

---

# DEMOLICIÓN DE CONSTRUCCIONES ILEGALES COMO RESTITUCIÓN A LA LEGALIDAD, Y NO COMO SANCIÓN: UNA INSPIRACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL PARA EL BRASILEÑO

---

*DEMOLITION OF ILLEGAL CONSTRUCTIONS AS A RETURN  
TO LEGALITY, NOT AS A SANCTION: AN INSPIRATION FROM  
SPANISH ADMINISTRATIVE LAW TO BRAZILIAN LAW*

*Homero Andretta Junior<sup>1</sup>*

**SUMARIO:** Introducción. 1. La demolición de construcciones ilegales en Brasil. 2. El derecho administrativo sancionador y la restitución a la legalidad como medidas que no se confunden en España. 3. Las medidas cautelares administrativas. 4. La protección al patrimonio público y la Ley de Costas en España: la restitución a la legalidad. Conclusión. Legislación. Jurisprudencia. Bibliografía.

---

<sup>1</sup> Mestre em Estudos Avançados de Direito Público pela Universidade Carlos III de Madrid (Espanha). Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Advogado da União.

**RESUMEN:** Se analiza como la administración pública debe proceder en casos de construcciones irregulares, en afrenta al derecho urbanístico y ambiental, incluso en áreas costeras de dominio público, buscando marcar la distinción entre medidas auto ejecutorias y sanciones, estas aplicadas después de un procedimiento administrativo sancionador. Son examinadas la legislación y la jurisprudencia en España y Brasil, sobre construcciones que violan reglas urbanísticas, ambientales y su reflejo en actividades económicas, incluso en el dominio público, pasando por la idea de restitución a la legalidad, examinando los casos en que se aplica el derecho sancionador. En Brasil, muchas veces se confunde la demolición con una medida sancionadora, lo que exigiría la incoación de un procedimiento administrativo. Se examina la legislación, la jurisprudencia y la doctrina en España, donde buena parte de la doctrina y de la jurisprudencia defiende que las construcciones ilegales deben ser demolidas no como sanción, sino como resultado de un ilícito, de lo cual no se quitan derechos del particular, y sobre lo cual no incide la prescripción. Son enmarcados los rasgos distintivos del derecho sancionador y de la restitución a la legalidad urbanística, ambiental y en áreas de dominio público.

**PALABRAS CLAVE:** Construcciones. Reglas urbanísticas y ambientales. Dominio público. Restitución a la legalidad. Derecho administrativo sancionador. España y Brasil.

**ABSTRACT:** The present study analyses how the public administration should proceed in cases of irregular constructions, in violation of urbanistic and environmental law, including coastal areas of public domain, seeking to make the distinction between self-executing measures and sanctions, these applied after an administrative sanctioning procedure. The legislation and jurisprudence about constructions that violate urban planning and environmental rules and their reflection in economic activities, including public areas, passing through the idea of restitution to legality and its difference from sanctions, both in Spain and Brazil, are examined. In Brazil, demolition is often confused with a sanctioning measure, which would require the initiation of an administrative procedure. The legislation, jurisprudence and doctrine in Spain are examined, where many judgements and authors defend that illegal constructions must be demolished not as a sanction, but as a result of an illegal act, from which the rights of the individual are not taken away, and the statute of limitations is not applicable. The distinctive features between administrative sanctioning law and the restitution to urban and environmental legality, and in areas of public domain, are framed.

**KEYWORDS:** Constructions. Urban and environmental rules. Public real estate. Restitution to legality. Administrative sanctioning law. Spain and Brazil.

## INTRODUCCIÓN

La demolición de construcciones ilegales es una medida drástica, que genera prejuicios económicos a los infractores pero que no les quitan derechos, y no se confunde con las sanciones administrativas aplicadas después de un procedimiento administrativo sancionador. Esa idea, más clara en el derecho español, no es al igual percibida por la doctrina y por la jurisprudencia en Brasil, donde la ley tampoco hace una distinción cristalina. Sin embargo, la lógica de los sistemas jurídicos y la similitud de los principios administrativos aplicables permite demostrar que esa distinción al igual debería ser incorporada o adoptada sin recelos por los operadores del derecho en Brasil, ya que eso en nada ofende los valores democráticos plasmados en la Constitución.

El presente estudio es dedicado al examen del tema en las principales leyes de Brasil, de España, su interpretación jurisprudencial y doctrinal, sobre todo para demostrar como en España la distinción es reconocida por buena parte de la doctrina y de la jurisprudencia, además de no impedir medidas sancionadoras y cautelares que puedan ser aplicadas sobre el mismo caso concreto, cuando haya violaciones de derecho urbanístico y ambiental, o en reglas de ocupación y uso de bienes públicos. Serán hechas algunas referencias a temas de dominio público, donde pueden ocurrir ocupaciones y construcciones ilegales, las cuales deben al igual ser combatidas con medidas de restitución a la legalidad.

El patrimonio público no solamente es utilizado por los órganos de las Administraciones Públicas, sino también por los particulares, bajo regímenes administrativos previstos en ley y, generalmente, bajo un régimen de autorización o concesión, además de una contraprestación por el particular, notoriamente cuando este uso tiene finalidades lucrativas y de naturaleza privativa.

Los bienes públicos que no están afectados para el uso por las Administraciones Públicas pueden, por lo tanto, ser destinados a usos privados, si hay previsión legal y coincidencia entre el interés privado y el interés público. Eso puede ocurrir en parques, playas, áreas sin uso específico, en el agua del mar o de ríos, por ejemplo. Así que actividades económicas pueden ser desarrolladas en estos bienes, desde muy sencillas como la instalación de un chiringuito en una playa o un quiosco en un parque, hasta muy grandes y que demandan mucha inversión, como por ejemplo puertos,

aeropuertos, parques eólicos en tierras públicas o en el mar territorial de los países.

Es claro que, cuando se trata de actividades económicas más complejas, es probable que haya una reglamentación específica para el sector económico de que se trate, así como una agencia u órgano público responsable de conceder la licencia para la actividad económica en sí misma, pero también será necesario autorizar el uso del bien público involucrado en esta actividad - aparte, cuando fuera el caso, de la licencia o autorización ambiental. La misma cuestión se puede plantear en situaciones como el cierre de una empresa de fármacos que los produce en disconformidad con las normas sanitarias, o el cierre de una discoteca que venda alcohol a menores de edad (en protección a la salud infante-juvenil), o quitar el permiso de conducir (la licencia) de un pésimo conductor, o sea, si estos actos administrativos son efectivamente sanciones o si, al contrario, son medidas de restitución a la legalidad. En estos casos, la cuestión puede ser más controvertida y demandaría examen de otros aspectos jurídicos.

Hay que tener en cuenta, también, las Administraciones Públicas locales, caso de las Comunidades Autónomas y Ayuntamientos en España, y de los Municipios en Brasil que, más allá de reglamentar el uso de sus propios bienes, fiscalizan y actúan en el ámbito del Derecho Urbanístico y Ambiental, cuyas reglas muy a menudo no son observadas por los particulares.

Las Administraciones Públicas deben combatir lo que Vaquer Caballería (2022, pp. 89 a 97) llama de síntomas del desgobierno del territorio: 1) privatización del espacio público; 2) preterición de la planificación territorial; 3) indisciplina urbanística; 4) corrupción. Teniendo eso en cuenta, el trabajo abordará como se da la actuación administrativa contra construcciones ilegales que violan reglas urbanísticas y ambientales, o construcciones ilegales en bienes públicos, en aras de diferenciar las situaciones que demanden el ejercicio del poder de policía para la **restitución a la legalidad**, el empleo de **cautelares administrativas** y el **derecho administrativo sancionador**.

## 1. LA DEMOLICIÓN DE CONSTRUCCIONES ILEGALES EN BRASIL

En Brasil las leyes no dejan clara la distinción entre la demolición como medida de restitución a la legalidad y sanciones por violaciones al derecho urbanístico y ambiental, lo que lleva la jurisprudencia y la doctrina a confundieren, por veces, esas situaciones, lo que puede traer graves consecuencias en términos de ocupación territorial desordenada y a una demora de la actuación administrativa.

En el tema de la protección de los bienes públicos, debe ser dada especial atención a las zonas costeras, históricamente más pobladas y donde

las presiones sociales y económicas se hacen sentir con más fuerza. Las playas y los terrenos ganados al mar (“*terrenos de Marinha*”) son consideradas bienes de la Unión Federal (la federación), bajo el artículo 20, IV y VII, de la Constitución. El Decreto-Ley n.º 9.760/46, reglamenta la identificación, los usos y ocupación de los bienes de la Unión, siendo muchos de sus dispositivos dedicados a las playas y terrenos ganados al mar. Más recién, la Ley n.º 13.240/2015 autorizó, bajo ciertos requisitos, el traslado de la gestión de playas desde la Unión Federal hacia las Municipalidades, pero no la propiedad, que sigue siendo federal.

A nivel federal, en Brasil, la legislación de patrimonio público no ha sido feliz en la adopción de los términos, ya que la Ley n. 13.139/2015, que alteró el Decreto-Ley n. 2.398/1987, que trata de la propiedad inmobiliaria de la Unión Federal, en su art. 6º, § 4º, ha puesto la demolición dentro de la categoría de las sanciones:

§ 4o Sem prejuízo da responsabilidade civil, as infrações previstas neste artigo serão punidas com as seguintes *sanções*: (Incluído pela Lei nº 13.139, de 2015)

I - embargo de obra, serviço ou atividade, até a manifestação da União quanto à regularidade de ocupação; (Incluído pela Lei nº 13.139, de 2015)

II - aplicação de multa; (Incluído pela Lei nº 13.139, de 2015)

III - desocupação do imóvel; e (Incluído pela Lei nº 13.139, de 2015)

IV - *demolição e/ou remoção do aterro, construção, obra, cercas ou demais benfeitorias, bem como dos equipamentos instalados, à conta de quem os houver efetuado, caso não sejam passíveis de regularização.* (Incluído pela Lei nº 13.139, de 2015)  
(hemos destacado)

La disposición legal citada arriba puede generar dificultades para el Servicio del Patrimonio de la Unión – SPU, órgano responsable por administrar los inmuebles federales, pues los particulares podrán interpretarla en el sentido de que es necesario un procedimiento administrativo sancionador antes que se produzca la demolición, bajo el argumento de que se trata de una sanción, aunque haya casos de ilegalidad o de ocupación indebida del patrimonio público muy evidentes.

En cambio, en materia de ocupaciones de inmuebles, el artículo 1210 del Código Civil en Brasil permite al propietario o poseedor original ejercer medidas de retomada del inmueble tras lo que se denomina el “desfuerzo inmediato”. Por ello, el titular del derecho real puede simplemente retomarle o adoptar medidas con esa finalidad, incluso, si es el caso, acudiendo a la policía. Si incluso los particulares pueden adoptar esa medida, es bastante raro que se requiera de la Administración Pública un proceso administrativo

entero para rechazar una ocupación indebida e ilegal. Sería absurdo que la Administración Pública, detentora de la supremacía del interés público, no dispusiera de las mismas herramientas jurídicas que los particulares para defender los bienes públicos, sean aquellos afectados al servicio público, sean aquellos de uso común del pueblo.

En Brasil es permitida la protección judicial del patrimonio público y, también, de intereses difusos, como la protección al medioambiente sano o al orden urbanístico, por intermedio de acciones judiciales colectivas que pueden ser movidas por asociaciones, por la fiscalía y por la abogacía estatal. Esa posibilidad muchas veces lleva al traslado de importantes cuestiones administrativas hacia el Poder Judicial, en situaciones donde las Administraciones Públicas podrían solucionar el tema. Como dicen Foletto Santin y Goes Lima (2020, pp. 204-228), es posible la protección de esos intereses también en el nivel administrativo, por intermedio del poder de policía de la Administración Pública.

La Ley Federal n. 10.257/2001, que reglamenta los artículos 182 y 183 de la Constitución de Brasil, conocida como *Estatuto de las Ciudades*, tampoco previó sanciones, o la hipótesis de demolición en casos de construcciones ilegales. Es cierto que esa es una ley de directrices generales, y que los Municipios deberán prever la demolición en su legislación interna, pero también es cierto que hay algunos dispositivos posibilitando la regularización, o sea, la posibilidad de subsanar ocupaciones indebidas en ocupaciones lícitas, lo que puede llevar a idéntica subsanación de construcciones originalmente ilegales. A pesar de que en Brasil hay un problema social de ocupación y uso irregular del suelo urbano, sobre todo por personas pobres, la omisión de las Administraciones Públicas puede resultar en consolidación de ocupaciones de zonas de protección ambiental o áreas bajo riesgo de inundaciones o resbalones de tierra, por ejemplo. Idealmente, la remoción de esas construcciones ilegales debe ocurrir simultáneamente con la adopción de políticas de habitación, y debería ser inmediata, para evitar la consolidación de verdaderos barrios en estas zonas, lo que dificulta o torna más cara, sino impide, la demolición futura. Farenzena (2024) defiende que el derecho a la vivienda prevalece sobre el derecho ambiental, en especial cuando el Municipio fue omiso y tardó en tomar providencias en contra las construcciones ilegales, pero que cabe al Municipio promover la salida de los ocupantes de áreas de preservación ambiental permanente y la recuperación ambiental del área.

En dos casos analizados por el Superior Tribunal de Justicia en Brasil (STJ), con respecto a la punición administrativa de demolición en casos de infracción administrativa al medioambiente, prevista en el art. 72, VIII, de la Ley n. 9765/1998, se reconoció la naturaleza controvertible de la demolición, y solo se estableció que podría haber protección judicial, sin enfrentamiento

de la cuestión meritoria relativa la posibilidad de demolición inmediata por la Administración Pública. El caso más antiguo fue el Recurso Especial n.º 789640/PB (2005/0167537-1, Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, del 09/11/2009), pero en decisión de 23/08/2011, en el Recurso Especial n.º 1246443/PR (PR 2011/0075450-7, Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, publicado en el 13/04/2012), el STJ ha decidido muy similarmente, en caso involucrando el Ibama (la agencia ambiental federal):

(...) 2. El juicio de origen entendió que la demolición de obras es una sanción administrativa con auto ejecución, por lo que resulta irrelevante la acción judicial que pretenda su incidencia. El Ibama apela, señalando que la mencionada sanción no es imputable a la auto ejecución.

3. Si bien la Ley n.º 9.605/98 autoriza la demolición de obras como sanción por infracciones administrativas de carácter ambiental, *lo cierto es que existe fuerte controversia respecto de su auto ejecución (de la demolición de obras)*.

4. En efecto, sea o no revestida la sanción de referido atributo, cualquiera de las partes (Autoridades y privadas) puede recurrir a la protección judicial, porque así lo garantiza la Constitución de la República (art. 5, inciso XXXV) – considerando que hay una fuerte discusión, al menos a nivel doctrinal, sobre la posibilidad de que la Administración Pública ejecute la medida *manu militari*.

5. Además, en este caso concreto no se trata precisamente del derribo de una obra, pues el objeto de la medida es un edificio ya terminado - lo que intensifica el problema de incidencia del art. 72, inc. VIII, de la Ley n.º 9.605/98. (...)

Efectivamente, la Ley n. 9.605/98 clasificó, en su artículo 72, VIII, la demolición de obra como sanción, incurriendo – al igual que en la legislación de patrimonio público federal – en equívoco conceptual.

Más sucintamente, y basándose en la jurisprudencia anterior, en el REsp 1527717/PB (Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, publicado en DJe 16/11/2015), el STJ ha decidido que el interés de la Administración Pública de enjuiciar procesos judiciales en los casos en que podría actuar con base en su poder de policía es permitido, en el orden jurídico brasileño, por la irrevocabilidad del control jurisdiccional. Así que el STJ no se ocupó del tema de la restitución a la legalidad en sí mismo, pero dijo que las Administraciones Públicas tienen la posibilidad de actuar administrativamente o invocar la tutela judicial.

Ante el poder de auto ejecutoriedad de las Administraciones Públicas, la actuación del órgano ambiental, en los ejemplos citados – y al optar por el

enjuiciamiento de una acción judicial en contra del particular – dejó de ejercer el poder de policía de que legalmente disponía para restituir las cosas a la legalidad y exigir del mismo particular la recuperación del área irregularmente ocupado. El Superior Tribunal de Justicia (STJ), por haberse mantenido en la cuestión procesal de la legitimación activa, a su vez, no examinó el mérito, o sea, no ha hecho ninguna distinción entre restitución a la legalidad y el procedimiento administrativo sancionador, pero dejó clara la duda que hay, en el derecho brasileño (o por lo menos en la interpretación jurisprudencial) sobre la posibilidad de demolición como medida auto ejecutiva.

No se defiende que el Ibama no podría actuar judicialmente, pues la vía judicial para la defensa del patrimonio público y de los derechos difusos, incluso el medioambiente, es plenamente reconocido en el ordenamiento jurídico brasileño. Sin embargo, la Administración Pública no solo puede como debe combatir la ilegalidad flagrante – y, además, como aquí si puntuó el STJ –, el particular tendría la vía judicial para defender sus derechos si los reputara violados por una decisión u orden administrativa (incluso si fuera de demolición). Más técnica ha sido la decisión en el Agravo Regimental en el Recurso Especial 1396306/PE (2013/0251028-2, Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, Publicación en 20/10/2014, RSTJ vol. 239, p. 1132), que ha reconocido la legitimidad procesal del Ibama, pero en caso en que las medidas administrativas ya no eran suficientes para obtener las medidas de restitución a la legalidad por el particular involucrado, donde la actuación judicial era, por lo tanto, necesaria. En este caso, el Superior Tribunal de Justicia de Brasil aclaró que nada impedía la actuación directa de la Administración Pública.

El Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo reconoció el deber del Municipio indemnizar el particular que haya construido en área prohibida y que no haya sido debidamente notificado por la Administración Pública Municipal en la Apelação Cível n. 1066498-20.2017.8.26.0114 (Redactor: Souza Meirelles, 12ª Cámara de Derecho Público; Juzgamiento en 06/10/2018), y que existe el deber del Municipio indemnizar también cuando haya demolición sin notificación válida del particular en área de riesgo, en la Apelação Cível 1000051-48.2014.8.26.0278 (Redactor: Francisco Bianco; 5ª Cámara de Derecho Público; Juzgamiento en 17/10/2013). Estos casos demuestran que la jurisprudencia estadual sigue exigiendo un proceso administrativo, presuponiendo que hace falta un procedimiento administrativo, además de notificación personal del infractor. Si por un lado puede ser que se trate de personas en situación de vulnerabilidad social, por otro lado, es bastante común que las personas que erigen la construcción ilegal, por violación de normas urbanísticas y ambientales, se oculten de la Administración Pública justamente para no ser notificadas en los procedimientos. El Municipio, a

su vez, no tiene la opción de esperar que pase un desastre natural o que la ocupación ilegal se consolide por no lograr efectivizar la notificación del constructor u ocupante del inmueble. Desde un punto de vista jurídico, una vez más no se hace distinción entre las potestades administrativas de restitución a la legalidad y las reglas de derecho administrativo sancionador. Nótese que el tema del derecho a vivienda, la posibilidad de pago de un alquiler social en la legislación Municipal, o políticas públicas de habitación muchas veces son adoptadas como fundamentos para impedir la demolición u otorgar indemnizaciones después de la demolición (como en los dos casos citados) pero, a principio, nada tienen que ver con la situación de la construcción ilegal, y el deber de actuación inmediata de la Administración Pública.

## **2. EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y LA RESTITUCIÓN A LA LEGALIDAD COMO MEDIDAS QUE NO SE CONFUNDEN EN ESPAÑA**

El derecho administrativo sancionador ha evolucionado en las sociedades democráticas hacia la construcción del debido procedimiento administrativo, siguiendo el principio del debido proceso legal, sobre todo del proceso penal, ya que las sanciones administrativas, por su naturaleza de castigo impuesto por el Estado a los ciudadanos como resultado del ejercicio del monopolio de la violencia por el mismo Estado, en muchos aspectos, se asemeja al derecho penal y a su método de aplicación, el derecho procesal penal. Por otro lado, hay diferencias que no permiten, a su vez, la incorporación de todos los institutos del derecho penal o del derecho procesal, porque, si fuera ese el caso, no habría un derecho administrativo sancionador como rama apartada del derecho penal o procesal penal. La tarea de no hacer incorporaciones indebidas de institutos jurídicos ajenos al derecho administrativo, así como de distinguir la actuación sancionadora de la actuación inmediata de las Administraciones Públicas frente a los ilícitos administrativos es lo que se espera de los administrativistas. Tanto en Brasil como en España el procedimiento administrativo sancionador se rige por una ley de procedimiento administrativo común. En España, por expresa determinación del art. 1º de la Ley n. 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En Brasil, por la Ley Federal n. 9784/1999, de Procedimiento Administrativo.

Nieto (2023, p. 11 y 12) observa que la evolución pretoriana, en España, del Derecho Administrativo Sancionador quedó sesgada por la protección a los derechos y garantías individuales, pues producida por jueces, en cuanto controladores de la actividad de la administración; eso ha puesto en segundo plano la aplicación de los intereses generales, que es la función ejecutiva

por excelencia. Defiende, así, que hay que recuperar este objetivo, pues, de lo contrario, la potestad sancionadora hubiera quedado únicamente con los jueces, de manera que el Derecho Administrativo Sancionador vuelva a considerar los intereses generales, sin descuidar de los derechos y garantías individuales, pero sin el “mimetismo judicial que actualmente se practica”.

En esa creación pretoriana – prosigue Nieto – poco se escucha la Administración. En su visión, la manera como está conformado el sistema de control de la Administración en España, genera algunos sesgos. Eso porque, mientras el Tribunal Constitucional protege los derechos fundamentales, el Tribunal Supremo se ocupa de la legalidad de la actuación administrativa, como guardianes, respectivamente, de la Constitución y de la ley, mientras la Administración, como guardiana del interés general, muchas veces es ignorada: de tal distonía nace, según las palabras de Nieto (2012, p. 562), el problema de que “los controles judiciales sólo son sensibles a las cuestiones legales” de manera que quedan ciegos a otras cuestiones; igualmente, los comentaristas jurídicos se ocupan mucho de las sentencias sin conocer los hechos, de manera que estos también terminan nutriéndose “exclusivamente con el insípido alimento de las resoluciones judiciales, con la paja de lo abstracto, sin probar el grano de la vida, los conflictos de intereses concretos y reales”.

Lo mismo pasa en Brasil, donde el Supremo Tribunal Federal ejerce el control de constitucionalidad, en cuanto guardián de la Constitución, y el Superior Tribunal de Justiça, responsable por la interpretación uniforme del derecho federal infra constitucional. Es bien verdad que en Brasil no existe contencioso administrativo, pero el sistema de control judicial de los actos de las Administraciones Públicas termina en problemas muy similares a esos destacados en España por Nieto.

Nieto (2012, p. 562 y 563) expresa que hay una profunda asimetría hacia una hipersensibilidad de “la vertiente garantista de los derechos de los infractores” que convive con “una deliberada insensibilidad hacia los intereses públicos, generales y colectivos”. Aunque reconozca que no hay que reprochar los jueces – ya que deben así proceder por imposición de la Constitución y de las leyes – destaca que con eso el Derecho Administrativo Sancionador carece de sistematización, y critica incluso los Manuales de Derecho Administrativo, los cuales poco hablan de la actividad administrativa pero mucho dedican a los límites de la Administración, es decir, “los modos de paralizarla y anular sus decisiones”. Reconoce que no se vive en tiempos autoritarios ni es caso de magnificar lo público, pero se olvida de la defensa de los intereses generales ante presiones de intereses económicos y sociales bastante agresivos (Nieto, 2012, pp. 563 y 564). Si, por un lado – recuerda Nieto –, el Estado de Derecho trae garantías para el ciudadano, por otro el Estado

Social necesita de un Derecho Administrativo Sancionador efectivamente operativo. Ejemplifica este punto con el conductor que viola el rojo del semáforo, poniendo en riesgo los demás automóviles y peatones: nadie pleiteará contra el infractor y, si lo hace, le costará tiempo y dinero, además de enfrentar dificultades de legitimación; además, los intereses perjudicados también no siempre están individualizados, pueden ser difusos y, por lo tanto, su único defensor real será la Administración (Nieto, 2012, p. 563 y 564). En su opinión, en el fase del procedimiento administrativo, todavía hay alguna igualdad entre el particular y la Administración, pero, una vez que se vaya al contencioso administrativo, el caso pasa a manos de un Abogado del Estado, que va a actuar “a la vista de papeles del expediente”, y que este Abogado es el Abogado de la Administración, pero no del colectivo o intereses públicos afectados, de manera que la realidad se disipa y es sustituida por abstracciones simbolizadas en “actos y disposiciones formalizadas” (Nieto, 2012, p. 564 y 565). Ese desequilibrio es consecuencia de una desigualdad social previa, manifiesta cuando se trata del automovilista infractor y el pequeño empresario que puede haber caído en “la trampa de una legislación tributaria cabalística” frente al gigantismo de la Administración Pública, que son en quienes piensa en Legislador al crear un Derecho Administrativo Sancionador tan asimétrico en favor de los ciudadanos; en cambio, cuando el infractor es un banco o una gran empresa, defendida por abogados bien pagados y “por fuerzas económicas dispuestas a ejercer presiones de todo tipo” frente a un funcionario sobrecargado de tareas y atribuciones, la asimetría es exactamente al revés (Nieto, 2012, p. 565).

En efecto, las reglas y principios aplicados al procedimiento administrativo e incluso del debido proceso legal pueden llevar, también en Brasil, ante la situación fática, a desequilibrios como los subrayados por Nieto, lo que demanda recursos, rigor y quizás un cambio de mentalidad en el análisis de los principios jurídicos por los operadores del procedimiento administrativo, pero también del proceso judicial o de contencioso administrativo. Al analizar la actuación de la Administración Pública para la preservación del orden público en la vida social, Parejo (2022, p. 562) se refiere a la policía general, intervención que delimita las posiciones y situaciones subjetivas de los ciudadanos-administrados. Perez y Sánchez (1995, p. 89) comentan los estados de sujeción, según los cuales las situaciones subjetivas de la Administración con los administrados pueden ser de superioridad, inferioridad o igualdad, siendo la más común la de superioridad, lo que puede ayudar a distinguir una medida auto ejecutiva de restitución a la legalidad de las sanciones aplicadas después de un procedimiento administrativo. Así, la superioridad, a su vez llamada jurídicamente de supremacía, puede exigir coactivamente deberes y obligaciones de los particulares. Esta es la

supremacía de carácter general, oponible *erga omnes* y absoluta. Cuando se infringe un deber en esos casos, es vulnerado un deber impuesto a todos; luego, esta limitación al derecho de libertad es un concepto jurídico, pero no una situación jurídica individualizada, una relación jurídica en sentido estricto, o sea, “no hay una relación jurídica, sino un *status* genérico: el súbdito o administrado” en que los particulares están sujetos a la Soberanía, a esa supremacía general (Perez y Sánchez, 1995, p. 89 y 90).

Casino Rubio (2000, p. 569) ejemplifica con un caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo (STS), de 2 de febrero de 1998, que se refería a un orden, del Gobernador Civil de Segovia, de clausura de un establecimiento abierto sin la previa licencia. Esa orden fue al fin anulada por el Tribunal Supremo, porque se supuso que no hubo procedimiento sancionador adecuado: la Administración Pública se equivocó en llamar ese orden de sanción, ya que el orden de clausura era nomas que “una simple decisión administrativa de restablecimiento del orden jurídico indebidamente alterado”, y que podría la Administración Pública haber únicamente ejercido su potestad de autotutela ejecutiva, sin clasificar el acto como sanción (Casino Rubio, 2000, p. 571). El hecho de que la administración clasificó el acto como sanción llevó al Tribunal Supremo a anular el procedimiento, lo que no hubiera pasado si la Administración hubiera actuado rigurosamente con basis en el poder de auto tutela administrativa, sin clasificar su acto como “sanción”. Destaca, en especial, la Sentencia de 23 de enero de 1992 (Ar. 750), del Tribunal Supremo de España (TSE), según la cual la vulneración del ordenamiento jurídico puede resultar en consecuencias distintas: “i) la imposición de una sanción, si aquélla está tipificada como infracción, y ii) la restauración del orden jurídico perturbado” (Casino Rubio, 2000, p. 571 y 572)

Si la medida está prevista en el catálogo de sanciones, la verdadera naturaleza y el contenido pasan a ser criterio principalísimo para la distinción, ya que la sanción es constitutiva y aflictiva, pues el infractor estará en una posición jurídica nueva y desfavorable comparada con la que disfrutaba antes de la infracción. Las medidas reparatorias, a su vez, no cambian la situación jurídica del infractor, ante su naturaleza declaratoria del régimen jurídico sustantivo de referencia no respetado o incumplido; así, la Administración Pública debe estar atenta para no incurrir en el error de atribuir la calidad de sanción a las medidas de restitución a la legalidad, ya que ella no necesita echar mano de la potestad sancionadora: basta poner en marcha sus prerrogativas de autotutela ejecutiva (Casino Rubio, 2000, p. 571 y 572). Por fin, Casino Rubio (2000, p. 573) hace referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de España, de 13 de octubre de 1998 (Ar. 7637), por lo cual corroboró la decisión de la Administración de cerrar una radio clandestina, sin aplicación de procedimiento administrativo sancionador, pues funcionaba sin cualquier

autorización administrativa. Como se ve, el Tribunal Supremo de España desde mucho tiempo reconoce esa importante distinción entre sanción y autotutela ejecutiva, dejando claro que la Administración Pública puede actuar inmediatamente en casos de actividades particulares no autorizadas (evidentemente cuando la ley requiere una autorización de la Administración Pública).

En materia de Derecho Urbanístico, Sanz Heredero (2022, p. 10 y 11), menciona en su tesis doctoral la Sentencia del Tribunal Supremo de España (STS), de 17 de septiembre de 2012 (rec. 4119/2010), la cual registra que el Derecho Español hace una distinción muy marcada entre “los llamados expedientes de reposición o restauración de la legalidad urbanística y los expedientes sancionadores que se incoan como consecuencia de la infracción urbanística cometida”, el primer dirigido simplemente a la restauración de la legalidad violada y el segundo a sancionar la infracción cometida, de tal forma que la protección de la norma urbanística se desdobra en estos dos mecanismos.<sup>2</sup> Esta decisión del TS invoca como su fundamento el artículo 225 de la Ley del Suelo de 1976 (Real Decreto n. 1346/1976) y el artículo 51 del Reglamento de Disciplina Urbanística (RDU, Real Decreto n. 2187/1978).

Para Sanz Heredero (2022, pp. 12 y 13), las dos actuaciones (restauración de la legalidad y sanción) pueden (más, deben) estar basadas en el mismo supuesto y ser adoptadas en el mismo procedimiento administrativo, aunque sean independientes, porque tienen fines distintos y distinta naturaleza. Por eso el Tribunal Supremo entiende que la incoación simultánea de un procedimiento de restauración de la legalidad urbanística infringida y otro sancionador, mismo cuando basados en los mismos hechos, no vulnera el principio “non bis in idem”, de acuerdo con la STS de 30 de junio de 2000, rec. 971/1995, “sin perjuicio de que deba suspenderse el expediente sancionador hasta que se dicte resolución del procedimiento de restablecimiento de la legalidad” (STS de 12 de julio de 2012, rec. 3324/2010).

Además, son medidas de carácter imperativo, resultantes de competencias irrenunciables de las Administraciones Públicas, plasmadas en el artículo 52 del RDU, lo cual dicha que “en ningún caso podrá la Administración dejar de adoptar las medidas tendentes a reponer los bienes afectados al estado anterior a la producción de la producción de la situación ilegal” y que “Las sanciones por las infracciones urbanísticas que se aprecien se impondrán con independencia de dichas medidas”. Sanz Heredero concluye, por lo tanto, que “el procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística no tiene naturaleza sancionadora”. Y transcribe la Sentencia del Tribunal Supremo de España, de 30 de junio de 2000, rec. 971/1995:

2 La sentencia citada menciona como precedentes las sentencias del TS, de 15 de diciembre de 1983, 3 de noviembre de 1992, 24 de mayo de 1995 y 19 de febrero de 2002.

La observancia de la ordenación urbanística es ajena al Derecho sancionador que se invoca, ya que la medida de demolición acordada no constituye una sanción propiamente dicha, sino el mecanismo adecuado para el restablecimiento de la legalidad urbanística vulnerada. La medida de demolición como restauradora del ordenamiento jurídico perturbado es compatible, y distinta, de la imposición de sanciones a los responsables, previa tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, sin perjuicio -incluso- de las posibles responsabilidades de orden penal en que hubieran incurrido, como se desprende claramente de lo establecido en el artículo 51.1., apartados 1 y 3 del Reglamento de Disciplina Urbanística de 23 de junio de 1978. Ocurre que, como explicamos en las sentencias de 28 de abril y 31 de junio de 2000, la coercibilidad de la norma urbanística se disocia en dos mecanismos de protección conectados entre sí y compatibles entre ellos, sin que su dualidad infrinja el principio “non bis in idem” (sentencias de 15 de diciembre de 1983, 3 de noviembre de 1992 y 24 de mayo de 1995) ni sea pertinente traer al que ahora se discute los principios de responsabilidad subjetiva del procedimiento sancionador, por lo que decaen las alegaciones que se formulan sobre este extremo.

La consecuencia de esa constatación es de que no son, por tanto, “de aplicación a los expedientes de protección y restablecimiento de la legalidad urbanística las garantías propias de un procedimiento sancionador, como pudiera ser la presunción de inocencia”. Registra que en parecidos términos se pronunció la Sentencia del Tribunal Supremo de España 19 de mayo de 2000, rec. 808/1995 (Sanz Heredero, 2022, p. 15 y 16). Esa Sentencia recibió el número 4080/2000 y ha servido de paradigma para muchas decisiones en España, ya que aclara con mucha precisión la diferencia entre sanción administrativa y restitución a la legalidad, así como algunas consecuencias de esta distinción (Tribunal Supremo – STS 4080/2000, 19/05/2000, rec. 808/1995, Magistrado Ponente Jorge Rodríguez-Zapata Perez):

*Tampoco puede admitirse, en segundo y decisivo lugar, que se califique como sanción una orden de demolición de obras ilegales construidas sin licencia, ya que la misma no ostenta naturaleza sancionadora, sino la de una medida de simple reparación del ordenamiento urbanístico vulnerado.*

(...) En virtud de su coercibilidad, una transgresión de las mismas desencadena el mecanismo que discute la recurrente, encaminado a la simple restauración de la legalidad vulnerada que establece, en lo que aquí importa, el artículo 184 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976. Con la finalización del plazo de dos meses concedido en el mismo sin solicitar licencia, o sin haber podido obtenerla por

incompatibilidad con el planeamiento, subsigue la orden de demoler lo construido ilegalmente, para restituir la realidad física al estado en que la misma se encontraba antes de producirse la transgresión garantizando, de esta forma, el cumplimiento forzoso de la norma urbanística vulnerada. Es claro que este procedimiento es compatible y distinto de la imposición de sanciones a los responsables, previa tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, como resulta de lo establecido en el artículo 51.1, apartados 1 y 3, del Reglamento de Disciplina Urbanística de 23 de junio de 1978. *La coercibilidad de la norma urbanística se disocia así en estos dos mecanismos de protección conectados entre sí y compatibles entre ellos, sin que su dualidad infrinja, como es obvio, el principio “non bis in idem”* (sentencias de 15 de diciembre de 1983, 3 de noviembre de 1992 y 24 de mayo de 1995) (grifo nuestro).

La jurisprudencia de los tribunales españoles sigue firme en la observancia de la STS 4080/2000, 19/05/2000, rec. 808/1995, la cual es adoptada expresamente como parte de la fundamentación de múltiples decisiones, a ejemplo de la Sentencia 172/2023, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (rec. 178/2022), la Sentencia 342/2022, del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares (Apelación Rollo Sala n. 270/2021) y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias n. 3825/2023, de 29/06/2023. Esta última (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias n. 3825/2023, – ROJ: STSJ ICAN 3825/2023, de 29/06/2023), por su clarezza, merece transcripción:

Es de sobra conocida que la ejecución de obras o instalaciones clandestinas, por no estar amparadas por el preceptivo título habilitante, da lugar a la tramitación de, al menos, dos tipos de procedimientos: 1) el tendente a la restauración de los bienes afectados y 2) la imposición de sanciones por infracción urbanística, como se indica en el artículo 51 del Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, que aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística (RDU), siendo, los mismos, independientes y compatibles entre sí, como enfatiza el artículo 52 del RDU al indicar que “En ningún caso podrá la Administración dejar de adoptar las medidas tendentes a reponer los bienes afectados al estado anterior a la producción de la situación ilegal. Las sanciones por las infracciones urbanísticas que se aprecien se impondrán con independencia de dichas medidas”; dualidad y compatibilidad de procedimientos prevista en la legislación autonómica canaria, tal y como se desprende del artículo 177 en relación con el art. 179 del Decreto Legislativo 1/2000. (...)

El restablecimiento de la realidad física alterada no es una sanción, el plazo de prescripción y su cómputo es diferente, rigiéndose, en el presente caso dada la fecha de las actuaciones, por lo dispuesto en el artículo 180 del Decreto 1/2000 (Actual artículo 361 de la Ley 4/2017).

De relieve observar que, por no considerar como sanción el restablecimiento del *status quo ante*, el Tribunal de Canarias rechazó la incidencia de prescripción que pudiera haber incidido si fuera una sanción. Aunque el Tribunal no haya ido tan lejos, también es posible pensar que la ilicitud de una construcción irregular produce efectos continuos, ya que la ofensa a la legalidad se reproduce todos los días, reiniciándose al diario, al contrario de la sanción, sujeta a prescripción desde la práctica del ilícito, como pudiera ser una violación al semáforo rojo por un conductor, la producción de ruido afuera del horario permitido, por ejemplo. En otras palabras, la distinción entre restitución a la legalidad y la aplicación de la sanción tiene una importante consecuencia procedimental, ya que en el primer caso no se habla de plazo prescriptivo, pues el ilícito no puede subsanarse ni siquiera por el paso del tiempo, es decir, aunque haya prescripción de la sanción, la potestad de demoler no se la quita de la Administración Pública en casos de construcciones ilegales.

Un texto legal que bien aclara la distinción entre restitución a la legalidad y sanciones es la Ley n. 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid, especialmente en su artículo 202, que habla genéricamente en *consecuencias* de la infracción, género del cual las medidas de restitución a la legalidad y las sanciones son especie – y que no se confunden entre sí – de acuerdo con su artículo 203:

Artículo 202. Consecuencias legales de las infracciones.

1. Toda acción u omisión tipificada como infracción urbanística en la presente Ley podrá dar lugar a la adopción de las medidas siguientes:

- a) La restauración del orden jurídico infringido y de la realidad física alterada o transformada como consecuencia de la actuación ilegal, a través de las medidas reguladas en la presente Ley.
- b) La iniciación de los procedimientos de suspensión y revocación o anulación de los actos administrativos en los que presuntamente pudiera ampararse la actuación ilegal.
- c) Las que procedan para la exigencia de la responsabilidad sancionadora, así como, en su caso, penal.
- d) La exigencia de resarcimiento de daños e indemnización de los perjuicios a cargo de quienes sean declarados responsables.

2. En ningún caso podrá la Administración dejar de adoptar las medidas tendentes a reponer los bienes afectados al estado anterior a la producción de la situación ilegal.

Artículo 203. Restablecimiento de la legalidad y sanción de las infracciones. Las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística son independientes de las sanciones cuya imposición proceda por razón de la comisión de infracciones tipificadas en la presente Ley.

Nótese que el legislador madrileño ha puesto muy claramente estas medidas como cumulativas y no excluyentes entre sí, de manera que el restablecimiento de la legalidad no impide el procedimiento administrativo sancionador, mientras el apartado 2 del artículo 202 comanda la actuación de la Administración hacia la reposición del *status quo ante*, no admitiendo su omisión. Y no hay impedimento para que todo se pase en procedimientos simultáneos, como ha entendido la jurisprudencia española: la restitución a la legalidad, la aplicación de la sanción y el resarcimiento de daños e indemnización de los perjuicios a cargo de quienes sean declarados responsables.

### 3. LAS MEDIDAS CAUTELARES ADMINISTRATIVAS

Otra situación que puede llevar a la demolición de construcciones ilícitas, y que puede ser distinta de las anteriores es la relativa a construcciones en riesgo de colapso y, por lo tanto, que traen riesgos de vida o a la incolumidad física de las personas, sean o no usuarios del bien público. Parejo (2022, p. 517) recuerda que el interés general o público prima sobre el particular, pero solo puede ser concretado – a falta de previa definición por el legislador – bajo circunstancias sustantivas, funcionales, competenciales y procedimentales. Al servicio de interés general se vincula constitucional y legalmente la potestad, que por eso es indisponible, irrenunciable y de actuación inexcusable, mientras el derecho subjetivo es disponible, renunciable y de ejercicio potestativo, a servicio de la satisfacción del interés propio de su titular (Parejo, 2022, p. 529). Por ser un poder público constituido, las decisiones de la Administración Pública vinculan sus destinatarios y producen efectos, ya que puede “tutelar por sí misma – declarativa y ejecutivamente – los bienes jurídicos cuya realización le están encomendados como reflejo de una **posición jurídica compleja**” y distinta de los sujetos ordinarios del Derecho (Parejo, 2022, p. 547 y 548).

Aquí no se hablará de derecho administrativo sancionador, al menos en un primero momento, ya que la responsabilidad por el riesgo de colapso de una construcción puede ser apurada a lo largo del procedimiento administrativo: supóngase que la causa puede ser dada por el propio

particular que recibió la autorización de construir, por la Administración, por un tercero o incluso por un fenómeno de la naturaleza (fuerza mayor). Sin importar la causa, el riesgo de colapso demanda que la administración promueva la demolición de la construcción. Aquí no tendremos ni una sanción, ni una medida de restitución a la legalidad, pero si una medida administrativa cautelar, promovida en aras de proteger la vida y la seguridad de los ciudadanos.

En Brasil, la medida cautelar administrativa es expresamente admitida por la Ley del Proceso Administrativo, Ley n. 9.784, de 1999, en su art. 45. Esa cautelar administrativa no es más que el corolario, en el ámbito del proceso administrativo, de las medidas cautelares ampliamente reconocidas del proceso civil y del proceso penal. Explica Garcia Cabral (2018, p. 1-28) que las medidas cautelares de carácter administrativo requieren la verificación de dos supuestos fundamentales, a saber, el *periculum in mora* (peligro resultante de la demora en caso de inacción) y el *fumus boni iuris* (humo del buen derecho, o sea, la probabilidad de que el derecho asiste a quien se beneficia de la medida cautelar), invocando al profesor Carvalho Filho, para quien la protección preventiva se basa en estos dos supuestos, siendo el primero (peligro de demora) el referido al riesgo de daño irreparable o de difícil reparación y el segundo (aparición de buen derecho) consistente con el requisito de que el derecho amenazado tenga un mínimo de plausibilidad jurídica, siendo razonable en un primer examen por parte del intérprete. Para el mismo autor, cabe señalar que la exigencia de estos supuestos mínimos constituye una cuestión que afecta la teoría general del proceso, y no sólo los ámbitos jurídicos positivos particularizados, y tales exigencias pueden extenderse más allá del ordenamiento jurídico brasileño.

En España, la Ley n. 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, admite las cautelares en el proceso contencioso administrativo, de acuerdo con sus artículos 129 a 136.

La cautelar administrativa no tiene, por lo tanto, relación inmediata con una conducta ilegal del particular, pero más bien con una situación que genere peligro público, aunque la conducta del particular haya sido legal e incluso autorizada por la Administración Pública. La actuación cautelar de las Administraciones Públicas en los casos de construcciones en inminente riesgo de colapsar y causar daños a otros edificios o personas en la vecindad – aunque la construcción haya sido autorizada por la Administración Pública conforme las reglas ambientales, urbanísticas etc. – no se confunde con la restitución a la legalidad, ni con la sanción. No sería una situación de restitución a la legalidad, porque ninguna regla jurídica hubiera sido maculada, ni una sanción administrativa, ya que tampoco se sanciona un comportamiento ilegal, pero más bien se enfrenta una situación que no puede proseguir, ante

los riesgos a derechos de terceros o mismo para la sociedad como un todo (en casos de salud pública).

#### **4. LA PROTECCIÓN AL PATRIMONIO PÚBLICO Y LA LEY DE COSTAS EN ESPAÑA**

Como el tema del patrimonio público tiene algunas especificidades, se pasa a analizar la restitución a la legalidad y el derecho sancionador en materia de patrimonio público y también de reglas urbanísticas y ambientales en zonas costeras en España, donde algunas soluciones jurídicas son de gran importancia.

Parejo (2022, p. 1530) enseña que las Administraciones Públicas tienen la responsabilidad de tutela y defensa del dominio público, fundada en el artículo 84.2 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP, Ley n. 33/2003), que les otorga un doble mandato: el primer de acción positiva de vigilancia y exigencia de título habilitante para cualquier uso y, el segundo, de uso de sus facultades y prerrogativas en caso de comprobada infracción, bajo los instrumentos previstos en el artículo 41 de la LPAP, cuales sean, investigación, deslinde, recuperación de oficio y desahucio en vía administrativa. En efecto, dispone la LPAP:

Artículo 84. Necesidad de título habilitante.

1. Nadie puede, sin título que lo autorice otorgado por la autoridad competente, ocupar bienes de dominio público o utilizarlos en forma que exceda el derecho de uso que, en su caso, corresponde a todos.
2. Las autoridades responsables de la tutela y defensa del dominio público vigilarán el cumplimiento de lo establecido en el apartado anterior y, en su caso, actuarán contra quienes, careciendo de título, ocupen bienes de dominio público o se beneficien de un aprovechamiento especial sobre ellos, a cuyo fin ejercerán las facultades y prerrogativas previstas en el artículo 41 de esta ley.

Entre las consecuencias del artículo 41 de la LPAP, lo previsto en su apartado c), de “recuperar de oficio la posesión indebidamente perdida sobre sus bienes y derechos” deja muy claro el deber de policía de las Administraciones Públicas y de restitución a la legalidad cuando haya ocupación indebida de un bien público.

En cuanto a las playas, en España, hay la Ley n. 22/1988, de 28 de julio (Ley de Costas), que “tiene por objeto la determinación, protección, utilización y policía del dominio público marítimo-terrestre y especialmente de la ribera del mar”, según afirma su artículo 1º. Explica Leguina Villa

(1992, p. 175) que, por fuerza del artículo 132.2 de la Constitución Española de 1978, se atribuyó en bloque la titularidad al Estado de todos los bienes “que integran las riberas del mar, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial” y como la jurisprudencia evolucionó para indemnizar los antiguos propietarios, por intermedio de la “transformación o conversión de los antiguos títulos [de propiedad] en títulos concesionales por un período máximo de 30 años, prorrogables en su caso hasta 60 años” respetados los usos verificados en el momento de entrada en vigor de la Ley de Costas, al mismo tiempo que eximió “a los concesionarios de canon alguno por tales concesiones y aprovechamientos” (1992, p. 176). Sobre los usos que no se encuentran autorizados, o que no estaban autorizados previamente, así dispone el artículo 40 de la Ley de Costas (LC):

Las utilizaciones no autorizadas previamente, conforme a lo establecido en esta Ley, serán sancionadas con arreglo a lo previsto en el título V, sin perjuicio de su legalización cuando sea posible y se estime conveniente, en cuyo caso se seguirá el procedimiento y los criterios establecidos en la presente Ley para el otorgamiento del título correspondiente.

Quizás aquí la Ley de Costas no haya atentado para la distinción entre la inmediata restitución a la legalidad y procedimiento sancionador, como en otros textos legales de España, ya que remite las utilizaciones no autorizadas a las sanciones previstas en su título V. La utilización no autorizada merece ser inmediatamente combatida por las Administraciones Públicas bajo la restitución al estado anterior, sea determinando que lo haga el propio infractor, sin perjuicio de las consecuencias sancionatorias previstas y que pueden ser analizadas en un procedimiento administrativo sancionador. Pero las providencias necesarias para restitución al estado anterior deben ser inmediatas, porque fundadas en el interés general, en el poder de policía de la Administración, y porque en beneficio de toda colectividad. El artículo 95 ya parece más técnico, pues refiere expresamente a la restitución de cosas y reposición a su estado anterior, al mismo tiempo que prevé sanción para quien detuviera título administrativo y haya platicado una infracción, *verbis*:

#### Artículo 95

1. Sin perjuicio de la sanción penal o administrativa que se imponga, el infractor estará obligado a la restitución de las cosas y reposición a su estado anterior, con la indemnización de daños irreparables y perjuicios causados, en el plazo que en cada caso se fije en la resolución correspondiente.

Esta obligación prescribirá a los quince años desde que la Administración acuerde su imposición, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 10.2 de esta Ley.

2. Cuando la infracción derive del incumplimiento de las condiciones del título administrativo se declarará su caducidad, cuando sea procedente, conforme a lo previsto en el artículo 79.

3. Asimismo se iniciarán los procedimientos de suspensión de los efectos y anulación de los actos administrativos en los que presuntamente pudiera ampararse la actuación ilegal.

Como aclara Parejo (2022, p. 1562), al examinar los artículos 90 y ss. de la LC, “la **reacción sancionadora** es **independiente** de la de **restablecimiento** de la **legalidad** infringida”; además, cita la STS de 3 de diciembre de 2018 (rec. 932/2017) que permite la ejecución subsidiaria para exigir “la reposición del dominio público marítimo-terrestre al estado anterior a su ocupación sin título”, así como la posibilidad de la Administración actuar materialmente en lugar de la persona obligada que se mantenga inerte, pero trasladando al particular el coste de la restitución al estado anterior.

A pesar de eso, el legislador aquí incurre en equívoco al fijar un plazo prescriptivo de 15 años en el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 95 de la Ley de Costas, ya que “la restitución de las cosas y reposición a su estado anterior” es una medida de restablecimiento de la legalidad, y no detiene, por lo tanto, naturaleza jurídica sancionatoria, motivo por lo cual no debería sujetarse a plazo prescriptivo. En situaciones como esa, la inercia de la Administración lleva a una subsanación del ilícito, homenajando quien construyó indebidamente, con la única salvedad de lo establecido en el artículo 10.2 de la Ley de Costas, o sea, la facultad de recuperación posesoria por la Administración Pública, “de oficio y en cualquier tiempo sobre dichos bienes, según el procedimiento que se establezca reglamentariamente”. Hipotéticamente, particulares en colusión con gestores inescrupulosos pueden aprovecharse de un “olvido” intencional para obtener la consolidación de una situación fáctica ilícita, o por lo menos evitar la responsabilización del particular por los daños causados.

Tras el advenimiento de la Ley de Costas y los cuestionamientos judiciales sobre ella, Páramo relata que muchos particulares la han contestado invocando el artículo 33 de la CE, lo cual protege el derecho a la propiedad, que sería incompatible – según argumentaban – con las limitaciones sobre los terrenos colindantes con el dominio público marítimo-terrestre, además de algunas disposiciones transitorias de la Ley de Costas; también hubo muchos recursos relativos a la repartición de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas.

No obstante, afirma Páramo que el Tribunal Constitucional desestimó la totalidad de los recursos, considerando que el legislador estatal tiene la obligación de “proteger el dominio público marítimo-terrestre y de asegurar el mantenimiento de su integridad física y jurídica, su uso público y sus valores paisajísticos”, lo que solo se logra bajo limitaciones y condicionantes sobre la utilización del propio dominio “y el uso que sus propietarios puedan hacer de los terrenos colindantes con el mismo” (1992, p. 21 y 22). El origen de la Ley de Costas se relaciona con el “doble fenómeno de destrucción y privatización del litoral”, por eso

“tiene su apoyo constitucional en los artículos 45 y 149.1 (apartados 1 y 23) de la Constitución, de los que se deriva la necesidad de asegurar la igualdad básica de todos los ciudadanos en el ejercicio del derecho de disfrutar de un medio ambiente adecuado al desarrollo de la persona, lo cual no puede alcanzarse, en este caso, si el Estado no regula las condiciones básicas de la propiedad sobre los terrenos colindantes con el dominio público, mediante la promulgación de la legislación básica o normas adicionales de protección que estime necesarias. La función social de la propiedad afectada queda delimitada, en consecuencia, por la regulación establecida para los bienes que se trata de proteger.” (Páramo, 1992, pp. 18 y 22)

Estos valores fundamentales de protección de los espacios y bienes públicos, de las normas urbanísticas y ambientales, encuentran un punto de contacto común en el ordenamiento jurídico de los países democráticos, a lo que se debe asociar las potestades administrativas para su defensa.

## CONCLUSIONES

La idea de protección constitucional al patrimonio público, la función social de la propiedad, el derecho al medioambiente sano (o ecológicamente equilibrado) y la consideración por los derechos de los demás ciudadanos, además de la protección de los bienes inmateriales (culturales) ligados con el medioambiente marítimo y costero, también otorga al Estado el deber de reglamentar los usos no solo de los bienes bajo su gestión, pero también de limitar los derechos sobre propiedades que interactúan o puedan afectar los primeros. Eso puede ser dicho en Brasil, ante lo dispuesto en los artículos 5º, XXIII (función social de la propiedad como derecho y garantía individual), 20, IV, V, VII, VII (playas, terrenos costeros y mar territorial como bienes de la Unión Federal), 215 (derechos culturales), 216 (bienes culturales materiales e inmateriales), 225 (derecho al medioambiente ecológicamente equilibrado,

considerado bien de uso común del pueblo y esencial a la vida sana), todos de la Constitución Federal.<sup>3</sup>

Por consecuencia, a las Administraciones Públicas cabe la actuación sancionadora y de restitución a la legalidad, en derecho urbanístico, pero también en el medioambiente marítimo y costero y, en su caso, la adopción de medidas cautelares administrativas.

La distinción que se hace en el derecho español entre restitución a la legalidad y derecho administrativo sancionador – por lo menos en materia de demolición de construcciones ilegales – debería servir de inspiración para el ordenamiento jurídico brasileño, para su interpretación jurisprudencial y también para los operadores del derecho. El hecho que España, en cuanto país democrático obligado a seguir los estándares democráticos de la Unión Europea, actúe en la vía administrativa prontamente para restituir las cosas al status quo ante al ilícito, sin la necesidad de un proceso administrativo sancionador, es prueba de que la remoción del ilícito ex officio por el Estado no es una afrenta a derechos y garantías individuales.

En síntesis, a pesar de que algunas leyes no sean tan precisas e incurran en equívocos conceptuales, en España está más clara la distinción entre **la demolición en cuanto deber de restituir las cosas a la situación anterior y la sanción, en cuanto medida punitiva**. Si debe demoler una construcción ilegal, el particular no pierde derechos, como ocurre cuando sufre una sanción, que es sufrir una punición. Es verdad que la demolición significa una pérdida económica, pero no de *status* jurídico al infractor, como ocurre con la sanción. Las sanciones, a su vez, no restablecen nada, es un perjuicio al infractor, un fastidio, un castigo, en suma.

Además, en Brasil, la adopción de la sistemática del control judicial de los actos administrativos, de inspiración en el derecho estadounidense, produce dificultades adicionales, ya que el Poder Judicial por veces invade el mérito de las decisiones administrativas, al adoptar una postura “hiper” garantista, sin tener en cuenta el interés general – punto que no deja de tener similitud con lo que pasa en España, como ha sido muy bien explorado en la citada doctrina de Nieto.

No es novedosa, en Brasil, la crítica que se hace a la hipertrofia del Poder Judicial – lo que pasa, además, en muchos ordenamientos jurídicos donde se adoptó el sistema de *judicial review* de las decisiones administrativas –, lo que puede llevar, en ocasiones, a cuatro efectos muy negativos en la propia estructura del Estado Democrático de Derecho, cuando el Poder Judicial pasa a decidir en lugar de la Administración, yendo más allá de la simple revisión de legalidad.

---

3 Constituição da República de 1988.

En un primer momento, ocurren indebidas interferencias en políticas públicas cuyo desarrollo depende de autorización legislativa y de implementación por el Poder Ejecutivo – y no de decisiones judiciales, las cuales se resienten de legitimidad democrática para definir políticas públicas, como muy bien apunta la doctrina española citada en ese trabajo. En un segundo momento, puede haber graves interferencias en la ejecución presupuestal – ya que, al igual, el presupuesto público depende de definición ejecutiva y legislativa, y no judicial. Un tercer efecto negativo consiste en la espera por la propia Administración de una convalidación judicial de sus actos, ante el recelo de responsabilización de los gestores por decisiones administrativas que el Poder Judicial repunte, en el futuro, equivocadas en el desempeño del mismo control de legalidad. Cuarto, que ese sistema de control judicial termina por “judicializar la política”, lo que lleva a una quiebra de la visión de los ciudadanos sobre la imparcialidad de los jueces, que acaban vistos como agentes políticos y al mismo tiempo sujetos a la crítica política, con serios riesgos a la credibilidad del propio Poder Judicial, al sistema democrático y a la tripartición de Poderes.

En casos extremos, es notable que los principios y teorías jurídicas son utilizados para implantar decisiones, bajo el escudo del control judicial de legalidad de las Administraciones Públicas, que originalmente no necesitarían ninguna fundamentación jurídica, por ser decisiones o bien de naturaleza técnica de la Administración, o bien de naturaleza discrecional.

Al fin, hay una transferencia del Poder Ejecutivo para el Poder Judicial tanto de la carga por la restitución a la legalidad como del mismo derecho sancionador, ya que la discusión judicial puede evitar la incoación de un proceso administrativo sancionador (si fuera el caso) ante el trámite anticipado de un proceso judicial, donde las sanciones también podrán ser objeto del juicio. En resumen, la Administración Pública no ejerce su tarea de restitución a la legalidad y tampoco incoa un proceso sancionador mientras el Poder Judicial pasa por una hipertrofia y sobrecarga. Los efectos negativos de esa sistemática, al fin, perjudican tanto uno como el otro.

Para el administrador lego en derecho, la distinción no será fácil en ocasiones. En este caso, es de mucha importancia la labor de los órganos de asesoramiento jurídico de las Administraciones Públicas, sobre todo para traer claridad con respecto a sus potestades legales, sobre las decisiones jurisprudenciales y entendimientos doctrinales. En Brasil, esta tarea esta acometida a la Abogacía-General de la Unión, en el plan federal, equivalente a la Abogacía del Estado en España y, en el plan estadual, a las Procuradurías o Abogacías de los Estados Federados (artículos 131 y 132 de la Constitución Federal).

La diferencia entre sanción y restablecimiento de la legalidad en los Estados Democráticos es bastante importante, ya que en el primer caso se requiere el debido proceso legal consubstanciado en un proceso administrativo que permita al particular ejercer su derecho al contradictorio y a la amplia defensa, al paso que, en la situación de ausencia de cualquier permiso a la construcción, es lícito que las Administraciones Públicas tomen medidas inmediatas y *ex officio*, para demoler las construcciones ilícitamente hechas.

La construcción que en algún momento haya contado con un permiso, pero que se desarrolló de manera incumplidora de los estándares legales o previstos en el acto de autorización, exigirán un procedimiento donde se apure estas ilegalidades o incumplimientos, pudiendo el particular defenderse, producir pruebas y agregar sus razones; ya cuando la construcción es totalmente ilegal, configurando un uso privativo de un bien público no precedido de cualquiera autorización, o en violación clara de reglas urbanísticas y/o ambientales, las Administraciones Públicas no solo pueden como deben promover la demolición inmediata, para restituir la situación a la legalidad, al *status quo ante*, ya que no se puede presumir como legal o como un derecho individual la actitud de quien ocupe un bien público, incumpla el derecho urbanístico o ambiental, en detrimento de toda colectividad para su exclusivo disfrute (y muchas veces para ejercicio de una actividad bastante lucrativa).

En conclusión, hay situaciones que demandan inmediata actuación de la Administración Pública, las cuales no significan ignorar las garantías y derechos individuales, sino garantizar esos derechos en plan colectivo en detrimento de una persona o empresa que invoque esos derechos únicamente en su beneficio. A final de cuentas, permitir que una construcción irregular en una playa, en un parque, en una plaza, o la infracción de reglas urbanísticas y ambientales, bajo la invocación de derechos fundamentales de quien comete la ilicitud puede significar, a la vez, no solo la vulneración del interés general pero también de los derechos fundamentales de todos los demás ciudadanos que quedaron impedidos del goce de un bien común.

## LEGISLACIÓN

BRASIL, República Federativa do. *Decreto-Lei nº 2.398/1987. Dispõe sobre foros, laudêmios e taxas de ocupação relativas a imóveis de propriedade da União, e dá outras providências.* [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/1965-1988/De12398.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/De12398.htm).

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1988.

BRASIL. Lei nº 9.605/1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, seção 1, Brasília, DF, 13 fev. 1998.

BRASIL. Lei nº 9784/1999. Regula o Processo Administrativo no Âmbito da Administração Pública Federal. *Diário Oficial da União*, seção 1, Brasília, DF, 1º fev. 1999. BRASIL. Lei nº 10.257/2001. Regula o uso da propriedade urbana e institui o Estatuto da Cidade. *Diário Oficial da União*, seção 1, Brasília, DF, 11 jul. 2001.

BRASIL. Lei nº 10.406/2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, seção 1, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei nº 13.240/2015. Altera dispositivos das Leis n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, e n.º 9.636, de 15 de maio de 1998, entre outras providências. *Diário Oficial da União*, seção 1, Brasília, DF, 31 dez. 2015.

ESPAÑA. Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril. Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, n. 122, 21 may. 1976.

ESPAÑA. Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, n. 175, 22 jul. 1978.

ESPAÑA. Ley nº 22/1988 (Ley de Costas). *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, n. 181, 29 jul. 1988.

ESPAÑA. Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Publicado en: «BOE» núm. 167, de 14/07/1998. *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, n. 167, 14 jul. 1998.

ESPAÑA. Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP). Publicado en «BOE» núm. 264, de 04/11/2003. *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, n. 264, 4 nov. 2003.

ESPAÑA. Ley 33/2011, de 4 de octubre, Ley General de Salud Pública. Publicada en BOE núm. 240, de 05/10/2011. *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, n. 240, 5 out. 2011.

ESPAÑA. Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. Publicada en «BOE» núm. 77, de 31/03/2015. Entrada en vigor: 01/07/2015. *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, n. 77, 31 mar. 2015. Vigência: 1 jul. 2015.

ESPAÑA. Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Publicado en: «BOE» núm. 236, de 02/10/2015. *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, n. 236, 2 out. 2015.

MADRID. Ley nº 9/2001, de 17 de julio, del Suelo. Publicado en: «BOCM» núm. 177, de 27/07/2001, «BOE» núm. 245, de 12/10/2001. *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, n. 245, 12 out. 2001.

## JURISPRUDENCIA

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. REsp 789640 / PB- RECURSO ESPECIAL, 2005/0167537-1, Magistrado ponente Mauro Campbell Marques, Segunda Turma. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. REsp 1246443 / PR 2011/0075450-7. Magistrado ponente Mauro Campbell Marques, Segunda Turma. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Recurso Especial 1396306 / PE (2013/0251028-2). Magistrado Ponente Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, Data Do Julgamento 14/10/2014, Data Da Publicação/Fonte Dje 20/10/2014, RSTJ vol. 239 p. 1132. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 2014.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. *STS 4080/2000, 19/05/2000*, Magistrado ponente Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

ESPAÑA. Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sentencia n.º 172/2023, de 11 de diciembre de 2023 (recurso n.º 178/2022). *Publicada no BOE*, n.º 16, de 18 de janeiro de 2024, p. 7055–7070.

ESPAÑA. Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares. *Sentencia n.º 342/2022*. (Apelación Rollo Sala nº 270/2021).

ESPAÑA. Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias. *Sentencia n.º 3825/2023, de 29 de junio de 2023*. ROJ: STSJ ICAN 3825/2023.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. *Apelação Cível 1066498-20.2017.8.26.0114*; Relator (a): Souza Meirelles; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro de Campinas - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 06/10/2018; Data de Registro: 06/10/2018. *Diário da Justiça Eletrônico*, de 06 out 2018.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1000051-48.2014.8.26.0278. Relator (a): Francisco Bianco; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Itaquaquecetuba - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 17/10/2013; Data de Registro: 11/02/2019). Diário da Justiça Eletrônico, de 11 fev 2019.

## BIBLIOGRAFÍA

AUGIMERI DE GOES LIMA, Thadeu, SANTIN, Valter Foletto. “Tutela Dos Interesses Difusos E Coletivos Mediante O Poder De Polícia Da Administração Pública”, in PEREIRA SIQUEIRA Dirceu, TIBIRIÇA AMARAL Sérgio & CAPPI JANINI, Tiago (organizadores). *Responsabilidade do Estado (Anais do X SIACRID)*, Jacarezinho, PR, 1. ed., p. 204-228, 2020.

CABRAL, Flávio Garcia. Os pilares do poder cautelar administrativo. *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 73, p. 1-280, 2018|. ISSN 1516-3210. DOI: 10.21056/aec.v18i73. Disponible em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/921/740>.

CARRETERO PEREZ, Adolfo; CARRETERO SANCHEZ, Adolfo. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. [S.l.]: Editoriales de Derecho Reunidas, 1995, 289p.

CASINO RUBIO, Miguel. El Derecho sancionador y la responsabilidad patrimonial de la Administración. *Documentación Administrativa*, Madrid, n. 254-255, p. 341, 1999.

CASINO RUBIO, Miguel. La indebida confusión entre sanciones y otras medidas administrativas de policía (comentario a la sts de 2 de febrero de 1998, ar. 2060). *Revista de Estudios de la Administración Local*, Madrid, n. 283, 2000.

FARENZENA, Cláudio. *Demolição de construção irregular x Omissão do Município na fiscalização*. [S.l.]: JusBrasil [s.d.]. <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/demolicao-de-construcao-irregular-x-omissao-do-municipio-na-fiscalizacao/1242669230>. Acesso en: 8 mayo 24.

LEGUINA VILLA, Jesús. La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Costas. In: *Ley de Costas – Legislación y Jurisprudencia Constitucional*. Santiago de Compostela: Centro de Publicaciones del Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT), 1992, 334p.

NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2012, 605p.

NIETO, Alejandro. Régimen sancionador de las administraciones públicas: últimas novedades. Pasos recientes del proceso sustantivizador del Derecho Administrativo Sancionador. *Cuadernos de derecho local*, 2023.

OSORIO PÁRAMO, Fernando J. Tres Años de Vigencia de la Ley de Costas: Balance y Perspectivas. In: *Ley de Costas – Legislación y Jurisprudencia Constitucional*. Santiago de Compostela: Centro de Publicaciones del Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT), 1992, 334p.

PAREJO ALFONSO, Luciano. *Derecho Administrativo*. 12. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2022, 1585p.

SANZ HEREDERO, José Daniel. *Demolición Urbanística y Terceros Adquirientes de Buena Fe*. Tesis depositada en cumplimiento parcial de los requisitos para el grado de Doctor en Derecho (RD 99/2011). Universidad Carlos III de Madrid, 2022, 529p.

VAQUER CABALLERÍA, Marcos. *Derecho del Territorio*. 2. ed., ampliada. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, 214p.

