

En la Villa de Madrid, a veinte de Enero de dos mil diez.

En el recurso de casación núm. 201-77/2009, interpuesto por el guardia civil don Xxxx , representado por el procurador don Xxxx y asistido por el letrado don Antonio Suárez, contra la sentencia de 11/11/11 del Tribunal Militar Territorial Segundo por la que, desestimando el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario núm. 11/06, declaró conformes a derecho la resolución de 8 de junio de 2006 dictada por el Teniente Coronel Jefe de la Comandancia de Melilla y la resolución del siguiente 5 de septiembre dictada por el General de División, Subdirector General de Operaciones de la Dirección General de la Guardia Civil, confirmatoria de la anterior, habiendo sido parte recurrida el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, los Excmos. Sres. magistrados mencionados se han reunido para deliberación y votación bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. Jose Luis Calvo Cabello.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 19 de diciembre de 2008, el Tribunal Militar Territorial Segundo, poniendo término al recurso contencioso- disciplinario militar preferente y sumario núm. 11/06 interpuesto por el guardia civil don Xxxx , dictó sentencia, cuya declaración de hechos probados es la siguiente:

D. con destino entonces en la Sección Fiscal de Beni-Enzar-Farhana, se personó en el Juzgado de Instrucción número dos de Melilla donde hizo entrega de su arma reglamentaria, pistola marca Beretta 92 F.S. número NUM000 , y donde asimismo efectuó una comparecencia en donde manifestó "Que el declarante es Guardia Civil, que no se encuentra psicológicamente en buenas condiciones, que esta tarde tiene cita para el médico a fin de que lo reconozca y pueda informar si se encuentra o no en condiciones de seguir trabajando o por el contrario le dará de baja. Que el declarante no quiere ir al cuartel de la guardia civil a depositar el arma en las dependencias que existen al efecto. Que no quiere seguir portando el arma ya que no sabe lo que puede hacer dado que psicológicamente se encuentra muy alterado, apreciándose además que ha llorado en varias ocasiones al exponer tales hechos. Que solicita por medio de este Juzgado se haga entrega de su arma al Cuartel de la Guardia civil. Que el declarante tiene la munición en su domicilio y resulta inofensiva sin dicha arma, por lo que continuará en posesión de la munición".

2) Con posterioridad a lo anterior tuvo entrada en la Comandancia la baja médica del demandante extendida el día 18 de mayo por motivos psicológicos.

3) El mismo día 17 el alférez jefe de sección se persona en el Juzgado referido para la retirada del arma y depósito en la Intervención de Armas de la Comandancia.

4) El día 18 el oficial mencionado se persona en el domicilio del demandante para recoger las armas particulares que éste poseía y en concreto las siguientes: Pistola Star, 9mm, número NUM001 , con un cargador; escopeta Umbe, calibre 12, número NUM002 , de un cañón; y escopeta FM (ladrona), calibre 12, número NUM003 , con un cañón.>>

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia dice así :

"Que debemos desestimar y desestimamos la demanda interpuesta por el Guardia Civil Don Xxxx , el cual impugna en esta vía jurisdiccional la resolución dictada por el General de División, Subdirector General de Operaciones de la Dirección General de la Guardia Civil, de fecha 5 de septiembre de 2006, que agota la vía administrativa y confirma el recurso de alzada interpuesto contra la sanción impuesta por el Teniente Coronel Jefe de la Comandancia de Melilla, de 8 de junio de 2006, consistente en PERDIDA DE UN DIA DE HABERES, como autor de una falta disciplinaria de "INEXACTITUD EN EL CUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES REGLAMENTARIAS" (por hacer entrega del arma corta reglamentaria de la que es adjudicatario, en la sede de un Juzgado contraviniendo las normas de protocolo de actuación que existe reglado en la materia sobre adjudicación y custodia de armas oficiales a los miembros del Cuerpo), prevista y sancionada en el apartado 9 del artículo 7 de la Ley Orgánica 11/91, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil ."

TERCERO.- Mediante escrito presentado el 19 de febrero de 2009 ante el Tribunal Militar Territorial Segundo, el guardia civil mencionado anunció su propósito de interponer recurso de casación contra la sentencia "por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia".

CUARTO.- Por auto del siguiente 6 de abril , el Tribunal Militar Territorial Segundo acordó tener por preparado el recurso, remitir los autos a esta Sala y emplazar a las partes para que en el término de treinta días pudieran comparecer ante ella para hacer valer sus derechos.

QUINTO.- Mediante escrito presentado en el Registro General del Tribunal Supremo el 24 de junio de

2009 , el procurador don Xxxx, en nombre y representación de don Xxxx , presentó el anunciado recurso de casación, que contiene el siguiente único motivo:

"Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que son aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate al amparo del art. 88.1d )".

SEXTO.- Mediante escrito presentado el siguiente 30 de julio de 2009, el Abogado del Estado se opuso al recurso argumentando, después de sostener que la ley aplicable para resolver el recurso es la Ley Orgánica 11/91 , que el recurrente transgredió los "protocolos de actuación referentes a la forma de proceder con el armamento reglamentario en supuestos como el de autos" ; protocolos que establecen una forma de proceder que "abarca tanto un posible comportamiento pasivo del Guardia Civil, en quien se observe o el mismo observe síntomas de alteración psicológica, en el sentido de no deber oponerse a la retirada de sus armas por parte de sus jefes para proceder a su depósito en la forma detalladamente señalada en el protocolo de actuación, como desde el punto de vista activo consistente en quedar prohibida una conducta que imposibilite que el jefe de la Unidad pueda desarrollar las instrucciones especificadas en cuanto a tratamiento a seguir con las armas del miembro de la Guardia Civil que presente síntomas de alteración psicológica."

SEPTIMO.- Mediante escrito presentado el 25 de septiembre de 2009, el Ministerio Fiscal se opuso al recurso en los siguientes términos: en primer lugar señaló,

coincidiendo con el Abogado del Estado, que la ley aplicable es la Ley Orgánica 11/91 , y que la única infracción de legalidad aplicable en el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario es la absoluta; después argumentó que la alegación del recurrente de que la norma no obliga a la entrega de las armas sino a su retirada momento en que justifica su conducta en la "entrega" realizada del arma de servicio ante el Juzgado de la ordinaria y no ante sus mandos, conociendo que debía hacerlo. Y ello porque por lo que se le sanciona al Guardia Xxxx no es por no entregar su arma de dotación reglamentaria [...] sino por no cumplir con lo establecido por el "Protocolo de actuación ante conductas anómalas por desórdenes emocionales de componentes del Cuerpo", esto es, la entrega del arma a sus mandos naturales y no en cualquier otro lugar>> .

OCTAVO.- Por providencia de 22 de diciembre de 2009, la Sala señaló el 13 de enero de 2010, a las

11.00 horas, para deliberación, votación y fallo.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el único motivo de su recurso, formalizado al amparo procesal del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, el recurrente atribuye al Tribunal Militar Territorial Segundo haber vulnerado el principio de legalidad en su vertiente de tipicidad, porque los hechos declarados probados no constituyen ninguna falta: ni la falta por la que fue sancionado, consistente en la "inexactitud en el cumplimiento de las normas de régimen interior" , prevista en el artículo 7.9 de la Ley Orgánica 11/91, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil , ni otra.

Esta vulneración la atribuyó el recurrente a la Administración, y de aquí que en la demanda presentada ante el Tribunal Militar Segundo solicitara la nulidad de la resolución sancionadora dictada el 8 de junio de 2006 por el Teniente Coronel Jefe de la Comandancia de Melilla y la confirmatoria de esta, dictada el siguiente 5 de septiembre por el Subdirector General de Operaciones de la Dirección General de la Guardia Civil.

Pues bien, dicho Tribunal sostuvo -y por ello el motivo que se analiza ahora- que "la copiosa documentación unida a las actuaciones (folios 117 a 123), que fue instada por diligencia para mejor proveer, no deja la mas mínima duda de que existe una detallada regulación relativa al depósito y retirada de armas en los casos de anomalías médicas que sufran los componentes del Cuerpo, y de la que se desprende que la única vía de retirada -o en su caso devolución- no puede ser otra que el Jefe de Unidad, el cual depositará bajo recibo en el Servicio de Armamento e Intervención de Armas correspondiente, norma que el demandante evidentemente no cumple, sin que sea justificación de su inobservancia el hecho de que en ningún momento el arma estuvo fuera de control administrativo tal y como se alega" .

Frente a esta fundamentación, que el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal comparten -y refuerzan mediante argumentos que la Sala analizará más adelante-, el recurrente hace dos afirmaciones esenciales.

La primera se refiere al objeto del Protocolo que, según el criterio del Tribunal de

instancia y de la Administración, incumplió el recurrente: no es, en opinión de este, la voluntaria entrega de las armas por el guardia civil que considera que no se encuentra en condiciones de utilizarlas adecuadamente, sino la retirada de aquellas por los Jefes cuando en un guardia civil aprecien síntomas que evidencien una conducta anómala o conste así en un dictamen médico.

La segunda afirmación se refiere a las finalidades de ese protocolo: "está inspirado en dos pilares"

-dice el recurrente- : "garantizar la seguridad ciudadana y velar por los derechos y libertades de las personas".

Y con base en estas afirmaciones, el recurrente concluye que los hechos no constituyen falta ninguna porque, de un lado, el Protocolo no contempla casos como el suyo, caracterizado porque es el propio guardia civil quien, consciente de que puede usar indebidamente las armas, las entrega, y del otro, él, con su actuación consistente en entregar el arma reglamentaria en el Juzgado de guardia, cumplió las dos finalidades del Protocolo.

SEGUNDO.- Para analizar adecuadamente las razones expuestas, es preciso fijar la actuación por la que el recurrente fue sancionado.

Según el relato de hechos probados, consistió en que, encontrándose psicológicamente muy alterado, entregó su arma reglamentaria en el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Melilla, en funciones de guardia, y, tras manifestar que no quería ir al cuartel de la Guardia Civil a depositarla, solicitó que por medio del Juzgado se entregara en él.

Pues bien, puesta en relación la actuación descrita con el "Protocolo de actuación ante conductas anómalas por desordenes emocionales de componentes del Cuerpo" , que es la norma que el Tribunal consideró vulnerada (también la Administración), la Sala ha decidido estimar el recurso, casar la sentencia y anular la sanción impuesta, por las siguientes razones conjuntas:

a) La norma que el Tribunal de instancia consideró incumplida -incumplimiento constitutivo de la falta de " inexactitud en el cumplimiento de las normas de régimen interior "- no se refiere ni directa ni indirectamente a casos como el del recurrente.

El Protocolo que obra unido a las actuaciones contiene las pautas a las que los mandos deben ceñirse ante conductas anómalas por desordenes emocionales de los componentes de la Guardia Civil. No, pues, a lo que un guardia civil debe hacer cuando percibe que su estado puede llevarle a usar indebidamente las armas. No hay una sola referencia en el Protocolo que permita sostener que las pautas que indica han de ser seguidas no solo por los Jefes para retirar las armas sino también por los miembros de la Guardia Civil para entregarlas voluntariamente cuando aprecien que su estado no aconseja que continúen poseyéndolas.

b) Como el recurrente dice, las dos finalidades del Protocolo resultaron cumplidas con su actuación, pues al entregar el arma reglamentaria en el Juzgado de guardia evitó poner en riesgo la seguridad ciudadana, y, en consecuencia, protegió la vida de las personas. Ninguna objeción plantearon ni el Tribunal de instancia ni la Administración

a la realidad de estos efectos, coincidentes con los fines del Protocolo, y ninguna encuentra la Sala.

c) No aprecia la Sala que la actuación del recurrente constituya una infracción diferente a la imputada por el Tribunal de instancia (y por la resolución sancionadora), por cuanto no es subsumible en ninguno de los distintos apartados de los artículos 7, 8 y 9 de la Ley Orgánica 11/91 ; y concretamente no lo es (se hace esta concreción porque la resolución del recurso de alzada entendió que lo era) en los apartados 2 y 8 del artículo 7 , que tipifican como falta leve, respectivamente, " La negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones profesionales " y " La negligencia en la conservación y uso de los locales, material y demás elementos del servicio ", por cuanto es rotundamente inasumible sostener que la actuación del recurrente fue negligente. Al contrario, la decisión de entregar su arma reglamentaria al darse cuenta de que estaba seriamente alterado fue una decisión responsable; el elegir el Juzgado de guardia (no cualquier lugar, pese a lo que argumenta el Ministerio Fiscal) fue una decisión prudente, una vez que descartó depositarla en el cuartel de la Guardia Civil por razones que no constan; y el entregarla en cuanto creyó que podía utilizarla indebidamente fue una acción diligente al máximo.

TERCERO.- Frente a las razones y la conclusión expuestas, carecen de eficacia los argumentos aducidos por el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal para reforzar la fundamentación de la sentencia dictada por el Tribunal Militar Territorial Segundo.

Dice el Abogado del Estado que la forma de proceder a que se refiere el Protocolo "abarca tanto un posible comportamiento pasivo del Guardia Civil, en quien se observe o él mismo observe síntomas de alteración psicológica, en el sentido de no deber oponerse a la retirada de sus armas por parte de sus jefes para proceder a su depósito en la forma detalladamente señalada en el protocolo de actuación, como desde el punto de vista activo consistente en quedar prohibida una conducta que imposibilite que el Jefe de la Unidad pueda desarrollar las instrucciones especificadas en cuanto a tratamiento a seguir con las armas del miembro de la Guardia Civil que presente síntomas de alteración psicológica."

El argumento no puede ser asumido, porque contiene una consideración contraria a los fines del propio Protocolo: lo importante -así se infiere- no es evitar inmediatamente el riesgo ínsito en la posesión de un arma por quien no está en condiciones de utilizarla adecuadamente, sino hacer posible que los Jefes cumplan su obligación de retirarla siguiendo determinadas pautas.

Por su parte, el Ministerio Fiscal afirma que el demandante incumplió conscientemente sus obligaciones y así lo llega a reconocer al decir que "Es cierto que la forma en que actué no es la que normalmente se emplea, pero también he de manifestar que las condiciones en las que me encontraba no eran las normales".

Tampoco este argumento puede ser aceptado, ya que una determinada forma de actuar (la entrega de las armas en el cuartel) puede ser la habitual y sin embargo no ser la única respetuosa con la norma (la entrega en el Juzgado de Guardia no transgredió norma alguna).

CUARTO.- 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

1.- Se estima el recurso de casación interpuesto por el guardia civil don Xxxx , representado por el procurador don Xxxx, contra la sentencia de 11/11/11del Tribunal Militar Territorial Segundo por la que, desestimando el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario núm. 11/06, declaró conformes a derecho la resolución de 8 de junio de 2006 dictada por el Teniente Coronel Jefe de la Comandancia de Melilla y la resolución del siguiente 5 de septiembre dictada por el General de División, Subdirector General de Operaciones de la Dirección General de la Guardia Civil, confirmatoria de la anterior.

2.- Se casa la sentencia mencionada y se anulan las resoluciones administrativas referidas, quedando sin efecto la sanción impuesta, con los efectos económicos y administrativos correspondientes.

3.- Se declaran de oficio las costas del recurso.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo.