

STS núm. 297/2006 (Sala de lo Penal), de 6 marzo

## **RESUMEN**

**Intervención del Servicio de Vigilancia Aduanera en funciones de policía judicial en tráfico de drogas.**

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** El Juzgado de Instrucción [...] de Ayamonte, incoó Procedimiento Abreviado [...], seguido por delito contra la salud pública, contra Romeo, Carlos Daniel, Pedro Miguel, Darío, Evaristo, Jon, Ismael y Rosendo, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Huelva, [...], que [...] dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

«De investigaciones llevadas a cabo por el Servicio de Vigilancia Aduanera mediante diversas intervenciones telefónicas en el curso de la instrucción realizada en Diligencias Penales abiertas al efecto, y siempre bajo control y autorización judicial, se obtuvo la información de que el acusado Rosendo, de 30 años de edad, al menos desde abril de 2003 venía dedicándose a la introducción de hachís desde Marruecos por las costas de Isla Cristina y Ayamonte, para lo que contactaba con el suministrador, encargaba a otros su transporte y finalmente recibía y almacenaba la droga hasta entregarla para su difusión. Así se supo que el día 17 de junio de 2003, se iba a producir el desembarco de buena cantidad de fardos de hachís traídos en el velero DIRECCION000, NUM000, propiedad de Santiago, varado desde hacía varios días en el Puerto Deportivo de Isla Cristina, por lo que decidieron montar un servicio de vigilancia en los alrededores desde muy temprano. Así, a lo largo de la mañana observaron la presencia del acusado Evaristo, de 37 años, mecánico de profesión, y que el barco era subido a la marina seca, y situado en lugar apartado; concertado con Rosendo para llevarle la droga, simuló que el barco precisaba ser reparado, colocando un toldo que prácticamente lo cubría, a la vez que desde la cubierta a tierra prepararon un bajante articulado de los utilizados para escombros, mientras el acusado Romeo, de 25 años de edad, situaba allí el vehículo Nissan Cabstar 6789-CCD que había alquilado al efecto el día anterior a Europcar IB, SA, para proceder a la descarga de los fardos, a lo que colaboraban también los acusados Carlos Daniel, Darío y Pedro Miguel, cuñados, de 33, 42 y 49 años de edad, llegados al lugar desde Algeciras, todos ellos puestos de acuerdo para la operación de descarga. Sobre las 14.30 horas los Agentes del Servicio de Vigilancia Aduanera los sorprendieron cuando descargaban los fardos, que contenían un total de tres mil doscientos kilogramos de hachís, que en el análisis arrojó una pureza del 7,28% de tetrahidrocannabinol, y valor en el mercado ilícito de dieciséis millones de euros (5 euros cada gramo). Siendo detenidos, a los que se incautó un teléfono móvil a cada uno, y además: a Evaristo, el vehículo JE--JW, y 316,85 euros, a Pedro Miguel, 25,24 euros, a Darío, 180 euros y el vehículo-NKS, a Carlos Daniel, 300 euros, y a Romeo, 319,50 euros. También se pudo así sorprender sobre las 6 horas del día 26 de junio de 2003 al acusado Jon, de 26 años de edad, cuando se aproximaba a la desembocadura del Guadiana a bordo de una patera Albatros, con motor Yamaha de 100 CV y num. manipulado, tras alijar de otro barco a unas seis millas, en alta mar, 1.620 kilogramos de haschís, con una pureza al análisis del 9,07% de tetrahidrocannabinol, y valor de 8.100.000 euros, puesto de acuerdo con el acusado Ismael, de 21 años de edad, unidos por su común adicción a estupefacientes y amigos desde la infancia. Jon fue detenido a

media milla de la costa, interviniéndosele la droga, la embarcación y un teléfono móvil. Ismael había colaborado en obtener y preparar la lancha para el alijo y lo esperaba en funciones de contravigilancia y ayuda para la descarga de la droga una vez que llegase a tierra, y que destinaban a su posterior transmisión. Fue detenido el 9 de julio siguiente, interviniéndosele el teléfono móvil que empleaba y 22,78 euros; el mismo día que detuvieron a Rosendo, al que intervinieron 10 euros».

SEGUNDO La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

« FALLO: I.-Condenar como autores penalmente responsables de un delito de tráfico de sustancias estupefacientes que no causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, [...] , a Rosendo, [...]. A Evaristo, [...]. A Romeo, Carlos Daniel, Pedro Miguel, y Darío. II.-Condenar como autores penalmente responsables de otro delito de tráfico de sustancias estupefacientes que no causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a Jon y Ismael, [...]

TERCERO Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por las representaciones de Romeo, Ismael, Darío, Pedro Miguel, Carlos Daniel, Rosendo, Jon y Evaristo [...]

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO La sentencia de 21 de abril de 2004 de la Sección I de la Audiencia Provincial de Huelva, condenó a Rosendo, Evaristo, Romeo, Carlos Daniel, Pedro Miguel, Darío, Jon y Ismael, como autores, los cuatro primeros de un delito de tráfico de drogas que no causan grave daño a la salud con aplicación del subtipo de notoria importancia, y los dos restantes como autores de otro delito de igual naturaleza a las penas descritas en el fallo de la sentencia.

Se trata de dos operaciones de introducción de hachís en España procedente de Marruecos, en la primera el 17 de junio de 2003 con una aprehensión de 3.200 kilos y en la segunda el 26 de junio de 2003 con una aprehensión de 1.620 kilos.

Todos los condenados han recurrido [...]

SEGUNDO Recurso conjunto formalizado por Darío, Pedro Miguel y Carlos Daniel. [...] Pasamos al estudio del motivo segundo.

En su escueta argumentación por la vía de la vulneración de derechos constitucionales denuncia violación de los arts. 238 y 240 LOPJ solicitando nulidad de las actuaciones de los funcionarios del Servicio de Vigilancia Aduanera y de todas las resoluciones judiciales en cuanto les encomendaron a este Cuerpo la intervención de las conversaciones telefónicas sin ser Policía Judicial.

No es la primera vez que esta cuestión se suscita en la Sala. Al respecto existe una consolidada doctrina de esta Sala, a partir del Pleno no Jurisdiccional de Sala de 14 de noviembre de 2003 en el que se adoptó una decisión uniforme ante algunas vacilaciones y dudas que existían.

**La policía judicial es una pieza esencial en todo sistema de justicia penal al estarle encomendadas las esenciales funciones de averiguación de los delitos, descubrimiento de sus autores y recogida de efectos, instrumentos y pruebas, como prevé el art. 282 LECrim y 547 LOPJ, todo ello bajo la dirección de los Jueces y del Ministerio Fiscal.**

Sin duda el sistema de policía judicial más «judicializado», sería aquel en el que el Poder Judicial tuviera una Policía dependiente orgánica y funcionalmente, sin interferencia de otro Poder del Estado.

Ciertamente no es este el sistema que rige en España, ya que si, de un lado **la existencia de la Policía Judicial está constitucionalizada en el art. 126**, lo que constituye una previsión que no tiene precedentes en los textos constitucionales de nuestro entorno cultural y jurídico, es lo cierto que el sistema que inaugura -más exactamente que continúa-, es el de la doble dependencia orgánica en favor del Ministerio de Interior, o en su caso de las Consejerías de Interior de las Comunidades Autónomas que tengan esta previsión, y dependencia funcional de los Jueces, Tribunales y del Ministerio Fiscal «en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la Ley establece» art. 126 CE. citado en todo caso hay que llamar la atención sobre la exigencia de una policía judicial que, al menos, en su aspecto funcional dependa de Jueces y Ministerio Fiscal como presupuesto indispensable para poder hablar de un poder judicial verdaderamente independiente.

Con anterioridad a la Constitución, ya nuestra venerable Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su art. 283, establecía un listado de autoridades y funcionarios que «a efectos de la investigación de los delitos», tenían el carácter de Policía Judicial. Se trata de un artículo muy importante porque responde al modelo amplio de Policía Judicial, que prácticamente podríamos sintetizar diciendo que para la LECrim, «toda policía es policía judicial» y ello desde el reconocimiento de la distinta y autónoma dependencia funcional, por un lado y orgánica por el otro.

**El modelo constitucional ha tenido su desarrollo en la Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad -LO 2/86 de 13 de marzo, y en la propia LOPJ, en sus arts. 443 a 436. En estos textos se crean unas Unidades de Policía Judicial que dependen funcionalmente de las autoridades judiciales y del Ministerio Fiscal -art. 444 LOPJ - manteniendo su dependencia orgánica respecto del Ministerio de Interior -art. 31 Ley 2/86 citada-. Ahora bien, estas Unidades de Policía Judicial tienen un estatuto especial definido por las notas de especialidad, exclusividad e inamovilidad -arts. 445 y 446 LOPJ-. Especialidad porque a ellos compete la investigación criminal. Exclusividad, hacia dentro porque sólo podrán dedicarse a tales actuaciones mientras forme parte de las Unidades de Policía Judicial, e Inmovilidad porque no podrán ser removidos ni apartados durante el curso de una investigación criminal, sino de acuerdo con el Juez o Fiscal competente.**

**Sin embargo este modelo no opera como exclusividad ad extra o hacia afuera. Es decir, la exclusividad que se predica de las Unidades de Policía Judicial lo es en el sentido de que no pueden tener otras ocupaciones, pero no en el sentido de que sólo tales unidades tengan encomendada la investigación criminal.**

**El viejo modelo de la LECrim pervive en la medida que junto con las Unidades de Policía Judicial estrictu sensu, conviven otros agentes policiales y autoridades que ciertamente sin el estatuto de Policía Judicial al que nos hemos referido, también comparten o pueden compartir funciones de investigación criminal bajo la dirección de Jueces y del Ministerio Fiscal.**

El propio art. 547 de la LOPJ lo indica muy claramente cuando después de referirse a la Policía Judicial, se añade.

**«La función de la Policía Judicial comprende el auxilio a los juzgados y Tribunales y al Ministerio Fiscal en la averiguación de los delitos y en el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes. Esta función competirá, cuando fueren requeridos para prestarla, a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tanto si dependen del Gobierno central como de las Comunidades Autónomas o de los entes locales, dentro del ámbito de sus respectivas competencias».**

**Y en el mismo sentido, y por lo que se refiere a los Policías Locales, el art. 29-2º de la LO 2/86 les otorga un carácter de «colaborador» en lo referente a la investigación criminal.** Tal carácter de colaborador no debe interpretarse como accesorio o episódico. En la práctica real, podrá tener la amplitud y extensión que le otorgue el Juez de Instrucción o Fiscal correspondiente, como la experiencia acredita.

Pues bien, desde esta realidad normativa y práctica **podemos hablar de un núcleo duro formado por las Unidades de Policía Judicial, de la Policía Nacional, Guardia Civil y Policías de las CCAA según las previsiones estatutarias, y un núcleo más amplio integrado por las policías de las corporaciones locales, y en definitiva el elenco de funcionarios y autoridades designados en el art. 283, algunos tan significativos como «los Alcaldes, Tenientes de Alcalde y Alcaldes de Barrio»** En esta situación debemos concluir que los miembros del Servicio de Vigilancia Aduanera -en adelante SVA-, deben ser considerados como integrantes en sentido amplio de la Policía Judicial pues se encuentran incluidos en la **previsión primera del citado artículo 283** que se refiere «Las Autoridades Administrativas encargadas de la seguridad pública y de la persecución de todos los delitos o de algunos especiales»

En efecto, el Servicio de Vigilancia Aduanera tiene atribuidos específicas competencias en la persecución y descubrimiento de unos específicos delitos: los de contrabando. En tal sentido se dice en la Disposición Adicional Primera de la Ley de Contrabando 12/95 de 12 de diciembre.

«1. Las autoridades, los funcionarios y fuerzas a quienes está encomendada la persecución y el descubrimiento del contrabando continuarán desempeñando sus cometidos, con los derechos y facultades que, para la investigación, persecución y represión de estas conductas, han venido ostentando desde su creación.

**El Servicio de Vigilancia Aduanera, en la investigación, persecución y represión de los delitos de contrabando, actuará en coordinación con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y tendrá, a todos los efectos legales, carácter colaborador de los mismos.**

2. Los órganos de la Administración aduanera de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, a requerimiento de los organismos y servicios encargados de la persecución del contrabando, podrán autorizar, sin interferencias obstativas, la salida de mercancías de los recintos o lugares habilitados por la Administración aduanera, a fin de facilitar las investigaciones encaminadas al descubrimiento del contrabando.

3. Con idéntico fin los organismos y servicios encargados de la persecución del contrabando podrán establecer contactos e intercambiar información con otros servicios homólogos nacionales o internacionales».

A lo dicho hay que recordar que el apartado primero de la disposición adicional que se acaba de citar, tiene el carácter de Ley Orgánica, de acuerdo con la Disposición final Segunda de dicha Ley de Contrabando. Más aún, y **ya desde una perspectiva europea, en el Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de Schengen de 25 de junio de 1991, ratificado por España el 30 de julio de 1993 se califica al Servicio de Vigilancia Aduanera como Policía Judicial en el ejercicio de sus específicas funciones de persecución de específicos delitos, en concreto en materia de tráfico ilícito de estupefacientes.**

«Artículo 2.1: Los agentes a los que se refiere el art. 40, párrafo 4, del Convenio de 1990 son, por lo que al Reino de España respecta: Los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía y del Cuerpo de la Guardia Civil en el ejercicio de sus funciones de policía judicial, así como los funcionarios dependientes de la Administración de Aduanas en las condiciones determinadas por acuerdos bilaterales apropiados y a los que se refiere el artículo 40, párrafo 6, del Convenio de 1990, por lo que respecta a sus atribuciones relativas al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, al tráfico de armas y de explosivos, y al transporte ilícito de residuos tóxicos y nocivos».

«Artículo 3.1: Los agentes a los que se refiere el artículo 41, párrafo 7, del Convenio de 1990 son, por lo que al Reino de España respecta: Los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía y del Cuerpo de la Guardia Civil en el ejercicio de sus funciones de policía judicial, así como los funcionarios dependientes de la Administración de Aduanas en las condiciones determinadas por acuerdos bilaterales apropiados y a los que se refiere el artículo 41, párrafo 6, del Convenio de 1990, por lo que respecta a sus atribuciones relativas al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, al tráfico de armas y de explosivos, y al transporte ilícito de residuos tóxicos y nocivos».

La Jurisprudencia de esta Sala, a la vista de este homogéneo cuerpo narrativo, ha venido calificando al SVA, si bien no integrante de lo que hemos llamado como el núcleo duro de la Policía Judicial, formado por las Unidades de Policía Judicial del Cuerpo Nacional de Policía, Guardia Civil y de las correspondientes a las Comunidades Autónomas según la previsión de sus Estatutos, -País Vasco, Navarra y Cataluña según la Disposición final primera de la Ley Orgánica 2/86 de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad-, sí tiene el carácter de colaborador, bien que en relación a la persecución de determinados delitos, y en definitiva debe ser considerado de forma «incuestionable» como Policía Judicial en el sentido amplio al que antes nos hemos referido.

Tratando de sistematizar esta compleja situación podríamos decir que en España coexisten dos sistemas o modelos no excluyentes entre sí.

a) Un modelo de Policía Judicial concentrado que da lugar a una Policía Judicial específica a la que se refieren los arts. 444 y siguientes de la LOPJ y 29 y siguientes de la Ley Orgánica 2/86, incluyéndose las Unidades que puedan crearse en los Cuerpos de las Policías Autónomas de las Comunidades antes citadas, Ertzaintza, Forales y Mosos d'Esquadra, en virtud de la específica previsión estatutaria.

b) Un modelo de Policía Judicial genérica que encuentra su origen en el art. 283 LECrim que sigue en vigor, que da lugar a una Policía Judicial de carácter colaborador. Dentro de ella, todavía se pueden distinguir unos colaboradores específicos donde se situaría el Servicio de Vigilancia Aduanera, y unos colaboradores genéricos integrados por los policías locales y los autonómicos de aquellas Comunidades Autónomas en cuyos estatutos no exista previsión de creación de cuerpos policiales, en los términos del art. 37-3º de la Ley 2/86.

La doctrina jurisprudencial de esta Sala ha sido prácticamente unánime, en lo referente a considerar al SVA como parte integrante de la Policía Judicial, a salvo las matizaciones de la STS 1231/2003.

Precisamente para resolver la contradicción y tener una opinión uniforme, esta Sala, en su condición de último intérprete de la legalidad penal ordinaria, en el **Pleno no Jurisdiccional de 14 de noviembre de 2003** tomó el acuerdo siguiente:

**«1º) El artículo 283 de la LECrim no se encuentra derogado, si bien debe ser actualizado en su interpretación.**

**2º) El Servicio de Vigilancia Aduanera no constituye policía judicial en sentido estricto, pero sí en el sentido genérico del art. 283.1º de la LECrim, que sigue vigente. Conforme establece la Disposición Adicional Primera de la LO 12/95, de 12 de diciembre sobre Represión del Contrabando, en el ámbito de los delitos contemplados en el mismo tiene encomendadas funciones propias de Policía Judicial, que debe ejercer en coordinación con otros cuerpos policiales y bajo la dependencia de los Jueces de Instrucción y del Ministerio Fiscal.**

**3º) Las actuaciones realizadas por el Servicio de Vigilancia Aduanera en el referido ámbito de competencia son procesalmente válidas».**

En tal sentido podemos citar las sentencias 624/2002 de 10 de abril, -con anterioridad, existe el Auto de 31 de julio de 1998 -, y ya de manera totalmente coincidente y con posterioridad al Pleno indicado, podemos citar las núm. 1489/03 de 6 de noviembre, 291/2005 de 2 de marzo, 866/2005 de 30 de junio y 1020/2005 de 19 de septiembre. La conclusión de todo lo razonado es la expresa declaración de que el SVA en sentido amplio tiene la condición de Policía Judicial en el específico marco de sus actuaciones, lo que ocurrió en el caso de autos, actuando bajo la dependencia del Juez de instrucción que dirigía la encuesta criminal, por lo que debe rechazarse la petición de nulidad efectuada por el recurrente.

El motivo debe ser desestimado. [...]

**FALLO**

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR a los recursos de casación formalizados por las representaciones de Romeo, Ismael, Rosendo, Jon y Evaristo, [...]

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por Darío, Pedro Miguel y Carlos Daniel, contra la expresada sentencia, por admisión de uno de los motivos, y en consecuencia, anulamos y casamos la expresada sentencia, la que será sustituida por la que seguida y separadamente se va a pronunciar [...]

FALLO: Que manteniendo los pronunciamientos contenidos en el fallo de la sentencia casada, debemos, exclusivamente, dejar sin efecto el comiso del vehículo Opel Astra-NKS, el que será entregado a su titular. [...]