|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 307/2000 |
| Fecha | de 18 de diciembre de 2000 |
| Sala | Sección Cuarta |
| Magistrados | Don Rafael de Mendizábal Allende, don Tomás Salvador Vives Antón y don Guillermo Jiménez Sánchez. |
| Núm. de registro | 4207-1998 |
| Asunto | Recurso de amparo |
| Fallo | En virtud de lo expuesto, la Sección acuerda la inadmisión de la demanda de amparo y el archivo de las actuaciones. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. El Procurador de los Tribunales don Saturnino Estévez Rodríguez, en nombre y representación de don Rafael Longas Marcos y mediante escrito presentado en el Registro de este Tribunal el 9 de octubre de 1998, interpuso recurso de amparo contra la resolución judicial que se hace mérito en el encabezamiento. En la demanda nos cuenta que el Juzgado de lo Penal núm. 5 de Málaga dictó Sentencia el 8 de mayo de 1998, cuyo antecedente de hechos probados dice así: "Valorando en conciencia las pruebas que obran en autos y de las practicadas en el acto del juicio, este órgano jurisdiccional da como probados los siguientes hechos: "que el acusado, Rafal Longas Marcos, mayor de edad y sin antecedentes penales; está separado judicialmente de Ángela Rudiez Rebollo, en virtud de sentencia, de fecha 25 de marzo de 1996, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número dos de Estepona en los Autos 434/95 (iniciados en virtud de demanda de separación matrimonial formulada por Ángela Rudiez con el consentimiento de su esposo-acusado)."

Y que contra esta Sentencia se interpuso, por la acusación particular, recurso de apelación, el cual fue estimado por la Audiencia Provincial de Málaga, que revocó la Sentencia en primera instancia y condenando al recurrente como autor de un delito de abandono de familia, a la pena de arresto de diez fines de semana, y a indemnizar a la perjudicada en la cantidad que en ejecución de Sentencia se concrete como debida por el impago de pensiones. En este sentido, en los fundamentos de derechos, la Audiencia señala: "Primero. La esencia del problema planteado en este recurso se refiere a la carga de la prueba en aquellos casos en que el obligado al pago de una pensión alimenticia, no puede responder al mismo por cuestiones sobrevenidas. La jurisprudencia mayoritaria de las Audiencias Provinciales, y entre ellas la de Málaga, vienen entendiendo para casos como el presente, que cuando un cónyuge ha aceptado el convenio regulador en la separación, y éste ha sido aprobado por el Juez de Familia, es ante éste donde ha de solicitar su reforma si las circunstancias que demuestra así lo exigen, pero en todo caso, ya en el terreno penal, es también a él a quien le corresponde demostrar la imposibilidad del incumplimiento o el estado de necesidad que le impide el pago de la pensión, y ello, no sólo porque las circunstancias excluyentes de la responsabilidad han de ser demostradas como el hecho mismo, sino porque, tratándose de hechos ajenos a la denunciante, tal prueba seria diabólica tal como afirma la parte recurrente. Por lo tanto la Sala entiende que el dolo necesario para que surja el delito del art. 227 del Código Penal existe y no en cambio la excusa absolutoria que veladamente se alega, por lo que procede admitir el recurso estudiado con revocación de la sentencia recurrida".

2. En la demanda se alega que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga ha vulnerado el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), que desconoce la presunción de inocencia del demandante, así como el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (arts. 24.1 y 2 y 2 CE). El tipo de abandono de familia contemplado en el art. 227 del Código Penal requiere, dice el recurrente, que se produzca el incumplimiento del pago, durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos, de cualquier aportación económica a favor del cónyuge o de los hijos establecida en convenio o por resolución judicial. Pues bien, la denuncia fue presentada en el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Estepona el día 22 de noviembre de 1996, y el acusado tuvo conocimiento de la existencia de la Sentencia de separación el día 12 de noviembre de 1996, por lo que la conducta denunciada no se encontraba dentro de aquel tipo penal. Con cita de las SSTC 160/1986, 122/1987, 3/1988 y 29/1989, entiende que el derecho a la legalidad penal comprende una doble garantía, una forma vinculada a la necesidad de una predeterminación normativa que tipifique de modo preciso y con la suficiente caución la denegación que incorpora.

El único argumento que da la Audiencia Provincial de Málaga para dictar una Sentencia condenatoria, lo hace invirtiendo la carga de la prueba, por considerar que en el delito de abandono de familia es al obligado al pago a quien corresponde demostrar la imposibilidad del cumplimiento o el estado de necesidad que le impide el pago de la pensión. Este planteamiento supone una violación del derecho a la presunción de inocencia, dado que al acusado no le corresponde probar su inocencia (STC 64/1986).

Además las únicas pruebas en el procedimiento fueron aportadas por el propio acusado y en ellas se acreditó que no tenía medios suficientes para pagar la pensión.

Por último considera que también se infringe el derecho a la tutela judicial efectiva al incurrir la Sentencia en incongruencia omisiva, al no haberse pronunciado la Audiencia sobre la petición de inadmisión del recurso de apelación y existir ciertas lagunas en los hechos probados. Por otra parte, en el momento de dictarse la Sentencia se encontraba pendiente otro recurso sobre el proceso civil de separación, de cuyo resultado podía depender la condena penal, toda vez que, de ser estimado, podía ser declarado nulo el procedimiento de separación. Ello ha provocado en el recurrente una situación de indefensión material al haber entorpecido o dificultado de manera sustancial la defensa de sus derechos o intereses (SSTC 155/1988, 31/1984, 145 y 196/1990).

Por todo ello concluye la demanda con la solicitud de que sea dictada Sentencia en la que otorgando el amparo, sea declarada la nulidad de la impugnada y sean reconocidos los derechos fundamentales que se estiman vulnerados. Y, al amparo del art. 56 LOTC, se solicita la suspensión de la ejecución de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga por razón de la cual se reclama este amparo.

3. Por providencia de la Sección Cuarta de 14 de septiembre de 2000 se acordó abrir el trámite previsto en el art. 50.3 LOTC, concediendo un plazo común de diez días al recurrente y al Ministerio Fiscal para efectuar las alegaciones que estimasen pertinentes en relación con la posible concurrencia de la causa de inadmisión prevista en el art. 50.1 c) LOTC, consistente en carecer la demanda de contenido que justifique una decisión sobre el fondo por parte de este Tribunal.

4. El Fiscal, en escrito registrado el día 5 de octubre de 2000, interesó la inadmisión de la demanda por cuanto la misma incurre en la causa de inadmisión prevista en el art. 50.1 c) LOTC respecto a los tres motivos alegados en el recurso, y en este sentido el Fiscal justifica en sus alegaciones que no ha existido vulneración alguna del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE); no ha sido desconocido el derecho a la presunción de inocencia del recurrente (art. 24.2 CE), y tampoco el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE) en la queja de que la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga habría incurrido en incongruencia omisiva. Todo ello sin perjuicio de que en relación a este último motivo la demanda de amparo incurra, además, en el incumplimiento del requisito procesal de no haber sido agotada la vía judicial previa [art. 50. la) LOTC].

5. La representación procesal del recurrente evacuó el trámite de alegaciones mediante escrito registrado el día 6 de octubre de 2000, en el que reiteró las pretensiones de la demanda y sus fundamentos.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. En primer lugar, bajo la invocación del derecho contemplado en el art. 25.1 CE el recurrente ha suscitado cuestiones que no traspasan los límites de la interpretación judicial de preceptos de la legalidad ordinaria y que, en consecuencia, corresponde efectuar exclusivamente a los Jueces y Tribunales (art. 117.3 CE). Así, en el presente supuesto, a la vista del entendimiento contenido en la resolución condenatoria de la Audiencia Provincial, no cabe deducir que dicho órgano judicial haya realizado una interpretación manifiestamente errónea o arbitraria cuando consideró que el actor había cometido el delito de abandono de familia del art. 227 del Código Penal.

Por otra parte, de la propia resolución judicial impugnada se desprende que existió prueba de cargo bastante para considerar destruida la presunción constitucional de inocencia, y así se explicita en el fundamento de Derecho primero de la Sentencia que resuelve la apelación; sin que este Tribunal pueda ni deba convertirse en una tercera instancia, valorando nuevamente las pruebas o alterando los hechos probados (SSTC 174/1985, 160/1988, 138/1992, 323/1993, 115/1998 y 205/1998, por todas) al impedírselo el art. 44.1 b) LOTC.

Por último, en la demanda de amparo se alegó la incongruencia de la resolución judicial recurrida por cuanto no se pronunció sobre todas las cuestiones planteadas por el recurrente, que aprecia también falta de motivación en la misma. Ahora bien, sin perjuicio de que la Sentencia de la Audiencia esté suficientemente motivada hay que advertir, como sostiene el Fiscal, que hubiera sido factible instar el incidente de nulidad de actuaciones previsto en el art. 240.3 LOPJ. Por lo que, al no haberlo hecho, el demandante ha incumplido el deber de previo agotamiento de la vía judicial que el art. 44.1 a) LOTC impone a los demandantes de amparo cuando la violación del derecho o libertad fundamental tiene su origen inmediato y directo en un acto de omisión judicial, y a los efectos de mantener la subsidiariedad que caracteriza al recurso de amparo constitucional.

ACUERDA

En virtud de lo expuesto, la Sección acuerda la inadmisión de la demanda de amparo y el archivo de las actuaciones.

Madrid, a dieciocho de diciembre de dos mil.