



El uso de las nuevas tecnologías en la lucha contra los delitos urbanísticos

THE USE OF NEW TECHNOLOGIES IN THE FIGHT AGAINST URBAN PLANNING OFFENCES

María del Pilar Martín Ríos

Profesora Titular de Derecho Procesal

Universidad de Sevilla

pilarmar@us.es  0000-0003-0324-3887

Recibido: 03 de septiembre 2020 | Aceptado: 20 de diciembre 2020

RESUMEN

En el presente trabajo abordaremos cómo distintos medios tecnológicos de investigación resultan de especial utilidad en la lucha contra los delitos urbanísticos. Analizaremos, además, cómo el debido respeto a la privacidad choca contra las posibilidades de actuación que brindan estos modernos y sofisticados medios de intrusión.

Así sucede, por ejemplo, con la ortofotografía digital y el empleo de drones, particularmente eficientes en el ámbito que nos ocupa.

ABSTRACT

In this work, the author analyzes how different technological means of investigation are especially useful in the fight against urban crimes. The author also analyzes how due respect for privacy collides with the possibilities of action offered by these modern and sophisticated means of intrusion.

This is the case, for example, with digital orthophotography and the use of drones, which are particularly efficient in this field.

PALABRAS CLAVE

Delitos urbanísticos
Nuevas tecnologías
Ortofotografía
Drones

KEYWORDS

Urban planning offences
New technologies
Orthophotography
Drones

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

En el presente trabajo, abordaremos el examen de unos tipos delictivos concretos, los contenidos en el Libro II, Título XVI del Código Penal (en adelante, CP), que contempla los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio y el medio ambiente. En particular, ocuparán nuestra atención dos preceptos¹: los arts. 319² y 320 CP, que contemplan los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo.

A pesar de que existen ciertas diferencias entre los delitos urbanísticos y los medioambientales –pues, en cuanto a su estructura, los primeros son delitos de lesión y, los segundos, de peligro–, en la tipificación de ambos se aprecia la aspiración última de mejorar la calidad de vida de las personas³. No en vano, el art. 45 de la Constitución Española (CE) expresamente establece que los poderes públicos habrán de velar, en atención a la consecución de dicho fin, por la utilización racional de todos los recursos naturales.

Las conductas descritas en la regulación de los delitos urbanísticos consisten, en esencia, en llevar a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o que, por esos mismos motivos, hayan sido considerados de especial protección. Asimismo, se persigue el hecho de llevar a cabo esas mismas obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en un suelo que sea considerado como no urbanizable.

Con independencia de que nos encontremos ante una materia que, por su complejidad, plantea problemas de distinta naturaleza⁴, en nuestro estudio nos centraremos en un aspecto muy concreto: la fase de investigación de estos delitos y, en particular, el recurso a distintos medios tecnológicos que, en tal momento, pudieran emplearse.

12

II. EL PROTAGONISMO DEL MINISTERIO FISCAL EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS URBANÍSTICOS

1. La necesaria especialización. La especialización “vertical”

Ya en su Circular 1/1990, de 26 de septiembre, acerca de la contribución del Ministerio Fiscal a la investigación y persecución de los delitos contra el medio ambiente, el Fiscal General del Estado reclamaba una postura activa de los Fiscales en esta materia, exhor-

-
1. Que fueron objeto de modificación por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del CP.
 2. Cuyo apartado tercero fue modificado también por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el CP.
 3. Como destaca BOLDOVA PASAMAR, M. Á., *Los delitos urbanísticos*, Barcelona, 2007, págs. 101 y 102.
 4. En la praxis resulta compleja, por ejemplo, la propia delimitación de qué conductas son las penalmente relevantes. También es una cuestión polémica la determinación de la *naturaleza* de la demolición que pudiera imponerse en sentencia

tándoles a emplearse con plenitud de esfuerzos y a mantener vivo el espíritu de iniciativa en la investigación y persecución de estos delitos.

Fue en el año 2006⁵ cuando la importancia y complejidad de esta materia aconsejó la creación de la figura del Fiscal de Sala de Medio Ambiente y Urbanismo, como fiscal delegado del Fiscal General del Estado. Del mismo modo, en 2007 se puso en funcionamiento una red de fiscales especialistas en las fiscalías provinciales, bajo la dependencia del Fiscal de Sala.

Como bien advierte la Instrucción 4/2007 de la Fiscalía General del Estado (FGE), al igual que ocurre con la violencia de género, se ha entendido que el tratamiento de la delincuencia medioambiental no se compaginaba debidamente con el diseño de Fiscalía especial, optando el legislador por mantener el modelo de “especialización vertical”, desarrollado en la Instrucción 11/05 de la FGE sobre la instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el art. 124 CE.

Al no constituirse como Fiscalía especial, la posibilidad de intervención directa del Fiscal de Sala delegado –prevista para los delitos que revistan especial trascendencia⁶– se ve muy limitada en la práctica, pues lo ordinario será que la actuación del Fiscal de Sala se produzca bien a través del seguimiento de los tramites de las diligencias o bien –en lo que constituye una “intervención mediata” del mismo– a través de instrucciones concretas que, para un asunto en particular, imparta al delegado de la Fiscalía territorial que intervenga directamente en ese asunto. Éste, en tal caso, deberá atender las directrices específicamente marcadas por el Fiscal de Sala.

Con independencia de la relevancia práctica que revisten las previsiones legales que acabamos de examinar, no puede obviarse que, desde el punto de vista fáctico, la especialización a que aludimos había surgido con anterioridad. Así, la necesidad de compartir criterios y debatir problemas comunes hizo que los Fiscales que venían desempeñando esta función –y todos aquellos con inquietud y especial interés en la materia– crearan, en 2002, la conocida como Red de Fiscales de Medio Ambiente.

También a nivel autonómico, hacía tiempo que se habían configurado redes similares⁷, con el objetivo de fijar criterios interpretativos a la hora de abordar los numerosos problemas prácticos que se planteaban en los delitos de este tipo.

Como señala, en este sentido, la Instrucción 4/2007 de la FGE, pese a la ausencia de previsión formal, la necesidad en la práctica de especialización en esta materia hizo que, gracias a la flexibilidad y autonomía para la estructuración interna de las Fiscalías territoriales, bien se organizaran en una mayoría de Fiscalías de Tribunales Superiores y Audiencias Provinciales servicios especiales en materia de medio ambiente, o bien se contara en ellas, al menos, con Fiscales especialmente dedicados a conocer de las diligencias relacionadas con los delitos medioambientales.

5. A través de la Ley 20/2006, de 28 de abril, por la que se reforma la Ley de Montes (43/2003).
6. Corresponderá al FGE apreciar, en cada caso, la concurrencia de este concepto jurídico indeterminado.
7. En Andalucía, por ejemplo, desde el año 2004.

2. La actividad investigadora del Ministerio Fiscal en esta materia

A) Consideraciones generales

Es de significar que, en materia de delitos urbanísticos (aunque sea extrapolable al resto de conductas delictivas, en general, relativas al medio ambiente), es la Fiscalía la que, en la praxis, lleva todo el peso de la fase de investigación. Y ello obedece a distintas causas: no solo al hecho de que la investigación de estas conductas requiera de una formación y experiencia muy específica, con la que –hemos visto– cuentan las secciones de las fiscalías especializadas en esta materia, sino también a la circunstancia de que dispongan tanto de recursos como de personal a su disposición para la realización de labores de apoyo y de auxilio.

Además, debe destacarse que el mayor número de las diligencias de investigación que realiza el Ministerio Fiscal⁸ corresponde, precisamente, a este tipo de delitos medioambientales⁹. Este resultado obedece, por un lado, a la creación de los referidos servicios especializados en las Fiscalías pero, por otro lado, también al hecho de que, cada vez con mayor frecuencia, las denuncias relativas a infracciones medioambientales y urbanísticas se presenten, directamente, en Fiscalía. Sin duda, ello se debe a la confianza que, en el ciudadano, inspira la especialización que la caracteriza.

B) La recepción de la notitia criminis

Al examinar cómo se produce la recepción en Fiscalía de la noticia de la presunta comisión de un delito de los que venimos examinando, la *notitia criminis*, debe tenerse en cuenta que nos encontramos, en este ámbito, ante delitos que afectan a intereses generales, colectivos y difusos, por lo que no siempre existirá una víctima individualmente considerada y, por tanto, identificable, que pueda denunciar la conducta realizada¹⁰.

La Instrucción 4/2007 afirma, así, que el Ministerio Público, como órgano defensor de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, está llamado a jugar un papel muy relevante en esta tarea, al ser la sociedad –en cuanto beneficiaria directa de un medio ambiente adecuado– el sujeto pasivo de estas infracciones. Con independencia de que, en determinados casos, pueda haber una persona o grupo afectados de una forma más directa, en general son todos los ciudadanos –e, incluso, los futuros ciudadanos– los que sufren y sufrirán el perjuicio derivado de estas actividades delictivas.

Precisamente de esa habitual indeterminación de víctimas concretas, deriva una mayor relevancia de la función constitucional del Fiscal que, ante la ausencia de víctimas que actúen como acusadores particulares, debe actuar en defensa de estos intereses generales.

En consecuencia, la Fiscalía conocerá de estos hechos:

8. Del art. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF).
9. Y así se plasma, además, en distintas memorias de la FGE.
10. Memoria de la FGE del año 2006.

A través de una inspección que realice el Ayuntamiento de la localidad, a través de la denuncia de particulares (habitualmente, propietarios de parcelas vecinas, que o bien ya han sufrido una inspección o incluso una sanción por causas similares, o bien se oponen a la realización de construcciones indebidas por parte de otros vecinos), a través de la acción de asociaciones ecológicas o de ciudadanos. Pero, sobre todo lo anterior, destaca la información que a la Fiscalía le suministra la Guardia Civil (a través del SEPRONA, Servicio de Protección de la Naturaleza) y también la Policía autonómica.

C) La intervención del equipo multidisciplinar

Cuando la Fiscalía recibe la información, a veces, basta para sostener el caso la prueba documental que aporta el propio Ayuntamiento. En esas ocasiones, por no ser necesario, no se recurre al empleo de ningún medio tecnológico de investigación.

Sin embargo, lo habitual viene siendo que la Fiscalía, una vez que tiene conocimiento de estos hechos, requiera a los inspectores de urbanismo de la respectiva Comunidad Autónoma que emitan informes. Y es, en este punto, donde juegan un papel fundamental las ortofotografías digitales, que analizaremos en su correspondiente apartado.

En cada provincia, el Fiscal Delegado de Medio Ambiente, Urbanismo y Patrimonio Histórico actúa como coordinador general de toda la actividad de la Fiscalía en esta materia. Para el desempeño de tal tarea, necesariamente ha de contar con un equipo multidisciplinar que le permita obtener informes de expertos técnicos, así como tener a su disposición a los profesionales policiales competentes para llevar a cabo las investigaciones pertinentes, pues se trata de una materia que, técnicamente, plantea problemas mayores a los habituales en la investigación de otros delitos. En consecuencia, resulta fundamental contar con una buena dotación de medios personales y materiales.

En el tema que nos ocupa, la Fiscalía encomienda actuaciones a la Policía Judicial, que en esta materia está constituida por: el SEPRONA de la Guardia Civil, la Unidad de Policía Nacional dependiente, en cada caso, de la respectiva Consejería de Gobernación y que esté especializada en delitos medioambientales y urbanísticos, y la Unidad Orgánica de la Policía Judicial especializada en delitos urbanísticos.

Como destaca la Instrucción 4/2007 de la FGE, en este ámbito resulta especialmente conveniente que los fiscales encargados cuenten, en el desempeño de sus tareas, con el auxilio de los cuerpos policiales con competencia específica en materia medioambiental, como ya hemos visto, pero también con la ayuda de otro tipo de profesionales. En la práctica, estos profesionales suelen ser los inspectores de urbanismo de las respectivas Comunidades Autónomas. Son ellos quienes, sin lugar a dudas, ofrecen a la Fiscalía la información técnicamente más relevante en la investigación de estos delitos.

D) La conclusión de las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal

Cuando del resultado de las diligencias de investigación practicadas se desprenda con claridad la existencia de delito urbanístico, así como el presunto autor del mismo, el fiscal empleará la fórmula de la querrela. Bastará la presentación de denuncia cuando la acreditación del hecho o de su autor precisen de una mayor instrucción judicial. En estos casos, además, se recurrirá a la interposición de denuncia cuando exista urgencia para la judicialización del caso. Ello podría suceder, *v. g.*, ante el riesgo de prescripción del delito, pues, como es sabido, las diligencias de investigación del Fiscal no interrumpen el cómputo del plazo de prescripción.

Existe, sin embargo, otra vía para impedir la continuación de diligencias de investigación, o preprocesales, por parte del Fiscal. Puesto que, en esta materia, nos encontramos ante delitos perseguibles de oficio, bastaría con presentar una denuncia en el Juzgado para que se judicializara la causa y el Ministerio Fiscal tuviera que cesar en su actividad investigadora. En ocasiones, se actúa de tal modo para eludir este tipo de investigaciones que, como ya se dijo, se caracterizan por su profundidad y especialización.

III. EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA INVIOABILIDAD DEL DOMICILIO EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS URBANÍSTICOS

El debido respeto a la privacidad es uno de los obstáculos fundamentales que encontramos en la investigación de delitos urbanísticos. A este respecto, interesa recordar que nuestros Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional sostienen que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio se extiende a cualquier lugar donde se esté desarrollando la vida en condiciones de intimidad, con independencia, por tanto, de que se esté viviendo en una construcción que pueda entenderse como ilegal. Por ello, cuando las distintas actuaciones inspectoras implican una entrada en ese “domicilio”, tienen que ir precedidas del consentimiento del titular o, en su defecto, de la correspondiente autorización judicial de entrada¹¹.

Es muy frecuente que existan grandes parcelas, microparceladas, formando urbanizaciones ilegales. En esos casos, si sus moradores no franquean voluntariamente el paso a los agentes de la autoridad, habrá de solicitarse un auto judicial que autorice esa entrada y permita, así, inspeccionar la construcción y realizar las correspondientes diligencias de reconocimiento fotográfico.

Es evidente que la protección constitucional del domicilio debe extenderse también a la intromisión virtual en el mismo. Si tenemos en cuenta los sofisticados medios de intrusión que ofrece la imparable revolución tecnológica a la que asistimos, ésta se revela

11. ARIZA COLMENAREJO, M^a. J., “La utilización de drones como herramienta en la investigación penal”, en *FODERTICS 4.0 (estudios sobre nuevas tecnologías y justicia): [“IV Fórum de expertos y jóvenes investigadores en derecho y nuevas tecnologías, celebrado en la Facultad de Derecho de Salamanca, en 2015]*, Comares, 2015, pág. 113.

como una posibilidad especialmente importante. Lo es, aún más, en la materia que nos ocupa, en cuya investigación se recurre –como tendremos ocasión de examinar– a información proporcionada por modernos medios tecnológicos que, en algún caso, pueden comprometer el derecho a la intimidad del investigado.

Acerca de esa posible intrusión “virtual”, el Tribunal Constitucional¹² advierte de que “La regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y de facultades, en las que se comprenden las de vedar toda clase de invasiones, incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos”.

Recientemente, nuestro Tribunal Supremo ha tenido, igualmente, ocasión de pronunciarse en un sentido similar. En la conocida como “sentencia de los prismáticos”¹³, anuló las pruebas obtenidas por la Policía a través de la vigilancia realizada, mediante prismáticos, en el interior de una vivienda, debido a que no se contaba con autorización judicial para proceder a tal intromisión en el contenido material del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Con AMER MARTÍN¹⁴, concluimos que este criterio resulta perfectamente extrapolable a la utilización de naves no tripuladas para practicar diligencias de investigación en el proceso penal.

IV. EL EMPLEO DE DRONES Y DE ORTOFOTOGRAFÍA DIGITAL EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS URBANÍSTICOS

1. El recurso a la ortofotografía digital

17

La ortofotografía digital supone, como a continuación veremos, un paso más allá de las meras “fotografías aéreas”.

No cabe duda de que también las fotografías aéreas son una importante fuente de información en muchas actividades que centran su estudio en el territorio, incluida la lucha contra las actividades delictivas que ahora nos ocupan. Sin embargo, presentan una serie de limitaciones geométricas que no permiten utilizarlas como los mapas convencionales, pues no cuentan con las propiedades geométricas que, por el contrario, sí tienen los planos.

Precisamente, la principal limitación de las fotografías aéreas es su falta de georreferenciación espacial, es decir, la falta de referencia geométrica de los elementos representados. En otras palabras, a las fotografías aéreas les afectan las limitaciones que se deben a la perspectiva, a las deformaciones producidas por el relieve del terreno, a la altura o, incluso, a la velocidad con que se mueva la cámara empleada para hacer la foto.

12. STC 22/1984, de 17 de febrero.

13. STS 329/2016, de 20 de abril.

14. AMER MARTÍN, A., “El derecho a la intimidad y la prueba obtenida mediante drones”, en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11152-el-derecho-a-la-intimidad-y-la-prueba-obtenida-mediante-drones/>

Por el contrario, la ortofotografía es un producto cartográfico que sí está georreferenciado y en el que se corrigen, a través de un determinado proceso, las deformaciones propias de esas fotografías. Este proceso de corrección se denomina Ortoproyección. A través del mismo, y utilizando las herramientas adecuadas, se obtienen ortofotografías digitales a partir de fotografías aéreas hechas con cámaras digitales¹⁵. Los procesos de corrección geométrica de las fotografías se realizan de forma muy precisa, utilizando para ello procedimientos informáticos, en sustitución de los antiguos procedimientos ópticos.

Dicho proceso, a muy grandes rasgos, consta de las siguientes fases:

En primer lugar, se realizan vuelos fotogramétricos. Éstos, proporcionan el conjunto de fotografías necesarias para cubrir el territorio¹⁶, utilizándose un avión en cuyo fuselaje va instalada una cámara fotográfica digital.

En segundo término, se procede al apoyo topográfico, que es la obtención de una serie de puntos del terreno con coordenadas conocidas e identificables en las fotografías aéreas realizadas.

En tercer lugar, se lleva a cabo la aerotriangulación (u orientación de fotografías), que permite reproducir las posiciones de las fotografías realizadas en el momento en que se tomaron¹⁷.

En cuarto término, se procede a la obtención del modelo digital de elevaciones, que se genera a partir de las fotografías aéreas orientadas a que acabamos de referirnos y que lo que hace es reproducir el relieve del terreno. En algunos casos se emplean mediciones con LIDAR¹⁸, que son realizadas con láser.

Mediante la aplicación del Modelo Digital de Elevaciones, se corrigen parte de las deformaciones geométricas de las fotografías aéreas. Esos modelos digitales se obtienen, en muchos casos, a través de la estereocorelación, puesto que las mediciones con LIDAR son aún muy caras y complejas de procesar. Para la realización de ortofotografía histórica (que resulta esencial para descartar una posible prescripción del delito) es necesario realizar una “actualización hacia atrás” del Modelo Digital de Elevaciones, ajustándolo al pasado.

Una vez hecho esto, se procede a la obtención, en sí, de la ortofotografía. De este modo, cada fotografía correctamente orientada junto con el Modelo Digital del Terreno permite llevar a cabo el proceso de ortoproyección y obtener una ortofotografía, es decir, una imagen georreferenciada, y a escala, del territorio. Por último, se procede al mosaicado

15. Así se hará siempre que se cuente con dichas cámaras, pues en otras poblaciones se recurre aún, por falta de recursos, a la realización de fotografías métricas analógicas.

16. En la década de los 40 y 50 del siglo XX se llevan a cabo los primeros vuelos completos con fotografía aérea orientada a la producción de cartografía topográfica en Andalucía. El primero de ellos fue el conocido coloquialmente como “el vuelo americano”, porque fue resultado de la cooperación entre el Ejército del Aire de España y la Fuerza Aérea de Estados Unidos.

A partir de 1998 se vienen realizando ortofotos cada dos años por el Instituto Andaluz de Cartografía, que están disponibles para el público. Muchas de ellas, son las utilizadas por el Catastro.

17. De esta forma se puede visualizar una representación tridimensional del terreno a partir de dos fotografías consecutivas.

18. Acrónimo de *Light Detection and Ranging* o *Laser Imaging Detection and Ranging*.

de ortofotografías, Se lleva a cabo primero un proceso de ajuste radiométrico (relativo a la tonalidad y la luminosidad). El mosaicado es el conjunto de estas imágenes corregidas y georeferenciadas, que forman la ortofotografía digital.

Lo más relevante de todo lo visto, es que el resultado obtenido a través de este proceso que hemos expuesto de forma muy sucinta (obviando algunas consideraciones que hemos considerado excesivamente técnicas), mantiene toda la información de la fotografía aérea, añadiendo información suplementaria, que permite medir a escala, tanto distancias como superficies. Obtenemos, así, una imagen con la precisión cartográfica y la escala invariable de un mapa/plano, pero con el nivel de detalle de una fotografía. Además, su confección suele ser más mucho rápida que la de los mapas lineales correspondientes, pudiéndose, incluso, generar Terabytes (TB) de ortoimágenes por día, a partir de miles de fotografías aéreas.

El marco para la producción de ortofotografías en España es el Plan Nacional de Ortofotografía Aérea (PNOA), proyecto –dirigido por el Ministerio de Fomento– cooperativo y cofinanciado entre la Administración General del Estado (a través del Ministerio de Agricultura y del Instituto Geográfico Nacional) y las Comunidades Autónomas (a través de sus respectivas agencias cartográficas), que cuenta asimismo con financiación de la Unión Europea (FEADER¹⁹).

El PNOA responde a las exigencias de la *Directiva Inspire*, Directiva del año 2007, del Parlamento Europeo y del Consejo²⁰, que busca el establecimiento de una infraestructura de datos geográficos de Europa, para compartirlos entre los distintos agentes sociales que la precisen. En ella, se alude, entre otros datos espaciales relevantes en el ámbito del medio ambiente, a las ortoimágenes, como imágenes georreferenciadas obtenidas por satélite o por sensores aerotransportados.

Hemos de llamar la atención sobre el hecho de que la principal motivación de usar estos medios tecnológicos en la lucha contra este género de delincuencia es evitar la prescripción de tales delitos. Es necesario destacar, en este punto, que el CP fija ahora (en el art. 131.1 CP) en 5 años el plazo de prescripción de los delitos que venimos analizando. Todo ello ha dado lugar a que se imprima especial celeridad a este tipo de investigaciones, con el objetivo de descubrir y sancionar todas estas infracciones antes de que pueda alegarse su prescripción, que, en la práctica, está dando lugar a numerosas sentencias absolutorias²¹.

Evidentemente, cuando la construcción aún se está realizando no hay problema alguno, al no operar entonces la prescripción, y los propietarios de las construcciones son llamados a declarar en calidad de investigados.

Las ortofotos ofrecen una información muy valiosa a este respecto. Al poder fecharse las distintas actuaciones urbanísticas, permiten descartar la prescripción. Así, al

19. Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural.

20. Directiva por la que se establece una infraestructura de información espacial en la Comunidad Europea (Directiva 2007/2/CE).

21. Recuérdese, además, que las diligencias de investigación que realiza el Fiscal no interrumpen la prescripción.

superponer las fotos correspondientes a los distintos vuelos periódicos, podrá demostrarse su evolución. Los inspectores de urbanismo, incluso, son capaces de determinar, en atención a las ortofotos, no solo la evolución que pueda apreciarse en cada concreta construcción, sino, también, determinar volúmenes y extensiones basándose, únicamente, en las sombras que aparecen en ellas.

Por ello, su valor probatorio se vincula, más que a la ortofoto materialmente considerada, al informe que los peritos realicen al respecto, es decir, a la interpretación que una persona especializada, como es un Inspector de Ordenación del Territorio y Urbanismo, hace de la secuencia ortofotográfica, como recoge la jurisprudencia al respecto, muy abundante, de las Audiencias Provinciales²².

Al margen del recurso a las ortofotos, en la labor de investigación de estas conductas se realizan también desplazamientos de los técnicos inspectores de urbanismo y de la propia Guardia Civil, para observar las construcciones *in situ* y realizar allí las correspondientes diligencias de reconocimiento fotográfico, tanto desde dentro como desde fuera de las propias construcciones. Cuando los propietarios permiten el acceso, o hay una autorización judicial que supla esa falta de consentimiento del titular, no se plantean mayores problemas. Como parece evidente, esa autorización no se recaba para las visitas y fotos que pueden hacerse sin invadir el “domicilio”, o bien cuando se trata de una construcción no terminada, que todavía no puede considerarse como tal domicilio.

Distinta es la situación en que no se permite a los técnicos de urbanismo o a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad acceder a las parcelas. Es en este punto en el que hemos de traer a colación el análisis de otro medio de investigación tecnológica: el empleo de drones.

2. El empleo de drones

Sin tratarse de un recurso realmente nuevo, pues ya durante la Segunda Guerra Mundial fueron profusamente utilizados, lo cierto es que su moderno desarrollo presenta ahora un inmenso abanico de posibilidades de actuación, siendo su –prácticamente ilimitada– capacidad de adentrarse en espacios privados, solo uno de los ejemplos que pudieran ofrecerse a este respecto.

En el concreto ámbito que nos ocupa, el de la lucha contra los delitos urbanísticos, existen importantes reticencias al empleo de drones para sobrevolar parcelas en las que, se sospecha, se haya incurrido en conductas tipificadas en el CP. Cuando iniciamos nuestra investigación, desde la Fiscalía de delitos medioambientales nos referían cómo el uso de drones era utilizado de forma muy excepcional, precisamente por la afectación de derechos fundamentales que podía suponer.

No podemos ignorar, asimismo, que la actual normativa reguladora del uso de drones –Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el

22. *Vid.*, recientemente, la SAP de Pontevedra, 69/2017, de 31 de marzo, y la SAP de Murcia, 449/2016, de 15 de julio.

crecimiento, la competitividad y la eficiencia– prohíbe su empleo en espacios habitados. Si acudimos a la letra del art. 50.3 del citado Real Decreto-ley, que es el que contempla dicha limitación, su empleo queda restringido a “zonas fuera de aglomeraciones de edificios en ciudades, pueblos o lugares habitados o de reuniones de personas al aire libre”.

Como se aprecia, la normativa actual prohíbe el uso de drones en zonas habitadas, sin diferenciar si se trata de propiedades públicas o privadas. Además, puesto que dicha previsión parece obedecer a consideraciones de seguridad, es lógico que afecte también a aquellas zonas pobladas/habitadas de forma ilegal.

La normativa en cuestión (que carece, aún, de un reglamento de desarrollo que contribuya a aclarar las cuestiones más oscuras) regula el uso de aeronaves civiles pilotadas por control remoto únicamente para la realización de trabajos técnicos o científicos. Nada se contempla, en consecuencia, respecto de su empleo para otros menesteres, como pudiera ser la investigación de la presunta comisión de delitos.

Las dificultades en el empleo de VANT (vehículos aéreos no tripulados) o UAV (plataformas aéreas no tripuladas)²³ en el ámbito de la investigación penal contrasta con su auge en otros ámbitos, donde el empleo de drones suele reservarse para misiones de la “triple D”: *dull, dirty o dangerous*²⁴. En el campo de la cartografía, además, podría revestir especial interés, habida cuenta de que el perfil de usuarios que maneja y demanda información cartográfica se ha ampliado notablemente²⁵. Es evidente, además, que el empleo de naves no tripuladas supondría un considerable ahorro respecto de los gastos que ocasionan los vuelos fotogramétricos “tradicionales”.

Sin ser aún una realidad, puede constatarse que las próximas reformas en esta materia apuntan, precisamente, en la dirección expuesta. Existe ya, de hecho, un borrador para una nueva ley²⁶, que modificará el Real Decreto 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea, que permitirá el uso de UAVs en zonas urbanas.

V. EL DIFÍCIL ENCUADRE EN LA LECRIM DE LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN EXAMINADAS

Hemos, en este punto, de abordar los problemas que plantea el encuadre en nuestra actual Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím) de las diligencias de investigación que, en materia de delincuencia urbanística, hemos venido analizando.

23. Los drones son también conocidos como RPAs (por sus siglas en inglés, *Remotely Piloted Aircraft*) o UAVs (por sus siglas en inglés, *Unmanned Aerial Vehicle*).

24. MESAS CARRASCOSA y GARCÍA-FERRER PORRAS, “Los drones y sus aplicaciones a la ingeniería civil”, FENERCOM, Madrid, 2015, pág. 211. Documento accesible en: <https://www.fenercom.com/pdf/publicaciones/Los-Drones-y-sus-aplicaciones-a-la-ingenieria-civil-fenercom-2015.pdf>

25. “El uso de la cartografía se ha democratizado”, afirman MESAS CARRASCOSA y GARCÍA-FERRER PORRAS (“Los drones...”, *cit.*, pág. 211).

26. Su texto puede consultarse en la siguiente dirección web que facilita el Ministerio de Fomento español: <http://www.fomento.es/NR/rdonlyres/63ECAE3A-B29E-45A7-A885-D314153883EE/139826/RDRPAS27102016.pdf> (última consulta realizada el 17 de agosto de 2017).

Bien es sabido que, en los últimos tiempos –significativamente, en el año 2015–, nuestro legislador se ha propuesto adaptar nuestra decimonónica ley de enjuiciamiento a la realidad que la circunda. En algunos casos con más acierto y éxito que en otros, se han incorporado en el texto de la LECrim reformas de enjundia en materia de modernos medios de investigación tecnológica.

Sin embargo, y pese a la cercanía en el tiempo de la última de tales reformas, es llamativo que en la LECrim no se haya prestado una especial atención al uso de drones en la investigación de delitos. Tampoco se encuentra referencia alguna al recurso a las ortofotografías ni, en general, a las fotografías y grabaciones aéreas.

En el Libro II, el Título VIII de la LECrim, que regula las medidas de investigación que afectan al art. 18 CE, consagra sus Capítulos IV a IX a los modernos medios de investigación tecnológica. En lo que aquí interesa, el Capítulo VII contempla la utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización. Y es, precisamente, en este apartado en el que habría tenido cabida, como su lugar natural, la regulación del uso de drones y de ortofotografía digital. Sin embargo, no se incluye ninguna mención expresa a los mismos, por lo que se hace necesario realizar aquí una interpretación analógica respecto de los supuestos que sí aparecen expresamente previstos. Como en todo proceso interpretativo de esta naturaleza, surgen obstáculos importantes:

Ante la circunstancia de que el art. 588 *quinquies* LECrim no se refiera al uso de drones, ni a la fotografía o vídeos aéreos, pudiéramos ubicar dichas diligencias tanto dentro de la letra a) de dicho artículo (que se refiere a la captación de imágenes en lugares o espacios públicos) como en la letra b) del mismo (que regula la utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización). Sin embargo, tanto en uno como en otro caso, nos encontramos con alguna dificultad adicional. Examinemos ahora ambas posibilidades:

Si pretendemos, en primer término, que el empleo de drones o la realización de ortofotografías se enmarquen en la letra a) del art. 588 *quinquies*, no podemos ignorar que éste, en su redacción, habla de obtener y grabar imágenes de la persona investigada cuando esté en un lugar público, y no de la obtención y grabación de imágenes de “lugares”, que son los que a estos efectos nos interesarían.

Pese a que creemos que lo ideal sería que la norma aludiera expresamente a la posibilidad de grabar tanto lugares como personas, porque se ajustaría mejor a la realidad de esta diligencia de investigación, entendemos que su omisión es un obstáculo relativamente fácil de salvar, puesto que bastaría con entender que, puesto que se regula la grabación de personas en lugares públicos, también estos lugares van a aparecer en la grabación, lo que haría innecesaria –aun siendo, a nuestro parecer, deseable– una mención expresa al respecto.

Un problema adicional sería el de determinar si, en puridad, en este caso se trata de una verdadera grabación de lugares públicos, al haberse establecido –aun de forma ilegal– urbanizaciones de índole privada. A nuestro juicio, el mero hecho de tratarse de edificaciones realizadas en viales públicos le confiere tal carácter.

Por otro lado, si por lo que optamos es por concluir que estas diligencias son más fácilmente ubicables en la letra b) del citado art. 588 *quinquies*, que alude a la utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización, tampoco podemos

ignorar que, en la regulación de estas medidas de vigilancia y seguimiento policial, el artículo en cuestión habla, en todo caso, de “colocar” el dispositivo, lo que nos lleva a pensar que, más que al uso de drones –que, obvio es decirlo, no necesitan ser “colocados”-, el precepto se refiere, exclusivamente, al empleo de balizas de geolocalización o GPS, que sí son, en todo caso, objeto de “colocación”.

Desvirtuar de tal modo la letra de la ley que nos permita entender, pese a su literalidad, que también puede referirse al empleo de drones, nos parece un tanto forzado. En consecuencia, sin duda abogamos por reformar la redacción del precepto y darle cabida, ya de forma indubitada, a estas nuevas formas de investigación.

VI. PROBLEMAS ASOCIADOS AL VALOR PROBATORIO DE LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN EN MATERIA URBANÍSTICA

Por lo que respecta al valor probatorio de las diligencias de investigación que hemos venido examinando, es decir, al peso específico que –como prueba preconstituida y de cara a una eventual enervación de la presunción de inocencia– podrá otorgárseles en la fase de enjuiciamiento, es necesario realizar algunas consideraciones:

En primer lugar, ha de tenerse presente que las ortofotografías que aporten los respectivos organismos competentes contarán, como es evidente, con un carácter oficial, lo que incrementará su valor probatorio en el seno del proceso de que se trate. Precisamente por ello, sorprende el frecuente empleo, en las diligencias que practica la Guardia Civil para la realización de sus correspondientes informes, de imágenes obtenidas de *Google Earth*.

Al margen de que no se trata de una fuente que dote de oficialidad a esa información –a diferencia de lo que sucede con las ortofotos comentadas–, ha de llamarse la atención sobre lo fácil que resultaría impugnar la autenticidad de esos pantallazos. En tal tesitura, no habría otro remedio que realizar una verdadera pericial informática que aclarara tal extremo.

No obstante, y aunque eso sería lo esperable, la tónica dominante es, sorprendentemente, que la parte pasiva del proceso –a quien perjudica, en consecuencia, la aportación de tal pantallazo– no discuta su autenticidad. Con seguridad, esta situación deriva del generalizado y profundo desconocimiento –también, entre ciertos operadores jurídicos– acerca del valor que ha de conferirse a tales documentos, por más que nuestro TS, en los últimos tiempos, se haya propuesto advertir sobre ello²⁷.

VII. CONCLUSIÓN

La trascendencia de la lucha contra la “delincuencia urbanística” parece fuera de toda duda. No en vano –como señalara la Instrucción 4/2007 de la FGE, al considerarla como

27. *Vid.*, así, la celeberrima “sentencia del pantallazo”, STS 300/2015, de 19 de mayo.

una de las “facetas ambientales”-, la tutela penal de este supuesto es asumida, directamente, por la Constitución.

Nuestra investigación nos ha revelado cómo la Fiscalía asume, en la praxis, todo el peso de la fase de investigación de este género de delitos. Puesto que, desde el punto de vista técnico, surgen problemas diferentes a los que resultan habituales en la investigación de otro tipo de ilícitos penales, la investigación de estas conductas requiere de una formación y experiencia muy específicas, con las que –hemos visto– cuentan las secciones de las fiscalías especializadas en esta materia. Del mismo modo, siendo fundamental contar con una buena dotación de medios personales y materiales, se da la circunstancia de que dichas fiscalías disponen de recursos y personal a su disposición para realizar las necesarias labores de apoyo y de auxilio que en este ámbito específico se requieren. A este respecto, como bien destaca RUFINO RUS²⁸, mucho ha cambiado la situación desde que, en 1995, una Consulta de la FGE²⁹ confiara a la “audacia” y a las “dotes de improvisación” de los fiscales para suplir las importantísimas carencias con que se enfrentaban en la lucha contra los delitos medioambientales.

Al margen de las dificultades de tipo técnico que se enfrentan en la investigación de estas conductas, hemos podido constatar los problemas que surgen al tratar de conciliar dichas labores de investigación con el debido respeto a los derechos fundamentales a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio. Esa compleja pretensión de equilibrio se vuelve especialmente delicada en aquellos casos en que se recurre al empleo de modernos medios de investigación tecnológica, como los examinados en estas páginas. Y es, en este punto, donde surge el mayor problema que hemos detectado: la insuficiencia/inadecuación de la actual regulación del uso de dicha clase de medios en nuestro proceso penal.

Precisamente por ello, conscientes de los riesgos que el uso de drones comporta, su empleo para la investigación penal de delitos urbanísticos es meramente anecdótico. Son muchas sus potencialidades, pero también son considerables los riesgos de que su empleo origine problemas de ilicitud de prueba.

Así pues, entendemos que sería necesario llevar a cabo una reforma de la LECrim que abordase con decisión y detenimiento el uso de otros medios de investigación tecnológica, evitándose así las dificultades que derivan del recurso a interpretaciones analógicas. Del mismo modo, surge la necesidad de que dicha reforma vaya acompañada de un adecuado desarrollo reglamentario acerca de las condiciones de empleo de dichos medios en la investigación penal.

Todo lo anterior habrá de ir acompañado de una apuesta decidida por la formación específica de los distintos operadores jurídicos. Solo siendo conscientes de las bondades,

28. “La investigación preprocesal del Ministerio Fiscal en los delitos contra el medio ambiente. Referencia a medidas cautelares penales”, Jornadas de formación continuada de la carrera judicial. Encuentro de Fiscales y Jueces, foro de medio ambiente, celebradas los días 15 y 16 de marzo de 2010. http://www.juntadeandalucia.es/justicia/portal/adriano/.content/recursosexternos/formacion_juecesPonenJR.pdf

29. La Consulta número 2/1995.

pero también de los riesgos, que implica el uso de las nuevas tecnologías en la investigación criminal, podrán emplearse, interpretarse y valorarse los resultados que de ellas deriven de la forma más ajustada a derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- AMER MARTÍN, A., "El derecho a la intimidad y la prueba obtenida mediante drones", en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11152-el-derecho-a-la-intimidad-y-la-prueba-obtenida-mediante-drones/>
- ARIZA COLMENAREJO, M^a. J., "La utilización de drones como herramienta en la investigación penal", en *FODERTICS 4.0 (estudios sobre nuevas tecnologías y justicia): [IV Fórum de expertos y jóvenes investigadores en derecho y nuevas tecnologías, celebrado en la Facultad de Derecho de Salamanca, en 2015]*, Comares, 2015
- BOLDOVA PASAMAR, M. Á., *Los delitos urbanísticos*, Barcelona, 2007
- MESAS CARRASCOSA y GARCÍA-FERRER PORRAS, "Los drones y sus aplicaciones a la ingeniería civil", FENERCOM, Madrid, 2015, pág. 211. Documento accesible en: <https://www.fenercom.com/pdf/publicaciones/Los-Drones-y-sus-aplicaciones-a-la-ingenieria-civil-fenercom-2015.pdf>
- RUFINO RUS, J., "La investigación preprocesal del Ministerio Fiscal en los delitos contra el medio ambiente. Referencia a medidas cautelares penales", Jornadas de formación continuada de la carrera judicial. Encuentro de Fiscales y Jueces, foro de medio ambiente, celebradas los días 15 y 16 de marzo de 2010 (http://www.juntadeandalucia.es/justicia/portal/adriano/.content/recursosexternos/formacion_juecesPonenJR.pdf).