



(01) 30806609389

RECURSO N° 000/000
PONENTE SR. DE ANDRÉS FUENTES

SENTENCIA N° 000

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SÉPTIMA

Ilma. Sra. Presidenta:

D^a. María Jesús Muriel Alonso

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. Ignacio del Riego Valledor

D. Santiago de Andrés Fuentes

D. José Félix Martín Corredera

En la Villa de Madrid a _____ de _____ del año dos mil _____.

VISTO por la Sala, constituida por los Ilmos. Sres. Magistrados “supra” relacionados, el recurso contencioso-administrativo número 000/000, seguido ante la Sección VII de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Superior de Justicia de Madrid, interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Javier Freixa Iruela, en nombre y representación de D. _____, contra la Resolución de la Dirección General de la Policía, fechada el 18 de Septiembre de 2015, por la que, en el Expediente Disciplinario 00/000 que le fue incoado, se le impuso una sanción de suspensión de funciones por un período de dos meses (60 días), al considerarle responsable de una infracción, de carácter grave, tipificada en el artículo 8.p) de la Ley Orgánica 4/2010, de 20 de Mayo, de Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía. Habiendo sido parte demandada la Administración del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Interpuesto el recurso, se reclamó el Expediente a la Administración y siguiendo los trámites legales, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito, obrante en autos, en el que hizo alegación de los hechos y fundamentos de Derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando que se dictara Sentencia estimando íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto.

SEGUNDO: La Abogacía del Estado, en representación de la Administración demandada, contestó y se opuso a la demanda de conformidad con los hechos y fundamentos que invocó, terminando por suplicar que se dictara Sentencia que desestime el recurso y confirme en todos sus extremos la resolución recurrida.

TERCERO: Terminada la tramitación se señaló para votación y fallo del presente recurso la audiencia del día 21 de Diciembre del año en curso, en que tuvieron lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. Don Santiago de Andrés Fuentes, quien expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El presente recurso contencioso-administrativo, interpuesto por la representación procesal de D. _____, se dirige contra la Resolución de la Dirección General de la Policía, fechada el XX de Septiembre de XXXX, por la que, en el Expediente Disciplinario 00/000 que le fue incoado, se le impuso una sanción de suspensión de funciones por un período de dos meses (60 días), al considerarle responsable de una infracción, de carácter grave, tipificada en el artículo 8.p) de la Ley Orgánica 4/2010, de 20 de Mayo, de Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía.

Pretende el recurrente la anulación de la resolución referenciada, con todos los pronunciamientos inherentes a dicha declaración, por cuanto, a su juicio, la misma es contraria a derecho aduciendo, en apoyo de dicha conclusión y en esencia, los siguientes argumentos:

1º.- Que no se corresponden con la realidad los hechos imputados no existiendo, en definitiva, actividad probatoria suficiente susceptible de destruir el derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 de nuestra Carta Magna;

2º.- Que los hechos en verdad acreditados no son susceptibles de ser incardinados en el tipo por el que se le sanciona; Y, en fin,

3º.- Que la sanción que se le impuso resulta ser completamente desproporcionada.

La Abogacía del Estado, por su parte, interesó, la desestimación del presente recurso en base a las consideraciones expuestas en su escrito de contestación, que obra unido a las actuaciones.

SEGUNDO: Los hechos que sirvieron de base a la Administración demandada para imponer la sanción cuestionada, tal y como se constata en el Expediente Administrativo que se une a las actuaciones, vienen referidos a que desde el domicilio de la Avenida _____, que el hoy actor, Sr. _____ comparte con el también funcionario del Cuerpo Nacional de Policía Don _____, a última hora del día X de XXXX de 20XX fue requerida al 091 presencia policial ante el estado de agresividad del Sr. XXXXX derivado, al parecer, de la ingesta de sustancias psicotrópicas, después de haber asistido desde la tarde del día 1 a un macrofestival XXXXXXXXXXXXXXXX, al que el Sr. XXXXXXXXXXXXXXXX también había asistido con otros amigos.

A la llegada de las patrullas al domicilio el Sr. XXXXXXXXXXXXXXXX, ayudado por un amigo que se encontraba en el piso, donde también estaban presentes la novia y una amiga del Sr. XXXXXXXXXXXXXXXX, logró inmovilizarlo, debiendo ser ingresado este funcionario en un Centro Asistencial.

A raíz de estos hechos iniciales, y con fecha X de Abril de XXXX (véase folio 1 del Expediente Administrativo), el Director General de la Policía acordó la incoación de Expediente Disciplinario a D. XXXX XXXXXXXX en base a que, en virtud de la documentación que había remitido la Jefatura Superior de Policía de Madrid a la Dirección General, al parecer el Sr. XXXXXXXXXXXXXXXX era consumidor habitual de sustancias estupefacientes.

En el seno del Expediente Disciplinario incoado al hoy actor con el número XXX/0XXX se le tomó declaración con fecha XX de Abril de XXX (consta la misma a los folios 65 a 67 del Expediente Administrativo), en la cual manifestó que no era consumidor ni habitual, ni en ningún caso aislado ni esporádico, de drogas, e interrogado sobre si se sometería a una prueba de detección al consumo de sustancias estupefacientes manifestó que no tenía ningún problema en realizarse cualquier tipo de prueba que fuera necesaria.

Posteriormente, con fecha X de Mayo de XXX (así consta acreditado al folio 100 del Expediente Administrativo), el Instructor del Expediente Disciplinario XX/XXX acordó que le fueran realizadas al Sr. XXXXXXXXXXXXXXXX las pruebas correspondientes de determinación de metabolitos de drogas de abuso, (cocaína, ketamina, speed, charge).

En cumplimiento del indicado Acuerdo D. XXXXXXXXXXXXXXXX, hoy actor, compareció en las dependencias del Área Sanitaria del Cuerpo Nacional de Policía en Madrid, sobre las 13,00 horas del día XX de Mayo de XX, donde expresó su consentimiento para serle realizadas las determinaciones de metabolitos de drogas de abuso, (véase Acta obrante al folio 117 del Expediente Administrativo).

Tras levantarse acta a tal efecto, donde quedó recogido el expreso consentimiento reseñado, se obtuvieron dos muestras de orina, según protocolo, a las que se les asignó el número XXXXXXXX, siendo analizada la muestra de referencia por el laboratorio "XXXXXXXXXXXXX.", obteniéndose un resultado de la muestra positivo a Creatinina, con un valor hallado de 1.68 g/L, mientras que fue negativo a opiáceos, cannabis, cocaína, Anfetamina y derivados, (obra copia del resultado del análisis a los folios 112 y 113 del Expediente Administrativo).

Al hoy actor se le tomaron también muestras de cabello, con una longitud de aproximadamente 0,7 cm. según protocolo, asignándole a la muestra el número XXXX, la cual fue analizada, por el Instituto de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, por cromatografía de líquidos acoplada a espectrometría de masas en tándem, habiéndose emitido Informe, fechado el XX de Mayo de XXXX, en el que se hace constar que la analítica resultó ser Positiva a Cocaína, con una concentración de 3541,9 pg/mg; Benzoilecgonina (metabolito de la cocaína), con una concentración de 424,7 pg/mg; Eggonina Metilester (metabolito de la cocaína), con una concentración de 45,5 pg/mg; y Cocaetileno (metabolito de la cocaína),

con una concentración de 473,8 pg/mg, (véase el Informe obrante a los folios 110 y 111 del Expediente Administrativo que se une a las actuaciones).

Sobre la base de estos resultados, incontestables y no cuestionados en su realidad y/o objetividad y/o operativa de realización, el Área de Sanidad (División de Personal) de la Dirección General de la Policía emitió un Informe, fechado el X de Junio de XXXX (véase el mismo que obra al folio 109 del Expediente Administrativo), en que, tras relatar los hechos que hasta el momento hemos reseñado, concluye que “los resultados obtenidos son compatibles con el consumo habitual de las sustancias referidas en el período aproximado de entre cinco meses a ocho meses y medio anteriores a la fecha de toma de la muestra de pelo remitido”, añadiendo, en el apartado “Referencias” del propio Informe, las dos siguientes: “Society o Hair Testing. Recommendations for hair testing in forensic cases. Forensic Sci. Int. 145 (2004) 83-84” y “G.A.A Cooper, et al., Society of Hair Testing guidelines for drug testings in hair, Forensic Sci. Int. (2011)”.

El problema que se somete a la consideración de la Sala no es tanto la realidad de las analíticas reseñadas, ni su concreto resultado, sino las conclusiones que de las mismas extrae el Informe del Área de Sanidad de la Dirección General de la Policía de X de Junio de XXXX y, fundamentalmente, determinar si los hechos constatados por las analíticas referidas, los cuales están obviamente probados en cuanto a sus resultados, son constitutivos de la infracción prevista en el artículo 8.p) de la Ley Orgánica 4/2010, de 20 de Mayo, de Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, y que define, como infracción grave: “Embriagarse o consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas fuera del servicio, cuando tales circunstancias tengan carácter habitual o afecten a la imagen del Cuerpo Nacional de Policía. Se entenderá que existe habitualidad cuando estuvieren acreditados tres o más episodios de embriaguez o consumo de las sustancias referidas en un período de un año”.

Dibujada en estos términos la controversia planteada, no parece muy discutible el concluir que los reparos expuestos por el recurrente, en cuanto al particular que nos ocupa respecta, han de reconducirse o analizarse desde la óptica del principio de tipicidad, de plena vigencia en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, y que, en lo que afecta al supuesto de autos, supone la necesidad de que, para que un comportamiento determinado pueda ser sancionado sea exigible que la conducta realizada pueda integrarse o subsumirse, sin analogía “in malam partem” alguna, en un tipo previamente descrito y en que se cumplan, por otra parte, todos los elementos integrantes del mismo.

En otras palabras, la exigencia de la salvaguarda del principio de tipicidad supone tanto como desplazar del ámbito sancionador todas aquellas conductas que no sean incardinables en la previsión de la norma y aun a pesar de su aparente antijuridicidad en relación con los propios límites del tipo.

Es pues desde esta perspectiva desde la que ha de acometerse el análisis, pues la coincidencia de una conducta con el supuesto fáctico de una norma tipificante es una condición esencial de los hechos determinantes de la sanción, de modo que su inexistencia provoca indefectiblemente la ilegalidad de la resolución en que la misma sea de observar, y dicho análisis habrá de iniciarse, en buena lógica, por determinar con exactitud las conductas que pretende reprochar el artículo 8.p) de la Ley Orgánica 4/2010, de 20 de Mayo, de Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía.

TERCERO: A los efectos avanzados en el Fundamento precedente, y avanzando un peldaño más en el análisis emprendido, es preciso traer a colación que la normativa anterior a la Ley Orgánica 4/2010, de 20 de Mayo, de Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de

Policía, y que fue derogada por ésta, venía constituida por el Real Decreto 884/1989, de 14 de Julio, por el que se aprobó el Reglamento de Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, en cuyo artículo 7.19 se tipificaba, como infracción grave, el “embriagarse fuera del servicio, cuando afecte a la imagen de la Policía o de la función pública o consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas”.

La comparación de esta previsión con la contemplada, como infracción también grave, que tipifica el artículo 8.p) de la Ley Orgánica 4/2010, de 20 de Mayo, de Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, nos revela que el tipo objetivo del anterior Real Decreto 884/1989, de 14 de Julio, ha experimentado una notoria modificación en la actualmente vigente Ley Orgánica 4/2010, de 20 de Mayo, en la que la infracción grave respecto a la que nos venimos refiriendo ya no se construye en consideración al mero dato objetivo del consumo ilícito de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, sino que se exige, para que la conducta pueda subsumirse en la tipicidad disciplinaria ahora configurada, que la embriaguez o el consumo de estupefacientes o sustancias (drogas) tóxicas o psicotrópicas, fuera del servicio, tenga el carácter de habitual o afecte a la imagen del Cuerpo Nacional de Policía, habiendo precisado el propio tipo cómo debe integrarse el concepto jurídico indeterminado “habitual” al indicar, concretamente, que “se entenderá que existe habitualidad cuando estuvieren acreditados tres o más episodios de embriaguez o consumo de las sustancias referidas en un período de un año”.

Esto es, y como habremos de convenir, se requiere en el nuevo tipo disciplinario perfilado en el artículo 8.p) de la Ley Orgánica 4/2010, de 20 de Mayo, de Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, la concurrencia de alguno de los elementos adicionales o complementarios de carácter alternativo, cuya preceptiva presencia varía sustancialmente la regulación típica anterior, de manera que la conducta consistente en el mero consumo de carácter ocasional o aún reiterado pero en lapso temporal superior a un año, no habitual por tanto según la nueva Ley, no es comportamiento que integre la descripción típica de que se viene haciendo mención.

Pues bien, la conducta que se reprocha al ahora recurrente, en la resolución dictada el XX de Septiembre de XXX hoy objeto de recurso, viene referida, tal y como se especificó literalmente en los hechos que como probados se recogieron en la misma, a que el hoy actor “había consumido cocaína, en un período aproximado de entre cinco meses a ochos meses y medio anteriores a la fecha de toma de la muestra de pelo”, que se llevó a cabo el XX de Mayo de XXX, como se refleja en el Informe XXXX del Instituto de Ciencias Forenses, Toxicología Forense, de la Universidad de Santiago de Compostela, que analizó la muestra de cabello que le fue tomada en la fecha indicada.

En el relato fáctico transcrito, es decir en los hechos que se declararon probados, nunca se hace referencia a que el consumo reprochado al Sr. XXXXXXXXXXXXXtrascendiera, ni que fuera afectada la imagen del Cuerpo Nacional de la Policía, en la medida en que tales hechos habrían tenido lugar fuera del servicio, es más, al Fundamento de Derecho Tercero de la resolución hoy cuestionada sí se hace referencia expresa a que para la apreciación de la falta reprochada se precisa, alternativamente, que la conducta tenga carácter “habitual” o afecte a la imagen del Cuerpo Nacional de Policía añadiéndose, a renglón seguido y textualmente, “... dándose en el presente caso la primera de ellas – la habitualidad -.”

Pues bien, y como ya hemos reiterado, el tipo por el que el hoy actor fue sancionado requiere, además del consumo de drogas tóxicas, (la cocaína sin duda lo es), que este consumo tenga carácter habitual - tres o más episodios en un año – pero ocurre, en el caso analizado, que esta habitualidad que se afirma por la Administración actuante no está en absoluto acreditada y ello porque, si bien es cierto, que el Informe XXXXXXXX del

Instituto de Ciencias Forenses, Toxicología Forense, de la Universidad de Santiago de Compostela de 26 de Mayo de 2015 (folios 110 y 111 del Expediente Administrativo que se une a las actuaciones), que analizó la muestra de cabello que le fue tomada el 13 de Mayo de 2015 al hoy actor, refiere un Positivo en cocaína, en el mismo nunca se alude a que tal positivo revele consumo habitual de tal droga, habiéndose afirmado dicha supuesta habitualidad, por primera vez, en el Informe emitido por el Área de Sanidad (División de Personal) de la Dirección General de la Policía el 3 de Junio de 2015 (folio 109 del Expediente Administrativo), Informe que, pese a aludir a “referencias” para sustentar su conclusión, en absoluto detalla datos o efectúa consideraciones suficientemente fiables, precisas y objetivas que sustenten la habitualidad en el consumo que se predica.

Nos encontramos, en consecuencia, ante una situación en la que, a la vista de una prueba analítica aislada y única, ciertamente positiva en consumo de cocaína, se deduce una habitualidad, sin justificar la misma en dato alguno, (como podría ser la concentración de metabolitos hallados en la muestra analizada y la justificación precisa de que tal concentración concreta requiriera, para su presencia y hallazgo, un consumo diario o muy continuado, excluyente de un consumo ocasional, aunque tal consumo ocasional lo fuera en una cantidad o dosis elevada), lo que no es de recibo.

Dicho en otras palabras, las pruebas analíticas realizadas al hoy actor, en la exposición de sus concretos resultados, no precisan, como sería necesario a los efectos que nos ocupan, si la concentración de metabolitos hallados en la muestra analizada puede deberse a un episodio de consumo aislado, o son precisos varios consumos para alcanzar aquellos niveles de concentración y de ser así aproximadamente cuantos episodios de consumo diferentes serían precisos, el número mínimo imprescindible de ellos y en qué lapso temporal o secuencia deberían haberse producido.

Todo ello nos lleva a concluir que la “habitualidad” que exige el tipo contemplado en el artículo 8.p) de la Ley Orgánica 4/2010, de 20 de Mayo, de Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, no ha resultado debidamente acreditada en el supuesto analizado y, por ello precisamente, procede estimar el presente recurso contencioso-administrativo, anulando la concreta resolución que ha sido objeto del mismo.

CUARTO: De conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la redacción que del mismo efectúa la Ley 37/2011, de 10 de Octubre, de Medidas de Agilización Procesal, procede imponer las costas del presente recurso a la Administración demandada pues sus pretensiones han sido totalmente desestimadas y no se aprecian circunstancias que, de contrario, justifiquen su no imposición si bien, de conformidad con lo dispuesto en el ordinal 3 del propio precepto reseñado, esta imposición de costas se efectúa hasta un máximo de 400 Euros por todos los conceptos comprendidos en ellas, atendiendo a tal efecto a las circunstancias y complejidad del asunto, a la actividad procesal desplegada, y a la dedicación requerida para su desempeño.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

Por la potestad que nos confiere la Constitución Española

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Javier Freixa Iruela, en nombre y representación de D. XXXXXXXXXXXXX, contra la resolución descrita en el Fundamento de Derecho Primero la cual, por ser contraria a derecho, anulamos y dejamos sin efecto, con todos los pronunciamientos inherentes a dicha declaración, entre ellos el reintegro al Sr. XXXXXXXXXXXXX de los haberes dejados de percibir por la ejecución anticipada, en su caso, de la sanción que se ha dejado sin efecto, así como la cancelación de la anotación que de la misma se pueda haber efectuado en su Expediente Personal o en cualquier otro registro administrativo; Pronunciamientos por los que habrá de estar y pasar la Administración actuante; Y todo ello con expresa condena en las costas del presente proceso a dicha Administración demandada, hasta un máximo de 400 Euros, por todos los conceptos comprendidos en ellas.

Notifíquese esta Sentencia a las partes en legal forma, haciendo la indicación de que contra la misma **cabe** interponer **Recurso de Casación** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86.1 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la redacción que del mismo efectúa la Disposición Final Tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de Julio, el cual se preparará ante esta Sala, en un plazo de treinta días a contar desde la notificación de la presente Sentencia, por escrito que deberá cumplir los requisitos especificados en el artículo 89.2 de la indicada Ley 29/1998, de 13 de Julio, en la redacción que del mismo efectúa la citada Disposición Final Tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de Julio (B.O.E. número 174, de 22 de Julio próximo siguiente).

Y para que esta Sentencia se lleve a puro y debido efecto, una vez alcanzada la firmeza de la misma remítase testimonio, junto con el Expediente Administrativo, al órgano que dictó la Resolución impugnada, que deberá acusar recibo dentro del término de diez días conforme previene la Ley, y déjese constancia de lo resuelto en el procedimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, D. Santiago de Andrés Fuentes, hallándose celebrando audiencia pública, en el mismo día de su fecha. Doy fe.