

ATC 446/1984, de 11 de julio

Condenados por delito contra el honor militar por realizar actos deshonestos con individuos del mismo sexo (art. 352 CJM). Solicitaron nulidad por no intervención del Juez Togado en las intervenciones, a la vez que entendían que se había vulnerado la no discriminación por razón de sexo que reza el art. 14 CE, pues no se castigaba como delito iguales actos cometidos con personas de sexo diferente. El Tribunal encuentra que no se han ejercido todos los recursos disponibles a la vez que señala un mal entendimiento de la igualdad, pues no se puede entender iguales las conductas homosexuales que las heterosexuales; asimismo, el TC justifica la existencia de un código de valores propios en la institución material por su propia naturaleza y fines.

TIPO: AUTO

REFERENCIA-NUMERO: 446/1984

FECHA-APROBACION: 11-07-1984

SALA: Sala Primera (Sección Segunda): Excmos. Sres. Begué, Gómez-Ferrer y Escudero.

NUMERO-REGISTRO: 359/1984

RECURSO-TIPO: Recurso de amparo.

EXTRACTO: Inadmisión. Agotamiento de recursos en la vía judicial: inexistencia. Recurso de casación: obligada interposición. Principio de igualdad: actos deshonestos. Contenido constitucional de la demanda: carencia.

DISPOSICION-CITADA:

Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978.

Artículo 14.

Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Artículo 44.1.a).

Artículo 50.1.b).

Artículo 50.2.b).

Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre. Reforma del Código de Justicia Militar.

Artículo 13.

Ley de 17 de julio de 1945. Código de Justicia Militar.

Artículo 352.

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Artículo 855.

Artículo 873.

Artículo 874.

En general.

MATERIAS:

Agotamiento de recursos en la vía judicial
Inexistencia.
Contenido constitucional de la demanda
Carencia.
Delitos contra el honor militar
Principio de igualdad.
Jurisdicción militar
Obligada interposición.
Principio de igualdad
Actos deshonestos.

PREAMBULO:

En el asunto reseñado, la Sección ha acordado dictar el siguiente
AUTO

ANTECEDENTES:

I. Antecedentes

1. El Procurador don José Manuel Fernández de Castro, en representación de don José Aguilar Ruiz y don Gerardo Barrios García, formuló recurso de amparo contra el Auto de 22 de febrero de 1984, del Consejo Supremo de Justicia Militar (CSJM), concediendo firmeza a la Sentencia del Consejo de Guerra reunido en Alcalá de Henares el 9 de noviembre de 1983, que condenó a los recurrentes por delito contra el honor militar.

La demanda en síntesis establece como hechos:

Que en la causa militar 365/1981 de la 1.ª Región Militar se condenó a los recurrentes por dicho delito a la pena de seis meses y un día de prisión militar, con las accesorias de deposición de empleo y antigüedad en el servicio por un período igual a la condena.

Que contra tal Sentencia presentó su defensa dos escritos, solicitando en uno la nulidad de actuaciones, porque en ellas debió intervenir un Juez Togado, y en el otro, interponiendo subsidiariamente recurso de casación ante el CSJM, siendo desestimada la primera petición, y admitida la segunda, habiendo sido emplazados a través de su defensor para comparecer ante el CSJM dentro del plazo de quince días.

Que el Letrado compareció en la Relatoría de Tierra, ante el Capitán Auditor Secretario segundo, que le dijo que como la causa no había llegado, ni constaba hubiere sido recurrida, ya le avisaría para que entregase el escrito formalizando el recurso. Volviendo varios días después a entrevistarse con el mismo funcionario, que le informó de igual manera.

Que posteriormente el defensor fue citado en el Juzgado instructor notificándole el Auto recurrido de firmeza de la Sentencia, sin que contra tal resolución quepa recurso alguno en vía militar.

Seguidamente la demanda precisa que en el art. 352 del Código de Justicia Militar (CJM) castiga al militar que cometa actos deshonestos con individuos del mismo sexo, con pena de seis meses y un día de prisión militar, y la accesoria de separación del servicio, y que como el art. 14 de la Constitución (C. E.) prohíbe la discriminación por razón del sexo entiende que la condena a los recurrentes por dicha norma incurre en tal discriminación, ya que no castiga como delito, los iguales actos cometidos con personas

de sexo diferente, estando dicha norma y la Sentencia en contra de lo dispuesto en el citado art. 14 de la C. E.

Suplicó que teniendo por formulado el recurso contra lo establecido en el Auto del CSJM que da firmeza a la Sentencia dictada en la causa 356/1981, se declare la nulidad de la Sentencia antes indicada, por contrariar el art. 14 de la C. E. y dado que el art. 342 del CJM lesiona uno de los derechos reconocidos en la misma, se eleve la cuestión al Pleno del Tribunal Constitucional, a fin de que éste declare la inconstitucionalidad del referido artículo del CJM. Por otrosí solicitó la suspensión de la ejecución de la Sentencia, y que así se ordenara a la Auditoría de Guerra.

2. La Sección en providencia acordó tener por personado al Procurador indicado en nombre de los recurrentes, y abrir incidente de inadmisión por la concurrencia de las causas de falta de agotamiento de la vía judicial previa según el art. 44.1 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), y de carecer la demanda manifiestamente de contenido que justifique una decisión por parte de este Tribunal, según el art. 50.2 b) de la propia Ley, concediendo un plazo común a la parte actora y al Ministerio Fiscal, para que hicieren alegaciones. Y determinando que sobre la suspensión pedida, se resolvería al decidir sobre la admisión o repulsa de la demanda.

3. El Ministerio Fiscal dictaminó: que la nulidad de actuaciones era improcedente, pues según el Auto que la rechazó, en la causa intervino órgano judicial, sin protesta alguna de los ahora recurrentes, no invocándose causa alguna de nulidad del art. 832 del CJM, ni se formuló queja.

En relación al recurso de casación interpuesto, que no hubo tal interposición sino sólo preparación, sin que se formalizase en plazo, por lo que de acuerdo con el art. 873 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (L. E. Cr.) se declaró desierto, y firme la Sentencia. El recurso de casación establecido para la jurisdicción militar por la Ley 9/1980, de 6 de noviembre, es vía procesal que necesariamente ha de agotarse para cumplir con lo dispuesto en el art. 44.1 a) de la LOTIC, y poder entablarse posteriormente el recurso de amparo como remedio excepcional, según doctrina que cita de este Tribunal.

La inconstitucionalidad del art. 352 del CJM por el razonamiento en que se funda, no puede aceptarse, pues no incrimina la homosexualidad en sí misma, sino los actos deshonestos, de la misma manera que en el Código Penal, aquélla es atípica per se, pero determinados actos realizados por homosexuales, en ciertas circunstancias, pueden ofender al pudor o buenas costumbres y ser merecedores de reproche penal, por constituir delito del art. 431 del C. P. Además, en los delitos militares “contra el honor militar”, el bien jurídico protegido guarda relación con la peculiar naturaleza y singulares valores de la organización castrense, siendo el sujeto activo “el militar”, lo que comprendería, sin grave distorsión a la mujer militar, y por tanto determinados actos de homosexualidad como los de lesbianismo, cuando la mujer tuviera acceso a las Fuerzas Militares.

Solicitó se dictara Auto declarando inadmisibles la demanda de amparo por incidir en los dos motivos de rechazo propuestos.

4. La parte recurrente en amparo, formuló escrito, manifestando haber agotado la vía judicial previa, planteando los recursos utilizables, y en concreto el de casación que no fue admitido por Auto que resulta irrecurrible. Justifica la causa porque fue declarado desierto el recurso de casación, en los mismos hechos expuestos en la demanda, indicando que el Tribunal no puede cerrar la vía de amparo mediante enfoque excesivamente formalista. Estima a su vez, que no procede acoger la causa de inadmisión del art. 50.2 b) de la LOTIC, reproduciendo las mismas alegaciones que en la

demanda sobre la inconstitucionalidad del art. 352 del CJM. Suplicó admitir a trámite el recurso de amparo, así como lo demás que proceda en justicia.

FUNDAMENTOS:

II. Fundamentos jurídicos

1. El extraordinario recurso de casación, censura la legalidad de las resoluciones judiciales de instancia por causas inmanentes a las mismas, taxativamente señaladas en Ley determinando si se violó el derecho objetivo por errores in iudicando, o se causaron defectos procesales o infracciones esenciales de normas procedimentales perjudiciales para las partes como errores in procedendo, siendo una vía de necesario cumplimiento, como con reiteración ha establecido la doctrina de este Tribunal para dar virtualidad a la exigencia establecida en el art. 44.1 a) de la LOTC, de utilizar todos los recursos posibles dentro de la vía judicial común, para posteriormente poder plantear el subsidiario recurso de amparo, siempre que se cumplan las condiciones de estar previsto el recurso de casación en la Ley, y de ser procedente por su mismo contenido para en él tutelar los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente, reparando sus posibles vulneraciones el órgano jurisdiccional ordinario supremo.

2. Admitido el recurso de casación en el procedimiento militar, según el art. 13 de la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, entre otros supuestos, en el de imposición de pena de separación del Servicio Militar como principal o accesoria, ante la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar, de acuerdo con los trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (L. E. Cr.), su "preparación" realizada con arreglo al párrafo 2.º de dicho art. 13 y según el art. 855 y siguientes de la Ley Procesal común acabada de indicar, concluye con su admisión -o desestimación en su caso-, y entrega del testimonio de la resolución recurrida a la parte recurrente, y emplazamiento de todas las partes para que comparezcan ante el Tribunal de casación, surgiendo la fase de "interposición" del recurso ante el mismo, según lo dispuesto en los arts. 873 y 874 de la L. E. Cr., dentro del plazo de quince días a partir de haber recibido el testimonio la parte recurrente a medio de escrito firmado por Abogado y Procurador, pues de no hacerlo se tendrá por firme y consentida la resolución.

3. En el caso concreto, se trata de justificar no haber interpuesto en forma el recurso de casación preparado, en el hecho de haberse presentado dos veces el Abogado del actor ante el Capitán Auditor Secretario segundo de la Relatoría de Tierra, y comunicarle éste que la causa no había llegado, ni constaba hubiera sido recurrida, y que le avisaría cuando así sucediera, siendo sorprendido por el Auto posterior declarando la firmeza de la Sentencia.

Aunque en hipótesis se quisiera partir de la veracidad de tal hecho, hubiera resultado necesario demostrar su existencia ante el CSJM, para que pudiera tomar en cuenta el especial engaño causante de la no interposición del recurso, reparando el grave efecto, o en su caso fundamentar el amparo en tal causa, alegando indefensión, que no es objeto de impetración en absoluto en este proceso. Pero en todo caso es evidente, que no se advierte la finalidad de tales entrevistas, ya que teniendo el Abogado de la parte aquí recurrente en su poder el testimonio de la Sentencia cuyo recurso de casación había ya preparado, el derecho que poseía y debía ejercitar según las normas citadas -arts. 873 y 874 de la L. E. Cr.-, era el de presentar el escrito formalizando el recurso y que no ejercitó, al sustituir por anómalas entrevistas el cumplimiento de una exigencia procesal formal y razonable, que no le podía ser negada, siendo lógica la decisión de declarar la firmeza de la Sentencia; por todo lo que la omisión del cumplimiento a trámite obligado y no sustituible, y el no agotamiento de la vía judicial

procedente, ha de ponerse en cuenta de la parte, con el efecto de no poderse admitir el presente recurso, por impedirlo los arts. 44.1 a) en relación con el 50.1 b) de la LOTC.

4. Además, incurre la demanda, a mayor abundamiento, en la causa de inadmisión establecida en el art. 50.2 b) de la LOTC, en relación a la alegación escueta de fondo, de que infringe el art. 14 de la C. E. por discriminación en razón de sexo, el art. 352 del CJM, al sancionar como delito contra el honor militar, a “el militar que cometa actos deshonestos con individuos del mismo sexo”, ya que no castiga como delito iguales actos cometidos con persona del sexo diferente, sosteniendo que tanto dicha norma punitiva, como la Sentencia recurrida que la aplicó a los dos Cabos recurrentes, vulneran el principio de igualdad ante la Ley.

5. El principio de igualdad ante la Ley del art. 14 de la C. E. según muy reiterada doctrina de este Tribunal, concede a todos los ciudadanos el derecho subjetivo a recibir un tratamiento idéntico en supuestos de hecho iguales a los otorgados a otras personas, y que deben aceptar los Poderes Públicos; pero que en el caso de existir diferentes supuestos de hecho, es aceptable la desigualdad si resulta razonable y fundada, de acuerdo con criterios de valor y juicios aceptados con generalidad, por producirse una lógica conexión de proporcionalidad entre los medios y el fin perseguido; resultando indispensable actuar, en todo caso, a través de un tertium comparationis respecto al cual la desigualdad discriminatoria pueda predicarse.

6. Claramente se percibe que la indicada alegación para fundar la desigualdad discriminatoria, no compara en abstracto situaciones iguales, pues los actos deshonestos tipificados, realizados entre individuos del propio sexo, han de referirse como parece obligado a las relaciones homosexuales, que tanto por los sujetos que las cometen, como por su mismo contenido y finalidad no son asimilables ni comparables con las relaciones heterosexuales entre personas de sexo distinto, por lo que en la prohibición de aquéllas y la permisión de éstas tiene razonable y bastante fundamento que no se puede desconocer, no siendo posible establecer entre estas situaciones una equiparación o similitud dentro de la que opere el artículo 14 de la C. E.

También debe ponderarse la especialidad de dicha infracción criminal, como otras muchas agrupadas con ella en el mismo título, bajo el epígrafe de “delitos contra el honor militar”, en los que los bienes jurídicos protegidos guardan relación directa con la peculiar naturaleza y singulares valores de la organización castrense, dentro de la que destaca la condición o status de militar, como particular manera de ser y actuar en pro de altos fines, que comporta la sujeción a un sistema normativo en que se imponen de forma muy significativa determinados valores, que no permiten su lesión sin originar un sensible desvalor, cual sucede con el honor profesional e inmaterial de una institución como la militar, que no acepta los móviles que estima deshonorosos y que inciden en el sistema de disciplina y respeto por que se rige, y que es preciso preservar, por lo que la prohibición penalizada como delito en el art. 352 del CJM no puede en principio ser estimada como inconstitucional con los efectos pretendidos por el recurrente, de acuerdo con los criterios y juicios de valor utilizables en la profesión militar, dada su singular naturaleza, estructura y finalidad.

7. En conclusión de lo expuesto, debe también aplicarse la causa de inadmisión de la demanda contenida en el art. 50.2 b) de la LOTC, por carecer la misma manifiestamente de contenido que exija una decisión, en Sentencia, y luego de todos los trámites procesales, por parte de este Tribunal.

FALLO:

Por todo lo expuesto, la Sección acordó:

Inadmitir la demanda de amparo promovida por el Procurador don José Manuel Fernández de Castro, en representación de don José Aguilar Ruiz y don Gerardo Barrios García, y el archivo de las actuaciones.

Madrid, a once de julio de mil novecientos ochenta y cuatro.