

PROPUESTA ALTERNATIVA DEL GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL SOBRE EL USO DE LA FUERZA POLICIAL —1ª PARTE. ACTUACIONES POLICIALES PREVENTIVAS—

En la reunión del Grupo de Estudios de Política Criminal, celebrada en Salamanca los días 25 y 26 de noviembre de 2011, se ha aprobado una propuesta alternativa de regulación del uso de la fuerza policial en actuación preventiva. La misma es la primera parte de una más general del Grupo sobre regulación de la fuerza policial que también aborda, en una segunda parte que será publicada en el próximo número de esta revista, las actuaciones policiales represivas.

«I. INTRODUCCIÓN

La presente propuesta de regulación de intervenciones policiales preventivas constituye una aspiración sin duda difícil a causa de la complejidad de la materia abordada, pero resulta necesaria e irrenunciable en un Estado social y democrático de Derecho. Entre los muchos ámbitos a tratar destacan los relativos a las diligencias de identificación y controles de documentación en la calle, los cacheos superficiales en los espacios públicos y los cacheos integrales en lugares reservados, las redadas, el cierre perimetral de espacios urbanos, los traslados a efectos de identificación y el uso de armas.

II. IDENTIFICACIÓN Y CONTROL DE DOCUMENTACION

La identificación se configura como una actuación policial recogida en el artículo 11 de la Ley Orgánica 2/86, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de

Seguridad del Estado. Incide en la libertad de la persona y, por tanto, supone una restricción amparada legalmente cuando se efectúa en los términos y con los fines normativamente previstos. Su regulación legal genérica se encuentra en la mencionada Ley Orgánica 2/86 y, de forma más concreta, en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, art. 20.

La propia dinámica de la actividad policial de identificación exige que el agente que la efectúa actúe con una cierta discrecionalidad, principalmente a la hora de seleccionar a la persona a identificar, pues un mal uso, o un uso sin control, pueden amparar conductas coactivas o ser utilizado para cumplir objetivos estadísticos. Para prevenir posibles abusos en su utilización, es necesario mejorar los niveles de concreción de los criterios de selección de la persona a identificar y de sus mecanismos. Por ello se realiza la siguiente **PROPUESTA**:

Adición de inciso al art. 20.1 LOPSC.

Se debe añadir un último inciso del siguiente tenor: «En ningún caso se podrán establecer controles indiscriminados por perfiles o rasgos étnicos o por cualquier otro criterio discriminatorio».

Nueva redacción de art. 20.3 LOPSC.

3. «En las dependencias a que se hace referencia en el apartado anterior se llevará un libro-registro en el que se harán constar las diligencias de identificación que no precisen traslado a dependencias policiales, así como los motivos y duración de las mismas, y datos de la persona identificada, en especial nacionalidad y origen. Se levantará acta de identificación, en la que se hará constar el número de identificación del agente/s que la efectúa, y se le entregará copia al identificado.

El Ministerio del Interior facilitará mensualmente en su página web información desagregada diferenciada por datos identificativos relevantes de todas las identificaciones realizadas y su motivación».

JUSTIFICACIÓN.

En identificaciones en lugares públicos es preciso controlar el sistema de selección, a fin de conseguir que solo se efectúen aquéllas que deriven de exigencias reales y no respondan a una prospección aleatoria, o sean utilizadas de forma coactiva o de acoso (reiteración de identificaciones por el mismo o mismos agentes) o que afecten a determinadas personas única y exclusivamente por razón de su origen o etnia. Para ello se considera adecuado y necesario tener acceso a los datos así como a las estadísticas que se deban elaborar no solo en relación a las personas identificadas sino también a los agentes identificadores, en un determinado periodo de tiempo, para controlar las que incidan en un tipo racial o social o en una persona concreta. Desgraciadamente, se observa en la práctica un grave incremento de los controles de identidad por criterios étnicos o sociales, que han sido denunciados en el 4º informe sobre España del ECRI (Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa).

El acta es precisa para que la persona identificada pueda documentar el hecho y el agente que lo ha realizado.

Con esta propuesta se garantiza un mayor respeto a los derechos de las personas sometidas a identificación, se evitan posibles controles con fines espurios, y se consigue un mayor control de los que se están realizando así como de los parámetros generales en los que se desarrollan.

Adición de nuevo art. 20.5 LOPSC.

5. «Las instrucciones, circulares y cualquier resolución de carácter general que incida en la identificación de personas dictadas por policías estatales, autonómicas y locales se harán públicas y, en todo caso, serán de libre acceso en la página web de las respectivas instituciones».

JUSTIFICACIÓN.

Conseguir transparencia y conocimiento de la normativa interna en materia de identificación policial constituye una necesidad para garantizar su correcta aplicación.

III. REDADAS Y CIERRES PERIMETRALES

III. 1. LAS REDADAS

En el ordenamiento jurídico vigente no existe base alguna que permita o justifique las redadas. Tal práctica policial, sean redadas para detenciones, sean redadas para identificaciones o redadas para cacheos, resulta contraria no solo a la prohibición de la arbitrariedad de los agentes policiales (artículo 9.3 de la Constitución Española) sino también a la presunción de inocencia y, desde luego, al derecho fundamental de libertad. Las redadas se caracterizan porque un numeroso grupo de agentes de policía despliega su actuación de control de manera indiscriminada y arbitraria sobre un elevado número de personas. Desde esta perspectiva, parece insuficiente la regulación del art. 11.1 letra g) de la L.O. 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que actualmente atribuye a las mencionadas fuerzas y cuerpos de seguridad las funciones de «Investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes».

III. 2. LOS CIERRES PERIMETRALES

El análisis y la propuesta que se realiza en esta materia está ceñida a los cierres perimetrales que buscan impedir, dificultar o disuadir el ejercicio libre de determinadas actividades, en especial la prostitución en zonas públicas. Mediante tales cierres se trata de impedir el acceso tanto a los clientes como a las personas que la ejercen. Su práctica consiste en el cierre total del espacio -calle o calles, parques- a la libre circulación y estancia de las personas, lo que se realiza acosando policialmente, mediante requerimientos de identificación, a las personas que ejercen la prostitución y a los clientes.

En general, unas veces se impide el acceso a todos los que no justifiquen residir en la zona, otras se impide la circulación de vehículos de no residentes o se cierra totalmente el espacio a la circulación de vehículos. No parece discutible que al menos los cierres perimetrales de «acoso preventivo o disuasorio» deberían estar prohibidos. Por ello se realiza la siguiente **PROPUESTA:**

Adición de un párrafo segundo al art. 11.1. g) de la LOCFS.

«En ningún caso, se podrán practicar redadas a los fines prevenidos en el párrafo anterior, ni cierres perimetrales por cualquier razón distinta de la protección de la vida o salud de las personas».

JUSTIFICACION.

Las redadas no solo afectan a la presunción de inocencia, sino que inciden intensamente en los derechos fundamentales a la libertad y a la intimidad, y vacían el valor constitucional de la dignidad de las personas y colectivos.

Además, las redadas suponen una vulneración del artículo 9.3 de la Constitución, ya que vienen a permitir la arbitrariedad de los agentes de policía –mejor dicho de las autoridades policiales que las ordenan– y, desde luego, las redadas policiales resultan expresivas de prácticas discriminatorias que atentan al artículo 14 de la Constitución, puesto que se articulan discriminando a personas o colectivos por sus condiciones o circunstancias personales o sociales, lo que se evitaría con su prohibición.

Estas intervenciones actualmente se acostumbran a realizar de modo indiscriminado sobre grupos de personas (jóvenes o personas de aspecto marginal) en lugares que los agentes de policía califican como “conflictivos o sospechosos”.

Las pretendidas justificaciones policiales que se suelen utilizar para defender tales actuaciones: «lucha contra la delincuencia», «búsqueda de objetos procedentes del delito», «búsqueda de requisitoria judiciales o sometidos a órdenes policiales de detención», «identificación de sospechosos de actividades ilícitas» e «incautación de drogas», además de ser respuestas estereotipadas a un formulario, son claramente insuficientes. Por mucho que las autoridades policiales (comisarios jefes de comisarías, jefes superiores de policía) traten de justificar las órdenes de práctica de las redadas en la genérica función de prevención de la delincuencia, a lo que en algunos casos añaden la identificación de delincuentes buscados (requisitoria), la recuperación de objetos robados-hurtados, y la incautación de droga a los consumidores que acuden al poblado marginal, la realidad es que no existe una verdadera razón que las ampare o permita, lo que aboga claramente por su prohibición.

En cuanto a los cierres perimetrales, se trata de asegurar que los derechos fundamentales de las personas que se ven afectados por estos tengan un nivel mínimo de protección frente a esta práctica, limitando la misma, única y exclusivamente, a los supuestos que claramente lo justifican por suponer un claro peligro para la vida o salud de las personas. Con esta regulación, se permiten los cierres de zonas públicas (calles o espacios públicos) por razones de catástrofes o de la comisión de delitos de especial gravedad (terrorismo, atracos con toma de rehenes, francotiradores atrincherados en una vivienda), hechos que durante el tiempo necesario amparan su adopción, pero se impide su práctica para cualquier otro fin.

Esta prohibición no incide en la regulación de la circulación de vehículos por determinadas zonas, puesto que las ordenanzas municipales pueden establecer el cierre de zonas o calles al tráfico de los mismos.

IV. TRASLADOS A EFECTOS DE IDENTIFICACIÓN

El art. 20 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Seguridad Ciudadana, permite, en su núm. 2, a los agentes, en aquellos supuestos en los que no se logra la identificación de personas por cualquier medio y cuando resulte necesario a tales fines, a requerir «a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a dependencias próximas y que cuenten con medios adecuados para realizar las diligencias de identificación, a estos solos efectos y por el tiempo imprescindible» y refuerza dicha cláusula en el núm. 4 del mismo cuando señala que «En los casos de resistencia o negativa infundada a identificarse o a realizar voluntariamente las comprobaciones o prácticas de identificación, se estará a lo dispuesto en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal», lo que sin duda permite inferir que la negativa a dicho traslado puede desencadenar un delito de resistencia o desobediencia.

Como ha afirmado el Tribunal Constitucional, en sentencia de 18 de noviembre de 1993, esta medida supone una situación que ha de ser considerada como una modalidad de privación de libertad. Por ello, su regulación debe ser más precisa y restrictiva que lo actualmente previsto en el precepto citado.

En esta línea, se realiza la siguiente **PROPUESTA**:

Nueva redacción del art. 20.2 de LOPSC.

2. «De no lograrse la identificación por cualquier medio o causa, ajeno totalmente a los mecanismos tecnológicos que se pudieran emplear, y cuando resulte necesario a los mismos fines del apartado anterior, los agentes, para impedir la comisión de un delito o falta o sancionar una previa infracción administrativa, podrán requerir, previa información clara y expresa, a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a dependencias próximas, y que cuenten con medios adecuados para realizar las diligencias de identificación, a estos solos efectos y por el tiempo imprescindible que no podrá superar más de cuatro horas. En ningún caso se podrá adoptar dicha medida si la persona requerida facilita algún dato que de alguna manera posibilite su identificación o informa del lugar en el que se encuentra ésta, en cuyo caso antes de proceder al traslado a la dependencia policial los agentes acompañarán a la persona al domicilio o lugar en el que se encuentra la misma.

De las diligencias de identificación que precisen traslado a dependencias policiales se elaborará, por los agentes que la efectúen, una minuta, haciendo constar los datos de la persona identificada, motivo del traslado, duración exacta de permanencia en la dependencias policiales, y si la identificación tuvo relevancia en una investigación penal o policial, concretando las diligencias policiales y judiciales si el hecho estuviera judicializado. En ningún caso se podrá tomar declaración ni interrogar a la persona trasladada sobre dato alguno distinto del de su filiación.

En las dependencias a que se hace referencia en el apartado anterior se llevará un libro-registro en el que se harán constar las diligencias de identificación realizadas en aquéllas».

JUSTIFICACIÓN

Es necesario distinguir entre identificación en la vía pública con inmovilización, e identificación mediante traslado a centro policial, que exigen un diferente tratamiento dado que la segunda incide con más intensidad en el derecho a la libertad de la persona. Por ello, se debe ser muy escrupuloso en los límites y garantías que la acompañan. Las identificaciones con traslado, en línea con lo afirmado por el Tribunal Constitucional, son cuasi detenciones, por lo que es lógico que se realice una regulación muy precisa de las mismas.

En este sentido, no se puede olvidar que el Tribunal Constitucional ha afirmado en la ya mencionada sentencia de 18 de noviembre de 1993, en su fundamento de derecho 5, que el art. 17.1 CE no concibe la libertad individual como un mero derecho absoluto y no desprovisto de restricciones y que la orden o requerimiento para el desplazamiento con fines de identificación a dependencias policiales no podrá dirigirse a cualesquiera personas que no hayan logrado ser identificadas, supuesto en el que la gravosidad de la medida impondría un juicio de inconstitucionalidad por desproporcionalidad manifiesta frente a esta previsión.

También hay que tener en cuenta que la Instrucción **12/2007 de la Secretaría de Estado de Seguridad** en su regla sexta señala de forma general como particularidades del procedimiento de identificación regulado en ese art. 20.2 que: "1) La práctica de la identificación mediante el traslado a las dependencias policiales supone una restricción del derecho de libertad ambulatoria y, en consecuencia, la Ley prevé su utilización sólo en aquellos supuestos en los que no pueda conseguirse por otros medios y resulte necesaria para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad encomendadas a los agentes; 2) dichos agentes sólo podrán requerir a quien no pudiera ser identificado a que les acompañe para tal fin a dependencias policiales, en los supuestos establecidos en el citado artículo 20.2; 3) la dependencia policial será la más próxima que cuente con posibilidades y medios para realizar la identificación, debiendo realizarse la misma de manera inmediata y sin dilación alguna y, por lo tanto, no prolongándose bajo ningún concepto más del tiempo imprescindible para dicho fin; 4) siempre se informará a la persona de las razones del requerimiento y su justificación legal, así como de su derecho a no informar de otros datos distintos a los necesarios para su identificación; y 5) todas las diligencias de identificación realizadas en las dependencias policiales, así como sus motivos y duración, deberán constar en el libro-registro que habrá de llevarse en aquélla y que estará, en todo momento, a disposición de la Autoridad Judicial competente y del Ministerio Fiscal".

Del contenido de la sentencia del Tribunal Constitucional y de la Instrucción mencionada se infiere claramente la necesidad de una propuesta como la aquí realizada, que establezca dentro de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana de forma expresa unos mínimos tales como una limitación temporal máxima de no más de 4 horas, la obligación de los agentes de informar previamente al requerido de forma expresa, la utilización de cualquier otra posibilidad de identificación menos lesiva para la libertad de las personas y un efectivo control de dicha actuación.

V. CACHEOS

Cachear es registrar, y su particularidad reside en que en él la dinámica de registrar se articula, en la gran mayoría de los casos, mediante acciones consistentes en palpar o tocar manualmente la superficie exterior del cuerpo de una persona y de sus ropas o efectos como bolsas, maletines, cajas, etc., que la persona tiene en su posesión. Por lo tanto, quedan fuera de este concepto las llamadas intervenciones corporales afectantes a los orificios del cuerpo, a la extracción de sangre, cabellos, o las tomas de orina u otras muestras corporales.

Ni el art. 104 de la Constitución Española, ni el art. 11 de la L.O. 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ni el art. 19 de la L.O. 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, proporcionan una cobertura legal específica, concreta y taxativa sobre la injerencia policial que apareja el cacheo, lo que sin duda es insatisfactorio.

Fruto de la experiencia empírica, dimanante de los atestados policiales y de las denuncias de los ciudadanos, es posible apreciar las siguientes clases de cacheos.

A) Cacheo en espacios públicos abiertos o cerrados.

Este tipo de cacheo se acostumbra a practicar en las calles, bares y discotecas. A su vez, se pueden distinguir dos clases:

1. Cacheo prospectivo.

Se produce cuando el agente de policía, sin motivo razonable alguno, actúa sobre una persona, a la que aborda, requiere su identificación y la somete a cacheo. Está dominado por la arbitrariedad del agente de policía. Se despliega para ver si se encuentra “algo” en el cacheado. Y si se localiza algo se pretende justificar la actuación por “el haberse encontrado algo”. Se caracteriza por la ausencia de sospecha fundada o indicio racional que lo justifique y por ser expresivo de prácticas de acoso policial, que se pretenden defender como prácticas de prevención de la delincuencia. El cacheo prospectivo debe estar prohibido, ya que la arbitrariedad de los agentes públicos aparece proscrita por el artículo 9.3 de la Constitución Española, de ahí que se contemple su prohibición.

2. Cacheo preventivo.

Se produce cuando el agente de policía actúa sobre una persona a la que aborda, requiere su identificación y somete a cacheo por estimar que puede estar en disposición de cometer un hecho delictivo.

Esta clase de cacheo se ha tratado de justificar en base a los ya mencionados artículos 104 de la C.E., 11 de la L.O. 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y 19 de la L.O. 1/1992 de Seguridad Ciudadana. Ahora bien, el tenor literal de los arts. 11 y 19 de las indicadas leyes no puede ser interpretado sin ponderarlo con los derechos fundamentales a la libertad y a la intimidad. De ahí que la actuación preventiva ha de estar justificada racionalmente, por lo que no bastarán las meras sospechas o conjeturas. Una interpretación ponderada y atenta al principio de proporcionalidad exige que la práctica del cacheo preventivo quede sujeta a requisitos legales, fijados sobre la necesidad de indicios o sospechas fundadas

de que la persona concreta puede tener relación con el supuesto de hecho subsumible en el marco de la prevención.

B) Cacheos post-delictivos.

Esta clase de cacheos se producen cuando la persona es informada por los agentes de policía de que se va a proceder a su detención y se le dice que queda detenida. Tal tipo de cacheos, en la práctica policial, engloba dos finalidades: 1. Garantizar la seguridad de los agentes y del detenido, 2. Buscar posibles piezas de convicción o instrumentos o efectos del delito. A su vez, este tipo de cacheos se acostumbra a realizar en el lugar donde la persona es detenida así como en sede policial. Su práctica en sedes policiales puede aparejar el requerimiento de que la persona se someta a desnudo integral.

Por todo lo expuesto, es necesario articular una regulación tasada de los cacheos y su práctica. En esta línea se realizan las siguientes **PROPUESTAS:**

Primera. Adición al art. 11.1.f de la LOCFS.

f. «Prevenir la comisión de actos delictivos. Para tal prevención, solo se podrán practicar cacheos sobre las personas cuando existan indicios fundados de que se hallan en disposición objetiva de poder cometer un delito. Su práctica, limitada exclusivamente a la detección del objeto vinculado al delito que se está en disposición de cometer, deberá respetar en todo caso la dignidad de la persona. Si el agente de policía acuerda practicar el cacheo deberá extender minuta en la que se motiven los datos concretos y razones justificativos del cacheo. En ningún caso se podrán practicar cacheos prospectivos».

JUSTIFICACIÓN.

La complacencia con las obsesiones securitarias solo conduce a la paulatina jibarización de los derechos fundamentales de las personas y a la consagración de la arbitrariedad, máxime cuando, en materia de cacheos, no existe una regulación legal taxativa sobre su práctica por los agentes de policía. Por ello, debe establecerse una normativa estricta sobre su práctica que tenga en cuenta las diferentes modalidades de cacheos, excluyendo claramente los prospectivos.

En suma, el cacheo preventivo que posibilita este artículo solo puede entenderse acomodado a parámetros constitucionales cuando por datos objetivos se pueda razonablemente sospechar que la persona concreta está relacionada con un hecho criminal (delito o falta). La mera relación con una infracción administrativa no puede justificar el cacheo preventivo.

En base a todo ello, está más que justificada la propuesta que se realiza, que exige que «Su práctica, limitada exclusivamente a la detección del objeto vinculado al delito que se está en disposición de cometer, deberá respetar en todo caso la dignidad de la persona». Se trata de introducir unas exigencias mínimas e imprescindibles para admitir una actuación que afecta claramente a derechos fundamentales de la persona. La misma ha de ajustarse a requisitos legales y habrá de durar el tiempo mínimo, puesto que conlleva una detención policial afectante al menos a la libertad de deambulación. Deberá practicarse sin someter al cacheado a postura alguna, y se limitará a requerir que el afectado muestre (enseñe) los objetos que porta en sus ropas o bolsas, y a una palpación manual externa del cuerpo y vestimenta.

Para controlar su adecuada práctica, el agente de policía deberá extender la correspondiente minuta del cacheo realizado.

Segunda. Adición de un segundo párrafo al art. 19.1 de LOPSC.

«Únicamente se podrán practicar cacheos en las personas y registros en los objetos para la ocupación de efectos o instrumentos susceptibles de ser utilizados en acciones ilegales, cuando existan indicios fundados de que las personas ocultan tales efectos ó instrumentos. Los agentes deberán extender minuta en la que se motiven los datos concretos, razones justificativas y resultados del cacheo y registro, y entregará copia al afectado».

JUSTIFICACIÓN.

En línea con la propuesta anterior, con ésta se pretende destacar que el cacheo para la ocupación de efectos o instrumentos susceptibles de ser utilizados en acciones ilegales sólo es admisible si se cumple el requisito previo básico de la existencia de indicios o sospechas fundadas, y reforzar, de cara a controlar su adecuada práctica, que el agente de policía deberá extender la correspondiente minuta del cacheo realizado. Se trata de establecer el deber de motivación fáctica en su actuación para así evitar la arbitrariedad y, a su vez, garantizar que la persona afectada conoce los motivos por lo que se le somete a tal injerencia.

Tercera. Nueva redacción del art. 19.2 LOPSC.

2. «Los agentes de policía únicamente podrán practicar cacheos personales o registros en los objetos cuando existan indicios fundados de que las personas hayan intervenido en un hecho delictivo. Cuando los agentes de policía acuerden practicar el cacheo de una persona deberán extender minuta correspondiente en los términos previstos en el art. 19.1 último párrafo. El resultado de la diligencia se pondrá de inmediato en conocimiento del ministerio fiscal, y del juez de instrucción.

El Ministerio del Interior facilitará mensualmente en su página web información desagregada diferenciada por datos identificativos relevantes de todos los cacheos realizados y su motivación».

JUSTIFICACIÓN.

Con esta propuesta se concretan de forma más taxativa los supuestos en los que se pueden realizar los cacheos para el descubrimiento y detención de los intervinientes en hechos delictivos. El requisito de informar a las personas de la razón por la cual son abordadas y cacheadas conforma una exigencia básica en una sociedad democrática y resulta imprescindible para que los agentes policiales acomoden sus tareas de prevención e investigación a parámetros elementales de actuaciones regladas por la necesidad y proporcionalidad.

Invocar genéricamente la profesionalidad y experiencia de los agentes policiales, para así justificar la ausencia de regulación específica y tasada sobre cuándo, cómo y dónde desplegar prácticas de injerencias en derechos fundamentales, implica pretender que los agentes policiales puedan actuar arbitrariamente, invocando como simples sospechas afirmaciones ilógicas, irracionales y arbitrarias.

En cuanto a la extensión de minuta policial como deber de los agentes cuando decidan tales prácticas, resulta, en línea con lo ya propuesto anteriormente, un requisito normal para así documentar la motivación de la injerencia y a su vez proporcionar a las personas afectadas el conocimiento de las razones fundadas de su práctica. La extensión de minuta policial, y entrega de copia a la persona afectada, no supone dificultad alguna para los agentes, tal como pone de relieve la práctica de las denuncias por infracciones de tráfico o infracciones administrativas de reglamentos generales o de ordenanzas municipales.

La publicación en la página web del Ministerio del Interior de información desagregada diferenciada por datos identificativos relevantes de todos los cacheos realizados y su motivación permite un mayor control de los que se están realizando, así como de los parámetros generales en los que se desarrollan.

Cuarta. Nuevo art. 19.3 de LOPSC.

3. «Para el descubrimiento y detención de los intervinientes en un hecho delictivo de especial trascendencia y para la recogida de los instrumentos, efectos o pruebas del mismo, se podrán establecer controles en las vías, lugares o establecimientos públicos, en la medida indispensable a los fines de este apartado».

JUSTIFICACIÓN.

El art.19.3 de LOPSC propuesto corresponde íntegramente con una parte del contenido del vigente núm. 2. Se produce, en consecuencia, un cambio sistemático que permite otorgar al precepto una mayor lógica y coherencia interna.

VI. USO DE ARMAS

Nos encontramos ante el espacio en el que se pueden producir las más graves consecuencias por el empleo de la fuerza policial, ya que en última instancia se puede ocasionar la muerte de alguna persona. Dicha importancia ha sido ignorada por el legislador, que únicamente ha dedicado a esta cuestión de forma específica la letra d) del art. 5 de la Ley Orgánica 2/1986, de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad. Dicha regulación adolece de un marco normativo acorde con los bienes jurídicos en juego.

No se puede olvidar que en ocasiones los miembros de los diversos cuerpos policiales hacen uso mortal de armas de fuego al ejercer las labores propias de sus cargos, lo que nos puede situar ante tipos penales de homicidio o lesiones y corresponde, en última instancia, a los jueces y tribunales determinar si estamos o no ante una conducta justificada. Como prueba de la evidente anomia normativa existente en la materia la Dirección General de la Policía dictó en el año 1983 una circular sobre la utilización de armas de fuego reglamentarias por los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado la cual, tras reconocer la importancia del tema, establece un relevante conjunto de reglas carentes del rango normativo que realmente deberían tener. Dicha circular se completa con la 12/1987, de 3 de abril, de la Subdirección General Operativa de la Dirección General de la Policía.

Sobre esta premisa, y sin desconocer que el uso de armas eleva a la máxima potencia la tensión característica que media entre policía de seguridad y derechos fundamentales, tensión que en este caso afecta, ni más ni menos, a la vida y a la integridad física, se realiza la siguiente **PROPUESTA**:

Nueva redacción de art. 5, letra d), de LOFCS.

d). «Solamente deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas, y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior.

No obstante lo anterior, las armas de fuego reglamentarias se tienen que utilizar de acuerdo con el principio de excepcionalidad. En cualquier caso, y siempre que sea posible, el uso del arma de fuego ha de ir precedido de conminaciones y advertencias dirigidas al agresor para que abandone su actitud, y de que se halla ante un agente de la autoridad.

Si el agresor continua o incrementa su actitud atacante a pesar de las conminaciones se debe utilizar el arma por este orden, disparos al aire o al suelo para que deponga su actitud y, únicamente cuando no exista otra posibilidad, disparos sobre partes no vitales del cuerpo del agresor, atendiendo siempre al principio de que el uso del arma cause la menor lesividad posible y no ponga en peligro la vida o la salud de terceros.

En los supuestos de fuga el arma, en los mismos términos del párrafo anterior, sólo se podrá utilizar cuando el presunto delincuente emplee violencia o intimidación, conste además la extrema peligrosidad del que huye por hallarse provisto de algún arma de fuego o instrumento análogo de forma que pueda poner en peligro la vida o la salud de las personas, y se esté ante delitos graves.

Únicamente se podrá disparar contra partes vitales del cuerpo del delincuente cuando sea absolutamente inevitable y claramente justificable para preservar la vida o la salud de los agentes o de terceras personas y dicha actuación sea proporcionada.

Siempre que se hayan producido disparos contra las personas, cualquiera que fuere el tipo de intervención policial, ello se deberá poner en conocimiento del ministerio fiscal».

JUSTIFICACIÓN.

Dada la importancia y trascendencia del empleo y uso de armas de fuego, su regulación no puede quedar al arbitrio de circulares u órdenes internas, en algunos casos de difícil conocimiento. Es necesario que una ley, que habrá de ser de rango orgánico por los bienes jurídicos afectados, regule como mínimo los aspectos básicos y más frecuentes que su utilización conlleva. El respeto de los principios de proporcionalidad, estricta necesidad y excepcionalidad deben ser elementos nucleares de esta regulación. La reforma que se propone trata de formular pautas precisas que garanticen la vida de las personas y la seguridad de actuaciones policiales de tanta intensidad.

La necesidad de concretar de forma clara los supuestos en los que la fuerza policial de modo excepcional debe acudir al uso de armas es acorde con los principios básicos sobre

el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptados en el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana en septiembre de 1990. En su disposición general primera señala que «Los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley adoptarán y aplicarán normas y reglamentaciones sobre el empleo de la fuerza y armas de fuego contra personas por parte de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Al establecer esas normas y disposiciones, los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley examinarán continuamente las cuestiones éticas relacionadas con el empleo de la fuerza y de armas de fuego». En cualquier caso, dicha concreción constituye una exigencia de todo punto irrenunciable.

Asimismo, la propuesta aquí concretada es acorde con las recomendaciones del Código europeo de ética policial, Recomendación 10 (2001) del Comité de Ministros adoptada el 19 de septiembre de 2001.

Por otra parte, esta regulación del uso de armas no desconoce el contenido del art. 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que, en relación con el derecho a la vida, afirma que «1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena. 2. La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) En defensa de una persona contra una agresión ilegítima. b) Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente. c) Para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección».

Se trata sin duda de una propuesta razonable que ya ha encontrado otros precedentes en España, como el Código de ética de la policía de Cataluña (DOGC de 17 de noviembre de 2010), que regulaba de forma detallada el uso de armas, pero que ha sido dejado sin efecto por resolución de 26 de enero de 2011.

Parece obvio que ante incidentes en los que se han producido disparos por arma de fuego contra las personas, con independencia del resultado, deba tener conocimiento al menos el ministerio fiscal.

VII. AGENCIA DE SUPERVISIÓN DE ACTUACIONES POLICIALES.

La efectividad de la regulación propuesta se verá reforzada si se prevé una institución encargada de evaluar la realidad y la regulación vigente, de analizar las diversas actuaciones policiales y de establecer protocolos de actuación. Por ello se realiza la siguiente **PROPUESTA**:

Adición de un nuevo Título VI a la LOCFS.

«Título VI. De la Agencia de Supervisión de Actuaciones Policiales.

Art. 55. La Agencia de Supervisión de Actuaciones Policiales es un ente de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad jurídica, que actúa con plena independencia de las administraciones públicas en el ejercicio de sus funciones. Se regirá por lo dispuesto en la presente ley y en su estatuto. Estará integrada: por un juez o magistrado a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, un representante del ministerio fiscal, designado por el Fiscal General del Estado, un representante del Consejo General de la Abogacía

Española y dos miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, designados por el Ministerio del Interior.

Sus funciones son:

1. Evaluar la adecuación de las diversas actuaciones policiales preventivas, identificaciones, cacheos, detenciones, uso de armas o cualquier otra que conlleve empleo de fuerza, violencia o intimidación, y que hayan sido objeto de reclamación ante la Agencia.
2. Dictar, en el marco de la normativa vigente, protocolos o directrices a las que deban adecuarse las actuaciones policiales preventivas.
3. Evaluar y publicar trimestralmente la evolución de las diversas actuaciones policiales preventivas, analizando, entre otros, los datos publicados por el Ministerio del Interior.
4. Proponer medidas correctoras de posibles desviaciones en las actuaciones policiales preventivas.
5. Emitir informes sobre las instrucciones, circulares, resoluciones y cualquier otro tipo de disposiciones de carácter general que regulen la actuación de la fuerza policial. En este último caso los informes serán preceptivos no vinculantes».

JUSTIFICACIÓN.

La creación de la Agencia de Supervisión de Actuaciones Policiales pretende garantizar una correcta valoración de las actuaciones llevadas a cabo por los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad, facilitar la elaboración de reglas claras y precisas en una materia tan sensible, y analizar la situación y regulación actual y futura, favoreciendo una más garantista y eficaz actuación policial. Por otra parte, proporcionará una mayor seguridad para los integrantes de los mencionados cuerpos y fuerzas de seguridad, que tendrán mejores parámetros de referencia en relación con sus intervenciones».

CONGRESO SOBRE DELINCUENCIA URBANÍSTICA Y CORRUPCIÓN POLÍTICA¹

Los días 15 y 16 de diciembre de 2011, tuvo lugar en el Paraninfo de la Facultad de Derecho de Granada la celebración del “**Congreso sobre delincuencia urbanística y corrupción política**” que, bajo la dirección del Prof. Dr. Dr. h. c. mult. D. Lorenzo Morillas Cueva, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Granada y coordinación del Prof,

¹ La información de este Congreso ha sido realizado por las relatoras del mismo: Profa. Dra. Eva M^a Domínguez Izquierdo. Profesora de Derecho Penal de la Universidad de Jaén; María José Sánchez Robert. Investigadora en el Proyecto de Investigación de Excelencia de la Junta de Andalucía “Corrupción política y criminalidad urbanística” y Belén Macías Espejo. Investigadora del Grupo de Investigación “Profesores de Derecho Penal de la Universidad de Granada”

Dr. D. José María Suárez López, Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Granada, fue organizado por el Proyecto de Investigación de Excelencia de la Junta de Andalucía “Corrupción política y criminalidad urbanística” (SEJ 03113).

La inauguración del Congreso tuvo lugar, ante un nutrido grupo de asistentes que coparon el auditorio, a las 10.00 h. del día 15 de diciembre, contando con la presencia del Excmo. Sr. D. Francisco González Lodeiro, Rector Magnífico de la Universidad de Granada, así como con el Ilmo. Sr. D. Juan López Martínez, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada y el Prof. Dr. Dr. h. c. mult. D. Lorenzo Morillas Cueva, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Granada.

La Conferencia inaugural, bajo el título “**La independencia judicial**”, estuvo a cargo del Excmo. Sr. D. Lorenzo del Río Fernández, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y giró sobre la idea central de que la justicia ha de ejecutarse con total independencia en aras de garantizar el ejercicio legítimo de los principios recogidos en nuestra Carta Magna. Haciendo mención expresa a diferentes casos que, sobre delincuencia urbanística, están siendo o han sido desarrollados por nuestros tribunales, insistió en la independencia como máxima de una justicia esencial, irrenunciable y universal, identificable con el medio para garantizar la confianza de la sociedad en las leyes. Desde este punto de partida, el ponente incidió en las diferencias entre la independencia del juez y la del poder judicial en su conjunto, para así llegar a las dos facetas de la justicia independiente: la justicia funcional o jurisdiccional que centra sus postulados en la necesidad de que la actuación de los jueces se ejerza libre de influencias y la justicia orgánica o institucional que se fundamenta en la separación de poderes, aun cuando esta última se vea algo turbia en la actualidad, por su vinculación al poder legislativo

A continuación, el Prof. D. José Luis Díez Ripollés, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Málaga, intervino con la ponencia “**El macroproyecto urbanístico. Los Merinos Norte: Un análisis socio-jurídico**”. En ella realizó un análisis exhaustivo del macroproyecto urbanístico “Los Merinos Norte”, exponiendo, con un método descriptivo, la investigación llevada a cabo hasta 2008 por importantes profesionales en la materia y organizó la abundante información recopilada utilizando tanto el criterio temporal como el temático. La mencionada investigación parte de dos hipótesis: los indicios de una importante influencia empresarial para llevar adelante el proyecto y los síntomas de que este macroproyecto se diseñaba dentro de la Reserva de la Biosfera y sin suficientes recursos hídricos.

En su intervención destacó la maleabilidad del procedimiento administrativo, en el sentido de que se han tolerado ataques a la seguridad jurídica. Así, señaló que el Plan Parcial de Ordenación tardó en publicarse más de diez años y que la secuencia del planeamiento se está viendo aún alterada; que no han existido controles de legalidad; cómo el protagonismo de la oposición ciudadana ha jugado un papel muy importante, que quizá no ha sido oportunamente tratado por parte de la Administración y, finalmente, cómo se produce un cruce entre la función pública y la privada.

Continuó esta primera mañana de Congreso con la intervención de Dña. Mirentxu Corcoy Bidasolo, Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona. En su Ponencia, "**La incidencia del principio non bis in idem ante ilícitos urbanísticos**" hizo alusión a la contradictoria Jurisprudencia constitucional en lo que se refiere al entendimiento del principio *non bis in idem* material y procesal, cuando existe una sanción administrativa y, posteriormente, otra penal, partiendo de la STC 177/1999, que, en su opinión, marca un antes y un después en esta materia.

Señaló, igualmente, la amplitud que, en el marco de la Jurisprudencia del TEDH, se está otorgando al concepto *non bis in idem*, (destacando muy especialmente la STEDH de 10 de febrero de 2009) y que, estima, podría originar que la Administración pudiera controlar el sistema judicial.

Destacó, en lo que respecta a los delitos urbanísticos que, en este ámbito, se produce una clara infracción del principio *non bis in idem*, debido a distintos factores. Así, puso de relieve, cómo la normativa administrativa contempla infracciones, e incluso sanciones, más graves que el propio Derecho Penal y cómo en lo referente a los elementos del delito - pensemos en los sujetos activos o el propio objeto material- existen discrepancias tanto doctrinales como jurisprudenciales acerca de si deben primar los conceptos que nos brinda la Ley administrativa o bien una perspectiva material propia del ámbito penal, de modo que haría falta una armonización para evitar esta situación confusa. Incluso, según advertía, en relación al bien jurídico protegido existen divergencias, ya que se habla, desde algunas posiciones, del cumplimiento de la normativa administrativa (lo que implicaría una identidad de fundamento jurídico), de la función social de la propiedad, desde otras, y, finalmente, del medio ambiente urbano. Siendo que, sólo desde esta última perspectiva del objeto protegido, podría surgir una auténtica diferenciación entre la normativa administrativa y el Derecho Penal.

La sesión de tarde se inició con la ponencia **“La protección penal del patrimonio histórico”**, a cargo del Prof. D. Juan José González Rus. Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Córdoba, quien, partiendo del mandato contenido en el art. 46 CE, considera que la protección del patrimonio histórico, cultural y artístico, no ha de llevarse a efecto necesariamente, mediante la tutela penal, sino únicamente cuando hayan fracasado otros medios, básicamente las normas urbanísticas contenidas en Derecho Administrativo y a través del ejercicio de sus potestades sancionadoras.

Partiendo del respeto al principio de intervención mínima así formulado, el profesor realizó un exhaustivo análisis de los tipos penales que se dirigen a la protección del patrimonio histórico, distinguiendo, de una parte, los daños al patrimonio histórico en sí mismos considerados y, de otra, los daños al patrimonio producidos con ocasión de la comisión de otras conductas punibles.

A efectos de la aplicación del art. 321 del Código penal propuso una interpretación en la que la dimensión histórica, artística, cultural o monumental del edificio quedase restringida a un catálogo cerrado, enmarcado en la Ley de Patrimonio.

Al hilo de la posible destrucción o alteración grave de un edificio especialmente protegido examinó las relaciones entre la prevaricación contemplada en el art. 322 del Código penal y el art. 404, poniendo de relieve cómo la creación del art. 322 tiene como finalidad ampliar la punición de actuaciones que no estarían castigadas a tenor del art. 404, ya que las conductas típicas de ambos preceptos no coinciden, así como, también, la de incrementar la pena, pues a la sanción prevista para la prevaricación genérica se le suma la prisión o la multa establecida en el art. 322 del Texto punitivo.

Tras analizar la figura de daños contenida en el art. 323 del Código penal, culminó afirmando que son muchos los posibles delitos referidos al patrimonio histórico y que, atendiendo a la actuación de los tribunales al respecto, cabe concluir que estas figuras, que se están aplicando efectivamente, constituyen una protección eficaz del mismo.

Las sesiones previstas para del día 15 finalizaron con la Mesa Redonda **“El sistema judicial ante la delincuencia urbanística y la corrupción política”**.

Intervino, en primera instancia, D. José Rogelio Muñoz Oya, Fiscal Decano de la Fiscalía Provincial de Granada, con el tema **“Prevaricación urbanística”**. En su exposición justificó la existencia y aplicación autónoma del art. 320 del Código penal, frente al art. 404 del Texto punitivo,

partiendo de la especificidad del bien jurídico protegido, pues aquél precepto perfila los objetos de protección respecto a la prevaricación genérica y se refiere a un sujeto activo que no es ya el determinado en el art. 24 del Código penal, sino que es el que se ha previsto en la Legislación administrativa. Por otra parte, destacó, hasta qué punto la prevaricación omisiva es una figura que plantea dudas doctrinales, mientras que el art. 320 del Código penal contempla expresamente conductas de silenciamiento.

Acto seguido, intervino D. Francisco Baena Bocanegra. Abogado y Especialista en Derecho Penal, con el tema, **“El derecho de defensa y los límites a la intervención judicial”**. Partiendo de la premisa de que las garantías son los únicos mecanismos posibles para avalar la eficacia de los derechos fundamentales, destacó algunas resoluciones e instituciones procesales relacionadas con la salvaguarda del derecho a la defensa, haciendo especial hincapié en el hecho de que el imputado debe tener cuanto antes conocimiento de los hechos objeto del procedimiento, sin que los retrasos en las investigaciones preliminares, tal y como viene ocurriendo en los delitos urbanísticos, dañen el derecho fundamental a la defensa, que, en su opinión, se ve especialmente afectado en el procedimiento abreviado.

Finalmente, D. Jaime Peris Riera, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Murcia destacó en su intervención algunos **“Problemas probatorios”** existentes en materia urbanística, esencialmente los relacionados con el principio de presunción de inocencia que resulta especialmente afectado tratándose de estos delitos.

En relación al derecho de defensa, incidió en la falta de especialización de los Tribunales y de la propia Fiscalía y en las altas cotas de inseguridad jurídica al constituir elemento del tipo la ilegalidad del expediente administrativo.

Finalizó la jornada con un intenso debate propiciado por los asistentes y que se prolongó hasta las 22.00 hrs.

Las sesiones del día 16 se iniciaron de la mano del Prof. Gonzalo Quintero Olivares, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Rovira i Virgili, quien en su Ponencia **“Financiación municipal y su relación con la corrupción”** comenzó afirmando con rotundidad que “no hay nada más criminógeno que la convicción de que las leyes no se aplican”, lo que resulta especialmente constatable en materia urbanística.

Insistió en la necesidad de realizar una revisión de las competencias de las distintas administraciones, al entender que se produce un solapamiento, cuando no una completa exclusión, del Estado a favor de los municipios y las Comunidades Autónomas. Al mismo tiempo, apun-

tó, debería ser examinada la financiación de los municipios, que actualmente se nutre básicamente de los impuestos municipales y del urbanismo. Siendo éste una fuente esencial de riqueza, lo es al mismo tiempo de corrupción. La legitimidad para perseguir el delito urbanístico es un problema añadido, siendo frecuente omitir cualquier comportamiento ante la notoriedad de una construcción ilegal por las implicaciones sociales, económicas y políticas que ello comporta. La cuestión apunta a la calificación jurídica de tales actuaciones que, en su opinión, deberían ser tratadas a tenor del art. 408 del Código penal, como una vulneración del genérico deber funcional que allí se contempla, aun cuando la legalización *ex post* de lo construido ilegalmente constituya, sin ninguna duda, una prevaricación.

La Jornada continuó con la intervención del Prof. D. Miguel Díaz y García Conlledo, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de León quien, bajo la rúbrica “**cohecho y corrupción política**”, analizó en profundidad todas las novedades que la Reforma operada por LO 5/2010 ha representado en lo que concierne al modelo tradicional del denominado “rey de los delitos de corrupción”.

En este sentido destacó que si bien la Exposición de Motivos de la citada Ley de Reforma alude a los compromisos internacionales adquiridos por España para justificar las modificaciones en la materia, en tales instrumentos no se especifica que las medidas adicionales que deban adoptarse deban ser necesariamente penales. Por lo demás, según puso de relieve, la necesidad de elevar las penas en casos graves para facilitar la extradición ya era suficientemente cumplida con la penalidad anterior, así como también para dar lugar a la entrega en el marco de la Orden de Detención y Entrega Europea. Con la citada modificación, todos los supuestos de cohecho pueden dar lugar a la extradición.

En lo que respecta a las concretas figuras, destacó, entre otras muchas cuestiones, como el cohecho pasivo propio castiga ahora con idéntica pena todo acto inherente a los deberes propios del cargo, así como no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar (remitiendo a la vía concursal si el acto fuera constitutivo de delito), sin distinguir, además, al contrario de lo que sucedía con la regulación anterior, si el acto injusto llegara a ejecutarse o no, de lo que resulta una pena notablemente superior. El cohecho pasivo impropio, cuando se trata de admitir dádiva o regalo en consideración a su cargo o función -art. 422 del Código penal- no solo se ha mantenido, pese a ser un tipo muy criticado doctrinalmente, sino que ha visto incrementada su pena. Referente al cohecho activo, esto es, el que es llevado a cabo por el particular, el nuevo

art. 424 del Código penal no distingue en cuanto a pena, a diferencia de la redacción anterior a 2010, según quien haya tomado la iniciativa del soborno. Además, se muestra aplicable para el particular también en los casos de cohecho pasivo impropio.

Las últimas conclusiones del Prof. Díaz y García Conlledo estuvieron referidas a tres aspectos cruciales: por una parte, se destaca que toda la Reforma y el aumento significativo de las penas, sigue ahondando en un lenguaje puramente simbólico. De otro, que la exoneración de la responsabilidad penal no debe implicar, en ningún caso, la exoneración de la responsabilidad política. Y, finalmente, una necesaria reflexión acerca del escaso coste electoral que comporta la corrupción política.

En la mesa redonda siguiente **“Urbanismo y Derecho penal”** se trató en primer término, de la mano de la Profa. Dña. Patricia Faraldo Cabana, Catedrática Acreditada de Derecho Penal de la Universidad de La Coruña, **“La responsabilidad de funcionarios públicos y autoridades por delitos urbanísticos. Posibilidades y límites”** y, en tal contexto, analizó en profundidad el art. 320 del Código penal, relativo a la prevaricación urbanística (y las modificaciones operadas por LO 5/2010), que como figura específica supone un modelo sin parangón en Derecho comparado, donde se opta por institutos de la Parte General – la autoría mediata o la comisión por omisión- para captar esa participación del funcionario en delitos contra la ordenación del territorio.

Tales previsiones específicas constituyen cláusulas de cierre con las que se pretenden superar problemas de autoría y participación de funcionarios en delitos de particulares y cubrir lagunas punitivas relativas a la intervención de funcionarios sin funciones decisorias, así como las derivadas de la necesidad de que se haya iniciado la conducta del particular para sancionar la participación del funcionario y tienen, como consecuencias directas, la posibilidad de admitir la participación en el hecho que comete el funcionario, el aumento punitivo respecto al delito de prevaricación recogido en el art. 404 del Código penal y el efecto simbólico de la conminación penal abstracta frente al tradicional retraimiento judicial.

Le siguió en la palabra D. Manuel Piñar Díaz, Magistrado Juez del Juzgado de lo penal núm. 1 de Granada, con el tema **“Delincuencia urbanística e intervención judicial”**. El Magistrado centró su intervención en tres aspectos fundamentales:

De un lado, destacó la ausencia de un criterio jurisprudencial claro respecto a los elementos esenciales del delito urbanístico, ya sea en lo relativo al sujeto activo del mismo, como en lo que concierne a la de-

molición, medida que, en su opinión, debe ser la regla general y no la excepción (en su caso, motivada) y considerarse responsabilidad civil, al tratarse de un deber de reparación de la realidad física alterada.

De otro, puso de manifiesto los aspectos sociológicos del problema y las connotaciones de delito “de cuello blanco” que el delito urbanístico presenta.

Finalmente, apuntó los problemas relativos a la fase ejecutiva, ya sea en relación a la demolición cuando la Administración no haya adoptado esta medida previamente, a la posible afectación de terceros y a otros problemas añadidos concernientes a la falta de presupuesto para proceder a la hora de decretar la demolición.

La mesa redonda concluyó con la intervención de D. Ignacio Rodríguez Fernández, Fiscal y Asesor del Gabinete del Ministro de Justicia, abordando el tema ***“El restablecimiento del orden jurídico urbanístico en vía penal”***.

Puso especial énfasis en la necesidad de distinguir entre la potestad sancionadora, la responsabilidad civil y el restablecimiento de la realidad, pues cada caso responde a tutelas jurídicas diferentes. En tal sentido, puntualizó que cuando existe una construcción ilegal, solo hace falta el dato objetivo del incumplimiento de la normativa urbanística para que se restablezca la legalidad (así lo establece el propio TC). Si, además, la Administración ha tenido culpa, deberá indemnizar. La cuestión penal sólo se refiere a si procede una sanción de este tipo.

Advirtió, al tiempo, que la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS, mantiene que la demolición no es una medida sancionadora, sino el restablecimiento de la realidad física alterada. Por ello, adujo, no tratándose de una sanción, no ha de estar sujeta a principios como el de culpabilidad o proporcionalidad.

La medida facultativa establecida en el orden penal requiere la constatación del supuesto de hecho que le confiere tal potestad, de este modo, según puso de relieve el ponente, si en el momento de ejercer esa potestad ha habido un cambio legal, se impone realizar otro juicio que determinará la no demolición. Finalmente, una observación: la resistencia práctica a ejecutar la demolición, incluso en el orden administrativo, mencionando, gráficamente, algunas resoluciones de especial significación.

La sesión de tarde se inició con la intervención de D. Estanislao Arana García. Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada, bajo el título ***“La corrupción urbanística desde la perspectiva del Derecho administrativo”***.

Quiso el ponente comenzar afirmando un hecho incontestable: la recalificación del suelo constituye un negocio lucrativo.

Abundando en las cuestiones que forman el soporte del fenómeno urbanístico y la corrupción, destacó los siguientes extremos conectados con la necesidad de hacer realidad unos intereses económicos: la demanda social de bienes, las especulaciones y los bajos tipos de interés.

Señaló entre los factores de la corrupción, el monopolio en las decisiones; la escasa responsabilidad de los actores que, al tiempo, es percibida por los ciudadanos; el silencio administrativo positivo y la inactividad municipal en orden a la restauración de la legalidad. Y entre las soluciones para reducir la corrupción urbanística, apuntó a la necesidad de crear instrumentos jurídicos que permitan reducir la discrecionalidad municipal, la labor de las diputaciones provinciales en la aplicación del Derecho urbanístico, así como otras soluciones procesales. Apeló, finalmente, concedor de que los instrumentos jurídicos no son absolutos, a la conciencia ciudadana, la ética y a la transparencia.

Posteriormente, Dña. Dulce M^a Santana Vega, Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, nos ilustró con su Ponencia ***“Tendencias de política criminal frente a la delincuencia urbanística”*** que estuvo basada en tres líneas argumentales básicas en los delitos urbanísticos: la prioridad de la Jurisdicción penal, la subsidiariedad de la intervención penal y el conflicto del Derecho Penal frente al Derecho Administrativo sancionador.

La necesidad de acudir a las leyes penales en blanco en esta materia, obliga a decantarse por la tesis de la independencia respecto a la normativa administrativa, por la de la dependencia o, finalmente, por una tesis ecléctica en la que los conceptos son tomados de su propia rama, pero con una interpretación propia del Derecho Penal. De ahí dependerá también la interpretación del bien jurídico, según señaló.

Tras un repaso a lo que ha sido la evolución político criminal de la delincuencia urbanística se centró en algunas de las modificaciones introducidas a tenor de la LO 5/2010 en estos delitos, tales como la incorporación del término urbanismo, la supresión de la referencia a obras no autorizadas, la elevación de la pena de prisión, la responsabilidad penal de las personas jurídicas o la mayor visualización a la pena de comiso.

Como cuestiones pendientes en el tratamiento de los delitos urbanísticos, la ponente señaló la necesidad de exigir la profesionalidad de los sujetos activos, un concepto de suelo no urbanizable; la conceptualización de las edificaciones no autorizables y el cambio del plan urbano; la

no infrautilización de la demolición o el comiso, así como la imprescindible coordinación entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo.

Constituyó un excelente broche final a este Congreso la Conferencia de Clausura pronunciada por el Excmo. Sr. D. Jesús María García Calderón, Fiscal Superior de Andalucía, bajo el título ***“Problemas prácticos de la investigación criminal vinculados al urbanismo”***.

El ponente destacó que el análisis de la corrupción urbanística tiene unos condicionantes específicos que, pese a que en algunos momentos han sido trivializados, constituyen un elemento de gran preocupación.

Además del desbordamiento que en algunos casos célebres ha sufrido el órgano jurisdiccional, es de destacar el desbordamiento normativo y la falta de diferenciación de conductas que no son equiparables si pensamos en una construcción puntual por la ciudadanía y el número de viviendas ilegales construidas por un gran promotor.

Poniendo de relieve que en este debate social nunca se escucha lo que el penalista tiene que decir, el ponente resaltó la necesidad de distinguir los delitos puramente urbanísticos de los de naturaleza geográfica, así como la exigencia de valorar determinados bienes como el agua y de buscar una nueva regulación para una materia que requiere soluciones más solventes