



DOCTRINA

- **REFLEXIONES EN TORNO AL FUTURO DEL TURISMO ESPAÑOL DESDE EL ÁMBITO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO**
Antonio Villanueva Cuevas
- **ESTUDIO COMPARATIVO DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA Y ECUATORIANA RESPECTO A LOS INTERESES MORATORIOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**
Ángel Alonso Cano
- **LA TRANSPARENCIA DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN LA NUEVA LEY DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN Y BUEN GOBIERNO**
Jaime Pintos Santiago
- **RECENSIÓN DEL LIBRO LA REFORMA DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO EN MATERIA DE RECURSOS, WOLTERS KLUWER, LA LEY, MADRID, 2011**
José Miguel Carbonero Gallardo

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA

- **GRABACIÓN POR UN GUARDIA CIVIL DE LA CONVERSACIÓN MANTENIDA CON UN CONDUCTOR SIN LESIONAR EL DERECHO A LA INTIMIDAD (STS de 15 de octubre de 2013)**
- **INTERPRETACIÓN CONFORME DEL PRECEPTO LEGAL QUE TIPIFICA COMO INFRACCIÓN MUY GRAVE LA COMISIÓN DE MÁS DE DOS FALTAS GRAVES EN UN AÑO SIN INCURRIR EN LA PROHIBICIÓN DEL BIS IN IDEM (STC 189/2013, de 7 de noviembre)**
José Luis Martín Moreno

LIBERLEX
2006-2013

Composición de portada a partir de la carta náutica de Piri Reis



Aletheia

CUADERNOS CRÍTICOS DEL DERECHO

Comité Científico

SOSA WAGNER, FRANCISCO	GONZÁLEZ ALONSO, BENJAMÍN
SANTA-BÁRBARA RUPÉREZ, JESÚS	GUILLÉN LÓPEZ, ENRIQUE
SAIZ DE MARCO, ISIDRO	GALÁN JUÁREZ, MERCEDES
RODRÍGUEZ SEGADO, LUIS MIGUEL	ESPEJO GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL
REQUENA LÓPEZ, TOMÁS	CHECA GONZÁLEZ, CLEMENTE
PALMA LÓPEZ, CRISTINA	CAMY ESCOBAR, JESÚS
MOREU SERRANO, GERARDO	CAIADO AMARAL, RAFAEL
MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO	BORBÓN Y CRUZ, MILAGROS
MARTÍN MORENO JOSÉ LUIS	BELADÍEZ ROJO, MARGARITA
MARTÍN CRISTÓBAL, JOSÉ	ALMANSA MORENO-BARREDA, JAVIER
SECRETARIO:	SECRETARIA ADJUNTA:
RODRÍGUEZ SEGADO, LUIS MIGUEL	PARERA CARRETERO, SOLEDAD

[Ver sumarios y archivos a texto completo desde 2006](#)

SUMARIO

DOCTRINA

Págs.

- 1-11 La Reflexiones en torno al futuro del turismo español desde el ámbito del Derecho Administrativo.
Antonio Villanueva Cuevas
- 12-33 Estudio comparativo de la normativa española y ecuatoriana respecto a los intereses moratorios en la contratación pública.
Ángel Alonso Cano
- 34-41 La transparencia de los contratos administrativos en la nueva Ley de Transparencia, acceso a la información y buen gobierno.
Jaime Pintos Santiago
- 42-47 Recensión del libro de José Antonio Moreno Molina *La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos*, Wolters Kluwer, La Ley, Madrid, 2011.
José Miguel Carbonero Gallardo
-

JURISPRUDENCIA

Págs.

- 48-65 Grabación por un guardia civil de la conversación mantenida con un conductor sin lesionar el derecho a la intimidad (STS de 15 de octubre de 2013).
José Luis Martín Moreno
- 66 y ss. Interpretación conforme del precepto legal que tipifica como infracción muy grave la comisión de más de dos faltas graves en un año sin incurrir en la prohibición del *bis in idem* (STC 189/20013, de 7 de noviembre).
José Luis Martín Moreno
-

JURISPRUDENCIA

2. Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2013

Comentario a cargo de José Luis Martín Moreno

STS de 15 de octubre de 2013: la grabación inconsciente por un Guardia Civil de la conversación mantenida con un conductor en el curso de una discusión sobre la procedencia de una multa de tráfico no vulnera el derecho a la intimidad.

RESUMEN: STS de 15 de octubre de 2013: improcedencia de la sanción impuesta a un Guardia Civil de Tráfico que, en acto de servicio y en el curso de una discusión sobre la existencia o no de una infracción, graba la conversación mantenida entre él y el conductor denunciado, sin consentimiento de éste, como mecanismo de defensa ante sus superiores. El Tribunal Supremo afirma que la sentencia recurrida (y por tanto las resoluciones sancionadoras) “ha infringido el principio de legalidad en su vertiente de tipicidad por apreciar, erróneamente, la intromisión ilegítima en la esfera de la intimidad de un ciudadano por parte del recurrente”. En suma, la grabación en cuestión no constituye intromisión ilegítima en la vida privada del conductor denunciado.

Sin embargo, el TS señala que al efectuar la grabación “oculta”, el Guardia Civil pone de manifiesto un comportamiento que “no es el que se debe esperar de un agente de la autoridad” y “supone, al menos, un comportamiento incorrecto en el ejercicio de sus funciones en relación con las normas sobre obtención y tratamiento de imágenes y sonidos en espacios públicos sin que, en este momento procesal, sea posible sanar el defecto en la tipificación para subsumir su conducta en una falta distinta a la que ha venido siendo objeto de imputación porque ello atentaría al fundamental derecho de defensa”. Consta voto particular discrepante, que considera que la sanción no vulnera el principio de tipicidad y subraya que el Guardia Civil utilizó un “medio evidentemente no reglamentario”, infringiendo con ello su deber como tal Guardia Civil; además el Magistrado que formula el voto discrepante considera que sí existió vulneración del derecho a la intimidad del ciudadano.

S

Entido común y mesura en el ejercicio de los derechos son dos ingredientes que a menudo faltan en la cocina del Derecho. En este supuesto se aborda la problemática de los expedientes disciplinarios en relación con el principio de tipicidad. En concreto se analiza la trascendencia de una grabación de una conversación sin consentimiento del usuario, ajena a la esfera de intimidad personal. Para el debido análisis de la sentencia comenzaremos exponiendo los antecedentes fácticos más relevantes, para después abordar la interesante problemática que plantea la cuestión de fondo.

1. Antecedentes fácticos.

Aunque los hechos no se describen con detalle, se desprende de la sentencia que el Guardia Civil utiliza su propio móvil para efectuar la grabación cuando se produce el incidente con el conductor, disconforme con la denuncia. No se pone en duda que la grabación fue un medio de defensa: el Guardia Civil intuyó que se produciría una situación de conflicto, porque se trataba de un conductor anteriormente denunciado por él y por otros miembros del Destacamento –hecho probado- y quizá constaban diferencias no encauzadas correctamente y quejas o reclamaciones sobre el proceder de los agentes.

En este supuesto, el conductor se encontraba en el arcén de la vía sin hacer uso del chaleco reflectante, por lo que el Guardia Civil expedientado le extendió un boletín de denuncia. El denominado “incidente” debió hacer presumir al Guardia Civil que el conductor presentaría una reclamación exigiendo responsabilidad disciplinaria u otro tipo de medidas. La misma mañana, cuando no habían transcurrido dos horas desde el “incidente”, el expedientado informó al Sargento Jefe del Destacamento del incidente, mostrándole la grabación en presencia del auxiliar de pareja que lo acompañaba cuando denunció al conductor. Este fue el único y exclusivo empleo de la grabación en cuestión.

Dos horas después el sancionado compareció en el Destacamento, exponiéndole al Sargento su intención de presentar una queja por la actuación llevada a cabo por el Guardia Civil, lo que dio lugar a una información verbal que finalizó sin declaración de responsabilidad para el expedientado. Al día siguiente el conductor compareció nuevamente en las Dependencias de la Guardia Civil de Langreo expresando en el libro de quejas y sugerencias que entendía vulnerados sus derechos constitucionales a la intimidad, al honor

y a la dignidad, ya que había tenido conocimiento de la grabación de su conversación y la difusión de la misma.

Instruido el correspondiente expediente, consta que por Resolución de 13 de mayo de 2012, el General Jefe de la Agrupación de Tráfico impuso al Guardia Civil referido la sanción de pérdida de diez días de haberes con suspensión de funciones por dicho periodo de tiempo como autor de una falta grave de *“la infracción de cualquier otro deber u obligación legal o reglamentariamente establecida que resulte inherente a la función, cuando se produzca de forma grave y manifiesta”*, prevista en el número 37 del artículo 8º de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.

La sanción fue confirmada en vía administrativa por el Director General de la Guardia Civil, al desestimar el recuso de alzada interpuesto por el Agente sancionado, y posteriormente por el Tribunal Militar Central, que desestimó el recurso contencioso-disciplinario militar ordinario formulado por aquél.

En cambio, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la representante del Guardia Civil, anulando la sentencia del Tribunal Militar Central y declarando nulas las resoluciones administrativas y las sanciones impuestas, con los efectos económicos que de tal nulidad se derivan y el deber de eliminar de la documentación personal del interesado las anotaciones que de ellas se hubieran efectuado.

2. El problema de la integración de la “norma disciplinaria en blanco” y el “exhorto-recordatorio” contenido en el último fundamento jurídico de la sentencia comentada.

Vaya por delante que comparto la solución dada por el Tribunal Supremo, porque una grabación de esas características no puede considerarse que viole la intimidad del conductor denunciado.

Dicho esto, comenzamos el comentario por el final de la sentencia, que deja entrever que el Guardia Civil expedientado pudo incurrir en otra infracción (“una falta distinta a la que venía siendo objeto de imputación”) después de aseverar que la grabación pudo “suponer, al menos, un comportamiento incorrecto en el ejercicio de sus funciones”, aunque el TS apunta con razón que ese momento procesal ya no era posible “sanar el defecto en la

STS de 15 de octubre de 2013: la grabación in consentida por un Guardia Civil de la conversación mantenida con un usuario en el curso de una discusión sobre la procedencia de una multa de tráfico no vulnera el derecho a la intimidad tipificación”, para subsumir la conducta en otra infracción, “porque ello atentaría al fundamental derecho de defensa”

Subyace en la sentencia el problema del reflejo que tiene en el régimen disciplinario de los miembros de la Guardia Civil, la naturaleza militar del Cuerpo, y en este sentido la sentencia recuerda “la singularidad de que tienen una exigencia de comportamiento personal que deben extremar en sus relaciones con los ciudadanos respetando y protegiendo el libre ejercicio de sus derechos y libertades”. Se trata de un problema que no es ajeno al relajado entendimiento del principio de tipicidad que se viene haciendo por el legislador en este ámbito y por la doctrina y la jurisprudencia, que resaltan la peculiaridad del Derecho disciplinario de los servidores públicos en el contexto del significado de las relaciones de sujeción especial.

Sin embargo, aun siendo cierto que las peculiaridades del régimen disciplinario de la Guardia Civil y de los servidores públicos en general tienen acomodo constitucional, ya en ocasiones anteriores hemos insistido en que el agente de la autoridad no puede verse desposeído de sus derechos constitucionales, ni viene señalado en nuestra Carta Magna como ciudadano de segunda categoría.

No es casual que en conflictos como el que nos ocupa se observe una contraposición terminológica, reveladora de lo que tratamos de decir. Por encima de cualquier otra consideración, interesa subrayar que el ciudadano de nuestro tiempo –en este caso el conductor denunciado- aparece como portador de derechos inviolables y sagrados que los poderes públicos y sus agentes deben respetar. Así ha de ser, desde luego, en un Estado de Derecho, frente al concepto de súbdito del Antiguo Régimen. Sin embargo, se ha difuminado un concepto más antiguo de ciudadanía acuñado en el siglo XIX, en el que lucían a un tiempo los deberes de la persona para con la sociedad en la que se integra, y el respeto a las normas, a los derechos de los demás ciudadanos y a los servidores públicos que velan por el Estado de Derecho.

Portamos maletas cargadas de derechos y nos olvidamos de que su efectividad deviene imposible si no se ejercitan mesuradamente y de buena fe, con observancia de las normas jurídicas, incluyendo el reconocimiento de la responsabilidad por nuestros errores y el trato considerado y respetuoso hacia quienes tienen la excelsa misión de hacerlas cumplir, porque dichas normas son la garantía de nuestra convivencia ordenada y de que dichos derechos no se conviertan en meras proclamaciones teóricas.



Las peculiaridades o singularidades que derivan de la naturaleza de la Guardia Civil no justifican la relajación del legislador en la tipificación de las conductas sancionables, que llevada al extremo propiciaría el abusivo empleo de tipos abiertos, de “normas disciplinarias en blanco”, o el uso de descripciones con conceptos ambiguos o excesivamente indeterminados...

Lo mismo cabe decir de la interpretación jurisprudencial, que no puede olvidar las exigencias del artículo 25 de la Constitución, desamparando a funcionarios públicos que se ven sometidos a procedimientos disciplinarios sobre la base de normas en blanco que difícilmente pueden verse integradas por normas complementarias, y que en definitiva se ven sancionados en supuestos más que dudosos, por la desidia del legislador. La tipicidad de la conducta definida mediante una norma en blanco se convierte en un disparate si la descripción incompleta no puede ser complementada por otra norma, a la que debe remitir la primera y sin que la obligación del legislador pueda entenderse sustituida por la invocación de genéricos patrones de corrección de comportamientos, porque el Derecho disciplinario no puede convertirse en un campo exento de las exigencias del principio de legalidad penal, con regalías que dan entrada a la inseguridad jurídica y a la arbitrariedad.

En el caso examinado, la defensa del Guardia Civil se muestra en este punto eficaz, pues ante la conexión que la resolución sancionadora estableció entre la norma del artículo 8º.37 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, y la supuesta intromisión ilegítima del Guardia Civil en el derecho a la intimidad del conductor sancionado, reacciona con apoyo jurisprudencial, haciendo notar que “la tipicidad requiere que el acto u omisión sancionado se halle claramente definido en el ordenamiento jurídico” y advirtiendo que “una conducta es típica cuando se aprecia identidad entre sus componentes fácticos y los descritos en la norma jurídica”, que describen y fundamentan el contenido material del injusto”. Por ello sostiene que para la validez del tipo el núcleo esencial del injusto debe quedar claramente identificado el incumplimiento de un deber legal o reglamentario "inherente al cargo o a la función cuando se produzca de forma grave o manifiesta". Para la defensa del Guardia Civil, la grabación adolece de la falta de tipicidad denunciada y no supuso vulneración de los derechos fundamentales del ciudadano.

Aunque hemos de repetir que no se detalla en la sentencia el contenido de la “conversación” o “incidente”, lo alegado por la defensa del Guardia Civil –no contradicho por las partes- pone de manifiesto que el agente se vio “amenazado en su trabajo”, por lo que estimó proporcional “tanto para su defensa como para una hipotética acusación, realizar

STS de 15 de octubre de 2013: la grabación inconsentida por un Guardia Civil de la conversación mantenida con un usuario en el curso de una discusión sobre la procedencia de una multa de tráfico no vulnera el derecho a la intimidad; una grabación de lo que está pasando y de la conversación que está manteniendo”; grabación que sólo se habría utilizado para “defenderse de una queja evidentemente falsa”. Aunque no se refiere a supuestos idénticos, la defensa invoca determinada jurisprudencia constitucional en relación con el secreto de las comunicaciones (STC 14/1984, de 29 de noviembre; ratificada posteriormente en STC 56/2003, de 24 de marzo), señalando que la grabación de una conversación en la que se está participando no conculca el secreto del artículo 18.3 de la Constitución, «pues no es lo mismo grabar una conversación "de otros", que grabar una conversación "con otro"».

Lo que sí es claro, a mi juicio, es que no se grabó ninguna conversación “íntima” en el sentido del artículo 7.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, porque difícilmente pudo haber aspectos íntimos o personales en la conversación de marras. En contra de lo que sienta en la sentencia recurrida y en el voto particular de la sentencia comentada, considero que en ésta el Tribunal Supremo adopta un concepto correcto, excluyendo que dicha conversación pertenezca a la esfera íntima de una persona. Tampoco sería razonable sostener que dicha grabación fue difundida o propagada, como alega la defensa, porque simplemente se reprodujo ante el superior jerárquico con el ánimo de defensa apuntado.

3. La cuestión de fondo.

Aun compartiendo con la sentencia recurrida la legitimidad de la aplicación de la norma disciplinaria “en blanco”, siempre que pueda ser relacionada con otras normas jurídicas, el Tribunal Supremo deja claro que en el supuesto enjuiciado dicha norma no puede ser la que prohíbe la intromisión ilegítima en la “esfera de intimidad” que el miembro de la Guardia Civil, en su actuación profesional, debe proteger”. Por el contrario, entiende que “es errónea la elección de la norma de reenvío”, porque la Ley Orgánica 1/1982, que se invoca para completar el tipo disciplinario y cumplir la exigencia legal como toda "norma en blanco", tiene por finalidad la protección civil de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Además considera el TS que “para que una conducta pueda ser apreciada y tener la consideración de intromisión ilegítima en la vida personal y familiar debe de acudir a la vía civil o penal, en su caso”. Y aunque no fuera así, es decir, aunque se aceptara que la autoridad sancionadora es competente para apreciar la existencia de un intromisión ilegítima según se define legalmente, en el presente caso, no se cumple la consideración de intromisión ilegítima a que se refiere el número dos,



del artículo séptimo, de dicha LO 1/1982. Lleva razón el TS al estimar erróneo afirmar que se ha producido una intromisión ilegítima en la esfera de la intimidad de otra persona por el conocimiento de su vida íntima como exige el citado art. 7.2 de la Ley Orgánica: Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta ley: (es decir, "en el ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí mismas o su familia"). Sólo una visión expansiva contraria a la propia denominación del derecho conduciría a apreciar una violación de la intimidad personal en este caso.

En suma, considero que la sentencia comentada es correcta, al mismo tiempo que revela que el legislador podría y debería ser más preciso en este ámbito. La utilización de un medio "no reglamentario" como es la grabación mediante el teléfono móvil de un Guardia Civil para precaverse de una falsa acusación, pone de manifiesto que algo no funciona; que existen supuestos patológicos en los que las actas, atestados, declaraciones de otros agentes, etc., han sido tomadas a beneficio de inventario, mostrándose como instrumentos insuficientes para evitar expedientes disciplinarios promovidos en situaciones equívocas y en ocasiones con fines torticeros. Quizá no sería desatinada la regulación de la utilización de estos medios previa advertencia por el agente que los utilice de que la conversación va a ser grabada (hoy quedan grabadas "por motivos de seguridad", conversaciones de todo tipo con aseguradoras, suministradoras...); advertencia que en este caso no se hizo, por lo que también compartimos el reproche que formula el TS (con la advertencia quizá no habría tenido lugar la propia discusión y menos aún en tono amenazante, si es que éste se empleó).

TEXTO ÍNTEGRO DE LA SENTENCIA Y VOTO PARTICULAR

Roj: STS 5159/2013

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Militar

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 92/2013

Nº de Resolución:

Fecha de Resolución: 15/10/2013

Procedimiento: CASACIÓN CONTENCIOSO-DISCIPLINARIO MILITAR

Ponente: FRANCISCO MENCHEN HERREROS

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Octubre de dos mil trece.



Visto el Recurso de Casación núm. 201/ 92/2013 que ante esta Sala pende, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Doña Leocadia García Cornejo, en la representación que ostenta del Guardia Civil Don David , asistida del Letrado Don Luis Antonio Zaragoza Campoamor, frente a la Sentencia de fecha 12 de marzo de 2013 dictada por el Tribunal Militar Central que, desestimando el Recurso Contencioso-Disciplinario Militar Ordinario núm. 161/12, declaró conformes a Derecho las Resoluciones del General Jefe de la Agrupación de Tráfico y del Director General de la Guardia Civil dictadas el 13 de mayo de 2012 y el 25 de julio de 2012 respectivamente. Ha sido parte recurrida el Abogado del Estado y han concurrido a dictar Sentencias los Excmos. Sres. Presidente y Magistrados antes mencionados bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. Francisco Menchen Herreros quien, previas deliberación y votación, expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Resolución de 13 de mayo de 2012, el General Jefe de la Agrupación de Tráfico impuso al Guardia Civil Don David la sanción de pérdida de diez días de haberes con suspensión de funciones por dicho periodo de tiempo como autor de una falta grave de "la infracción de cualquier otro deber u obligación legal o reglamentariamente establecida que resulte inherente a la función, cuando se produzca de forma grave y manifiesta", prevista en el nº 37 del art. 8º de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.

SEGUNDO.- Contra dicha Resolución el Guardia Civil sancionado interpuso recurso de alzada, que fue desestimado por Resolución del Director General de la Guardia Civil, de fecha 25 de julio de 2012.

TERCERO.- Agotada la vía administrativa, Don David interpuso Recurso Contencioso-Disciplinario Militar Ordinario contra las mencionadas resoluciones, que se tramitó con el núm. 161/12, cuya nulidad solicitó en la demanda correspondiente.

CUARTO.- El 12 de marzo de 2013, el Tribunal Militar Central, poniendo término al mencionado Recurso Contencioso- Disciplinario Militar Ordinario, dictó Sentencia, cuya declaración de Hechos Probados es como sigue:

"PRIMERO.- El Guardia Civil hoy expedientado DON David , con destino en el Destacamento de Tráfico de Langreo (Asturias), tenía nombrado servicio de vigilancia de carreteras de 05:42 a 13:12 horas del día 30 de junio de 2011, según papeleta de servicio número 2011-6-4832-154, prestando dicho servicio en calidad de Jefe de Pareja, en compañía del Guardia Civil DON Modesto .

Estando circulando sobre las 09:05 horas de la mencionada fecha por la carretera AS-323, observaron la comisión de una infracción de tráfico cuando el conductor de un turismo se encontraba en el arcén de la vía sin hacer uso del chaleco reflectante, lo que motivó que el expedientado le extendiese un boletín de denuncia.

La intervención de la Pareja de Servicio con dicho conductor originó un incidente por causa de su disconformidad con la denuncia, por lo que el Guardia Civil David optó por llevar a cabo una grabación de la conversación con su teléfono móvil, como mecanismo de defensa ante sus superiores, por tratarse de un usuario que ya había sido denunciado anteriormente tanto por el expedientado como por otros componentes del Destacamento. De tal grabación no informó al ciudadano en cuestión.

Sobre las 10'30 horas, la pareja de servicio hizo acto de presencia en la oficina del Destacamento de Tráfico informando el Expedientado al Sargento Jefe del Destacamento del incidente, y mostrándole la grabación a este suboficial en presencia del auxiliar de pareja.

SEGUNDO.- Sobre las 13:00 horas de la mencionada fecha, el sancionado por la pareja de servicio hizo acto de presencia en el Destacamento, haciendo ver ante el Sargento su intención de presentar una queja por la actuación llevada a cabo por el Guardia Civil

expedientado. El Jefe del Destacamento le hizo saber que la actuación del agente objeto de la queja había sido revisada personalmente y que a su juicio, fue correcta. No conforme con lo expuesto, el usuario de la vía, hizo anotación en el formulario nº 8 del libro de quejas y sugerencias del Puesto de la Guardia Civil de Langreo, a la que se dio el correspondiente curso. Como consecuencia de esta anotación fue instruida la correspondiente información verbal que finalizó sin declaración de responsabilidad al expedientado.

El día primero de julio de 2011, ese mismo usuario compareció nuevamente en las Dependencias de la Guardia Civil de Langreo (Asturias) donde efectuó anotación en el formulario nº 9 del libro de quejas y sugerencias, por entender vulnerados sus derechos constitucionales a la intimidad, al honor y a la dignidad de su persona, al ser informado de la existencia de una grabación de su conversación y la difusión de la misma, como consecuencia de la conversación mantenida el día anterior con el Sargento de Tráfico de Langreo. a causa de esta anotación, fue instruida la correspondiente información verbal que finalizó con la posible existencia de responsabilidad disciplinaria para el Guardia Civil autor de tal grabación DON David ."

QUINTO.- La parte dispositiva de la expresada Sentencia es del siguiente tenor literal:

"Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso Contencioso-Disciplinario Militar Ordinario interpuesto por el Guardia Civil D. David contra la resolución del General Jefe de la Agrupación de Tráfico de fecha 13 de mayo de 2012 por la que se le impuso, como autor de una falta de "la infracción de cualquier otro deber u obligación legal, reglamentariamente establecida que resulte inherente a la función, cuando se produzca de forma grave y manifiesta", prevista en el nº 37 del artículo 8º de la Ley de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, la sanción de PÉRDIDA DE DIEZ DÍAS DE HABERES con suspensión de funciones por dicho periodo de tiempo y contra la resolución del Director General de la Guardia Civil de fecha 25 de julio de 2012 confirmatoria de la anterior en vía dealzada. Resoluciones que confirmamos por ser conformes a Derecho."

SEXTO.- Notificada que fue la Sentencia a las partes, La Procuradora Doña Leocadia García Cornejo, mediante escrito presentado en fecha 8 de abril de 2013, manifestó su intención de interponer Recurso de Casación, que se tuvo por preparado según Auto de fecha 13 de mayo de 2013 del Tribunal sentenciador.

SÉPTIMO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala, la Procuradora Doña Leocadia García Cornejo, en la representación causídica de dicho Guardia Civil formalizó con fecha 12 de julio de 2013 el Recurso anunciado, que fundamentó en el siguiente motivo:

Único.- Por infracción del principio de legalidad, consagrado en el art. 25.1º de la Constitución por vulneración del principio de tipicidad (falta de tipicidad absoluta) y de la jurisprudencia, al amparo de lo previsto en el artículo 88.1.d) de la LJCA.

OCTAVO.- Dado traslado del Recurso al Abogado del Estado, mediante escrito presentado en fecha 31 de julio de 2013, solicitó la desestimación del Recurso por ser plenamente ajustada a Derecho la resolución jurisdiccional recurrida.

NOVENO.- Mediante proveído de fecha 13 de septiembre de 2013 se señaló el día 1 de octubre siguiente para la deliberación, votación y fallo del Recurso; acto que se llevó a cabo en los términos que se recogen en la parte dispositiva de esta Sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como único motivo de casación plantea el recurrente: "Infracción del principio de legalidad, consagrado en el artículo 25.1º de la Constitución por vulneración del principio de tipicidad (falta de tipicidad absoluta) y de la jurisprudencia, al amparo de lo previsto en el artículo 88.1.D) de la LJCA."

En su escrito de recurso, el letrado del sancionado, no obstante dar por reproducidos todos los argumentos de la demanda presentada ante el Tribunal Militar Central; después de



recordar que conforme a los Hechos Probados la sanción se ha producido por "efectuar una grabación con el teléfono móvil particular de su conversación con un usuario de la vía en el transcurso de un servicio, sin comunicárselo previamente" y, después de recordar también, que la única difusión que el sancionado dio a la grabación fue la presentación ante su superior jerárquico, dentro de las explicaciones propias que el subordinado debe dar al mando sobre los hechos ocurridos, reduce su argumentación a la "valoración jurídica que debe hacerse de la grabación realizada, por entender que resulta claro que tal grabación no supone ninguna irregularidad, ni menos aún, la vulneración de los derechos fundamentales del ciudadano. Y de ser esto así, la sanción adolece de la falta de tipicidad denunciada."

Vuelve el recurrente a reproducir en este trance procesal la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la intimidad y la legítima obtención de pruebas, referenciando numerosas Sentencias del mismo; así como que refiere también que el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los Derechos fundamentales pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, teniendo en cuenta que la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de Derechos fundamentales viene determinada por la estricta observación del principio de proporcionalidad, señalando que, a estos efectos, es necesario constatar, siguiendo la propia doctrina del Tribunal Constitucional "(SSTC 66/1995, de 8/mayo, F.5; 55/196, de 28/marzo, F. 6,7, 8 y9; 207/1996, de 16/diciembre,F. 4 e); 37/1998, de 17/febrero, F.8) si dicha medida <<cumple los tres requisitos o condiciones siguientes; si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad) y, si, además, es necesaria, en el sentido de que no existe otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)>> (STC 186/2000, de 10/julio, F. 6, citada por laSTC 05/12/03)".

Así concluye el recurrente que: "cuando una persona se ve amenazada en su trabajo, resulta proporcional tanto para su defensa como para una hipotética acusación, realizar una grabación de lo que está pasando y de la conversación que está manteniendo. Cómo resulta que tal grabación no se utilizó para otra cosa más que para defenderse de una queja evidentemente falsa, no existe ni tratamiento de datos ni mucho menos difusión de tales datos."

Más adelante, el recurrente reproduce dos Sentencias de esa Sala, una de 16 de julio de 2008 en la que se recoge que: <<por lo que se refiere a la grabación magnetofónica efectuada por el Alférez de una parte de sus encuentros con el acusado, corresponde efectuar dos precisiones. La primera es que, como ya recogíamos en Sentencia de 10 de marzo de 2003, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 de noviembre (ratificada posteriormente en Sentencia 56/2003, de 24 de marzo), al referirse a la posible violación del secreto de las comunicaciones, señala que el acto de la grabación de una conversación en la que se participa no conculca secreto alguno impuesto por el artículo 18.3 de la Constitución, pues no es lo mismo grabar una conversación "de otros", que grabar una conversación "con otro" y que "tan sólo, acaso, podría concebirse como conducta preparatoria para la ulterior difusión de lo grabado", difusión que podría vulnerar el derecho a la intimidad personal, reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución, cuando el contenido de la conversación afectara a la esfera íntima de la persona constitucionalmente protegida.

En segundo lugar, hemos de precisar que en el caso presente la grabación no se produjo sobre una conversación en la que se contuvieran aspectos íntimos o personales de los intervinientes, sino que la grabación se realizó respecto de conversaciones relacionadas con el cumplimiento del servicio, en las que no se nos muestran datos que deban ser preservados por afectar a la esfera de la intimidad. Todo lo cual supone que el mencionado instrumento probatorio, hubiera podido desplegar su eficacia para acreditar los hechos,



validada la autenticidad de su contenido por el juzgador.>>La segunda Sentencia que se cita es de 12 de marzo de 2004 en la que se afirma que:<<La expresada doctrina del Juez de la Constitución, ratificada por otra parte, entre otras, en la STC 192/2002, de 28 de Octubre, viene a establecer que, cuando en las conversaciones grabadas no existe nada que pueda entenderse como concerniente a la "vida íntima", como bien jurídico protegido, de conformidad con el art. 7.1 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, que contempla las "intromisiones ilegítimas... en la vida íntima de las personas", o que afecte a la "intimidad personal" (bien jurídico protegido en el art. 18.1 CE), no puede hablarse de grabación ilegítima, habida cuenta, por otro lado, de que se ha practicado por la Policía Judicial en el seno del atestado que se estaba instruyendo con conocimiento del Juez de Instrucción y con la finalidad específica de investigación de acciones presuntamente antijurídicas.>>

De tales referencias deduce el recurrente que:<<grabar una conversación propia no es ilegítimo, cuando no existe en esa conversación un contenido que afecte a la esfera íntima. Y en el presente caso, cuando la grabación se realiza "como mecanismo de defensa", y no se le da ninguna difusión, porque su presentación ante el superior jerárquico como motivo de una queja no puede ser considerada "difusión", tal grabación no vulnera ningún derecho y resulta un medio adecuado y proporcionado a las circunstancias. Debemos recordar que el Jefe de Destacamento, como funcionario público, está obligado a guardar la confidencialidad respecto a tal asunto. DIFUNDIR es propagar o divulgar conocimientos, noticias, actitudes, costumbres..., pero presentar una grabación como prueba de la correcta actuación profesional no puede entenderse como una forma de propagar nada.>>

Por último, finaliza el recurrente señalando que:<<la tipicidad requiere que el acto u omisión sancionado se halle claramente definido en el ordenamiento jurídico. Una conducta atípica cuando se aprecia identidad entre sus componentes fácticos y los descritos en la norma jurídica, es decir, cuando existe homogeneidad entre el hecho real cometido y los elementos normativos que describen y fundamentan el contenido material del injusto.

Para la validez del tipo el núcleo esencial del injusto debe quedar claramente identificado en el incumplimiento de un deber legal o reglamentario "inherente al cargo o a la función cuando se produzca de forma grave o manifiesta".

En el presente caso no existe incumplimiento de deber alguno inherente al cargo del sancionado.>>

SEGUNDO.- En contestación a los argumentos anteriores formulados en el único motivo de casación, presenta el Abogado del Estado su escrito de oposición al mismo, solicitando su desestimación por entender plenamente ajustada a Derecho la resolución jurisdiccional recurrida. Señala el ilustre representante del Estado que, en el presente supuesto, "el encartado vulneró manifiestamente las normas relativas a la protección de datos, produciéndose el supuesto de hecho de la norma en blanco aplicada y resultando totalmente conforme a derecho la imposición de la correspondiente sanción disciplinaria". La norma vulnerada según manifiesta es la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en sus artículos 3,4 y 6, que prohíben la recogida de datos personales por medios fraudulentos, desleales o ilícitos y que exigen el consentimiento del afectado para el tratamiento de sus datos.

Esta Ley no es citada por la Sentencia que se recurre, salvo en el Antecedente de hecho Quinto, en el que al referirse al trámite de contestación a la demanda por el Abogado del Estado, éste "entendió que el artículo 15 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre reguladora de los Derechos y Deberes de los miembros de la Guardia Civil establece la obligación de actuar con acatamiento de la Constitución y del ordenamiento jurídico. La conducta objeto de sanción puede ser considerada como una falta de respeto al ordenamiento jurídico en general, al producirse una actividad contraria a lo preceptuado en la Ley 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de carácter personal en su artículo 6º que exige el inequívoco consentimiento del afectado para el tratamiento de sus

datos. Así como el artículo 4.7 de dicha Ley prohíbe la recogida de datos por medios fraudulentos, desleales e ilícitos."

TERCERO.- Al analizar el contenido fundamental del único motivo del recurso, hemos de comenzar diciendo que, es lo cierto que el recurrente no discute los hechos objeto del expediente disciplinario sino que, como bien afirma la Sentencia recurrida, su alegación fundamental y única en este recurso es la ausencia de tipicidad de la acción que protagoniza al efectuar una grabación, con su teléfono móvil particular, de una conversación con un usuario conductor de un vehículo en el transcurso de un servicio, sin comunicárselo previamente.

El Tribunal al desestimar la demanda, del ahora recurrente, confirma las resoluciones sancionadoras considerando que el mismo es «autor de una falta grave que consiste en "la infracción de cualquier otro deber u obligación legal, reglamentariamente establecida que resulte inherente a la función, cuando se produzca de forma grave y manifiesta", prevista en el nº 37 del artículo 8º de la Ley de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil».

Entiende que: «se está en presencia, en cuanto a la norma disciplinaria cuyo tipo disciplinario se imputa, en autoría, al expedientado, efectivamente de una norma disciplinaria "en blanco", pero puesta en relación con otras normas jurídicas y no, como pretende el demandante y la Sala ha anticipado, en relación con ninguna resolución judicial. La infracción de "ese deber u obligación legal" habrá que deducirla de la normativa que establezca ese deber u obligación legal de comportamiento que, con su proceder haya infringido o vulnerado el expedientado. Y así, la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2006 entiende que "la caracterización del tipo disciplinario "en blanco" se manifiesta todavía más claramente en los supuestos dudosos de concurrencia de verdaderas obligaciones profesionales en que la calificación del tipo disciplinario exigirá remitirse a la norma que establece la obligación que se considere incumplida".

Pues bien, la primera norma jurídica que, con carácter genérico debe presidir la actuación profesional de un miembro de la Guardia Civil es la contenida en el artículo 15 de la Ley Orgánica 11/2007 de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, que preceptúa que "los miembros de la Guardia Civil tienen el deber de respetar la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, así como de proteger el libre ejercicio de los deberes y libertades y garantizar la seguridad ciudadana". La obligatoriedad de la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos excluye, naturalmente, cualquier conducta que suponga una vulneración de los mismos. Y en el supuesto del derecho a la intimidad, será conducta contraria a ese deber cualquier intromisión ilegítima en la esfera de esa intimidad que el miembro de la Guardia Civil, en su actuación profesional, debe proteger.»

La Sala comparte el razonamiento que acabamos de transcribir del Tribunal de instancia pero estimamos que es errónea la tipificación que realiza dicho Tribunal cuando a la hora de señalar la obligación vulnerada por el sancionado se remite al derecho a la intimidad personal del denunciado cuya conversación grabó en el trance de entregarle la papeleta de denuncia, por vulneración del art. 7.2 de la Ley Orgánica de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Entendemos que es errónea la elección de la norma de reenvío, en primer lugar, porque la Ley Orgánica 1/1982, que se invoca para completar el tipo disciplinario y cumplir la exigencia legal como toda "norma en blanco", según indica su título, tiene por finalidad la protección civil de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen frente a todo género de injerencia o intromisión ilegítimas. Advierte su Exposición de Motivos que esta protección no es única, que existe también protección penal de estos derechos que tiene preferente aplicación, por ser sin duda la de más fuerte efectividad, si bien, la responsabilidad civil derivada del delito se deberá fijar de acuerdo con los criterios que esta Ley establece.

Razona la Sentencia recurrida al responder motivadamente a una alegación del demandante que: «El hecho de no acudir a la vía judicial para solicitar la correspondiente "tutela" ante una intromisión ilegítima y, caso de ser procedente, solicitar el correspondiente resarcimiento, no supone que el sujeto pasivo no pueda considerarse víctima de esa intromisión ilegítima, por lo demás, definida en la Ley. La resolución judicial otorgará la tutela junto a esa intromisión y, en su caso el resarcimiento por el daño moral originado, pero la consideración de una conducta como "intromisión ilegítima" viene configurada en la norma legal. En definitiva, que la intromisión ilegítima puede existir con independencia del ejercicio ante la jurisdicción de las correspondientes acciones de tutela y resarcimiento.»

La Sala no comparte -repetimos- la anterior afirmación, que sirve de base a la tipificación de la conducta, por entender que, para que una conducta pueda ser apreciada y tener la consideración de intromisión ilegítima en la vida personal y familiar debe de acudirse a la vía civil o penal, en su caso, por así disponerlo el artículo primero de la citada Ley Orgánica 1/1982 que señala: "Uno. El derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el artículo dieciocho de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley Orgánica.

Dos. Cuando la intromisión sea constitutiva de delito, se estará a lo dispuesto en el Código Penal. No obstante, serán aplicables los criterios de esta Ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada de delito."

Y en segundo lugar, dice la Sentencia recurrida que teniendo la obligación legal, por aplicación expresa del art. 15 de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, de respetar la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, dicha "obligatoriedad de la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos excluye, naturalmente, cualquier conducta que suponga una vulneración de los mismos. Y en el supuesto del derecho a la intimidad, será conducta contraria a ese deber cualquier intromisión ilegítima en la esfera de esa intimidad que el miembro de la Guardia Civil, en su actuación profesional, de proteger." Pues bien, en este supuesto, es erróneo afirmar que se ha producido una intromisión ilegítima en la esfera de la intimidad de otra persona por el conocimiento de su vida íntima como exige el citado art. 7.2 de la Ley Orgánica 1/1982.

Finalmente y, en tercer lugar, la Sala considera errónea la tipificación efectuada por la Sentencia de instancia, por entender que aunque pudiera corresponder a la autoridad sancionadora la competencia para apreciar la existencia de una intromisión ilegítima según se define legalmente, en el presente caso, no se cumple la consideración de intromisión ilegítima a que se refiere el número dos, del artículo séptimo, recogido de forma incompleta en el Fundamento de Derecho Segundo, de la resolución jurisdiccional recurrida.

El artículo séptimo dice: "Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta ley: (es decir, "en el ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí mismas o su familia).

Uno. [...]

Dos. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios así como su grabación, registro o reproducción."

Esta Sala entiende que en el caso presente, la grabación no se produjo para el conocimiento de la vida íntima del ciudadano que estaba siendo denunciado, ni se realizó para conocer manifestaciones no destinadas a quien hace uso de tal medio; sino que la grabación se efectuó durante una relación del servicio, sin referirse a datos que afecten a la esfera de la intimidad del grabado, con la finalidad, como recogen los Hechos Probados: "como

mecanismo de defensa ante sus superiores, por tratarse de un usuario que ya había sido denunciado anteriormente tanto por el expedientado como por otros componentes del Destacamento. De tal grabación no informó al ciudadano en cuestión."

En definitiva, la Sala tiene que estimar el motivo de casación formulado y declarar que la Sentencia recurrida ha infringido el principio de legalidad en su vertiente de tipicidad por apreciar, erróneamente, la intromisión ilegítima en la esfera de la intimidad de un ciudadano por parte del recurrente.

Por consiguiente el recurso debe ser estimado y por ello la Sentencia recurrida debe ser casada y anulada.

CUARTO.- No obstante lo anterior, debemos afirmar también que, la conducta del Guardia Civil David , que conforme se recoge en los Hechos Probados, graba con su teléfono móvil, sin conocimiento ni consentimiento del ciudadano al que estaba denunciando por la comisión de una infracción de tráfico, es merecedora de reproche.

Un Guardia Civil en el ejercicio de sus funciones no puede, sin conocimiento de un ciudadano, proceder a grabar con su teléfono la conversación que mantiene con éste, ni aunque tenga por objeto dejar constancia de unas amenazas verbales que pudiera recibir. Como afirma, acertadamente, la Sentencia recurrida: <<Si el agente, en el ejercicio de sus funciones, se halla investido de "Autoridad" frente al particular, expresión de esa autoridad es el levantamiento de la correspondiente acta, denuncia o atestado en el que conste el comportamiento presuntamente delictivo de ese particular y no la utilización, como si se tratase de un incidente "entre iguales" de medios de registro y de grabación con independencia del valor probatorio que luego pueda otorgarse a estos. Pero la autoridad ha de ser ejercida por el agente con actos demostrativos de su investidura como tal agente.>>

El comportamiento del Guardia Civil David no es el que se debe esperar de un agente de la autoridad. Los miembros de la Guardia Civil como componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, con la singularidad de su naturaleza militar tienen una exigencia de comportamiento personal que deben extremar en sus relaciones con los ciudadanos respetando y protegiendo el libre ejercicio de sus derechos y libertades. La grabación oculta de su conversación con una persona a la está denunciando por la comisión de una infracción de tráfico supone, al menos, un comportamiento incorrecto en el ejercicio de sus funciones en relación con las normas sobre obtención y tratamiento de imágenes y sonidos en espacios públicos sin que, en este momento procesal, sea posible sanar el defecto en la tipificación para subsumir su conducta en una falta distinta a la que ha venido siendo objeto de imputación porque ello atentaría al fundamental derecho de defensa.

QUINTO.- Las costas deben declararse de oficio, al administrarse gratuitamente la Justicia Militar, conforme al artículo 10 de la L.O. 4/1.987 de 15 de julio.

En consecuencia,

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el Recurso de Casación núm. 201/ 92/2013 , interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Doña Leocadia García Cornejo, en la representación que ostenta del Guardia Civil Don David , asistida del Letrado Don Luis Antonio Zaragoza Campoamor, frente a la Sentencia de fecha 12 de marzo de 2013 dictada por el Tribunal Militar Central en el Recurso Contencioso-Disciplinario Militar Ordinario núm. 161/12, que declaró conformes a Derecho las Resoluciones del General Jefe de la Agrupación de Tráfico y del Director General de la Guardia Civil dictadas el 13 de mayo de 2012 y el 25 de julio de 2012 respectivamente, por las que se le fue impuesta la sanción de pérdida de diez días de haberes con suspensión de funciones por dicho periodo de tiempo como autor de una falta grave de "la infracción de cualquier otro deber u obligación legal o reglamentariamente establecida que resulte inherente a la función, cuando se produzca de forma grave y manifiesta", prevista en el nº 37 del art. 8º de la Ley Orgánica 12/2007, de 22



de octubre, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil; Sentencia que casamos y anulamos, declarando nulas y sin efecto las resoluciones administrativas antes citadas y las sanciones impuestas en razón de las mismas, con los efectos económicos que de tal nulidad se derive y debiendo desaparecer de la documentación personal del interesado las anotaciones que de ellas se hubieran efectuado. Sin costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Voto particular

FECHA:16/10/2013

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO DON Benito Galvez Acosta A LA SENTENCIA DE FECHA 15 DE OCTUBRE DE 2013, DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚMERO 201-92/13

Desde el profundo respeto a la decisión mayoritaria de la Sala, formulo el presente Voto Particular, con el carácter de discrepante, porque en mi opinión se debió, por las razones que a continuación se hacen constar, reiterando los argumentos que expresé en el acto de la deliberación del recurso, desestimar el recurso de casación interpuesto por el guardia civil Don David , contra lasentencia dictada por el Tribunal Militar Central, de fecha 12 de marzo de 2013, en el recurso contencioso-disciplinario militar ordinario núm. 162/12.

I

Como antecedentes del presente voto particular, he de anotar:

PRIMERO .- Con fecha12 de marzo de 2013, el Tribunal Militar Central, dictó sentencia desestimandoel recurso contencioso disciplinario militar ordinario, interpuesto por el guardia civil Don David , contra la resolución del General Jefe de la Agrupación de Tráfico de fecha 13 de mayo de 2012, por la que se le impuso, como autor de una falta de "la infracción de cualquier otro deber u obligación legal, reglamentariamente establecida que resulte inherente a la función, cuando se produzca de forma grave y manifiesta", prevista en elnº 37 del art. 8 de la Ley de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, la sanción de pérdida de diez días de haberes, con suspensión de funciones por dicho periodo de tiempo; y contra la resolución del Director General de la Guardia Civil, de fecha 25 de julio de 2012, confirmatoria de la anterior en vía de alzada. Resoluciones que, por tanto fueron confirmadas.

Citada sentencia, como hechos probados, consigna los siguientes:

«El guardia civil, hoy expedientado David , con destino en el Destacamento de Tráfico de Langreo (Asturias), tenía nombrado servicio de vigilancia de carreteras de 05:42 a 13:42 horas el día 30 de junio de 2011, según papeleta de servicio número NUM000 ; Prestando dicho servicio en calidad de Jefe de Pareja, en compañía del Guardia Civil Don Modesto .

Estando circulando sobre las 09:05 horas de la mencionada fecha por la carretera AS-323, observaron la comisión de una infracción de tráfico, cuando el conductor de un turismo se encontraba en el arcén de la vía sin hacer uso del chaleco reflectante; lo que motivó que el expedientado le extendiese un boletín de denuncia.

La intervención de la pareja de servicio con dicho conductor, originó un incidente pro causa de su disconformidad con la denuncia, por lo que el Guardia Civil David optó por llevar a cabo una grabación de la conversación con su teléfono móvil, como mecanismo de defensa ante sus superiores, por tratarse de un usuario que ya había sido denunciado anteriormente, tanto por el expedientado como por otros componentes del Destacamento. De tal grabación no informó al ciudadano en cuestión.



Sobre las 10'30 hora, la pareja de servicio hizo acto de presencia en la oficina del Destacamento de Tráfico, informando el expedientado al sargento Jefe del Destacamento del incidente, y mostrándole la grabación a este Suboficial en presencia del auxiliar de pareja.

Segundo.- Sobre las 13:00 horas de la mencionada fecha, el sancionado por la pareja de servicio hizo acto de presencia en el Destacamento, haciendo ver ante su sargento su intención de presentar una queja por la actuación llevada a cabo por el Guardia Civil expedientado. El Jefe del Destacamento, le hizo saber que la actuación del agente objeto de la queja había sido revisada personalmente y que a su juicio, fue correcta, No conforme con lo expuesto, el usuario de la vía, hizo anotación en el formulario nº 8 del libro de quejas y sugerencias del Puesto de la Guardia Civil de Langreo, a la que se dio el correspondiente curso. Como consecuencia de esta anotación fue instruida la correspondiente información verbal, que finalizó sin declaración de responsabilidad para el expedientado.

El día primero de julio de 2011, ese mismo usuario compareció nuevamente en las dependencias de la Guardia Civil del Langreo (Asturias), donde efectuó anotación en el formulario nº 9 del libro de quejas y sugerencias, pro entender vulnerados sus derechos constitucionales a la intimidad, al honor y a la dignidad de su persona, al ser informado de la existencia de una grabación de su conversación, y a la difusión de la misma, como consecuencia de la conversación mantenida el día anterior con el sargento de Tráfico de Langreo. A causa de esta anotación, fue instruida la correspondiente información verbal que finalizó con la posible existencia de responsabilidad disciplinaria para el guardia civil autor de tal grabación Don David ».

SEGUNDO .- Contra citada sentencia, por la representación procesal del sancionado, se interpuso recurso de casación ante esta Sala, al amparo de lo previsto en el artículo 88.1.d) de la LJAC, por infracción del principio de legalidad consagrado en el art. 25.1 de la CE, con vulneración del principio de tipicidad.

En su desarrollo el recurrente, por las razones que aduce, pretende que el hecho imputado, (aquel que la resultancia fáctica de la sentencia recurrida refleja), carece de la tipicidad legal configuradora de la falta por la que se le impuso la sanción. En consecuencia solicita se revoque la sentencia recurrida, y se dicte otra por la que se anulen las resoluciones impugnadas.

TERCERO .- La sentencia de mayoría, en su fundamento primero refiere ser motivo único de casación la quiebra del principio de tipicidad, trayendo a colación consideraciones que el recurrente efectúa en su escrito de recurso. En el fundamento segundo, alude a los argumentos, contrarios al recurso, aducidos por el Ilmo. Sr. Abogado del Estado.

Finalmente, en el tercero de sus fundamentos, manifiesta su acuerdo con el siguiente razonamiento de la sentencia de instancia; razonamiento que transcribe y resulta ser el siguiente:

"Pues bien la primera norma jurídica que, con carácter genérico, debe presidir la actuación profesional de un miembro de la Guardia Civil, es la contenida en el artículo 15 de la Ley Orgánica 11/2007 de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, que preceptúa que 'los miembros de la Guardia Civil tienen el deber de respetar la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico; así como de proteger el libre ejercicio de los deberes y libertades, y garantizar la seguridad ciudadana'. La obligatoriedad de la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos excluye, naturalmente, cualquier conducta que suponga una vulneración de los mismos; y en el supuesto del derecho a la intimidad, será conducta contraria a ese deber cualquier intromisión ilegítima en la esfera de esa intimidad que el miembro de la Guardia Civil, en su actuación profesional, debe proteger".

A continuación, y ello establecido, en desarrollo de la conclusión estimatoria del recurso, considera errónea la tipificación efectuada, por considerar no se cumple la exigencia legal de toda norma en blanco.

II

PRIMERO .- A los efectos resolutorios que este voto particular propugna, debe traerse nuevamente a colación argumentos que la referida sentencia de instancia contiene y, como se ha hecho constar la sentencia de la Sala recoge. En tal pauta, y ante la alegada carencia de tipicidad por considerar el recurrente que su conducta no se inscribe en "la infracción de deber u obligación legal", que el nº 37 del art. 8 de la LO 12/07, el Tribunal de instancia afirma: «pues bien la primera norma jurídica que, con carácter genérico, debe presidir la actuación profesional de un miembro de la Guardia Civil, es la contenida en el artículo 15 de la Ley Orgánica 11/2007 de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, que preceptúa que 'los miembros de la Guardia Civil tienen el deber de respetar la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico; así como de proteger el libre ejercicio de los deberes y libertades, y garantizar la seguridad ciudadana'. La obligatoriedad de la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos excluye, naturalmente, cualquier conducta que suponga una vulneración de los mismos; y en el supuesto del derecho a la intimidad, será conducta contraria a ese deber cualquier intromisión ilegítima en la esfera de esa intimidad que el miembro de la Guardia Civil, en su actuación profesional, debe proteger [...] Consecuentemente, considera la Sala que el expedientado, guardia civil Don David, sí infringió ese deber u obligación legal establecida que resulta inherente a la función, cual es la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades; no incurriendo en conductas que supongan intromisiones ilegítimas en esos derechos reconocidos o en su ejercicio».

Evidencia pues la sentencia recurrida, confirmando la resolución sancionadora, que la conducta objeto de sanción no es otra que la infracción del deber genérico que ha de presidir la actuación de todo guardia civil; y no tanto el concreto hecho de la grabación, que se constituye en mero soporte material de la infracción del reiterado deber genérico. Deber que comporta, por demás, que en el ejercicio de su función la Guardia Civil ha de actuar, normalmente, con uso exclusivo y excluyente de los medios o instrumentos reglamentarios; sin utilizar cualquier otro ajeno a la correspondiente dotación. Ello, obviamente, salvo circunstancias excepcionales, a valorar en cada caso.

SEGUNDO .- Pese a tal evidencia la sentencia, de que discrepo, como denota la precedente referencia, con desenfoque de la cuestión, a mi juicio, radica ésta en la inexistencia de la violación del derecho a la intimidad. Obviando, así, que no es esta la esencia de la actuación determinante de la sanción, sino la infracción del deber genérico que incumbe a todo guardia civil.

Desde tal premisa, es obvio que el guardia civil sancionado, en absolutas circunstancias de normalidad, utilizó en el ejercicio de su legítima función controladora respecto de un ciudadano, un medio evidentemente no reglamentario; infringiendo con ello su deber como tal guardia civil. Y ello sin perjuicio de que, como bien razona la sentencia recurrida, con argumentos que damos por reproducidos, también vulnerara el derecho a la intimidad de aquel ciudadano.

Debió por tanto, considero, inexistente la infracción de tipicidad, ser desestimado el recurso y confirmada la sanción impuesta al reiterado guardia civil. Conclusión a la que no obsta cualquier consideración relativa a configuración de los denominados "tipos" en blanco. Sabido es, y así lo recogen reiteradas sentencias de esta Sala, por todas las de 27 de septiembre de 2013 y 24 de junio de 2010, que cuando la infracción afecta, cual es el caso, a deberes u obligaciones constitutivos, por su carácter cardinal o de base, del núcleo deontológico profesional que viene legalmente compelido a observar el expedientado, no será menester complementar el tipo en blanco, en que consiste la infracción grave de que se



trate, con el concreto precepto de aquellas disposiciones legales -el pretipo- que imponga la obligación profesional cuyo incumplimiento, grave, venga a imputársele; pues los destinatarios de dicha norma -miembros de la Guardia Civil o Fuerzas Armadas- conocen o han de conocer, cabalmente, el alcance de la prohibición.

