



Sociedades pluriculturales y administraciones locales: inmigración, diversidad y convivencia a las ciudades. Reflexiones jurídicas

Juli Ponce Solé

Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona

1. Introducción: convivencia, cohesión social e intervención de los poderes públicos. El regreso a los orígenes: Derecho administrativo, orden público y solidaridad en el contexto de nuestra sociedad pluricultural.
2. El papel del Derecho urbanístico en relación con la cohesión social.
- 2.1. Los paradigmas de nuestro Derecho urbanístico tradicional. 2.2. Las bases constitucionales del Derecho urbanístico: Estado social y cohesión social y territorial. 2.3. Planeamiento urbanístico, derecho a la ciudad y derechos constitucionales: en especial, derecho a la igualdad y usos del suelo.
3. Libertad religiosa, lugares de culto y Derecho urbanístico.
- 3.1. Introducción. 3.2. Ordenación urbanística, lugares de culto, segregación urbana y cohesión social. 3.3. Catálogo de posibles problemas en relación con el urbanismo y la libertad religiosa. 3.3.1. El planeamiento urbanístico y territorial y la libertad religiosa. 3.3.2. Aplicación singular de la normativa urbanística y de otras regulaciones existentes. La cuestión de la necesidad de licencias urbanísticas y de otro tipo de licencias respecto a los lugares de culto.
4. Seguridad pública, ciudad y Derecho urbanístico.
5. Vivienda asequible, cohesión social y Derecho urbanístico.
- 5.1. La finalidad de la mezcla social sobre el territorio y la mezcla de usos urbanísticos y de tipologías de viviendas como medio por lograrla. 5.2. El papel del legislador en el alcance de la cohesión social: principios generales del Derecho, estándares legales de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública y procedimiento planificador.
6. Control judicial del impacto social del planeamiento urbanístico.
- 6.1. Límites y mandatos constitucionales al poder judicial: ni invasión funcional indebida ni indiferencia proscrita. 6.2. Técnicas jurídicas en el control judicial del impacto social del planeamiento: el control de los elementos reglados y el papel del principio general de igualdad.

1. Introducción: convivencia, cohesión social e intervención de los poderes públicos. El regreso a los orígenes: Derecho administrativo, orden público y solidaridad en el contexto de nuestra sociedad pluricultural

La preocupación por la *convivencia* ha sido tradicionalmente uno de los elementos constitutivos de la intervención pública y del Derecho que lo ha acompañado. La propia noción de *orden público*, como título legitimador de la actividad administrativa, contiene en su esencia esta preocupación por la convivencia, que se puede detectar tanto en la formulación clásica del Reglamento de servicios de las corporaciones locales de 1955, con su referencia a la seguridad, salubridad, tranquilidad y moralidad, como, por ejemplo, en la más moderna del artículo 3 de la Ley orgánica 7/1980, de libertad religiosa, con su referencia a que el ejercicio de los derechos conectados a la libertad religiosa y de culto tiene "como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la Salvaguarda de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática".¹

La propia Ley orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de protección de la seguridad ciudadana, se refiere en su artículo 2 a la *convivencia ciudadana*, como una de las finalidades de ejercicio de las potestades administrativas en ella contempladas, referencia que se vuelve a encontrar recientemente en los artículos 139 y 140 de la Ley de bases del régimen local (en un título añadido, como es sabido, por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre), a propósito de la potestad sancionadora local, y, en el mismo ámbito sancionador, por ejemplo, en el artículo 1 de la Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Barcelona. La reciente Ley 1/2006, de 13 de marzo, por la que se regula el régimen especial del municipio de Barcelona, hace una referencia en su artículo 30, dentro del capítulo VI del título II, referido a la seguridad ciu-

dadana, al concepto de "molestia social", que podríamos asociar, en negativo, a la existencia de una interferencia, precisamente, en la convivencia ciudadana.

Ahora bien, la noción de convivencia también se ha encontrado al corazón de las reflexiones jurídicas clásicas que han situado a la *solidaridad* como título legitimador de la actividad administrativa. No es otra cosa que la preocupación por la solidaridad, o, en la terminología actual, por la *cohesión social*, el que guía el pensamiento de Duguit y su formulación del concepto de servicio público.²

En la actualidad, varios factores demográficos, sociales y económicos están provocando notables cambios en la sociedad catalana y, en consecuencia, como siempre que eso sucede, poniendo a prueba la convivencia y la capacidad del Derecho para contribuir a garantizarla. La globalización en marcha, las olas inmigratorias asociadas y un incremento de la exclusión social entre diversos colectivos vulnerables afectan al modelo de convivencia tradicional, al *contrato social* vigente, y plantean nuevos retos al Derecho público moderno.³

Algunos datos permiten hacerse una idea de los problemas vitales de determinados colectivos, que además tienen un reflejo territorial que se visualiza en determinados barrios de nuestras ciudades. Como es sabido, una de cada cinco personas, según datos del INE, se encuentra en España por debajo de los umbrales de pobreza relativa.⁴ El fenómeno de las personas sin hogar parece agravarse, y cada dos días hay una nueva persona en esta circunstancia en Barcelona;⁵ según los cálculos del Síndic de Greuges, en un reciente informe especial, son 8.000 las personas que no tienen techo en las ciudades catalanas.⁶ En cuanto a los jóvenes, no es preciso insistir en que los niveles de precariedad laboral, baja remuneración y dificultades de acceso a una vivienda golpean con especial intensidad a este colectivo.⁷ En fin, por no insistir en otros colectivos vulnerables (gente mayor, inmigrantes extracomunitarios sin recursos, con los conocidos problemas de sobreocupación de las viviendas, por ejemplo...), vale la pena nada más apuntar que estos problemas tienen un reflejo

1. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L. "Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública", RVAP, 27, 1990; REBOLLO PUIG, Manuel. "La peculiaridad de la policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad", RVAP, 54, 1999.

2. Que el propio Duguit define como toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado controlado por los gobernantes, dado que es indispensable para la *interdependencia social* y es de tal naturaleza que sólo puede ser asegurada por medio de esta intervención, DUGUIT, L., *La transformación del Estado*, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, Madrid, sin fecha.

En terminología moderna se trataría de una actividad indispensable para la *cohesión social* que requiere la intervención pública ante las carencias del mercado.

3. Un análisis sobre el impacto de la globalización en la actividad de las administraciones públicas y en el Derecho administrativo se puede encontrar en varios trabajos aparecidos en los últimos tiempos. A modo de ejemplo, véase AUBY, J-B., "La bataille de San Romano. Reflexions sur les évolutions récentes du droit administratif", *L'Actualité Juridique, Droit Administratif*, 20

de noviembre de 2001, p. 912 y ss., ALLI ARANGUREN, J-C., *Derecho administrativo y globalización*, Civitas, Madrid, 2004, o PRATS I CATALÀ, J., *De la burocracia al management. Del management a la gobernanza*, INAP, Madrid, 2005.

4. Instituto Nacional de Estadística, Encuesta de Condiciones de Vida 2004. Puede encontrarse un resumen de la misma en <http://www.ine.es/prensa/np394.pdf>. Última consulta efectuada: 2 de marzo de 2006.

5. *El Periódico*, día 25 de noviembre de 2005. Sobre el fenómeno del las personas sin hogar, puede consultarse la página web de la Fundació Arrels: <http://www.arrelsfundacio.org/arrels/default.asp?seccion=26#>. Última consulta: 2 de marzo de 2006.

6. Consultable en: <http://www.sindic.org/ficheros/informes/Informe%20SGC%20Sense%20llar%202005.pdf>. Última consulta efectuada: 2 de marzo de 2006.

7. Consejo Económico y Social, *La emancipación de los jóvenes y la situación de la vivienda en España*, Informe 3/2002, consultable en <http://www.ces.es/basedatos/0basedatos.htm>. Última consulta efectuada: 1 de marzo de 2006.

sobre el territorio.⁸ Como es sabido, existe en nuestro país una creciente segregación urbana, que genera la concentración de personas de rentas bajas y con riesgo de exclusión social en ciertas áreas urbanas.⁹ Hay que destacar las importantes consecuencias sociales y económicas negativas que este fenómeno tiene, no sólo para estas áreas urbanas en dificultad (que en casos extremos pueden dar lugar incluso al surgimiento de auténticos guetos urbanos) sino, aspecto importante, para el propio sistema urbano global y la cohesión social (el Conseil d'Analyse Économique francés se refiere al fenómeno de la segregación urbana como una "catástrofe social").¹⁰

Así, en el ámbito estatal, un informe del año 2000 publicado por el Ministerio de Fomento (titulado significativamente "La desigualdad urbana en España") señala que una de cada cuatro personas residentes en municipios españoles de más de 20.000 habitantes vive en barrios desfavorecidos (eso quiere decir que entre cuatro y cinco millones de personas, más del doce por ciento de la población española, desarrolla su vida cotidiana en áreas urbanas en las que se concentran situaciones sociales difíciles).¹¹

En Catalunya, la Memoria del anteproyecto de lo que ahora es la Ley 2/2004, de 4 de junio, de barrios, áreas urbanas y ciudades que requieren una atención especial, señalaba, siguiendo datos del Plan Territorial Metropolitano, que de las 39.110 hectáreas adscritas a usos residenciales en la región metropolitana de Barcelona, 21.669 están afectadas en varios grados por déficits de calidad urbana

(el 55% del suelo residencial metropolitano, donde vive la mitad de la población de Cataluña), acompañados a menudo "por una acusada problemática social: envejecimiento, bajo nivel de renta, bajo nivel educativo, pérdida de población y concentración de grupos con necesidades especiales". Esta problemática parece ser más grave en una serie de barrios que representan unas 180.000 viviendas y una población de 400.000 habitantes.

Un reciente estudio de González Enríquez y Álvarez Miranda se ocupa de estas cuestiones en el contexto del importante fenómeno inmigratorio en España.¹²

La tesis de este trabajo es que el mantenimiento del orden público, para utilizar la fórmula clásica, la garantía de la convivencia no debe pasar únicamente por una actividad administrativa de policía de seguridad y una llamada al Derecho penal como *última ratio* –sin negar, sin embargo, su importancia y la necesidad de repensar y ahondar en algunos aspectos en estos ámbitos–, sino que debe comportar también el despliegue de una actividad administrativa más amplia (incorporando elementos de ordenación y control, como la planificación, y de fomento y de servicio público), que permita garantizar la convivencia mediante una actividad *preventiva*, y no únicamente represiva, que asegure la solidaridad social, para utilizar también el concepto clásico, es decir, la cohesión social.¹³ Como señala Calvo Ortega, el papel del Derecho no pasa únicamente por solucionar conflictos sociales sino también por prevenirlos,¹⁴ y se ase-

8. En lo concerniente a los inmigrantes, de acuerdo con los datos elaborados a partir del censo del INE del 2001, cabe destacar que:

–Viviendas más pequeñas: el 36% de los inmigrantes se amontonan en proporciones inferiores a 15 m² por ocupante, muy por encima del 10% de los españoles afectados por este problema.

–Peores condiciones de habitabilidad: se llega a hablar de barraquismo vertical. Los inmigrantes tienen en conjunto el doble de probabilidades que los españoles de vivir en edificios con un estado de conservación ruinoso, malo o deficiente, y la mayoría viven en edificios más antiguos. Problemas de sobreocupación.

–En régimen de alquiler: 67% de inmigrantes frente al 9% de nacionales.

–Concentrados en áreas urbanas degradadas: como ha sido estudiado, en Cataluña, en determinados barrios con dificultades acumulan porcentajes de inmigración sobre el 30%.

Puede consultarse al respecto BOSCH I MEDA, J. y GIBAJA I ESTEBAN, O., *Habitatge i immigració*, Nous Horitzons, 2005.

9. PONCE SOLÉ, J., *Urbanisme, habitatge i cohesió social*, Pla Estratègic Metropolità, 2005. Consultable en: http://www.bcn2000.es/ca-es/9_lista_descargas/descargas.aspx?idioma=Ca-Es&_gldContexto=2. Última consulta efectuada: 1 de marzo de 2006.

10. Conseil d'Analyse Économique, *Ségrégation urbaine et intégration sociale*, La Documentation Française, París, 2003, p. 38, consultable en: <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/044000057/0000.pdf>.

11. Ministerio de Fomento, *La desigualdad urbana en España*, 2000 (consultable en <http://habitat.aq.upm.es/duel/>). Última visita efectuada: 1 de marzo de 2006).

12. GONZÁLEZ MIRANDA, C. y ÁLVAREZ-MIRANDA, B., *Inmigrantes en el barrio*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006. Consultable en: <http://www.tt.mtas.es/periodico/inmigracion/200603/INMIGRANTES.pdf> (última consulta efectuada: 14 de abril de 2006).

13. Esta idea se puede encontrar en el artículo 85 de la Ordenanza de Barcelona antes mencionada, pero sin ningún desarrollo concreto.

14. CALVO ORTEGA, M., señala en "Tendencias de desarrollo del Derecho",

trabajo consultable en la base de conocimientos jurídicos de Iustel (www.iustel.com), en cita textual que reproducimos dado su interés, que:

"en la actualidad, la eficacia de las políticas de seguridad *no sólo pasa por la extensión de los espacios del control tradicional, también requiere la existencia de mecanismos de control preventivo, positivos y negativos, más amplios y sofisticados*; así como una organización más flexible, susceptible de adaptarse rápidamente a coyunturas cambiantes y amoldarse a los imperativos pragmáticos de las nuevas estrategias preventivas de control.

"Los mecanismos y formas de control preventivo orientadas a la inspección y control de actividades relevantes para la seguridad no son una novedad, como tampoco lo es el hecho de que vayan asociadas por regla general a uso de instrumentos normativos y burocráticos característicos del derecho regulativo. Mayor importancia, desde todos los puntos de vista, revisten algunas formas de intervención pública en el ámbito de la acción social, *indirectamente* orientadas a la prevención de riesgos para la seguridad ciudadana y comportamientos delictivos. *Algunas de las políticas públicas asistenciales que desarrollan los estados sociales contemporáneos –salarios de inserción, intervención familiar, protección de menores, políticas de juventud, prevención de drogodependencias e integración de drogodependientes, políticas de inmigración, etc.–, además de los objetivos asistenciales y/o compensatorios básicos que promueven suelen esconder como funciones latentes la integración de los sujetos en situación de riesgo y la restauración del tejido comunitario con fines de defensa social*. Dicho de otra manera, el Estado del bienestar desarrolla mecanismos de ajuste y compensación de los riesgos sociales al mismo tiempo que interviene con fines asistenciales y distributivos.

"Aunque no profundicemos en esta cuestión, quizá no esté de más apuntar que estas formas de intervención en las relaciones sociales primarias, aunque queden al margen de la actuación directa de los apartados represivos tradicionales, representan un componente fundamental de las políticas de seguridad públicas y control social actuales –entendidas en sentido amplio–. Más aún, *puede decirse que las políticas sociales representan, frente a muchos de los riesgos que tienen planteados las sociedades actuales, la auténtica prevención en materia de seguridad ciudadana y una de las líneas de acción más efectivas –y eficientes, en términos coste-beneficio– para el control del delito*."

gura, en la formulación de Forsthoff, que las personas puedan desarrollarse más allá del espacio dominado, en el espacio (urbano) efectivo donde realmente transcurre su vida.¹⁵

Dentro de esta amplia reflexión, estas líneas se centrarán ahora sólo en el papel del Derecho público, concretamente del Derecho administrativo y específicamente del Derecho urbanístico, como instrumento de garantía de la convivencia en nuestras ciudades. Alrededor de esta idea se analizará el papel del Derecho urbanístico en relación con la cohesión social y los derechos constitucionales en general, para pasar después a recapacitar sobre su papel en relación con la libertad religiosa y la existencia y ubicación de los lugares de culto en nuestra sociedad pluriconfesional, en su relación con la seguridad pública, como instrumento preventivo de la delincuencia y del miedo a la delincuencia, en tercer lugar y, finalmente, en su relación con el derecho a la vivienda y la existencia y ubicación de vivienda asequible que lo pueda hacer efectivo.

Como descubriremos acto seguido, todos estos aspectos, que podrían parecer en un primer vistazo apresurado desconectados, están vinculados, dado que el emplazamiento de los lugares de culto religioso tiene impacto sobre el tejido urbano circundante y por lo tanto sobre las viviendas, y estos y otros equipamientos en relación con otras funciones urbanas tienen un peso importante en la percepción ciudadana sobre la seguridad urbana.

2. El papel del Derecho urbanístico en relación con la cohesión social

Numerosos estudios destacan como un fenómeno asociado a la globalización la agudización de los problemas urbanos, visualizados en una creciente segregación urbana y, en el peor y más grave de los casos, en la aparición de guetos, es decir, de espacios en los que se obliga a residir a una parte de la población por razón de sus circunstancias económicas y/o étnicas y religiosas.¹⁶

En el caso específico español, factores como el *precio de la vivienda*, la *inmigración* o el *modelo urbano de crecimiento disperso*, entre sí interconectados, están acentuando este proceso segregativo, poniendo en peligro la cohesión social y la convivencia, y generando riesgos de posible futura fractura social. Esta fractura social, más

visible en otras sociedades de nuestro entorno, se visualiza territorialmente a través de los fenómenos de los barrios en dificultad y de las “urbanizaciones cerradas” (*gated communities*, en la terminología inglesa), expresión también de la segregación espacial, aunque de signo exactamente opuesto al de los barrios en dificultad. Se trata de ámbitos urbanos cerrados por medio de vallas u otros elementos de delimitación, con controles de acceso y seguridad privada.¹⁷

Tanto la existencia de guetos como de urbanizaciones cerradas “para ricos” visualizan territorialmente una creciente segregación urbana, la cual está conectada con un menor intercambio personal: ciertas personas que quisieran tener tal intercambio no pueden, al ver su vida circunscrita en áreas urbanas homogéneas “por debajo”, mientras que otras personas no quieren mezclarse con otras que no sean semejantes, por lo que no quieren tal intercambio y se *autosegregan* en áreas urbanas homogéneas “por arriba”.

En definitiva, la separación, querida o no, da lugar a una gradual degeneración de la convivencia, del contacto social (en espacios públicos, en escuelas, etc.) y, en definitiva, del contrato social, afectado por la “miedo del que es diferente”. Puede comprometer, en definitiva, el propio concepto de ciudad tal como lo hemos entendido hasta el momento.

Desde la comprensión de las ciudades como sistemas, tal como señala la STS de 19 de julio de 1988 (Aranzadi 6084), la existencia de áreas urbanas enfermas no es un problema que pueda circunscribirse territorialmente, conectarse con una clase de personas marginales y ser olvidado. Desde la perspectiva de las ciudades como un todo interconectado, las áreas urbanas enfermas también enferman al resto de la ciudad.¹⁸

¿Qué tienen que ver el urbanismo y la vivienda con este fenómeno? Determinadas prácticas urbanísticas suponen segregación urbana y discriminación en el uso del suelo, sea por activa o por pasiva. Entre las primeras, destacan, por ejemplo, la ubicación segregada de determinados equipamientos, la exigencia de una medida desproporcionadamente grande de parcela mínima edificable o de una tipología de vivienda determinada, que condiciona el precio y, por lo tanto, el estatus económico y social de sus ocupantes, la ubicación segregada de la vivienda protegida o la segregación de funciones urbanas por la planificación urbanística como conse-

15. Sobre el concepto de procura existencial de este autor, se puede consultar, por ejemplo, MARTÍN-RETORTILLO, L., “La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de ‘Daseinvorsorge’”, RAP, 38, 1962.

16. Sobre el concepto de gueto, Grupo Aduar, *Diccionario de geografía urbana, urbanismo y ordenación del territorio*, Ariel, 2000, p. 182. Respecto a la creciente segregación urbana en España, téngase en cuenta el ya citado informe del Ministerio de Fomento, *La desigualdad urbana en España*, 2000 (consultable en <http://habitat.aq.upm.es/duel/>. Última visita efectuada: 1 de marzo de 2006).

17. Un análisis de estas urbanizaciones cerradas en el caso madrileño puede encontrarse en CANOSA ZAMORA, E., “Las urbanizaciones cerradas de lujo en Madrid: Una nueva fórmula de propiedad y de organización territorial”, *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, XXXIV (133-134) 2002, p. 545; una reflexión desde el Derecho puede encontrarse PAREJO ALFONSO, L., “Reflexiones sobre la libertad, la seguridad y el Derecho”, *Justicia Administrativa*, octubre de 2003, p. 17 y ss.

18. Cfr. Jacobs, J., *Muerte y vida de las grandes ciudades*, Península, Madrid, 1967.

cuencia del funcionalismo, que, como ponen de relieve García de Enterría y Parejo Alfonso, fomenta la “segregación espacial en grupos o clases sociales”.¹⁹ Entre las segundas, se pueden mencionar, por ejemplo, la no-previsión o la insuficiente previsión de vivienda protegida en relación con las necesidades existentes.

¿Qué tiene que ver el Derecho urbanístico con este fenómeno? Como comprobaremos a continuación, no poca cosa. Lo lógico, desde la comprensión del Derecho urbanístico, en las palabras del Tribunal Constitucional (STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 6), como una “disciplina jurídica del hecho social o colectivo de los asentamientos de población en el espacio físico, lo que, [...], se traduce en la ‘ordenación urbanística’ como objeto normativo de las leyes urbanísticas” cuyo contenido “se traduce en concretas potestades”, consistentes en “la fijación de lo que pudiéramos llamar políticas de ordenación de la ciudad, en tanto en cuanto mediante ellas se viene a determinar el cómo, cuándo y dónde deben surgir o desarrollarse los asentamientos humanos, y en cuyo servicio se disponen de las técnicas e instrumentos urbanísticos precisos”. Si como el propio Tribunal Constitucional (STC 51/2004, de 13 de abril, FJ 12) ha acordado, el plan urbanístico es el “marco regulador del espacio físico de la *convivencia* de los vecinos”, es evidente que los fenómenos expuestos tienen relación con el Derecho urbanístico español y con el planeamiento urbanístico. En el marco de una serie de derechos y principios constitucionales a los que iremos aludiendo, los legisladores en España están diseñando concretos mecanismos para luchar contra la segregación urbana y la fractura social y a favor de la convivencia, como a continuación tendremos ocasión de comprobar.

2.1. Los paradigmas de nuestro Derecho urbanístico tradicional

Antes que nada, se puede señalar que el Derecho urbanístico español actual es el resultado de una determinada evolución histórica en la que ciertos paradigmas han influido en la forma de legislar, en la forma de aplicar la legislación por los operadores jurídicos de la Administración y el poder judicial y en la forma que desarrolle su trabajo la doctrina científica. Antes que nada, el papel principal reservado históricamente al Derecho urbanístico ha sido el de limitar y

delimitar el derecho de propiedad urbana de acuerdo con su función social (en la actualidad, artículo 33 de la CE), teniendo menor peso su papel como instrumento de protección y desarrollo de otros derechos constitucionales, entre ellos, sin duda, el derecho a la vivienda (artículo 47 de la CE), aunque no sólo como en seguida veremos. Parada se refiere a un urbanismo para pobres con referencia a la separación entre el sistema urbanístico liberal de calidad dirigido a la vivienda de clases medias y altas y un urbanismo de “beneficencia”, realizado históricamente incluso contra un plan, para hacer frente a emergencias sociales, como el que supuso la masiva inmigración interior de mediados del siglo pasado.²⁰ En Francia, Moderne ha llamado la atención sobre similares problemas en el Derecho urbanístico francés.²¹

2.2. Las bases constitucionales del Derecho urbanístico: Estado social y cohesión social y territorial

No obstante, los desarrollos más modernos legislativos están variando esta situación, preocupándose por conectar las políticas públicas referidas a ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, y aún éstas con otras políticas públicas y otros derechos constitucionales.²² El punto de partida de las tendencias más modernas se sitúa en el marco del Estado social al que se refiere el artículo 1.1 de la CE, que permite hablar, sin duda, de la existencia de un *urbanismo social*²³ y de un Derecho urbanístico *útil o regulativo*, en la terminología utilizada en la Teoría general del Derecho, Derecho preordenado a las exigencias de guiar el Estado social y tendencialmente particularizado, teleológicamente orientado y fuertemente dependiente del auxilio de las ciencias sociales, el cual no se limita a garantizar ámbitos exentos de incidencia pública, sino también, en positivo, que la intervención pública ante los errores del mercado será eficaz y garantizadora de la totalidad de los derechos constitucionales en juego.²⁴

La conexión mencionada del Derecho urbanístico con otras ciencias sociales lleva a conectar la función actual de aquél con varios problemas detectados y diferentes conceptos analizados y contruidos en éstas. Estos conceptos, además, ya son conceptos jurídicos a causa de su incorporación a la ordenación jurídica vigente. Es el caso, por ejemplo, del *desarrollo sostenible*, auténtico principio jurídico que incluye las vertientes económica,

19. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho urbanístico*, Civitas, Madrid, 2ª ed., 1981, p. 57 y ss.

20. PARADA, R., *Derecho urbanístico*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 22 y 39.

21. MODERNE, F., “Problemas actuales del urbanismo en Francia”, en *Ordenamientos urbanísticos. Valoración crítica y perspectivas de futuro (Jornadas Internacionales de Derecho urbanístico, Santiago de Compostela, 2 y 3 de julio de 1998)*, Marcial Pons, 1998, p. 365 y 384.

22. En este sentido, ALLI ARANGUREN, J. C., “Urbanismo y vivienda. La inte-

rrelación de las políticas de suelo y vivienda”, *Revista de Derecho urbanístico y Medio Ambiente*, 219, julio-agosto de 2005.

23. En el caso francés, puede consultarse la evolución realizada por el Derecho urbanístico en JACQUOT, H. y PRIET, F., *Droit de l’urbanisme*, Dalloz, París, 5ª ed., 2004, p. 37 y ss.

24. CALVO GARCÍA, M., “Paradojas regulativas: Las contradicciones del Derecho en el Estado intervencionista”, en AÑÓN, M. J., BERGALLI, R., CALVO, M. y CASANOVAS, P., *Derecho y sociedad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 99 y ss.

ambiental y social,²⁵ y que se encuentra recogido en diversas legislaciones autonómicas de ordenación del territorio y urbanismo (en Cataluña, artículo 3 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el cual se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo, que alude explícitamente; en Madrid, artículo 3.2.b) de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del suelo).²⁶ También es el caso de la *cohesión social*, concepto vinculado a la idea de solidaridad.²⁷ El principio de solidaridad se encuentra también presente en nuestra propia Constitución, por ejemplo en el artículo 45.2, y el principio de cohesión social está recogido ahora en diversas legislaciones urbanísticas (artículo 3 del Decreto ya mencionado legislativo catalán 1/2005, de 26 de julio, de 14 de marzo, de urbanismo, o artículos 4 y 38 de la Ley de Castilla y León 5/1999, de 8 de abril, que señala entre los objetivos de la actividad urbanística pública “la cohesión social de la población”).²⁸ También es el caso, en tercer lugar, de los conceptos de inclusión o integración social, entendiéndolos como opuestos a la exclusión social y como posibilitadores de la cohesión social. Hay que tener presente ahora, por ejemplo, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, en cuyo artículo II-94.3 (proviniente del artículo 34.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000) se explicita la relación entre vivienda y exclusión social:²⁹

“Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales.”

Por su parte, alguna legislación de vivienda española ya ha incorporado la relación entre vivienda e integra-

ción social explícitamente. Es el caso de la Ley valenciana 8/2004, de 20 de octubre, de vivienda, en sus artículos 39 y ss.

El concepto de inclusión o integración social conduce directamente al papel del Derecho urbanístico y de *la vivienda* en relación con ciertos colectivos vulnerables (jóvenes, gente mayor, familias monoparentales, inmigrantes extracomunitarios sin recursos...) y al papel del derecho a la igualdad en el disfrute de la ciudad, cuestión a la que en seguida nos referiremos. De entrada, hay que recordar que el mercado inmobiliario funcionando solo es un factor de segregación urbana, ya que sus dinámicas tienden a la homogeneidad social, por arriba o por abajo.³⁰ En el caso específico, por ejemplo, de los inmigrantes extracomunitarios con problemas económicos, éstos se tienden a concentrar en áreas urbanas de precios relativamente bajos que presentan un nivel menos elevado de calidad arquitectónica, accesibilidad y servicios, generalmente núcleos históricos de población o polígonos de vivienda de los años sesenta y setenta. No es infrecuente la sobreocupación de la vivienda, la degradación de las fincas que provoca angustiosas ventas de los residentes originarios, con una espiral descendiente de precios que espolea la llegada de nuevos inmigrantes.³¹

El problema no es tanto la concentración, sino su origen (no querida libremente) y sus efectos (homogeneidad social por abajo y homogeneidad étnica).

Es comprensible que la gente se agrupe por afinidad comunitaria, es decir, por una tendencia emocional a agruparse según nacionalidades, costumbres, lenguas, etc., creando redes de relación y apoyo mutuo. Aquí no tiene razón de ser la intervención pública.³² El problema es que la concentración urbana de población en dificultades no acostumbra a ser un resultado de la libre elec-

25. Como subraya respecto de esta última BASSOLS COMA, M., “La planificación urbanística y su contribución al desarrollo urbanístico sostenible”, en ESTEVE PARDO, J. (coord.), *Derecho del medio ambiente y Administración local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2a ed., 2006, p. 704 y ss. En un ámbito más amplio, se debe tener en cuenta que la propuesta de Estatuto de autonomía de Cataluña aprobada por el Parlament en el año 2005 menciona varias veces la sostenibilidad. Por ejemplo, en el artículo 4.

26. MENÉNDEZ REIXACH, A., “Urbanismo sostenible, clasificación del suelo y criterios indemnizatorios: Estado de la cuestión y algunas propuestas”, *RDUyMA*, 200, marzo de 2003, p. 135 y ss.

27. REAL FERRER, G., “La solidaridad en el Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, 161, 2003, p. 123 y ss. Para KEARNS, A y FORREST, R., “Social cohesion and multilevel urban governance”, *Urban Studies*, 37 (5/6), 2000, p. 995-1017, la cohesión social comporta:

1. Valores comunes y una cultura cívica: compartición de valores comunes que les permite identificar y apoyar objetivos comunes y compartición de un conjunto de principios morales y códigos de comportamiento.

2. Orden social y control social: ausencia de conflicto general y de ningún reto al orden y sistema existente, siendo la cohesión social un producto resultante de las rutinas, demandas y reciprocidades de la vida cotidiana.

3. Solidaridad social y reducción de las disparidades en la riqueza.

4. Redes sociales y capital social: una sociedad cohesionada contiene un

alto grado de interacción social dentro de las comunidades (vecinos, amigos) y familias. De acuerdo con la definición del Banco Mundial, por ejemplo, el capital social está formado por “the norms and networks that enable collective action. Increasing evidence shows that social cohesion – social capital – is critical for poverty alleviation and sustainable human and economic development” (<http://www1.worldbank.org/prem/poverty/scapital/index.htm>).

5. Arraigo al lugar e identidad: contribuye a la reproducción de valores comunes, normas y disposiciones a participar en redes sociales para construir capital social.

28. En un ámbito más amplio, se debe tener en cuenta que la propuesta de Estatuto de autonomía de Cataluña aprobada por el Parlament en el año 2005 menciona varias veces la cohesión social. Por ejemplo, en el preámbulo o en los artículos 4 y 42.

29. BASSOLS COMA, M., “La exclusión social y la contribución de los municipios a la satisfacción del derecho a la vivienda”, *Revista de Estudios de la Administración Local*, 291, enero-abril de 2003, p. 103 y ss.

30. JÉGOUZO, Y., “Les niveaux territoriaux de décision et de compétence pour l’habitat social et pour la ville”, en *L’Europe et l’habitat social, Les Cahiers du Gridauih*, 5, 2001, p. 119 y ss.

31. BOSCH I MEDA, J. y GIBAJA I ESTEBAN, O., *Habitatge i immigració*, op. cit.

32. ZAPATA-BARRERO, R., “Políticas de acomodación de la inmigración y Administración local: La gestión de la coexistencia”, en GUILLOT, J. (dir.), *Inmigració i poders locals. Ciutats i persones*, ICPSB, 2003, p. 89.

ción de residencia, sino, precisamente, todo lo contrario: el resultado de una discriminación directa o *de facto* por motivos económicos y/o étnicos. Como ha recomendado el Consejo de Europa a los gobiernos, “la dispersión o segregación forzosa de los inmigrantes y las minorías étnicas y nacionales es inaceptable”, lo que hace falta es “garantizar que las políticas de vivienda, planificación y urbanización traten de dar a los inmigrantes y a las minorías étnicas la misma libertad de elección que tiene el resto de la población, incluso oportunidades para vivir fuera de las zonas tradicionalmente pobladas por grupos minoritarios”.³³

Esta falta de libertad de residencia real y la existencia de discriminaciones y desigualdades exige una intervención pública que corrija las insuficiencias del mercado, de manera que no puede ser aceptable una política de dejar hacer. Intervención exigida por la propia Constitución: no se trata de una decisión política, es una exigencia constitucional derivada de diversos derechos y principios constitucionales.

El último concepto al que queremos aludir en este momento es el de *cohesión territorial*, que se puede entender como una expresión de la solidaridad a escala geográfica, propugnando un cierto equilibrio entre diversas partes de un territorio. El mismo se encuentra recogido explícitamente en el texto del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (artículos I-3, I-14, III-220 ó III-234), de manera implícita en nuestra propia Constitución (artículo 40, por ejemplo) e incluso ya a nivel legislativo (Ley de Castilla y León 5/1999, de 8 de abril, cuyo artículo 4 se refiere a un desarrollo equilibrado), o Decreto legislativo catalán 1/2005, en los artículos 56.1, letra i), y 85.3, letra a), en los que se mencionan la solidaridad intermunicipal en la ejecución de políticas de vivienda asequible, con referencia a los planes directores urbanísticos de ámbito supramunicipal, y la cohesión territorial, como aspecto de interés supralocal, respectivamente).

2.3. Planeamiento urbanístico, derecho a la ciudad y derechos constitucionales: en especial, derecho a la igualdad y usos del suelo

La íntima relación de la vivienda con otras funciones urbanas debe matizar toda distinción taxativa entre ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, y llevar al entendimiento de la vivienda no sólo como el mero apoyo físico habitacional sino también como el medio ambiente urbano en el que éste se inserta, como ha

puesto de relieve, por ejemplo, Bassols.³⁴ Para dar cuenta de este sentido amplio de vivienda, la doctrina francesa y el propio Derecho francés utilizan el concepto de *habitat*, que corresponde a la vivienda en su entorno urbano y social.³⁵ En este sentido, también la legislación francesa alude a la existencia de un derecho a la ciudad (artículo 1 de la Ley núm. 91-662, de 13 de julio, de *orientation pour la ville*), el cual es también reconocido por la reciente Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos de 2000, suscrita por diversas ciudades españolas, en la que se indica, en su artículo 1, que la ciudad “es un espacio colectivo que pertenece a todos sus habitantes que tienen derecho a encontrar las condiciones para su realización política, social y ecológica, asumiendo deberes de solidaridad”.

Las profundas relaciones entre urbanismo y vivienda y ordenación del territorio están siendo reconocidas gradualmente por la legislación autonómica en España. Ésta ha recogido varios principios y directrices de actuación pública que conectan a la vivienda con su entorno (véase por ejemplo los artículos 6 y ss. de la Ley catalana 24/1991, de 29 de noviembre, de vivienda, o el artículo 3 de la Ley gallega 4/2003, de 29 de julio, de vivienda) e incluso en el artículo 2 de la Ley valenciana 8/2004, de 20 de octubre, de vivienda, puede encontrarse ya una definición de vivienda más completa y que incluye una referencia al medio ambiente urbano en el que se inserta ésta. La legislación autonómica más reciente también ha conectado la ordenación del territorio con el urbanismo y la vivienda específicamente (por ejemplo, Ley canaria 2/2003, de 30 de enero, de vivienda, cuyos artículos 26 y ss. y 73 y ss. aluden a los planes insulares de ordenación y a los planes de vivienda como instrumento de ordenación supramunicipal de la vivienda), y ha impulsado mecanismos de lucha contra la segregación y la exclusión. Es el caso de la previsión de medidas de fomento específicas para ciertos barrios en dificultades (Ley catalana 2/2004, de 4 de junio, de mejora de barrios, áreas urbanas y poblaciones que requieren una atención especial, a la que se puede calificar de auténtica *ley anti-gueto*) o de la previsión legal de reservas obligatorias de suelo para vivienda protegida a incluir en el planeamiento urbanístico, técnica ya común en numerosas legislaciones urbanísticas autonómicas, a la que después nos referiremos con más detalle.

El planeamiento urbanístico –en desarrollo de todos los derechos y principios constitucionales aludidos y de las regulaciones legales existentes– debe garantizar, pues, un medio ambiente urbano adecuado, que, en lo

33. Consejo de Europa, 2000, *Marco para las políticas de integración*, documento de trabajo, consultable en <http://www.imsersomigracion.upco.es/> (última visita efectuada: 1 de marzo de 2006).

34. BASSOLS COMA, M., “Consideraciones sobre el Derecho a la vivienda en la Constitución española de 1978”, RDU, 85, 1983, p. 167 y ss.

35. DESCHAMPS, E., *Le Droit Public et la Ségrégation Urbaine (1943-1997)*, LGDJ, 1998, p. 23.

que ahora nos interesa, permita la cohesión social y no facilite procesos de exclusión o fractura social, lo cual incorpora la necesidad de evitar fenómenos segregativos que afectan con mayor virulencia a los colectivos ya mencionados vulnerables. En este sentido, se debe tener en cuenta que el planeamiento urbanístico no solamente delimita el derecho de propiedad urbana (artículo 33.2 de la CE), sino que, simultáneamente, debe permitir el desarrollo de otros derechos constitucionales sobre el territorio, regulándolos en lo necesario para hacerlos compatibles con el interés general (artículo 47 de la CE en conexión con otros derechos constitucionales). Efectivamente, en la planificación urbanística se puede hacer realidad tanto el derecho a la igualdad ya aludido (artículos 9.2 y 14 de la CE, artículos 27 y ss. de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que han realizado una interesante transposición de diversas directivas comunitarias sobre igualdad) como otros derechos que precisan de una expresión territorial, caso, por ejemplo, de la libertad religiosa.

En relación con esta última, precisamente, vale la pena detenerse un momento y dedicar unas reflexiones complementarias.

3. Libertad religiosa, lugares de culto y Derecho urbanístico³⁶

3.1. Introducción

El punto de partida hay que situarlo en la constatación que la sociedad en la que nos encontramos es una sociedad crecientemente pluricultural, a causa, entre otros fenómenos, de la inmigración. La inmigración está suponiendo en el caso español el paso de una sociedad monocultural a otra de pluricultural. Esta pluralidad tiene el reflejo en varios ámbitos, pero nos gustaría ahora llamar la atención en uno particular: el religioso. Especialmente en los últimos años, hemos pasado de la existencia de una religión históricamente predominante a la coexistencia de diversas confesiones religiosas, algunas con un peso creciente.

La existencia de una pluralidad de culturas nos pone ante la necesidad de gestionar esta diversidad. La literatura sobre los modelos teóricos de gestión de la diversidad es, como se sabe, abundante. La cuestión que aquí trataremos es aparentemente más modesta, pero como

descubriremos, no es otra cosa que la concreción en un ámbito cotidiano de todas las reflexiones que la adecuada gestión de la diversidad genera.

Efectivamente, teniendo en cuenta que para poder expresar la religiosidad individual y colectiva es preciso un lugar físico (iglesia, mezquita, sinagoga...) y que se ubique en una trama urbana, claramente se puede advertir el vínculo entre religión y urbanismo, de manera que el segundo puede ser un elemento que facilite (o entorpezca) el ejercicio libre de la religiosidad. En consecuencia, el urbanismo se enfrenta a una nueva complejidad derivada de la gestión del pluralismo. En este caso, que nos ocupará, el pluralismo religioso. *Dicho en otros términos, el real ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa previsto en el artículo 16 de nuestra Constitución está condicionado de una u otra manera por la regulación que existe del uso del suelo y por las decisiones públicas en relación con este uso.*

Como ya se ha apuntado, el fenómeno de la inmigración ha potenciado el tránsito rápido de la sociedad española hacia una realidad pluricultural. Es fácil recordar las polémicas que han provocado varios intentos de construir lugares de culto islámico en diversas poblaciones catalanas, como, por ejemplo, Premià de Mar o Mataró.

Lo primero que hay que decir es que esta realidad pluricultural nos ha cogido mal equipados, todavía arrastrando una herencia de confesionalidad que es difícil borrar en unas décadas y, sobre todo, disipar de las formas de pensar y hacer. Se detecta una falta de reflexión y determinados vacíos legales, como veremos, con respecto a las relaciones entre libertad religiosa y urbanismo. Falta de atención que puede atribuirse a diferentes factores, entre los que destacan tanto los paradigmas que predominan tradicionalmente en el Derecho urbanístico preconstitucional como el hecho histórico incontestable de la destacada confesionalidad del Estado español. Una confesionalidad que se ha filtrado en el ordenamiento jurídico urbanístico a lo largo de mucho tiempo.

Para quien tenga interés en comprobarlo, basta como muestra una prueba relativamente reciente. En pleno régimen franquista y bajo el Concordato de 1953, el Decreto 736, de 5 de abril de 1962 (por cierto, formalmente no derogado), preveía reservas para la construcción de edificios religiosos *católicos* en "núcleos de población formados en su totalidad o, al menos, en el

36. Véase las referencias que se contienen en RODRÍGUEZ BLANCO, M., *Libertad religiosa y confesiones. El régimen jurídico de los lugares de culto*, CEPC, Madrid, 2000, concretamente p. 179 a 224. Con un tratamiento monográfico, se puede consultar RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A., *Urbanismo y confesiones religiosas*, Montecorvo, Madrid, 2003. Me permito la remisión a mis trabajos anteriores "Derecho urbanístico y derechos constitucionales. Las relaciones entre vivienda, equipamientos religiosos y cohesión social", en FONT LOVET, T. (dir.), *Anuario del Gobierno Local 2002*, Fundación Democracia y

Gobierno Local-IDP, 2003, p. 111 a 144, e "Inmigración, religión y Derecho urbanístico", *Cuadernos de Derecho Local*, 3, octubre de 2003, p. 56 y ss., "Una reflexión desde el Derecho urbanístico sobre las modernas sociedades pluriculturales y pluriconfesionales", *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 215, enero-febrero de 2005, y "Llocs de culte i Urbanisme", en NADAL, Mònica i LARIOS, M. Jesús (dir.), *La immigració a Catalunya avui. Anuari 2004*, Fundació Jaume Bofill, 2005, trabajo en el que se basan las siguientes páginas.

cincuenta por ciento de las edificaciones incluidas en su perímetro, por viviendas acogidas a cualquier régimen de protección estatal" (artículo 1), reservándose "el suelo necesario en promociones de más de mil viviendas" (artículo 6), con una financiación a cargo del Instituto Nacional de la Vivienda, bien de manera indirecta (si era el promotor quien los construía, por medio de beneficios económicos concedidos a él mismo), bien de manera indirecta, tanto si era el Instituto quien los construía, "por propia iniciativa o a petición del Ordinario diocesano" (artículo 4.2), y se debían reintegrar, sólo en el segundo caso, los gastos producidos, en un plazo de veinticinco años y sin que produjese "interés alguno", como si el Instituto aportaba gratuitamente los terrenos (artículo 6).

En la actualidad, naturalmente, el panorama ha cambiado radicalmente a partir de la Constitución española de 1978. Ahora, un posible enfoque de la cuestión sería entender que el mercado se ocupará de los usos religiosos, como lo hace de otros usos urbanísticos. Es decir, que la confesión religiosa que quiera abrir un lugar de culto lo hará, como cualquier otro propietario puede desarrollar la actividad que desee, siempre, evidentemente, que se respete el ordenamiento jurídico en general y el planeamiento urbanístico en particular.

No obstante, hay que advertir, entre otras cuestiones que iremos tratando, de la existencia de un posible problema específico en cuanto a los usos religiosos, dado que factores ajenos a la lógica mercantil interfieren en los mecanismos del mercado, provocando su decisión y haciendo de los usos religiosos, en ocasiones, usos débiles. A nadie se le escapan los problemas sociales que están generando los intentos de abrir algunos nuevos lugares de culto no católico en España, singularmente islámicos, los cuales provocan que surja el típico síndrome de NIMBY, no inusual tampoco en otros países europeos.³⁷

Las razones que pueden explicar esta situación son, sin duda, plurales y complejas, pero nos atrevemos a indicar, simplemente, algunos elementos que entendemos relevantes:

a) Así, por ejemplo, el miedo a que el lugar de culto religioso islámico se convierta en un centro de integrista, especialmente después de los fatídicos 11 de septiembre de 2001 y 11 de marzo de 2004, teniendo en cuenta que la financiación (y el control) de estos centros puede venir de países extranjeros con intereses de los que se desconfía.

b) La sobradamente conocida situación del parque de vivienda española: porcentaje de alquiler muy bajo (cla-

ramente por debajo de la media europea, con un porcentaje de alquiler público muy bajo), predominio evidente de la propiedad, por medio de préstamos hipotecarios, propiedad, además, no infrecuentemente entendida como valor de inversión. Cualquier factor que pueda alterar el valor de la propiedad constituye un problema económico de primer orden para los propietarios, que intentan evitar de cualquiera manera "problemas" (más bien lo que ellos y la sociedad perciben como "problemas") que pueden hacer bajar el precio de su inmueble.

Estas razones y otras, que todo el mundo puede deducir por sí mismo, abocan a una cruda realidad de ausencia no infrecuente de lugares de culto en condiciones: así no es insólito encontrar oratorios precarios, en situación irregular (tolerados por ciertos ayuntamientos), con incomodidad e indignidad para los asistentes (recordemos que la dignidad de la persona es un valor constitucional, fundamento del orden político y de la paz social, como señala nuestro artículo 10 de la CE), con molestias (ruido, tráfico...) y con peligro (incendios, etc.) para todo el mundo, asistentes a la ceremonia religiosa o no, caso, por ejemplo, de los vecinos del inmueble donde se pueda situar el oratorio.

Ante esta delicada situación, los gestores públicos se preguntan cada vez con más frecuencia qué hacer. Hasta el momento, los problemas generados en el nivel local han sido objeto de respuesta también local. Es decir, cada ayuntamiento ha salido adelante como ha podido, no insólitamente cediendo a la presión ciudadana contraria a la posible apertura de un lugar de culto no católico (generalmente, una mezquita).

Pero en estos "micro" conflictos locales se está poniendo a prueba, en realidad, el libre desarrollo de derechos fundamentales, por un lado, y la gestión *in situ*, ahora sí ya alejada de las grandes palabras vacías, de la diversidad cultural. En consecuencia, hay que afrontar estos episodios con plena conciencia de su relevancia y, por supuesto, sin vulnerar el ordenamiento jurídico en vigor, el cual establece límites y mandatos a los poderes públicos en relación con situaciones como las descritas y reconoce derechos a los ciudadanos.

En primer lugar, si acudimos al marco constitucional, debemos partir, obviamente, del artículo 16 de la CE. La libertad religiosa se debe poner en conexión sistemática con varios preceptos constitucionales, entre los que destacan, al efecto de este trabajo, los artículos 9.2, 13.1, 14 y 47, partiendo de la idea básica de que el uso del suelo tiene impacto sobre el efectivo ejercicio de la libertad religiosa.

37. Acrónimo en inglés de *Not In My Back Yard*, algo así como "no en mi patio trasero". Esta expresión quiere informar sobre los fenómenos de oposición ciudadana que cada vez con más frecuencia despiertan los intentos de ubicar especialmente determinadas infraestructuras, públicas o privadas, bien porque se consideran peligrosas para la salud (plantas

incineradoras de residuos, etc.), bien porque no se quieren tener tan cerca, ante el miedo a que su presencia "atraiga" a colectivos no deseados por los habitantes de la zona (centros de rehabilitación de drogodependientes, vivienda social, lugares de culto de determinadas confesiones religiosas, etcétera).

El artículo 16 de la CE, al prever la libertad religiosa, no establece una simple protección ante injerencias (vertiente negativa), sino que exige también una “actitud positiva”, desde una perspectiva que podríamos denominar “asistencial o prestacional”, consagrando una aconfesionalidad o laicidad positiva (STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4). En idéntica línea, el Tribunal de Derechos Humanos, en su sentencia de 31 de julio de 2001, ha señalado que “el Estado tiene la obligación positiva de asegurar a toda persona dependiente de su jurisdicción, y sin que quepa renunciar a ello anticipadamente, el pleno disfrute de los derechos y libertades garantizados por el Convenio”.

Por un lado, es evidente que no es posible discriminar a ninguna confesión religiosa en la utilización del suelo para la construcción de lugares de culto. Pero además, la peculiar situación histórica de confesionalidad católica del Estado español y esta laicidad positiva aludida podrían llevar a primer término una reflexión sobre la viabilidad de *acciones positivas* hacia las otras religiones, con el fin y efecto de compensar su situación histórica y hacer realmente posible su arraigo normalizado. Estas acciones positivas podrían concretarse, por ejemplo, en cesiones de terrenos de titularidad pública para hacer posible la edificación de lugares de culto, práctica, por cierto que ha sido habitual en lo concerniente a la construcción de centros católicos y está siendo utilizada hoy en día también por ciertos ayuntamientos para dar salida a los fenómenos NIMBY antes mencionados respecto de otras religiones.

Se trata de un tema importante, que sólo podemos dejar aquí planteado y que *jurídicamente* sería posible, entendemos, de acuerdo con el artículo 9.2 de la CE y su interpretación constitucional.³⁸ Otra cosa, evidentemente, es su aceptación *social y política*, íntimamente ligada, por cierto, al modelo de gestión de la diversidad que se pretenda desarrollar. Desde esta perspectiva, es interesante tener en cuenta el debate que en los momentos de redactar estas líneas está teniendo lugar en Francia –un modelo “asimilacionista” por excelencia, al menos en teoría– alrededor de la posible reforma de la Ley de 9 de diciembre de 1905, de separación de las iglesias del Estado, en relación con la oportunidad de desarrollar acciones positivas hacia el Islam y la construcción de mezquitas, lo que está propugnado, entre otros, por el ministro de Interior, Sr. Sarkozy.³⁹

Hay que hacer, en este punto, una referencia a la posible actividad pública de fomento en conexión con los lugares de culto. La libertad religiosa impone a los poderes públicos no sólo el deber jurídico negativo de

no interferir en su desarrollo, sino también el deber positivo de garantizarla. Así, la STS de 4 de febrero de 1987 (Aranzadi 267) ha señalado que el hecho de que un plan urbanístico especial concrete que unos terrenos se destinarán a un equipamiento religioso de titularidad pública no vulnera la neutralidad del artículo 16.3 de la CE, ya que la aconfesionalidad estatal “no significa que la Administración pública no puede ni debe atender las necesidades religiosas de los ciudadanos”.

Esta manera de entender la libertad religiosa, mismamente, explica que en varios países europeos se hayan impulsado políticas públicas de ayuda y de promoción de la construcción de lugares de culto. Un ejemplo muy claro de esta actividad pública de fomento es en el caso francés la Gran Mezquita de París. En este sentido, desde la perspectiva urbanística, hay que tener en cuenta que en Francia, bajo la vigencia de la mencionada Ley de 1905 aún en vigor, se ha hecho uso de la fórmula jurídica del *bail emphytéotique*: los municipios ceden suelo a cambio de la entrega de un canon simbólico anual. La cesión dura noventa y nueve años y, al finalizar, tanto el terreno como el edificio construido por los privados se incorporan al patrimonio municipal.

En España y en Cataluña estas políticas positivas de promoción parecen perfectamente posibles también –en conexión, por cierto, con la cuestión de las *acciones positivas*, ya mencionada– y hay varios instrumentos jurídicos disponibles para articularlas en nuestro propio ordenamiento. Así, ahora sólo queremos mencionar dos posibles, *conectadas con el ámbito urbanístico*: el derecho de superficie y las cesiones gratuitas de bienes.

Por otro lado, los preceptos constitucionales españoles, singularmente el artículo 16, se deben interpretar de conformidad con los instrumentos internacionales que se ocupan de la libertad religiosa. Entre estos destacan los cuatro acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, ratificados por medio de los instrumentos de 4 de diciembre de 1979. No hay en ninguno de los cuatro referencia a un régimen especial o singular en materia urbanística para los centros de culto católico. Aunque todos estos instrumentos internacionales no expliciten nada respecto de la vertiente espacial de la libertad religiosa, hay que tener en cuenta que para poderla llevar a cabo hace falta, obviamente, un espacio físico adecuado.

Entre los instrumentos internacionales más recientes se puede encontrar ya alguna mención a esta dimensión espacial de la libertad religiosa. Podemos subrayar al respecto la Carta Europea de Salvaguarda

38. Son de gran interés también los artículos 27 y ss. de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, que definen legalmente el concepto de acciones positivas y prevén su posibilidad para garantizar en la práctica la plena igualdad por razón, entre otras, de “religión”.

39. Sobre el mencionado debate, véase el diario *Le Monde* de los días 11 de diciembre de 2004, página 8, y de 5 de enero de 2005, páginas IV y V del suplemento titulado *Perspectives 2005*.

de los Derechos Humanos en la Ciudad, cuyo artículo 3 señala que:

“La libertad de conciencia y de religión individual y colectiva queda garantizada por las autoridades municipales a todos los ciudadanos y ciudadanas. Dentro de los límites de su legislación nacional, las autoridades municipales ejecutan todo lo necesario para asegurar dicho derecho velando por evitar la creación de guetos.”

En el nivel legal, hay que tener en cuenta también, además de la Ley orgánica 7/1980, de 5 de julio, las leyes de 1992, de aprobación de la cooperación del Estado con las distintas confesiones religiosas. Todas estas leyes también dan por supuesta la existencia de lugares de culto, y no les dedican ninguna consideración específica en lo concerniente a su ubicación.

3.2. Ordenación urbanística, lugares de culto, segregación urbana y cohesión social

Aunque hasta ahora los conflictos que han surgido en España en relación con la regulación urbanística del hecho religioso se han concentrado de momento en la cuestión de la licencia de apertura de este tipo de edificaciones (véase lo que se dirá más adelante), no faltan algunas decisiones judiciales interesantes respecto de la cuestión más general de la ordenación urbanística de los lugares de culto.

Así, el Tribunal Supremo ha afirmado en diversas decisiones con firmeza que las regulaciones urbanísticas referidas a los lugares de culto no suponen, en abstracto, ninguna vulneración de la libertad religiosa, dado que los usos religiosos del suelo deben permanecer incursos en el ordenamiento jurídico en vigor como el resto de los usos urbanísticos (por ejemplo, STS de 29 de enero de 1980).

En lo concerniente a la regulación específica de los lugares de culto contenida en la legislación urbanística, los centros religiosos tienen la consideración de equipamientos comunitarios (junto con centros deportivos, culturales, docentes, sanitarios, asistenciales, etc.). Se trata de centros al servicio de la población integrando el sistema urbanístico de equipamientos comunitarios, “que comprende los centros públicos, los equipamientos de carácter religioso, cultural, docente, deportivo, sanitario, asistencial, de servicios técnicos y de transporte y los otros equipamientos que sean de interés público o de interés social” (artículo 34.5 del Decreto legislativo 1/2005).

Corresponde al planeamiento urbanístico señalar el emplazamiento y las características de los equipamientos religiosos. Pues bien, aquí está el punto clave. Porque, tradicionalmente, el planificador ha gozado de discrecionalidad para decidir si existían lugares de culto y, en caso de existir, dónde debían estar ubicados.

Los centros religiosos no han contado con un estándar urbanístico independiente fijado directamente en la legislación urbanística y se han tratado indistintamente con el resto de los equipamientos. De la misma forma, tampoco la legislación urbanística autonómica ha acostumbrado a establecer estándares específicos de equipamientos religiosos. Además, no ha existido tampoco tradicionalmente a la legislación urbanística estatal ninguna orientación de la discrecionalidad planificadora respecto de la adecuación o no de determinados lugares para fijar el emplazamiento de lugares de culto.⁴⁰

En resumen, y por lo que se refiere ahora estrictamente a Cataluña en la actualidad, la legislación urbanística vigente no prevé ningún tipo de reserva necesaria para lugares de culto, en su condición de equipamientos, que el planeamiento urbanístico haya de respetar necesariamente. Se tener en cuenta que ésta es una decisión (o mejor dicho, una falta de decisión) político-legislativa, no condicionada por la Constitución, y que por lo tanto podría ser cambiada. De hecho, se puede llegar a sugerir, como ha hecho algún especialista, que *debería* ser cambiada, precisamente para poder garantizar de verdad la posibilidad de implantación territorial de otras confesiones religiosas diferentes de la dominante históricamente, también, evidentemente, en el territorio.

En este sentido, tenemos modelos internacionales que nos ofrecen pautas para poder introducir reservas legales obligatorias para lugares de culto, como, por mencionar sólo dos casos muy diferentes, los casos de Singapur o de Italia.⁴¹

Más concretamente, Rodríguez García ha propugnado la posibilidad de establecer reservas por la legislación urbanística, mediante estándares mínimos vinculantes por los planes urbanísticos locales, para equipamientos religiosos de titularidad pública, *ecuménicos o pluriconfesionales*, al servicio de las diferentes confesiones religiosas, que tendrían la consideración de sistemas. Esta fórmula, en su opinión, permitiría respetar el principio de laicidad y al mismo tiempo hacer efectiva realmente sobre el territorio la pluralidad religiosa existente.⁴²

40. Cabe tener en cuenta, sin embargo, el artículo 51 del Reglamento de planeamiento estatal de 1978, que impone que la situación concreta de las áreas destinadas al equipamiento que se haya de reservar para servicios de interés público y social, entre los cuales los templos, se establecerá “estudiándola en relación con las redes viarias y de peatones, a fin de garantizar su accesibilidad y obtener su integración en la estructura urbanística del plan”.

41. Sobre Singapur, se puede consultar PONCE SOLÉ, J., “Inmigración, religión y...”, *op. cit.*, p. 58. Sobre la situación legislativa italiana, vegeu RODRÍGUEZ

GARCÍA, J. A., *Urbanismo y...*, *op. cit.*, p. 141 y ss.

42. RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A., *Urbanismo y...*, *op. cit.*, p. 154 y ss. Obviamente, esta propuesta genera una serie de cuestiones (consideración de estos centros como sistemas generales o locales, con las correspondientes consecuencias en relación con su cesión gratuita, selección de las confesiones usuarias del centro, reparto del uso en función de criterios adecuados...) de mucho interés, pero que no es momento ahora, por razones de espacio, de considerar.

Aunque tenemos ejemplos de experiencias próximas de centros ecuménicos o pluriconfesionales que no han funcionado tan bien como se podría esperar –caso del centro Abraham, en Barcelona–, creemos que es una propuesta que, al menos, merecería una consideración atenta y un debate en profundidad, como posible solución de gestión equitativa de la complejidad generada por la diversidad religiosa en su vertiente territorial.

En segundo lugar, con independencia de que existan en un futuro estas reservas o no, es importante en todo caso tener en cuenta que la concreta ubicación por el planeamiento urbanístico de un lugar de culto no es un tema intrascendente. Por un lado, porque, desde la perspectiva de su función puramente religiosa, ubicaciones inadecuadas (lugares mal comunicados, en áreas sin servicios, polígonos industriales, por ejemplo) pueden llegar a representar *de facto* una restricción indebida del derecho fundamental previsto en el artículo 16 de la CE, dependiendo, naturalmente, de las circunstancias concretas de cada caso.

En esta cuestión, la decisión del planeamiento urbanístico de declarar incompatibles los usos religiosos con otros usos urbanísticos en algunas partes de la ciudad y sólo permitir los usos religiosos en ciertas áreas urbanas es claramente relevante.

Pero además, en segundo lugar, la inadecuada ubicación espacial de los lugares de culto puede suponer la acentuación de los problemas derivados de la *segregación urbana*, dada la función de foco de la vida social –no sólo la religiosa– que algunos de estos centros religiosos pueden tener, aglutinando así a los miembros de la comunidad.⁴³

Como ha señalado el Síndic de Greuges en su Informe al Parlamento de Cataluña del año 2003:⁴⁴

“Las experiencias vividas por alguno de los países de nuestro entorno, en relación con la creación de auténticos guetos urbanos, deben servir de referencia en el momento de diseñar e implantar las políticas de vivienda con la finalidad de evitar el desarrollo de este fenómeno.

“[...] La distribución de acuerdo con criterios racionales en el territorio de los terrenos calificados para equipamientos destinados a cultos religiosos, también incidirá en una redistribución de grupos sociales y evitará la segregación espacial.”

Por otro lado, la Moción 115/VI del Parlamento de Cataluña sobre la política hacia las confesiones religiosas insta al Gobierno de la Generalitat al establecimiento “de un acuerdo marco con las entidades municipalis-

tas para salvaguardar el derecho a la apertura de locales de culto y el derecho al entierro según las propias creencias, *siempre que eso no comporte soluciones segregacionistas* y esté de acuerdo con los límites de la ley”.⁴⁵

Así pues, la imprescindible interpretación sistemática del artículo 16 de la CE se debe enmarcar en el objetivo último de la *cohesión social y territorial*, que se configura como una finalidad de interés general de rango constitucional, prevista implícitamente en varios preceptos de nuestro texto fundamental (por ejemplo, artículos 40 ó 131) y frontalmente opuesta a la segregación espacial de los lugares de culto.

Una finalidad que, además, es aludida en diversa normativa de ámbito europeo. Es el caso, por ejemplo, del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (por ejemplo, artículos I-3 ó III-220 y ss.). No obstante, hay que tener en cuenta el artículo 3.3 de la ya citada Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad, precepto que, en conexión con la obligación que las autoridades municipales garanticen la libertad de conciencia y de religión individual y colectiva, impone la necesidad de velar “para evitar la creación de guetos”.

Específicamente, alguna reciente legislación urbanística y de vivienda autonómica hace referencia a la finalidad de la cohesión social, mediante el desarrollo de medidas de inclusión social, como guía de la actividad administrativa. Un ejemplo lo encontramos en el Decreto legislativo 1/2005, tanto en la exposición de motivos como en el importante artículo 3, que define la cohesión social como un componente de un desarrollo urbanístico sostenible, el cual se debe garantizar en el ejercicio de las competencias urbanísticas.

En relación con este punto, hay que tener en cuenta la función de foco de la vida social –no sólo de la religiosa– que algunos de estos centros religiosos pueden tener, aglutinando así a los miembros de la comunidad. Tener presente esta función puede tener singular importancia, por ejemplo, en el caso de operaciones de regeneración de áreas urbanas actualmente en dificultad, las cuales acostumbra a tener una alta concentración de inmigración extracomunitaria. La reciente Ley catalana 2/2004, de 4 de junio, de mejora de barrios, áreas urbanas y poblaciones que requieren una atención especial, desarrollada por el Decreto 369/2004, de 7 de septiembre, considera, precisamente, el déficit de equipamientos como uno de los elementos característicos de las áreas urbanas que

43. Sobre este punto, me permito la remisión a varios trabajos míos, entre ellos *Poder local y guetos urbanos. Las relaciones entre el Derecho urbanístico, la segregación espacial y la sostenibilidad social*, INAP-F. Pi i Sunyer, Madrid, 2002, y “Land Use Law, Liberalization, and Social Cohesion Through Affordable Housing in Europe: The Spanish Case”, *The Urban Lawyer*, vol. 36, núm. 2, primavera de 2004, p. 317 y ss.

44. Informe del Síndic de Greuges al Parlament de Catalunya correspondiente al año 2003 (BOPC, número 34, 19 de marzo de 2004).

45. BOPC de 30 de julio de 2001.

requieren especial atención (artículo 5 de la Ley), y se prevé que la intervención sobre estas áreas incidirá, entre otros aspectos, sobre “la provisión de equipamientos para el uso colectivo” (artículo 7 de la Ley y artículo 5 del Reglamento).

Si la existencia y concreta ubicación de los lugares religiosos presenta tal importancia, podría ser aconsejable, cuando menos, orientar la discrecionalidad del planificador urbanístico, ofreciendo criterios –con o sin estándares, éste es un tema diferente– que ayuden a evitar la segregación espacial de estos equipamientos y contribuyan a la cohesión social y territorial en la lucha contra la exclusión social y en el diseño de medidas de inclusión social.

En la actualidad, el ordenamiento jurídico da ya algunas escasas orientaciones genéricas que deben ser respetadas obligatoriamente por el planeamiento urbanístico local.⁴⁶ Teniendo en cuenta éstas, de momento, mínimas orientaciones legales, debe ser el planeamiento urbanístico el que pondere, primero, la necesidad de equipamientos religiosos, segundo, la posible ubicación y, tercero, caso de optar por la existencia de equipamientos religiosos de titularidad pública ecuménica o pluriconfesional, las confesiones religiosas que los utilizarán y la distribución entre ellas del espacio, con criterios temporales o de otro tipo, ofreciendo una respuesta adecuada y respetuosa con el ordenamiento jurídico.

En lo concerniente a la ponderación de todos estos aspectos, será relevante la adecuada consideración de la participación de los ciudadanos en general y de las confesiones religiosas en particular, durante el procedimiento de elaboración del planeamiento urbanístico. Ponderación que debe quedar patente en la motivación de las decisiones urbanísticas relativas a los usos religiosos contenida en la Memoria del planeamiento. En este sentido, la nueva referencia a la *Memoria social* que hace ahora el artículo 59.2 de la Ley catalana 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo, después de su modificación por la Ley 10/2004, de 24 de diciembre, para el fomento de la vivienda asequible, de la sostenibilidad territorial y de la autonomía local, aunque no haga referencia específica al uso religioso del suelo, parece el lugar idóneo para considerarlo en conexión con la vivienda.

3.3. Catálogo de posibles problemas en relación con el urbanismo y la libertad religiosa

Si bien actualmente los problemas que surgen ante la instalación de nuevos equipamientos religiosos se con-

centran esencialmente en el momento de la aplicación del planeamiento urbanístico existente, como hemos dicho antes, lo cierto es que la concesión o no de las licencias pertinentes es consecuencia directa de la ordenación urbanística previa existente y dependiendo del tratamiento que dé a los usos urbanísticos quedará condicionada la concesión o denegación de las necesarias licencias. Recordamos este punto porque, como argumentaremos, una buena ordenación urbanística puede contribuir en gran medida a prevenir posteriores conflictos puntuales ante la solicitud de instalación de un lugar de culto.

Por otro lado, quizá no es innecesario recordar también que la ubicación de centros de culto no tiene la misma problemática en la ciudad ya construida –incurra o no en procesos de regeneración urbana, es decir, en lenguaje técnico el suelo urbano consolidado y en el no consolidado (recordemos lo que hemos dicho a propósito de la regeneración de áreas urbanas dificultades)– que en la nueva ciudad a crear, es decir, en el suelo urbanizable. En el primer caso, es posible que ya existan lugares de culto de la confesión religiosa históricamente dominante, pero no aún lugares de culto de otras religiones, con una demanda, pues, no satisfecha, lo que es un dato relevante a considerar por el planeamiento. Tampoco se trata de la misma situación cuando se pretende instalar un oratorio en un edificio plurifamiliar ya construido que cuando se quiere construir un nuevo inmueble dedicado, exclusivamente, a uso religioso.

De la misma manera, dependiendo del concreto municipio, aspectos como el suelo disponible, la composición de la población y otros pueden hacer variar los problemas y las hipotéticas soluciones. Por ello, toda generalización puede ser equívoca, aunque, según mi opinión, haga falta construir una red conceptual general flexible, adaptable con posterioridad a las concretas circunstancias expuestas.

En todo caso, es obvio que la regulación y el control públicos de determinadas actividades, incluidas las conectadas con la práctica religiosa, no es mala *per se*. En el caso de la libertad religiosa, ésta se ejerce en lugares físicos susceptibles de tener problemas de seguridad o salubridad. Y para servir al interés general –que pide tanto que se pueda practicar la propia religión como que no se muera quemado en un incendio en el local habilitado con tal objetivo, por ejemplo– los poderes públicos pueden y deben ejercer sus potestades y competencias. De ahí que, como hemos visto, tanto el artículo 16 de la CE como el artículo 3 de la Ley orgánica

46. En la legislación urbanística autonómica, Decreto legislativo 1/2005, que exige que la distribución en el territorio de los equipamientos se ajuste “a criterios que garanticen la funcionalidad en beneficio de la colectividad”.

1/1980, de 5 de julio, limiten el derecho a la libertad religiosa en todo lo que pueda afectar a los derechos fundamentales de los otros, la seguridad, la salud e, incluso, la vaporosa "moralidad pública".

Una cuestión diferente es que, en relación con un caso concreto, el supuesto ejercicio de las potestades para proteger el orden público se convierta en un engaño en realidad, y que se busque dificultar o impedir la práctica religiosa, por medio de trabas urbanísticas. En estos casos, nos encontraríamos con comportamientos patológicos e ilegales, controlables con las técnicas bien conocidas de que dispone nuestro Derecho público. Pero el hipotético peligro de estas prácticas –insistimos que prohibidas por el ordenamiento jurídico, el cual diseña mecanismos para controlarlas– no puede *a priori* arrojar la sombra de la desconfianza global sobre la necesaria intervención pública también respecto a los lugares de culto en defensa del interés general.

3.3.1. El planeamiento urbanístico y territorial y la libertad religiosa

De la casuística analizada en otros países de nuestro entorno con una mayor tradición histórica de pluralismo religioso, se pueden aislar una serie de varios aspectos conflictivos, conectados con la importante función del planeamiento urbanístico ya destacada:

a) *Prohibición urbanística directa de centros religiosos en áreas residenciales*: supuesto no infrecuente en el caso norteamericano, que ha dado lugar a una contradictoria jurisprudencia estatal. Mientras que algunas sentencias la aceptan (si el uso crea problemas de tráfico o tiene un efecto adverso sobre los valores de la propiedad o de los servicios municipales, siempre que el impacto sea extremo, ya que en caso contrario se considera necesario permitir su existencia condicionada a un análisis casuístico a efectuar por la autoridad urbanística), otros lo rechazan (al considerarlo un uso preferente, a causa de su protección constitucional). En todo caso, la jurisprudencia norteamericana se muestra de acuerdo en exigir una cuidadosa fundamentación de los motivos que pueden conducir a prohibir este uso.

En el caso catalán, ¿sería aceptable una regulación urbanística municipal que prohibiese de raíz el uso religioso en la ciudad ya construida o a construir, es decir, en suelo urbano y urbanizable? El problema dista de ser un ejercicio meramente teórico y ya existen ayuntamientos catalanes que se plantean la adopción de este tipo de regulaciones.

Los términos del problema se presentan de manera semejante al caso norteamericano. Sería posible afirmar que en ejercicio de su competencia urbanística [artículo 25.2.d) de la LBRL] los municipios podrían llegar a adoptar válidamente tal decisión, protegiendo el orden público, siempre que fundamentasen adecuadamente tal decisión (aquí la memoria del planeamiento ejercería

un papel esencial, como decíamos) y respetasen el principio de proporcionalidad, el cual, como es sabido, pide la adopción de la alternativa menos gravosa posible por el derecho a la libertad religiosa, siempre que sea eficaz en la protección del interés general.

En todo caso, la ausencia de reflexión actual sobre la ubicación espacial de los lugares de culto deja en suspenso muchas cuestiones, en conexión con la idea de orden público como límite de la libertad religiosa, de acuerdo con el artículo 16 de la CE y el artículo 3 de la Ley orgánica 7/1980, de 5 de julio. Entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el artículo 16 de la CE, queremos destacar las STC de 15 de octubre de 1982 (número 62, ponente Gómez-Ferrer) y de 15 de febrero de 2001 (número 46, ponente Pablo García Manzano). En la primera se señala que el límite del orden público del artículo 16 de la CE puede incluir la moralidad, entendida como un "*minimum ético*" utilizable por la ley, pero necesariamente envuelto de garantías. En la segunda se señala que la protección del orden público no es una cláusula preventiva de eventuales riesgos, en general.

En consecuencia, el límite del orden público, no puede ser un *passe-par-tout*, que justifique cualquier ejercicio de la potestad de planeamiento que tienda a entorpecer el desarrollo de la libertad religiosa, aunque, sin duda, puede ser un legítimo fin a proteger para la regulación urbanística.

Por otro lado, y en conexión con el principio de proporcionalidad mencionado, no será infrecuente la posibilidad de encontrar una alternativa menos gravosa a la prohibición total de nuevos lugares de culto en suelo urbano y urbanizable, que probablemente consistiría en sustituir a ésta por el establecimiento de requisitos razonables (capacidad del local, requisitos de aislamiento sonoro, necesidad de contar con aparcamiento suficiente, etc.). El papel de las ordenanzas locales debe ser crucial, juntamente con el planeamiento urbanístico, de acuerdo con la legislación vigente, tanto en materia urbanística como de contaminación acústica, por ejemplo.

Del mismo modo, no se deberá olvidar que una prohibición radical a la instalación de nuevos lugares de culto, aceptando no obstante el mantenimiento de los que ya existen, sin una suficiente motivación, puede llegar a provocar, de hecho, una discriminación de ciertas confesiones religiosas en relación con otras con más tradición histórica ya preexistentes en el área.

b) *Ubicación de centros religiosos en áreas segregadas del núcleo urbano. El problema de la segregación espacial en conexión con la libertad religiosa. La posibilidad de utilizar los equipamientos religiosos como instrumento de cohesión social*: segregar espacialmente los equipamientos religiosos puede ser una alternativa atractiva para algunos municipios, situándolos en zonas alejadas del núcleo urbano y generalmente monofuncionales

(caso, por ejemplo, de los polígonos industriales). La declaración por el planeamiento urbanístico de la incompatibilidad de los usos religiosos con otros usos urbanísticos en la generalidad del término municipal a excepción de estas áreas puede ser la manera práctica de lograrlo.

¿Puede ser ésta una buena solución para el interés general? Por una parte, es verdad que algunos vecinos pueden quedar más tranquilos, con lo que se evitan así los episodios mencionados de NIMBY. Por otra parte, los que deben celebrar la ceremonia religiosa pueden llegar a beneficiarse de más espacio y tranquilidad.

Todos estos aspectos potencialmente positivos se deberían ponderar, no obstante, junto con un aspecto negativo, que, si se produce, supondría una vulneración de las previsiones constitucionales y legales sobre cohesión social en el territorio. Efectivamente, la lejanía del centro urbano y sobre todo, si se produce, la mala comunicación en transporte público pueden provocar una restricción *de facto* del derecho fundamental a la libertad religiosa, como hemos visto que subrayaba la sentencia norteamericana antes aludida.

En función del emplazamiento que se decida, dadas las concretas circunstancias del caso específico, la intervención pública actuará como un factor de agravamiento de la segregación espacial. La situación espacial de los equipamientos religiosos actúa como imán social, al generar un tejido social en su área de influencia. Su situación puede ser un factor de segregación y exclusión social –contribuyendo a la generación de espacios uniformes– o un factor de cohesión e inclusión social –al ayudar a la mezcla social, con la convivencia en una misma área urbana de diferentes estatus económicos, distintas creencias religiosas, etcétera–. Nos remitimos a lo que ya hemos expuesto en unas líneas anteriores.

Lo que hay que dejar claro ahora es que un emplazamiento que conduzca a la segregación del lugar de culto no sólo es una solución urbanística mala, *sino que sobre todo hay que tener claro que es ilegal*, al vulnerar la Constitución española y la legislación urbanística, en los términos expresados en páginas anteriores.

Otro elemento a tener en cuenta en este punto es el elemento de la escala territorial adecuada en la regulación de los usos religiosos. Las presiones vecinales pueden hacer difícil una ordenación racional municipal, lo que puede conducir a fenómenos de NIMBY que generan una repartición desigual sobre el territorio de estos equipamientos, ligados, como hemos expuesto, a la articulación a su alrededor de un tejido social determinado, lo que puede influir, entre otros aspectos, en la decisión de escoger una vivienda.

En este contexto, parece razonable advertir de que una forma de escapar a las presiones localistas y de lograr una distribución equilibrada de los usos religiosos sobre el territorio podría consistir en confiar a la ordenación del territorio esta labor. Efectivamente, los

planes supramunicipales autonómicos podrían encontrarse en una situación apropiada para diseñar, con pleno respeto de la autonomía local, un mapa racional de los usos religiosos en un ámbito superior al de un solo municipio.

3.3.2. Aplicación singular de la normativa urbanística y de otras regulaciones existentes. La cuestión de la necesidad de licencias urbanísticas y de otro tipo de licencias respecto a los lugares de culto

En todo caso, en relación con la apertura de un centro religioso, bien sea en un inmueble ya construido bien sea en uno a construir, surge la cuestión de qué autorizaciones deberá solicitar el interesado al abrirlo al público. Por un lado, en lo concerniente a las licencias urbanísticas (por ejemplo, licencia de obras. En Cataluña, artículo 89 del Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el cual se aprueba el Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales, en adelante ROAS, y artículo 179 de la Ley 2/2002, de 14 de marzo), enlazando con lo que hemos visto antes, queda claro que será necesario solicitarlas cuando se den los casos previstos en la legislación urbanística, exactamente igual que en el caso del resto de los usos urbanísticos. Y que estamos ante licencias *regladas*, como señala reiteradamente la jurisprudencia, por lo que no hay espacio para ninguna “valoración administrativa” sobre la oportunidad o no de abrir el lugar de culto. Si se cumplen las condiciones establecidas por el ordenamiento, singularmente el planeamiento urbanístico, hay que conceder la licencia y el solicitante tiene derecho a obtenerla. Ésta es una conclusión que conviene no olvidar.

Así, será necesario que los lugares de culto cuenten con la licencia de primera utilización (artículo 90 del ROAS) y cambio de uso (artículo 94 del ROAS). Respecto de las licencias de cambio de uso, es interesante la STS de 10 de abril de 1989 (Aranzadi 2924), la cual señala que “puesto que se pretende un cambio de uso –el local estaba destinado con anterioridad a la industria de bollería– es clara la necesidad de un control municipal sobre los extremos mencionados, especialmente si se tiene en cuenta que el nuevo destino de culto religioso va a implicar una concentración de personas de cierta entidad”, añadiendo acto seguido una reflexión más general en la que se destaca que “con todo el respeto que merecen las distintas manifestaciones de la vida religiosa, la Administración no puede renunciar a su deber de velar por los importantes aspectos del interés público de que se ha hecho mención: el respeto a los distintos cultos religiosos ha de ser armonizado –artículo 16.1 de la Constitución *in fine*– con el servicio a otros fines de interés general –artículo 103.1 de la Constitución– que la Administración no puede olvidar. Piénsese en los problemas que en caso de incendio pro-

vocaría la existencia de una única salida del local al que se refieren estos autos”.

Se debe tener presente la cuestión de la posible exigencia de *licencias de apertura* (artículo 22 del RSCL, y equivalentes autonómicos, por ejemplo, el artículo 92 del ROAS). En relación con esta cuestión, la jurisprudencia ha señalado que los lugares de culto al no ser establecimientos industriales o mercantiles no requieren licencia de apertura (STS de 24 de junio de 1988, Aranzadi 4724, o STS de 18 de junio de 1992, Aranzadi 6004). En lo concerniente a la exigencia de *licencia de actividades clasificadas* (RAMINP de 1961 y equivalentes autonómicos, por ejemplo, la Ley de intervención integral de la Administración ambiental de 1998 en Cataluña), hay que subrayar que la sentencia citada de 1992 acepta en abstracto que un local religioso pueda tener encaje en el RAMINP de 1961. Pero en el caso concreto la argumentación ofrecida (existencia de ruidos) no tiene fundamentación en el expediente administrativo existente, según el Tribunal Supremo. En general, hay que constatar que, *en general, la legislación sectorial no ha contemplado los usos religiosos como usos molestos, nocivos, insalubres o peligrosos de manera explícita*. Hay, sin embargo, excepciones, como la Ley canaria 1/1998, de 8 de enero, de régimen jurídico de los espectáculos públicos y actividades clasificadas, que los excluye expresamente de su ámbito de actuación.

En el caso catalán, en otro momento he sugerido que una posible interpretación de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, de la intervención integral de la Administración ambiental, podría dar lugar a entender preceptivo el previo control público de la apertura de un lugar de culto.⁴⁷

Finalmente, cabría considerar la posible exigencia de licencias previstas en la legislación de establecimiento de pública concurrencia, dado que los lugares de culto de los que nos ocupamos aquí son lugares abiertos al público, como ha sido sugerido por algún autor. En principio, será necesario examinar con detalle la legislación autonómica sobre esta cuestión. Si tomamos como ejemplo el caso catalán de la Ley sobre policía del espectáculo, las actividades recreativas y los establecimientos públicos, número 10/1990, de 15 de junio, y el Decreto 239/1999, de 31 de agosto, no parece que las celebraciones religiosas encajen en su catálogo, ya que no nos encontramos ante un espectáculo ni tampoco no parece que ante una actividad cultural y social, interpretando *de forma literal* las definiciones normati-

vas establecidas. En cambio, la Ley 17/1997, de 4 de julio, de espectáculos públicos y actividades recreativas de Madrid, opta por excluir expresamente de su ámbito de aplicación “las actividades privadas, de carácter familiar o educativo que no estén abiertas a la pública concurrencia, así como las que se realicen en el ejercicio de derechos constitucionales consagrados en la Constitución” (artículo 3). En esta misma línea, se sitúa la reciente Ley aragonesa reguladora de los espectáculos públicos, las actividades recreativas y los establecimientos públicos.⁴⁸

Ahora bien, incluso si se llegase a interpretar que la legislación vigente mencionada no contempla la exigencia de ningún tipo de licencia para la apertura de un lugar de culto, más allá de las urbanísticas, ello no debe suponer una correlativa *patente de corso* para ejercer las prácticas religiosas en cualquier condición de seguridad, salubridad y de afectación de derechos de terceros. En este sentido, el planeamiento urbanístico y las ordenanzas locales pueden tener un papel relevante de nuevo en la especificación de los requisitos necesarios para que estos locales permitan una práctica religiosa compatible con el orden público, posibilitando la intervención de la autoridad municipal ante cualquier incumplimiento de la normativa mencionada.

A la vista de cuanto hemos expuesto, los lugares de culto religioso demuestran que tienen unas peculiaridades específicas, derivadas de su conexión con el derecho fundamental del artículo 16 de la CE y de su papel en las dinámicas de cohesión e integración social. *Creemos que esta peculiaridad los haría merecedores de una atención específica por parte de los poderes públicos y de regulación más cuidadosa, la cual podría y debería tener en cuenta los desarrollos jurídicos más avanzados de las sociedades pluriconfesionales de nuestro entorno cultural*.

Desde el punto de vista del *legislador*, la normativa que conecta con el artículo 16 de la CE quizá podría ocuparse de algunas cuestiones urbanísticas esenciales, conectadas a la existencia y ubicación apropiada de los centros religiosos (especificación de la necesidad de no fomentar la segregación de los lugares de culto, posibilidad de establecer reservas mediante estándares mínimos...), en la línea de lo que aquí se ha apuntado.

Como se ha puesto de relieve, el *planeamiento urbanístico local* debe tener un papel central en la adecuada ordenación de los usos religiosos. De la misma manera, es necesario insistir en las conexiones entre planea-

47. “Inmigración, religión y...”, *op. cit.*, p. 67.

48. Artículo 4

“Exclusiones

1. Quedan excluidos del ámbito de aplicación a esta Ley los actos o celebraciones privadas, de carácter familiar o social, que no estén abiertos a pública concurrencia y los que supongan el ejercicio de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

2. Las actividades excluidas de esta Ley deberán cumplir con lo establecido en la legislación de protección de la seguridad ciudadana y, en todo caso, los recintos, locales y establecimientos donde se realicen dichas actividades deberán reunir las condiciones de seguridad y de tipo técnico exigidas en esta Ley, en sus reglamentos de desarrollo y aplicación y en la normativa técnica específica.”

miento urbanístico, *planeamiento territorial* y transporte, con el fin de asegurar la integración adecuada de los centros religiosos en el territorio, en la línea de lo que prevé la legislación catalana sobre movilidad (Ley 9/2003, de 13 de junio).

Finalmente, en lo concerniente a la posible *sujeción de los lugares de culto a la licencia de apertura* en la actualidad, se detecta una falta de consideración explícita de los usos religiosos en la legislación vigente, que más que a una decisión consciente parece responder a una laguna involuntaria, generadora de ciertas dudas al respecto. Sería conveniente que el legislador considerase de forma explícita las actividades religiosas, con el fin y efecto de eliminar estas posibles dudas y la necesidad de efectuar interpretaciones jurídicas forzadas.

En definitiva, los gestores públicos se encuentran ante una serie de posibilidades de actuación, acompañadas por varios instrumentos jurídicos que las pueden articular. Sin embargo, en definitiva, es necesario que antes de actuar, y preferiblemente antes de que surjan conflictos que obliguen a actuar reactivamente y apresuradamente, se reflexione, sobre todo desde el nivel autonómico y local, sobre el impacto territorial de la práctica religiosa y la forma de dar respuesta satisfactoria al mismo, mediante la planificación urbanística y territorial.

Pero las conexiones entre urbanismo y diversos derechos constitucionales no acaban con la libertad religiosa. Sin ánimo de agotar un tema de tan amplio alcance, vale la pena pararse un momento en el análisis del urbanismo, y el Derecho urbanístico, en relación con el artículo 104 de la CE, que, como es sabido, otorga a las fuerzas y cuerpos de seguridad la misión de "proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana".

4. Seguridad pública, ciudad y Derecho urbanístico

El urbanismo, y el Derecho urbanístico, es importante para la seguridad pública. Esta conexión, muy desarrollada en otros países, es prácticamente virgen en Cataluña y España.⁴⁹ En estas páginas sólo me puedo limitar a dar unas breves pinceladas sobre un tema complejo y amplio, necesitado de estudios en profundidad. Para encuadrar estas breves referencias, hay que tener en cuenta algunos elementos de alcance general y de consideración previa. Seguiré en este punto en parte las reflexiones del profesor Iñigo Ortiz de Urbina, en cuanto a los aspectos criminológicos.⁵⁰

De acuerdo con su análisis, la investigación crimino-

lógica realizada en los países de nuestro entorno cultural en los últimos treinta años ha apuntado la existencia de tres fenómenos:

–Un incremento del número de delitos.

–Un incremento proporcionalmente mayor del miedo al delito entre la ciudadanía.

–Un incremento de la población penitenciaria proporcionalmente mayor a los dos anteriores.

Sobre el primer fenómeno reina el desconcierto. No hay acuerdo, en primer lugar, en cuanto a la magnitud del incremento del número de delitos. Algunos criminólogos llegan a negar que se haya producido, mientras que la mayoría, si bien entiende que es real, discrepa sobre su magnitud. Entre estos últimos, en segundo lugar, tampoco hay acuerdo sobre las causas del incremento. En lo concerniente al caso español, los datos disponibles muestran que la tasa de delitos ha crecido de manera constante desde 1980.⁵¹

Mayor consenso existe en torno al segundo fenómeno. Se está de acuerdo tanto en la relativa independencia del miedo del delito respecto de la tasa delictiva real como sobre la importancia fundamental que a la hora de explicar el nivel de miedo adquieren aspectos como la edad, el sexo o el *lugar de residencia*. Los desacuerdos son, no obstante, mayores cuando se trata de explicar cómo operan estos factores y cuál es su relación con otros más controvertidos, entre los que figura de manera prominente el efecto conjunto de los medios de comunicación y la pugna política democrática.

En contraste con los dos anteriores, no hay ninguna duda sobre la existencia y dimensión del tercer fenómeno. En los últimos años, la práctica totalidad de las sociedades occidentales ha experimentado un importante crecimiento de su población penitenciaria. El caso más extremo viene dado por los EE.UU., que entre 1980 y 2003 multiplicó por cuatro el número de sujetos en prisión, pasando de 501.886 a 2.000.570 presos. Pero si bien el incremento del número de reclusos en EE.UU. es excepcional en su magnitud, no lo es con respecto al sentido de la evolución, ya que la población de las prisiones ha crecido de manera relevante en todos los países europeos a excepción de Finlandia. También en España: mientras que en 1990 las prisiones españolas alojaban a 33.035 personas, en 2005 la cifra asciende a 60.609, lo cual supone un incremento de algo más del 85% en quince años, un período de tiempo en el que la población nacional creció en torno a un 12%.

Existe divergencia sobre las razones que explicarían este incremento. Un relato extendido entre los criminólogos afirma que el aumento de la población peniten-

49 Véanse alguna reflexiones sobre la cuestión en CURBET, J., "La ciutat, hàbitat de la inseguretat", en VV.AA., *Habitatge, cohesió social i sostenibilitat, Informe 2005 de l'Observatori del Risc*, Institut d'Estudis de la Seguretat, 2005, p. 23 y ss.

50. ORTIZ DE URBINA, I., "¿Y ahora qué? La criminología y los criminólogos

tras el declive del ideal resocializador", *Revista de Libros*, 111, 2006.

51. GARCÍA ESPAÑA, E., "Evolución de los hechos conocidos, detenciones y población penitenciaria según datos oficiales", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 16, 2005, p. 437 y ss.

ciaria se ha producido por la confluencia de los otros dos fenómenos citados (el incremento de la delincuencia, hecho que es explicado por Young en relación con los fenómenos de exclusión social crecientes, y del miedo del delito)⁵² con un cuarto: la pérdida de confianza en las posibilidades de los programas de resocialización. Fenómeno que comienza a producirse hace aproximadamente unos treinta años, coincidiendo, paradójicamente, con la consagración al artículo 25 de la CE de la finalidad reeducadora y resocializadora de las penas y las medidas de seguridad.

Cuando el alza del crimen y la existencia de elevados niveles de miedo al delito entre la población van acompañados de la falta de confianza en que las medidas aplicadas durante el cumplimiento de la pena lograrán resocializar al delincuente, es en caso de prever que las políticas públicas de prevención del crimen se inclinen por el incremento de la actividad de las fuerzas y cuerpos de seguridad y el uso de largas penas de prisión. Éstas, se supone, tendrán un doble efecto: en primer lugar, su amenaza logrará la intimidación de futuros delincuentes; en segundo lugar, y para aquellos que no resulten intimidados, el cumplimiento de la condena servirá como medio de inocuización.

Ahora bien, el incremento del papel de las fuerzas y cuerpos de seguridad tiene límites evidentes conectados a los recursos públicos necesarios (lo que nos llevaría a otro debate, en el que no es momento de entrar, relacionado con la privatización de las funciones de seguridad),⁵³ obstáculo que también surge, además de otros problemas asociados, en relación con la solución de llenar las prisiones y construir más cada vez.

De ahí que por todo el mundo se incremente cada vez más el interés por *políticas públicas preventivas de la delincuencia*. Y que entre éstas se trabaje en relación con el diseño del medio ambiente urbano.

Que la relación entre el urbanismo, y el Derecho urbanístico, y la seguridad pública existe y es relevante, es un hecho aceptado internacionalmente.⁵⁴ De hecho, no se trata de ninguna novedad, dado que ya históricamente tenemos ejemplos relevantes de cómo el urbanismo ha sido utilizado como instrumento de prevención de alteraciones del orden público, en el sentido clásico del término. Entre estos ejemplos es conocido el de las operaciones de reforma interior de París impulsadas por el barón Haussman, nombrado por Napoleón III

prefecto del Sena en el año 1853. Su obra se desarrolló mediante el derribo de los barrios antiguos y degradados, acompañado de la apertura de grandes bulevares y otras mejoras urbanas, con, entre otras finalidades, destruir el feudo de los insurgentes revolucionarios y favorecer la acción de las fuerzas de seguridad contra los insurrectos.⁵⁵

En la actualidad, diversas instituciones de alcance europeo destacan el papel de prevención de la delincuencia que puede tener el urbanismo. Así, el Dictamen del Comité de las Regiones de 18 de noviembre de 1999 sobre "La delincuencia y la seguridad en las ciudades" señala que:

"Tanto en las nuevas construcciones como en la renovación de zonas deterioradas de la ciudad es necesario tener en cuenta desde la fase de su concepción los aspectos de prevención de la violencia. Ello se puede realizar mediante una estrecha colaboración entre las autoridades responsables en materias urbanísticas, los propietarios de los bienes inmobiliarios y las autoridades encargadas de la seguridad de la comunidad."

Por su parte, el Consejo de Justicia e Interior de la Unión Europea, en reunión de 15 de marzo de 2001, mostró su conformidad política con las conclusiones de la Conferencia de Expertos de la Unión Europea "Hacia una estrategia basada en el conocimiento para prevenir el crimen" (Sundsvall, Suecia, 21-23 de febrero de 2001), las cuales señalaban que:

"CPTED o DCO⁵⁶ ha probado ser una, efectiva muy concreta y factible estrategia de prevención de la delincuencia y de los sentimientos de inseguridad, integrado a una aproximación multidisciplinaria. Las mejores prácticas referidas a CPTED/DCO deberían ser recogidas, evaluarse y hacerse accesibles a todos los involucrados. Este proceso debería utilizar un marco común y conceptos, procesos y principios transferibles deberían ser identificados."

En consecuencia, la prevención situacional del crimen se basa en la actuación sobre el medio ambiente urbano, no únicamente, pues, medidas de seguridad referidas a inmuebles concretos. Esta teoría de reducción de la delincuencia tiene unas bases intelectuales que se remontan a unos treinta años atrás e insiste en la importancia de reducir las oportunidades delictivas no ya mediante la intimidación psicológica (como hace la teoría de la intimidación penal) o mediante la restricción de la libertad ambulatoria del individuo (como lo hace la

52. YOUNG, J., *La sociedad excluyente*, Marcial Pons, 2003.

53. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., "El desarrollo de una idea de colaboración en el Derecho administrativo, con el ejemplo de la seguridad privada y otros", REDA, 94, 1997.

54. Véanse diversos trabajos al respecto incluidos en el número 9 de diciembre de 2001 de la *Revista Catalana de Seguretat Pública*, dedicada a "Estrategias de seguridad y geografía urbana".

55. REVILLA I ARIET, R., *El Dret urbanístic de Catalunya*, Tirant Lo Blanch,

Valencia, 2001, p. 59. Una semblanza biográfica de Haussman y una explicación de los mecanismos jurídicos empleados en su labor se puede encontrar en LORA-TAMAYO VALLVÉ, M., *Urbanismo de obra pública y derecho a urbanizar*, Marcial Pons, 2002, p. 21 y ss.

56. CPTD y DCO son acrónimos ingleses de *Crime Prevention Through Environmental Design* y *Designing Crime Out*, respectivamente, expresiones inglesas equivalentes y que hacen referencia a la prevención de la delincuencia mediante el diseño ambiental.

inocuidad), sino dificultando la propia comisión física del crimen.⁵⁷

A pesar de la falta de desarrollo de esta perspectiva en España y Cataluña, varios países de todo el mundo han aplicado esta teoría en el desarrollo concreto de políticas públicas de seguridad, dando lugar a cambios normativos y/o variación de prácticas administrativas. En Europa, el Reino Unido y, en menor medida, Francia, son dos ejemplos.

En el caso británico, varios informes a oficiales y el propio ordenamiento jurídico han incorporado esta perspectiva. En diferentes informes oficiales –entre los que destaca uno de 2004 que lleva por título *Safer Places*– se señala cómo la delincuencia y el miedo a la delincuencia pueden comprometer la cohesión social y, en consecuencia, el desarrollo sostenible de una comunidad, insistiendo en que es más eficiente desde un punto de vista económico tener en cuenta la variable de la prevención del crimen en la fase de planeamiento, dado que es más barato hacerlo así que haber de corregir o gestionar desarrollos urbanos mal diseñados.⁵⁸ De igual manera, en la perspectiva británica se insiste en la conexión entre seguridad y cohesión social, siendo ésta un elemento crucial de la agenda política británica desde 2001 que dio lugar a la creación de la *Community Cohesion Unit*, dins del *Home Office*.⁵⁹

En lo concerniente al ordenamiento jurídico, la sección 17 de la *Crime and Disorder Act* de 1998 contiene la competencia pública para la prevención del crimen y el desorden, que en el ámbito urbanístico ha sido concretada en el *Planning Policy Statement 1: Delivering Sustainable Development* de 2005.⁶⁰ Este documento conecta la seguridad pública con los planes de urbanismo y señala la vinculación de la seguridad con la existencia de cohesión social, estableciendo la necesidad de que al planificar las autoridades urbanísticas tengan en cuenta las buenas

prácticas establecidas en los informes oficiales mencionados, las cuales incluyen análisis de diversas experiencias referidas a acceso y movimiento en el espacio urbano (accesos bien definidos, evitando pasos aislados, túneles, etc., correcto diseño de viales...), estructura urbana (por ejemplo, evitar mobiliario urbano que pueda ser utilizado de forma antisocial), vigilancia (por ejemplo, buena iluminación nocturna o utilización de circuitos cerrados de televisión), pertinencia (referida al diseño urbano de lugares que promuevan un sentido de comunidad, con separación clara para evitar confusiones entre el espacio privado y el público), protección física de la propiedad privada (perspectiva más clásica y conocida entre nosotros), actividad (evitando el monofuncionalismo y la segregación urbana y promoviendo la mezcla de usos y tipos de viviendas diferentes) y gestión y mantenimiento (para evitar ambientes urbanos que inciten al vandalismo y aumenten el riesgo de delito).⁶¹

Estos informes y documentos legales se completan con diversas prácticas nuevas en el ámbito de la policía administrativa de seguridad, como la creación de los *Architectural Liaison Officers*, policías especializados en riesgos de delincuencia que asesoran en la planificación urbanística y en el despliegue del programa denominado *Secured by Design*, que tiene por objetivo desplegar una actividad administrativa de fomento por alentar la adopción de mejores medidas de seguridad en el ámbito urbanístico.⁶²

En el caso francés, los conocidos problemas urbanos que sufre este país también han llevado a recapacitar sobre el urbanismo como herramienta de prevención de la delincuencia y la violencia urbana,⁶³ existiendo, como en el caso británico, informes oficiales en esta línea.⁶⁴ Además, desde 1995, el ordenamiento jurídico urbanístico francés incorpora lo que podríamos definir como una evaluación del impacto criminal de determinadas construcciones (artículo L111-3-1 del *Code de l'urbanisme*).⁶⁵

57. Son destacables en esta línea trabajos como los de NEWMAN, O., *Defensible Space: Crime Prevention Through Urban Design*, Nueva York, MacMillan, 1972.

58. *Safer Places. The Planning System and Crime Prevention*, informe elaborado por el Home Office en el año 2004, consultable en: http://www.odpm.gov.uk/pub/724/SaferplacesystemandcrimepreventionPDF3168KB_id1144724.pdf (última consulta efectuada: 14 de abril de 2006).

59. <http://communities.homeoffice.gov.uk/raceandfaith/community-cohesion/> (última consulta efectuada: 14 de abril de 2006).

60. Los *Planning Policy Statements* son documentos que establecen la política del Gobierno en un específico tema conectado con el urbanismo, que ha de ser tomada en consideración por las autoridades competentes cuando se desarrollen planes de urbanismo o se adopten concretas decisiones urbanísticas.

61. En la línea del famoso artículo (muy corto, por cierto) de WILSON, J. Q. y KELLING, G. L., "Broken Windows", *The Atlantic Monthly*, marzo de 1982, p. 29 y ss.

62. Se puede consultar <http://www.securedbydesign.com/about/index.asp> (última consulta efectuada: 14 de abril de 2006).

63. Véase BAUER, A. y RAUFER, X., *Violences et insécurité urbaines*, PUF, 2005, 9ª edición.

64. Es destacable el informe "Habiter Cohabiter. La sécurité dans le logement social", de 2001, publicado por el Ministerio de *l'équipement, des transports et du logement* y consultable en: <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/024000101/0000.pdf> (última consulta efectuada: 14 de abril de 2006).

65. Artículo L111-3-1 del *code de l'urbanisme* (modificado por la Ley 95-73,

de 21 de enero de 1995, artículo 11, *Journal Officiel* de 24 de enero de 1995):

" *Chapitre I : Règles générales de l'urbanisme*

Les études préalables à la réalisation des projets d'aménagement, des équipements collectifs et des programmes de construction, entrepris par une collectivité publique ou nécessitant une autorisation administrative et qui, par leur importance, leur localisation ou leurs caractéristiques propres peuvent avoir des incidences sur la protection des personnes et des biens contre les menaces et les agressions, doivent comporter une étude de sécurité publique permettant d'en apprécier les conséquences. Sans préjudice de circonstances particulières, l'importance du projet

est appréciée notamment par référence à la surface des catégories de locaux dont la construction est envisagée, à la densité des constructions avoisinantes, aux caractéristiques de la délinquance et aux besoins en équipements publics qu'ils génèrent.

Un décret en Conseil d'Etat précise les modalités d'application du présent article. Il détermine :

–les conditions dans lesquelles les préoccupations en matière de sécurité publique sont prises en compte dans les procédures réglementaires existantes;

–les projets d'aménagement, les équipements collectifs et les programmes de construction soumis à l'obligation mentionnée au premier alinéa ;

–le contenu de l'étude de sécurité publique, portant au minimum sur les risques que peut entraîner le projet pour la protection des personnes et des biens contre la délinquance et sur les mesures envisagées pour les prévenir."

Este interés europeo por la prevención situacional del crimen explica que se haya impulsado la elaboración de un estándar europeo sobre prevención de la delincuencia mediante la planificación urbana y el diseño arquitectónico (ENV 14383-2). Como es sabido, los estándares europeos son acuerdos voluntarios (de cumplimiento no obligatorio) entre países, instituciones y personas sobre cómo debe ser un producto o un proceso.⁶⁶ Componente clave del mercado europeo unido, son especificaciones técnicas aprobadas por un organismo reconocido de estandarización para su aplicación repetida o continua, que pueden ser internacionales (elaborados por la ISO, *International Standardisation Organisation*, ej. ISO 9000), europeos (EN, procediendo del Comité Europeo de Normalización, ej. EN 50130-501136 sobre sistemas de alarma, EN 1522/1523 sobre protección antibalas de puertas y ventanas, ENV – preestándar– 1627-1629 sobre resistencia al robo de puertas, ventanas y contrafuertes de ventana...).

A mediados de los años 90 se decidió hacer un estándar no de productos sino de procedimientos en relación con la posibilidad de que las autoridades locales y regionales, los planificadores urbanísticos, los arquitectos y los ingenieros pudiesen ayudar en la reducción de la delincuencia y del miedo a la delincuencia, en colaboración con la policía, las empresas de seguridad, las aseguradoras y los vecinos.

La adopción del estándar se hace en el ámbito del Comité Europeo de Normalización. Por eso se constituyó un comité técnico, el 325 (tc 325), en el año 1996 en Dinamarca para trabajar en el nuevo estándar. Se dividió la labor en tres grupos de trabajo (gt 1, 2 y 3). El gt 1 está presidido por Francia y se concentra en términos y definiciones. El gt 2 es de planificación urbanística y está presidido por los Países Bajos. El gt 3 está presidido por el Reino Unido y se centra en diseño de viviendas, comercios y oficinas.

El gt 2 ha dado lugar a un preestándar europeo (ENV) aprobado por el Comité Europeo de Normalización en el año 2002, con una aplicación provisional durante tres años, con la posibilidad de convertirlo en un EN. El ENV 14383-2 es importante al ser un primer intento de establecer términos y definiciones comunes sobre la prevención situacional del delito.⁶⁷

Finalmente, y fuera ya del ámbito europeo, en Estados Unidos también se está dedicando una atención cre-

ciente a este enfoque, como lo demuestra el informe presentado en el año 1997 al Congreso Norteamericano, elaborado por un grupo de especialistas encabezados por Lawrence Sherman, informe elaborado gracias al apoyo recibo del Departamento de Justicia. Este informe contiene una serie de medidas de prevención de la delincuencia y del miedo a la delincuencia referidas a la prevención situacional del crimen que son consideradas como “prometedoras”.⁶⁸

Todas las anteriores reflexiones pueden ser trasladadas al marco español y catalán, aún muy carente de reflexión y formación en este punto. Pueden suponer un nuevo enfoque sobre la clásica actividad de policía de seguridad administrativa, con un componente territorial y urbanístico, y podrían ayudar a dar cumplimiento al derecho a disfrutar de un medio ambiente urbano adecuado (artículo 47 de la CE) en conexión con el artículo 104 de la CE. En definitiva, la cohesión social del artículo 3 del Decreto legislativo 1/2005 se da la mano en este ámbito con el artículo 1.3 de la Ley 4/32003, de 7 de abril, de ordenación del sistema de seguridad pública de Cataluña, el cual señala que este sistema “tiene por finalidad contribuir al desarrollo de *políticas públicas de prevención y protección eficaz en el aseguramiento de los derechos y las libertades de los ciudadanos, la preservación de la convivencia y el fomento de la cohesión social*”.

Aunque no sea ahora el momento conveniente por razones de espacio para entrar en el desarrollo concreto de lo que podría significar en concreto el enfoque de la prevención situacional del crimen en conexión con el Derecho público en nuestro país, vale la pena señalar que la legislación urbanística vigente no hace referencia explícita a estas cuestiones, lo que no debe impedir que el planeamiento urbanístico las pueda tener en cuenta (por ejemplo, véase los artículos 1, 58, 65 ó 68 del Decreto legislativo 1/2005, en los que se puede apreciar que la amplia dicción del alcance de las competencias urbanísticas y del contenido de los planes de ordenación urbanística municipal, de los planes parciales o de los planes de mejora urbana permite, sin problemas, la consideración de este tipo de aspectos). En este sentido, la memoria de los planes, aunque no haya ninguna consideración específica al artículo 59 del Decreto legislativo 1/2005, podría constituir la plasmación de evaluaciones de impacto criminal, como hemos visto que sucede

66. SÁNCHEZ MORÓN incluye los estándares entre los fenómenos de autorregulación que integrarían una de las manifestaciones de los que él denomina la actividad administrativa de ordenación y control, heredera moderna de la tradicional actividad de policía, en *Derecho administrativo. Parte general*, Tecnos, 2005, p. 630.

67. Se puede consultar al respecto: <http://www.cenorm.be/CENORM/BusinessDomains/TechnicalCommitteesWorkshops/CENTechnicalCommittees/CENTechnicalCommittees.asp?param=6306&title=CEN%2FTC+325> (última consulta efectuada: 14 de abril de 2004).

El texto del preestándar europeo es consultable en inglés en: http://www.fisu.it/wcm/fisu/sezioni/sezione_3_progetti/gruppi_approfondimento/gruppo_urbanistica/Norme%20english%20dic.2003.pdf (última consulta efectuada: 14 de abril de 2004).

68. El informe es consultable en <http://www.cjcentral.com/sherman/sherman.htm> (última consulta efectuada: 14 de abril de 2006). Es singularmente interesante a nuestros efectos el capítulo 7, que lleva por título *Preventing Crime At Places*, elaborado por John E. Eck.

en Francia, aunque, incluso, se podría plantear la conveniencia de explicitar normativamente la necesidad de esta ponderación.

La toma en consideración de estas cuestiones puede tener especial sentido en las operaciones de renovación urbana que se hagan de áreas urbanas en dificultad (Ley 2/2004, de 4 de junio, de mejora de barrios, áreas urbanas y poblaciones que requieren una atención especial).

También la legislación referida a edificación (en la actualidad, Ley 38/1999, de 5 de noviembre), las ordenanzas locales y los códigos técnicos de la edificación podrían incorporar elementos referidos a la prevención situacional, lo que ahora no hacen.⁶⁹ En este sentido, es posible que la protección ante el crimen vaya consiguiendo lentamente carta de naturaleza en la legislación, como lo hizo en su momento la protección ante los incendios.

De igual manera, como hemos visto en el caso británico, el fomento público de determinadas buenas prácticas por los promotores y constructores privados o la utilización de videocámaras para controlar el espacio público (en la actualidad reguladas por la Ley orgánica 4/1997, de 4 de agosto, su reglamento, y en Cataluña por el Decreto 134/1999, de 18 de mayo) pueden ser instrumentos adecuados para la prevención de la delincuencia y el vandalismo en los espacios urbanos.⁷⁰

5. Vivienda asequible, cohesión social y Derecho urbanístico

Finalmente, hay que hacer una referencia respecto de la conexión del derecho a la vivienda y la cohesión social, desde la perspectiva del papel que puede y debe tener la vivienda asequible suficiente y no segregada.

5.1. La finalidad de la mezcla social sobre el territorio y la mezcla de usos urbanísticos y de tipologías de viviendas como medio por lograrla

En el marco de cuanto se ha expuesto, diversos derechos urbanísticos de países de nuestro entorno están diseñando técnicas para lograr vivienda asequible suficiente e integrada y favorecer de esta manera la mezcla social y la convivencia ciudadana, previniendo los peligros de fractura social y, de paso, contribuyendo a la seguridad pública en el medio ambiente urbano.

Estas regulaciones se basan en estudios ya disponi-

bles que muestran que ante la segregación urbana y el riesgo de generación de guetos urbanos el mejor antídoto es favorecer desde la intervención pública la real libertad de residencia y la posibilidad de variedad social urbana.⁷¹ Esencialmente, la intervención pública parte de la idea de que la mezcla social es deseable por esta razón y que la concentración de situaciones difíciles en un territorio dificulta su solución. Partiendo de la base de que la clase media no irá espontáneamente a vivir a barrios degradados (ni se quedará en aquellos que sufran un proceso de degradación), las políticas públicas, con reflejo en técnicas jurídicas concretas, tratan de recomponer los barrios en dificultad, haciéndolos atractivos para la clase media, de evitar la degradación de barrios aún no en dificultad y, en todo caso, de impulsar la existencia de vivienda asequible en todas partes para permitir que quien quiera pueda salir de determinadas áreas urbanas. Una expresión del sustrato político y social de este tipo de políticas públicas se puede consultar en el libro de Jean-Pierre Sueur, antiguo alcalde y alto cargo de la Administración francesa, publicado en el año 1999 con el título *Changer la Ville* (Editions Odile Jacob, París). Este libro es el resultado de un informe elaborado por el autor a petición del Gobierno francés en el año 1998 y que se tituló *Demain, la ville*, el cual se puede consultar gratuitamente en: http://www.jpsueur.com/home.php?num_niv_1=1&num_niv_2=8&num_niv_3=38&num_niv_4=101&num_niv_5= (última consulta efectuada el día 8 de marzo de 2006).

En los Estados Unidos, las políticas de *inclusionary zoning* plasmadas en diversas normas de varios estados y en ordenanzas locales suponen una lucha contra la segregación urbana generada por ciertas regulaciones urbanísticas denominadas excluyentes (*exclusionary zoning*), exigiéndose de las autoridades locales una ponderación de las necesidades de vivienda asequible y obligando a los promotores privados, en caso de promociones por encima de una medida determinada, que incluyan un porcentaje mínimo de unidades para venta o alquiler de familias de ingresos bajos.⁷²

En el caso del Reino Unido, sistema jurídico urbanístico con unas coordenadas muy diferentes al nuestro, donde predomina una amplia discrecionalidad administrativa, la *Planificación Policy Guidance Note* número tres, dedicada a la vivienda,⁷³ subraya la necesidad de tender hacia ciudades donde la vivienda asequible sea

69. Téngase en cuenta ahora el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el cual se aprueba el Código Técnico de la Edificación.

70. BAUZÀ MARTORELL, F. J., *Régimen jurídico de la videovigilancia*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

71. Por lo que se refiere a los estudios aludidos, puede consultarse en el ámbito británico BURTON, E., "The Compact City: Just or Just Compact? A Preliminary Análisis", *Urban Studies*, vol. 37, núm. 11, 2000, p. 1969 y ss., en el ámbito holandés, UITERMARK, J., "Social Mixing and The Management of Disadvantaged Neighbourhoods: The Dutch Policy of Urban Restructuring Revisited", *Urban Studies*, vol. 40, núm. 3, 2003, p. 531 y ss., y en el ámbito nor-

teamericano, IHLANDFELDT, K. y SCARFIDI, B. P., "The Neighbourhood Contact Hipótesis: Evidence From the Multicity Study of Urban Inequality", *Urban Studies*, vol. 39, núm. 4, 2002, p. 619 y ss.

72. MANDELKER, D., "Derecho urbanístico y ordenación urbanística excluyente en los Estados Unidos de América", *Anuario del Gobierno Local 2002*, Fundación Democracia y Gobierno Local-Institut de Dret Públic, Barcelona, 2003, p. 169 y ss.

73. Consultable en: <http://www.odpm.gov.uk/index.asp?id=1143940>, última visita efectuada el 28 de febrero de 2006.

suficiente y adecuadamente localizada, para que cree comunidades mixtas e inclusivas, evitar la monofuncionalismo y la creación de áreas urbanas con viviendas de idénticas características.

En desarrollo de este documento, la Circular 06/98⁷⁴ especifica los criterios que deben seguir los entes locales al planificar con respecto la obtención de vivienda asequible suficiente e integrada. Los planes locales deben evaluar las necesidades de vivienda asequible y, allá donde se identifiquen, exigir que el promotor privado solicitante de una licencia las afronte. Las técnicas para lograrlo pasan por el establecimiento de condiciones u obligaciones de planeamiento (*planning obligations*) antes del otorgamiento de la licencia, que puede ser rechazada si no se asume este elemento de vivienda asequible. Las obligaciones de planeamiento aparecen formalmente como resultado de acuerdos entre la autoridad local y el solicitante de la licencia (*Town and Country Planning Act 1990, Section 106*), aunque la jurisprudencia, como expone Booth, ha aceptado el rechazo de las licencias en caso de que el privado no acepte el desarrollo de estas obligaciones.⁷⁵

En Francia, la existencia de vivienda digna y asequible ha sido considerada un "objetivo de valor constitucional" por el *Conseil Constitutionnel* (decisión de 19 de enero de 1995). El Derecho urbanístico francés de la última década ha establecido como finalidad la *cohesión social* en el ámbito urbano, con el fin de evitar la *segregación* y hacer efectivo el *derecho a la ciudad* (artículo 1 de la *Loi de orientation pour la ville*, núm. 91-662, de 13 de julio). La legislación establece como instrumento para tal finalidad la *mezcla de funciones urbanas y la mezcla social* en el hábitat urbano (artículo L.121-1 *Code de l'urbanisme*). Con el objetivo de lograr tal mezcla, el artículo L-302 del *Code de la construction et de l'habitation* (modificado, junto a otros preceptos, por la *Loi sur la solidarité et les renouvellement urbains*, núm. 2000-1208, de 13 de diciembre) exige que determinados municipios franceses (dependiendo de su población y su pertenencia a *aglomeraciones* con ciertas características) deban disponer en el plazo de veinte años de una oferta suficiente de viviendas sociales, cifrada en un 20% del total de residencias principales. A tal fin, la ordenación jurídica francesa diseña una serie de figuras (aprobación de planes específicos de vivienda para ponderar necesidades y maneras de colmarlas, control prefectoral del cumplimiento municipal, penalización fiscal a los municipios incumplidores...).

74. Consultable en: <http://www.odpm.gov.uk/index.asp?id=1144410>, última visita efectuada el 28 de febrero de 2006.

75. BOOTH, P., "Le partenariat public-privé en Grande-Bretagne", en AA.VV., *Partenariat Public-Privé et Collectivités Territoriales*, La Documentation Française, París, 2002, p. 129 y ss.).

En una importante decisión de 7 de diciembre de 2000, el *Conseil Constitutionnel* ha sostenido la constitucionalidad del objetivo de mezcla social definido por la *Loi sur la solidarité* y, en la mayor parte, del dispositivo establecido por hacerlo realidad mediante el establecimiento de cuotas obligatorias de vivienda social.⁷⁶

También en el Derecho urbanístico español, los desarrollos normativos más modernos van en la misma dirección, como analizaremos a continuación.

5.2. El papel del legislador en el alcance de la cohesión social: principios generales del Derecho, estándares legales de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública y procedimiento planificador

La legislación urbanística española aborda el alcance de la cohesión social y la lucha contra la segregación urbana mediante la fijación de ciertos *principios generales del Derecho* a respetar por el planeamiento, a través de la fijación legal de *estándares referidos a viviendas protegidas*, que se imponen a *la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, y a través del *diseño de procedimientos planificadores dirigidos a ponderar elementos relevantes para la cohesión social y a justificar su toma en consideración*.

Por lo que se refiere a los principios generales del Derecho, hay que remitirse a lo que ya hemos dicho a propósito de las legislaciones autonómicas que establecen como directrices de la actuación pública urbanística el desarrollo sostenible urbano, la cohesión social, la lucha contra la segregación y la exclusión social y a favor de la integración. Además, el principio de mezcla social sobre el territorio está previsto específicamente en diversas normas (artículo 55.3 del Real decreto 801/2005, de 1 de julio, con referencia a actuaciones de rehabilitación, o artículo 38.2 de la Ley de Castilla y León 5/1999, de 8 de abril, que señala que con el fin de fomentar la cohesión social el planeamiento procurará la mezcla equilibrada de grupos sociales, usos y actividades).

Estos principios no son irrelevantes y tienen las funciones propias de los principios generales del Derecho (artículo 1.4 del Código civil), entre las que se encuentra permitir un hipotético control judicial de actuaciones contrarias a éstos. El Derecho urbanístico francés nos ofrece un buen ejemplo sobre ello. El principio de *cohesión social* en el ámbito urbano enunciado por la legislación francesa aludida ha sido ya aplicado por el *Conseil d'Etat* francés para controlar la actividad de los entes locales. Efectivamente, en su decisión de 22 de noviembre de

76. Un análisis de estas cuestiones puede encontrarse en QUILICHINI, P., *Logement social et décentralisation*, LGDJ, París, 2001; un panorama en español de las novedades en el Derecho urbanístico francés puede encontrarse en MARCOU, G., "Instrumentos jurídicos para el control del crecimiento urbano en el Derecho francés", RDUyMA, 215, enero-febrero de 2005.

2002, este órgano francés resolvió el conflicto entre dos entes locales, ante la compra por uno de ellos de un edificio en el término municipal del otro, con el fin de ubicar agentes municipales de origen extranjero. Ante la compra, se alegaba por el municipio afectado que tal decisión pública suponía un agravamiento de los desequilibrios urbanos y sociales que ya sufría, por razón del gran número de trabajadores inmigrantes ya instalados en su territorio. El *Conseil d'Etat* finalmente decidió que dadas las circunstancias específicas del caso (carácter puntual de la operación, reducido número de personas afectadas, etc.) la decisión municipal de compra no vulneraba "el principio de 'cohesión social'".

La segunda técnica legislativa interesante para el cumplimiento de los mandatos constitucionales antes aludidos es el establecimiento de reservas de suelo donde se construyan viviendas asequibles, esto es, de acuerdo con nuestro sistema, viviendas sometidas a algún régimen de protección pública. Técnicas semejantes se han desarrollado ya, como dijimos en otros ordenamientos jurídicos, y han comenzado a explorarse en España, sobre todo de la mano de reciente legislación autonómica.

Por otro lado, se debe notar que la consideración de la vivienda como un servicio público (cfr. artículo 50 de la CE), a caballo de un servicio económico o territorial y un servicio social o personal, que incorporaría tanto *prestaciones dinerarias* (ayudas a promotores y adquirentes y arrendatarios) como *servicios* (albergues y centros de acogida, viviendas tuteladas, viviendas públicas), tal como es considerada en otros ordenamientos jurídicos europeos, lleva también a diversa legislación autonómica a prever reservas de terrenos para la construcción de viviendas de titularidad pública con el carácter de dotaciones integrantes de sistemas. Así, el artículo 34 del Decreto legislativo catalán 1/2005, de 26 de julio, establece la posibilidad de que el planeamiento urbanístico prevea como sistemas urbanísticos reservas de terrenos para viviendas *dotacionales* públicas dirigidas a satisfacer las necesidades temporales de colectivos de personas con necesidades de asistencia y emancipación. En la misma línea, el artículo 53.7 de la Ley foral 35/2002 se refiere a la reserva obligatoria de terrenos para viviendas de titularidad pública, con carácter de *dotación supramunicipal*.⁷⁷

Centrando nuestra atención ahora en las reservas para viviendas protegidas, como a continuación se expondrá, en una primera etapa de legislación estatal, que o bien no contemplaba las reservas para vivienda asequible o las preveía como voluntarias para los gobiernos locales, ha seguido una segunda etapa autonómica, en la que la legislación más moderna no solamente se refiere a estas

reservas sino que, en algunos casos, además, las establece como obligatorias para los ayuntamientos, desposeyéndolos, en este punto, de toda o parte de su discrecionalidad urbanística.

En la legislación estatal de 1956, 1975 y 1976 no se contenía ninguna previsión explícita sobre la posibilidad u obligación del planeamiento urbanístico de calificar terrenos para la construcción de viviendas asequibles. No obstante, habilitaba al planeamiento urbanístico para establecer zonas según, entre otros parámetros, la "clase y destino de los edificios", así como para "regular el mercado de terrenos como garantía de la subordinación natural de los mismos a los finales de la edificación y de la vivienda económica".

Asimismo, la legislación advertía de que las facultades expresamente contempladas en la Ley tendrían "carácter enunciativo y no limitador, y la competencia urbanística comprenderá cuantas de otros fuesen congruentes con la misma, para ser ejercidas de acuerdo con la presente Ley". La importante STS de 1 de junio de 1987 (Aranzadi 5906), auténtico *leading case* seguido por numerosas sentencias posteriores, se enfrentó directamente, bajo la vigencia del TRLS/1976, a la cuestión de las reservas para viviendas sociales. El Tribunal Supremo señaló que la ley no autorizaba al plan de urbanismo, mero reglamento, para imponer un régimen especial para la construcción, que tal régimen carecía de mecanismos de compensación; y que la construcción de vivienda protegida estaba asociada a un régimen de fomento, de elección voluntaria, ya que "el sentido de nuestra ordenación jurídica en esta materia discurre, pues, por el curso del fomento y no por el de la técnica urbanística de la vinculación del suelo".

A partir de esta sentencia del Tribunal Supremo, se reiteran hasta la saciedad los mencionados argumentos en numerosas sentencias posteriores. Así, por ejemplo, STS de 23 de octubre de 1989 (Aranzadi 7470), que llega, incluso, a considerar como una desviación de poder el ejercicio de la potestad de planeamiento urbanístico para el alcance de vivienda protegida. La doctrina ha sido crítica con esta línea jurisprudencial, partiendo de la negación de la identificación de los planes de urbanismo con meros reglamentos burocráticos de acuerdo con el artículo 140 de la Constitución, del rechazo de la afirmación de la necesidad de que la política pública de vivienda asequible se lleve a cabo únicamente mediante técnicas de fomento y de la afirmación de la existencia de instrumentos para proceder a la necesaria distribución equitativa de las cargas generadas por la reserva, mediante las técnicas del aprovechamiento medio y tipo y la aplica-

77. Sobre la vivienda como servicio público, cfr. las reflexiones generales de VAQUER, M., *La acción social*, Tirant Lo Blanch-Institut de Dret Públic, Valencia, 2002, p. 114 y ss. y 174 y 180, y las más concretas de PAREJA, M.,

PONCE, J. y GARCÍA, L., *Urbanisme i habitatge com a eines de desenvolupament sostenible*, Fundació Carles Pi i Sunyer, Barcelona, 2004, p. 118 y ss.

ción de coeficientes correctores (un ejemplo del control judicial de su incorrecta fijación puede encontrarse en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 20 de noviembre de 2004, JUR 2004/43189).

La reforma del TRLS/1976 por la LS/1990 supuso la introducción explícita en la legislación urbanística estatal de la posibilidad del planeamiento de reservar suelo para viviendas protegidas. El TRLS/1992 previó en su artículo 3.2, letra h), la facultad de “calificar terrenos para la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública”, mientras que al artículo 98.3 consideraba tal calificación como un uso específico, al que se había de asignar el correspondiente coeficiente de ponderación para proceder a la equidistribución de cargas y beneficios en el área en la que hubiese incluido.

Ni la aprobación de la LS/1990 ni del TRLS/1992 hicieron variar la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, anuló, como es sabido, gran parte del TRLS/1992. Entre los preceptos anulados se encontraron tanto el artículo 3.2, letra h), como el artículo 98.3, por motivos puramente competenciales. Tal anulación puso fin a la regulación estatal sobre esta cuestión. Queda abierta la puerta, no obstante, al posible papel que futuras regulaciones estatales pudiesen tener sobre ello, partiendo de la conexión entre las reservas de vivienda protegida con el artículo 149.1.1 de la CE y la competencia estatal para establecer las condiciones básicas que pudiesen garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de su derecho de propiedad urbana, delimitado por la

función social de este tipo de viviendas, y/o de su derecho a la vivienda (aunque esta última relación fue negada por la mayoría del Tribunal Constitucional en su sentencia 152/1988, de 20 de julio, aunque sostenida en el voto particular de Rubio Llorente).

Fuera del ámbito de la legislación estatal, la técnica de la reserva de suelo para viviendas protegidas está siendo impulsada por las modernas legislaciones autonómicas, que desde los años noventa del pasado siglo la están contemplando en sus leyes urbanísticas. Si algún rasgo caracteriza a la legislación urbanística autonómica referida a reservas de vivienda protegida es la *identidad* de su finalidad (el alcance del derecho del artículo 47 de la CE y de la cohesión social) y la *heterogeneidad* de las regulaciones concretas y de las técnicas legales empleadas: previsión como facultad o como obligación municipal, y aún dentro de este supuesto, como potestad reglada o como potestad con ámbitos valorativos referidos, por ejemplo, a la cuantía de la reserva; exigencia de porcentajes diferentes cuando éstos vienen detallados; inclusión o exclusión de clases de suelo, etcétera.⁷⁸

En el caso catalán, es sabido cómo la normativa vigente apuesta por la obligatoriedad de un porcentaje mínimo (veinte o treinta por ciento, dependiendo del tipo de municipio y de la ordenación específica que se efectúe), con reserva de ciertas excepciones, como mínimo discutibles.⁷⁹

Un aspecto importante conectado con la mezcla social sobre el territorio como antídoto a la segregación urbana es la distribución de la reserva sobre el territo-

78. PONCE SOLÉ, J., “Solidaridad, cohesión social y Derecho público: A propósito de las reservas legales de vivienda protegida como instrumento de desarrollo urbanístico sostenible”, en AA.VV., *Diversidad y convivencia en las ciudades*, Fundació Carles Pi i Sunyer-CEMCI-UIIM, Barcelona, 2004, p. 193-207.

79. Téngase en cuenta los siguientes artículos del Decreto legislativo 1/2005:

Artículo 57.3

“Los planes de ordenación urbanística municipal tienen que reservar para la construcción de viviendas de protección pública, con carácter general, como mínimo, el suelo correspondiente al 20% del techo que se califique para el uso residencial de nueva implantación, tanto en suelo urbano como en suelo urbanizable.

“Los planes de ordenación urbanística municipal también pueden calificar suelo para la construcción de viviendas objeto de otras medidas de estímulo de la vivienda asequible establecidos por la legislación correspondiente. En el caso de planes de ordenación urbanística municipal de municipios de más de diez mil habitantes y capitales de comarca, y de modificaciones de planes de ordenación urbanística municipal de cualquier municipio que comporten un cambio en la clasificación del suelo no urbanizable, se debe reservar para la construcción de viviendas objeto de otras medidas de estímulo de la vivienda asequible, como mínimo, el suelo correspondiente al 10% del techo que se califique para el uso residencial de nueva implantación, tanto en suelo urbano como en suelo urbanizable.

“Las comisiones territoriales de urbanismo, a propuesta municipal, pueden disminuir las reservas que establece este apartado en los sectores con densidades inferiores a veinticinco viviendas por hectárea que, por su tipología, no sean aptos para la construcción de viviendas protegidas.”

Artículo 60.8

“Los programas de actuación urbanística municipal deben concretar y

distribuir las reservas de suelo que el plan de ordenación urbanística municipal correspondiente determine en cumplimiento de lo que dispone el artículo 57.3 y en los términos de éste, si el plan de ordenación urbanística municipal no lo hace.”

Artículo 61.2.g). Planes parciales

“Prevén la localización concreta de los terrenos donde se ha de materializar, si es el caso, la reserva para la construcción de viviendas de protección pública, de acuerdo con esta Ley y el planeamiento general, y establecen los plazos obligatorios en los que la administración actuante y las personas propietarias adjudicatarias de suelo destinado a vivienda de protección pública han de iniciar y acabar la edificación de dichas viviendas.”

Artículo 104. Supuestos legitimadores de las expropiaciones por razones urbanísticas:

“1. La expropiación forzosa por razones urbanísticas se puede aplicar en los supuestos siguientes:

“c) Para la constitución o la ampliación de patrimonios públicos de suelo y de vivienda, de acuerdo con lo que establecen los artículos 154 y 155, y para la adquisición de terrenos destinados a viviendas de protección pública, si lo determina el planeamiento.

“e) Por razón del incumplimiento de la función social de la propiedad, en los siguientes supuestos:

“Tercero. Que se incumplan los plazos que el planeamiento urbanístico establece para iniciar o para terminar la edificación de viviendas de protección pública.

“4. El ejercicio de la potestad expropiatoria en el supuesto tercero del apartado 1.e corresponde, en primer término, a la administración actuante. Se esta administración no actúa, el Departamento de Política Territorial y Obras Públicas puede ejercer dicha potestad en el plazo de un mes. La tramitación de la expropiación forzosa en este supuesto se debe ajustar a lo que dispone el artículo 106.”

rio, ya que las reservas de viviendas protegidas, para dar lugar a un hábitat digno y adecuado, deben evitar concentraciones espaciales y ser repartidas equilibradamente por el territorio. En este sentido, lo mejor parece, en principio, una distribución uniforme por todos los sectores, aunque a falta de orientación legal, quedará a manos de la discrecionalidad planificadora, en el marco de los principios generales antes mencionados, la decisión sobre la concreta ubicación (un ejemplo sobre ello puede encontrarse en la sentencia del Tribunal de Justicia de Madrid de 8 de octubre de 2005, RJCA 2005/815).

El legislador puede orientar la mencionada discrecionalidad, a favor de la mezcla y la cohesión social. Un buen ejemplo en esta línea lo constituyen el artículo 10.1.A) de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de ordenación urbanística de Andalucía (en la redacción dada por la Ley 13/2005, de 11 de noviembre), que prevé la necesidad de que el Plan General de Ordenación Urbanística asegure “la distribución equilibrada de estos tipo de vivienda en el conjunto de la ciudad”, o el artículo 57.4 del Decreto legislativo catalán 1/2005, de 26 de julio, el cual señala que:

“Las reservas para la construcción de viviendas de protección pública se deben situar evitando la concentración excesiva de viviendas de este tipo, de acuerdo con lo que establece el artículo 3.2, para favorecer la cohesión social y evitar la segregación territorial de los ciudadanos por razón de su nivel de renta.”

Por otro lado, y aunque no nos podamos detener ahora en este punto, la existencia de reservas para vivienda protegida dirigida a obtener suficiente vivienda asequible no segregada es una medida interesante de cohesión social, la cual está íntimamente conectada con una fase posterior, la fase de *adjudicación* de estas viviendas. Esta fase es muy relevante tanto para evitar fenómenos de fraude y derroche de recursos públicos como también para garantizar la mezcla social sobre el territorio, como varios estudios ponen de relieve. De ahí que diversas comunidades autónomas hayan diseñado mecanismos jurídicos (registros administrativos de solicitantes, afirmación de los procedimientos de adjudicación...) por lograr ambos objetivos, lo que también hace el anteproyecto de Ley catalana del derecho a la vivienda.⁸⁰

Con respecto al procedimiento planificador, como es sabido, es sobre todo la doctrina alemana la que ha insistido sobre la vertiente procedimental de los derechos constitucionales, destacando tanto cómo la *garantía* como el *efectivo despliegue* de estos derechos viene

condicionado por el procedimiento administrativo que se sigue por parte de la autoridad competente, bien para restringir tal derecho bien para garantizar su efectividad (*estatus activus processualis*).⁸¹ Y por ello el legislador urbanístico, en lo que ahora nos interesa, debe articular los adecuados mecanismos organizativos y procedimentales para que la regulación del uso del suelo garantice y delimite tanto el derecho de propiedad como otros derechos constitucionales y permita la cohesión social, evitando fenómenos segregativos y excluyentes.

Esta vinculación positiva del legislador urbanístico es especialmente relevante en el diseño de procedimientos de planificación que ponderen específicamente el impacto de las decisiones a adoptar, singularmente, aunque no únicamente, en materia de ubicación de la vivienda asequible. Como ha señalado la STC 51/2004, de 13 de abril, “la decisión sobre el planeamiento” consiste “esencialmente” en un “juicio de ponderación”, en el que se deben incluir, por mandato constitucional, los efectos sobre la cohesión social.⁸²

De hecho, la tradicional Memoria de los planes urbanísticos debería suponer la plasmación de la mencionada ponderación y la justificación de las decisiones finalmente adoptadas después de la misma. La dicción del artículo 38 del Reglamento de planeamiento ya es bastante amplia para poder entender incluida la preocupación por lo impacto social de las decisiones urbanísticas. De la misma manera, el artículo 83.4 del RP exige un estudio específico del impacto social de los planes especiales de reforma interior. En todo caso, la competencia estatal sobre procedimiento administrativo común en el ámbito urbanístico podría fundamentar el diseño de un estándar común procedimental de ponderación y justificación de los impactos sociales del planeamiento (de acuerdo con los FJ 23 y 25 de la STC 61/1997, de 20 de marzo, y los FJ 11 y 28 de la STC 164/2001, de 11 de julio).

Algunas legislaciones urbanísticas autonómicas han optado por exigir una ponderación y fundamentación específica, realizada por instrumentos y contenida en documentos *ad hoc*, respectivamente. Un ejemplo en tal sentido lo constituye la figura de los programas de actuación urbanística del Decreto legislativo catalán 1/2005, de 26 de julio. Estos programas, según el artículo 60, son la expresión de las políticas municipales de suelo y vivienda y contienen las previsiones y los compromisos asumidos para el desarrollo de los planes de ordenación urbanística municipal correspondientes, por lo que se refiere a la reforma y mejora urbana, a los

80. Un análisis de estas medidas adoptadas por otras comunidades autónomas en PONCE SOLÉ, J., *Urbanisme, habitatge i cohesió social*, Pla Estratègic Metropolità, 2005. Consultable en: http://www.bcn2000.es/ca-es/9_lista_descargas/descargas.aspx?idioma=Ca-Es&_glContexto=2.

81. SCHMIDT-ASSMAN, E., *La teoría general del Derecho administrativo como*

sistema, Marcial Pons-INAP, 2003, p. 363 y 364, con cita de varias sentencias del Tribunal Constitucional alemán.

82. Sobre el juicio de ponderación en que consiste el planeamiento, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

equipamientos y a la generación de actividad económica, dentro del marco del desarrollo urbanístico sostenible, habiendo de “evaluar y atender a las necesidades de suelo y vivienda de los municipios”. El mismo texto legal crea la figura de la Memoria social a su artículo 59, letra h), la cual debe contener la definición de los objetivos de vivienda protegida y de otro tipo de vivienda asequible justificando las reservas de terrenos como sistemas urbanísticos para viviendas dotacionales públicas dirigidas a ciertos colectivos vulnerables (artículo 34.3).

6. Control judicial del impacto social del planeamiento urbanístico

Para acabar, hay que hacer algunas reflexiones sobre el papel del control judicial de la actividad administrativa como garante indirecto de la cohesión social y, por lo tanto, de la convivencia.

6.1. Límites y mandatos constitucionales al poder judicial: ni invasión funcional indebida ni indiferencia proscrita

Hay que insistir en el necesario compromiso judicial en la efectividad de los derechos constitucionales comprometidos por la segregación urbana, partiendo especialmente del marco diseñado por los artículos 9.2, 24.1, 53 y 106.1 de la CE, sin exceder, evidentemente, de su función constitucional ni invadir ámbitos que le son ajenos. Además, como ha sido destacado por Gascón Abellán, “en un tema tan importante moral y política-mente como el de la inserción de los inmigrantes en la comunidad, los jueces tienen un importante papel que jugar: la defensa de la legalidad vigente pero sin olvidar que la Ley ha de ser interpretada a la luz de la Constitución y de los tratados y, en fin, a la luz de la filosofía política en que descansa el modelo liberal democrático. Teniendo esto en cuenta [...] los jueces, por un lado, tienen que evitar eliminar, marginar o sojuzgar las manifestaciones culturales minoritarias propias de muchos grupos inmigrantes. Por otro, han de realizar una interpretación de la Ley que no restrinja sino que maximice las garantías de los derechos de los inmi-

grantes y que permita perseguir las discriminaciones u otras privaciones injustificadas de derechos de que son objeto”.⁸³

Desde una perspectiva general, autores como Ely desde diversas perspectivas tratan de poner el papel de los jueces como *outsideres* en la controversia política y en el dominio que en la misma ejercen las mayorías.⁸⁴ Mayorías que, aunque legitimadas democráticamente, pueden vulnerar los derechos constitucionales de las minorías, como Haar ha puesto de relieve, al analizar ciertas prácticas locales norteamericanas en el ámbito de la vivienda, destacando también este autor el importante y único papel del poder judicial en la evitación de vulneraciones de derechos constitucionales de las minorías mediante regulaciones urbanísticas.⁸⁵

En lo que ahora importa, pues, no son posibles en España, a causa del marco constitucional descrito, jueces indiferentes a la conexión entre las decisiones urbanísticas y los derechos y principios constitucionales y legales expuestos.

Para evitar esta indolencia proscrita constitucionalmente, los jueces de la jurisdicción contencioso-administrativa tienen a su disposición una conocida panoplia de instrumentos técnicos de control, en los que ahora no entraremos detalladamente, aunque sí que vale la pena, al menos, mencionar algunos.

Antes de hacerlo, debe notarse que la conexión del derecho a la vivienda y del urbanismo con diversos derechos constitucionales puede tener importantes consecuencias en sede de *control judicial*, incluso en el ámbito de la tutela de derechos constitucionales por parte del Tribunal Constitucional. El retraso en las técnicas de garantía de los derechos sociales de la ciencia jurídica, puesto de relieve por Ferrajoli, parece que puede ser superado de la mano, entre otras técnicas, de la conexión entre la violación de derechos sociales y la violación simultánea y asociada (en una especie de efecto “dominó”) de derechos civiles.⁸⁶ De tal manera que la vulneración del derecho a la vivienda puede generar una vulneración simultánea de los derechos antes aludidos (igualdad, intimidad...), lo que puede (y ha de) llevar a tutelar tanto uno como otros, lo cual es especial-

83. GASCÓN ABELLÁN, M., “La responsabilidad de los jueces ante la integración”, a PECES MORATE, J. E. (dir.), *Inmigración y Derecho*, CGPJ, Madrid, 2002, p. 168 i 169. Téngase en cuenta que, de acuerdo con la doctrina de la STC 107/1984, FJ 3, el derecho a no ser discriminado y la libertad de culto aludida en el artículo 16 de la CE, a la cual hemos hecho referencia, son derechos que pertenecen sin ninguna duda a los extranjeros, mientras que la vivienda lo es en los términos actuales del artículo 13 de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en la versión dada por la Ley orgánica 8/2000, de 22 de diciembre), que circunscribe este derecho a la posibilidad de los extranjeros *residentes* a acceder a las ayudas en materia de vivienda en las mismas condiciones que los españoles. No es ahora el momento de entrar en la compleja cuestión de si los tratados internacionales sobre la materia firmados por España obligarían a extender el derecho a la vivien-

da a toda persona y si éste quiere decir algo más que acceder a meras ayudas. En todo caso, véase también el artículo 14 de la Ley orgánica 4/2000, sobre servicios y prestaciones sociales básicas para todos los extranjeros, y el Deceto catalán 188/2001, de 26 de junio, de los extranjeros *inscritos en el padrón de cualquier municipio catalán donde residan habitualmente* el beneficio de las ayudas en materia de vivienda otorgadas en el ámbito *competencial catalán de asistencia y bienestar social* (a cargo siempre de los presupuestos de la Generalitat) y destinadas a atender *situaciones de emergencia social*.

84. ELY, J., *Democracia and Distrust. A theory of judicial review*, Harvard University Press, 1980.

85. HAAR, C. M., *Suburbs under Siege. Race, Space and Audiouious Judges*, Princenton University Press, 1996.

86. FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, 2002, 3ª ed.

mente significativo en nuestro sistema, en el que el recurso de amparo se reserva sólo para ciertos derechos constitucionales.⁸⁷

6.2. Técnicas jurídicas en el control judicial del impacto social del planeamiento: el control de los elementos reglados y el papel del principio general de igualdad

Entre el control de los elementos reglados, aparece como singularmente importante el escrutinio cuidadoso del *procedimiento* seguido para el ejercicio de la potestad de planeamiento, y de la motivación ofrecida con el fin de garantizar el despliegue de una *buena administración* y evitar la *arbitrariedad* en el desarrollo de la discrecionalidad urbanística se revela como un modo de control eficaz. Se revelan aquí de nuevo las importantes relaciones entre el procedimiento de adopción de decisiones públicas y la efectividad de los derechos (*estatus activus processualis*), ya aludidas.

El control judicial del procedimiento debido planificador, con atenta consideración de las necesidades en materia de lucha contra la segregación urbana y a favor de la cohesión social, deviene especialmente importante como garantía de que se ha efectuado la ponderación necesaria, antes aludida, aunque puedan encontrarse sentencias en las que tal importancia no parece reconocerse. Es el caso, por ejemplo, de la STS de 21 de julio de 1999 (Aranzadi 5892), que supone un deficiente control judicial del impacto social de un plan parcial, bajo el argumento de que no hay en la regulación estatal ninguna exigencia explícita de medida del impacto social del planeamiento, y “al no estar expresamente prevista su exigencia para los instrumentos urbanísticos impugnados es inconcebible la pretensión de nulidad de un acto en función de la omisión de una documentación no exigida de manera expresa en la ley, y cuya concurrencia es necesario deducirla de manera analógica”. La exigencia de tal ponderación, no obstante, parece deducirse sin ninguna dificultad de los artículos 38 y 58 del Reglamento de planeamiento, en los que de manera implícita se demanda.

En esta línea, no parece necesario insistir en la importancia de la participación ciudadana, como medio de garantizar que todos los intereses serán ponderados al adoptar el plan, evitando la preterición de ciudadanos o grupos de ciudadanos. Más allá de la mera existencia de los trámites participativos, la jurisprudencia más reciente enfatiza la importancia de la toma en consideración seria de las alegaciones presentadas.⁸⁸ En este sentido, dos recientes y destacadas sentencias del Tribunal

Supremo de 25 de febrero de 2003 (Aranzadi 3632) y 4 de marzo de 2003 (Aranzadi 3762), que es de esperar que sean seguidas por otros en la misma innovadora línea (un ejemplo ya se puede encontrar a la STSJ de Castilla y León, de 13 de julio de 2004, RJCA 2004/492), han señalado, con respecto a un plan de ordenación de recursos naturales, finalmente anulado, con argumentos perfectamente extensibles a cualquier plan urbanístico, que no hay suficiente con la simple apertura de informaciones públicas sino que además se requiere que la Administración demuestre que el alegato en las mismas ha sido realmente tomado en consideración seriamente antes de adoptar la decisión final, mediante la respuesta razonada de las alegaciones (artículo 86.3 de la LRJPAC), como garantía jurídica de que el procedimiento planificador no es entendido como un mero ritual formalista sino como una auténtica e importante sede de ponderación de hechos e intereses.

En segundo lugar, respecto de los *elementos reglados*, destaca también el control de los estándares urbanísticos referidos a vivienda protegida, existiendo ya algunos ejemplos en los que el control judicial se ha ocupado explícitamente de esta cuestión, siendo destacadas las sentencias del Tribunal Superior de Justicia Vasco de 16 de mayo de 2001 (JUR 2001/1296), de 13 de noviembre de 2003 (JUR 2003/106088) o de 20 de noviembre de 2004 (JUR 2004/43189), que hacen un control del respeto por la Administración de los establecidos por la Ley vasca 17/1994, de 17 de junio.

Sin embargo, como es sabido, el control de la discrecionalidad planificadora no se agota en el escrutinio de los elementos reglados, sino que se despliega también a través del límite que para el núcleo discrecional suponen los principios generales del Derecho. Algunos de los establecidos por la legislación vigente, como ya nos consta, van dirigidos a promover la cohesión social y evitar impactos segregativos y excluyentes.

Entre los principios generales del Derecho, en la materia que nos ocupa, los de proporcionalidad e igualdad están llamados a tener un papel relevante, quizá especialmente este último, dado que la segregación urbana se encuentra vinculada a la existencia de discriminación, sea por activa o por pasiva.

Por lo que se refiere al principio de proporcionalidad con referencia al denominado juicio de proporcionalidad en sentido estricto, la consideración de los costes sociales de una decisión urbanística en términos de segregación urbana deben ser tomados en cuenta en el momento de compararlos con los beneficios que tal decisión pueda generar y tal ponderación es susceptible

87. Con un muy interesante comentario sobre la sentencia del Tribunal Constitucional sudafricano de 4 de octubre de 2000, referida a la tutela del derecho a la vivienda en conexión con otros derechos constitucionales.

88. Sobre la conexión entre la objetividad, el derecho a una buena admi-

nistración y la participación ciudadana, PONCE SOLÉ, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del ejercicio de la discrecionalidad y del procedimiento administrativo*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

de control judicial (un ejemplo en el que la ponderación de los costes sociales conduce a la anulación parcial de un plan de urbanismo se puede encontrar en la STS de 27 de abril de 2004, RJ 2004/5438).⁸⁹

En este sentido, en lo concerniente a la regulación urbanística de los lugares de culto, es destacable la STS de 28 de marzo de 1990 (RJ 1990/2265), controlando la discrecionalidad planificadora en el establecimiento de reservas para lugares de culto y anulando por desproporcionada la reserva hecha por el plan.

Por lo que se refiere al principio de igualdad, en el caso del Derecho urbanístico norteamericano la relación entre existencia de discriminación y adopción de ordenaciones urbanísticas con consecuencias segregadoras en el territorio se encuentra establecida con toda claridad. En la legislación, las prácticas de *exclusionary zoning* se encuentran prohibidas por el título VIII de la *Civil Rights Act* de 1968 –ley aprobada justo después del asesinato de Martin Luther King, que recibe la denominación de la *Fair Housing Act* federal– y varios tribunales federales han controlado regulaciones urbanísticas mediante su confrontación con la mencionada ley. También relevantes decisiones judiciales en varios estados han anulado regulaciones urbanísticas locales relacionadas con la inexistencia de vivienda asequible por vulnerar el principio constitucional de igualdad.⁹⁰

En el caso español, la jurisprudencia, después de alguna vacilación inicial (STS de 19 de mayo de 1987, Aranzadi 5815), también controla la discrecionalidad del planeamiento urbanístico mediante el principio de igualdad (STS de 7 de diciembre de 1993, Aranzadi 9544, y de 8 de junio de 1998, Aranzadi 4390, o sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 7 de diciembre de 1999, RJCA 1999/5036, por ejemplo). Se debe notar que, hasta ahora, los recursos planteados y resueltos favorablemente han estado en conexión con el derecho de propiedad urbana, al alegarse tratamientos diferentes sin justificación de terrenos con similares circunstancias. No es improbable, no obstante, que en el futuro, posiblemente de la mano de recursos planteados por grupos portadores de intereses colectivos o difusos, como ha sucedido en el Derecho norteamericano, pueda articularse también el control judicial de decisiones urbanísticas (inexistencia o indebida ubicación de vivienda protegida, situación segregada de lugares de culto...) que impliquen segregación urbana y, por lo tanto, una discriminación en el uso del suelo y en el disfrute del derecho a la ciudad, conectándose entonces el artículo 14 con el 47 de la Constitución. En algunos de estos casos se puede producir como mínimo un

supuesto de *discriminación indirecta*, que, de acuerdo con el artículo 28.1.c) de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, implica la existencia de una decisión urbanística aparentemente neutra pero que puede ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de las otras siempre que la misma objetivamente no responda a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios.

En este sentido, en relación con la libertad religiosa, se debe tener presente que determinadas regulaciones urbanísticas que excluyan totalmente el uso religioso en un área urbana pueden implicar, en función de las concretas circunstancias existentes, uno de estos casos de discriminación indirecta. En un interesante informe británico de 2005 del *Office of the Deputy Prime Minister* titulado "*Diversity and Equality in Planning*" se señala que "las políticas de planeamiento que no tienen en cuenta las concentraciones espaciales de personas con características compartidas probablemente reflejan y perpetúan discriminaciones institucionales. *Un ejemplo sería la insensibilidad a las necesidades de la población creciente musulmana de lugares para más mezquitas cerca de sus hogares y puestos de trabajo*" (página 32).

En este mismo sentido también, aunque fuera ya del ámbito de la libertad religiosa, es interesante aludir, para finalizar, a la STS de 11 de diciembre de 2003 (RJ 2004/70). La misma resolvió un recurso de casación contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 15 de diciembre de 2000 (RJCA 2001/409), en la que se conocía del recurso contencioso-administrativo presentado por un municipio contra un acuerdo del Consejo de Gobierno de la comunidad autónoma. En este acuerdo autonómico se desestimaba la autorización para la construcción de ocho módulos de viviendas en una finca de propiedad municipal clasificada por el Plan General de Ordenación Urbana como suelo no urbanizable de protección especial.

En principio, el caso trata aparentemente sólo sobre la aplicación del artículo 20 de la LS/1998, que señala que en el suelo no urbanizable excepcionalmente se podrá autorizar actuaciones específicas de interés público, previa justificación de que no se presentan las circunstancias previstas en el artículo 9.1 de la Ley, eso es, existencia de un régimen de especial protección. En conexión con este precepto, el artículo 45 y por remisión de éste el artículo 44.1.2 del Reglamento de gestión urbanística establecía la posibilidad de autorizar edificaciones de utilidad pública o interés social que hayan de citarse en el medio rural.

89. Sobre el principio de proporcionalidad como instrumento de control urbanístico, PONCE SOLÉ, J., *Discrecionalidad urbanística y autonomía municipal*, Civitas-Escuela d'Administració Pública de Catalunya, 1996.

90. MANDELKER, D. R., *Land Use Law*, Lexis Law Publishing, Charlottesville,

Virginia, 4a edición, 1997, p. 303 y ss., y del mismo autor en español, "Derecho urbanístico y ordenación urbanística excluyente en los Estados Unidos de América", *Anuario del Gobierno Local 2002*, Fundación Democracia y Gobierno Local-Institut de Dret Públic, Barcelona, 2003, p. 169 y ss.

Un análisis de los detalles del caso permite conocer que los módulos de viviendas iban dirigidos a familias de la minoría gitana, en conexión con el Plan municipal de erradicación del chabolismo para desarrollar la competencia municipal relativa a la prestación de servicios sociales y promoción y reinserción social.

El Ayuntamiento afirma que se trata “de edificaciones de utilidad pública e interés social que hayan de situarse en el medio rural”. La discusión jurídica que dio lugar a la sentencia se centró esencialmente en:

a) La existencia o no de justificación que se presentase la circunstancia de que la transformación requerida sea compatible con el régimen de especial protección al cual está sometido el suelo: el Tribunal Supremo subraya la inexistencia de tal justificación por parte del Ayuntamiento.

b) La necesidad de emplazamiento de los módulos de vivienda en el medio rural: el Tribunal de instancia destaca que “la materia tiene un fuerte componente discrecional”.

El Ayuntamiento alegaba que la concreta ubicación era necesaria para los afectados por razones de espacio para poder desarrollar su actividad de venta de chatarra, y provisional, hasta que adquieran sistemas y pautas de comportamiento que permitiesen su plena integración en el futuro en pisos normalizados, señalándose que la ubicación era un paso previo a su integración en un núcleo urbano, sin determinarse cuáles eran las previsiones para que cuando se dé tal integración pueda continuarse con la venta de chatarra.

Tanto el tribunal de instancia como el Tribunal Supremo señalan que si la finalidad perseguida era la integración en el medio urbano, lo lógico es que las viviendas se asignen en tal medio y no en el rural, en el que la integración ni parece posible ni se pretende, pues “es difícil [...] aceptar la necesidad de situar en el medio rural a un colectivo del que se pretende su integración en el medio urbano”, emplazamiento que no es “compatible constitucionalmente con su desplazamiento fuera” del medio urbano si se pretende la integración social del mencionado colectivo.

No obstante, el Tribunal Supremo no aclara por qué no es compatible con la Constitución este emplazamiento de las viviendas. Parece existir, en realidad, la apreciación implícita de un supuesto de discriminación, al menos indirecta, que dio lugar a una segregación espacial del colectivo implicado, lo que es considerado inaceptable jurídicamente por el Tribunal Supremo. ■