, en los delitos cometidos por funcionarios contra la libertad sexual — arts. 383 y 384— asimila esta relación al matrimonio en cuanto existen relaciones íntimas. Por el contrario, en muchas otras ocasiones el legislador penal no ha tenido voluntad en equiparar ambas situaciones: no ha reconocido esta convivencia en relación a la figura de parricidio, art. 405 CP, que solamente podía darse con la muerte del cónyuge ni en otros preceptos en que se refiere únicamente al cónyuge como en el art. 392 relativo al soborno en causa criminal. Situación parecida es la actual a la luz de los preceptos del Código vigente: arts. 23 (circunstancia mixta de parentesco), 153 (delito de lesiones), 424 (en el cohecho) y 617.2 (falta de lesiones). En todo caso, sí queda claro que no hay protección de situaciones, intereses o derechos que surgen directamente de la relación de convivencia entre los integrantes de la unión *more uxorio* y ésta es una opción que libremente ha tomado el legislador, lo que queda plasmado en el capítulo en que se incardinan este precepto, cuyos artículos requieren la existencia previa del vínculo matrimonial (delitos contra los derechos y deberes familiares, *vid.* art. 487 antiguo ó 226 CP 1995).

(28) El art. 18 CP antiguo del Código Penal y los delitos comprendidos como limitaciones a la libertad sexual de los antiguos arts. 383 y 384, en los cuales por modificación de la LO 3/89, de 21 de junio, se equipara el cónyuge a la persona “a quien se halle ligada de forma perramente por análoga relación de afectividad”.

(29) La Ley General Penitenciaria lo contempla en el art. 52: “Igualmente, se informará al interno del fallecimiento o enfermedad grave de un pariente próximo o de persona íntimamente vinculada con aquél”. Y el art. 53: “Los establecimientos dispondrán de locales anejos especialmente adecuados para las visitas familiares o de allegados íntimos de aquellos internos que no puedan obtener permisos de salida”.

Todo lo cual no impide, de cara al futuro y en base a la renovación social que España está experimentando, que el legislador, dentro del margen de libre actuación de que goza, pueda también proteger penalmente los derechos e intereses derivados de las uniones de hecho (30). El tiempo dirá si llegaremos a esta situación, en cuyo caso asistiremos al mismo debate que se ha producido en los penalistas con la introducción del art. 487 bis por LO 3/1989 y fundamentalmente sobre el bien jurídico protegido y el principio de intervención mínima. En relación a la determinación del bien jurídico protegido, recordemos que el actual Capítulo III "De los delitos contra los derechos y deberes familiares" se enmarca dentro del Título XII "Delitos contra las relaciones familiares", y que la Constitución en el art. 39.1 incluye como concepto de familia a supuestos distintos de aquella que tiene su origen en el matrimonio. Si con la introducción de este tipo penal se pretende según la Exposición de motivos "la protección de los miembros económicamente más débiles de la unidad familiar frente al incumplimiento de deberes asistenciales por el obligado a prestarlos...", bastaría suprimir o completar la referencia siguiente "intentando así otorgar la máxima protección a quienes en las crisis matrimoniales padecen las consecuencias de la insolidaridad del obligado a prestaciones de aquella naturaleza" para incluir a las convivencias de hecho, por ejemplo señalando que se protege "a quienes en las crisis matrimoniales o en la disolución legal de la convivencia de hecho". Por supuesto, la cuestión que analizamos no es tan simple y tan fácil de resolver como rectificar una frase, pero extraíganse las consecuencias de este cambio de redacción y se verá su importancia. Respecto al principio de intervención mínima, estimando que puede quedar lesionado este criterio rector de un derecho penal moderno, lo que sin duda llenaría muchas páginas. Como punto de discusión, habría que analizar si hay otra interpretación de este principio de intervención mínima en el sentido de que no puede admitirse que el derecho penal otorgue su protección sólo a una concepción determinada de la familia —la matrimonial— con exclusión de otras posibles, que el derecho penal no puede decantarse por la protección de unas determinadas normas "morales" de convivencia (heterosexual) y así el antiguo art. 487 bis no se debe vincular a la protección de una concreta "moral", el sustento o los deberes de asistencia entre los cónyuges, pues es posible admitir deberes semejantes entre los convivientes (31). Sin

(30) Una parte de la doctrina penalista lo ha reclamado. Vid. DE VEGA RUIZ, "La prisión por deudas conyugales" Colex, 1991, p. 56, señala que le preocupa sobremanera la "posible vulneración del art. 14 de la Constitución, derecho fundamental a la igualdad, por esa discriminación que se hace respecto de situaciones de hecho".

embargo, todo quedará en meras elucubraciones teóricas hasta tanto no exista una regulación legal de las uniones de hecho, pues sólo de esta manera es posible salvar los problemas de no equiparación entre uniones matrimoniales y las que no lo son y los problemas de técnica jurídico-penal que se presentarían (remisión de la norma penal a otros procedimientos además de los ya señalados o a los mismos si a través de ellos se solventasen las disoluciones de las llamadas parejas de hecho) (32), hasta entonces no se puede pretender de la norma penal que otorgue unos efectos que no existen en el derecho civil, por ser una intromisión en el Derecho de familia.

IV. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD RESPECTO A LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES

1. La discriminación por razón de nacimiento

Son ya varias las ocasiones en que el Tribunal Constitucional —también el Tribunal Supremo— se ha pronunciado por razón de discriminación en la normativa legal entre hijos habidos fuera y dentro del matrimonio. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 80/1992, de 20 de diciembre, sentó la doctrina según la cual el art. 118 del Código civil, redacción original, debía ser objeto de interpretación extensiva durante la vigencia de la Constitución y aplicado a toda clase de hijos, en base al art. 14 del Texto constitucional. Esta decisión constitucional reconoció valor normativo inmediato al art. 14 CE y declaró la “inconstitucionalidad sobrevenida” del art. 137 del Código civil en su redacción anterior, lo que

(31) Como señala GOMEZ PAVON, “El impago de pensiones alimenticias (art. 487 bis C.P.). Su posible inconstitucionalidad”, en Cuadernos de Política Criminal, núm. 44, 1991, p. 299. “Podría discutirse, incluso, la conveniencia de que se ampliara a cualquier persona unida por idéntica relación de afectividad”, a los descendientes, sujetos sometidos a patria potestad, tutela, afines, etc., es decir, con independencia del origen matrimonial o no. Señala esta autora que es paradójico que cuando la finalidad del precepto es proteger a la parte más débil de estas situaciones, se excluya precisamente a aquellos que pueden resultar más perjudicados, menos protegidos por los mecanismos jurídicos (p. 301).

(32) Esta cuestión no ha recibido un tratamiento en profundidad por la doctrina penalista, que sólo se pronuncia a favor de una u otra postura, sin analizar problemas técnicos. Por ejemplo, FERNANDEZ DEL TORGO, “Análisis penal de los delitos de abandono de familia. El caso español”. Edersa, 1994, p. 256, se limita a reseñar que no están recogidas en el tipo las “uniones extraconyugales, aún estables o permanentes, al resultar que el incumplimiento de las prestaciones jurídicas gestadas en tales situaciones son irrelevantes para el Derecho penal, y ante su incriminación no es susceptible aducir tratamiento discriminatorio”.

generaba su nulidad y producía necesariamente efectos sobre los procesos pendientes. Señala en sus fundamentos jurídicos esta resolución que *“produce necesariamente efectos incluso sobre los procesos pendientes, actuando así como límite al principio según el cual un proceso debe resolverse con arreglo a la legislación vigente en el momento de la interposición de la acción”*. Decisivo de esta resolución es el reconocimiento del carácter normativo del Texto constitucional, la vincularidad obligatoria del art. 14 de la CE y la afirmación de que, tras la entrada de la Constitución, todo español tiene el derecho a no ser discriminado en razón de su nacimiento, por lo cual, había de entenderse como inconstitucional cualquier discriminación de los hijos por razón de su nacimiento. El acierto de esta resolución radica en que a partir de la entrada en vigor de la Constitución y hasta la promulgación de la Ley 11/1981, el régimen jurídico de las acciones de filiación extramatrimonial será el mismo que el de la filiación matrimonial, lo que presenta una solución mejor que la simple y escueta derogación, provocadora de total vacío jurídico, que hubiera dejado sin normativa alguna esa materia, con mayor inseguridad jurídica y problemas prácticos (33).

En esta resolución, como en la STC 74/1997 que analizamos, en relación a la protección penal de los deberes de asistencia derivados de la patria potestad, se reproduce el grave problema jurídico del enfrentamiento entre mantener una postura formalista y nuevas concepciones más realistas del mundo jurídico, lo que implica conflictos entre la legalidad y la seguridad jurídica, por un lado, y la protección de los derechos fundamentales y la justicia, por el otro. Varias resoluciones posteriores del Tribunal Supremo asumen la argumentación de la referida sentencia del Tribunal Constitucional: la STS de 10 de febrero de 1986 aplicó directamente el art. 14 CE para conceder derechos sucesorios a un hijo extramatrimonial, cuyo padre había fallecido después de pro-

(33) Vid. RIVERO HERNANDEZ, “Preterición de hijo matrimonial en sucesión abierta después de la Constitución y antes de la entrada en vigor de la Ley 11/1981, de 13 de mayo (comentario a la STS de 17 de marzo de 1995)”, en *Derecho privado y Constitución*, núm. 6, 1995, p. 236. El Auto del Tribunal Constitucional 200/1996, de 10 de julio, trata un supuesto de preterición de hijo extramatrimonial en que el demandante alega infracción de los arts. 14 y 39.2 de la Constitución del art. 141 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña (Ley 13/1984, de 20 de marzo, del Parlamento de Cataluña), que señala que dicha norma *“concede igualdad de trato a los legitimarios erróneamente preteridos (sean o no matrimoniales) en el sentido de impedirles solicitar la nulidad del testamento en unos supuestos concretos... frente a la legislación anterior cuya aplicación propugna el recurrente (que sólo reconocía la posibilidad de instar la nulidad total del testamento a los hijos legítimos...) por lo que resulta patente que no ha existido trato discriminatorio alguno porque se le haya aplicado al recurrente el último inciso del párrafo tercero del art. 141 de la Ley 13/1984, de 20 de marzo, norma que concede igualdad de trato a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales”*. La misma decisión de fondo acoge la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 21 de diciembre de 1992 (RJ 1993/8142).

mulgada la Constitución pero antes de entrar en vigor la Ley 11/1981; la STS 10 de marzo de 1987 (cuando conoció de nuevo el asunto que dio lugar a la resolución constitucional, confirmó la sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla que declaraba la paternidad no matrimonial pretendida) y la STS (Sala Civil) de 17 de marzo de 1995, en cuyo fundamento jurídico 1 se señala: *“Debe ponderarse el alcance de la expresada norma en función de derechos fundamentales de la máxima importancia, cual el derecho a la igualdad en los casos y situaciones que reconoce el artículo 14 de la CE...”*, la cual parte como cuestión principal de la interpretación de la Disposición Transitoria séptima de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de reforma del Código civil, en referencia a derechos sucesorios de hijos extramatrimoniales, vinculados al concepto y alcance de la preterición. Otros pronunciamientos del Tribunal Supremo han abordado esta cuestión en otros ámbitos, como el Social en relación a pensiones de orfandad: la STS (Sala Social) de 1994 (RJ 1994/9952) de 2 de diciembre, señala que *“es reiterada la jurisprudencia expresiva de que de la unión extramatrimonial no deriva derecho a la pensión de viudedad, salvo el caso excepcional de derecho transitorio —que no es el litigioso— previsto en la Disposición Adicional 10.2 de la Ley 30/1981, de 7 de julio, referente a quienes hubieren vivido como cónyuges y no hubieren podido contraer matrimonio bajo la legislación anterior, siempre que el causante hubiera fallecido con anterioridad a la vigencia de la ley citada. Conceder en el caso que nos ocupa el incremento debatido al huérfano simple, puede suponer que el cónyuge sobreviviente de la unión de hecho, obtenga el reconocimiento de una pensión a la que no tiene derecho, por vía indirecta, en virtud de las facultades inherentes a la patria potestad de representar y administrar los bienes de su hijos —artículo 154.2 del Código civil”*. Se está refiriendo a la posibilidad de que los hijos huérfanos absolutos vean incrementado el porcentaje de su pensión con el correspondiente a la viuda —porcentaje del 45 por 100—. Afirma esta resolución que la cuantía de la pensión de orfandad ha de ser igual en los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, pero ello no autoriza a incrementar el porcentaje de la pensión del hijo de una unión matrimonial con el correspondiente a la viuda, pues ello haría de mejor condición la filiación extramatrimonial, en cuanto en la matrimonial el incremento, solamente, se produce cuando exista orfandad absoluta, lo que no ocurre en el caso que aquí se analiza, en que la madre —que no es cónyuge— pervive. Sigue diciendo esta resolución: *“Como antes se ha dicho, no se produce, con la interpretación que se hace del art. 17.2 una discriminación en contra del hijo extramatrimonial, en cuanto al menoscabo patrimonial sufrido por quienes se encuentran en situación de orfandad absoluta derivada de la pérdida de ingresos con que el causante hacía frente al cumplimiento de las obligaciones familiares, no es el mismo que el sobrevenido cuando pervive la madre soltera, a quien incumben —artículo 154.1 del Código civil—*

entre otras, las obligaciones de velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, educarlos y procurarles una formación integral" (34). Queda por determinar constitucionalmente la decisión en orden a las pensiones de orfandad —incremento del porcentaje correspondiente a la viuda— para el supuesto de que la madre, unida sentimentalmente al causante, hubiese fallecido también. A juzgar por la doctrina del principio de igualdad creada por el Tribunal Constitucional y el fin de la normativa social, podemos pensar razonablemente que el Tribunal Constitucional igualará en trato a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales huérfanos absolutos.

Por otra parte, no podemos olvidar la consideración internacional de la protección de los hijos, puesto que el art. 39.4 de la Constitución señala que "los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velen por sus derechos". A destacar la Declaración de los Derechos del Niño de la ONU de 20 de noviembre de 1959 cuyo Principio núm. 2 señala: "El niño gozará de una protección especial... para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente, en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad". También el Pacto Internacional de Derechos Civiles del niño del 19 de diciembre de 1966, en su art. 24.1 establece: "Todo niño tiene derecho... a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de la familia como de la sociedad y el Estado".

La Comisión Europea, cuando existen relaciones de sangre, ha interpretado que no existe distinción alguna entre familia legítima y familia natural, pues el art. 8 del Tratado de Roma se refiere a que toda persona tiene derecho al respeto a su vida privada y familiar, y el art. 14 del mismo texto prohíbe las discriminaciones fundadas en el nacimiento. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 13 de junio de 1979 (caso Marck), señala que debe existir en el ordenamiento nacional interno una protección jurídica que haga posible, desde el nacimiento, la integración del niño en la familia, cualquiera que ésta fuese.

2. El art. 487 bis CP

La Resolución del Tribunal Constitucional 80/1992 ha declarado la aplicación directa de la Constitución en orden a la igualdad de los hijos y los efectos de la filiación con independencia de su origen o nacimiento. El punto de conflicto respecto al anterior art. 487 bis del Código Penal es si

(34) Otras resoluciones sobre el art. 17.2 de la Orden de 13 de febrero de 1967 de la Seguridad Social de 15 de julio de 1994 (RJ 1994/7051), de 31 de enero de 1995 (RJ 1995/530), y de 10 de julio del mismo año (RJ 1995/5489).

se respeta este mandato constitucional o, por el contrario, está constitucionalmente afectado este precepto por discriminatorio al protegerse penalmente los deberes patrimonial-asistenciales derivados de la filiación exclusivamente respecto a los hijos matrimoniales.

La configuración legal del precepto, por respeto al principio de legalidad, obliga a entender que sujetos pasivos de este delito pueden ser aquellos cuyo derecho haya sido establecido en un proceso legal de separación, nulidad o divorcio, en que ha recaído una resolución judicial, concretamente caben los siguientes supuestos: los hijos habidos fuera del matrimonio, si posteriormente se celebra éste; los hijos nacidos dentro del matrimonio con reconocimiento legal de filiación; los hijos adoptivos, adoptados por un matrimonio, dado que el precepto ampara a cualquier hijo, con independencia de que sea natural o adoptivo, dentro de la unidad familiar, que tenga derecho a pensión alimenticia, siempre que dicho derecho sea susceptible de establecimiento judicial en el curso de un procedimiento de disolución matrimonial, o en un convenio judicialmente aprobado; y los hijos habidos dentro del matrimonio por la técnica de reproducción asistida.

La literalidad del precepto, principio de legalidad, deja fuera del ámbito de protección de tipo penal los siguientes casos: hijos habidos fuera del matrimonio de madre soltera; los hijos naturales habidos de mujer casada con persona distinta al marido si se ha determinado esta filiación extramatrimonial. Interesante en este punto resulta el Auto del Tribunal Constitucional 276/1996, de 2 de octubre recaído en un proceso de reclamación de filiación extramatrimonial promovida por el presunto padre biológico del hijo, el cual tenía una filiación matrimonial legalmente determinada (la madre biológica estaba casada con otra persona), siendo los recurrentes el matrimonio. Declara esta resolución en su fundamento jurídico 2 que *“la alegación de que la investigación de la paternidad (art. 39.2 CE) no sería aplicable a supuestos como el de autos, no es atendible. Ciertamente, tienen razón los recurrentes al afirmar que su finalidad es la protección integral de los hijos, y así lo hemos declarado en la STC 7/1994 (‘La finalidad de la norma que permite la práctica de las pruebas biológicas no es otra que la defensa en primer lugar de los intereses del hijo, tanto en el orden material como en el moral, y destaca como primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica, como ha destacado la doctrina del Tribunal Supremo’). Pero, precisamente por ello, no cabe compartir el juicio de que por principio no se persiga el interés del hijo de posibilitar la investigación de la paternidad en supuesto como el de autos, pues ello sería tanto como dar por supuesto que al declarar respecto del hijo una filiación extramatrimonial se le está haciendo de peor condición que si se le mantiene su filiación matrimonial, lo que iría en contra del principio constitucional según el cual los hijos son iguales ante la ley con independencia de su filiación (art. 39.2 CE)”*; los hijos habidos de uniones de hecho, sean naturales o sean adoptados en virtud de la normativa civil (Disposición Adicional tercera Ley 30/81) o si ha surgido de la reproducción asis-

tida tal como contempla la ley de reproducción asistida que en su art. 8.2 atribuye la paternidad al varón conviviente que consiente la fecundación artificial heteróloga y en el art. 9.3 prevé asimismo la fecundación artificial homóloga póstuma (del varón conviviente).

En cualquier supuesto de los mencionados, sin embargo, los hijos son iguales en cuanto a derechos y deberes por disposición constitucional (arts. 14 y 39.2) y por disposición del legislador ordinario que establece en los arts. 108 y siguientes del Código civil la igual consideración jurídica. Es decir, existe un estatuto jurídico que equipara a todos los hijos, cualquiera que sea su origen.

De ello se deduce, con claridad meridiana, que el art. 487 bis del Código Penal Texto Refundido de 1973, medida legal que implica un favorecimiento al matrimonio, se convierte en discriminatorio para con los hijos extramatrimoniales. Esta posible inconstitucionalidad fue puesta de manifiesto por una parte de la doctrina penal: Gómez Pavón afirma que "la igualdad consagrada en el artículo 39 de la Constitución española entre los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, consecuencia clara del principio de igualdad, queda claramente vulnerada... Frente al precepto constitucional, el Código Penal establece una clara discriminación, impidiendo que los hijos no matrimoniales puedan encontrar protección penal en estos supuestos, aun cuando sea posible el artículo 487, siempre que se den los requisitos en él exigidos" (35). Otros autores matizan este juicio de inconstitucionalidad, como De Vega, el cual señala: "Nos preocupa sobremanera... la posible vulneración del artículo 14 de la Constitución, derecho fundamental a la igualdad, por esa discriminación que se hace respecto a situaciones de hecho", en relación a las relaciones análogas al matrimonio y a la igualdad de los hijos extramatrimoniales, si bien continúa este autor: "Aunque no se nos oculta que el derecho a los alimentos para los hijos ilegítimos, caso de estar judicialmente impuesto, puede acogerse a la protección brindada por el delito de desobediencia al igual que antes ocurría con los casos ahora incluidos en este artículo 487 bis (artículos 134 y 143 del Código civil)" (36).

Una posible solución, válida exclusivamente para los casos en que hay un hijo natural de uno de los componentes del matrimonio (solución que no

(35) GOMEZ PAVON, ob. cit. Igual crítica de discriminación vierte POLAINO NAVARRETE, "Impago de prestación económica familiar", en Comentarios a la legislación penal, T. XIV, vol. 2.º, Madrid, 1992, p. 819. YZQUIERDO TOLSADA, "Aspectos civiles del nuevo Código Penal" Dykinson, 1997, p. 447, refiere que era incomprensible su exclusión, por el trato discriminatorio indudable.

(36) DE VEGA RUIZ, ob. cit., *Colex*, 1991, p. 56. El IV Congreso de Mujeres Abogadas celebrado en Toledo en 1990 estableció como una de sus conclusiones el rechazo a este precepto por discriminatorio para con los hijos habidos fuera del matrimonio.

creemos esté amparada por la voluntad del legislador penal), consiste en arbitrar dentro de convenios judiciales de separación, nulidad o divorcio del matrimonio la determinación de la prestación asistencial para con este hijo como una más de las consecuencias que el matrimonio quiera regular. No desconocemos que esta solución está llena de inconvenientes, que es limitada y de dudosa aplicación en la práctica y, finalmente, que podría llevar a un chantaje o abuso por el otro componente del matrimonio en orden a obtener ventajas en contrapartida. Respecto a los hijos de padres no unidos por vínculo matrimonial, se podría establecer la prestación asistencial en convenios judiciales, con lo que sería de plena aplicación el art. 487 bis y se evitaría la discriminación (37), si bien es difícil que se aplique analógicamente la regulación jurídica matrimonial a las uniones de hecho.

3. La resolución constitucional 74/1997

La sentencia que analizamos llega a la conclusión clara y terminante de que efectivamente el art. 487 bis del Código Penal Texto Refundido de 1973 es contrario al art. 14 del Texto Constitucional, por tratar de forma distinta a los hijos habidos de matrimonio o de uniones de hecho en cuanto a la protección de los deberes asistenciales que el ordenamiento jurídico impone al progenitor, discriminando en consecuencia a los hijos en razón de su nacimiento, siguiendo su propia doctrina respecto a los tres límites que impone al legislador ordinario: las diferencias normativas habrán de mostrar un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse en términos no inconsistentes con la finalidad de la norma; y, por último, no deberán incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas.

El razonamiento del Tribunal es terminante: jurídicamente están iguallados los hijos habidos fuera o dentro del matrimonio en lo que se refiere a los deberes legales de asistencia de los progenitores. Es decir, en el orden legal ordinario los hijos son iguales frente a la protección que debe dispensarles los progenitores, con independencia de su filiación matrimonial o no, ya que el legislador ordinario queda sometido al mandato constitucional (arts. 39.2 y 3 CE) que obliga a protegerlos igual con independencia de su nacimiento. Más aún, señala el Tribunal Constitucional en

(37) GOMEZ PAVON, ob. cit., p. 301. Parecida solución hallaron en el IV Congreso de Mujeres Abogadas ya mencionado, en el que se promovía la aplicación del procedimiento existente sobre medidas provisionales en los casos de uniones de hecho con hijos.

esta decisión que su desatención o desvalimiento tiene una amplia protección internacional a través de la 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. El fundamento de esta equiparación radica en que su condición o filiación fuera o dentro del matrimonio es el resultado de decisiones ajenas a los mismos (STC 184/1990) (38).

Seguidamente, analiza el Tribunal cuál es el fin perseguido por la norma penal, esto es, el bien jurídico protegido por el precepto penal. En el Preámbulo de la Ley Orgánica 3/1989, que introdujo el precepto penal en el Código Penal de 1973, se justificó el nuevo tipo en la necesidad de dar protección a "los miembros económicamente más débiles de la unidad familiar frente al incumplimiento de deberes asistenciales por el obligado a prestarlos... intentando así dar la máxima protección a quienes en las crisis matrimoniales padecen las consecuencias de la insolidaridad del obligado a prestaciones de aquella clase". De donde se deduce que la finalidad del precepto es amparar a los hijos, entre otros, en el derecho que les asiste a ser sostenidos por sus padres pero que sólo se da a los hijos matrimoniales, dada la literalidad del precepto (procesos matrimoniales) y el reconocimiento explícito que el legislador hace en su justificación en el Preámbulo.

Partiendo de estas premisas nuestro Alto Tribunal llega a una consecuencia jurídica ineludible, consistente en que *"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 de 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"*.

De opinión contraria se manifiesta el Ministerio Público, en escrito presentado con fecha 18 de octubre de 1992 formulando alegaciones sobre el recurso de amparo, en el que solicitó la desestimación del recurso por no infracción del principio de igualdad constitucional dado que el hecho de que el legislador haya acordado conceder una vía penal de protección en los supuestos de proceso matrimoniales no significa que los hijos extramatrimoniales carezcan de tutela, pues pueden ser perseguidas penal-

(38) Según la Encuesta Sociodemográfica del Instituto Nacional de Estadística, aproximadamente 100.000 parejas unidas por vínculos matrimoniales tienen hijos entre sí. Ello hace que se inscriban estos hijos en el Registro Civil, haciendo constar el nombre de los padres, lo que supone ya un reconocimiento de paternidad y, *de facto*, una posible convivencia. *Vid.* LOPEZ-MUÑIZ GOÑI, *Las uniones paramatrimoniales...*, ob. cit., p. 287.

mente las infracciones de deberes legales de asistencia en estos casos mediante otros preceptos penales, los que también otorgan protección penal a los hijos habidos fuera del matrimonio y con ello se evita vulnerar el principio del art. 14 de la Constitución. Igual razonamiento contiene el escrito presentado por la otra parte en el proceso, el compañero sentimental, que presentó escrito de alegaciones y solicitó también la inadmisión del recurso de amparo, añadiendo que la demandante se equivocó al formular la acusación, que debió ser por el art. 487 CP, y que ahora pretende arreglar dicho “despiste” a través de la vulneración del precepto constitucional de igualdad ante la ley.

Bajo esta argumentación, los preceptos penales que entrarían en aplicación para la protección de los hijos extramatrimoniales, por tanto, serían el delito de abandono de familia del antiguo art. 487.2 CP (39). No es admisible este argumento por cuanto se mantiene la desigualdad de trato jurídico-penal entre unos hijos y otros, porque este precepto exige que el incumplimiento de los deberes tenga su causa en la conducta desordenada del obligado a ellos, por lo que, en consecuencia, la protección penal por esta vía es menos intensa que por el art. 487 bis que no contiene este requisito y así los hijos no matrimoniales tiene una protección más débil que los matrimoniales, por lo que sigue existiendo discriminación.

También se alega la posible aplicación del art. 237 antiguo CP —delito de desobediencia grave a la autoridad— y el art. 519 también del antiguo CP —delito de alzamiento de bienes—, pero lo cierto es que a través de ellos se protegen bienes jurídicos distintos y diferentes al que ahora centra nuestra atención y se contemplan conductas cuyos rasgos son muy distintos de los rasgos típicos del delito que analizamos, tal como manifiesta la resolución del Tribunal Constitucional. Tanto es así, que el legislador penal procedió a introducir un nuevo tipo penal por entender que sólo de esta manera se podía proteger eficazmente a un bien jurídico distinto y merecedor de protección, art. 487 bis CP, y si esta decisión ha sido adecuada en relación con los hijos matrimoniales debe serlo igualmente para con los hijos extramatrimoniales. Nuevamente, hay que recordar el argumento de que una vez que el legislador toma libremente su decisión de configuración legal ésta ha de ser igual para todos los iguales, quedando proscrita la desigualdad por condición de nacimiento.

(39) De esta opinión BERNAL DEL CASTILLO, “El delito de impago de pensiones” Bosch, 1997, p. 59, que afirma “la seguridad de los hijos extramatrimoniales puede considerarse que es objeto de protección en los tipos tradicionales de abandono de familia, donde se protege frente al incumplimiento de las obligaciones concretas emanadas de la patria potestad”. Sólo admite la necesidad de tipificación en el caso de los alimentos establecidos en las medidas provisionales dictadas en procesos de reclamación de filiación, conforme al artículo 128.2 C.c.

Como concluye la resolución, la protección de los hijos extramatrimoniales a través de estas vías es más débil que la de los que tienen su origen en el matrimonio y termina señalando que *“buena prueba de que ese art. 487 bis se compadecía mal con el art. 14 CE es el vigente Código Penal de 1995 donde la protección se extiende a todos los hijos, cualquiera que fuere su origen (art. 227)”* (40).

La declaración constitucional de discriminación del anterior art. 487 bis CP indica que en la nueva regulación, el derecho penal, respecto a los hijos, no protege unas determinadas normas morales (hijos matrimoniales) que chocaba con el principio de intervención mínima (“el mínimo del mínimo ético”), sino que protege los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, se protege la asistencia indispensable para el sustento y desarrollo en las mejores condiciones de los hijos, habidos fuera o dentro del matrimonio. Concebido así, el citado art. 487 bis protegería no tanto a la familia en sí misma, sino la seguridad de sus miembros, en coherencia con el art. 39.3 de la Constitución y una asistencia de tipo económico (41). Esta seguridad, en cuanto expectativa de que los derechos se verán reconocidos, ya no está vinculada a una determinada concepción familiar exclusivamente, en lo que a los hijos se refiere, al ser igual su origen. Por ello, se haría cierta la afirmación de Bajo Fernández (42) de que el bien jurídico es en último extremo, el derecho que los hijos tienen a la asistencia por parte de los padres.

El pronunciamiento de discriminación que hace el Tribunal Constitucional en relación a los hijos extramatrimoniales se basa en argumentos sólidos que no concurren en el caso de las uniones extramatrimoniales: en primer lugar, la existencia de una normativa jurídica que contempla esta igualdad de situaciones (arts. 108 y ss. del Código civil); en segundo lugar, hay que conjugar en este supuesto un mandato constitucional que antes no concurría cual es el art. 39.2 CE; en tercer lugar, no concurre en estos supuestos como punto de partida el derecho al libre desarrollo (art. 10 CE), puesto que el hijo no tiene libertad para decidir su nacimiento; y, finalmente, la normativa internacional y comunitaria está más desarrollada y es más imperativa en la protección de los niños.

(40) El Proyecto de Código Penal de 1992 también recogía expresamente en el artículo 229.1 los procesos de filiación.

(41) Como señaló MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte especial*, 8.^a ed., Valencia, 1990, pp. 164-165.

(42) BAJO FERNANDEZ: *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, t. III, Madrid, 1.^a edc., 1989, p. 50.

V. LA DESESTIMACION DEL AMPARO

Es doctrina constitucional, reitera en múltiples decisiones 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. Esto es, el Tribunal va a pronunciarse en un recurso de amparo sobre la constitucionalidad de un precepto legal si previamente se constata que, mediante su aplicación, se ha producido una concreta lesión de derechos y libertades susceptibles de amparo (43).

Hecha esta afirmación previa, el fundamento jurídico 5 de la Sentencia 74/1997 señala: *"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 art. 14 CE no queda, sólo por ello, viciado de inconstitucionalidad, salvo que en sí mismo considerado, resulte discriminatorio o vulnere otros derechos fundamentales"*. De donde se deduce que el otorgamiento de amparo, en este caso concreto, tras lo afirmado en el punto anterior, se puede dar en dos únicos supuestos: primero, que el acto sea por sí mismo discriminatorio y, segundo, que vulnere otros derechos fundamentales.

Respecto a la primera posibilidad, el Tribunal Constitucional guarda silencio.

Respecto a la posible vulneración de otro derecho fundamental, argumenta el Alto Tribunal que la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, que absuelve al denunciado del delito de impago de pensiones, no ha vulnerado derecho fundamental alguno del hijo menor de edad de la demandante de amparo porque la Constitución no otorga ningún derecho a obtener condenas penales (SSTC 147/1985, 83/89, 157/90, 31/96, 177/96 y 199/96), y por sí solo no existe un derecho fundamental a obtener la condena penal de otra persona. 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 CE, puesto que ese derecho fundamental no comprende el derecho a la condena de su progenitor"*. En su escrito el Ministerio Fiscal puso de manifiesto la concurrencia de un problema técnico para proceder al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, cual es que no puede abrirse la vía del art. 55.2 LOTC por haber recaído sentencia absolutoria e igualmente adujo que la actuación de la Audiencia Provincial es irrepro-

(43) Sobre este punto SSTC 113/1987, 153/1988 y 206/1990.

chable desde un punto de vista técnico-jurídico, dado el sometimiento de los jueces al principio de legalidad, que impide la interpretación analógica de las normas penales y su aplicación extensiva (SSTC 111/1993 y 34/1996).

Por todas estas razones, la decisión del Tribunal es desestimar la demanda de amparo, pues la inconstitucionalidad del art. 487 bis del Código Penal vigente en 1992 no produce la inconstitucionalidad de la decisión judicial.

Precisamente, en este punto discrepa el magistrado don Carles Viver Pi-Sunyer, que emite un Voto particular, estimando que la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid sí ha vulnerado el art. 14 CE al absolver al padre, por discriminación frente a los hijos matrimoniales. Esta vulneración no puede olvidarse, aunque tenga su causa directa de un precepto penal y que el órgano judicial no pudiese adoptar otra decisión por el principio de legalidad. El órgano judicial incurre en inconstitucionalidad al aplicar un precepto inconstitucional. Con ello elimina dos argumentos para denegar el amparo: la sentencia fue absolutoria por no ser la conducta típica y que el principio de igualdad fija su contenido material por relación.

Respecto al tercer argumento de que la Constitución no proclama derecho subjetivo alguno a la condena de otro, ni frente al legislador ni frente a los órganos judiciales, refiere este magistrado que la Audiencia Provincial no podía hacer nada más por sometimiento al principio de legalidad, ni siquiera le era exigible el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad y nulidad del art. 487 bis vigente al momento de dictar la sentencia (hay obstáculos procesales que se lo impedían, en virtud de art. 163 CE y 35.1 LOTC), pues no hubiera podido tener incidencia en la resolución del caso. Ahora bien, aunque esto es así, ello no nos lleva a la conclusión de que no existió discriminación en esta resolución. 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 (ejemplos de este principio se dan 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, no existe un derecho subjetivo a la condena ajena (y, además, está en el caso presente la imposibilidad de extender el tipo penal *ex art. 25 CE*) supone que el TC no puede anular la sentencia absolutoria y condenar, ni retrotraer para que el órgano judicial pueda volver a juzgar (salvo excepciones) y, en su caso, condenar (por razón de seguridad jurídica, entre otras).

Pero con todo, el TC puede llevar a cabo su función garante de la CE y de los derechos fundamentales que en ella se consagran, fiscalizando la interpretación y aplicación de estos derechos y, si no se han respetado los

contenidos constitucionales, puede 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 no sean titulares del *ius puniendi* comporta que no tienen el derecho a la condena ajena como consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental propio, pero no significa que carezcan de los derechos procesales generales anudados a su participación en el proceso, 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 todo ello, el magistrado que formula voto particular, estima 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. A ello llega en virtud de los siguientes argumentos: porque está corrección es más acorde con la función y la posición constitucional del Tribunal; y porque mientras continúe admitiendo 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.

En definitiva, la Sala debería haber admitido el amparo y declarar la vulneración del derecho a la igualdad a los efectos correspondientes; debería haber planteado al pleno del Tribunal la cuestión de inconstitucionalidad del art. 487 bis del anterior Código Penal, puesto que la derogación del precepto penal tampoco producía una ausencia de objeto de la cuestión ni privaba de efectos a la hipotética sentencia de inconstitucionalidad, como se explica en extenso en el fundamento jurídico 2 de la STC 55/96. Porque el argumento utilizado en la resolución para no admitir la inconstitucionalidad de la resolución judicial impugnada no es otro que el derecho a la igualdad es un derecho cuyo contenido se define por relación. Pero, estima este magistrado, la decisión del la Sala no es correcta puesto que lo relevante para el art. 14 no es la absolción en sí, sino la diferencia para este conflicto jurídico de una solución absolutoria respecto de otro que es sustancialmente igual y se dicta otra solución distinta (si fuera hijo matrimonial sí cabría la condena), 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 inconstitucional. En otras palabras, no toda sentencia absolutoria de un padre que no paga a su hijos es inconstitucional, pero en el caso concreto que se analiza esta sentencia absolutoria sí incurre en el vicio de inconsti-

tucional porque es aplicación de un precepto contrario a la Constitución por discriminatoria de los hijos extramatrimoniales.

Por último, afirma este magistrado que bajo este supuesto subyace una cuestión de gran trascendencia 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*. La solución está íntimamente vinculada a la concepción que se adopte de la posición institucional y las funciones encomendadas al Tribunal Constitucional en su condición de garante último de los derechos fundamentales.

