

ESTUDIOS

El restablecimiento del orden jurídico urbanístico en vía penal: La demolición de la construcción o edificación ilegal *

IGNACIO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ

*Fiscal (Sección de Medio Ambiente
y Urbanismo de la
Fiscalía Provincial de Granada)*

RESUMEN

El artículo 319.3 del Código Penal atribuye al juez penal la potestad de demoler la edificación o construcción ilegal llevada a cabo por el autor de un delito contra la ordenación del territorio. La escueta referencia del texto punitivo a esta facultad ha generado un interesante debate sobre aspectos tan esenciales como su carácter reglado o discrecional, los casos en que procede su aplicación y los criterios que los tribunales criminales deben tener en cuenta para su ejercicio. En el presente trabajo se considera que la determinación de la naturaleza jurídica de la medida aludida contribuye decisivamente a dilucidar el régimen jurídico a que queda sujeta, cualquiera que sea la autoridad pública llamada a acordarla. Se entiende, así, que la atribución de esta potestad a un órgano de la justicia penal no modifica su carácter restablecedor de la legalidad infringida, por lo que el precepto aludido supone una manifestación singular de una institución transversal que se rige, en sus diferentes manifestaciones, por principios generales comunes. Precisamente, el incumplimiento manifiesto por parte de la Administración de las reglas y principios que rigen la demolición, como expresión concreta de esta tutela restablecedora del orden jurídico, ha sido la razón fundamental que ha llevado al legislador a atribuir expresamente dicha potestad al juez penal (sin que, por otra parte, el restablecimiento de la legalidad en el texto punitivo se agote en este supuesto singular). No tendría sentido, por

* El presente trabajo fue presentado el miércoles 30 de enero de 2008 en el Seminario de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense dirigido por Eduardo García de Enterría y Lorenzo Martín-Retortillo, a los que tengo que agradecer su amable invitación. Agradezco igualmente las útiles observaciones realizadas por los profesores que allí se dieron cita.

tanto, que también los tribunales criminales se sustraían a las exigencias institucionales de la potestad restablecedora. De ocurrir así, se habría dado el último paso en un discutible proceso de «legitimación de la ilegalidad» que ha debilitado considerablemente la credibilidad de nuestro Estado de Derecho y ha favorecido el fenómeno de la corrupción urbanística.

Sumario: I. Introducción.–II. La doctrina constitucional: Sanción, reparación y restablecimiento de la legalidad.–III. Un inciso a modo de ejemplo: el juez penal, restablecedor del Derecho al honor. La publicación de la retractación o de la sentencia condenatoria como medida restauradora fundada en la mera falsedad objetiva de la información.–IV. La plasmación de la doctrina constitucional en el ámbito urbanístico. El restablecimiento de la legalidad urbanística: La demolición en vía administrativa.–V. La demolición en la jurisdicción penal.–VI. Los criterios moduladores de la demolición.–VII. Consecuencias de régimen legal y procesal.–VIII. A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo no aborda un estudio analítico ni crítico de las distintas posturas de las Audiencias Provinciales sobre la medida de demolición¹. Más bien, haciendo abstracción de la concreta suerte que, conforme a nuestro sistema procesal penal –indefinidamente privado de verdadera doctrina jurisprudencial por un obsoleto régimen de recursos–, ha tenido en cada provincia la aplicación del artículo 319.3 del texto punitivo, pretende simplemente servir de herramienta metodológica que el juez penal pueda utilizar para examinar las peticiones de demolición que se le formulen.

Para alcanzar ese fin, se sigue un método nada revolucionario: determinar, en lo posible, la naturaleza jurídica de la institución general en que se encuadra la norma necesitada de interpretación y aplicación, extrayendo las pertinentes consecuencias jurídicas. Así, me ocupo en este trabajo, en primer lugar, de la doctrina del Tribunal Constitucional relativa al restablecimiento de la legalidad o tutela restauradora, sustancialmente distinta de la sancionadora y de la resarcitoria. Trato después de enlazar la tutela aludida con la potestad urbanística de reposición de la realidad física alterada y con la concreta medida de demolición. Finalmente, destilado lo característico de su naturaleza jurídica, pretendo ajustar la interpretación de la concreta norma penal (art. 319.3 CP) a las exigencias mínimas de la institución general.

¹ Para ello puede verse el excelente trabajo de NÚÑEZ SÁNCHEZ, Ángel, «Las facultades judiciales de demolición de construcciones y edificaciones ilegales del artículo 319.3 del Código Penal», ponencia del curso «El futuro de la Ordenación Territorial» organizado por el Instituto Andaluz de Administración Pública de la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía celebrado en Sevilla los días 14 a 16 de noviembre de 2007, pendiente de próxima publicación (en lo sucesivo cito el ejemplar electrónico, formato Word, facilitado por el autor), que examina de forma impecable la aplicación penal de la medida de demolición, contrastándola con las opiniones doctrinales y la jurisprudencia contencioso-administrativa.

II. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL: SANCIÓN, REPARACIÓN Y RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD

El Tribunal Constitucional ha declarado que no toda consecuencia jurídica gravosa impuesta por un poder público a un sujeto puede conceptuarse sin más como una sanción². En este sentido, considera que el carácter sancionador de un acto, más allá del *nomen iuris* que formalmente le atribuya el legislador, depende de la función que la medida restrictiva o gravosa pretende alcanzar³.

Característico de las sanciones sería, según esta jurisprudencia, la finalidad represiva, retributiva o de castigo⁴, apreciada en «*la irrogación de un mal añadido al que de suyo implica el cumplimiento forzoso de una obligación ya debida o la imposibilidad de seguir desarrollando una actividad a la que se tenía derecho*»⁵. Precisamente la ausencia de esta finalidad retributiva determina que no puedan entenderse como sanciones las medidas restrictivas que constituyen un medio para la ejecución forzosa de los actos administrativos (caso de las multas coercitivas), ni las que cumplen una función fundamentalmente disuasoria o persuasiva de conductas privadas (como ocurre con los tributos extrafiscales y los recargos⁶), ni, finalmente, las que suponen un restablecimiento de la legalidad infringida⁷. En alguno de estos supuestos estamos, pues, ante medios para el cumplimiento forzoso de una obligación o deber preexistente y en otros ante el cese de la conducta que se realiza materialmente sin cumplir los requisitos legalmente exigidos, no implicando un *mal añadido* del que pueda colegirse una específica finalidad represiva.

Por otra parte, la consecuencia gravosa no sancionadora no puede llevarse sin más al cajón de sastre de la responsabilidad civil. El Tribunal de garantías se muestra contrario a que sanción y resarcimiento constituyan una *summa divisio*, entendiendo perfectamente posibles otras figuras que, suponiendo un gravamen para un ciudadano, tienen una finalidad propia, ni represiva ni resarcitoria. Según la STC 164/1995, de 13 de noviembre:

«[N]o puede aceptarse el reduccionismo que invita a pensar que lo que no es sanción se transforma automáticamente en indemnización, o, a la inversa, que lo que no es indemnización ha de ser necesariamente una sanción, es decir, que excluye la posibilidad de que entre la indemnización y la sanción propiamente dicha pueda haber otro tipo de figuras con finalidades características que, aunque en parte coincidentes, no lo sean por entero con las propias de aquellos dos tipos.»

Por tanto, encontramos que la jurisprudencia constitucional ha identificado, además de las figuras sancionadoras y resarcitorias, una serie de medidas que, siendo

² SSTC Pleno 164/1995, de 13 de noviembre [Delgado Barrio] y 48/2003, de 12 de marzo [Jiménez de Parga Cabral].

³ SSTC Pleno 164/1995, de 13 de noviembre [Delgado Barrio], 276/2000, de 16 de noviembre [Vives Antón], y 48/2003, de 12 de marzo [Jiménez de Parga Cabral].

⁴ STC Sala II 239/1988, de 14 de diciembre [García-Mon González Regueral].

⁵ STC 48/2003, de 12 de marzo [Jiménez de Parga Cabral].

⁶ Del caso de los tributos extrafiscales se ocupa la STC 37/1987, y de los recargos la mencionada STC 164/1995, que considera que no tienen carácter sancionador, salvo que por su cuantía deban equipararse a una verdadera sanción según aclaró la citada STC 276/2000. En estas dos últimas sentencias hay un interesante voto particular de Mendizábal Allende que, desde un primer momento, defendió la naturaleza sancionadora de los recargos.

⁷ STC Sala II 119/1991, de 3 de junio [Rodríguez Bereijo].

gravosas para los ciudadanos singularmente afectados, por el hecho de perseguir un fin primordial de restablecimiento de la legalidad conculcada no pueden equipararse a esas dos formas de tutela. Dichas medidas, caracterizadas por una función de reintegración del orden jurídico perturbado (que sólo puede producirse con el cese de la actividad ilícita y sus efectos), ocupan, pues, un lugar institucional propio y sirven para impedir los desajustes entre las exigencias legales y la realidad material (una conducta o los efectos de ésta), de forma que, aplicada la medida, rige de nuevo el imperativo legal infringido.

El Tribunal Constitucional ha apreciado este fin restablecedor en supuestos como la interrupción de la emisión y la clausura de los equipos de una emisora de radiodifusión que emite clandestinamente sin haber obtenido la previa y preceptiva concesión administrativa⁸. En este caso, según razona el Tribunal, el derecho del particular queda condicionado a una serie de exigencias y requisitos legales que, de no cumplirse, obligan a restablecer el orden jurídico reajustando la realidad a los dictados de las normas, para que sólo se verifique la conducta en el caso de que las condiciones y requisitos, finalmente, se cumplan.

Esta doctrina del restablecimiento de la legalidad quizá haya tenido su más impactante aplicación hasta el momento en el supuesto de ilegalización de partidos políticos. Efectivamente, el Tribunal Constitucional se ha apoyado en la finalidad reintegradora del orden jurídico para avalar la posible ilegalización de partidos políticos al margen de las disposiciones del Código Penal. Así, la STC 48/2003, al examinar la constitucionalidad de la LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, consideró que las causas de disolución e ilegalización fijadas en la citada Ley eran en realidad las condiciones esenciales definidoras del partido político que sirven para garantizar que éste efectivamente atiende a la función constitucionalmente asignada de expresión del pluralismo. La ausencia de esas condiciones definidoras se pondría de manifiesto cuando la conducta de la formación -envuelta en la cobertura formal del partido- se descubre como un simple apéndice de una organización terrorista a la que sólo pretende favorecer, apoyando y justificando políticamente sus acciones criminales. En estos supuestos actuaría la garantía de la disolución como un medio de restablecimiento del orden constitucional conculado.

Sin embargo, en nuestro Ordenamiento podemos encontrar ejemplos mucho menos controvertidos y más claramente identificables con este puro fin restablecedor del orden jurídico, sin contenido afflictivo adicional. Y es importante hacer ver que para algunos de estos supuestos se ha otorgado expresamente competencia al juez penal. Este, como se va a poner de manifiesto, está legitimado en ciertos casos para adoptar las medidas precisas para restablecer la legalidad infringida, permitiendo así que se otorgue una tutela completa, acumulada a la puramente sancionadora. Esta solución se adoptó con carácter general para la tutela civil resarcitoria en la obra codificadora decimonónica. Lo mismo se está haciendo, en mi opinión, con la tutela restauradora, si bien de forma casuística, en las reformas penales de nuestro tiempo. Y es que el legislador entiende que existen ciertos delitos en los que una tutela que no implique el restablecimiento de la legalidad en la propia vía penal carece de efectividad real.

Pues bien, esto ha de ser forzosamente así, pues otra solución supondría que el juez penal podría castigar la conducta ilícita pero tendría que resignarse a que el in-

⁸ SSTC 116/1991, ya citada, y 144/1987.

fractor, dicho en términos coloquiales, se saliese con la suya, bendiciéndose absurdamente al agotamiento del delito. Es más, hasta cierto punto, el restablecimiento de la legalidad es un *prius* a la sanción, más importante que ésta, sin el cual la represión (penal o administrativa) es una entelequia que no puede cumplir ninguna función preventiva, pues aparece como un coste posterior (e incierto) de esta vía heterodoxa de obtener lo que la Ley prohíbe.

III. UN INCISO A MODO DE EJEMPLO: EL JUEZ PENAL, RESTABLECEDOR DEL DERECHO AL HONOR. LA PUBLICACIÓN DE LA RETRACTACIÓN O DE LA SENTENCIA CONDENATORIA COMO MEDIDA RESTAURADORA FUNDADA EN LA MERA FALSEDAD OBJETIVA DE LA INFORMACIÓN

Antes de trasladar la doctrina constitucional citada al puro ámbito urbanístico, me arriesgaré a introducir un breve inciso sobre otro caso en que el juez penal, por disposición específica de la Parte Especial del texto punitivo, está llamado a prestar tutela reintegradora, esta vez de un derecho fundamental: el derecho al honor. Lo esencial es, a mi juicio, advertir que en este supuesto, cómo después se pondrá de relieve en relación a la medida de demolición, el elemento determinante de esta tutela es mucho más básico y nuclear que los que fundamentan la sanción y la responsabilidad civil. De este modo, cuando el tribunal criminal reintegra la legalidad está acumulando esta función independiente, que tiene su propio presupuesto, a la sancionadora y a la resarcitoria.

En este sentido, hace ya más de una década que el profesor Pantaleón Prieto, en un precioso artículo⁹, puso de manifiesto que el verdadero núcleo esencial del derecho fundamental al honor lo constituye la protección del particular frente a una información objetivamente falsa. En su opinión, debe estar a disposición del ciudadano afectado la posibilidad de obtener la retractación y la cesación de la intromisión ilegítima, aun cuando la noticia falsa se haya divulgado con escrupuloso cumplimiento de los deberes de diligencia propios de la llamada veracidad subjetiva. Por tanto, que el informador haya cumplido con los deberes de diligencia mínimos exigibles para dar la noticia puede ser una buena razón para impedir la sanción penal y para descartar el resarcimiento civil culpabilístico; sería absurdo, no obstante, que, por esa misma causa, pudiendo demostrarse la falsedad de la noticia publicada sin malicia o negligencia, el particular no tuviera la posibilidad de obtener del juez el restablecimiento de su honor mediante la publicación de la retractación o de la propia sentencia, al margen de toda tutela resarcitoria –patrimonial– o represiva/preventiva –sancionadora–¹⁰.

⁹ «La Constitución, el honor y unos abrigos», en *Diario La Ley*, número 4033, de 10 de mayo de 1996, pp. 1689 a 1693.

¹⁰ Terminaba el ilustre civilista el artículo aludido con una apelación al rigor dogmático, necesario para conseguir tutelas jurídicas realmente eficaces. Dice así Pantaleón («La Constitución...», cit., pp. 1692 y 1693): «[M]ejor gustaría que este trabajo hubiera servido también para dejar patente la importancia del rigor dogmático, al efecto de distinguir diferentes remedios –acción de cesación y de retractación, responsabilidad civil, responsabilidad penal, comiso– y funciones: reintegración del derecho lesionado, compensación, prevención de conductas antisociales, privación del enriquecimiento ilícitamente obtenido; y para poner de manifiesto que, consecuentemente, será errónea cualquier jurisprudencia que trata de describir con una fórmula unitaria el supuesto de hecho de todos aquellos remedios».

Como es sabido, el Código Penal dispone expresamente, entre las normas generales relativas a los delitos contra el honor, la publicación del testimonio la retractación en el mismo medio en que se vertió la calumnia e injuria (art. 214), y, como medida asimilada a la reparación del daño, la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria, a costa del condenado (art. 216). Siguiendo el tercero criterio del civilista citado, no podemos afirmar que estemos ante sanciones y, a pesar de la asimilación de régimen jurídico que expresamente hace el segundo precepto aludido, tampoco estamos ante una medida de responsabilidad civil en sentido estricto. Y es que, de ser absuelto el informador por apreciarse que cumplió con el deber de veracidad subjetiva, si bien no sería posible condenarle penal o civilmente, no tendría sentido vedar el restablecimiento del derecho fundamental impidiendo una acción específica de cesación o retractación fundada en la falsedad objetiva de la noticia divulgada.

Ocurre, pues, que cuando el juez penal, apreciando la comisión del delito de injurias o el de calumnias, dicta sentencia condenatoria, está llamado a otorgar acumuladamente tres tutelas con un presupuesto propio: la sancionadora –por la realización de una acción típica, antijurídica y culpable castigada con pena–, la civil –por la causación de un daño indemnizable interviniendo culpa o negligencia en sentido amplio– y la reintegradora del derecho fundamental –cuestión de orden público que constituye el verdadero núcleo del derecho fundamental del art. 18.1 CE y que tiene como presupuesto la falsedad objetiva de la información–.

Sentado esto, quiero terminar este inciso con dos preguntas: ¿Qué opinión nos merecería el juez penal que rechazase la publicación del testimonio de la retractación o de la sentencia condenatoria amparándose en que el particular afectado puede ejercer una acción específica de retractación ante el juez civil, como autoridad natural para conceder esta tutela?¹¹ ¿Aceptaríamos que, habiendo sido expresamente llamado por el texto punitivo a restablecer el derecho fundamental de una forma muy precisa, el tribunal criminal dejara de otorgar la tutela más esencial y primaria, considerándola algo ajeno a su jurisdicción, sin que tuviera, en cambio, reparos en sancionar al culpable y condenarle a indemnizar a la víctima?

Quizá sea interesante que el lector traslade estos interrogantes a la medida de demolición una vez leídos los apartados siguientes.

IV. LA PLASMACIÓN DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL EN EL ÁMBITO URBANÍSTICO. EL RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA: LA DEMOLICIÓN EN VÍA ADMINISTRATIVA

En la Parte General del Derecho Público español comienza a vislumbrarse paulatinamente el lugar específico que corresponde al restablecimiento del orden jurídico,

¹¹ De hecho, sólo quienes comprenden incorrectamente esta medida como una «pena ejemplarizante» pueden justificar que el juez penal se abstenga de acordarla (*vid. JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, Tratado de Derecho Penal*, traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002, p. 849), sin que, en cambio, quienes así razonan puedan explicar convenientemente por qué, si esa es su naturaleza, puede y debe acordar esta medida con normalidad el juez civil.

fuerza del ámbito puramente represivo¹². Así, se acepta ya con naturalidad que no todo acto del poder público de contenido desfavorable para el particular tiene carácter sancionador. Igualmente, se comprende fácilmente que ni siquiera todos los actos desfavorables de carácter reaccional frente a una actuación ilícita tienen naturaleza sancionadora, singularizándose como sanciones las medidas que atienden a una pura finalidad represivo-preventiva, frente a las que sirven a un fin primario de restauración del orden alterado¹³.

En cierto modo, la distinta naturaleza de las potestades sancionadora, restauradora y resarcitoria se aprecia en el propio artículo 130.2 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común (30/1992, de 26 de noviembre), cuando establece que:

«Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados, que podrán ser determinados por el órgano competente, debiendo, en este caso, comunicarse al infractor para su satisfacción en el plazo que al efecto se determine, y quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial correspondiente.»

Más acabada es la delimitación de tutelas en ciertos sectores de la Parte Especial del Derecho Público. En concreto, en el Derecho urbanístico español, dentro del ámbito general de la llamada Disciplina urbanística, se ha distinguido claramente entre la potestad sancionadora y el poder de restablecimiento de la legalidad infringida. Con la primera, mediante la imposición al infractor de una sanción personal, se persigue una finalidad retributiva abstracta, mientras que la segunda tiende a la rein-

¹² Más allá de la cuestión de la anulación de los actos jurídicos que puedan amparar formalmente la acción ilícita, pues precisamente la teoría de las nulidades ha sido el aspecto particular de la doctrina del restablecimiento de la legalidad que más atención ha suscitado en la literatura científica.

¹³ Esto es apreciable en algunos de los manuales al uso. Así, en uno de ellos, caracterizado por su rigor conceptual, puede leerse que «[l]a sanción se caracteriza inicialmente, frente a los restantes actos de contenido desfavorable, por su carácter reaccional respecto de una conducta ilícita. [...] Pero tampoco pueden considerarse sanciones cualesquier formas de reacción frente a conductas ilícitas. Ante ellas, el Ordenamiento puede prever, meramente, un mecanismo de restauración del orden normal de las cosas alterado por dicha conducta: así sucede en el caso de las medidas resarcitorias [...] o de las medidas de reposición de las cosas a su situación legal (p, ej. el cierre de un local carente de licencia de apertura). Sanción en sentido estricto existe solamente cuando a la conducta ilícita se anuda la imposición de una privación de derechos con una finalidad represiva (de castigo) de la infracción, y preventiva o disuasoria de conductas similares, sin que dicha privación deba guardar una relación cuantitativa exacta con el volumen del daño causado (que muchas veces no es valuable: p, ej. la construcción de un edificio con un piso de exceso al autorizado por el plan y la licencia)» (*vid. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, Principios de Derecho Administrativo General (II)*, Iustel, Madrid, 2004, pp. 380 y 381). En otro autorizado manual se afirma que «[s]ólo es sanción administrativa, pues, la que constituya –en el ejercicio de la potestad correspondiente– retribución típica de una infracción asimismo legalmente típica. Consecuentemente, es rechazable, por incorrecta, la tendencia doctrinal (con algún reflejo jurisprudencial) a extender la noción a toda incidencia administrativa desfavorable en la situación subjetiva del administrado, unilateral o contractual [...]. El Tribunal Constitucional ha desautorizado la identificación de incidencia desfavorable y sanción» (PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo. Instituciones Generales: Bases, Fuentes, Organización y Sujetos, Actividad y Control*, Ariel, Barcelona, 2003, p. 781). En cambio, en el manual de GARRIDO FALLA se sigue haciendo mención a medidas restauradoras como la clausura de un establecimiento como «otras medidas sancionadoras» (GARRIDO FALLA, Fernando, PALOMAR OLMEDA, Alberto, LOSADA GONZÁLEZ, Herminio, *Tratado de Derecho Administrativo. Volumen II. Parte General: Conclusión*, Tecnos, Madrid, 2006, pp. 209 y 210), conforme a un planteamiento ya formulado por el insigne administrativista en su artículo «Los medios de policía y la teoría de las sanciones administrativas», en *Revista de Administración Pública*, número 28, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (edición electrónica facsímil de 2003), enero-abril 1959, p. 50.

tegración del orden urbanístico conculado. De ahí que el presupuesto de ambas potestades sea diferente. Para que entre en juego la sanción es necesario que concurra una infracción urbanística, entendida como conducta típica, antijurídica y culpable, con pleno juego de las garantías constitucionales de los artículos 24 y 25 CE, en la modalización de las mismas que, para el ámbito administrativo sancionador, ha realizado la jurisprudencia constitucional. Para que opere, en cambio, la reintegración de la legalidad urbanística basta la constatación de la mera ilegalidad –que es sólo uno de los elementos configuradores de la infracción¹⁴–, esto es, la contradicción entre la realidad y las exigencias del orden jurídico, sin que deba concurrir el conjunto de requisitos justificadores de la imposición de una sanción personal, singularmente la tipicidad y la culpabilidad.

Cuestión distinta es quién haya de acarrear el coste económico de la reintegración del orden jurídico cuando la conducta del particular se desarrolle de buena fe, de acuerdo con una apariencia de legalidad creada por el poder público (por ejemplo, mediante la concesión de una licencia ilegal)¹⁵. El afectado tendrá en este caso de-

¹⁴ Se pone de manifiesto, como señala PAREJO ALFONSO (*La Disciplina Urbanística*, Iustel, Madrid, 2006, pp. 28 y 29), la diferencia sustancial entre el concepto estricto de infracción y el de ilegalidad, que han ido confundiéndose en las reformas legislativas. Así, como señala el autor «[l]a infracción urbanística era un concepto preciso, que actuaba exclusivamente en el ámbito del Derecho sancionador como definitorio del ilícito urbanístico, es decir, de las conductas transgresoras –por acción u omisión– de deberes urbanísticos, y desencadenantes, así, de la consecuencia represiva consistente en la sanción administrativa: la multa, que persigue una finalidad retributiva abstracta del comportamiento ilícito. El alcance de la infracción urbanística era, pues, más reducido que el de trasgresión o simple infracción de la legalidad urbanística, concepto más amplio que remite simplemente al juicio de invalidez o ineeficacia de los actos en función de su disconformidad con aquella legalidad y que, consecuentemente, engloba el de infracción urbanística». Como escribe el autor, a pesar de la confusión legislativa, los mecanismos «dirigidos a la mera restitución de éste [el orden jurídico perturbado] en su integridad» se sostienen en la mera ilegalidad, que «sirve sólo para fundamentar un juicio de legalidad sobre los actos materiales o jurídicos, a efectos de su remoción o la de sus efectos». No obstante, esta confusión fue parcialmente reconducida por el Texto Refundido de 1976 y el Reglamento de Disciplina Urbanística y la diferencia sustancial y procedural de las tres tutelas podía apreciarse sin dificultad en el malogrado Texto Refundido de 1992 (*vid.* BARRIO IGLESIAS, Jaime, «Disciplina Urbanística. Potestad sancionadora y establecimiento de la legalidad urbanística: concurrencia de procedimientos. La acción pública y la inactividad de la Administración en el ámbito de la Disciplina Urbanística», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Urbanismo (II)*, número 26, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, edición electrónica, p. 2). Hoy puede distinguirse claramente la diferencia entre las tutelas resarcitoria, establecedora y sancionadora en la normativa urbanística de las Comunidades Autónomas. Sobre la naturaleza no sancionadora de la concreta medida de demolición y su plasmación en las legislaciones autonómicas, *vid.* también ARREDONDO GUTIÉRREZ, José Manuel, *Demolición de edificaciones ilegales y protección de la legalidad urbanística*, Comares, Granada, 2000, pp. 10 a 13 y 23 a 28.

¹⁵ El artículo 30 de la actual Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo, asume expresamente, al igual que la legislación precedente, este concepto indemnizatorio, disponiendo que «[d]an lugar en todo caso a indemnización las lesiones en los bienes y derechos que resulten de los siguientes supuestos: [...] d) La anulación de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, así como la demora injustificada en su otorgamiento y su denegación improcedente. En ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves impunitables al perjudicado». A mi juicio, la configuración técnica más acabada de este supuesto indemnizatorio ha de encontrarse en la idea de responsabilidad patrimonial derivada de la defraudación de la confianza legítima generada en el administrado por el otorgamiento de un acto administrativo favorable. Así, «el sujeto que desconocía la existencia de vicios determinantes ha podido llevar a cabo actos de disposición, al haber confiado en la validez del instrumento», debiendo indemnizarse el coste económico de la inversión realizada sin que esta responsabilidad pueda dar derecho a la obtención de la ventaja ilícitamente otorgada, que sigue siendo contraria al Ordenamiento (*vid.* MEDINA ALCOZ, Luís, *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pp. 378 y ss.). Evidentemente, esta responsabilidad, en cuanto extracontractual o aquiliana, es sustancialmente distinta a la que corresponde al promotor-vendedor que ha ocultado las cargas de la finca que impiden acometer la edificación pretendida por el adquirente, o que hacen ilícita la que ya contiene. Sobre esta última *vid.* RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel y CASADO CASADO, Belén «Demolición de edificios por razones urbanísticas y sujetos responsables», en *Diario La Ley*, Año XXVIII, número 6792, miércoles 3 de octubre de 2007.

recho a un resarcimiento económico, pero esto –al igual que la sanción personal cuando, por el contrario, su conducta haya sido maliciosa– caerá ya fuera del ámbito de la tutela reintegradora del orden legal, que pretende sólo la adaptación de la realidad alterada al orden jurídico vigente, con independencia de las implicaciones sancionadoras o resarcitorias conexas. Esto mismo, como se pondrá de manifiesto, ocurre cuando existen terceros de buena fe que pueden verse patrimonialmente perjudicados por la medida restauradora del orden jurídico.

Quedan así, en mi opinión, claramente deslindados en el ámbito urbanístico los campos de acción de la sanción, de la reintegración legal y del resarcimiento patrimonial.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo ha puesto de relieve la naturaleza no sancionadora de los expedientes de reintegración de la legalidad y reposición de la realidad física alterada¹⁶. Destaca esta jurisprudencia que estamos ante una potestad estrictamente reglada de restauración del orden jurídico y que funciona de forma automática *ipso iure* una vez constatado su presupuesto (imposibilidad de legalización o falta de rogación de ésta por el interesado)¹⁷. Por tanto, y a diferencia de la sanción, depende exclusivamente de la ilegalidad de las obras realizadas¹⁸. No necesita, pues, de expresa tipificación, ni han de observarse las garantías propias de un procedimiento sancionador para que pueda acordarse¹⁹.

Los Tribunales Superiores de Justicia han insistido igualmente en la naturaleza reglada de la tutela reintegradora, que excluye toda clase de discrecionalidad administrativa, de modo que, constatado el presupuesto jurídico, es obligada su adopción²⁰.

Las legislaciones urbanísticas de las Comunidades Autónomas han seguido la misma línea, con una sistematización a veces incluso más acabada que la fijada en las anteriores normas estatales. Se puede tomar como muestra la normativa andaluza. Así, la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA) 7/2002, de 17 de diciembre, recoge claramente en su articulado la exposición dogmática hasta aquí realizada. El Título VI de la citada norma se ocupa de la «disciplina urbanística», comenzando sus disposiciones generales (Capítulo I) con la enumeración de las distintas potestades administrativas, elenco que engloba (artículo 168), en cita separada, por una parte «la protección de la legalidad urbanística y el restablecimiento del orden jurídico perturbado» –letra c)– y, por otra, «la sanción de las infracciones urbanísticas» –letra d)–.

Para el restablecimiento del orden jurídico perturbado, la LOUA exige exclusivamente la ilegalidad de la actuación realizada o de sus efectos, distinguiendo dos clases de supuestos²¹:

¹⁶ SSTS 3 de octubre de 1991 [RJ 7600, Pastor López], 15 de diciembre de 1992 [RJ 9838, De Oro-Pulido López], 16 de octubre de 1995 [RJ 7702, Sanz Bayón], 26 de septiembre de 1995 [RJ 6824, Sanz Bayón], 15 de febrero de 1996 [RJ 971, Yagüe Gil]. Este carácter no sancionador ha sido recogido la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia al examinar las disposiciones de las diversas leyes autonómicas (*vid. ex multis SSTJ de Castilla-La Mancha 358/1999, de 26 de abril [Delgado Piqueras, JUR 1052], de Asturias 523/2000, de 20 de julio [Fonseca González, JUR 1549], de Cataluña 669/2004, de 7 de octubre [López Vázquez, JUR 314322]*).

¹⁷ *Vid. NÚÑEZ SÁNCHEZ, A., «Las facultades...», cit., p. 13.*

¹⁸ STS de 12 de noviembre de 2003 [RJ 8065, Yagüe Gil].

¹⁹ STS de 4 de noviembre de 2002 [RJ 9913, Sanz Bayón]. Sobre esta doctrina, para el caso específico de la demolición, *vid. ARREDONDO GUTIÉRREZ, J. M., Demolición... cit., pp. 26 a 28.*

²⁰ *Vid. v. gr. las SSTJ Cataluña 275/2007, de 21 de marzo [Táboas Bentanachs, JUR 305284] y de Baleares 621/1996, de 22 de noviembre [Algara Hernando, RJ 1933].*

²¹ Sigo aquí la sistematización de REBOLLO PUIG, Manuel, «La disciplina urbanística», en REBOLLO PUIG, Manuel (Coord.), *Derecho Urbanístico y Ordenación del Territorio en Andalucía*, Iustel, Madrid, pp. 478 a 481.

1. La mera ilegalidad formal derivada de la falta de licencia, que podrá ser restablecida *ex post* mediante la legalización de las obras, no siendo esta actuación más que un procedimiento para otorgar *a posteriori* la licencia a una obra que, estando en ejecución o ejecutada, no contradice sustancialmente la normativa urbanística.

2. La ilegalidad material consistente en la contradicción con la normativa urbanística, singularmente con el planeamiento aplicable. En este caso, por ser la obra *ilegalizable*, «no hay más forma de reponer la legalidad que restaurar las cosas a la situación anterior, restableciendo la realidad física alterada (demolición de lo destruido, reconstrucción de lo demolido, reagrupación de lo parcelado...) e impidiendo los usos prohibidos»²².

En este sentido, las normas legales son terminantes sobre el carácter imperativo para la Administración de la reposición del estado físico anterior y el consiguiente restablecimiento de la legalidad conculcada. El artículo 183.2 LOUA señala que:

«[L]as propuestas de resolución que se formulen en los procedimientos de restablecimiento del orden jurídico perturbado o de reposición de la realidad física alterada *deberán incluir*, cuando proceda, las disposiciones sobre plazos y otras materias que se estimen precisas para la reposición, a costa del interesado, de las cosas al estado inmediatamente anterior, incluida la demolición o en su caso la reconstrucción.»

Cosa distinta es que, existiendo una infracción urbanística en toda regla -es decir, una conducta típica, antijurídica y culpable que englobe dentro de sí la mera ilegalidad determinante de la restauración del orden jurídico-, la Administración deba prestar una tutela completa: sancionadora del culpable, resarcitoria de los daños patrimoniales y restauradora del orden jurídico perturbado. En este sentido, la LOUA, tras definir (artículo 191) las infracciones urbanísticas como «*las acciones u omisiones que estén tipificadas y sancionadas como tales en esta Ley*» (a lo que hay que añadir por exigencia constitucional el requisito de la culpabilidad²³), vuelve a recurrir (art. 192.1) a los términos imperativos para ordenar que la Administración adopte:

«Las siguientes medidas: a) las precisas para la protección de la legalidad urbanística y el restablecimiento del orden jurídico perturbado, b) las que procedan para la exigencia de la responsabilidad sancionadora y disciplinaria administrativas o penal, c) las pertinentes para el resarcimiento de los daños y la indemnización de los perjuicios a cargo de quienes sean declarados responsables.»

El mandato indisponible se refuerza significativamente respecto de la reintegración del orden jurídico en el apartado 2 del mismo precepto, que ordena que:

«En todo caso²⁴ se adoptarán las medidas dirigidas a la reposición de la realidad física alterada al estado anterior a la comisión de la infracción²⁵.»

²² *Ibidem*, pp. 478 y 479.

²³ *Vid. BARRIO IGLESIAS, J.*, «La Disciplina...», cit., p. 9.

²⁴ Con lo que significativamente se deja a salvo la tutela reintegradora cuando, por cualquier motivo, no proceda la imposición o ejecución de la sanción personal o de la tutela patrimonial.

²⁵ Esto en coherencia con el artículo 52 del Reglamento de Disciplina Urbanística, que establece que «[e]n ningún caso podrá la Administración dejar de adoptar las medidas tendentes a reponer los bienes afectados al estado anterior a la situación ilegal». Para asegurar que la Administración no hace dejación de este deber está abierta al ciudadano la correspondiente acción pública (*vid. ARREDONDO GUTIÉRREZ, J. M.*, *La demolición...* cit., p. 8).

Incluso para el supuesto de concurrencia de tutelas, por existir una verdadera infracción urbanística, el legislador ha querido salvaguardar la necesidad e independencia de la reintegración del orden jurídico mediante la autonomía procedural de los expedientes de protección de la legalidad y los sancionadores. Así, se dedica una sección específica a «*la relación entre las actuaciones de protección de la legalidad y el procedimiento sancionador*», en la que se aclara que el procedimiento tendente a «*la reposición a su estado originario de la realidad física alterada se instruirá y resolverá con independencia del procedimiento sancionador que hubiera sido incaado, pero de forma coordinada con éste*» (art. 186.2 LOUA). Es obvio que la independencia procedural sólo tiene sentido si el presupuesto de la reposición es distinto del que es propio de la sanción, como se ha puesto de manifiesto anteriormente.

Aplicando todo lo expuesto a la medida de demolición, podemos sacar sin dificultad las siguientes conclusiones sobre su régimen constitucional y legal:

1. La demolición²⁶ no es una sanción ni una medida resarcitoria propia de la tutela *aquiliana*, sino una medida de restablecimiento de la legalidad que entra dentro del género de medidas de reposición de la realidad física a su estado originario.

2. El presupuesto de la demolición es la mera ilegalidad (aunque, en principio, no la meramente formal, sino la contradicción con la normativa urbanística aplicable, con la que la construcción es incompatible), sin que deban concurrir el resto de presupuestos de la sanción personal que configuran la infracción urbanística (tipicidad y culpabilidad), y sin que sea precisa para adoptarla la observancia de las específicas garantías de un procedimiento sancionador (singularmente, la presunción de inocencia).

3. Su adopción es, constatado su presupuesto, imperativa, pues está en juego la vigencia del orden jurídico, y es independiente de las vicisitudes de la sanción; como aclara la Ley, aun cuando la sanción, por cualquier motivo, no se haga efectiva, ha de salvaguardarse la reposición de la realidad al estado originario. Evidentemente, si la sanción es un *aliud* que pretende retribuir o castigar para disuadir futuras transgresiones, la demolición (como restablecimiento de la legalidad) es la medida que impide la consolidación actual del efecto antijurídico, consiguiendo la reinstauración del orden legal en el caso concreto (sin miras de futuro o de pasado, sin pretensiones, en definitiva, de castigo o ejemplaridad). Se erige así en *prius lógico* de la sanción. Para que ésta pueda funcionar realmente de cara al futuro ha de ser un *mal añadido* al cese del efecto ilícito en el caso presente.

4. Por su naturaleza no sancionadora, la demolición, ni está sujeta a las garantías de los artículo 24 y 25 CE ni, singularmente, queda afectada por el principio *non bis in idem*, por lo que la Administración, al apreciar que los hechos pueden ser constitutivos de infracción penal y ponerlos, consecuentemente, de manifiesto al Ministerio Fiscal, ha de suspender el procedimiento sancionador (art. 195.4 LOUA), pero no el expediente de restablecimiento de la legalidad urbanística²⁷.

²⁶ Evidentemente, nos referimos a la demolición en el marco de la protección de la legalidad urbanística sin olvidar que la medida puede también acordarse en otros supuestos jurídicos, tanto en el ejercicio de facultades dominicales como de otras propiamente urbanísticas. Sobre las diversas modalidades de demolición *vid. ARREDONDO GUTIÉRREZ, José Manuel, Las demoliciones...cit.*, pp. 3 a 7.

²⁷ Se opone a esta solución TIRADO ESTRADA («Delitos contra la Ordenación del Territorio. Aspectos generales: problemática práctica derivada de la relación Administración-Jurisdicción. Derecho penal y Derecho administrativo», en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, Madrid, 1998, pp. 89 y 90; en el mismo sentido *vid. LÓPEZ RAMÓN, Fernando, «Aspectos administrativos de los delitos urbanísticos», Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, Año XXXI,

V. LA DEMOLICIÓN EN LA JURISDICCIÓN PENAL

1. *El juicio «sancionador» de «autorizabilidad» y el juicio «reintegrador» de «legalización».*

El artículo 319.3 del Código Penal señala que:

«En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.»

Es evidente que, con este precepto, el legislador ha querido que el juez criminal pueda otorgar una tutela completa, atribuyéndole una función de reintegración del orden jurídico. Se trata de un precepto análogo al citado artículo 192.1 LOUA y supone que, constatada la infracción (acción típica, antijurídica y culpable sancionada, en este caso, con pena, como medida reservada a los tribunales criminales), se pueda asegurar la prestación conjunta de las tres tutelas: sancionadora, resarcitoria y restablecedora del orden jurídico.

Por otra parte, el precepto citado habla directamente de demolición por motivos evidentes. Por una parte, el delito del artículo 319 se funda precisamente en la no autorizabilidad de la obra realizada, es decir, en la disconformidad sustancial con el ordenamiento jurídico; concurre así la ilegalidad material que impide la legalización y obliga a reponer la realidad física al estado anterior. Por otra parte, materializándose la conducta ilícita en una construcción o edificación, la reposición al estado anterior consiste en su remoción o demolición. La concreción de la medida, pues, aún siendo técnicamente criticable²⁸, tiene un claro fundamento.

En todo caso, la naturaleza jurídica de la demolición encomendada al juez penal no varía respecto a la matriz administrativa, en cuanto sigue siendo expresión concre-

núm. 151, 1997, p. 62), quien considera que la Administración no podrá demoler mientras esté pendiente el proceso penal. Sin embargo, la espera administrativa del resultado del proceso penal, aparte de carecer de asiento jurídico en el principio de prohibición de doble sanción, puede poner en juego la efectividad de la protección de la legalidad, sujeta en vía no penal a un plazo terminante de caducidad. En cualquier caso, el problema es más práctico que real. A diferencia de una sanción, que puede imponerse varias veces, es difícil demoler dos veces la misma obra, por lo que no hay riesgo alguno de doble actuación. Y se me hace aún más difícil imaginar a la Administración y los jueces penales en una competición por ser los primeros en demoler. El peligro real es, a mi modo de ver, que la Administración se dé prisa por legalizar o atemperar la gravedad de la conducta investigada penalmente, de forma ciertamente sospechosa, aunque esto, desde un adecuado entendimiento de los elementos típicos y de la aplicación preferente y autónoma de la norma penal, como se va a exponer, no debería suponer ningún problema a un juez penal que realmente crea en su propia función y jurisdicción, al menos en lo que se refiere a la apreciación del delito urbanístico.

²⁸ Como explica NÚÑEZ SÁNCHEZ («Las facultades...», cit., p. 10): «[p]ara entender las razones de este reproche acudiremos a un ejemplo. Pensemos en el caso, absolutamente frecuente, de construcciones ilícitas cuya edificación no se haya limitado al alzamiento del inmueble sino que previamente hayan exigido deforestaciones, desmontes o aterramientos, o que en su curso de ejecución hayan originado procesos de erosión o cambio de uso forestal de los terrenos. Pues bien, en tales supuestos no cabe duda de que la reposición del territorio a su estado anterior a la comisión del delito, que como se verá es la que se persigue, y no únicamente <<castigar>> al infractor con al destrucción de la obra, suele exigir diversas intervenciones y técnicas distintas del mero derribo de los inmuebles erigidos al margen de la Ley. Por eso tal vez hubiera sido más correcto desde un punto de vista técnico jurídico que el legislador, en lugar del término *demolición*, hubiera utilizado los más precisos de *reposición a su estado originario de la realidad física alterada, restablecimiento de la realidad física*, u otro similar, pues ello hubiera facilitado la mejor comprensión de la naturaleza jurídica de la figura y con ello la resolución de los problemas que en este punto se plantean».

ta de una institución común: la tutela restablecedora de la legalidad²⁹. Esto implica que tenga idénticos presupuestos y el mismo carácter necesario. Es más, la necesidad aparece incluso reforzada por un imperativo lógico, pues el recurso al juez penal sólo puede explicarse por una deficitaria aplicación de la demolición por la Administración³⁰. Ahora bien, si esto es así ¿cómo se explica que, frente a los términos imperativos tan claramente señalados en la legislación urbanística, el Código Penal utilice una expresión de apariencia potestativa («podrán»)?

²⁹ Significativamente, la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal de 1992 hablaba de «reparaciones especiales incluibles en una sentencia penal» y les otorgaba tanta importancia como a las propias conductas tipificadas («[I]a elección de los objetos de protección penal, que como es de ver se hace con escrupuloso respecto al principio de intervención mínima, siendo importante, no lo es más que el precepto en cuya virtud los tribunales podrán motivadamente ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición». No obstante, la mayoría de la doctrina ha atribuido a la regulación penal de la demolición un carácter puramente facultativo, sin ocuparse de los presupuestos exigibles (*vid.* ACALÉ SÁNCHEZ, María, *Los delitos urbanísticos*, Cedecs, Barcelona, 1997, p. 330; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido, «Los delitos urbanísticos o relativos a la ordenación del territorio», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Empresa y Derecho penal (II)*, número 18, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, edición electrónica, p. 18; CATALÁN SENDER, J., «La demolición como medida frente al incumplimiento del requerimiento de restauración de la legalidad urbanística, cuando la obra es legalizable. Algunas notas en torno a una nueva orientación en la jurisprudencia urbanística», *Actualidad Administrativa*, número 48, 25 al 31 de diciembre de 2000, p. 1286; y BETRÁN ABADÍA, Ramón, CORVINOS BASECA, Pedro y FRANCO HERNÁNDEZ, Yolanda, «Los nuevos delitos sobre ordenación del territorio y la disciplina urbanística», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, Año XXXI, número 151, 1997, p. 41). No obstante, no faltan los autores que siguen considerando que estamos ante una medida de reparación del daño en el seno de la responsabilidad civil (*vid.* MELLADO RUIZ, Lorenzo y PÉREZ FERRER, Fátima, «Algunas reflexiones sobre el “nuevo” Derecho urbanístico en el proyecto de Ley estatal del Suelo: desarrollo urbanísticos sostenible y protección penal», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, Año XLI, número 232, marzo de 2007, pp. 330 a 332). A su vez, LASO MARTÍNEZ (*Urbanismo y Medio Ambiente en el nuevo Código Penal*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 200) alude a la demolición al estudiar las que denomina como medidas cautelares preventivas y ACALÉ SÁNCHEZ (*Los delitos...cit.*, pp. 328 y 329) habla de «una medida no cautelar [...] de naturaleza esencialmente administrativa».

³⁰ Así para CONDE-PUMPIDO TOURÓN («Los delitos...», cit., p. 18) «[I]a convicción generalizada de que si la decisión depende únicamente de la Administración las edificaciones ilegales nunca llegarán a ser derribadas puede estar en la base de esta norma, que tiene también un fundamento de reparación del daño causado al interés colectivo, reponiendo la situación al estado anterior a cometer la infracción». Ante la realidad incontrovertida de la falta absoluta de aplicación de la medida por parte de las autoridades administrativas y de la incapacidad manifiesta de los tribunales contencioso-administrativos de obligar a la Administración a que se lleve a efecto, llama la atención el revuelo generado en ciertos sectores del Derecho administrativo por la atribución de esta potestad de forma directa a los tribunales penales. Como ha señalado ACALÉ SÁNCHEZ («*Los delitos...cit.*, pp. 329 y 330), «[I]a práctica urbanística demuestra que las autoridades y funcionarios con competencia en materia de disciplina urbanística, no han ejercitado como debieran haberlo hecho sus facultades en materia de demolición, perpetuándose de esta forma, con el consentimiento tácito de la Administración, vulneraciones flagrantes al orden urbanístico; el hecho de que a partir de la entrada en vigor del Código Penal de 1995, los Jueces y Tribunales de lo penal vengan investidos de potestades en materia de demolición, no puede levantar alarma alguna, sobre todo si se tiene en cuenta que el sector dentro del cual la misma se ha levantado es aquél que no puede precisamente, presumir de haber ejercido oportunamente sus atribuciones». Las razones de la falta de aplicación de la medida por parte de las instancias administrativas han sido estudiadas rigurosamente por PEMÁN GAVÍN («La demolición en la Disciplina urbanística: una mirada retrospectiva», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, Año XXXV, número 187, 2001, pp. 811 a 846), para quien «la historia de esta técnica es la de su propia falta de aplicación real, hasta el punto de que, posiblemente, la demolición constituya una de las técnicas menos aplicadas de nuestro ordenamiento jurídico administrativo» (*Ibidem*, p. 812). Para el autor, no bastan los motivos coyunturales, relativos a la falta de medios técnicos y el efecto traumático de la medida, puesto que las Administraciones locales y autonómicas ya imponen con normalidad otras medidas tanto o más gravosas para los particulares y disponen de todo lo necesario para ejecutar las demoliciones que acuerdan (*Ibidem*, pp. 813 y 814). En realidad, la evolución legislativa evidencia la ausencia de una clara voluntad administrativa de ejecutar la medida de demolición, de forma que es más frecuente la legalización, por medio de la modificación del planeamiento, de las construcciones cuya demolición ha sido acordada en sentencia firme de los tribunales contencioso-administrativos, que la propia ejecución de la medida restauradora, prácticamente inédita. Precisamente, la asunción por el legislador de esa realidad le ha llevado a tratar de traspasar el peso del control de la legalidad urbanística a las instancias penales y civiles (*Ibidem*, p. 818).

A mi juicio, la respuesta sólo puede obtenerse examinando la propia dinámica del injusto tipificado en el artículo 319 del Código Penal. A mi modo de ver, este precepto realiza una concreta designación temporal de los elementos típicos -fácticos y jurídicos- determinantes de la infracción criminal. En el que podemos denominar «momento de la autorizabilidad» –que no es otro que el instante de la propia comisión del delito–, se debe realizar un «juicio de autorizabilidad» como valoración *ex ante* de la adecuación de la realidad fáctica concreta a la normativa vigente en dicho momento. Si en el caso normal de solicitud de licencia, la Administración ha de realizar este juicio de autorizabilidad respecto un proyecto, el juez penal lo debe aplicar a una obra efectivamente acometida (sin licencia, apartándose de la licencia, o amparada conscientemente en una licencia ilegal)³¹.

En cambio, la posible demolición remite a un momento distinto y posterior que podemos denominar «momento de la legalización» y que lleva aparejado un «juicio de legalización». Estamos ahora en el instante en que el juez ha de prestar la tutela reintegradora atendiendo a una realidad fáctico-jurídica sobrevenida, eventualmente distinta a la del momento de comisión del delito. Supone, así, un juicio *ex post* sobre la adecuación de la obra acometida a una normativa que ha podido ser modificada y conforme a una realidad fáctica eventualmente alterada.

La piedra angular de esta interpretación radica en el carácter «no autorizable» de la edificación delictiva, que, aunque sólo está previsto de forma expresa para el apartado 2 del artículo 319, se ha extendido interpretativamente, en garantía de la ofensividad del injusto, al apartado primero del mismo precepto³². Efectivamente, la doc-

³¹ La diferencia entre ambos momentos puede dar lugar a situaciones inversas a las que ha de afrontar el juez penal. Así, una obra inicialmente autorizable y legal *ex ante* puede pasar a ser ilegal *ex post* mediante un cambio normativo que la deje en situación de «fuera de ordenación». En este caso, la legalidad inicial de la obra impide la actuación de la potestad de «restablecimiento» del orden jurídico. No obstante, se pretende alcanzar el «establecimiento» de la nueva ordenación jurídica mediante la limitación de las facultades del titular de la construcción, a efectos de que éste acabe por someterse voluntariamente a la nueva ordenación. Así, si la Administración no procede a la expropiación de la obra sobrevenidamente ilegal, se consuma la «congelación» de su estado «hasta su extinción natural al calificarlas “fuera de ordenación”, situación en la que se prohíbe realizar en ella obras de consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento de su valor de expropiación, permitiendo sólo pequeñas reparaciones que exigiére la higiene, ornato o conservación», lo que supone un sistema de «tolerancia pasiva» (*vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, Manual de Derecho Urbanístico, La Ley, decimonovena edición, Madrid, 2006, p. 104*). Esta situación no es indemnizable, tal y como advierte expresamente el artículo 30.a) II de la Ley 8/2007, al señalar que «[l]as situaciones de fuera de ordenación producidas por los cambios en la ordenación territorial y urbanística no serán indemnizables, sin perjuicio de que pueda serlo la imposibilidad de usar y disfrutar lícitamente de la edificación o construcción incursa en dicha situación durante su vida útil». Conforme a este precepto, toda restricción que fije la legislación urbanística de menor gravamen que el impedimento del uso y disfrute ha de ser asumida sin compensación económica (*vid. PAREJO ALFONSO, Luciano y ROGER FERNÁNDEZ, Gerardo, Comentario a la Ley del Suelo (Ley 8/2007, de 28 de mayo), Iustel, Madrid, 2007, p. 364*). En una situación análoga se encuentran las edificaciones originariamente ilegales que no son depuradas dentro del plazo de caducidad de la acción de restablecimiento de la legalidad; por tanto, persistirá la necesidad de realizar un juicio *ex post* de legalidad al hilo de toda modificación fáctica o normativa; de forma que esta especie de prueba de resistencia entre el propietario de la edificación ilegal y la Administración tenga un resultado final en que, o bien el primero se someta a la nueva ordenación, o bien la segunda acabe por legalizar completamente las obras recalcitrantes con un cambio normativo al efecto.

³² Así lo ha puesto de manifiesto la doctrina, que estima que, a pesar de que lo normal será que no quiepa la autorización de construcciones en los suelos especialmente protegidos a que hace referencia el apartado 1 del artículo 319, no ha de asimilarse la falta de autorización con la ilegalidad material de la obra, exigible en vía penal para que exista verdadera ofensividad o lesión del bien jurídico. Así: «[a]un siendo la regla general los supuestos en que claramente la construcción es ilegalizable, puede suceder que excepcionalmente se llevan a cabo construcciones que *ab initio* sean legalizables por reunir las condiciones básicas legalmente exigidas para ello. Es en estos últimos casos donde cabe apelar al criterio material-teleológico del bien jurídico para matizar el tenor literal de la expresión “...no autorizada” en el sentido de entender que no sólo son atípicas las construcciones autorizadas sino

trina dominante estima que este formulismo legal quiere expresar que la obra acometida, para ser delictiva, no ha de presentar una mera disconformidad formal con el ordenamiento jurídico –derivada de la violación de la prohibición general de no realizar las obras sin la previa obtención de una autorización administrativa que verifique el cumplimiento de los requisitos legales-. Se precisa, en cambio, una contra-

también las materialmente autorizables. Y ello porque el mero incumplimiento del trámite formal de esperar a que recaiga resolución administrativa, ninguna lesión produce al bien jurídico “ordenación del territorio”, ni resulta acorde al principio de ofensividad y unidad del ordenamiento jurídico admitir incluida en el apartado 1.^º una conducta que *ab initio* no afecta a interés jurídico alguno, y que posteriormente la Administración comprueba y declara conforme con el ordenamiento jurídico-administrativo porque efectivamente es un comportamiento inocuo. El déficit de lesividad que manifiestan estas conductas es, a mi juicio, determinante para postular su exclusión del ámbito típico del artículo 319.1 [CP]» (GÓRRIZ ROYO, Elena, *Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del artículo 319 CP*, Tirant Lo Blanch, 2003, pp. 759 y 760; en términos similares *vid.* ACALÉ SÁNCHEZ, María, *Los delitos...cit.*, p. 250).

En este sentido, la propia lesividad de la conducta basta para justificar la tipificación penal, sin necesidad de acudir a argumentos utilitaristas como si estuviéramos ante un mero reforzamiento de prescripciones administrativas. En palabras de CONDE-PUMPIDO TOURÓN («Los delitos...», cit., p. 4) «[r]esulta [...] lamentable que se desenfoquen las normas penales dirigidas a tutelar bienes jurídicos materiales de indudable relevancia social, negándoles su sentido originario de lesividad para asimilarlas a tipos de desobediencia». De ahí que quiera vincular, como hace el autor, la tipificación penal de estas conductas con el mandato del artículo 45.3 de la Constitución, en cuanto los comportamientos más graves de indisciplina urbanística suponen la utilización irracional de uno de los recursos naturales más escasos: el suelo (*Ibidem*, pp. 3 y 5; en el mismo sentido, en cuanto a la necesidad de efectuar una interpretación material del injusto conforme al principio de ofensividad, *vid.* MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, «Delito Urbanístico», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Empresa y delito en el nuevo Código Penal*, número 2, 1997, Consejo General del Poder Judicial, edición electrónica, p. 3, BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, «Delimitación del bien jurídico protegido en los delitos urbanísticos», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2^a Época, enero 1999, Universidad Nacional de Educación a Distancia, pp. 29 y 30, MELLADO RUIZ, L. y PÉREZ FERRER, F., «Algunas reflexiones...», cit., pp. 317, 319, 320 y 329, SALINERO ALONSO, Carmen, «Delitos contra la Ordenación del Territorio», en *Diario La Ley*, números 4354 y 5355, 19 y 20 de agosto de 1997, Madrid, pp. 1332 y 1333, *vid.* LÓPEZ RAMÓN, Fernando, «Aspectos administrativos...», cit., p. 58 y VERCER NOGUERA, Antonio, *La delincuencia urbanística*, Colex, Madrid, 2002, p. 110).

En la misma línea, la propia Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo, conecta acertadamente el encaje constitucional de su regulación con el que denomina «bloque normativo ambiental», formado por los artículos 45 a 47 de la Constitución y apela a la competencia establecida en el artículo 149.1.23.^a CE para regular las bases medioambientales del régimen jurídico del suelo. En realidad, el complejo y rico entramado de mecanismos reaccionales elaborados bajo la denominación de «disciplina urbanística» debe su existencia a «la trascendencia de los bienes jurídicos últimos implicados, reconducibles en último término –conforme al artículo 47 CE en relación al artículo 45 CE– a la calidad de vida y el medio ambiente adecuado sobre la base de la utilización racional de los recursos naturales en general y el suelo en particular» (*vid.* PAREJO ALFONSO, L., *La Disciplina...cit.*, p. 14).

No obstante, no han faltado quienes, sobre todo desde el ámbito del Derecho administrativo, han dudado desde el principio de la idoneidad de la tipificación penal, como si las graves conductas a que se refieren las normas penales no pudieran suscitar más contienda judicial que la fundamentalmente revisora que es propia de la jurisdicción contencioso-administrativa (*vid.* BERLANGA RIBELLES, Emilio Vicente, «Infracciones y delitos urbanísticos: las infracciones urbanísticas», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Las fronteras del Código Penal de 1995 y el Derecho Administrativo sancionador*, número 11, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, edición electrónica, pp. 10 a 12) y, por supuesto, hay quien tampoco se ha resistido a cumplir con el expediente de invocar el principio de intervención mínima para criticar la tipificación penal de estas conductas (*vid.* TIRADO ESTRADA, Jesús, «Delitos...», cit., p. 62 y BETRÁN ABADÍA, R., CORVINO BASECA, P. y FRANCO HERNÁNDEZ, Y., «Los nuevos delitos...», cit., pp. 18 y 19). Probablemente, desde una perspectiva realista de la situación actual, el mayor reproche que cabe hacer al legislador no es haber tipificado estas conductas, sino haber dejado fuera del ámbito de incriminación otros atentados contra la ordenación pública del suelo de igual o mayor gravedad. Por tanto, una cosa es la decisión legislativa de fondo en pro de la tipificación penal de ciertos comportamientos y otra el entusiasmo que pueda generar la técnica legislativa utilizada, en cuanto puede dejar, por ejemplo, fuera del ámbito típico conductas especialmente graves, como las parcelaciones ilegales, que constituyen actividades verdaderamente susceptibles de producir de facto un cambio radical en la configuración del suelo. Así, «[q]uien genera ilegalmente el tejido suburbano, mediante la parcelación o la urbanización del suelo no urbanizable, no es objeto de reproche penal; en cambio, quien construye la caseta en el huerto resultante de la parcelación ilegal es reo de delito de edificación ilegal» (*vid.* LÓPEZ RAMÓN, Fernando, «Aspectos administrativos...», cit., p. 56; en el mismo sentido *vid.* BETRÁN ABADÍA, R., CORVINO BASECA, P. y FRANCO HERNÁNDEZ, Y., «Los nuevos delitos...», cit., p. 20).

riedad sustancial con la normativa aplicable, tal que lleve a considerar que, de haberse solicitado la licencia, ésta no habría debido concederse precisamente por el incumplimiento de los requisitos legales establecidos.

No obstante, no puede hacerse una plena equiparación a estos efectos entre el momento designado por el legislador penal para valorar la antijuricidad típica (que, como queda claramente expresado en la locución «no autorizable», se refiere a la realidad fáctico-jurídica existente en el momento de realización de las obras, y no a otra posterior con eventuales circunstancias novedosas) y el momento, distinto, de la «legalización» (que es posterior y enfrenta al sujeto jurídico –la Administración o el juez– que debe prestar tutela reintegradora con una obra ya realizada). Dicho en otras palabras, no es lo mismo que una construcción no sea «autorizable» –pues este término implica una valoración jurídica *ex ante*, y, por tanto, atinente a una realidad fáctica y normativa determinada– a que sea legalizable –término que alude a una valoración jurídica *ex post*, que puede referirse a una realidad fáctica y normativa alterada sobrevenidamente después de la realización de las obras–³³.

Conforme a la normativa urbanística (v. gr. art. 179 y siguientes de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía) la realización de una construcción está sujeta al requisito de licencia «previa» que verifique su acomodo al ordenamiento jurídico³⁴, lo que quiere decir que es el momento del inicio de la obra –por cierto, el de la comisión del delito– el que está asociado a la valoración de la «autorizabilidad», pues éste es el instante de verificación *ex ante* de las exigencias legales. Hay que insistir en que esta designación temporal queda claramente establecida en el vocablo «autorizable» utilizado por el tipo penal, que apela a una aptitud inicial y originaria, al margen de los acontecimientos que puedan sobrevenir después, sean cambios normativos (p. ej. la modificación del planeamiento) o cambios físicos (p. ej. el retranqueo voluntario del edificio o la agrupación de fincas que genere otra de nuevo cuño que, ahora sí, cumpla con la unidad mínima de cultivo...). Lo relevante es, pues, la situación fáctica y normativa existente en el momento en que se lleva a cabo la construcción/edificación cuestionada. Sin duda, esto es un acierto del legislador penal, pues es en ese preciso instante cuando se comete y consuma el delito³⁵.

³³ De hecho, la propia jurisprudencia contencioso-administrativa se ha visto obligada a fijar un límite temporal a la normativa aplicable para evitar que la variabilidad del planeamiento lleve al decisionismo selectivo retrasando el momento de la concesión. Así, ha declarado el Tribunal Supremo que «tratándose de una materia eminentemente reglada, y a fin de que no quede al arbitrio de la Administración eludir la aplicación de la normativa procedente mediante el expeditivo procedimiento de dilatar la decisión con trámites que pueden ser innecesarios o con una actividad que pudiera dar lugar a un régimen urbanístico nuevo que impida la concesión, la licencia se otorgará o denegará conforme a la normativa vigente en el momento de la solicitud» (SSTS 26 de mayo de 1986 [RJ 4457, Marín Ruiz], 2 de febrero de 1989 [RJ 800, Delgado Barriol]; sobre esta cuestión *vid.* CHAMORRO GONZÁLEZ, Jesús María, «Estudio jurisprudencial en torno a la Disciplina Urbanística», en *Revista del Poder Judicial*, número 67, Tercer Trimestre, 2002, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, edición electrónica, p.16).

³⁴ El carácter puramente reglado de la licencia urbanística está claramente establecido en la jurisprudencia contencioso-administrativa (*vid.* CHAMORRO GONZÁLEZ, J. M., «Estudio...», cit., p. 15).

³⁵ Sobre la inaplicabilidad retroactiva de las modificaciones normativas para eliminar el injusto penal, *vid.* NÚÑEZ SÁNCHEZ «Las facultades...», cit., pp. 37 y 38 y GÓRIZ ROYO, *Protección...*cit., pp. 886 y siguientes. Lo fundamental es atender a si la modificación normativa persigue un mero fin de adaptación de la realidad fáctica o si supone una nueva valoración jurídica, lo que expresa claramente la autora citada al distinguir una mera modificación de planeamiento que, de facto, legaliza las obras originalmente ilegales (lo que no afecta a la valoración jurídica que determinó la ilegalidad: que esa clase de suelo no era idónea o necesaria para un determinado uso edificatorio) de una modificación normativa que, por ejemplo, elimine una categoría de suelo no urbanizable por dejar de considerarla digna de protección. En el mismo sentido, *vid.* LASO MARTÍNEZ, José Luís, *Urbanismo...*cit., p. 88.

Si atendemos a las normas reguladoras de la Disciplina Urbanística podremos observar nítidamente las similitudes y diferencias entre ambos momentos y juicios asociados –autorizabilidad y legalización-. De nuevo utilizaré como muestra legislativa la normativa andaluza, que viene a recoger los postulados clásicos de la legislación estatal.

Así, si se observa el artículo 182.3 de la Ley 7/2002, de 7 de diciembre, y las normas concordantes del vigente Reglamento de Disciplina Urbanística, puede comprobarse que la similitud radica en que, tras la suspensión imperativa³⁶ de las obras por la falta de licencia, la Administración se enfrenta al mismo juicio jurídico que, por la infracción del deber de pedir licencia³⁷, no ha podido realizar antes de que las obras se inicien³⁸. En definitiva, debe resolver sobre el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa urbanística.

La diferencia estriba, en cambio, en que para efectuar el juicio de legalización ha de «fingirse» que se parte nuevamente desde el principio, conforme a la situación fáctica y jurídica actual, por lo que, para realizar esa valoración, debe existir una nueva petición del particular, que ya no se denomina petición de licencia sino solicitud de legalización. Si el particular incumple esta carga, la Administración demuele sin examinar el ajuste a la legalidad³⁹. Si se hace la petición correspondiente, la Ad-

³⁶ Efectivamente, estamos ante una medida caracterizada por el automatismo, como pone de manifiesto la expresión utilizada por el artículo 34 del Reglamento de Disciplina Urbanística (Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio), que alude a la «suspensión *inmediata*» de los actos de edificación o uso del suelo no amparados en licencia u orden de ejecución. Por tanto, la adopción de la medida no implica juicio alguno acerca de su ilegalidad material. Expresivamente habla la STJ de Cataluña 669/2004, de 7 de octubre [López Vázquez, JUR 314322] –en relación con las análogas disposiciones de la Ley de Urbanismo de Cataluña 2/2002, de 14 de marzo– de un «procedimiento que se desarrolla en tres fases sucesivas. En la primera, de carácter sumario, se trata de acreditar el dato de puro hecho de la realización de obras sin licencia o excediéndose de la licencia concedida, de suerte que, comprobado este extremo, inmediatamente y sin necesidad de trámite de audiencia ni de mayores motivaciones, la Administración debe requerir de legalización y ordenar la suspensión de las obras en el estado en que se encuentren para impedir que las mismas avancen hasta el punto de hacer más gravosa su posible demolición posterior. De la segunda fase, relativa al transcurso del plazo de legalización y actuación o inactividad del interesado, cabe resaltar que, si se atiende al requerimiento de legalización, sólo cabe dar lugar a la demolición de lo construido cuando no se ajusten las obras realizadas a la licencia previamente obtenida, cuando se careciese de ella o cuando resultase improcedente la solicitud de la licencia para las obras que no se adecuasen a la ya en su caso otorgada. De la tercera fase, relativa a la demolición, sólo cabe añadir que procederá, además de en otros supuestos, cuando se deje transcurrir el plazo de legalización establecido sin solicitarse la correspondiente licencia». Sobre la regulación de la suspensión en la normativa autonómica, *vid.* ARREDONDO GUTIÉRREZ, J. M. *Demolición...cit.*, pp. 77 a 94.

³⁷ Significativamente dice el artículo 182.3 LOUA que «[r]egirán para la solicitud, tramitación y resolución de la legalización las mismas reglas establecidas para las aprobaciones o licencias que deban ser acordadas».

³⁸ «La Corporación municipal queda colocada en una posición de puro control de la observancia del levantamiento de la carga legal anterior y, en su caso, y de cumplirse ésta, de la legalidad de la licencia solicitada y, correlativamente, de los actos materiales suspendidos. En consecuencia, a partir de este momento, la Administración queda reducida de nuevo, por de pronto, a su función de intervención de los actos de edificación y uso del suelo a través de la potestad de licencia. El contenido sustantivo de su actuación es, en efecto, idéntico al resultante del ejercicio normal de esta potestad: la comprobación de la conformidad o no a la ordenación urbanística de la licencia que se solicita para justificar los actos paralizados. La única diferencia radica en el dato de que esta comprobación no se realiza cuando aún estos actos están en proyecto y son meramente potenciales, sino cuando ya se ha iniciado la ejecución e incluso ésta está prácticamente ultimada» (*vid.* PAREJO ALFONSO, L., *La Disciplina...cit.*, pp 54 y 55).

³⁹ De acuerdo con una presunción de aceptación de la ilegalidad derivada de la falta de actividad del particular (*vid.* PAREJO ALFONSO, L., *La Disciplina...cit.*, p. 59). En realidad, este supuesto de demolición, por más que se resuelva doctrinalmente en una suerte de presunción, no puede identificarse con una verdadera hipótesis de restablecimiento de la legalidad, pues la Administración demuele prescindiendo precisamente del juicio de legalidad material que es consustancial a la potestad restauradora. De ahí que algunas legislaciones autonómicas hayan matizado la operatividad de esta modalidad de demolición y que existan líneas jurisprudenciales que tienden a anudar

ministración la tramita y examina la realidad existente como si se le estuviera pidiendo una licencia en ese momento. En dicho instante la situación normativa y fáctica puede ser la misma, pero también puede haberse modificado de forma que «ahora» (y a posteriori) pueda ser «legalizable» lo que «antes» (y a priori) no era «autorizable»⁴⁰.

Como queda dicho, y recapitulando, para valorar la comisión del delito es el primer momento –y su correspondiente situación normativa y fáctica– el que interesa. Al realizar la obra el autor ha construido en determinadas condiciones, que son las que el juez penal ha de verificar si eran acordes sustancialmente al Ordenamiento jurídico⁴¹. Atender a una situación fáctica sobrevenida que sólo concurre en el momento en que se insta la legalización sería tanto como crear una excusa absulatoria *ex post facto* análoga a la que el legislador ha previsto muy singularmente en supuestos tasados como la regularización de una deuda tributaria (arts. 305 y siguientes del texto punitivo)⁴². Para valorar la procedencia del restablecimiento del orden jurídico infringido se ha de examinar, en cambio, la situación normativa y fáctica sobrevenida en el momento del juicio de la legalización.

Cosa distinta es que esa situación normativa y fáctica concurrente en el momento de la legalización coincida con la inicial –lo que será frecuente–, pues, en tal caso está claro que el juicio jurídico-fáctico es el mismo, por más que esos momentos sean distintos. Sólo en ese supuesto puede decirse que la obra legalizable era también autorizable. Evidentemente, lo mismo ocurrirá cuando las variaciones fáctico-normativas intermedias no alteren el juicio sustancial de legalidad, por ser meras cuestiones accesorias.

Con estas premisas podemos entender fácilmente las palabras utilizadas por el legislador en el artículo 319.3 del texto punitivo. Por una parte, la norma deja claro que hay un apoderamiento expreso al juez penal de potestad restauradora del orden jurídico («podrá acordar»), pero advierte al mismo tiempo sobre el carácter necesario de la medida, exigiendo al tribunal que se pronuncie siempre sobre ella («en cualquier caso»). Por otra parte, al demandar esta tutela un juicio jurídico específico, distinto de la previa constatación de la comisión del delito (juicio de legalidad *ex ante*), el precepto exige que el pronunciamiento del juez sea motivado («motivadamente»)⁴³, lo que significa que la sentencia ha de constatar expresamente que la obra ejecutada no es legalizable (juicio de legalidad *ex post*) con arreglo a la realidad fáctico-jurídica sobrevenida.

esta hipótesis de reposición de la realidad física a un verdadero juicio sustantivo de legalidad (*vid. CATALÁN SENDER, Jesús, «La demolición...», cit., pp. 1277 a 1288.*)

⁴⁰ «En definitiva, la suspensión tiene por consecuencia la colocación de la Corporación municipal de nuevo en la posición (si no idéntica, sí básicamente igual) de mero control de legalidad propia de la potestad de licencia, sólo que de un control realizado ahora no *ex ante*, sino *ex post* (con vistas a la legalización, no a la autorización previa)» (*vid. PAREJO ALFONSO, L., La Disciplina...cit.*, p. 51).

⁴¹ Así lo sostiene la doctrina dominante incluso respecto a la modificación posterior del planeamiento para legalizar construcciones no autorizables inicialmente (*vid. GÓRRIZ ROYO, E., Protección..., cit.*, p. 760). Lo trascendental es la aptitud o idoneidad inicial de la construcción acometida para ser autorizada, conforme a las normas urbanísticas entonces vigentes (*Ibidem*, pp. 805 a 819).

⁴² Beneficio utilitarista éste que, por cierto, el Tribunal Supremo tiene bien establecido que sólo cabe aplicar en supuestos de efectiva regularización.

⁴³ Aquí, como bien señala NÚÑEZ SÁNCHEZ, «Las facultades...», cit., pp. 57 y 58, «la motivación deberá exigirse tanto en los casos en los que se ordena la demolición, como en los que no se llega a acordarla. [...] [P]arece que en este último caso las exigencias de motivación habrán de ser más rigurosas».

VI. LOS CRITERIOS MODULADORES DE LA DEMOLICIÓN

En la medida en que, según lo expuesto, el juez contencioso-administrativo y el juez penal, cuando deben decidir sobre la demolición, ejercen la misma potestad (la reintegradora), entiendo que deben utilizar criterios comunes, acordes con la unidad institucional de la tutela restauradora de la legalidad⁴⁴. En realidad, esto mismo ocurre cuando jueces de distinto orden deben resolver sobre la tutela patrimonial civil. Como ésta, la reintegración de la legalidad es una institución transversal que, vertebrada por principios comunes, se extiende a las diversas ramas del Derecho.

Ya hemos señalado que la demolición es una medida necesaria de restablecimiento del orden jurídico una vez que se constata su presupuesto jurídico –la ilegalidad *ex post* de las obras, conforme al que hemos denominado «juicio de legalización»-. Por tanto, la falta de adopción de la medida sólo puede justificarse en la posible legalización *ex post* de la obra no autorizable *ex ante*. Otra cosa es que, en ciertos supuestos, deba modularse la concreta ejecución de la medida a las características de la obra afectada, de forma que pueda conservarse la parte de la edificación o construcción que pueda considerarse compatible con el ordenamiento⁴⁵. En las líneas que siguen tratará de abordarse estas dos posibilidades: la improcedencia de la demolición por la legalización sobrevenida y la posible modulación de la demolición acordada. En esta segunda cuestión será esencial desentrañar el verdadero papel que ha de cumplir el principio de proporcionalidad. Finalmente, se ha de tratar el rol que juega el resarcimiento patrimonial de los terceros de buena fe, que, en mi opinión, no puede servir de excusa para evitar la adopción de la medida, como claramente se desprende del texto legal.

⁴⁴ No obstante, con razón ha prevenido la doctrina más atenta a la realidad del error que supondría trasladar, sin más, las cautelosas medidas de prudencia adoptadas por los tribunales contencioso-administrativos al ámbito penal, donde están en juego intereses sociales esenciales, una vez que la ilegalidad urbanística va asociada a la comisión de un delito. En este sentido, QUINTERO OLIVARES («Infracciones urbanísticas y delitos relativos a la ordenación del territorio», *Cuadernos de Derecho Judicial. Las fronteras del Código Penal de 1995 y el Derecho Administrativo sancionador*, Madrid, 1997, p. 378) ha advertido que sería «un grave retroceso» una automática aplicación de los criterios del orden contencioso-administrativo contrarios a la demolición cuando «en este delito el derribo de la obra es lo que tiene mayor eficacia contramotivadora y, por lo tanto, mayor fuerza de prevención general». Por el contrario, otros autores apelan a una supuesta falta de especialización del juez penal para que éste actúe «con cautela», dejando el peso de la medida a la propia Administración (*vid.* SALINERO ALONSO, C., «Delitos...», cit., p. 1338). Esta última postura, además de ser contradictoria con la *ratio legislativa* del precepto (fundamentada en la claudicación generalizada de las Administraciones ante las edificaciones ilegales), parece considerar al juez penal una especie de jurista menor, que prácticamente apenas podría discernir los elementos constitutivos de una potestad reglada que trasciende de una concreta rama jurídica. Otros autores desvinculan la decisión penal sobre la demolición del juicio de legalidad, poniendo el acento en la afacción del bien jurídicamente protegido por la norma penal, considerando que estamos ante una decisión discrecional del juez penal fundada en la bondad de la medida para el estado del suelo (*vid.* VERCHÉ NOGUERA, A., *La delincuencia...*cit., p. 147), criterio éste, cuando menos, evanescente, pues, si se ha condenado por delito contra la ordenación del territorio se ha constatado por el juez una contradicción sustancial entre la obra realizada y la legalidad que atenta contra el bien jurídico penalmente tutelado y requiere de medidas restablecedores del orden legal, de modo que apelar nuevamente al bien jurídico como criterio de decisión discrecional sobre la procedencia de la restauración del orden legal parece un portillo abierto a la arbitrariedad de graves repercusiones para la seguridad jurídica.

⁴⁵ En definitiva, compartimos las conclusiones de NÚÑEZ SÁNCHEZ, «Las facultades...», cit., pp. 45 y 46, para quien «[s]e tratará de que en el correspondiente procedimiento penal haya de quedar suficientemente acreditado: a) la imposibilidad de legalización (en los términos que hemos analizado anteriormente) de la construcción o edificación ilícita, b) la inexistencia de opciones distintas al derribo para el restablecimiento del orden jurídico infringido y c) que no se trate de algunos de los excepcionales casos que ya hemos visto en los que resulta de aplicación el principio de *menor demolición* o el derribo aparece improcedente en relación con la reparación del daño al bien jurídico protegido».

1. LA IMPROCEDENCIA DE LA DEMOLICIÓN POR LA LEGALIZACIÓN SOBREVENIDA

a) El cambio en las normas aplicables

No debería procederse a la demolición en hipótesis de legalización sobrevenida por cambio de la realidad fáctica o de la normativa jurídica. En cuanto a esta última, el tribunal ha de resolver conforme al ordenamiento vigente en el momento de restablecer la legalidad, teniendo en cuenta las normas existentes entonces, sin que, por razones elementales de seguridad jurídica, pueda atender a normas futuribles que deben quedar fuera de toda actividad judicial. Este criterio elemental de pura vigencia normativa es el que siguen los tribunales contencioso-administrativos al enfrentarse a la demolición⁴⁶. En cambio, si la modificación normativa es ya efectiva, no debe procederse a la reposición de la realidad física alterada⁴⁷.

Carecen, pues, de relevancia los procedimientos en curso de innovación del planeamiento, al margen de la discutible posibilidad de que, acordada la demolición en la sentencia, se pueda condicionar su efectividad al resultado final, en un plazo prudencial, de la innovación normativa⁴⁸.

b) la modificación sobrevenida de la situación fáctica

Una situación fáctica sobrevenida distinta a la inicial puede impedir la demolición en vía penal. La hipótesis más evidente es que la Administración ya haya restaurado el orden jurídico perturbado en el procedimiento de protección de la legalidad, procediendo a la remoción de la obra ilícita. También es posible que el propio infractor, en función de un proyecto técnico viable y con las autorizaciones administrativas precisas, haya reajustado la obra a las exigencias normativas. Otras posibilidades son menos probables, pero no por ello pueden descartarse sin más. Así, si la ilegalidad sustancial radica en el incumplimiento de normas sobre unidad mínima de cultivo y dedicación a actividad agrícola, puede ocurrir que el condenado haya adquirido con

⁴⁶ *Vid. STJ Cataluña 861/2006, de 20 de octubre [JUR 118194]. Como señala la citada sentencia «en tanto tal futuro planeamiento de desarrollo no se haya aprobado definitivamente y siempre a salvo sus disposiciones en tal momento, la actividad de que se trata se encuentra en la actualidad, en situación de clara y manifiesta ilegalidad».*

⁴⁷ *Vid. STJ Cataluña 740/2003, de 13 de octubre [Díaz Valcarce, JUR 3597].*

⁴⁸ Apunta esta posibilidad NÚÑEZ SÁNCHEZ, A., «Las facultades...», cit., pp. 32 y 33. A mi modo de ver, las herramientas de actuación del juez han de ser sólo las normas vigentes y no las futuribles. Además, salvo en casos de verdadera inminencia del cambio jurídico, los procesos de aprobación e innovación de los planes urbanísticos son verdaderamente largos y complejos, por lo que este tipo de decisión condicionada (además de poco escrupulosa con la legalidad) puede provocar, salvo que se fije un plazo terminante y prudencial, que la demolición nunca llegue a ejecutarse. Por otra parte, esta solución de espera a la legalización en vía administrativa no tiene en cuenta que tanto las innovaciones normativas como las propias decisiones legalizadoras de la Administración pueden ser revocadas en vía contencioso-administrativa, lo que no es infrecuente. Desde luego, en casos de afección de suelos o bienes de especial protección en que la modificación necesite de trámites especialmente gravosos (descatalogación de un monte, modificación del destino de zonas verdes o equipamientos con la necesaria y efectiva compensación de suelos, modificación de un plan territorial...), el condicionamiento al resultado del procedimiento estaría fuera de toda lógica.

posterioridad a la realización de las obras las fincas rústicas colindantes y, tras obtener la licencia de agrupación de fincas en virtud de un proyecto de actuación adecuado, haya creado una finca *ex novo* en la que, existiendo una explotación agrícola asociada, ya sea posible una vivienda unifamiliar como la realizada. Es difícil que esto ocurra pero no imposible.

No obstante, una cosa es que se haya modificado la realidad física y otra que se pretenda hacerlo. Así, en el ejemplo indicado, los simples contratos jurídico-privados tienen meros efectos civiles y no afectan a la ordenación urbanística, por lo que no pueden impedir la actuación reintegradora. Desde luego, no ha legalizado quien exhibe un requerimiento administrativo de legalización (exigido, con escasas excepciones, por la jurisprudencia contencioso-administrativa como actuación inicial del expediente de restablecimiento del orden jurídico), pues es éste un trámite formal obligado –para evitar la nulidad del expediente– que no prejuzga en absoluto que la obra sea legalizable.

Tampoco las futuribles hipótesis fácticas, como un posible cambio en el uso de la construcción ilegalizable por su titular, pueden eximir de la imperativa demolición, pues «*los razonamientos de irreparabilidad de la demolición aducidos, en caso de un futuro cambio de destino o uso permitido de lo edificado no pueden conducir al mantenimiento de la infracción ante este hipotético cambio*», por lo que debe procederse a la demolición según una realidad fáctica actual y con plenos efectos jurídico-urbanísticos⁴⁹.

2. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Como se ha puesto de manifiesto, esta materia ha de ser abordada mediante un doble tratamiento. Por una parte, ha de estudiarse la discutible virtualidad del principio de proporcionalidad a la hora de decidir sobre la procedencia de la tutela reintegradora, especialmente cuando bajo esta denominación tratan de encubrirse consideraciones pretendidamente pietistas sobre la gravosidad de la medida. Por otra parte, ha de determinarse si, en ciertos casos, el sujeto obligado a reintegrar la legalidad tiene la posibilidad de elegir legalmente entre formas más o menos gravosas, y todas ellas idóneas, para reintegrar completamente el orden jurídico vulnerado.

a) Inaplicabilidad del canon de proporcionalidad a la hora de decidir sobre la procedencia de la medida

No cabe duda de que el principio de proporcionalidad es uno de los elementos vertebradores del Derecho público español actual. A ello ha contribuido fundamentalmente el influjo ejercido por el Derecho comunitario⁵⁰, fuertemente determinado,

⁴⁹ STS 30 de octubre de 1995 [RJ 7712, Esteban Álamo].

⁵⁰ El de proporcionalidad es uno de los llamados principios generales del Derecho comunitario, aunque también ha sido introducido en el Derecho originario desde el Tratado de Maastricht, en la dimensión parcial de «necesidad», como parámetro de actuación de las instituciones comunitarias (*vid. GALETTA, Diana-Urania, «El principio de proporcionalidad en el Derecho Comunitario», Cuadernos de Derecho Público*, número 5, septiembre-diciembre 1998, INAP, Madrid, pp. 76 a 79).

a su vez, por la elaborada construcción que de dicho principio ha realizado la dogmática publicista alemana⁵¹.

En cualquier caso, lo fundamental a los efectos de este estudio es advertir que este principio representa una técnica jurídica de selección de una actuación idónea para alcanzar un fin entre varias medidas alternativas, precisamente porque existe un margen de apreciación subjetiva para el operador jurídico. En este sentido, el canon de proporcionalidad «es de aplicación precisamente en aquellos supuestos en que el poder público (legislador, ejecutivo o judicial) tiene atribuido un cierto margen de libertad»⁵². De ahí que se haya convertido en uno de los criterios fundamentales de control de la discrecionalidad administrativa, pues en caso de protestas regladas la violación del principio de proporcionalidad sólo puede proceder de las normas legales aplicables, no de los actos de aplicación. Por esta razón, la jurisprudencia contençioso-administrativa ha descartado que el canon de proporcionalidad pueda utilizarse para decidir si proceden las medidas de restablecimiento de la legalidad, al operar éstas por imperativo legal, al margen de toda discrecionalidad, como ya se ha puesto de manifiesto.

Conforme a esta idea, según una reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo⁵³, no cabe, precisamente por su naturaleza puramente restauradora del orden legal y no sancionadora, la invocación del principio de proporcionalidad para evitar la demolición. El Tribunal Supremo entiende que, en la medida en que estamos ante una consecuencia jurídica derivada automáticamente de la ilegalidad de la obra, no existe posibilidad de optar entre diversas alternativas, alguna de las cuales pueda resultar menos gravosa para alcanzar el fin restablecedor del orden jurídico⁵⁴. Distinto, claro está, es que la demolición no sea la forma adecuada de reposición de la realidad al estado previo compatible con la legalidad.

Por supuesto, están de más todas las consideraciones sobre la gravosidad de la medida, pues la obra ilegalizable, conforme al ordenamiento jurídico, sencillamente

⁵¹ Vid. BARNÉS VÁZQUEZ, Javier, «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario», *Revista de Administración Pública*, número 135 (septiembre-diciembre 1994), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 499.

⁵² Vid. BARNÉS VÁZQUEZ, Javier, «Introducción...», cit., p. 501.

⁵³ Vid. STS 3 de julio de 1990 [RJ 6013, Barrio Iglesias], 2 de octubre de 1991 [RJ 7613, Barrio Iglesias], 27 de abril y 11 de noviembre de 1993 [RJ 6368, 8501], 27 de julio de 1994 [RJ 6522], 6 de marzo y 25 de septiembre de 1995 [RJ 1948] y 30 de octubre de 1995 [RJ 7712, Esteban Álamo].

⁵⁴ Vid. sentencias del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1998 [RJ 8121, Yagüe Gil], 28 de abril de 2000, 23 de octubre de 2001, 15 de enero de 2002, 2 de octubre de 2002). Interesante es el caso de la STS 15 de marzo de 1997 [RJ 1676, Rodríguez-zapata Pérez]. Se había recurrido en apelación –conforme al sistema de recursos entonces vigente– la sentencia pronunciada en instancia sólo en lo relativo a la demolición, que dicha resolución acordaba por la totalidad de la obra. El Ayuntamiento había legalizado las obras atendiendo a un simple croquis presentado por la solicitante, sin tramitar expediente al respecto. La prueba pericial en la primera instancia demostró que las obras presentaban los siguientes defectos: 1) se había segregado una parcela sin cumplir los mecanismos establecidos en la legislación urbanística (en concreto por ser su superficie inferior a la exigida en el planeamiento y carecer de licencia municipal de segregación), 2) la parcela sobre la que se construyó no tenía la superficie mínima exigida por el Plan Parcial, y 3) la superficie de ocupación o aprovechamiento de la parcela para la edificación era superior a la permitida. La ampliación de la edificación superó el máximo permitido de edificabilidad y se acordó por la sentencia de instancia la demolición total de las obras, confirmando este pronunciamiento en apelación la aludida sentencia del Tribunal Supremo. La apelante pedía en su recurso que se dejara sin efecto esta medida restauradora invocando el principio de proporcionalidad, petición que el Tribunal Supremo rechazó con los siguientes argumentos: «no tiene en cuenta la parte apelante, en cuanto al principio de proporcionalidad, que se ha apreciado en el caso no sólo una infracción urbanística de naturaleza material, sino también vulneradora del ordenamiento jurídico urbanístico, que exige una restauración de la realidad física y del ordenamiento urbanístico infringido [...] de manera que en estos casos la demolición aparece como la única medida restauradora».

no debe existir; tampoco cabe alegar la riqueza generada desde el punto de vista privado o mercantil⁵⁵. El verdadero gravamen adicional para el infractor no es la restauración (efecto debido conforme a las normas) sino la sanción, especialmente cuando se trata de una auténtica pena. Acordada ésta por el juez criminal, no podría comprenderse cómo, imponiendo un *mal añadido* semejante, le está vedada, en cambio, la tutela primaria del restablecimiento de la legalidad, *prius* de la sanción según ha quedado expuesto. La invocación, pues, del principio de proporcionalidad para sortear la aplicación de potestades regladas es una muestra de su uso «deproporcionado» e ilegítimo, denunciado por la doctrina por socavar las exigencias más elementales de la seguridad jurídica⁵⁶.

⁵⁵ No cabe, pues, la invocación de la conservación de la «riqueza generada» como interés mensurable, pues precisamente el interés público a mantener radica en la preservación del suelo (como recurso natural escaso) de su utilización para fines que lo sustraigan a su utilidad social, por más que estos puedan generar riqueza desde un punto de vista privado. Esto es particularmente visible en el «Suelo No Urbanizable», para el que la realización de edificaciones viene sujeta tradicionalmente a la acreditación de la existencia de un interés público (*vid. v. gr. art. 42 LOUA*). Pues bien, para este caso, la jurisprudencia contencioso-administrativa afirma rotundamente que la demolición ha de proceder sin que pueda oponerse la utilidad industrial o mercantil generada por el uso implantado en la edificación ilegal. Así, la STS de 30 de octubre de 1995 [Esteban Álamo, RJ 7712] razona que «[e]l legislador ha perseguido en tales preceptos [los limitadores de las edificaciones en suelos no urbanizables] una finalidad patentemente tuitiva del suelo no urbanizable [...]. De ahí que en los artículos 85 de la Ley (derogado) y 144 del Reglamento de Gestión se distinga casuísticamente las construcciones que se podrán realizar y se restrinja las que se pueden autorizar, entre éstas, aquéllas que cumplan conjuntamente dos requisitos: que sean de utilidad pública o interés social y que hayan de emplazarse en el medio rural» siempre respetando las prohibiciones o incompatibilidades derivadas del plan. La utilidad pública o interés social exigido por estas normas limitativas no puede consistir en la escasez de suelo industrial disponible ni en la falta de desarrollo de la infraestructura necesaria, «penuria en el espacio y transitoriedad en el tiempo nunca justificantes de la necesidad de emplazamiento en el medio rural, máxime cuando este medio está especialmente protegido por la Ley, como el caso que nos ocupa. Esta necesidad viene exigida por la naturaleza y finalidad del uso a que se va a destinar la construcción que se pide; por tanto no viene aconsejada por factores externos a aquella exigencia». Para la sentencia, no viene al caso la irreparabilidad de los efectos de la demolición para el supuesto de que se quisiera modificar el uso de la construcción en el futuro, porque «un futuro cambio de destino o uso permitido de lo edificado no pueden conducir al mantenimiento de la infracción ante este hipotético cambio, entre otras razones porque la obra llevada a cabo es ilegalizable», por lo que mantiene la demolición. No cabe invocar, pues, el principio de proporcionalidad para evitar la demolición por razones de interés puramente privado, negocial ni mercantil.

En el mismo sentido, la sentencia de 20 de diciembre de 2001 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de Málaga) [De Vicente García, JUR 123188], invocando la STS de 23 de diciembre de 1996 [Sanz Bayón, RJ 9533], al enjuiciar la demolición de un hotel rural en suelo rústico, afirma que «tales excepciones a la regla general de no edificabilidad en suelo no urbanizable presuponen y requieren en razón de esa excepcionalidad, una interpretación de carácter restrictivo, exigiéndose que las edificaciones o instalaciones proyectadas en suelo no urbanizable sean de utilidad pública o interés social». Así, «[e]n razón del carácter restrictivo que ha de dotarse a la interpretación de estos términos, hemos de precisar que el interés social o utilidad pública no puede identificarse sin más con cualquier actividad industrial, comercial o negocial en general de la que se derive la satisfacción de una necesidad de los ciudadanos con la contraprestación de un lícito lucro o ganancia, pues es evidente que ello desnaturalizaría la finalidad perseguida, dada su excesiva generalidad, ya que la extensión de la excepción legal a todo este tipo de instalaciones o actividades que claro está suponen una mayor creación de empleo y riqueza, supondría la conversión de la excepción en regla general». Establece, después, como criterio indispensable la necesaria ubicación en el medio rural –y no en otro– de la concreta actividad y que se reporte un efectivo beneficio a la colectividad, rechazando que razones de mercado puedan ser suficientes, de modo que no pueden incluirse «aquellas actividades que tienen de manera principal y directa la obtención de un beneficio indubitable para la colectividad, pero sólo a través del mecanismo del mercado, no siendo suficiente, por tanto, para justificar la utilidad pública o interés social, los motivos o razones abstractos alegados, de atractivo para el turismo rural, de estímulo para el desarrollo económico de la Comarca, etc.». Condena, en definitiva, a la Administración al restablecimiento de la legalidad urbanística.

⁵⁶ «Las alabanzas de que ha sido objeto [el principio de proporcionalidad] y las esperanzas en él depositadas no impiden advertir de los graves riesgos que su uso “desproporcionado” encierra, como consecuencia del eventual “deslizamiento” clandestino del poder a favor del juez, que impondría así una suerte de “legislación sustitutoria”, y de la inercial “homogeneización” del abigarrado y variado conjunto de garantías, criterios y reservas que la Constitución ha diseñado de forma diferenciada en beneficio de cada uno de los derechos fundamentales si la propor-

b) El llamado principio de menor demolición

Parcialmente distinto del problema analizado en la letra anterior es el que se conoce bajo el nombre de principio de «menor demolición». A mi juicio, bajo esta denominación se hace referencia a dos realidades distintas, a las que podemos aludir como hipótesis de uso legítimo y de uso ilegítimo del mencionado principio. En los casos de uso ilegítimo, estamos ante la utilización del principio de proporcionalidad –bajo otra denominación (menor demolición)– para evitar la aplicación de una regla legal imperativa; en los de uso legítimo, ante la lógica adaptación de las medidas ejecutivas de una demolición debidamente acordada a lo estrictamente necesario para restablecer la legalidad infringida.

Desde luego, resulta inadecuado apelar a este principio para supuestos en los que, claramente, la demolición no procede porque el hecho determinante de la ilegalidad urbanística no estriba en la alteración ilícita de la realidad física del terreno. En este sentido, es obvio que no es adecuada la demolición como medida restauradora frente a la mera implantación de un uso prohibido, pues puede obtenerse esta tutela mediante el restablecimiento forzoso del uso legal o la simple cesación coactiva del no permitido⁵⁷. Pero éste no puede ser el caso de un delito urbanístico del artículo 319 del Código Penal, ya que su supuesto de hecho es la ilegalidad de la edificación o construcción en cuanto alteración de la realidad física del terreno que no está permitida por el ordenamiento tal y cómo ha sido materialmente ejecutada, por lo que la propia sustancia de la obra debe ser alterada para regresar a una situación legal. La invocación en un proceso penal del principio de menor demolición para

cionalidad se convirtiera en síntesis de todos los parámetros del control de constitucionalidad o, en fin, los no pocos peligros que encubre el principio como factor corrector de la justicia del caso concreto por lo que pudiera suponer de disolución del propio Derecho positivo y de la seguridad jurídica, entre otros posibles impactos. *Si la resolución de cualquier conflicto o colisión se resolviera con la simple apelación al principio de proporcionalidad –convertiéndolo en una suerte de ponderación de bienes que todo lo matiza y cuestiona según el caso concreto de que se trate, al margen de otros múltiples parámetros objetivos y generales, técnicas y garantías singulares [...], se acabaría por pervertir el sistema mismo y comprometer gravemente la seguridad jurídica –todo dependería del caso concreto– con independencia de lo que estableciera la norma– y la propia división de poderes –al invadir el judicial la esfera constitucionalmente reservada a los restantes poderes–»* (vid. BARNÉS VÁZQUEZ, Javier, «Introducción...», cit., pp 511 y 512, la cursiva, como suele decirse en estos casos, es mía). El mismo autor ha insistido en otro lugar («El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», *Cuadernos de Derecho Público*, número 5, septiembre-diciembre 1998, INAP, Madrid, pp. 43 y 44) en el peligro de «abuso de la proporcionalidad» que «representa un arma en manos del aplicador con la que introduce su propia apreciación subjetiva en la norma, como si de un caballo de Troya se tratara; la reblanquea al administrar en cada caso los rigores de la ley, atentando así contra el principio de seguridad jurídica». Efectivamente, el entusiasmo principalista ha llevado a un cierto abuso en la utilización del principio de proporcionalidad, y, más globalmente, de los llamados principios generales del Derecho. Este exceso ha sido justamente criticado. Así, para NIETO GARCÍA (Alejandro): «[...] la Ciencia Jurídica española –vigorosamente impulsada en este punto por DE CASTRO y GARCÍA DE ENTERRÍA– ha acogido en los últimos años los principios generales del Derecho con un entusiasmo no exento de peligros. Los Tribunales ya no deciden con frecuencia por normas sino por principios cuya generalidad y flexibilidad hacen comodísima la redacción de las sentencias, de la misma forma que los autores tejen sus obras con ramos de principios tan ambiciosos como evanescentes» (*Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, 2005, cuarta edición, Madrid, p. 43). Existe, así, un riesgo de desvinculación de los mandatos legales, bajo la excusa de la técnica principal, y un peligro de debilitamiento de la igualdad ante la Ley; también se advierte una pérdida de perspectiva de los fines generales de la Ley, especialmente los que persigue a través de la actuación administrativa de intervención, al sobredimensionarse el papel de los intereses individuales. En palabras de SCHMIDT-ASSMAN, «[...] los controles de proporcionalidad de las decisiones administrativas pueden así convertirse fácilmente, en vez de en juicios de adecuación de una determinada medida al fin por ella perseguido, en juicios orientados fundamentalmente a verificar el nivel de satisfacción de los intereses individuales de los demandantes, sin tener en cuenta la labor global de la Administración, ni reconocer el carácter típico de su actuación» (*La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, INAP y Marcial Pons, Madrid, 2003).

⁵⁷ Vid. ARREDONDO GUTIÉRREZ, J. M., *démolición...* cit., p. 41.

evitar la adopción de esta medida carece, así, de verdadero asiento dogmático. En hipótesis de delito urbanístico la medida restauradora idónea es única y está claramente tipificada: la demolición.

En realidad, el principio aludido comprende supuestos muy concretos en que la ejecución de la medida restauradora puede sufrir una modulación: extralimitaciones en la construcción –para las que ha de evitarse en lo posible que la demolición alcance a la parte de obras legalmente ejecutada–, ilegalidades ínfimas ajenas a los parámetros fundamentales de la normativa urbanística –por ejemplo, cuando se trata de un exceso mínimo que puede estar motivado en la necesaria adaptación al terreno, como solución de técnica edificatoria– y situaciones consolidadas *de facto*⁵⁸.

De estos tres supuestos, sólo el primero (extralimitaciones constructivas) puede tener cierta trascendencia en la jurisdicción penal, pues ya no se trata de evitar el ejercicio de una potestad reglada sino de ejecutarla del modo menos gravoso posible, salvando, de ser técnicamente viable, la parte de la construcción que sea conforme con la legalidad. Los otros dos casos, como ha notado la mejor doctrina⁵⁹, se refieren a situaciones ajenas totalmente a las hipótesis fácticas de delitos contra la ordenación del territorio⁶⁰.

En conclusión, el principio de proporcionalidad/menor demolición, a mi entender, sólo puede ser invocado en vía penal para limitar la eficacia de una demolición ya acordada a la parte de obra ejecutada estrictamente ilegal, cuando, en virtud de un proyecto técnico solvente, pueda conservarse la parte acorde con la normativa.

3. LOSTERCEROS DE BUENA FE

Nuevamente, la naturaleza jurídica de la medida de demolición influye en el tratamiento de los supuestos en que de su adopción pueden derivarse perjuicios para terceros de buena fe. Evidentemente, el caso arquetípico es aquel en que la edificación ilegal o, más bien, la finca en la que ésta se ubica ha sido adquirida por un tercero que no ha tenido participación en el ilícito penal y desconoce la ilegalidad de la construcción –dejando, por ahora, de lado las dificultades prácticas para apreciar

⁵⁸ *Vid.* LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, «El principio de proporcionalidad en el Derecho administrativo», *Cuadernos de Derecho Público*, número 5, septiembre-diciembre 1998, INAP, Madrid, pp. 151 y 152, y ARREDONDO GUTIÉRREZ, J. M. *Demolición...cit.*, pp 39 a 51.

⁵⁹ NÚÑEZ SÁNCHEZ, Á., «Las facultades...», cit., pp. 28 a 32.

⁶⁰ La hipótesis de ilegalidades ínfimas (que no son, desde luego, las que pueden dar lugar a un delito contra la ordenación del territorio) deben ponerse en conexión con la cláusula del artículo 182.3 LOUA, conforme al cual «[r]eglamentariamente se establecerán los supuestos y condiciones en los que, con carácter excepcional y en aplicación del principio de proporcionalidad, quepa la legalización aun con disconformidades no sustanciales con la ordenación urbanística aplicable, por resultar de imposible o muy difícil reposición». La disposición, en cualquier caso, sigue pendiente del correspondiente desarrollo reglamentario, que habrá de sujetarse a estos claros requisitos legales fijados en la disposición legal reproducida. Éstos deben concurrir cumulativamente y son: 1) regulación reglamentaria expresa, 2) ilegalidad no sustancial de la obra ejecutada, 3) imposibilidad o grave dificultad de reposición de la realidad física. El caso de la llamada «consolidación de facto» es mucho más controvertido y, a mi juicio, sí que puede suponer una vía ilegítima de sortear un imperativo legal con la invocación del principio de proporcionalidad, en cuanto la única consolidación de facto realmente admisible se produce cuando transcurre el plazo de caducidad de la acción de restablecimiento de la legalidad, quedando en tal supuesto la obra ilegal en una situación jurídica asimilable a la de «fuera de ordenación».

verdadera buena fe, dada la publicidad de las normas urbanísticas y las restricciones para el acceso de las obras ilegales al tráfico jurídico registral–.

En previsión de esta situación el legislador penal ha optado por mantener la operatividad de la demolición salvaguardando la posición patrimonial de los terceros afectados. A mi entender, éste es uno de los puntos donde más claramente se pone de manifiesto que el Código, al establecer la medida de demolición, no la ha configurado con carácter sancionador ni resarcitorio, comprendiéndola claramente como medida restauradora del orden legal.

Si el texto punitivo hubiera querido establecer una sanción, con la regulación del artículo 319.3 habría infringido el principio de personalidad de la pena, pues –aparte de la imputación del coste patrimonial de la realización material de la medida al autor del hecho– quien verdaderamente sufriría sus efectos sería el tercero ajeno al delito, como actual propietario del terreno.

Tampoco tendría sentido esta solución legal si se tratase de una medida de responsabilidad civil, pues, lejos de conseguirse resarcimiento económico alguno, se consumaría una pérdida para un tercero que de suyo es, como tal, irresponsable.

Parece, pues, que el régimen legal del Código no deja lugar a dudas al anteponer la reposición de la realidad física a los intereses patrimoniales privados, poniendo así de manifiesto su naturaleza jurídica específica y su inserción en el orden público. En definitiva, se trata de restablecer la legalidad a la que todos (particulares, administraciones, tribunales) estamos sometidos, al margen de que, consecuentemente, el autor del hecho deba resarcir a terceros a los que perjudique la medida restauradora.

En la práctica, parece más bien que los casos de buena fe pueden quedar reducidos a supuestos en que la propia Administración da apariencia de legalidad a una obra que resulta ser contraria al Ordenamiento –por ejemplo, concediendo indebidamente una licencia-. Pues bien, al explicar la naturaleza de la demolición en el Derecho urbanístico ya se puso de manifiesto la diferencia entre la retribución abstracta del hecho (la sanción), la restauración del orden jurídico perturbado (la reposición de la realidad física mediante la demolición) y el resarcimiento patrimonial de quienes resulten perjudicados. Consecuentemente, cuando el propio promotor de la obra ha actuado de buena fe, amparado en una licencia ilegal, la demolición sigue siendo procedente –previa anulación del acto legitimador–, por más que la Administración deba ser responsable patrimonialmente frente al afectado por la confianza legítima generada mediante la irregular concesión de la licencia.

En casos de condena penal del promotor de la obra no cabe plantearse, por elementales razones de coherencia, la buena fe del penado, por lo que, en principio, es éste el que debe asumir el coste de la demolición y la indemnización de otros eventuales terceros perjudicados (art 319.3). Ahora bien, en ningún momento se plantea el texto punitivo que la presencia de estos hipotéticos terceros pueda impedir el restablecimiento de la legalidad, pues esta medida, comprobado el presupuesto de la contrariedad de la obra al ordenamiento jurídico, es de orden público y, como tal, de adopción necesaria.

En esta línea, en los casos de transmisiones de fincas, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha distinguido entre las sanciones impuestas a los anteriores propietarios y la obligación de restablecer la realidad física alterada. Así, mientras no cabe la transmisibilidad de las primeras, pues encarnan males infligidos a resultas de un reproche

personal, no ocurre lo mismo con la segunda, a la que se aplica el principio de subrogación en las cargas urbanísticas, considerando al adquirente obligado a demoler⁶¹.

En cualquier caso, una cosa es, en mi opinión, la transmisión al nuevo titular de la obligación de demoler [que entraña con el referido principio de subrogación⁶², que, precisamente no contempla el artículo 319.3, pues, al situarse éste en el marco de un procedimiento penal, sólo permite condenar a demoler a un responsable criminal] y otra distinta la procedencia de la demolición, que se justifica en la subsistencia de la ilegalidad de la obra, al margen de la titularidad de la finca. Esto quiere decir que el artículo 319.3 no sólo no tiene su fundamento en el mencionado principio de subrogación en las cargas sino que es totalmente ajeno su funcionalidad.

Por otra parte, conviene recordar aquí que la potestad de restablecimiento de la legalidad se ha de imponer a cualquier titularidad jurídico-privada, por lo que será irrelevante la condición de tercero registral (conforme al art. 34 de la Ley Hipotecaria) que pueda tener el adquirente de buena fe de la edificación ilegal⁶³.

De otro lado, a nadie puede escapar la idea de que estas situaciones de buena fe son verdaderamente excepcionales, dado el carácter público de las limitaciones de orden urbanístico y la mínima información que ha de exigir el comprador diligente sobre los terrenos que adquiere⁶⁴, especialmente cuando la compra se eleva a escritura pública con la correspondiente intervención notarial. De hecho, parece que sólo en hipótesis de auténtico engaño, con posible delito de estafa concurrente, o, como se ha dicho, de apariencia de legalidad creada por la propia Administración (al conceder una licencia ilegal) aprovechada conscientemente por el autor del delito, se puede dar verdaderamente esta situación respecto a terceros adquirentes. En esta última hipótesis, es incluso factible la responsabilidad subsidiaria de la Administración respecto a la indemnización debida por el promotor de la edificación al tercero de buena fe.

⁶¹ *Vid. SSTJ 1392/1996, de 25 de noviembre [Toledano Cantero, RJ 2550] y de Castilla-La Mancha 358/1999, de 26 de abril [Delgado Piqueras, JUR 1052]. La última sentencia señala que «[u]na cosa es la responsabilidad administrativa derivada de una infracción y otra, perfectamente discernible en términos jurídicos, el restablecimiento de la legalidad violada y la reposición de las cosas a su estado natural. Esta obligación recae sobre el interesado, posición que ocupa el señor G. A. al haber adquirido la parcela en cuestión». La transmisibilidad de la carga urbanística de demoler frente a la intransmisibilidad de la responsabilidad personal que implica la sanción puede verse muy claramente en VERA FERNÁNDEZ-SANZ, Alberto, «Dictamen sobre la subrogación de terceros en la obligación de demolición de obras contrarias al Ordenamiento Urbanístico», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, año XXVI, número 128, 1992, pp. 545 a 550.*

⁶² *Vid. ARREDONDO GUTIÉRREZ, J. M., Demolición... cit., pp. 28 a 34.*

⁶³ *Vid. NÚÑEZ SÁNCHEZ, A., «Las facultades...», cit., pp. 52 y 53.*

⁶⁴ De hecho, la jurisprudencia civil es acertadamente restrictiva sobre la posibilidad de resolver el contrato de compra-venta en estos casos. Al respecto puede verse la STS 1139/2006, de 17 de noviembre [RJ 8932, Montés Penadés] que rechaza la operatividad de la rescisión «[e]n primer lugar, porque la información urbanística está al alcance de cualquier interesado, como consecuencia del carácter público de Planeamiento [...]. En segundo lugar, porque siendo ello así no puede decirse que la buena fe exigible, como comportamiento honesto y leal en los tratos (arts. 7.1 y 1258 CC), imponga un especial deber de información en los vendedores que venga a coincidir con lo que pueda obtenerse mediante la consulta de los Registros y de las Oficinas Públicas que la dispensan, entre otras razones porque la misma buena fe exige en la contraparte un comportamiento diligente; lo que no ocurre, desde luego, cuando se trate de circunstancias o de condiciones que estén en contradicción o supongan modificación o alteración de hecho de cuanto se refleje en los Registros o Archivos (por ejemplo, se encuentre pendiente una modificación del Plan, o una decisión sobre su validez y/o eficacia que conozca ya la parte vendedora pero no haya trascendido al Registro o al Archivo), y es en supuestos como los apuntados cuando puede y debe tener relevancia el deber de información, así como en los casos en que la parte vendedora, mediante maquinaciones o insidias, consigue convencer a la compradora de que, no obstante la información urbanística pública, se dan en el caso otras condiciones que incitan a la adquisición. A lo que ha de añadirse que el carácter institucional y la necesaria aplicación automática de la delimitación y de la conformación acordadas en los Planes».

VII. CONSECUENCIAS DE RÉGIMEN LEGAL Y PROCESAL

1. ¿ES POSIBLE UTILIZAR EL RÉGIMEN DE LA «REPARACIÓN DEL DAÑO» COMO MARCO REGULADOR GENERAL DE LAS MEDIDAS REINTEGRADORAS DEL ORDEN JURÍDICO?

La Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal de 1992 aludía a la demolición como una «reparación especial»⁶⁵. Hemos visto igualmente en el inciso relativo al restablecimiento del derecho al honor cómo el legislador penal, al prever expresamente medidas concretas restauradoras, las equipara al régimen jurídico de la «reparación del daño», en cuanto «obligaciones de hacer» a cargo del penado. Esto es plenamente acorde con el contenido material del artículo 112 del texto punitivo, que establece que:

«La reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o han de ejecutarse a su costa.»

La equiparación implica todo un abanico de consecuencias jurídicas sustancias y procesales; por ejemplo, el condicionamiento de la suspensión de la pena privativa de libertad a la realización voluntaria de la conducta reparadora, su valoración a efectos de sustitución de la pena o la posible celebración de la vista oral sólo para dilucidar si procede la adopción de la medida en caso de conformidad. Hay otras, como la imposibilidad de indulto, que no necesitan de esta equiparación para justificarse, pues, en cualquier caso, la medida restablecedora sigue siendo una cuestión de orden público ajena a la suerte concreta de la ejecución de la sanción.

La equiparación, no obstante, es de dudosa virtualidad para la demolición u otras posibles medidas reintegradoras en delitos contra bienes colectivos, para los que no existe una víctima individualizable. En principio, en los delitos contra el honor siempre hay una persona interesada tanto en el restablecimiento de su derecho como en el resarcimiento patrimonial de los daños sufridos. La existencia de estas víctimas civiles parece un presupuesto necesario para la aplicación de las disposiciones de los artículos 109 y siguientes, en las que se ubica la reparación del daño. No ocurre así en caso de delito contra la ordenación del territorio. Por otra parte, tampoco estamos ante un «daño» en el sentido técnico jurídico propio del Derecho de responsabilidad civil. La equiparación es, pues, discutible, aunque existen buenas razones prácticas para que la medida restablecedora pueda llevar anudada todas las consecuencias jurídicas a que hemos aludido.

⁶⁵ En concreto se refería a la demolición como una de las «reparaciones especiales incluibles en una sentencia penal».

2. NECESIDAD DE PETICIÓN EXPRESA PARA SALVAGUARDAR LA CONTRADICCIÓN EN EL PLENARIO

A mi juicio, aún tratándose de una medida de orden público no susceptible de transacción, la demolición debe ser expresamente solicitada por el fiscal o por otra parte acusadora para que pueda ser acordada por el juez. En la medida en que la demolición no deriva necesariamente del mismo juicio normativo que integra la infracción penal, como se ha explicado al distinguir los juicios *ex ante* y *ex post* de ilegalidad, entiendo que su presupuesto ha de ser sometido a específico debate en el plenario, lo que se garantiza con la mención de la medida en el escrito de acusación.

Dicho de otro modo, la demolición no es una consecuencia necesaria de la condena penal, como las costas, ni una medida anudada automáticamente al incumplimiento de una pena impuesta en sentencia (como el arresto sustitutorio por impago de multa), ni una medida accesoria de otra principal (como la pena accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo) sino un efecto jurídico necesario cuando concurre un presupuesto propio (la ilegalidad *ex post*).

Esta mención específica a la demolición en las conclusiones de la acusación se hace especialmente relevante en cuanto, como se va a explicar en el apartado siguiente, entiendo que la carga de la prueba sobre la improcedencia de la demolición no recae sobre la parte acusadora.

En definitiva, al igual que ocurre con el comiso, la demolición ha de ser solicitada expresamente en el escrito de acusación a pesar de no ser una pena ni una medida de responsabilidad civil. Se trata, simplemente, de que exista una congruencia entre las peticiones acusatorias y la sentencia que evite que el condenado pueda sufrir cualquier tipo de indefensión.

3. TRATAMIENTO PROCESAL DERIVADO DE LA NATURALEZA REINTEGRADORA DE LA DEMOLICIÓN Y DE LA DIFERENCIACIÓN ENTRE EL JUICIO DE AUTORIZABILIDAD Y EL DE LEGALIZACIÓN. CARGA DE LA PRUEBA

Que el delito tenga un presupuesto (la antijuricidad basada en la no autorizabilidad *ex ante*) distinto al de la demolición (la ilegalidad derivada de un juicio *ex post*), puede facilitar enormemente la mecánica procesal.

Efectivamente, acreditada por la acusación la no autorizabilidad y, por tanto, la existencia del delito conforme a las exigencias constitucionales de la presunción de inocencia, el acusado que quiera impedir la demolición tendrá la carga de acreditar un cambio normativo (si bien, en principio, para éste rige la máxima *iura novit curia*) o fáctico que ampare *a posteriori* la obra inicialmente ilegal. Se descarga, así, con toda lógica, al acusador de una *probatio diabolica* consistente en la acreditación de un hecho negativo (que la realidad fáctico-jurídica no se ha modificado). Se aplica además de la forma más congruente el principio de proximidad a la prueba que es consustancial a toda actividad probatoria no sancionadora, pues es el particular el que –precisamente actuando materialmente en la realidad extraprocesal para obtener la

legalización– está en situación de aportar los datos precisos (especialmente en lo relativo a las modificaciones fácticas que él mismo puede haber llevado a cabo).

Aquí se comprende el alcance que la jurisprudencia contencioso-administrativa, que descarta la aplicación de las garantías de los procedimientos sancionadores (singularmente de la presunción de inocencia) puede tener en los procedimientos penales de restablecimiento de la legalidad.

Esta solución procesal es igualmente acorde con el régimen jurídico general de la demolición, que procede, al margen de toda comprobación sobre la ilegalidad material de la obra, siempre que el interesado no solicite la legalización⁶⁶.

Es más, en supuestos de extrema complejidad no hay que descartar la posibilidad de imitar la dinámica de ciertas resoluciones contencioso-administrativas, de forma que, acordada genéricamente la demolición en el fallo de la sentencia, se pueda diferir su concreta forma de aplicación a un incidente en ejecución de sentencia en que pueda aportarse prueba singular sobre la forma idónea de ejecución conforme al mencionado principio de menor demolición –con un proyecto técnico viable que permita salvar la parte legal de la obra–.

4. INTERVENCIÓN PROCESAL DE LOS TERCEROS DE BUENA FE

En principio, los terceros de buena fe que se vean perjudicados por la orden de demolición habrán de ser traídos al proceso penal, dándoseles la necesaria audiencia⁶⁷. En cuanto a la posible indemnización a cargo del autor del hecho, en los extraños supuestos en que pueda concurrir un tercer adquirente de la obra al que pueda atribuirse buena fe en la convicción de la legalidad de la misma –consecuentemente, con previo cumplimiento de los mínimos deberes de diligencia–, sin que concurra paralelamente un delito de estafa –en cuyo caso, la indemnización sería responsabilidad civil asociada a este ilícito– entiendo que puede éste tener intervención en el proceso como perjudicado. Nada impide, por otra parte, que el fallo de la sentencia penal pueda establecer, conforme al artículo 319.3 del texto punitivo, que quede a salvo la compensación económica que, a cargo del autor del hecho, pueda corresponder por los daños causados a terceros en ejecución de la medida de demolición.

5. FORMA DE EJECUCIÓN

A mi modo de ver, en la medida en que el artículo 319.3 CP otorga al juez penal verdadera potestad restablecedora, el tribunal sentenciador que acuerde la medida de demolición a costa del penado ha de ejecutarla por sí mismo, conforme a la esencia de la función jurisdiccional -que comprende la potestad de ejecutar lo juzgado–, sin recurrir a la mediación de la Administración. Esto quiere decir que el tribunal penal habrá de requerir al condenado para que proceda por sí a la demolición y, en su defecto, adoptar cuantas medidas considere precisas para la ejecución subsidiaria a

⁶⁶ *Vid. STS 24 de diciembre de 2001 [Sanz Bayón, RJ 5792].*

⁶⁷ *Vid. NÚÑEZ SÁNCHEZ, A., «Las facultades...», cit., pp. 54 y 55.*

costa del penado. No procede, pues, la aplicación de las disposiciones que, sobre ejecución de sentencias, prevé la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Evidentemente, el tribunal penal puede considerar procedente, como medida idónea de ejecución, recabar el auxilio de un organismo oficial o de una Administración propiamente dicha, pero ya no se tratará de que se ejecute la sentencia por la Administración sino de que el juez, como medida ejecutiva, ordena a la Administración ciertas actuaciones concretas (por ejemplo, la elaboración del proyecto de demolición por personal técnico a su servicio, o la ejecución material de la demolición con los medios de que disponga) sin que ésta tenga margen de apreciación alguno sobre cualquier extremo de la medida, debiendo limitarse a cumplir lo que el juez mande, conforme al artículo 118 de la Constitución.

6. SUJECIÓN AL RÉGIMEN GENERAL DE LA PRESCRIPCIÓN PENAL

Finalmente, como potestad conferida específicamente al juez penal, entiendo que éste no ha de quedar vinculado por los plazos de caducidad fijados por la normativa urbanística para la acción de protección de la legalidad, que seguirán corriendo para la Administración. De este modo, será el plazo general de prescripción del delito urbanístico el que determine el alcance temporal de la potestad penal de restablecimiento de la legalidad mediante la demolición de la edificación.

VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN

Al inicio del presente estudio puse de manifiesto mi propósito de prescindir del análisis y de la crítica de los pronunciamientos de las distintas Audiencias y Juzgados del orden jurisdiccional penal en aplicación de la medida prevista en el artículo 319.3. Ha sido, así, mi intención realizar un trabajo de pura técnica jurídica que pueda servir de auxilio a quienes forman parte de –o actúan ante– dicho orden jurisdiccional, sin partir de prejuicios sobre el acierto o desacuerdo de las decisiones tomadas hasta ahora.

No obstante, al tratar el supuesto paralelo del restablecimiento del derecho al honor, planteaba como interrogante qué podría pensarse de un tribunal penal que dejara de prestar esta tutela restauradora por considerarla ajena a su jurisdicción, remitiéndola al juez civil, como órgano natural para otorgarla. También me preguntaba qué opinión cabría tener del juez de lo criminal que –por ejemplo, ante unas calumnias difundidas en un medio de gran repercusión social y tras imponer una o varias penas al responsable criminal de los hechos– entendiera que es desproporcionada la reintegración del derecho fundamental mediante la publicación de la sentencia. Planteaba después al lector la conveniencia de trasladar estos interrogantes al caso de la demolición tras la lectura del presente trabajo.

Evidentemente, las preguntas aludidas no eran gratuitas y obedecen a la constatación de, al menos, una cierta reticencia de los tribunales penales a acordar la demolición, como medida restablecedora del orden jurídico. Creo honestamente que los reparos a la aplicación de la medida carecen de base jurídica sólida, vista la na-

turaleza institucional de la reposición de la realidad física alterada y la esencialidad de la tutela restauradora que encarna.

La negativa de los tribunales penales a demoler viene muchas veces justificada con el falso argumento (o la simple excusa) de que la Administración es la autoridad llamada *por naturaleza* a prestar esta tutela de forma obligatoria, mientras que los jueces del orden criminal, conforme a una supuesta dicción literal del artículo 319.3 del texto punitivo, podrían, a su libre criterio, dejar de acordarla, como medida situada extramuros de sus potestades *naturales*.

Es evidente que la atribución de facultades reintegradoras del orden jurídico urbanístico al juez penal, junto a motivos ya señalados de orden general (singularmente la posibilidad de que se preste una tutela jurídica completa que permita que la sanción del delito pueda cumplir su verdadero papel de *aliud* a la pura restauración del orden legal), se explica por la acreditada falta de voluntad de la Administración de ejercer las potestades protectoras de la legalidad urbanística que le han sido conferidas con carácter imperativo y reglado, y singularmente por su resistencia a acordar y ejecutar las órdenes de demolición legalmente procedentes.

La total dejación de este deber por las autoridades administrativas ha llevado al legislador a «poner el peso fundamental del control de la legalidad urbanística en otras instancias distintas a la Administración Pública»⁶⁸. A esto ha contribuido también la probada ineeficacia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para imponer a los poderes gubernativos el cumplimiento de esta obligación legal a través de una jurisdicción puramente revisora. Han quedado, así, sin ejecutar la mayor parte de las sentencias de los tribunales de este orden que han impuesto a las administraciones competentes (fundamentalmente ayuntamientos) la obligación de demoler.

En definitiva, ante esta realidad insoslayable, la Ley ha llamado a otros órganos jurisdiccionales cualificados –los tribunales penales– a prestar a la sociedad la tutela restablecedora con ocasión de la comisión de un delito contra la ordenación del territorio, y, además, no como mera revisión de una previa actuación administrativa, sino como auténtico ejercicio de una potestad plena, propia y originaria.

En mi opinión, una respuesta de los tribunales penales que reproduzca miméticamente el desinterés de la Administración en la aplicación de la medida de demolición no puede ser más desalentadora para la sociedad, que tiene la razonable confianza de que los jueces garanticen el imperio de la Ley, conforme a la función constitucional que el pueblo español les ha encomendado⁶⁹. El restablecimiento de la legalidad conecta con la esencia misma de esa labor judicial. No hay, a mi juicio, otros órganos que puedan sentirse más implicados en esta tarea que los que conforman la Administración de Justicia. Ninguna autoridad puede considerarse más *natural* que la judicial para restaurar el orden jurídico.

En este trabajo se ha querido poner de manifiesto que, frente a lo que suele afirmarse, la potestad reintegradora de la legalidad no es un cuerpo extraño a la tutela

⁶⁸ PEMÁN GAVÍN, I., «La demolición...», cit., p. 818.

⁶⁹ En cuanto el efecto de la negativa generalizada a demoler redundaría en la sanción definitiva del «proceso de legitimación de la ilegalidad» que, en lugar del lógico proceso de «retorno a la legalidad», sigue normalmente a la finalización de la construcción ilícita y que ha sido identificado desde una perspectiva criminológica como uno de los factores determinantes de la metástasis de la corrupción urbanística (*vid.* SANZ MULAS, Nieves, «Corrupción urbanística (la mezcla de cemento, ayuntamientos y comisiones ilegales)», *La Ley Penal*, número 45, enero 2008, Editorial La Ley, edición electrónica, p. 6).

judicial que el juez penal puede otorgar en otros casos (y, así, se ha hecho referencia al supuesto paradigmático del restablecimiento del derecho al honor). Se ha puesto de manifiesto, igualmente, el carácter reglado de la potestad atribuida y se ha tratado, con mayor o menor acierto, de determinar el régimen jurídico adecuado a este carácter. A los jueces del orden penal corresponde, en cualquier caso, dilucidar con mejor criterio el presupuesto y los requisitos a que ha de sujetarse la potestad atribuida. Ahora bien, en ningún caso puede aceptarse como adecuado al ejercicio de la función jurisdiccional que, como previamente han hecho las Administraciones Públicas, los tribunales penales vacíen de contenido una tutela tan esencial para el futuro de nuestra sociedad, cuya credibilidad como Estado de Derecho se juega, en gran medida, en el campo del medio ambiente y del urbanismo.