

Derecho urbanístico y derechos constitucionales. Las relaciones entre vivienda, equipamientos religiosos y cohesión social

Juli Ponce i Solé

*Profesor titular de Derecho Administrativo
de la Universidad de Barcelona*

1. Introducción.
2. Las experiencias de derecho comparado.
 - 2.1. La utilidad de las experiencias foráneas. 2.2. El derecho urbanístico norteamericano. Ordenación urbanística y libertad religiosa. 2.3. El derecho urbanístico francés y su relación con la nueva estructura territorial. La *Loi solidarité et renouvellement urbains* de 13 de diciembre de 2000 y las decisiones del Conseil Constitutionnel de 7 de diciembre de 2000 y de 11 de diciembre de 2001. Urbanismo y separación Estado-iglesias. 2.4. Algunas conclusiones.
3. El derecho urbanístico en España y la cohesión social.
 - 3.1 El derecho como factor segregador por indolencia: monofuncionalismo y acumulación espacial de vivienda social. 3.2. El marco constitucional. 3.2.1. Derechos constitucionales y ordenación urbanística. Algunos ejemplos: el derecho a la vivienda y su relación con ciertos derechos fundamentales. 3.2.2. Urbanismo y libertad religiosa. 3.2.3. El plan de urbanismo como factor de cohesión social. 3.2.4. El aspecto competencial: el juego del artículo 149.1.1 de la CE en las STC 61/1997 y 164/2001. 3.3. El papel del legislador y del planeamiento urbanístico en la lucha a favor de la cohesión social. 3.3.1. Mezcla social y diversidad de usos urbanísticos y de tipologías de viviendas: a) principios orientadores del planeamiento local; b) reforzamiento de la exigencia de ponderación específica de las necesidades de vivienda, y c) establecimiento de estándares relativos a la existencia de vivienda social y a la existencia de equipamientos comunitarios. Algunos ejemplos extraídos de las modernas legislaciones autonómicas. 3.3.2. Procedimiento planificador y eficacia de los derechos constitucionales implicados. 3.4. Control judicial y segregación espacial. 3.4.1. Igualdad, grupos vulnerables y proporcionalidad. 3.4.2. El control del procedimiento debido planificador.
4. Reflexiones finales: ¿un derecho urbanístico más social en el contexto de una sociedad pluricultural y multiconfesional?

1. Introducción

La prensa ha dado noticia de los toques de queda para menores decretados en diversas ciudades francesas, como Niza o Cannes, a fin de controlar los ya no infrecuentes disturbios callejeros. Las noticias constatan la existencia de un problema de gran envergadura en Francia, reproduciéndose las palabras del Ministro de Educación, Jack Lang, al respecto, quien ha notado que la causa últi-

ma del problema, en su opinión, es que “[...] hemos dejado que se constituyan guetos”.¹

Esta frase sirve como punto de partida para este análisis, el cual girará en torno a las relaciones entre el derecho público y la segregación espacial.

Ante todo convendría precisar qué se entiende en el contexto de este trabajo por segregación espacial. Cuando me refiero a la misma estoy haciendo alusión al fenómeno urbano consistente en una concentración de poblaciones desfavorecidas en territorios circunscritos, caracterizados por una degradación física y social.²

En su grado extremo supone el surgimiento de guetos; es decir, de áreas urbanas desfavorecidas, normalmente con condiciones de habitabilidad y de vivienda malas, habitadas por miembros de una o varias minorías, como resultado de discriminación social (siendo el factor religioso un elemento a tener en cuenta) o económica, con el consiguiente riesgo latente de fractura social. Desde esta preocupación debe entenderse la reciente Carta de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad, elaborada en Saint-Denis el 18 de mayo de 2001; la cual, en su artículo tercero, señala cómo en el marco de la legislación nacional las autoridades municipales deben “[...] velar para evitar la formación de guetos”.³

En consecuencia, la cuestión de la segregación espacial urbana está conectada con el también complejo concepto de “exclusión social”. Siguiendo en este punto trabajos de la Comisión Europea, podríamos apuntar, como idea inicial, que la segregación urbana no es sino la “marca territorial” de la exclusión social.⁴ De ahí que el actual artículo 34 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea señale que la Unión reconoce y respeta el derecho a una “ayuda de vivienda”, con el fin de combatir la exclusión social.

En consecuencia, podrían formarse dos pares de conceptos antagónicos: exclusión social vs. cohesión social / segregación espacial vs. mezcla espacial. Estas parejas de conceptos tendrían a su vez relaciones entre sí, de tal modo que la exclusión social estaría vinculada a la segregación espacial –como vimos–, y, por su parte, la cohesión social conectaría con la existencia –como argumentaremos– de variedad en un mismo espacio urbano de tipos de viviendas y de usos urbanísticos; en definitiva, de diferentes clases de personas (desde el punto de vista de su poder económico, su religión, su origen étnico...) en una misma área urbana.

En definitiva, creo que el término segregación espacial o urbana puede hacer referencia a un concepto útil, a una “parrilla conceptual”, en la terminología de Estévez Araujo, que explique fenómenos de la realidad y además ayude a moldear

1. Diario *El País*, de 18 de julio de 2001, contraportada.

2. En el *Diccionario de geografía urbana, urbanismo y ordenación del territorio*, elaborado por el colectivo de geógrafos Grupo Aduar (editorial Ariel, Barcelona, 2000) se define la segregación urbana como “acción y efecto de separar a la población dentro de la ciudad de acuerdo a sus características socioeconómicas, étnicas o raciales”.

3. MARCUSE, P., y VAN KEMPEN, R., en su prólogo al libro dirigido por ellos *Globalizing Cities. A New Spatial Order?*, 1997, definen un gueto como un área espacialmente concentrada usada para separar involuntariamente y limitar a un grupo de población, definida en virtud de particulares características raciales, étnicas o religiosas, grupo considerado y tratado como inferior por la sociedad dominante; cuando a estas características se le añade la combinación del elemento de clase, excluyéndose a los residentes del área de la vida económica de la sociedad circundante, entonces estos autores utilizan la expresión “gueto excluido”.

4. Informe de la Comisión Europea, *Towards a Europe of Solidarity: intensifying the fight against social exclusion, fostering integration*, p. 10, 1992.

ésta; en el sentido de comprender que estos procesos existen y –como se argumentará– pueden generar vulneraciones de derechos constitucionales y comprometer la paz social a que se refiere el artículo 10 de nuestra Constitución.⁵

En relación con el preocupante fenómeno de la segregación espacial, son especialmente interesantes los estudios empíricos patrocinados por el Ministerio de Fomento, objeto de publicación en el año 2000 en el libro titulado *La desigualdad urbana en España*.⁶ Estos estudios ponen de relieve la progresiva dualización social y sus efectos sobre la trama urbana, y aportan multitud de datos, hasta el momento desconocidos, de enorme interés.

Entre los numerosos datos que se desprenden del estudio, quiero ahora subrayar sólo algunos: *aproximadamente una de cada cuatro personas residentes en los municipios españoles mayores de 20.000 habitantes vive en barrios desfavorecidos. Es decir, entre 4 y 5 millones de personas, que suman más del 12% de la población en España, desarrolla su vida cotidiana en áreas urbanas en las que se concentran situaciones sociales difíciles.*

*En el caso de Cataluña, se han identificado 41 barrios desfavorecidos en ciudades de más de 50.000 habitantes, en los que viven más de 300.000 personas.*⁷

Estos datos dan lugar a que se afirme en los estudios citados que existe una fuerte concentración espacial de la desigualdad en las ciudades españolas, desigualdad social que es más acentuada que la media europea y que va en aumento.

La cuestión clave de la que me voy a ocupar en este trabajo es la siguiente: ¿qué tiene que ver el derecho público con la segregación espacial y con la cohesión social?

Podemos avanzar ya, pues si no este análisis no tendría sentido, que alguna relación debe haber, sin duda; si no, no tendría sentido alguno el contenido de ciertas normas jurídicas. En este sentido, la Ley de urbanismo catalana 2/2002, de 14 de marzo, se refiere en su Exposición de motivos a que uno de los ejes vertebradores de la misma es lograr un “[...] ‘desarrollo urbanístico sostenible’, sobre la base de la utilización racional del territorio, para compatibilizar el crecimiento y el dinamismo económicos necesarios con la ‘cohesión social’”, para lo que la ley busca “[...] impregnar las políticas urbanísticas de la exigencia de conjugar las necesidades de crecimiento con los imperativos del desarrollo sostenible, de manera que se traduzcan [...] en la lucha contra la pobreza mediante este recurso (el territorio), con la política de vivienda social”. Con mayor claridad, si cabe, la reciente Ley de Castilla-La Mancha 1/2003, de 17 de enero, señala en su Exposición de motivos que la norma pretende mediante diversas medidas “[...] evitar la ‘segregación social’ del espacio urbano y garantizar su ‘cohesión social’ [...]” con el fin de propiciar “[...] un

5. ESTÉVEZ ARAUJO, J.: “La soberanía de la imaginación jurídica”, en AA.VV., *El Derecho en la Facultad. Cuarenta Años de la Nueva Facultad de Derecho de Barcelona*, UB-Marcial Pons, 2001, p. 129 y ss., a propósito de la dimensión simbólica de la realidad y del poder del lenguaje.

6. Ministerio de Fomento, 194 páginas, Madrid, 2000.

7. Sobre esta cuestión, véase el debate parlamentario suscitado a propósito de la presentación por el Grupo socialista catalán de una proposición de ley sobre el fomento de barrios y áreas urbanas que requieren atención especial, Boletín Oficial del *Parlament de Catalunya* de 16 de mayo de 2001, Serie P., n.º 52, p. 55 y ss. La proposición de ley, cuyo texto puede consultarse en esas páginas, no superó el trámite de toma en consideración, por 68 votos en contra y 67 a favor.

desarrollo ‘equilibrado y socialmente cohesionado’ de las ciudades castellano-manchegas”.

Con la intención de reflexionar en torno a esta relación entre derecho, cohesión social y segregación urbana, la exposición se va a concentrar en una vertiente jurídica concreta, relacionada con la segregación espacial: la ordenación urbanística y territorial; es decir, “la actividad pública reguladora del uso del suelo”.

El estudio se va a dividir en cuatro apartados. En primer lugar, haré referencia a diversos “datos empíricos” y realizaré diversas reflexiones sobre los mismos, imprescindibles para resituarnos ante las nuevas realidades. Después abordaré de forma sucinta diversas “experiencias comparadas”, en las que el derecho urbanístico ha actuado como factor de agravamiento de la segregación espacial pero también como instrumento de lucha contra ella. En la tercera parte, el análisis se centrará sobre la “realidad española”, en relación con la que haré diversas consideraciones de tipo general, respecto al papel que pueda desempeñar el derecho público para evitar y erradicar el fenómeno de la segregación espacial.

La investigación va a intentar ser lo más apegada posible a la realidad jurídica existente, usando la legislación vigente y las diversas decisiones judiciales ya existentes sobre el tema. Pero debe advertirse que simultáneamente se intentará elaborar un “marco general conceptual”, que nos permita afrontar los futuros problemas que, sin duda, irán surgiendo en España en relación con esta cuestión. En la actualidad puede detectarse que los intentos de resolución de problemas concretos por parte de las administraciones públicas y de los agentes sociales acusan la “falta de una referencia jurídica global” que permita elaborar adecuadas políticas públicas y adoptar decisiones que sirvan al interés general apropiadamente. Este análisis pretende ser sólo una piedra más de un edificio teórico imprescindible para abordar la rica problemática cotidiana.⁸ En esta clave deben interpretarse los intentos ofrecidos en el texto por sugerir reformas normativas o posibles políticas públicas dentro del marco legal existente o propuesto de *lege ferenda*.

Finalmente, el estudio se cerrará con algunas “reflexiones generales” en torno a la problemática jurídica de la segregación espacial.

Una última advertencia preliminar. Aunque éste es un análisis jurídico, se comprobará a lo largo de su texto que se efectúan no infrecuentes utilizaciones de los datos proporcionados por otras ciencias sociales. Pues si bien lo que aquí me preocupa es la relación entre el derecho público y la segregación espacial, desentrañar su contenido ha de pasar, imprescindiblemente –como ya he advertido en otras ocasiones– por un enfoque jurídico “realista” o “funcionalista”; el cual, si no quiere quedarse en un estéril formalismo, ha de tener en cuenta no sólo el derecho contenido en los libros, sino también el derecho realmente practicado, con todos sus matices y todas sus dificultades concretas.

Entrando ya sin más dilación en el tema que nos ocupa, debe señalarse de entrada que, sin duda, el fenómeno de la segregación espacial no es algo nuevo, como es notorio. Es conocida históricamente la división social del espacio urbano y la

8. Sobre algunas de las cuestiones objeto de análisis en el texto puede consultarse: PONCE SOLÉ, J., *Poder local y guetos urbanos. Las relaciones entre el derecho urbanístico, la segregación espacial y la sostenibilidad social*, INAP-Fundació Pi i Sunyer, Madrid, 2002.

proyección sobre el territorio de las diferencias sociales.⁹ Sin embargo, distintas nuevas circunstancias pueden convertir ahora esta cuestión en un problema de primer orden en España, hasta el punto de llegar a comprometer la cohesión social; como, de hecho, ya ha ocurrido en otras sociedades de nuestro entorno cultural.¹⁰

Estas circunstancias, que ya he puesto de relieve en otra ocasión, pueden sintetizarse rápidamente en tres fenómenos:

- El espectacular aumento del precio de la vivienda en España.
- El paulatino cambio en el modo de uso del suelo.
- El fenómeno creciente de la inmigración.

Así, en primer lugar, ha de notarse el espectacular “aumento del precio de la vivienda” en España; hecho, por lo demás, sobradamente conocido. Baste remitirse aquí a un estudio aparecido en la revista *The Economist*, según el cual, España lidera una lista de catorce países, sobresaliendo como el lugar donde más ha subido el precio de la vivienda: entre 1980 y 2001 el crecimiento nominal fue de un 726%, lo que significa un 124% en términos reales.¹¹

En segundo lugar, se detecta en la realidad española un paulatino “cambio en el modo de uso del territorio”. De la tradicional, en nuestro ámbito, ciudad “compacta”, con mezcla de usos y tipologías de viviendas y densidad elevada, estaríamos evolucionando hacia la denominada “ciudad difusa o extensa”, característica de ámbitos urbanos foráneos, que implica:

–Una creciente segregación de funciones, con subsistencia del monofuncionalismo en el diseño urbano; es decir, la atribución de un único uso urbanístico a una zona.

–Una preferencia por las densidades bajas; con su traducción en el ámbito residencial en el predominio de casas unifamiliares.

–Un creciente consumo de recursos naturales (por ejemplo, el suelo) y un uso intensivo del transporte privado mediante automóviles.

Distintos especialistas desde diversas ciencias sociales muestran en la actualidad una rara unanimidad en poner de relieve estas mutaciones. Desde luego, se trata de un proceso con diversas y complejas causas, que no es el caso ahora analizar, pero entre las que se encuentra, sin duda, el factor económico antes expuesto; por cuanto, como ha sido notado, amplias capas de población, de menor poder adquisitivo, se ven literalmente “expulsadas” de algunos centros urbanos mayores, debiendo fijar su residencia fuera de éstos, a la búsqueda de viviendas asequibles.¹²

En tercer lugar, se debe considerar, junto a los dos elementos ya aludidos, el hecho de la creciente llegada, para quedarse definitivamente, de “inmigrantes”, provenientes, en ocasiones, de contextos culturales diferentes y, no infrecuentemente, con un poder adquisitivo bajo; lo que condiciona notablemente sus posi-

9. CAPEL, H.: *Capitalismo y morfología urbana en España*. Los libros de la frontera, 4ª ed., Barcelona, 1983.

10. MARCUSE, P. Y VAN KEMPEN, R., (Dir.): *Globalizing cities...*, op. cit., p. 12, concluyen, a la vista de diversos datos (entre ellos, el muy importante del contexto económico actual) que nos encontramos en las sociedades avanzadas con un “orden espacial cambiado”, uno de cuyos componentes es una creciente segregación espacial.

11. “*The houses that saved the world*”, *The Economist*, March 30th-April 5th 2002. España supera a países como Gran Bretaña, Holanda, Estados Unidos, Japón o Canadá.

12. LÓPEZ DE LUCIO, R.: “Planeamiento urbanístico, mercado del suelo y políticas de suelo. Bases para el debate sobre la reforma de la legislación urbanística en España”, *Urban*, 1, 1997.

bilidades en orden a encontrar un lugar adecuado donde vivir en las ciudades españolas.

En el caso español, esta inmigración está suponiendo el paso de una sociedad monocultural a otra pluricultural. Esta pluralidad tiene reflejo en diversos ámbitos, pero nos gustaría ahora llamar la atención sobre uno en 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. Jugando con las palabras, podría hablarse de una especie de “ruptura del monopolio” religioso en España, de una “liberalización” religiosa, a partir de la constitución, a imagen y semejanza, salvando las (enormes) distancias, de lo que ha ocurrido respecto de algunos servicios públicos económicos: de un único “operador” se ha pasado a una pluralidad de “operadores” en “competencia”.¹³ Para poder expresarse y ejercer su culto, tales confesiones precisan un lugar físico (iglesia, mezquita, sinagoga, etc.). En consecuencia, el urbanismo y, por tanto, el derecho urbanístico se enfrentan a una nueva complejidad derivada de la gestión del pluralismo. En este caso elegido como ejemplo, el pluralismo religioso.

En cualquier caso, en los próximos años va a ser necesario “pensar la religión”, por utilizar las palabras del filósofo Eugenio Triás.¹⁴ Y en ese “pensar la religión” habrá que reflexionar también sobre el impacto territorial de ésta.

Si todos estos factores, contemplados de modo aislado, “son puestos en conexión”, se nos revela un panorama de creciente segregación espacial, con el consiguiente riesgo de conflicto social a causa del fenómeno inmigratorio, como señala el informe del Ministerio de Fomento. No hace falta sino recordar los tristes casos de El Ejido, en Andalucía, o de Ca n’Anglada, en Cataluña.¹⁵ De igual modo, son conocidos los casos en que la construcción de un equipamiento religioso ha desatado la crispación de algunos vecinos, como ha ocurrido, por ejemplo, con el intento de construcción de mezquitas en ciertas poblaciones.

2. Las experiencias de derecho comparado

Estas circunstancias descritas, que pueden ser consideradas novedosas para nosotros, no lo son tanto en otros países. Por ello, parece lógico pensar que mediante la toma en consideración de estas experiencias foráneas, estaremos en mejores condiciones de aprender de los errores ajenos y de los intentos jurídicos efectuados para enmendarlos.

13. Insistimos que es una analogía empleada a *grosso modo*, válida sólo en la medida que sirva para *visualizar* lo ocurrido. Desde luego, somos perfectamente conscientes de que la práctica religiosa no es un *servicio público* en sentido técnico, pues el Estado no es responsable de esta prestación, evidentemente; tampoco se nos escapa que no se trata en absoluto de una actividad de tipo económico. Se trata, por tanto de una comparación *impropia*, si se quiere, pero que puede ser muy *gráfica*.

14. TRIÁS, E., “La necesidad de pensar la religión”, en AA.VV., *Los temas de nuestro tiempo*, Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales, p. 200 y ss., 2002.

15. Véase el Informe elaborado en el año 2000 por una comisión internacional de investigación, el cual ha sido publicado bajo el título *El Ejido. Tierra sin ley*, 2000. Los hechos acaecidos en esa población dieron lugar a una resolución del Parlamento Europeo en el año 2000.

16. En lo que sigue, puede consultarse para mayores precisiones los trabajos de PONCE SOLÉ, J. “Segregación espacial, derecho urbanístico y jueces audaces en los Estados Unidos de América (con algunas reflexiones sobre el derecho español)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 57, 1999, y *Poder Local y...*, *op. cit.*, p. 55 a 69.

2.1. La utilidad de las experiencias foráneas

Para esa orientación utilizaré el análisis concreto de los derechos urbanísticos norteamericano y francés. Esta elección se basa en el dato de que ambos sistemas jurídicos, cada uno en su propio contexto social y económico, han reaccionado en el último tercio del siglo xx contra la segregación espacial, con un objetivo común: evitar que la misma suponga un peligro para la cohesión social en una situación de amplio pluralismo cultural. Como he tenido ocasión de ocuparme de estos ordenamientos jurídicos en otras ocasiones, procuraré centrarme en los aspectos más esenciales a los efectos del presente trabajo.

2.2. El derecho urbanístico norteamericano. Ordenación urbanística y libertad religiosa

Vayamos en primer lugar al análisis de la situación norteamericana.¹⁶ Pasaré a exponer la cuestión de la segregación espacial en relación con la vivienda para hacer luego alguna breve referencia a su relación con el hecho religioso.

Antes de iniciar la exposición, conviene deshacer posibles malentendidos. La utilización del derecho norteamericano como punto de referencia podría generar reticencias en algún lector o lectora, quien podría poner reparos a la utilidad de su estudio, dadas las aparentes diferencias que parecen separar nuestra sociedad y, por tanto, nuestro ordenamiento jurídico del estadounidense. Por decirlo en las elocuentes palabras de Moreno Molina, “[...] el urbanismo norteamericano es a menudo citado acriticamente como ejemplo de una actividad libérrima en la patria del *wild west*, paradigma de la apropiación ilimitada de recursos inmobiliarios inagotables, exenta de control gubernamental o administrativo”.

Pero en la opinión de este autor que suscribimos, “[...] el derecho norteamericano, lejos de ser una selva de pioneros armados, anclada en un liberalismo abstencionista, es un sistema global, avanzado, técnicamente sofisticado e integrador de exigencias ambientales, *del que pueden extraerse*, si no soluciones concretas, dada la diversidad de los contextos jurídicos, *sí al menos la inquietante percepción de preocupaciones y fronteras futuras*”.¹⁷ Esto es lo que aquí se pretende.

A grandes trazos, puede sostenerse que la segregación espacial en los Estados Unidos de América se visualiza en la contraposición entre la pobreza de las *inner* o *central cities*, que acumulan minorías étnicas con bajo poder adquisitivo y la riqueza de los *suburbs*, ocupados, mayoritariamente, por la clase media y alta anglosajona.¹⁸ De tal modo que algún reputado jurista norteamericano ha llegado a calificar la situación de auténtico *apartheid de facto*.¹⁹

17. MORENO MOLINA, A.M., “Estados Unidos de América: líneas básicas de su legislación urbanística”, *Ciudad y Territorio, Estudios Territoriales*, XXXIII (128) 2001, p. 517 y ss. La cursiva es nuestra.

18. En el caso de los *suburbs* ha de quedar claro que esta palabra inglesa no tiene la acepción equivalente a la de suburbios en español. En el caso norteamericano, un *suburb* es un municipio adyacente a los más antiguos centros urbanos, donde predominan los usos residenciales, con tipología de amplias casas unifamiliares aisladas con jardín. Los habitantes de éstas áreas pertenecen a la clase acomodada y no forman parte de ninguna minoría (negros, hispanos, etc); por decirlo de una manera más coloquial, son “blancos”.

19. HAAR, Ch. M., *Suburbs Under Siege. Race, Space and Audacious Judges*, Princeton University Press, p. 6, 1996.

¿Qué papel ha desempeñado el derecho urbanístico en relación con esta grave situación social?

Dado que el profesor Mandelker, una voz mucho más autorizada que la mía, expone en este mismo volumen la relación entre derecho y exclusión social en Norteamérica, me limitaré sólo a apuntar algunas breves notas.

De acuerdo con distintos estudios efectuados la segregación espacial tendría como una de sus causas las regulaciones urbanísticas aprobadas por los gobiernos de los entes locales ricos, con el ánimo de excluir *de facto* a las minorías desfavorecidas, cerrándoles así el paso mediante una serie de instrumentos jurídicos.²⁰ Es lo que se conoce con el nombre de *exclusionary zoning*, fenómeno alentado por la ausencia generalizada de una coordinación urbanística de ámbito supralocal y por un control judicial tolerante en términos globales.

Sin embargo, esta tolerancia judicial fue bruscamente cuestionada por una serie de tres revolucionarias decisiones del Tribunal Supremo de New Jersey, con influencia en todo el país, dictadas a partir de 1975. Mediante estas tres sentencias, obviando ahora detalles, el Tribunal Supremo de New Jersey sentó las bases para la lucha contra la segregación espacial creada por el *exclusionary zoning*. Así:

–Utilizó el principio de igualdad como parámetro de control de la discrecionalidad urbanística municipal.

–Reafirmó la necesidad de coordinar los esfuerzos de los distintos niveles de poder en materia de vivienda asequible.

–Estableció la obligación de que los gobiernos locales actuaran diligentemente para garantizar, en las palabras del propio tribunal, una “oportunidad realista” de obtener vivienda asequible por parte de las rentas bajas.

Pero, sin duda, el efecto más relevante de la serie de decisiones de este órgano judicial de New Jersey es que alentó el despliegue, en ese Estado y en otros, de toda una batería de medidas normativas tendentes a combatir el *exclusionary zoning*. Es lo que se conoce con el nombre de *inclusionary zoning*.

Este tipo de regulación urbanística, establecido bien por ley estatal bien por ordenanza local, explicita la necesidad de que los entes locales “ponderen específicamente las necesidades de vivienda” del ámbito local y su entorno en sus instrumentos urbanísticos, e, incluso, “obliga” a los promotores privados a incluir un “determinado porcentaje” de unidades de “vivienda a un precio asequible”, compensándoseles por el poder urbanístico mediante el establecimiento de los denominados “bonos de densidad”; es decir, el otorgamiento de una edificabilidad añadida a la prevista inicialmente en la ordenación aprobada.

Desde una perspectiva general, debe notarse que en los Estados Unidos existe una línea crítica importante sobre el modelo allí tradicional de crecimiento urbano continuo y diseminado sobre el territorio (*urban sprawl*). A este modelo se le achaca un agravamiento de la segregación urbana, al potenciar las bajas densidades, separar los usos urbanísticos y diseñar zonas monofuncionales, con la

20. Por ejemplo, la exigencia normativa de un tamaño desproporcionadamente grande de parcela mínima edificable o la prohibición de tipologías residenciales distintas a las de vivienda unifamiliar.

correlativa necesidad de desplazamientos mediante automóvil. El profesor Ziegler lo expuso con notable claridad en su trabajo incluido en el *Anuario* del año pasado, al que debemos remitirnos para mayor detalle.²¹

En reacción contra este modelo urbano tradicional el denominado “nuevo urbanismo”, del que ya existen diversas experiencias urbanas, postula un urbanismo sostenible, no solo ecológica sino también socialmente; basado en la mezcla de usos y tipologías de viviendas que permita la diversidad social en el espacio urbano.²²

En cuanto a las relaciones concretas entre el derecho urbanístico y el “fenómeno religioso”, es bien conocido el determinante papel que la libertad religiosa ha tenido en el nacimiento de los Estados Unidos, lo que justifica la inclusión de la Primera Enmienda de la Constitución Federal entre las diez que forman el *Bill of Rights* y se aprobaron en 1795. Por esta enmienda, el Congreso estadounidense no puede elaborar ninguna ley en referencia a una confesión religiosa o prohibir el libre ejercicio de una religión.

En el ámbito del derecho urbanístico, el conflicto entre algunas regulaciones urbanísticas locales y la libertad religiosa consagrada en la Constitución ha dado lugar a una interesante “jurisprudencia”, tanto del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, como de algunos tribunales federales, así como de diversos tribunales estatales.²³ Entre esta jurisprudencia norteamericana es posible encontrar decisiones sensibles a la cuestión de la ubicación de los centros religiosos, negando la posibilidad de intervenciones públicas que, por activa o por pasiva, segreguen (o conduzcan a la segregación) de los lugares de culto, dificultando o imposibilitando el acceso a los mismos y, en definitiva, el real ejercicio de la libertad religiosa.²⁴

La conflictividad mencionada ha llevado incluso a intervenir al “legislador federal”, por dos veces además. La primera en 1993, con la promulgación de la *Freedom Restoration Act*, no dirigida específicamente al ámbito urbanístico, aunque aplicada en éste, ley declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo en 1997.²⁵ La segunda en 2000, mediante la *Religious Land Use & Institutionalized Act*, ésta ya referida directamente a las relaciones entre la libertad religiosa y la ordenación urbanística. Esta norma, en la que no podemos detenernos ahora pese a su interés, prevé una serie de interesantes límites a la actividad urbanística local, basados en el “principio de proporcionalidad”, en reglas sobre la “carga de la prueba” –favorables al demandante en defensa de su libertad religiosa– y en el “pago de costas”,

21. ZIEGLER, E., “Gobierno local, crecimiento urbano disperso y desarrollo sostenible en los Estados Unidos: lecciones sobre gestión del crecimiento para el nuevo milenio”, *Anuario del Gobierno Local 2001*, p. 199 a 228, Marcial Pons-Diputación de Barcelona, 2001.

22. FRUG, G. E., *City making. Building communities without building walls*, New Jersey, 1999.

23. Así, por poner sólo un ejemplo a nivel federal, tiene notable interés la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 11 de junio de 1993 en el caso *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc., et al. v. City of Hialeah*, donde se aplica un control estricto de una serie de ordenanzas locales (en este caso, no de contenido estrictamente urbanístico) que afectaban a una práctica religiosa desarrollada por los recurrentes, fieles del culto de la santería. La sentencia declara la nulidad de las ordenanzas impugnadas por violación de la libertad religiosa de los recurrentes.

24. Por todos, MANDELKER, D., *Land Use Law*, 1997, 4.ª ed., Lexis Law Publishing, p. 187 y ss. y 270 y ss.

25. El motivo alegado por el Tribunal Supremo norteamericano para declarar la inconstitucionalidad de esta norma fue la consideración que se trataba de un uso del poder legislativo no autorizado, que implicaba la redefinición del significado de la Primera Enmienda.

que en caso de condena corresponderá a la Administración. Todo este instrumental jurídico se apoya en la idea, expresada en la sección segunda de esta norma, de “considerar al uso del suelo como un ejercicio de la religión”.

2.3. El derecho urbanístico francés y su relación con la nueva estructura territorial. La *Loi solidarité et renouvellement urbains* de 13 de diciembre de 2000 y las decisiones del Conseil Constitutionnel de 7 de diciembre de 2000 y de 11 de diciembre de 2001. Urbanismo y separación Estado-iglesias

Pasando al ámbito del ordenamiento jurídico francés, voy a exponer muy brevemente las líneas básicas de la aproximación francesa a la cuestión de la segregación espacial.²⁶

En Francia, los problemas de exclusión social y segregación espacial se visualizan territorialmente en lo que se denomina la “enfermedad de los suburbios (*banlieues*)”. Esta marca territorial sería, *grosso modo*, opuesta a la norteamericana. También existiría en Francia una tensión entre centro y periferia, pero su naturaleza sería inversa a la de los Estados Unidos: a unos centros urbanos, en términos generales cohesionados, se opondrían unos suburbios, *banlieues*, formados por barrios de gran tamaño (*grands ensembles*) de vivienda barata (*Habitation à Loyer Modérée*, o *HLM*), construidos en un momento de gran necesidad de vivienda, que concentran en la actualidad grupos sociales desfavorecidos, con un alto porcentaje de inmigración que proviene, especialmente, del Norte de África.

Como ha sido expresado lapidariamente por una persona que conoce estos problemas de cerca: “ [...] *l’avenir de la société française se joue, pour une part non négligeable, dans mille quartiers qui vont mal* ”.²⁷

¿Qué papel ha desempeñado el derecho urbanístico francés en relación con esta preocupante situación social?

La doctrina jurídica francesa achaca a éste una cuota de responsabilidad nada despreciable al respecto, por indolencia, por *laissez faire*. Esta pasividad jurídica se mostraría en la ausencia de articulación de medidas jurídicas para evitar uno de los motivos de la generación de segregación espacial, el monofuncionalismo; así como en la inexistencia de mecanismos legales para evitar la concentración de vivienda asequible en determinadas áreas, que se homogeneizan así socialmente “por abajo”, mientras otras zonas urbanas evitan ese tipo de vivienda y la clase social que las ocupa; utilizando, por cierto, tretas jurídicas muy semejantes a las empleadas por los entes locales norteamericanos.

Ante una situación de creciente insostenibilidad social, es sobre todo a partir de principios de los años noventa del pasado siglo que el legislador francés reacciona, afrontando la segregación mediante el desarrollo de un urbanismo denominado por la doctrina “social”, mediante la modificación de numerosos preceptos

26. Puede consultarse con mayor detalle, PONCE SOLÉ, J., *Poder Local y...*, op. cit., p. 70 a 88.

27. SUEUR, J-P., *Changer la Ville*, Editions Odile Jacob, 1999, París, p. 25. Se trata de un libro que trae causa del informe elaborado por el autor (alcalde, presidente de la Asociación de los Alcaldes de las grandes ciudades de Francia y secretario de Estado para las colectividades locales entre 1991 y 1993), a petición de Martine AUBRY, con el aval del primer ministro francés. Ese informe se tituló *Demain, la ville*, y fue entregado en 1998, participando en la elaboración del mismo un equipo de 26 personas.

del Código del urbanismo y del Código de la construcción y la vivienda; es decir, de los fundamentos del derecho urbanístico galo. Esta modificación de la legislación urbanística conecta, a su vez, con una alteración paralela de la organización territorial francesa, de la mano de varias normas. Se trata de las leyes Voinet, de 25 de junio de 1999, sobre *l'aménagement et le développement durable du territoire* y Chevènement, de 12 de julio de 1999, sobre *le renforcement et la simplification de la coopération intercommunale*, que han procedido a reforzar la existencia de estructuras supramunicipales de colaboración, partiendo de la idea de que la necesidad de gestionar espacios urbanos interconectados e interdependientes, de ámbito superior a la mera ciudad.

La interesantísima evolución legislativa francesa, en la que por razones de espacio ahora no podemos detenernos, encuentra sus hitos urbanísticos en la Ley de 13 de julio de 1991, de orientación para la ciudad, de eficacia relativa en la práctica, y en la reciente Ley de 13 de diciembre de 2000, "relativa a la solidaridad y la renovación urbanas" (en adelante, LRSU), que recoge el testigo de la anterior e intenta solventar los problemas detectados en su aplicación. Norma esta última, por cierto, que fue objeto de impugnación ante el Conseil Constitutionnel, el cual en su muy importante decisión de 7 de diciembre de 2000, ha salvado la columna vertebral del texto legal, certificando la constitucionalidad de la mayoría de sus preceptos.

Sí queremos sin embargo destacar que el paquete legislativo francés aprobado se fundamenta en algunos rasgos esenciales. En primer lugar, el legislador francés basa su reacción contra la segregación urbana en la consecución de la "diversidad" de usos urbanísticos y de viviendas en las áreas urbanas, a fin de lograr la "mezcla de población" y, así, la cohesión social.

Para ello:

–Se consagra legalmente un auténtico derecho a la ciudad.

–Se establecen legalmente unos principios generales del derecho, relativos al equilibrio entre intereses generales (como, por ejemplo, la renovación urbana y el desarrollo urbano y rural) de acuerdo con las exigencias del desarrollo sostenible, a la "diversidad" de usos urbanísticos en las zonas que se creen por el planificador, principio tendente a lograr la diversidad de funciones urbanas, y a la "mezcla social", con la finalidad de evitar cualquier discriminación (artículo L.121.1 del Código del urbanismo francés). Estos principios "tienen valor jurídico", orientando el desarrollo de la función planificadora. Como ha señalado la importante sentencia del Conseil Constitutionnel de 7 de diciembre de 2000, el "principio de mezcla social" (con razonamiento aplicable al resto de principios legales expuestos) establece una obligación jurídica de medios para los autores de los documentos urbanísticos. Éstos están obligados jurídicamente a hacer constar en estos documentos las medidas tendentes a la realización de los objetivos fijados por los principios. El juez administrativo deberá ejercer un control de la "compatibilidad" entre las reglas de utilización del uso del suelo que se decidan y los principios aludidos recogidos en el Código del urbanismo.²⁸

28. Como de hecho ya ha efectuado en alguna ocasión. Así, sentencia del TA de Versailles, de 9 de diciembre de 1993, *Epoux Manach/commune de Sartrouville*.

Finalmente, se actúa sobre la vivienda asequible, en relación con su “ubicación”. En este sentido, las medidas legislativas descansan en:

–El papel de los programas locales del hábitat, instrumentos de ponderación de las necesidades locales de vivienda.

–En el establecimiento de auténticas obligaciones jurídicas de provisión por los entes locales de determinados porcentajes de vivienda social de alquiler.

Quedan sujetos a estas obligaciones jurídicas los municipios franceses de cierto tamaño (más de 3.500 habitantes) con unas ciertas características (incluidos en una aglomeración de más de 50.000 habitantes que tenga al menos una ciudad central de más de 15.000 habitantes)²⁹ y con menos del 20% del parque total de residencias principales dedicado a vivienda social de alquiler. El objetivo es alcanzar ese 20% en veinte años. Estos municipios deben definir un objetivo de provisión de viviendas sociales de alquiler (mediante compra, rehabilitación o construcción), que, a falta de plan local del hábitat que especifique otra cosa, cada tres años no puede ser inferior del 15% de la diferencia entre los existentes y los necesarios para constituir el 20% del total. A partir del 2002, cada año se efectuará una retención sobre los recursos fiscales de estos municipios equivalente a mil francos por cada residencia que falte para completar el objetivo del 20% perseguido, con el límite del 5% de los gastos de funcionamiento del municipio, retención que se dedicará al objetivo de lograr la existencia de vivienda social.³⁰

El Conseil Constitutionnel ha considerado, en la importante decisión citada, que estas obligaciones son respetuosas con el principio constitucional francés de libre administración de los entes locales. Su decisión de 2000, repetidamente citada, ha avalado la intervención del legislador francés en la búsqueda de la cohesión social mediante la lucha contra la segregación social en el territorio. Sólo una concreta previsión legal habilitando la imposición de sanciones a los municipios que no cumplan sus obligaciones legales en materia de vivienda social fue hallada inconstitucional, por atentar al principio de libre administración de los mismos.

Pero mediante la Ley 2001-1168 de 11 de diciembre de 2001,³¹ relativa a medidas urgentes de reformas de carácter económico y financiero, el legislador francés ha vuelto a instaurar la posibilidad de que el prefecto sancione el incumplimiento municipal, aunque con una redacción distinta –reconociendo un margen de apreciación prefectoral en virtud de las circunstancias y la audiencia previa del municipio afectado– adaptada a las exigencias del principio de libre administración; la cual ha satisfecho, ahora sí, al Conseil Constitutionnel, que en su decisión n.º 2001-452 DC de 6 de diciembre de 2001 ha aceptado la constitucionalidad de tal medida.

29. La LRSU se basa en la noción de aglomeración, como escala de cooperación intermunicipal, manejada en las Leyes francesas Voinet de 25 de junio de 1999, sobre *l'aménagement et le développement durable du territoire y Chevènement*, de 12 de julio de 1999, sobre *le renforcement et la simplification de la coopération intercommunale*. En los tres casos, la idea de aglomeración viene inspirada por la noción de área urbana manejada por el *Institut National de la Statistique et des Études Économiques* (INSEE). En el supuesto de la LRSU, la referencia es puramente geográfica, con abstracción de las estructuras administrativas (*communauté d'agglomération*) previstas en la legislación citada.

30. En principio, por el propio municipio. Pero si éste no lo hace, entonces el dinero irá a parar a manos de terceras estructuras administrativas, distintas de las municipales: *établissements publics de coopération intercommunale*, si el municipio está integrado en una estructura intermunicipal, o, en caso contrario, a otros organismos públicos.

31. J.O. 12 de diciembre de 2001.

Por otro lado, queremos destacar que, al igual que vimos ocurría en los Estados Unidos, existe en Francia una línea de pensamiento relevante que ante el fenómeno de la creciente segregación espacial postula un urbanismo sostenible ambiental y “socialmente”, que huya del crecimiento descontrolado y de la diseminación urbana sobre el territorio, fenómenos de agravación de la segregación espacial.³²

En cuanto a la “libertad religiosa” y sus relaciones con el derecho urbanístico francés, debe notarse que la Ley de 9 de diciembre de 1905, de separación de las iglesias y el Estado, establece los principios de laicidad y neutralidad. Estos principios prohíben la concesión de ayudas públicas a una específica confesión religiosa.³³

En la actualidad, se debate sobre la posibilidad del uso de *affirmative actions* en favor de la religión islámica, en virtud de un principio de compensación que permitiera corregir el *status quo* religioso francés, marcado por unas circunstancias históricas que han primado a una confesión religiosa, la católica –cuyas iglesias construidas antes de 1905 pasaron a ser propiedad de los municipios, los cuales “deben hacer frente a su conservación”– frente al resto. Es decir, una confesión religiosa, en virtud de hechos históricos, se encuentra “copando” la “oferta espacial” religiosa, mientras otras confesiones afrontan problemas para encontrar su propio espacio.

La reflexión en marcha en el país vecino lleva incluso a plantear la oportunidad de modificar la ley de 1905 de separación entre Estado e iglesias –modificación a la que se opone, por cierto, la confesión asentada históricamente en Francia, defensora en este caso del *status quo*; es decir, de esa ley de 1905– para permitir que el Estado ayude a la construcción de mezquitas; evitando así el obligado recurso por parte de los promotores de la edificación a las ayudas que provienen de ciertos países árabes, que pueden presentar un riesgo de potenciación del extremismo religioso.³⁴

2.4. Algunas conclusiones

En definitiva, el rápido análisis de las situaciones norteamericana y francesa –las cuales nos muestran décadas de esfuerzos en la batalla contra la segregación espacial y a favor de ciertos derechos afectados por la ordenación urbanística, como el derecho a la vivienda y el derecho a la libertad religiosa– podemos extraer, en nuestra opinión, algunas conclusiones de notable interés para nuestro propio ámbito.

a) En ambos supuestos, pese a tratarse de sociedades notablemente distintas, como es notorio, la reacción jurídica contra la segregación espacial se ha basado

32. JACQUOT, H., “Développement social urbain et diversification de l’habitat”, AJDA, número especial de 20 de mayo de 1993, titulado *Droit de l’urbanisme. Bilan et perspectives*.

33. Sin embargo, no está prohibido, por ejemplo, que un ayuntamiento reserve en el plan de urbanismo un espacio dedicado a la construcción de un templo, con la consideración de instalación de interés general, siempre que el financiamiento corra a cargo del constructor (Sentencia del Tribunal Administrativo de París de 9 de junio de 1989, *Recueil Lebon*, p. 668). Por otro lado, una práctica municipal no insólita es poner a disposición del constructor del lugar de culto un terreno, por largo tiempo y mediante una suma simbólica (mediante la figura jurídica del *bail emphytéotique*). Véase LE CARPENTIER, P., “Le régime juridique des édifices du culte”, *Revue Administrative*, n.º 173, p. 190 y ss., 1993.

34. Véase la primera página, el editorial y la página 7 del diario francés *Le Monde*, del día 18 de enero de 2003.

en la instrumentación de medidas “legislativas” y “judiciales” semejantes, que han venido a poner fin a la pasividad (cuando no directa promoción) de los poderes públicos respecto a los procesos segregativos. Estas medidas jurídicas tienden a reducir la discrecionalidad urbanística local, mediante el empleo de principios generales del derecho recogidos en textos normativos, y el establecimientos de determinados estándares legales.

b) Estas técnicas jurídicas tienen como objetivo último el logro de la “mezcla social” como antídoto a la segregación, inyectando “diversidad” en relación con los “usos urbanísticos” y a la “tipología de viviendas” existentes, para intentar conseguir, en último término, la “diversidad social” en el espacio urbano, mediante la intervención pública, en forma de actividad de regulación, dirigida directamente a tal fin, considerado como de interés general.

c) En ambos ordenamientos, las políticas públicas desarrolladas se basan, pues, en una asunción metajurídica previa, que soporta todas las construcciones jurídicas vistas: que la mezcla de población sobre el territorio (mediante la variedad en la tipología de viviendas –incluyendo vivienda social integrada– y en los usos urbanísticos) es el antídoto adecuado para combatir la segregación espacial y lograr la cohesión social.

Tal asunción parece ratificarse de acuerdo con los más modernos estudios científicos de que se dispone, que muestran cómo la diversidad social sobre el territorio frena la segregación social, y al fomentar la mezcla –y, por tanto, el conocimiento del otro– hace desaparecer o atenúa los prejuicios entre grupos de población.³⁵

3. El derecho urbanístico en España y la cohesión social

Teniendo estas experiencias comparadas presentes, estamos en condiciones ahora de abordar la situación en España.

3.1 El derecho como factor segregador por indolencia: monofuncionalismo y acumulación espacial de vivienda social

Ante todo se impone una pregunta: ¿qué tiene que ver el derecho urbanístico con el complejo fenómeno de la segregación urbana, suponiendo que haya algún punto de contacto entre ambos?

La respuesta a esta pregunta es que, efectivamente, hay puntos de contacto entre el derecho urbanístico y la segregación espacial, y que el uno tiene bastante que ver con la otra. En concreto, una de las causas de la segregación espacial se halla en el derecho urbanístico existente en España, o, más correctamente, formulado en las insuficiencias de éste para contrarrestar ese fenómeno.

35. IHLANDFELDT, K. R. y SCAFIDI, B. P., “The Neighbourhood Contact Hypothesis: Evidence from the Multicity Study of Urban Inequality”, *Urban Studies*, vol. 39, n.º 4, 2002, p. 619 y ss., y, en la misma revista, BURTON, E., “The Compact City: Just or Just Compact? A Preliminary Analysis”, vol. 37, n.º 11, 2000, p. 1969 y ss. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que ambos estudios empíricos se llevan a cabo fuera de España (en Estados Unidos e Inglaterra, respectivamente), por lo que las conclusiones difícilmente pueden considerarse completamente extrapolables para todas las sociedades. Aunque es indudable su utilidad como indicio, a falta de referencias más cercanas, que yo desconozco.

Tales insuficiencias se derivan de la pasividad mostrada hasta el momento por los diversos operadores jurídicos respecto de la segregación urbana. Pasividad que ha permitido la extensión del “monofuncionalismo” en el planeamiento urbano y la “concentración de la escasa vivienda social” en determinadas áreas urbanas.

En cuanto al primer punto, la “segregación funcional”, siguiendo los conocidos postulados de la Carta de Atenas, ha sido y es aún una práctica extendida en el planeamiento urbano, como pusieron de relieve los profesores García de Enterría y Parejo en su conocida obra *Lecciones de derecho urbanístico*³⁶ y ha vuelto a subrayar la reciente publicación ya citada del Ministerio de Fomento. España se inscribe en este punto, por otro lado, en un contexto europeo común; como pone de relieve, por ejemplo, el *Libro verde sobre el medio ambiente urbano*, elaborado por la Comisión de las Comunidades Europeas en 1990.

El derecho urbanístico español no solo no ha puesto coto a esta práctica de los equipos planificadores hasta el momento; sino que incluso la ha, por así decirlo, alentado. Es muy revelador, al respecto, el artículo 48.1 del Reglamento de planeamiento, que, implícitamente y en relación con los planes parciales, supone que la calificación implica la asignación de un único uso pormenorizado a cada zona; dando, pues, por supuesto el “monofuncionalismo” en la ordenación del uso del suelo. Y éste es un factor de riesgo de segregación espacial, como hemos tenido ocasión de exponer anteriormente.

Respecto al segundo punto, la indolencia normativa frente a la “concentración de la vivienda social en determinadas áreas urbanas”, diversos estudios revelan que la vivienda asequible para los sectores menos favorecidos (viviendas de protección oficial u otras fórmulas de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública) se han ido acumulando históricamente en zonas y barrios determinados; en parte debido a los condicionantes ya expuestos relativos al precio del suelo; en parte también, en nuestra opinión, ante la falta de conciencia de los problemas que esa acumulación y la subsiguiente homogeneización social “por abajo” podían llegar a generar.

Este segundo factor de riesgo de segregación espacial no ha sido ni contemplado ni abordado por la legislación española urbanística hasta el momento.

¿A qué puede deberse esa falta de reacción jurídica contra estos dos elementos generadores de segregación urbana?

La respuesta a esta cuestión devendría larga y compleja y, sin duda, estaría conectada a una pluralidad de causas, con raíces sociales y económicas. Entre esas causas quiero destacar en este momento una: la tradicional disociación entre la vivienda y la ordenación territorial y urbanística, que da lugar a que no se haya acostumbrado a relacionar el papel de los instrumentos urbanísticos con la concreción de las necesidades vivienda asequible y su ubicación espacial, con el consiguiente impacto sobre la segregación espacial de ese divorcio.

En cualquier caso, para que el derecho urbanístico pueda erigirse como un eficaz instrumento de lucha contra la segregación espacial hará falta tomar conciencia de la existencia de este problema y reflexionar con seriedad sobre los enfoques legislativos, jurisprudenciales y doctrinales predominantes en la actualidad y que

36. Ed. Civitas, 2.ª edición, 1981, p. 51 y ss.

condicionan las posibles respuestas jurídicas a dar a las nuevas exigencias de nuestra crecientemente compleja y plural sociedad.

Para intentar plantear algunas alternativas viables a la situación expuesta, voy a partir del marco diseñado por la Constitución española, refiriéndome al papel del legislador urbanístico, de los entes locales planificadores y, finalmente, del control judicial de la actividad de ordenación urbanística.

3.2. El marco constitucional

Iniciando nuestra reflexión al más alto nivel normativo, diversos preceptos de la Constitución española de 1978 ofrecen una regulación material conectada, de algún modo, con la cuestión que es objeto de nuestra preocupación. Estos preceptos, en mi opinión, deberían ser objeto de una reinterpretación, a fin de hallar elementos con los que afrontar los nuevos retos.

3.2.1. Derechos constitucionales y ordenación urbanística. Algunos ejemplos: el derecho a la vivienda y su relación con ciertos derechos fundamentales

Por de pronto, el derecho a la vivienda del artículo 47 debería ser objeto de análisis desde el entendimiento de que su ámbito excede de la mera “vivienda-unidad” y abarca al “tejido urbano”. Es decir, podría llegar a sostenerse que este precepto contempla un auténtico “derecho a la ciudad”, un derecho a disfrutar de un “hábitat” digno y adecuado, compuesto por la vivienda-unidad y el medio ambiente urbano en el que ésta se inserta, en la línea de lo expuesto por Bassols Coma hace veinte años.³⁷

Este enfoque debería completarse, en nuestra opinión, con un entendimiento de la virtualidad de este precepto desde la teoría de los “deberes jurídicos públicos”.

Si bien ahora no puedo desarrollar en detalle esta idea, quiero apuntar que lo que entiendo que pretende el artículo 47 de la Constitución es garantizar jurídicamente que los poderes públicos, especialmente el poder normativo local, van a ofrecer una “oportunidad realista” de obtener un hábitat digno y adecuado a los ciudadanos de los grupos desfavorecidos, evitando así su segregación social. Y esa oportunidad realista sólo será posible *si existe una previa ponderación efectiva de las necesidades de vivienda en los instrumentos encargados de regular la utilización del suelo y de decidir su ubicación*.

Por otro lado, sería imprescindible emprender una tarea de interpretación sistemática del artículo 47 con otros preceptos constitucionales. Entre ellos quiero destacar en este momento la importante virtualidad que, en nuestra opinión, tendría la conexión del derecho a la vivienda con diversos “derechos fundamentales”.

Así, por ejemplo, la conexión del artículo 47 con el artículo 14 (sin olvidar en ningún momento el artículo 9.2), referido al “derecho de igualdad”, abre todo un mundo, complejo y polémico, referido a la posibilidad –o necesidad– del empleo de “acciones positivas” también en el ámbito urbanístico, en relación con aquellos

37. BASSOLS COMA, M., “Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución española de 1978”, RDU, n.º 85, 1983.

“grupos en situación de específica dificultad”, en las palabras de los artículos 37 y 43 de la Ley catalana 24/1991, de vivienda.

Singularmente importante se presenta esta cuestión en relación con los “inmigrantes”, colectivo que sufre con especial virulencia los efectos negativos de la segregación espacial.³⁸ En torno a la cuestión de la inmigración y la segregación espacial deben tenerse en cuenta las previsiones del artículo 13 de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, modificada por la Ley orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. Este precepto prevé que los extranjeros residentes en España tengan derecho “al sistema público de ayudas” en materia de vivienda en las mismas condiciones que los españoles.

En nuestra opinión, esta escueta previsión legal no impide jurídicamente, por un lado, la adopción de acciones positivas específicas. Además, por otro lado, los derechos de los extranjeros no deberían interpretarse limitados a las ayudas en sentido estricto, esto es, a la actividad de fomento de la demanda, sino que habría que entender que incluyen la opción a la adjudicación de viviendas de promoción pública, pues una interpretación sistemática del derecho a la ciudad del artículo 47 de la CE con otros derechos constitucionales y con diversos textos internacionales hace a éste extensible a todas las personas, pese a la dicción literal de este precepto.³⁹

Un ejemplo de actuación pública dirigida a evitar la segregación espacial de los inmigrantes lo tenemos, por ejemplo, en el Decreto andaluz 2/2001, de 9 de enero, referido eufemísticamente a las viviendas de “trabajadores temporales en municipios de alta movilidad laboral”. Este reglamento diseña una serie de medidas de fomento –no establece, pues, obligaciones concretas– dirigidas a promotores privados y públicos para la construcción de pisos pequeños y residencias semicolectivas en régimen de alquiler, con un importe bajo. Este decreto tiene presente en todo momento el impacto espacial de las medidas que trata de aplicar. Así, sólo se aplican esas medidas de fomento a algunos municipios andaluces, la actuación fomentada debe estar ubicada en suelo urbano (para contrarrestar la actual dispersión de los inmigrantes en infravivienda situada en suelo no urbanizable) y, finalmente, el órgano colegiado encargado de elaborar la propuesta de resolución ha de tener en cuenta la idoneidad de la ubicación espacial de la actuación para el logro de la integración espacial.

Pero la interpretación sistemática del artículo 47 no debería terminar ahí. Otros derechos fundamentales están en juego cuando se trata del hábitat y de la segregación espacial. Entre ellos no deberían olvidarse los derechos de libertad de residencia (artículo 19), educación (artículo 27), o intimidad (artículo 18). Una interpretación jurídica de todos estos derechos fundamentales en relación con el

38. Este hecho, por cierto, ha sido ya puesto de relieve en nuestro país, por dos informes del Defensor del Pueblo Andaluz al Parlamento de febrero y julio de 2001, referidos a la situación en el poniente almeriense y Campo de Níjar y en la provincia de Huelva, respectivamente. Se trata de informes notablemente críticos frente a la pasividad detectada de los poderes públicos respecto de la segregación espacial.

39. Ténganse en cuenta los artículos 10.1, 9.2 y 14 de la CE. Igualmente, recuérdense tanto la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1949 (artículo 25) como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (artículo 11.1), que consideran el derecho a la vivienda como un derecho de “toda persona” y de “toda familia”.

hábitat y la profundización en la vía de análisis de las “obligaciones positivas” que de los mismos se pueden derivar podría contribuir a dotar al derecho a la vivienda de un renovado vigor jurídico y al marco constitucional de una virtualidad insospechada en la lucha contra la segregación espacial.⁴⁰

3.2.2. Urbanismo y libertad religiosa

Aunque no pretendo detenerme excesivamente en este punto, sí quisiera hacer algunas breves consideraciones sobre las relaciones entre el artículo 47 de la CE y la “libertad religiosa” contemplada en el artículo 16 de la CE. Se trata de un aspecto de capital importancia, que exige, por sí solo, una atención específica, que aquí no se puede prestar. Pero conviene, al menos, apuntar algunas reflexiones para retomar en el futuro con más calma.⁴¹

A nadie se le escapan los problemas sociales que están generando los intentos de abrir nuevos lugares de culto no católicos; los cuales dan causa al surgimiento de un típico síndrome de NIMBY.⁴² La situación *de facto* existente es la tolerancia municipal de oratorios precarios, en situación irregular, incómodos, peligrosos y, por qué no decirlo, indignos de desempeñar la función que se les asigna.

Ante esta delicada situación, los gestores públicos se demandan qué hacer. No nos atrevemos siquiera a bosquejar una respuesta; que, además, debería ser sólo jurídica, puesto que jurídico es este estudio y, por tanto, incompleta (aunque imprescindible). Sí quisiéramos, sin embargo, apuntar algunas ideas.

En primer lugar, si acudimos al “marco constitucional”, hemos de notar que el artículo 16 de la CE, al contemplar la libertad religiosa, no establece una simple protección frente a injerencias (vertiente “negativa”), sino que exige también una “actitud positiva, desde una perspectiva que pudiéramos llamar asistencial o prescricional”, 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 las libertades garantizados por el convenio”.⁴³

La libertad religiosa debe ponerse en conexión sistemática con diversos preceptos constitucionales; entre los que destacan, a los efectos de este trabajo, los artícu-

40. Véase un desarrollo de lo aquí meramente apuntado en PONCE SOLÉ, J., *Poder Local y...*, op.cit., p. 107 a 120.

41. Algunas de las ideas expuestas a continuación traen causa de la conferencia titulada “Inmigración, religión y derecho urbanístico”, desarrollada en el marco del curso de la UIMP celebrado en Barcelona los días 14 y 15 de octubre y titulado “Los retos del nuevo derecho urbanístico en Cataluña: entre la autonomía local y la cooperación institucional”. Curso que fue dirigido por el Dr. Tomàs Font i Llovet.

42. Acrónimo en inglés de *Not In My Back Yard*, algo así como “no en mi patio trasero”. Esta expresión quiere dar cuenta de los fenómenos de oposición ciudadana que cada vez con mayor frecuencia despiertan los intentos de ubicar espacialmente determinadas infraestructuras, públicas o privadas, bien porque se consideran peligrosas para la salud (plantas incineradoras de residuos, etc.), bien porque no se quieren tener cerca, ante el miedo de que su presencia “atraiga” colectivos no deseados por los habitantes de la zona (centros de rehabilitación de drogodependientes, vivienda social, lugares de culto de ciertas confesiones religiosas, etcétera).

43. Véase el interesante comentario a esta sentencia, con consideraciones sobre el pluralismo religioso y sus límites, de MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo, “El problema de las aspiraciones religiosas incompatibles con el sistema democrático. ¿Se justifica la disolución de un partido político que las auspicia? (STEDH “Partido de la Prosperidad y otros c. Turquía” de 31 de julio de 2001)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, abril-junio, p. 337 y ss., 2002.

los 9.2, 13.1, 14 y 47, partiendo de la idea básica de que “el uso del suelo tiene impacto sobre el efectivo desarrollo de la libertad religiosa”. Preceptos éstos que, a su vez, deben ser interpretados de conformidad con los “instrumentos internacionales” que se ocupan de la libertad religiosa.⁴⁴ Aunque estas normas no expliciten nada respecto a la vertiente espacial de la libertad religiosa, hay que tener en cuenta que para poder llevar a cabo ésta se necesita, obviamente, un espacio físico adecuado. La Ley orgánica 7/1980, de 5 de julio, da por supuesto que existirán lugares de culto “con fines religiosos” (artículo 2).

En el nivel legal, hay que tener en cuenta también las leyes de 1992, de aprobación de la cooperación del Estado con las distintas confesiones religiosas. Éstas también dan por supuesto la existencia de lugares de culto, sin dedicarles ninguna consideración específica en cuanto a su ubicación.⁴⁵ En cuanto a la “legislación urbanística”, los centros religiosos tienen la consideración de “equipamiento comunitario” (junto con centros deportivos, culturales, docentes, sanitarios, asistenciales, etc.). Se trata de centros al servicio de toda la población, que constituyen parte de la estructura general adoptada para la ordenación urbanística del territorio, integrándose en la estructura general y básica de éste.⁴⁶ Corresponde al planeamiento urbanístico señalar el emplazamiento y las características de los equipamientos.

Pues bien, ahí está el punto clave. Porque tradicionalmente, el planificador ha gozado de discrecionalidad para decidir si existían lugares de culto y, caso de existir, dónde debían estar ubicados.

Los centros religiosos han carecido de un “estándar urbanístico independiente”, tratándose indistintamente con el resto de equipamientos.⁴⁷ Además, no ha existido tampoco tradicionalmente ninguna “orientación” de la discrecionalidad planificadora respecto de la “adecuación, o no, de determinados lugares” para fijar el emplazamiento de lugares de culto.

En cuanto a la reducción de la discrecionalidad planificadora, en garantía del ejercicio efectivo del derecho fundamental, siguiendo, por cierto, alguna experiencia foránea interesante, como es el caso de Singapur, cabría plantear la po-

44. Téngase en cuenta los acuerdos con la Santa Sede de 3 de enero de 1979, ratificados mediante instrumentos de 4 de diciembre de 1979, el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos o el artículo 10 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

45. Tomemos una de estas leyes como ejemplo de lo que se sostiene en el texto, ejemplo extensible a las otras leyes. La Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el acuerdo de cooperación del Estado español con la Federación de Comunidades Israelitas de España, señala que “[...] a todos los efectos legales son lugares de culto de las comunidades pertenecientes a la Federación de Comunidades Israelitas de España los edificios o los locales que estén destinados de forma permanente y exclusiva a las funciones de culto, formación o asistencia religiosa [...]” (artículo 2.1). Se parte pues, del dato previo, que no es objeto de tratamiento, de que esos lugares de culto existen. Partiendo de tal presupuesto, este mismo artículo 2 regula la inviolabilidad de los mismos (artículo 2.2), una audiencia específica en caso de expropiación (artículo 2.3), una prohibición de demolición como regla general (artículo 2.3) y la posibilidad de anotarlos en el Registro de Entidades Religiosas (artículo 2.5). Ahora bien, esta norma *no se ocupa de ninguna cuestión conectada con la ubicación espacial de estos lugares de culto* (necesaria existencia prevista en el planeamiento, directrices para su ubicación espacial, etcétera).

46. Con independencia de su titularidad, pública o privada, como recuerda la jurisprudencia (por todas, STS de 27 de abril de 1984, por ejemplo).

47. Véase, por ejemplo, artículos 12.1.b), 13.1.d) del Texto refundido de 1976, artículos 25.1.d), 25.3, 29.1.e) o 45.1 del Reglamento de planeamiento. En la legislación autonómica, véase, por ejemplo, el artículo 65 de la Ley catalana 2/2002.

sibilidad de elaborar específicos estándares urbanísticos referidos a lugares de culto, equipamientos que presentan una singularidad sustancial respecto a otros.⁴⁸

En segundo lugar, es importante tener en cuenta que la “concreta ubicación” de un lugar de culto no es un tema baladí. 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 contemplado en el artículo 16 de la CE, dependiendo, naturalmente, de las circunstancias concretas de cada caso.

En este sentido es muy ilustrativa la sentencia de un Tribunal de Apelación Federal de los Estados Unidos, *Islamic Center of Mississippi, Inc., et al., v. City of Starkville, Mississippi*, de 23 de marzo de 1988. Ante los problemas de una asociación de estudiantes universitarios islámicos para encontrar un lugar donde construir una mezquita, el tribunal norteamericano señala –recordando las palabras del escritor francés Anatole France, a propósito de la “majestuosa igualdad del derecho que prohíbe a todas las personas, tanto a las ricas como a las pobres, dormir bajo los puentes, pedir limosna en las calles y robar pan”– lo siguiente:

“Las normas que hacen accesibles las iglesias, las sinagogas y las mezquitas sólo a aquéllos suficientemente ricos para desplazarse mediante automóvil privado evidentemente restringen (*burden*) el ejercicio de la religión por parte de los pobres, una clase que incluye a numerosos estudiantes. Y una ciudad no puede escapar de la protección constitucional existente contra sus acciones alegando que aquéllos que pretenden la actividad prohibida pueden encontrarla en algún otro sitio. Al hacer una mezquita relativamente inaccesible dentro de los límites de la ciudad a musulmanes que no tienen coche, la ciudad restringe el ejercicio de su religión.”

Por otro lado, la ubicación 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 ya religiosa– que algunos de estos centros religiosos pueden tener, aglutinando así a los miembros de la comunidad. Como hace ya años señaló Leal Maldonado, la mera existencia de un equipamiento no nos dice nada “sobre la localización del mismo” llevándose “con demasiada frecuencia los equipamientos a suelos marginales poco aptos para la edificación de viviendas”.⁴⁹

Si la concreta ubicación de los lugares religiosos presenta tal importancia, pudiera ser aconsejable, cuando menos, orientar la discrecionalidad del planificador urbanístico, ofreciendo criterios que ayuden a evitar la segregación

48. Sobre el caso de Singapur, antigua colonia británica, con una población de tres millones de habitantes, véase, por ejemplo, CHIH HOONG SIN, “The Quest for a Balanced Ethnic Mix: Singapore’s Ethnic Quota Policy Examined”, *Urban Studies*, vol. 39, n.º 8, 2002, p. 1369 y ss. La legislación de este país ha establecido unos elaborados estándares urbanísticos que guían la provisión de equipamientos religiosos, teniendo en cuenta que la sociedad es multiétnica (un 79% de chinos; un 14% de malayos; un 6% de indios y aproximadamente un 1% de europeos y euroasiáticos). Estos estándares intentan garantizar la existencia de iglesias, templos chinos, mezquitas y templos hindúes, teniendo en cuenta variables como el número de viviendas y el tamaño de la parcela edificable.

49. LEAL MALDONADO, J., “Fundamentos para un análisis de los equipamientos”, *Ciudad y Territorio*, n.º 2, p. 14, 1979.

espacial de estos equipamientos.⁵⁰ Véase más adelante lo que se sugiere a propósito de los principios jurídicos legales en la lucha contra la segregación espacial.

En cualquier caso, la ausencia de reflexión actual sobre la ubicación espacial de los lugares de culto deja en el aire 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. Así, y sin ánimo ni de ser exhaustivo ni de responder en este momento a los interrogantes planteados: ¿Podría prohibirse totalmente por un plan la ubicación de centros religiosos en áreas residenciales? ¿Cabría afectar a la libertad religiosa de modo indirecto, ejerciendo competencias no urbanísticas, prohibiendo ciertas actividades conexas; por ejemplo, el sacrificio de animales? ¿Es indiferente dónde se ubiquen los lugares de culto? ¿Es el nivel local el adecuado para la toma de las decisiones referidas a la existencia y ubicación de este tipo de equipamientos? ¿Qué tipo de licencia, si es que es precisa alguna, debe exigirse a un lugar de culto? ¿La situación histórica de la que procedemos podría amparar la adopción por los poderes públicos de una “acción de favorecimiento, siquiera temporal” en favor de determinadas confesiones religiosas como medio de ver “suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial”,⁵¹ facilitándoles la construcción de lugares de culto adecuadamente emplazados espacialmente? ¿Sería conveniente la existencia de una regulación legal específica de las relaciones entre religión y uso del suelo, como vimos existe en los Estados Unidos?

Pero junto con sus conexiones con ciertos derechos fundamentales, la imprescindible interpretación sistemática del artículo 47 de la CE debe enmarcarse con el objetivo último de “la cohesión y la sostenibilidad social”, que se configura como una finalidad de interés general de “rango constitucional”, contemplada implícitamente en diversos preceptos de nuestro texto fundamental (por ejemplo, 9.2, 40 ó 131).

Finalidad que, además, está aludida en diversa normativa de ámbito “comunitario”. Véase, por ejemplo, la recientemente proclamada Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 36. Asimismo, téngase en cuenta el artículo 3.3 de la ya citada Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad; precepto éste que, en conexión con la obligación de 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 autonómica se refiere a la finalidad de la cohesión social como norte de la actividad administrativa, como es el caso de la interesantísima Ley 5/1999, de 8 de abril, de Castilla y León; la cual la menciona tanto en su Exposición de motivos como en su artículo 4.b). Otro ejemplo lo encontramos en la Ley catalana 2/2002, de 14 de marzo, tanto en

50. Téngase en cuenta el artículo 51 del Reglamento de planeamiento, imponiendo que la situación concreta de las áreas destinadas al equipamiento que hayan de reservarse para servicios de interés público y social, entre ellos 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”. En la legislación urbanística, téngase en cuenta, por ejemplo, el artículo 9.5 de la Ley catalana 2/2002, que exige que la distribución en el territorio de los equipamientos se ajuste “a criterios que garanticen la funcionalidad en beneficio de la colectividad”.

51. STC 216/1991, de 14 de noviembre, FJ 5.

su Exposición de motivos, ya aludida, como en su importante artículo 3, que define a la cohesión social como un componente de un desarrollo urbanístico sostenible, el cual ha de ser garantizado en el ejercicio de las competencias urbanísticas.⁵²

3.2.3. El plan de urbanismo como factor de cohesión social

Esta última reflexión sobre la cohesión social nos introduce en una cuestión conectada. Se trata del convencimiento de que sólo mediante la figura del plan urbanístico podrá hacerse frente a la segregación urbana. Pues sólo el plan, no el proyecto urbano puntual, es capaz de estructurar un modelo de ciudad, y, por tanto, de detectar e intentar corregir los fenómenos de desequilibrio y discriminación que puedan ir surgiendo. Lo que conecta de lleno con las actuales cuestiones de la “desregulación” y de la “liberalización” en el ámbito urbanístico y de sus “límites”. Valga simplemente respecto a la importancia del plan la referencia a la nueva legislación francesa ya mencionada y a su apuesta por potenciar el papel de los instrumentos de ámbito local en su búsqueda, precisamente, de un “equilibrio social del hábitat” (según señala literalmente el actual Código del urbanismo). En nuestro contexto, la STC 164/2001, en su FJ 6, ha ligado la exigencia de plan con el artículo 47 de la CE.

Sobre este punto queremos llamar la atención respecto a la modificación del artículo 9.2 de la ley estatal de 1998, que ha suprimido la referencia a que el planeamiento general pueda incluir como suelo no urbanizable terrenos que se consideren “inadecuados para un desarrollo urbano”. Supresión que pone encima de la mesa la cuestión de la capacidad real de las políticas públicas de los gobiernos locales para orientar la expansión urbana y, en consecuencia, la posible vulneración del artículo 140 de la CE.

Es cierto que la reciente STC 164/2001 ha señalado en su FJ 14 que la dicción “original” del artículo 9.2 no suponía una vulneración de las competencias autonómicas, *dado que quedaba en manos de las comunidades autónomas la llave de la clasificación del suelo y, por tanto, en forma alguna cabía entender que se imponía por este artículo un concreto modelo urbanístico y territorial*. La pregunta que surge ahora es si el mismo razonamiento puede ser aplicado al precepto tras su modificación en el año 2000 –aspecto éste no considerado por la STC– y si cabe entender que respeta la autonomía municipal –cuestión ésta tampoco abordada por la STC.

En mi opinión es muy cuestionable que la redacción dada al artículo 9.2 de la Ley 6/1998 tras su modificación por el Real decreto ley 4/2000 respete tanto las competencias autonómicas como la autonomía local, al impedir desarrollar por parte de ambas instancias de poder políticas públicas urbanas propias, teniendo en cuenta las indicaciones ofrecidas por la STC de 2001.⁵³

52. Garantía que no queda en puro deseo pío, por cuanto a lo largo de su articulado la ley instrumenta concretas consecuencias derivadas de la ausencia de desarrollo urbanístico sostenible (véase por ejemplo el artículo 33, referido a la definición del suelo urbanizable) o de la necesidad de justificar que las decisiones adoptadas lo persiguen (véase, por ejemplo, el artículo 59.3, referido a la documentación obligatoria de los planes urbanísticos).

53. En este mismo sentido, BAÑO LEÓN, J. M., “Urbanismo y mercado del suelo: Una perspectiva jurídica”, en CASES, L. (dir.), *Anuario de la Competencia 2001*, Fundación ICO-Marcial Pons, p. 343 y ss., 2002.

3.2.4. El aspecto competencial: el juego del artículo 149.1.1 de la CE en las STC 61/1997 y 164/2001

Si nos mantenemos en el plano constitucional, pero ahora desde una “perspectiva competencial”, otra de las cuestiones a considerar es la responsabilidad que cada nivel de poder debe asumir en la lucha contra la segregación espacial.

Aparecen entrelazados aquí diversos títulos competenciales, destacadamente los referidos a la materia vivienda, la ordenación del territorio y el urbanismo. Dejando de lado ahora este último sector material, del que nos ocuparemos más adelante, a propósito del papel de los entes locales, quisiéramos ahora introducir algunas reflexiones sobre los dos primeros.

En este sentido, queremos apuntar que la interpretación del Tribunal Constitucional de la competencia estatal en materia de vivienda se ha basado, como es sabido, en los títulos competenciales derivados de los artículos 149.1, apartados 11 y 13 de la CE, rechazando la conexión entre los artículos 47 y 149.1.1 de la CE.

Esta doctrina del Tribunal Constitucional se basa en una visión predominantemente economicista de la vivienda, con menor énfasis en su vertiente social, como puso de relieve el voto particular de Rubio Llorente a la STC 152/1998. Sin embargo, la postura del TC en materia de vivienda podría tener que ser objeto de rectificación futura, a la luz de su importantísima Sentencia 61/1997, de 20 de marzo.

Ésta, como es sabido, ha venido a configurar el artículo 149.1.1 de la CE como un título competencial estatal autónomo; aunque, bien es cierto, la sentencia no haya obtenido de esa afirmación todas las consecuencias de esperar en relación con los artículos 98 y 206.1.e) del Decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio, preceptos referidos, precisamente, a viviendas sometidas a algún régimen de protección pública y anulados por motivos competenciales.

En relación con estos dos preceptos, el TC estableció su conexión con el artículo 47.1 de la CE pero no dio el paso siguiente; es decir, la conexión del derecho a la vivienda con el artículo 149.1.1 de la CE. Lo que no es sorprendente, pues se explica por uno de los paradigmas asentados en el derecho urbanístico español que se preocupa prevalentemente por el derecho de propiedad con relegación de otros derechos constitucionales.

Sin embargo, una interpretación consecuente con la caracterización del artículo 149.1.1 como un título competencial autónomo, de acuerdo con la Sentencia 61/1997, de 20 de marzo, trae a primer término la compleja y delicada cuestión del posible papel del Estado en el diseño de regulaciones normativas que, con el debido respeto de la autonomía de las comunidades autónomas y los entes locales, contribuyan a poner freno a los procesos segregativos en curso. Procesos que, como nos consta ya, comprometen tanto derechos fundamentales como derechos sociales.⁵⁴ En cualquier caso, es preciso señalar que el artículo 149.1.1 establece una competencia estatal de mínimos, no de máximos. Es decir, en el caso que nos

54. La cuestión puede plantearse en estos términos: ¿podría el Estado introducir en su legislación urbanística determinados principios tendentes a combatir la segregación espacial (véase *infra*: por ejemplo, el de la mezcla de usos urbanísticos en la ordenación)? ¿Podría establecer la necesidad de que los planes de urbanismo reservaran suelo para vivienda social? ¿Podría incluir directrices sobre la existencia y ubicación de lugares de culto religioso? La respuesta depende en gran medida, sin duda, del alcance de estas regulaciones. Por ejemplo, en cuanto a la exigencia de vivien-

ocupa, quizás el Estado podría diseñar principios y directrices que garanticen un mínimo en el disfrute del derecho a la ciudad, pero no pueden cerrar el desarrollo autonómico y local de otros principios u otras directrices (así como de concretas medidas), quizá “más” sociales incluso, que puedan establecer en desarrollo de sus competencias sobre la materia.⁵⁵

En cuanto a las competencias en materia de ordenación del territorio, y por citar en este momento sólo un aspecto relevante en este ámbito, debe ser notada la importancia de contar con “planes supramunicipales” que cuantifiquen las necesidades de vivienda y que también orienten la ordenación urbanística municipal respecto a la concreta ubicación de las viviendas sociales. Ésta es la línea francesa actual, con la figura de los esquemas de coherencia territorial.

3.3. El papel del legislador y del planeamiento urbanístico en la lucha a favor de la cohesión social

Si descendemos ahora un escalón en el sistema normativo, es necesario un análisis del papel que el “legislador” (autonómico y, en los términos antes esbozados, estatal, en su caso) pueda desempeñar respecto de la segregación espacial.

3.3.1. Mezcla social y diversidad de usos urbanísticos y de tipologías de viviendas: a) principios orientadores del planeamiento local; b) reforzamiento de la exigencia de ponderación específica de las necesidades de vivienda, y c) establecimiento de estándares relativos a la existencia de vivienda social y a la existencia de equipamientos comunitarios. Algunos ejemplos extraídos de las modernas legislaciones autonómicas

Si la homogeneidad de usos urbanísticos y de tipologías de viviendas en un área urbana es un factor de riesgo de segregación espacial, al generar uniformidad social, como parecen demostrar las experiencias foráneas expuestas y corroboran en nuestro país los datos de que disponemos, parecería lógico entender que el antídoto natural sería la inyección de “diversidad”, para, de ese modo, promover por parte de los poderes públicos y la mezcla social.

La pregunta clave a formular al respecto es cómo el derecho puede ser un vehículo de diversidad.

da social: ¿Se flexibilizaría en función de circunstancias a apreciar por las comunidades autónomas y los entes locales o sería una obligación rígida? ¿Incluiría un concreto porcentaje de vivienda social inalterable o sólo la necesidad de su existencia?, etc. En cualquier caso, se plantea aquí la hipotética extensión *de facto* de las competencias estatales sobre el uso del suelo, de la mano del artículo 149.1.1. Sobre este aspecto, puede consultarse PONCE SOLÉ, J.: *Poder local y...*, *op. cit.*, pp. 142 y 143.

55. En este sentido, nos parece discutible la STC 239/2002, de 11 de diciembre, aunque no se refiera al ámbito urbanístico. Se trataba de la resolución de conflictos positivos de competencias acumulados contra varios decretos andaluces que regulaban la concesión y el pago de ayudas económicas complementarias a las pensiones de jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas. Pues bien, en el FJ 10 el TC analiza una posible vulneración del artículo 149.1.1 de la CE. Tras descartar ésta, el TC señala que “el Estado siempre podrá adoptar” al amparo del artículo 149.1.1 de la CE en lo que ahora interesa, “las medidas que resulten convenientes para evitar los posibles efectos disfuncionales” generados por la acción normativa autonómica. Entendemos que la competencia que pueda derivar del artículo 149.1.1 de la CE habilita para establecer un mínimo estatal común, en garantía de los derechos de los ciudadanos, (una “plataforma”), no un máximo estatal *limitador* de los derechos de los ciudadanos, aplicable a todas las comunidades autónomas (un “techo”).

En mi opinión, diversas técnicas jurídicas concretas pueden ser operativas a tal fin. Así, además del conocido papel de los patrimonios públicos del suelo,⁵⁶ quiero centrar mi atención en tres de ellas.

a) El establecimiento legal de principios orientadores del planeamiento urbanístico.

En cuanto a la “fijación legal de principios jurídicos”, si bien no puedo tampoco ahora desarrollar esta idea, debe subrayarse la importancia que progresivamente está adquiriendo, en un contexto de mutación de las estructuras normativas y de mayor complejidad en la definición de los intereses generales, la orientación de la actividad administrativa por medio de la previsión legal de principios generales. Mediante estos “principios” se puede construir un derecho “dúctil” capaz de orientar la necesaria discrecionalidad del planificador urbano, sin aniquilarla, y de facilitar el posterior control judicial de la misma.⁵⁷

En nuestro derecho vigente ya existen ejemplos, relevantes aunque dispersos, de este tipo de principios, tanto en normas jurídicas estatales como en autonómicas. Por citar en este momento sólo algunos, podemos hacer referencia al artículo 30.4 del Real decreto 1186/1998, de 12 de junio; el cual señala que en las áreas de rehabilitación:

“Las operaciones se ajustarán estrictamente al planeamiento urbanístico vigente, *debiendo en todo caso quedar asegurada la diversidad social y de usos, y, en particular el realojamiento de la población residente en los términos establecidos en la legislación vigente.*”

En segundo lugar, entre la legislación autonómica urbanística destaca la Ley de Castilla y León 5/1999, de 8 de abril. Esta ley fija la cohesión social como uno de sus objetivos, como ya advertimos, y a tal fin establece diversas orientaciones para el planeamiento municipal.

El artículo 38.2⁵⁸ establece que para fomentar la “cohesión social”, el planeamiento procurará la mezcla equilibrada de grupos sociales, usos urbanísticos y actividades, debiendo fijarse el llamado “índice de variedad urbana”, en suelo urbano no consolidado y suelo urbanizable. Este índice consiste en una reserva de suelo para usos no predominantes, de extensión mínima variable, a fijar reglamentariamente.

Se trataría, en definitiva, de reconducir inductivamente éste y otros supuestos y de reflexionar sobre la utilidad, expuesta en el trabajo, de incluir en la legislación urbanística general principios semejantes, que orientara la discrecionalidad urbanística y ofreciese apoyo al control judicial de las soluciones segregativas.

De igual modo, las “directrices” que pudieran elaborar las comunidades autónomas al amparo de su legislación de ordenación del territorio también podrían contener orientaciones similares del planeamiento municipal. Directrices además de cumplimiento controlable, en su caso, a través de la aprobación definitiva del pla-

56. Sobre los cuales MENÉNDEZ REXACH, A., “Reflexiones sobre el significado actual de los patrimonios públicos”, *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales* (95-96), 1993, cree necesario volver a reflexionar en la actualidad. Coincido con la necesidad de tal reflexión, que sugiero debiera incorporar el objetivo de lucha contra la segregación urbana y a favor de la cohesión social.

57. ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil*, Trotta, 1995. Con más detalle, véase PONCE SOLÉ, J., *Poder local y...*, op. cit., p. 154 y 155.

58. Modificado por la Ley 10/2002, de 10 de julio.

neamiento local, como se desprende de la conocida jurisprudencia del TS y ha confirmado la STC 159/2001, a propósito del texto refundido catalán, con un razonamiento que entendemos está falto de una reflexión más incisiva (que podría haberse realizado teniendo en cuenta la citada jurisprudencia del TS) sobre el “alcance” (no ya sobre la mera posibilidad de existencia) del acto autonómico de aprobación definitiva.⁵⁹

b) El reforzamiento legal de la procedimentalización de la valoración pública de las necesidades de vivienda.

Pero la promoción de la diversidad mediante el derecho podría encontrar otras vías jurídicas adicionales, en conexión con la consideración de las “necesidades de vivienda social y de equipamientos religiosos y de la cuestión de su ubicación territorial”.

Así, como avanzamos, pudiera ser conveniente reflexionar sobre la necesidad de que la legislación urbanística exigiera, específicamente, la “ponderación” de las necesidades de vivienda y de equipamientos religiosos existentes por parte del ente local planificador, y demandara su plasmación en algún documento concreto, una especie de “impacto social” de los planes. Este documento debería mostrar que esa evaluación se ha efectuado realmente durante el procedimiento de elaboración del planeamiento urbanístico, como un elemento a tomar en consideración para el logro de un hábitat digno y adecuado, haciendo realidad un cumplimiento más efectivo de las obligaciones derivadas de los diversos derechos constitucionales vistos y del artículo 53.3 de la CE, al hacer “visible” la atenta consideración de las necesidades, “cuantitativas” pero también “cualitativas” (así, su lugar de ubicación), de viviendas sociales o lugares de culto. Todo ello en la línea de las experiencias comparadas expuestas antes.

c) La fijación legal de estándares relativos a ubicación de vivienda asequible.

Por otro lado, en tercer lugar, la intervención legislativa en la búsqueda de la diversidad podría llegar a ser, incluso, más agresiva, de la mano de la “previsión de específicos estándares legales referidos a viviendas sometidas a algún régimen de protección pública o a lugares de culto”, cuya previsión pasaría, de este modo, a ser “obligatoria” y no meramente facultativa para el planificador.

Se trata, sin duda, de una técnica jurídica interesante, que no deja de presentar, sin embargo, interrogantes respecto a su respeto de la autonomía de los entes locales planificadores, al establecer, de hecho, una reducción del ámbito de su discrecionalidad urbanística. Especialmente en aquellos casos, ya existentes en diversa legislación autonómica, en que la ley no sólo obliga al planeamiento a prever determinados tipos de construcciones, sino que, incluso, “fija los concretos porcentajes de éstas”. La moderna generación de leyes autonómicas tiende a incluir entre sus previsiones específicos estándares referidos a la “necesaria reserva de porcentajes de suelo para ser destinados a vivienda protegida”.

59. En esta línea, por ejemplo, ténganse en cuenta los artículos 85 y 90 de la Ley catalana 2/2002, a propósito de las consideraciones contenidas en los informes al planeamiento derivado a elaborar por las comisiones territoriales de urbanismo y de los posibles motivos de denegación de las aprobaciones definitivas autonómicas de ese planeamiento. Estos preceptos permitirían fundar la denegación en apreciaciones sobre el “equilibrio territorial y la organización correcta del desarrollo urbano”, las “políticas supramunicipales de suelo” y de “vivienda” y la negativa influencia sobre el desarrollo urbanístico sostenible, que, como nos consta ya, incluye una vertiente de sostenibilidad social (artículo 3).

Pueden traerse a colación algunos ejemplos recientes para ilustrar lo que se apunta. La Ley de Navarra 35/2002, de 20 de diciembre, de ordenación del territorio y el urbanismo, establece en su artículo 52 que los planes generales deberán incluir determinaciones para asegurar que como mínimo el 50% de la nueva capacidad residencial se destine a la construcción de viviendas sometidas a algún tipo de protección pública.⁶⁰ Por su parte, la Ley de Castilla-La Mancha 1/2003, de 17 de enero, señala en su artículo 2 (que modifica el 24 de la Ley 2/1998) que los planes de ordenación municipal en municipios de más de 10.000 habitantes de derecho están obligados legalmente a destinar, como mínimo, la superficie de suelo precisa para que un 50% de la total edificabilidad residencial materializable en los sectores de suelo urbanizable se dedique a viviendas sujetas a un régimen de protección pública que, cuando menos, habilite a la Administración a tasar su precio.⁶¹

Sin ánimo de entrar ahora en una cuestión que demanda un análisis cuidadoso, podemos avanzar nuestra conclusión de que, respetando determinados límites, se trata de una vía posible desde un punto de vista constitucional, a explorar por el legislador urbanístico.⁶²

Cosa distinta es la necesidad de analizar cuál sea la “auténtica efectividad” de estas medidas, en un contexto de caída en picado de la construcción de viviendas protegidas, ante el poco interés de los promotores privados, dado el desfase entre el precio máximo de venta fijado y los precios de mercado en un momento de auge económico. Este hecho, junto con los problemas derivados de la no infrecuente venta con sobreprecio de las viviendas públicas construidas, debería provocar una reflexión sobre la “viabilidad real” del entero sistema jurídico tradicional para la provisión de vivienda asequible.

Debe destacarse la necesidad de potenciación de las “fórmulas de alquiler”, en su caso incluso con aval público de rentas a pagar a arrendadores privados, como ya se está realizando en la práctica en algunos casos. De igual modo, debe profundizarse en la exploración de mecanismos jurídicos de seguridad para evitar la frustración en la eficacia en el servicio al interés general. Así, por ejemplo, en Cataluña el Síndic de Greuges ha sugerido en su Informe al Parlamento del 2000 la búsqueda de inspiración en la figura, propia de la compilación de derecho civil, de la llamada “venta a Carta de Gracia”, para hacer frente a la venta de viviendas públicas a terceros con sobreprecio.⁶³

En cualquier caso, lo que debería tenerse en cuenta en el desarrollo de cualquier política pública urbana es el impacto que ésta, directa o indirectamente, pueda tener en la segregación espacial. Debería, pues, desarrollarse una sensibilidad socio-espacial, igual que se ha ido desarrollando una sensibilidad medioambiental.

60. El horizonte de la nueva capacidad residencial es de ocho años y se especifica que al menos la mitad de ese 50% deberá dedicarse a viviendas de protección oficial. El artículo 52.2 establece una válvula de flexibilización de esa exigencia para el caso de ayuntamientos de menos de 3.000 habitantes, que podrán reducirla o eliminarla, siempre que lo justifiquen, no exista plan supramunicipal que los vincule y obtengan la aprobación del consejero autonómico competente.

61. Este precepto es de notable extensión y junto a esta regla general contiene matizaciones, extensiones y excepciones a las que aquí no se hace referencia.

62. Un análisis de esta legislación puede hallarse en PONCE SOLÉ, J., *Poder Local y...*, op. cit., p. 164 y ss.

63. Figura que finalmente ha sido recogida en el artículo 165 de la Ley catalana 2/2002, de 14 de marzo.

Sensibilidad que debe implicar: 1) la preocupación por la existencia de suficiente vivienda social y equipamientos religiosos; 2) que además estén correctamente ubicados espacialmente, y 3) que, en el caso de la vivienda, sea adecuadamente atribuida entre aquellos ciudadanos con necesidades específicas, mientras que en el caso de los equipamientos religiosos se consiga gestionar el pluralismo religioso existente, promoviendo la existencia de suficientes lugares de culto.⁶⁴

En otras palabras, el desarrollo sostenible, en general y por lo que ahora interesa específicamente el urbanístico, debe cohesionar los imperativos derivados del necesario desarrollo económico con los conectados a la protección del medio ambiente y de la cohesión social. Del mismo modo, pues, que se considera indiscutible la idea de sostenibilidad ambiental, debe potenciarse el concepto de “sostenibilidad social”, que ha de tener impacto, sin duda, sobre el diseño y la ejecución de políticas públicas urbanas, en lo que ahora importa, las urbanísticas. En este sentido, los gestores públicos deberían tener en cuenta los avances realizados en la medición del desarrollo sostenible en su vertiente territorial, atención que tampoco deberían descuidar los operadores jurídicos.⁶⁵

Como se ha señalado, dada la dimensión territorial que revisten todas las políticas para el ejercicio efectivo de los derechos humanos, la noción de “cohesión territorial” sería, entonces, “la traducción geográfica de los derechos humanos”, en el marco del “modelo europeo” de cohesión económica y social.⁶⁶

3.3.2. Procedimiento planificador y eficacia de los derechos constitucionales implicados

Junto al legislador, los propios entes locales tendrán un papel determinante en la lucha contra la segregación espacial, a través de su planeamiento urbanístico. A continuación se van a exponer algunas de las ideas esenciales sobre las relaciones entre los planes y la diversidad de usos y tipologías de viviendas, como antídoto contra la segregación espacial.

Ante todo, parece necesario hacer referencia a una cuestión aparentemente obvia. El hecho de que la discrecionalidad urbanística municipal permita la fijación de lo que en palabras literales de las sentencias del Tribunal Constitucional 61/1997 y 164/2001 se denominan “las políticas de ordenación de la ciudad” o las “opciones de política urbanística” no supone que el poder local pueda hacer no importa qué. Los gobiernos locales deben respetar, naturalmente, los “límites” establecidos por el ordenamiento jurídico, pero deben ir más allá. También están obligados a seguir

64. Esta última consideración nos lleva a las cuestiones de los criterios para seleccionar a los ocupantes de las viviendas sociales y al problema de facilitar lugares de culto adecuados a una pluralidad de confesiones religiosas en un territorio limitado. Sin duda, temas complejos, necesitados de tratamiento en nuestro Derecho.

65. GARCÉS FERRER, J.: *La nueva sostenibilidad social*, Ariel, Madrid, 2000. Puede verse un intento científico de medir el desarrollo humano sostenible en España (con componentes referidos al uso del suelo) en dos trabajos realizados por matemáticos y arquitectos, respectivamente, y publicados en la revista *Ciudad y Territorio*, xxxii (123), 2000. Se trata de los estudios de LASSO DE LA VEGA, M. C. y URRUTIA KAREAGA, A. M., “Desarrollo humano sostenible en las comunidades autónomas españolas. Análisis comparado de indicadores” (p. 29 a 40), y de FRANCHINI, T. y DAL CÍN, A., “Indicadores urbanos y sostenibilidad. Hacia la definición de un umbral de consumo sostenible de suelo” (p. 41 a 55).

66. Càtedra Jean Monnet d'Integració Europea, Universitat de Lleida, *El “model europeu” de cohesió econòmica i social*, Fundació Carles Pi i Sunyer, p. 37, 2001.

la orientación ejercida por los derechos constitucionales aludidos y por los principios legales que puedan informar la actividad planificadora.

Dicho en otras palabras, los entes locales están obligados a desplegar una “buena administración” en el ámbito urbanístico, situándose en la posición idónea para adoptar las decisiones más convenientes para los intereses generales; los cuales, como nos consta ya, demandan el logro de la cohesión social y, por tanto, la lucha contra la segregación espacial.⁶⁷ Es decir, los entes locales están obligados a adoptar medidas para conjurar este peligro. Y un paso previo para la adopción de tales medidas, imprescindible, será la “ponderación” durante la toma de la decisión urbanística del problema de la segregación espacial y de las alternativas para afrontarlo.

En definitiva, el “procedimiento planificador debido” se constituye como una garantía del despliegue de los derechos constitucionales, no únicamente del de propiedad sino de todos los ya aludidos –que se “procedimentalizan”, por así decirlo– y también como una garantía del logro de un servicio adecuado a los intereses generales mediante el correcto uso de la discrecionalidad urbanística.

Esta “procedimentalización” de los derechos constitucionales, pese a su aparente modestia, “tiene una trascendencia enorme”, especialmente en el ámbito que nos ocupa. Por un lado, porque la atenta ponderación procedimental de la relación entre el uso del suelo y los derechos fundamentales (entre ellos, como ya dijimos, el de la libertad religiosa) permite articular la “vertiente positiva” de algunos de estos derechos, que exige la adopción de medidas públicas encaminadas a garantizar su auténtica efectividad. Aspecto éste que conecta, de modo general, con la virtualidad de los derechos fundamentales en la actualidad.

Por otra lado, porque la “procedimentalización” de los derechos sociales contenidos en el capítulo III del título I (entre ellos el derecho a una vivienda digna), debe permitir hacer efectivos estos derechos sobre el terreno. Efectivamente, si la gran cuestión es “cómo hacer operativos estos derechos”, partiendo de lo establecido por el artículo 53.3 de la CE, está claro que el procedimiento planificador, en este caso, ha de permitir que la práctica municipal, que la “legislación positiva” (en este caso el plan), que la discrecionalidad urbanística, en definitiva, “reconozca, respete y proteja” los mismos. Es mediante el “procedimiento debido” que debe “informarse” la normativa y la práctica urbanística con estos derechos. Con la ventaja añadida, en el caso urbanístico, de que la ausencia de ponderación de estos derechos sociales –por tanto, la ausencia de reconocimiento, respeto y protección, al no haber informado los mismos la norma urbanística ni la práctica municipal– podrá conducir a la invalidación de la norma por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, quedando la legitimación para recurrir judicialmente abierta a todas aquellas personas o grupos que consideren que el plan urbanístico es una fuente (por activa o por pasiva) de segregación urbana.

El plan de urbanismo, como resultado de ese procedimiento debido, adquiere máxima relevancia como instrumento de lucha contra la segregación espacial, me-

67. Al respecto, con carácter general véase PONCE SOLÉ, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

diante medidas que inciten la mezcla de usos urbanísticos y la correcta ubicación de la vivienda social o de los equipamientos religiosos para el logro de la diversidad social.

Estas medidas en nuestro ordenamiento en vigor “pueden ser adoptadas voluntariamente” por el poder local, en ejercicio de su poder normativo en el marco de sus competencias propias urbanísticas; sin necesidad, por cierto, de proceder a modificaciones legislativas. Ahora bien, una legislación urbanística consciente de su papel respecto de la cohesión social, como se apuntó más arriba, puede acabar de vencer las hipotéticas “reticencias” locales en tal sentido; lo que puede tener relevancia, especialmente en estos supuestos, donde estamos ante casos proclives a la generación del síndrome NIMBY, ya aludido.

Ahora bien, podemos avanzar que una consideración del planeamiento urbanístico en estos términos exigirá la revisión de algunos de los paradigmas jurídicos subsistentes, que pueden actuar como lastre.

Así, por ejemplo, sería preciso revisar, en nuestra opinión, la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo que, desde un entendimiento muy discutible del papel y funcionalidad de los planes, a los que considera equivocadamente simples reglamentos burocráticos, niega reiteradamente que éstos puedan reservar suelos para la provisión de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública, a falta de una remisión explícita efectuada por la ley urbanística. Esta jurisprudencia llega a entender, incluso, que tal reserva de suelos supondría una desviación de poder, como es el caso de la STS de 23 de octubre de 1989. Pues se argumenta que la provisión de viviendas asequibles exige siempre y únicamente una actividad pública de fomento, no siendo posible usar a tal fin la potestad de planeamiento.

En nuestra opinión, el motivo de fondo que explica esta jurisprudencia es la preocupación del TS por la defensa del propietario afectado por tal reserva; la cual da lugar, en principio, a un menor aprovechamiento en relación al permitido por el plan.

Ahora bien, consideramos discutible la argumentación y la conclusión judicial. La razón estriba en que esa calificación para el logro de vivienda asequible puede compensarse mediante la introducción por el propio plan general o por el plan parcial (éste respecto a los usos pormenorizados en suelo urbanizable) de coeficientes de ponderación, que expresen el valor del uso asignado respecto del uso característico de la unidad de actuación correspondiente, a fin de calcular adecuadamente el aprovechamiento promediado (tipo o medio) y lograr así un reflejo adecuado de la situación específica en el aprovechamiento susceptible de apropiación por el propietario afectado.⁶⁸

Sólo si en ausencia de esa operación, o ante su defectuosa realización, no se logra el necesario reparto de cargas y beneficios entendemos que tiene sentido la interferencia judicial. No lo tiene, sin embargo, en la fase previa, esto es en la decisión de la reserva en sí, pues no es función judicial decidir el tipo de política pública, de fomento o regulación, a emplear para la consecución del fin constitucional perseguido.⁶⁹

68. Como es habitual que se prevea por la legislación autonómica. Por ejemplo, téngase en cuenta el artículo 72 de la Ley de Castilla-La Mancha 2/1998, de 4 de junio, de ordenación del territorio y de la ordenación urbanística, modificado ahora por la Ley 1/2003, de 17 de enero.

69. El reparto adecuado de cargas y beneficios en este contexto podría facilitarse mediante otorgamientos por el planteamiento de edificabilidades extras, en correlación a las reservas efectuadas. A no otra lógica responden los aludidos *density bonus* norteamericanos.

3.4. Control judicial y segregación espacial

Para finalizar nuestro recorrido, procede ahora analizar cuál pueda ser el “papel judicial” en el ámbito que nos ocupa.

Por de pronto, debe subrayarse que el poder judicial, concretamente la jurisdicción contencioso-administrativa, “está comprometido” en la lucha contra la segregación espacial, por mandato constitucional, además. Efectivamente, una conexión sistemática de los artículos 9.1, 9.2, 16, 24.1, 47.1, 53.3 y 106.1 del texto constitucional sustenta la afirmación de que los órganos judiciales, al juzgar a la Administración, deben contribuir a que ésta gestione mejor los intereses generales, corrigiendo aquellas prácticas que, por acción u omisión, provocan segregación espacial e impiden o dificultan la cohesión social, garantizando así en este ámbito una buena administración y los derechos de los ciudadanos.

Naturalmente, los órganos judiciales han de mantenerse en todo momento dentro de sus límites funcionales, también previstos en la propia Constitución. Es éste, como es sabido, un tema nuclear del derecho administrativo.

Lo cierto es que, hasta el momento, un análisis de los repertorios de jurisprudencia nos muestra la inexistencia de líneas jurisprudenciales en torno a la segregación espacial, quizás debido a la novedad del problema, quizás debido a la escasa sensibilidad judicial actual frente al mismo, que parece deducirse de algunas sentencias en que se podría haber encarado la resolución del caso desde perspectivas aquí expuestas. Téngase en cuenta lo dicho anteriormente, a propósito de la reserva por los planes urbanísticos de suelos para viviendas sometidas a algún régimen de protección pública.

Otro ejemplo del control judicial limitado desplegado hasta el momento lo encontramos en la STS de 21 de julio de 1999. Ante la pretensión de nulidad del acto de aprobación definitiva de un plan parcial por omisión de la consideración de su impacto social, el TS despacha la cuestión afirmando literalmente que “es inconcebible la pretensión de nulidad de un acto en función de la omisión de una documentación no exigida de modo expreso en la ley, y cuya concurrencia es preciso deducirla de modo análogo”, operación ésta que el TS no realiza, pese a la posibilidad brindada por la amplitud con que el artículo 58 del RP configura el contenido de la Memoria de los Planes Parciales; el cual, implícitamente, llama sin duda a una toma en consideración, como no podría ser de otra manera, del impacto social del plan.

Por ello, una reforma de la normativa urbanística en el sentido antes expuesto podría favorecer, sin duda, la existencia de más firmes asideros en este ámbito para la delicada, pero imprescindible, labor judicial.

Ahora bien, sin necesidad de esperar a esa hipotética reforma normativa, creemos que los órganos judiciales cuentan ya con elementos jurídicos suficientes para empezar a establecer una nueva jurisprudencia en caso de necesidad de detener decisiones segregativas.

3.4.1. Igualdad, grupos vulnerables y proporcionalidad

Una línea que puede sugerirse es la del empleo a fondo de la virtualidad de determinados principios jurídicos como parámetros de control de la discrecionalidad urbanística, una técnica bien conocida entre nosotros.

Uno de ellos puede ser el “principio de igualdad”. Asentado ya su empleo por el TS como instrumento que limita la discrecionalidad urbanística en garantía del derecho de propiedad, el siguiente paso exigirá el despliegue de la potencialidad del principio de igualdad respecto a los intereses colectivos; impidiendo, de este modo, la existencia de discriminaciones globales y *de facto* de los grupos vulnerables en el ámbito urbanístico.

En fin, sin poder ahora profundizar esta línea, la jurisprudencia norteamericana expuesta en su momento puede suponer un punto de referencia.

Otro instrumento interesante puede ser el uso del “principio de proporcionalidad” como límite de aquellas decisiones manifiestamente segregadoras. Tampoco podemos ahora profundizar en este aspecto.⁷⁰

3.4.2. El control del procedimiento debido planificador

En segundo lugar, considero que el control judicial riguroso del “procedimiento debido planificador y de la justificación exteriorizada” podría suponer la garantía judicial de la existencia de una efectiva ponderación del potencial peligro de segregación espacial, así como de la adecuada toma en consideración de las necesidades de viviendas asequibles o de lugares de culto religioso y, en consecuencia, de los intereses de ciertos grupos vulnerables. Con nuestro ordenamiento actual este control ya puede articularse, mediante el análisis de las memorias de los planes⁷¹ y, en el caso específico de los “planes especiales de reforma interior”, mediante el escrutinio atento de los estudios de impacto social a que se refiere el artículo 83.4 del RP.

De nuevo nos enfrentamos a un tema de enorme enjundia, que debo otra vez renunciar a tratar ahora, pues supone, nada menos, que el replanteamiento de la funcionalidad del control judicial de la discrecionalidad urbanística por medio del escrutinio del procedimiento planificador.

Elementos hay ya para proceder a ese replanteamiento. Por un lado, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aunque no directamente aplicable desde luego, puede suponer un acicate para el afinamiento del control judicial interno, de la mano de la proclamación del derecho a una buena administración en su artículo 41.

En otro ámbito, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos ha notado también la fundamental importancia del procedimiento de adopción de decisiones urbanísticas, como auténtica garantía del adecuado despliegue de la discrecionalidad existente en este ámbito; a propósito, por cierto, del derecho al respeto de la vida privada y familiar (artículo 8 del convenio), en relación con asentamientos gitanos. Este tribunal apuesta por un “control riguroso de la seriedad de los procedimientos públicos de adopción de decisiones sobre el uso del suelo”,

70. PONCE SOLÉ, J.: *Discrecionalidad urbanística y autonomía municipal*. Civitas-EAP de Cataluña, Madrid, 1996.

71. En el ámbito autonómico, véase el artículo 59.3 de la Ley catalana 2/2002, que exige de la Memoria de los planes la “justificación de la observancia del objetivo del desarrollo urbanístico sostenible y de las directrices de planeamiento urbanístico”. Recordar, por un lado, que el desarrollo urbanístico sostenible en la ley catalana incluye la cohesión social (artículo 3). Por otro, que dentro de las directrices a respetar por el planificador (y a justificar ese respeto en la memoria) se incluye la de conseguir que el emplazamiento de los equipamientos (incluidos los religiosos) garantice la funcionalidad de los mismos en beneficio de la colectividad (artículo 9).

como compensación a la existencia de los mencionados ámbitos valorativos urbanísticos.⁷²

4. Reflexiones finales: ¿un derecho urbanístico más social en el contexto de una sociedad pluricultural y multiconfesional?

Quisiéramos, para concluir, efectuar algunas “reflexiones finales”:

1) Lo que se ha pretendido a lo largo de este análisis ha sido, en primer lugar, poner de relieve que tenemos un problema creciente: el de la segregación espacial, fenómeno que puede llegar a comprometer nuestra cohesión social.

2) En segundo lugar, he intentado subrayar que este problema no surge de modo espontáneo, sino que es un “fallo de mercado”, una externalidad negativa derivada del mercado inmobiliario, incapaz de construir ciudades integradas espacialmente por sí mismo. Como ha notado Guillot, el geómetra característico del Estado moderno ha de dejar paso al ingeniero social, que intenta actuar sobre sistemas sociales autónomos (economía, etc.) con vistas “a orientarlos hacia el interés general”, en lugar de dejar éste al albur del desarrollo espontáneo inspirado por el mercado.⁷³

3) En tercer lugar, he tratado de poner de relieve que dicho problema puede ser agravado, aunque también aliviado, por la acción de los operadores jurídicos, y que es posible intentar medidas jurídicas para evitar lo primero y procurar lo segundo. Como ha señalado el Consejo de Estado francés “[...] los problemas de la cohesión social y la cuestión de la inmigración no encontrarán solución si no es mediante el derecho del urbanismo”.⁷⁴

4) Por tanto, creo que, para desempeñar su irrenunciable papel, el urbanismo español, como ya ha ocurrido en otros países, deberá convertirse a corto plazo en mayor medida en un “urbanismo social”, siguiendo así los postulados del artículo 1 de nuestra Constitución.

Esto exigirá, además de diversos ajustes técnicos, algunos de ellos sugeridos en el trabajo, un auténtico cambio de enfoque sobre la entera regulación de la actividad urbanística, que ha de afectar transversalmente a distintos elementos. En este sentido, deberá tomarse conciencia de lo que se podría denominar la “territorialización de las políticas públicas”, acercándose el tratamiento jurídico del urbanismo a lo que cabría definir como un “urbanismo de proximidad”, que tome en consideración no sólo aspectos cuantitativos (“cuántas” viviendas asequibles, “cuántos” equipamientos...) sino también aspectos cualitativos y cotidianos (“dónde” están esas viviendas, “qué tipo” de equipamientos faltan, “cómo” se distribuye el uso de esas viviendas, “quién” tiene acceso a esos equipamientos...).

5) Algunos elementos relevantes en esa “reinención” del urbanismo ni siquiera han sido aquí aludidos y requerirían un estudio específico. Es el caso, por ejemplo, de la cuestión de la “reorganización territorial y competencial”, a fin de superar una excesiva fragmentación administrativa y evitar egoísmos localistas que puedan lle-

72. Por ejemplo, caso *Beard* contra Reino Unido de la Gran Bretaña, de 18 de enero de 2001.

73. GUILLOT, P.Ch.-A., *Droit de l'urbanisme*, p. 7, Ellipses, 2001.

74. *L'urbanisme: pour un Droit plus efficace*. La documentation française, p. 11, París, 1992.

gar a generar mayor segregación espacial. Esta línea de actuación contra el crecimiento urbano difuso y la segregación espacial está siendo intentada en Francia, mediante diversas medidas legislativas adoptadas en los años noventa.⁷⁴ Esta experiencia puede constituir un interesante campo de estudio.

6) Este "reorientamiento" social del urbanismo en España se está produciendo, sólo en parte, por medio de las "nuevas generaciones de leyes urbanísticas autonómicas"; las cuales son sensibles al problema de la segregación urbana, por lo menos en cuanto a su consideración de lacra a combatir. De igual modo, no es infrecuente que se intente luchar contra ella mediante la "reserva específica de suelo para vivienda social". Mucho menos desarrollado en esta legislación está la "utilización de principios jurídicos orientadores de la discrecionalidad local"; estableciendo, por ejemplo, la mezcla de usos urbanísticos y de tipologías de viviendas. Principios que deberían posibilitar la auténtica orientación de la discrecionalidad local para hacer efectivos los derechos sociales constitucionales (artículo 53.3 de la CE), de tal modo que si la "legislación positiva", es decir los planes, no los tuviera en cuenta, quedaría la puerta abierta para un posterior control judicial, que podría hallar así más firmes agarraderos jurídicos que los existentes hasta el momento, a fin de desarrollar su esencial función constitucional.

7) Por último, la consideración específica del problema que pueden plantear los equipamientos religiosos está ausente, de momento, en el panorama urbanístico español. Es éste un aspecto importante que requerirá, sin duda, de reflexiones más pausadas, aunque su tratamiento no pueda ya esperar mucho. El futuro de nuestras ciudades y sociedades puede depender, al menos en parte, de la valentía e imaginación que demostremos en el tratamiento de esta cuestión.

74. Nos referimos a las ya citadas Leyes francesas Voinet de 25 de junio de 1999, sobre *l'aménagement et le développement durable du territoire* y Chevènement, de 12 de julio de 1999, sobre *le renforcement et la simplification de la coopération intercommunale*.