

Inmigración, religión y Derecho urbanístico¹

1. Introducción. El urbanismo en las sociedades pluriculturales. A propósito de otra manera de entender el Derecho urbanístico en conexión con diversos derechos constitucionales.

2. Religión y Derecho urbanístico en el Derecho comparado. Análisis de algunas regulaciones en Asia, América y Europa.

2.1. Singapur. 2.2. Estados Unidos. La lucha jurídica por un Derecho constitucional.

2.3. Francia: los problemas de la República.

3. Libertad religiosa, orden público y Derecho urbanístico en España.

3.1. Algunos datos relevantes. La situación actual. 3.2. El marco jurídico internacional.

El marco legal español. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con la libertad religiosa. 3.3. Libertad religiosa y cohesión social. 3.4. Las decisiones de la jurisdicción contencioso-administrativa: remisión a la cuestión de las licencias. 3.5. Catálogo de posibles problemas jurídicos en relación con el urbanismo y la libertad religiosa. Ordenación urbanística, libertad religiosa y orden público. 3.5.1. El planeamiento urbanístico y la libertad religiosa. 3.5.2. Aplicación singular de la normativa urbanística y de otras regulaciones existentes. La cuestión de las licencias urbanísticas y de las licencias de apertura.

4. Algunas reflexiones jurídicas para el debate. Políticas públicas posibles dentro del marco jurídico existente. Propositiones de *lege ferenda*.

4.1. La peculiaridad de los equipamientos religiosos. ¿Sería conveniente una regulación legal específica? Los estándares urbanísticos y el papel de las ordenanzas locales. 4.2. Ordenación del territorio y religión. ¿Sería conveniente un cambio de perspectiva en la adopción de decisiones territoriales con impacto religioso? 4.3. Protección de la efectiva libertad religiosa y gestión urbanística: a propósito de la cesión de suelos para la construcción de templos y su instrumentación jurídica. 4.4. El importante papel judicial en la defensa de la libertad religiosa territorializada.

5. Para concluir provisionalmente. Una realidad fáctica y una posibilidad jurídica: el peso de la historia y las *affirmative actions* en relación con determinadas confesiones religiosas.

Juli Ponce Solé
Profesor titular de Derecho Administrativo
de la Universidad de Barcelona

1. Correo electrónico: jponce@dret.ub.es. El origen del presente artículo se halla en la conferencia "Inmigración, religión y Derecho urbanístico", desarrollada dentro del curso Los retos del nuevo Derecho urbanístico en Cataluña: entre la autonomía local y la cooperación institucional, dirigido por

el Dr. Tomàs Font y coordinado por el Dr. Juli Ponce, que tuvo lugar en octubre de 2002, en el marco de los cursos de otoño de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo. La versión original ha sido retocada, ampliada y actualizada para la presente publicación.

1. Introducción. El urbanismo en las sociedades pluriculturales. A propósito de otra manera de entender el Derecho urbanístico en conexión con diversos derechos constitucionales

El presente estudio trata de abordar, de forma introductoria, las relaciones entre el fenómeno religioso y el urbanismo, campo de estudio prácticamente virgen hasta el momento en España.²

Debe advertirse que el análisis que aquí se efectúa tendrá un contenido puramente jurídico. Aunque tal como entiendo el Derecho, es decir, desde un punto de vista que se podría denominar *realista o funcionalista*, considero imprescindible el manejo de datos y aportaciones ofrecidas por otras ciencias, para conseguir que la aproximación jurídica sea útil y no un puro juego *formal* de juristas.³

Lo expuesto justifica que junto a la exposición sistemática –y, en su caso, crítica– de la normativa, jurisprudencia y doctrina jurídica relacionadas con el objeto de nuestro estudio, también se realicen consideraciones relativas a las diversas *políticas públicas* posibles en este campo, aunque sin decantarme en ningún momento por ninguna de ellas. Se tratará, sencillamente, de efectuar una primera incursión en los posibles cursos de acción a adoptar por los gestores públicos, teniendo en cuenta, siempre, los *límites negativos* y los *deberes positivos* impuestos por nuestro ordenamiento jurídico.⁴

El punto de partida en la cuestión que nos ocupa debe situarse en la constatación de que la sociedad en que nos encontramos es una sociedad crecientemente *pluricultural*, debido, entre otros fenómenos, a la inmigración. La inmigración está suponiendo en el caso español 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, como ya he expuesto en otro lugar, 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”.⁵

En cualquier caso, en los próximos años va a ser necesario “pensar la religión”, por utilizar las palabras del filósofo Eugenio Trias.⁶ Y en ese “pensar la religión” habrá que reflexionar también sobre el impacto territorial de ésta.

Teniendo en cuenta que para poder expresar la religiosidad individual y colectiva es necesario un lugar físico (iglesia, mezquita, sinagoga...) y que el mismo debe ubicarse en una trama urbana, claramente puede advertirse el vínculo entre religión y urbanismo, de tal modo que el segundo puede ser un elemento facilitador (o entorpecedor) del libre desarrollo de la religiosidad. 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 he elegido, como ejemplo, el pluralismo religioso. Dicho en otros términos, *el real ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa previsto en el artículo 16 de nuestra Constitución está condicionado de uno u otro modo con la regulación existente del uso del suelo*. Fenómeno éste de relación entre Derecho constitucional y Derecho urbanístico que ya he tenido ocasión de subrayar a propósito, entre otros, del derecho a la vivienda.⁷

Esta relación entre el Derecho urbanístico y diversos derechos constitucionales (libertad religiosa, vivienda, intimidad, educación...) me lleva a insistir, como ya hemos hecho en anteriores ocasiones, en la necesidad de *un cambio de paradigma dogmático* en el ámbito de esta rama del Derecho administrativo, de tal modo que deje de estar obsesionado por el derecho de propiedad sobre el suelo y, sin descuidar desde luego éste, que se ocupe de otras perspectivas y de otras inquietudes que afectan no sólo a los propietarios del suelo. Considero que esta línea de investigación y reflexión puede llegar a ofrecer resultados satisfactorios para la consolidación y el desarrollo de nuestro Estado social y democrático de derecho.

2. Pueden encontrarse, no obstante, algunas referencias a la cuestión en PONCE SOLÉ, J., “Derecho urbanístico y derechos constitucionales. Las relaciones entre vivienda, equipamientos religiosos y cohesión social”, en FONT LLOVET, T. (dir.), *Anuario del Gobierno Local 2002*, Fundación Democracia y Gobierno Local-IDP, 2003, págs. 111 a 144.

3. Véase sobre el enfrentamiento entre formalismo y realismo –en sentido amplio– jurídico, ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, págs. 273 y ss.

4. En relación con el concepto de política pública y su utilidad en el ámbito del análisis jurídico-administrativo, véase, por ejemplo, BALLART, X. y RAMÍO, C., *Ciencia de la Administración*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 481 y ss.

5. Insistimos que es una analogía empleada *a grosso modo*, válida sólo en la medida que sirva para *visualizar* lo ocurrido. Desde luego, somos perfec-

tamente 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*.

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

7. 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.

Partiendo de estas inquietudes que subyacen en todo el tratamiento de la cuestión, el análisis se dividirá en tres grandes bloques.

En primer lugar, se efectuará una brevísima visita a sociedades y derechos que han debido hacer frente a la multiculturalidad en su vertiente religiosa. Un caso lejano (Singapur), otro más cercano (EE.UU.) y finalmente una sociedad semejante a la nuestra (Francia) pueden ilustrarnos sobre las relaciones entre religión y Derecho urbanístico, perspectiva, como dijimos, quizá extraña en nuestro marco de pensamiento jurídico tradicional pero que, como veremos, es objeto de tratamiento específico en tales derechos.

En segundo lugar, efectuaré un análisis del régimen jurídico vigente en España, intentando detectar los problemas de aplicación de las normas y las lagunas actualmente existentes en torno a la cuestión que nos ocupa. Debe advertirse que los centros de culto que aquí nos interesan son aquéllos abiertos al público.

Finalmente, se realizarán algunas reflexiones referidas al papel del legislador, de las administraciones públicas y de los jueces en relación con el Derecho urbanístico y su impacto en el ejercicio de la libertad religiosa. La intención no es, ni mucho menos, ofrecer soluciones acabadas a un tema de extraordinaria complejidad, necesitado de ulteriores investigaciones más detalladas. En esta tercera parte del estudio se intentará, simplemente, apuntar líneas teóricas de reflexión con posible impacto práctico a corto plazo en determinadas políticas públicas.

2. Religión y Derecho urbanístico en el Derecho comparado. Análisis de algunas regulaciones en Asia, América y Europa

En mi opinión, debe destacarse la utilidad de los análisis de sociedades pluriculturales con tradición histórica de conflicto y de búsqueda de mecanismos de resolución de éste, debido a la pluralidad de confesiones religiosas existentes, en virtud de la composición de su población. Como ya he tenido ocasión de destacar en otros trabajos míos, el fenómeno de creciente *globalización* no puede dejar de afectar a los ordenamientos jurídicos, enfrentados a problemas similares en contextos económicos semejantes. Y como parte integrante del Derecho público, el Derecho urbanístico no puede permanecer al margen de semejante fenómeno.

2.1. Singapur

Como es sabido, este país asiático, ex colonia británica, ha conocido un desarrollo económico espectacular aso-

ciado a la existencia de un alto nivel educativo. Sus más de tres millones de habitantes conforman una sociedad multiétnica, con tres grupos principales: los chinos (con un 79% de la población), los malayos (14%), los indios (6%) y los europeos y euroasiáticos (con un 1%).

La regulación pública del uso del suelo en Singapur parte de una idea previa firmemente asumida: la situación de los equipamientos religiosos puede influir en la decisión de los ciudadanos de fijar su residencia (aunque, sin duda, la existencia de vivienda asequible también influirá). Es decir, se parte del presupuesto de que la política pública que se siga en materia de equipamientos religiosos no sólo condicionará el libre ejercicio de cada religión sino que condicionará las decisiones que tomen los ciudadanos respecto a dónde fijar su residencia, pues la cercanía de la vivienda al equipamiento religioso, donde realizan sus prácticas religiosas cotidianas, es un elemento que estos ciudadanos tienen en cuenta.

Con este punto de partida, el legislador de Singapur ha llevado adelante una regulación que intenta evitar la concentración étnica en determinados enclaves, tratando de evitar la segregación urbana. Para ello ha establecido una serie de estándares urbanísticos teniendo en cuenta el mosaico social expuesto, la búsqueda de variedad religiosa y requisitos de espacio. Los estándares urbanísticos que guían la provisión de equipamientos religiosos son:

a) Como regla general:

a.1) Debe existir una iglesia por cada 12.000 viviendas, en parcelas de 3.000-4.500 m².

a.2) Debe existir un templo chino por cada 9.000 viviendas, en parcelas de 2.000-3.000 m².

a.3) Debe existir una mezquita por cada 20.000 viviendas, en parcelas de 2.500 m².

a.4) Debe existir un templo hindú por cada 90.000 viviendas, en parcelas de 1.800-2.500m².

b) Estos estándares pueden ser atemperados por consideraciones específicamente dirigidas a dispersar grupos étnicos en el espacio. Así, por ejemplo, el sector público puede construir mezquitas en áreas con pocos malayos, con el fin de atraerlos.⁸

2.2. Estados Unidos. La lucha jurídica por un Derecho constitucional

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

8. Sobre la situación en Singapur, puede consultarse, entre otros, el trabajo de CHIH HOONG SIN, "The Quest for a Balanced Ethnic Mix: Singapore's

Ethnic Quota Policy Examined", *Urban Studies*, vol. 39, núm. 8, 2002, págs. 1369 y ss.

federal entre las diez que forman el *Bill of Rights* y que 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.⁹ 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.¹⁰

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 1997.¹¹ 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*, 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*.¹²

En definitiva, las relaciones entre la religión y el Derecho urbanístico en Estados Unidos forman parte de

una problemática viva, que ha generado una interesante *jurisprudencia*, lo que ha forzado la intervención específica del legislador para clarificar el sentido de la primera enmienda constitucional en el ámbito urbanístico.

En la ley de 2000 se ve con gran claridad las conexiones entre Derecho urbanístico y religión. No en vano la sección segunda de la norma se refiere al *uso del suelo como un ejercicio de la religión*.

2.3. Francia: los problemas de la República

Según datos del año 2000, Francia contaba con 1.500 lugares de culto musulmanes, aunque sólo existían ocho mezquitas con minarete visible.¹³

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 del Estado, establece los principios de laicidad y neutralidad. Estos principios prohíben la concesión de ayudas públicas a una específica confesión religiosa. La Sentencia del Tribunal Administrativo de Grenoble de 31 de diciembre de 1991 ha recordado esta prohibición de ayudas públicas.¹⁴

Por supuesto, la legislación urbanística francesa se aplica en igualdad de condiciones respecto de los lugares de culto, tal y como se haría con cualquier otro tipo de construcción. Otra cosa es que se haga un mal uso concreto de las potestades administrativas. Un ejemplo lo constituye la Decisión del Tribunal Administrativo de Lyon de 10 de febrero de 1993, que controla y anula decisiones administrativas referidas a la construcción de lugares de culto de los Testigos de Jehová.

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 muni-

9. 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.

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

11. 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.

12. Cuestionada la constitucionalidad de esta ley, la Sentencia *Freedom Baptist Church of Delaware County vs. Township of Middletown*, dictada por el juez de distrito Dalzell en mayo de 2002, reafirmó su constitucionalidad.

13. ECHKENAZI, A., *La Gazette des communes des départements et des régions*, núm. 1555, del 19 de junio de 2000.

14. 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* pág. 668). De igual modo, el Consejo de Estado, en su Decisión de Ville de Lille de 7 de marzo de 1969, ha señalado que no se vulneran los principios de neutralidad y laicidad si se autoriza la construcción de un equipamiento destinado a diversos cultos religiosos en el interior de una ciudad escolar.

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", en *Revue Administrative*, núm. 173, 1993, págs. 190 y ss.

cipios, 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.¹⁵

La reflexión en marcha en el país vecino lleva incluso a plantear la oportunidad de modificar la ley de 1905 de separación entre estados 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 provenientes de ciertos países árabes, que pueden presentar un riesgo de potenciación del extremismo religioso.¹⁶

3. Libertad religiosa, orden público y Derecho urbanístico en España

3.1. Algunos datos relevantes. La situación actual

Como ya se apuntó, el fenómeno de la inmigración ha potenciado el tránsito rápido de la sociedad española hacia una realidad pluricultural. Así, por ejemplo, en el caso de Cataluña, esta comunidad autónoma cuenta con 150.000 musulmanes, los cuales no tienen ninguna mezquita construida como tal en el territorio catalán.¹⁷ Es más, es fácil recordar las polémicas a que ha dado lugar diversos intentos de construir mezquitas en diversas poblaciones catalanas, como, por ejemplo, Premià de Mar o Mataró.

Un posible enfoque de la cuestión sería entender que el *mercado* se ocupará de los usos religiosos, como lo hace de otros usos urbanísticos. Sin embargo, debe notarse la existencia de un problema, dado que factores ajenos a la lógica mercantil interfieren en los mecanismos del mercado, provocando su fallo y haciendo de los usos religiosos, en ocasiones, *usos débiles*. A nadie se le escapan los problemas sociales que están generando los intentos de abrir algunos nuevos lugares de culto *no*

católicos en España, los cuales dan causa al surgimiento de un típico síndrome de NIMBY.¹⁸ Las razones que pueden explicar este comportamiento son, sin duda, plurales y complejas, pero nos atrevemos a apuntar, simplemente, algunos elementos:

a) Así, por ejemplo, el miedo a que el equipamiento religioso genere un centro de integrismo, especialmente tras el fatídico 11 de septiembre de 2001, teniendo en cuenta que la financiación (y el control) de estos centros puede venir de países extranjeros con intereses de los que se desconfía.

b) La sobradamente conocida situación del parque de vivienda español: muy bajo alquiler (claramente por debajo de la media europea), evidente predominio de la propiedad, mediante préstamos hipotecarios, no infrecuentemente entendida como valor de inversión. Cualquier factor que pueda alterar el valor de la propiedad constituye un problema económico de primer orden para los propietarios, que intentan evitar de cualquier modo “problemas” (más bien lo que es percibido por ellos y la sociedad como “problemas”) que puedan hacer descender el precio de su inmueble.

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

Ante esta delicada situación, los gestores públicos se demandan qué hacer. No es intención del presente estudio jurídico ni siquiera bosquejar una respuesta, la cual, además, debería ser sólo legal, y, por tanto, incompleta, aunque imprescindible. Sí quisiéramos, sin embargo, apuntar algunas ideas, necesitadas, sin duda, de ulteriores investigaciones.

15. Con todo, debe tenerse en cuenta que a partir de los años sesenta del siglo xx la Iglesia católica francesa aceptó poner a disposición de los musulmanes locales para el ejercicio de su culto.

Según la posición oficial del Ministerio del Interior a mediados de los años ochenta del pasado siglo, la situación histórica existente en Francia ha determinado que los lugares de culto estén en manos de las confesiones religiosas establecidas desde antiguo en Francia (singularmente la católica). Dada la situación de hecho, en una respuesta escrita elaborada por el ministro del Interior francés el 9 de agosto de 1984, se considera posible y deseable la ayuda específica a otras confesiones distintas, singularmente la islámica, en virtud de un principio de compensación, que permitiría la existencia de ayudas sin violar la separación Iglesia-Estado.

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

17. Datos extraídos de *El País Semanal*, núm. 1346, domingo 14 de julio de 2002, pág. 37.

18. 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).

3.2. El marco jurídico internacional. El marco legal español. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con la libertad religiosa

En primer lugar, si acudimos al *marco constitucional*, hemos de partir del artículo 16 de la CE:

“Artículo 16.

“1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

“2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

“3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones.”

Este precepto, 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 podríamos llamar “asistencial o prestacional”, consagrando una aconfesionalidad o laicidad positiva (STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4). En idéntica línea, el Tribunal de Derechos Humanos, en su Sentencia de 31 de julio de 2001, ha señalado que “el Estado tiene la obligación positiva de asegurar a toda persona dependiente de su jurisdicción, y sin que quepa renunciar a ello anticipadamente, el pleno disfrute de los derechos y libertades garantizados por el Convenio”.¹⁹

La libertad religiosa debe ponerse en conexión sistemática con diversos preceptos constitucionales, entre los que destacan, a los efectos de este trabajo, los artículos 9.2, 13.1, 14 y 47, partiendo de la idea básica de que *el uso del suelo tiene impacto sobre el efectivo desarrollo de la libertad religiosa*.²⁰

19. 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 2002, págs. 337 y ss.

20. Artículo 9.2

Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Artículo 13

1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley.

Artículo 14

Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Artículo 47

Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para [...] la utilización del suelo de acuerdo con

Preceptos éstos que, a su vez, deben ser interpretados de conformidad con los *instrumentos internacionales* que se ocupan de la libertad religiosa.²¹

Entre éstos destacan los cuatro acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, ratificados mediante los instrumentos de 4 de diciembre de 1979. En ninguno de los cuatro existe ninguna referencia a un régimen especial o singular en materia urbanística para los centros de culto católicos. Lo que se limita a establecer el Acuerdo de asuntos jurídicos en su artículo 1 es que:

“5) Los lugares de culto tienen garantizada su inviolabilidad con arreglo a las leyes. No podrán ser demolidos sin ser previamente privados de su carácter sagrado. En caso de su expropiación forzosa, será antes oída la autoridad eclesiástica competente.”

Aunque todas éstos instrumentos internacionales 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.²²

Entre los instrumentos más recientes puede hallarse ya alguna mención a esta dimensión espacial de la libertad religiosa. Podemos subrayar al respecto la Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad, cuyo artículo 3 señala que:

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

En el nivel legal, hay que tener en cuenta, además de la Ley orgánica 7/1980, de 5 de julio, las *Leyes de 1992, de aprobación de la cooperación del Estado con las distin-*

el interés general [...].

Artículo 53.3

El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo 3.º informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

21. Téngase 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.

22. En este sentido, la Ley orgánica 7/1980, de 5 de julio, que desarrolla el artículo 16 de la CE, da por supuesto que existirán lugares de culto “con fines religiosos”:

Artículo 2 de la Ley orgánica 7/1980, de 5 de julio

“Dos. Asimismo comprende el derecho de las iglesias, confesiones y comunidades religiosas a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos, a designar y formar a sus ministros, a divulgar y propagar su propio credo, y a mantener relaciones con sus propias organizaciones o con otras confesiones religiosas, sea en territorio nacional o en el extranjero.

“Tres. Para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos, militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos.”

tas confesiones religiosas. Todas estas leyes también dan por supuesto la existencia de lugares de culto, sin dedicarles ninguna consideración específica en cuanto a su ubicación.²³

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.²⁴ 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*, donde debían estar ubicados.

Los centros religiosos han carecido de un *estándar urbanístico independiente*, tratándose indistintamente con el resto de los equipamientos.²⁵ 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. Así, el texto de 1976 trata a los equipamientos religiosos indistintamente con el resto de los equipamientos; el artículo 12.1.b), en relación con el PGOU, y el artículo 13.1.d) respecto del Plan Parcial establecen la necesidad de la existencia de equipamientos, pero no establecen estándares concretos. En cuanto al Reglamento de planeamiento tanto el artículo

25.1.d), como el 25.3 (los PGOU serán fijados “en función de las necesidades del conjunto de la población a la que han de servir [...]”), como el 29.1.e) (los PGOU en suelo urbano contemplarán equipamientos “en proporción adecuada a las necesidades colectivas y a las características socioeconómicas de la población”), como el artículo 45.1.e) (referido a planes parciales), tampoco fijan ningún estándar concreto para centros religiosos. Pero es importante la referencia que se hace a la necesidad de que el gobierno local tenga en cuenta las necesidades socioeconómicas de la población.²⁶ De igual modo, tampoco la legislación urbanística autonómica ha solido establecer estándares específicos de equipamientos religiosos.²⁷

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 –recordan-

23. Dejando ahora de lado la Ley orgánica 7/1980, de 5 de julio, citada en la nota anterior, tomemos ahora una cualquiera de las otras leyes aludidas como ejemplo de lo que se sostiene en el texto, ejemplo extensible a las otras tres. 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 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).

24. Con independencia de su titularidad, pública o privada, como recuerda la jurisprudencia (por todas, la STS de 27 de abril de 1984, por ejemplo). La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, alude en su artículo 2 a los edificios permanentes de carácter público o privado cuyo uso principal sea el religioso.

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

26. Aunque el artículo 45.1.e) citado sí prevé para, por ejemplo, las zonas deportivas un estándar mínimo de 18 m² por vivienda o por cada 100 m² de edi-

ficación residencial a falta de número expreso de viviendas, con el límite de no poder ser inferior la reserva al 10% de la total superficie ordenada.

27. Así, el ahora derogado Decreto legislativo catalán 1/1990 señalaba en el artículo 23.2.1 que el PGOU fijaría el emplazamiento de templos, y en el artículo 25.2.b) que en el contenido del Plan Parcial era preciso respetar un estándar consistente en la dedicación de una superficie mínima correspondiente a 6 m² por vivienda (siempre con una superficie total superior al 4% de la del ámbito), pero sin referencia específica a templos, sino que mezclaba éstos con otros equipamientos comunitarios, como centros asistenciales, etcétera.

La Ley catalana 22/1998, por la que se aprueba la Carta Municipal de Barcelona, prevé en su artículo 65.2.d) la posible –no obligatoria– reserva de emplazamientos para “templos” de forma explícita.

En cuanto a la Ley catalana 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo, actualmente vigente, el artículo 65, referido al Plan Parcial, apartados 3 y 4, establece unos estándares globales para equipamientos, cuya cuantificación varía en función de los usos urbanísticos de los sectores, sin consideración específica a los templos:

–Sector de uso residencial, único o mezclado con otros usos: reserva para equipamientos de titularidad pública (sin especificar la clase) necesaria de 5 m² de suelo por 25 m² de techo, debiendo ser siempre la reserva igual o superior al 5% de la superficie del ámbito.

–Sector de uso industrial o comercial, la reserva mínima de equipamientos (sin mención de titularidad pública) debe ser igual o superior al 5% de la superficie del ámbito.

Otro ejemplo en el mismo sentido (ausencia de estándar específico para templos), lo constituye la moderna Ley de Cantabria de 2001. Su artículo 39.3 establece una reserva para equipamientos sociales (religiosos y otros, mezclados) no inferior a 5 m² de suelo por habitante.

do 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, sinagogas y 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 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”.²⁸

Si la existencia y 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 inexistencia o la segregación espacial de estos equipamientos.²⁹

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. Esta “expresión odiosa”, que “hubiera sido mejor que no quedara consagrada en la Constitución”, en la opinión fundamentada del profesor Lorenzo Martín-Retortillo,³⁰ auténtico concepto jurídico indeterminado, queda más concretado de la mano del artículo 3 de la Ley orgánica 7/1980, de 5 de julio:

“Uno. El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la *seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la ley en el ámbito de una sociedad democrática.*”

De entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el artículo 16 de la CE, queremos destacar las STC de 15 de octubre de 1982 (número 62, ponente Gómez-Ferrer) y de 15 de febrero de 2001 (número 46, ponente Pablo García Manzano). En la primera se señala que el límite del orden público del artículo 16 de la CE puede incluir la moralidad, entendida como un “*minimun ético*” utilizable por la ley, pero necesariamente rodeado de garantías. En la segunda se señala que la protección del orden público *no es una cláusula preventiva de eventuales riesgos, en general*. Con una excepción, la posible existencia de una secta, si existen riesgos debidamente acreditados derivados de su actividad.

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

3.3. Libertad religiosa y cohesión social

Pero junto con sus conexiones con ciertos derechos fundamentales, la imprescindible interpretación sistemática del artículo 16 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 cita-

28. LEAL MALDONADO, J. “Fundamentos para un análisis de los equipamientos”, en *Ciudad y Territorio*, núm. 2, 1979, pág. 14.

29. 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”.

30. MARTÍN-RETORTILLO, L. “El orden público como límite al derecho de libertad religiosa”, en su obra *Bajo el signo de la Constitución*, IEAL, Madrid, 1983, pág. 299. Sobre el concepto de orden público en general, puede consultarse, por ejemplo, CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., “Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública”, en RAP, núm. 27, 1990, págs. 9 a 25, quien considera que “la seguridad pública sería el concepto general que abarcaría al orden público (entendido en su sentido estricto de protección de libre ejercicio de los derechos fundamentales) y a la seguridad ciudadana (entendida como protección de personas y bienes en los términos ya conocidos)”.

da 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 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.³¹

3.4. Las decisiones de la jurisdicción contencioso-administrativa: remisión a la cuestión de las licencias

Aunque hasta el momento los conflictos judiciales surgidos en España en relación con la regulación urbanística del hecho religioso se han concentrado en la cuestión de la licencia de apertura de este tipo de edificaciones (*vid. infra*), no faltan algunas decisiones judiciales interesantes respecto a la ordenación urbanística del uso religioso. Concretamente, merece la pena reseñar tres decisiones, que ayudan a clarificar algunos posibles equívocos. Se trata de la STS de 29 de enero de 1980 (Aranzadi 286), de la STS de 10 de diciembre de 1984 (Aranzadi 6529) y de la STS de 4 de febrero de 1987 (Aranzadi 267).

Así, la STS de 29 de enero de 1980 versó sobre los siguientes hechos. La empresa municipal urbanizadora de Cullera (capital 100% público) aportó los terrenos necesarios (2.514 m²) para la construcción de una nueva parroquia, con el fin de colaborar en “tan elevados propósitos”. Solicitada la licencia de edificación, se pide la construcción, además, de la vivienda del cura párroco y del centro parroquial. El ayuntamiento deniega esta solicitud en razón de que tales terrenos eran dedicados por el Plan general a zona libre de uso público con un límite de edificabilidad. La denegación se recurre por el Obispado de Valencia.

La STS señala lo siguiente:

a) La potestad de planeamiento no se opone ni interfiere con la esfera de propia actuación de la iglesia a que se refiere el Concordato.

b) Las “limitaciones” que son “generales” o “genéricas” de la normativa urbanística no afectan a la libertad para erigir nuevas parroquias que prevé el Concordato.

c) El silencio de la legislación urbanística en relación con este tipo de edificaciones no significa su exclusión sino, bien al contrario, la sujeción al régimen general.

En la misma línea, la STS de 10 de diciembre de 1984 señala que “la afectación en el planeamiento metropolitano (caso de Barcelona) para equipamiento docente actual de un bien de la pertenencia dominical de una comunidad religiosa, no puede suponer ofensa alguna” para el Concordato porque el mismo no configura “ningún especial estatuto para el derecho de propiedad de la Iglesia y demás comunidades religiosas, que no sea el mismo que para los demás ciudadanos se regula en el marco civil y en el urbanístico”, salvo las referencias puntuales en materia de expropiación.

Finalmente, cabe destacar la STS de 4 de febrero de 1987, la cual señala que el hecho de que un plan especial concrete que unos terrenos serán destinados a equipamiento religioso de titularidad pública no vulnera la neutralidad del artículo 16.3 de la CE, pues la aconfesionalidad estatal “no significa que la Administración pública no puede ni debe atender las necesidades religiosas de los ciudadanos”.

3.5. Catálogo de posibles problemas jurídicos en relación con el urbanismo y la libertad religiosa. Ordenación urbanística, libertad religiosa y orden público

Si bien en el momento actual los problemas que surgen ante la instalación de nuevos equipamientos religiosos se concentran esencialmente en el momento de la aplicación del planeamiento urbanístico existente, como se dijo antes, lo cierto es que la concesión o no de las licencias pertinentes es consecuencia directa de la ordenación urbanística previa existente y dependiendo del tratamiento que ésta dé a los usos urbanísticos quedará condicionada la concesión o denegación de las licencias.³² Se recuerda este punto porque, como se argumentará, una buena ordenación urbanística puede contribuir en gran medida a prevenir posteriores conflictos puntuales ante la solicitud de instalación de un centro de culto.

31. 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).

32. Como es sobradamente conocido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido sosteniendo el carácter reglado de la licencia urbanística, sin distinción de ningún tipo (por todas, la STS de 22 de septiembre de 1992). Carácter reglado que explicitaba el artículo 243.3 del Real decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio, precepto que fue, sin embargo, anulado por la STC 61/1997.

Por otro lado, quizá no sea ocioso recordar también que la ubicación de centros de culto no tiene la misma problemática en la trama urbana consolidada que en aquélla sometida a procesos de remodelación o expansión, es decir, en el suelo urbano consolidado y en el no consolidado o urbanizable; tampoco se trata de la misma situación cuando se pretende instalar un oratorio en un edificio plurifamiliar ya construido que cuando se quiere construir un nuevo inmueble dedicado, exclusivamente, a uso religioso; de igual modo, dependiendo del concreto municipio, aspectos tales como el suelo disponible, la composición de su población y otros pueden hacer variar los problemas y las hipotéticas soluciones. Por ello, toda generalización puede ser equívoca, aunque, en mi opinión, sea necesario construir una red conceptual general flexible, adaptable con posterioridad a las concretas circunstancias expuestas.

En cualquier caso, es obvio que la sujeción de determinadas actividades, incluidas las conectadas con la práctica religiosa, no es mala *per se*. En el caso de la libertad religiosa, ésta se ejerce en lugares físicos susceptibles de tener problemas de seguridad o salubridad. Y para servir al interés general –que demanda tanto que se pueda practicar la propia religión como que no se muera quemado en un incendio en el local habilitado a tal efecto–, los poderes públicos pueden y deben ejercer sus potestades y competencias. De ahí que, como vimos, tanto el artículo 16 de la CE como el artículo 3 de la Ley orgánica 1/1980, de 5 de julio, limiten el derecho a la libertad religiosa en cuanto pueda afectar a los derechos fundamentales de los demás, la seguridad, la salud e, inclusive, la vaporosa “moralidad pública”. Cuestión distinta, aunque no distante, es que el ejercicio de las potestades para proteger el orden público devenga un ardid para dificultar o impedir la práctica religiosa, mediante trabas urbanísticas. Aunque en tal caso, estaríamos ante patologías jurídicas, controlables por los medios habituales, entre ellos, destacadamente, la desviación de poder a que hace referencia el artículo 63.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

3.5.1. El planeamiento urbanístico y la libertad religiosa

De la jurisprudencia analizada en otros países de nuestro entorno con una mayor tradición histórica de pluralismo religioso, se pueden aislar una serie de cuatro frecuentes puntos conflictivos:

33. En materia específica de ruidos, por ejemplo, hay que tener en cuenta el impacto que los mismos pueden generar. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencia 119/2001) y el Tribunal Supremo (STS de 7 de noviembre de 1990) resaltan que los ruidos pueden llegar a suponer una vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, y del derecho a un medio ambiente adecuado. No debe olvidarse al respecto la legislación autonómica en materia de lucha contra el ruido. El papel de las ordenanzas locales ha de ser crucial, juntamente con el planeamiento urbanístico. El artículo 9.7 de la Ley catalana de protección contra la contamina-

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

En el caso español, ¿sería aceptable una regulación urbanística municipal que prohibiera de raíz el uso religioso en zonas urbanas consolidadas residenciales? Los términos del problema se presentan en modo semejante al caso estadounidense. Utilizando nuestro ordenamiento jurídico, cabría sostener que en ejercicio de su competencia urbanística [artículo 25.2.d) de la LBRL] los municipios podrían llegar a adoptar válidamente tal decisión, protegiendo el orden público, siempre que fundamentaran adecuadamente tal decisión (aquí la memoria del planeamiento desempeñaría un papel esencial) y respetaran el principio de proporcionalidad, el cual, como es sabido, demanda la adopción de la alternativa menos gravosa posible siempre que sea eficaz en la protección del interés general. Alternativa menos gravosa que probablemente consistiría en sustituir la prohibición total por el establecimiento de razonables requisitos (capacidad del local, requisitos de aislamiento sonoro, necesidad de contar con aparcamiento suficiente, etc.).³³ De igual modo, no habrá que olvidar que una prohibición radical a la instalación de nuevos lugares de culto, aceptando no obstante el mantenimiento de los ya existentes, puede llegar a provocar, de hecho, una discriminación de ciertas confesiones religiosas en relación con otras de mayor tradición histórica ya preexistentes en el área.³⁴

b) *Prohibición de ciertas actividades conectadas con el desarrollo de la actividad religiosa*: como es sabido, diversas prácticas religiosas pueden incorporar actividades susceptibles de ser objeto de prohibición. Pensemos, por ejemplo, en la santería, culto llevado a

ción acústica de 2002 (DOGC de 11 de julio de 2002) señala que los planes urbanísticos “han de tener en cuenta” los mapas de capacidad acústica (a aprobar en los próximos tres años): es decir, zonificar el territorio en función de la sensibilidad (alta, baja, moderada) acústica, estableciendo así un nexo de unión entre urbanismo y medio ambiente.

34. Sobre el derecho a la igualdad en el ámbito del planeamiento urbanístico, puede consultarse PONCE SOLÉ, J., *Derecho urbanístico y autonomía municipal*, Civitas-EAP, Madrid, 1996, pág. 212 y ss.

cabo por sacerdotes (*babalawo*) cuyos rituales incorporan el sacrificio de animales, sobre todo gallos y gallinas, cuya sangre se recoge y se ofrece a los *orishas*.

En estos y en otros casos, es evidente que las prácticas religiosas deberán respetar las regulaciones, quizá no directamente urbanísticas pero con impacto también sobre el ejercicio de la libertad religiosa, que puedan existir. El ejercicio de las competencias locales en materia de seguridad, ordenación del tráfico, prevención de incendios, protección del medio ambiente, protección de la salubridad pública (ver el artículo 25.2 de la LBRL, apartados a, b, c, e y h) es no sólo lícito, sino obligatorio (artículo 12 de la LRJPAC: la competencia es irrenunciable).

Pero también es evidente que tales regulaciones no pueden ser diseñadas con el ánimo de entorpecer la práctica religiosa, en cuyo caso estaríamos ante una desviación de poder.³⁵ Asimismo, sería conveniente que las regulaciones tuvieran en cuenta, en la medida de lo razonable y posible, las posibles excepciones derivadas de prácticas religiosas, teniendo siempre presente el ya mencionado límite del *orden público*.³⁶

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

¿Puede ser una buena solución para el interés general? Por un lado, es cierto que algunos vecinos pueden quedar más tranquilos, evitándose así los mencionados episodios de NIMBY. Por otro lado, quienes van a desarrollar la ceremonia religiosa pueden llegar a beneficiarse de mayor espacio y tranquilidad. Todos estos aspectos potencialmente positivos deberían, sin embargo, ponderarse juntamente con un aspecto claramente negativo, que, de producirse, supondría una vulneración de las previsiones constitucionales y legales sobre cohesión social en el territorio. Efectivamente, la lejanía

del centro urbano y sobre todo, en su caso, la mala comunicación en transporte público pueden dar lugar a una restricción *de facto* del derecho fundamental a la libertad religiosa, como vimos que subrayaba la Sentencia norteamericana de 1988 *Islamic center of Mississippi, Inc., et al., v. City of Starkville*, antes aludida.

En función del emplazamiento que se decida, atendidas las concretas circunstancias del caso específico, la intervención pública actuará efectivamente como un correctivo de los fallos de mercado o como un factor de agravamiento de la segregación espacial. La situación espacial de los equipamientos religiosos actúa como un *imán* social, al generar un *tejido* social en su área de influencia. Su situación puede ser un factor de segregación –contribuyendo a la generación de espacios uniformes– o un factor de cohesión –al ayudar a la *mezcla* social, conviviendo en una misma área urbana distintos estatus económicos, distintas creencias religiosas, etcétera.³⁷

En este sentido, es interesante tener en cuenta la referencia del actual artículo 9 de la Ley catalana de urbanismo 2/2002, de 14 de marzo, cuyo apartado quinto exige que las administraciones urbanísticas “velen porque la distribución en el territorio de los ámbitos destinados a espacios libres y a equipamientos se ajuste a criterios que garanticen su funcionalidad en beneficio de la colectividad”. Precepto éste que hay que conectar forzosamente con el artículo 3 de la misma norma, que demanda el favorecimiento de la cohesión social como objetivo de desarrollo sostenible a alcanzar por la regulación urbanística. En la misma línea, la reciente Ley catalana 9/2003, de 13 de junio, de movilidad, obliga a “relacionar la planificación del uso del suelo con la oferta de transporte público” [artículo 3.x)], señalando que “tienen una consideración especial y específica los instrumentos de planificación que permiten la aproximación entre la vivienda, el trabajo y los servicios complementarios”, como los equipamientos, entre ellos, naturalmente, los religiosos, que deben procurar evitar y reducir “los costes sociales vinculados a la movilidad obligatoria” (artículo 5.4). A tal fin, la ley introduce un sistema de planificación, en el que no vamos a entrar, obligando al planeamiento urbanístico a ajustarse a las directrices de viabilidad de ámbito supramunicipal, obli-

35. Traducido a nuestros esquemas jurídicos, ése fue el caso de la decisión de 1993 del Tribunal Supremo de los EE.UU. en el caso *Church of the Lukumi Babala Aye, Inc. et al. v. City of Hialeah*, citada en su momento.

36. Pensemos en el caso del sacrificio de animales practicado por los seguidores de la santería. No se trata de un caso de laboratorio, por cierto, pues según informaciones aparecidas en el periódico *20 minutos* del día 22 de octubre de 2002, el número de seguidores de este culto es de alrededor de 100.000 en todo el Estado. Precisamente estas informaciones recogían el hallazgo de restos de animales mutilados en un popular barrio barcelonés, como consecuencia de rituales de santería, hecho que motivaba el que la presidenta de la Asociación para la Defensa de los Derechos de los Animales declarara que tal práctica era “injustificable”. En esta línea, por ejemplo, la Ley catalana 22/2003, de 4 de julio, de protección de los animales, prohíbe la ma-

tanza de animales en público, considerándola una infracción muy grave que puede llevar a la imposición de multas de entre 2.001 y 20.000 euros. Sin embargo, esta norma señala en su artículo 6.2 diversas excepciones, entre ellas la celebración de corridas de toros, de acuerdo con una larga tradición histórica. ¿Sería razonable que el legislador también hubiera previsto excepciones en el caso de la celebración de prácticas religiosas, como protección del libre desarrollo del derecho fundamental del artículo 16 de la CE? ¿O, por el contrario, el orden público impediría estas actividades, por lo que no sería posible tal excepción legal? Como puede apreciarse, la pluralidad religiosa conduce a contextos de mayor complejidad que obligan a enfrentarse a cuestiones no siempre de fácil tratamiento.

37. Debo volver a remitirme para mayor detalle a mi trabajo PONCE SOLÉ, J., *Poder local y guetos urbanos...*, op.cit., y a la extensa bibliografía allí citada.

gándose al planificador municipal a ponderar el elemento de movilidad, mediante un estudio *ad hoc*, el cual deberá orientar la discrecionalidad urbanística en la búsqueda de un urbanismo sostenible, también socialmente (artículo 18).

Otras modernas leyes urbanísticas insisten también en la necesidad de ordenar el suelo de tal modo que al decidir la ubicación de los equipamientos y las dotaciones públicas se logre promover una adecuada integración y cohesión social. Es el caso, por citar ahora sólo un ejemplo, de la Ley 3/2002, de régimen del suelo y ordenación urbanística, de 19 de abril, de Asturias [artículo 44.g]).

d) *Ausencia total de referencia en la normativa urbanística a los templos: (in) actividad pública y (no) garantía del derecho fundamental*: la ausencia de referencia concreta a los usos religiosos en la legislación urbanística, como vimos, plantea el problema de la falta de guía de la discrecionalidad local, lo que, como se argumentará más tarde, quizá sería conveniente repensar. Ahora bien, la ausencia de estándares urbanísticos concretos en la legislación no impide, en absoluto, que el propio municipio decida autovincularse, mediante su regulación urbanística, diseñando una política pública coherente (y, obviamente, ajustada a Derecho), que quedara plasmada en el planeamiento urbanístico y en sus ordenanzas, y en la que se especificara de qué modo se va a intentar hacer efectivo el derecho del artículo 16 de la CE en armonía con la cohesión social. De tal modo que podría pensarse en la elaboración de específicos estándares municipales en este ámbito, supliéndose así la laguna legal.

3.5.2. Aplicación singular de la normativa urbanística y de otras regulaciones existentes. La cuestión de las licencias urbanísticas y de las licencias de apertura

En cualquier caso, en relación con la apertura de un centro religioso, bien sea en un inmueble ya construido bien en uno a construir, surge la cuestión de qué auto-

rizaciones deberá solicitar el interesado. Por un lado, en cuanto a las licencias urbanísticas, enlazando con lo visto *supra*, queda claro que será preciso solicitarlas cuando se den los casos previstos en la legislación urbanística, exactamente igual que en el caso del resto de los usos urbanísticos.

En cuanto a otros tipos de licencias, surge la cuestión de la posible exigencia de licencias de apertura (artículo 22 del RSCL, y equivalentes autonómicos, por ejemplo, el artículo 78 del ROAS en Cataluña). En relación con esta cuestión puede señalarse lo siguiente:

1. La STS de 24 de junio de 1988 (Aranzadi 4724) señala que la existencia de un oratorio privado en una vivienda no encaja en el artículo 22 del RSCL, porque no es ni establecimiento industrial ni mercantil, e intentar la aplicación de este precepto supondría vulnerar el artículo 16 de la CE.

2. La STS de 18 de junio de 1992 (Aranzadi 6004) señala que un local de la Iglesia Evangélica de Filadelfia no encaja en el artículo 22 del RSCL y no es posible emplear una analogía.

¿*Quid* de la exigencia de *licencia de actividades clasificadas* (RAMINP de 1961 y equivalentes autonómicos), por ejemplo la Ley de intervención integral de la Administración ambiental de 1998 en Cataluña?³⁸ Al respecto, cabe subrayar lo siguiente:

1.1. La sentencia citada de 1992 acepta en abstracto que un local religioso pueda tener encaje en el RAMINP de 1961.

1.2. Pero en el caso concreto la argumentación ofrecida (existencia de ruidos) no tiene fundamentación en el expediente administrativo existente, según el Tribunal Supremo.

En general, hay que constatar que la legislación sectorial no ha contemplado los usos religiosos como usos molestos, nocivos, insalubres o peligrosos de forma explícita. Es más, alguna ley autonómica incluso los excluye expresamente de su ámbito de actuación.³⁹ Ahora bien, la

38. La aplicación de la Ley estatal 16/2002, de 1 de julio, parece quedar descartada de conformidad con su ámbito de aplicación, que afecta sólo a ciertas actividades incluidas en su anexo I sometidas a autorización ambiental.

39. Ley 1/1998, de 8 de enero, de régimen jurídico de los espectáculos públicos y actividades clasificadas de la Comunidad Autónoma de Canarias, artículo 2.3, que excluye de su ámbito las celebraciones que "supongan el ejercicio de derechos fundamentales en el ámbito laboral, religioso, político y docente".

En otros casos, la legislación no excluye expresamente a los usos religiosos, aunque tampoco los incluye expresamente. Es el caso de la LIIAA de 1998. Debe decirse que una lectura de la misma da a entender que no tenía prevista la cuestión de los locales religiosos, con una problemática específica, distinta a un taller o una cafetería. Su posible aplicación vendría de la mano:

—Bien del anexo II.2, como sujeción a licencia ambiental por vía del "cajón de sastre" allí previsto (es decir, lo que no está ya previsto expresamente en anexo I o III). Pero cabría plantearse si un local religioso tiene impacto ambiental suficiente como para exigir razonablemente una *licencia ambiental* de las previstas en esta norma.

—Bien del anexo III, es decir, exigiendo comunicación previa, en aplicación del último punto referido a establecimientos públicos como cafeterías, etc. ¿Pero es realmente asimilable un centro religioso a los supuestos allí previstos? Esta comunicación previa puede sustituir (en idénticos casos, pues, no ampliándolos) en licencia de apertura, a través de ordenanza local (artículo 41.3 de la LIIAA). Es el caso, por ejemplo, de Barcelona, con su normativa municipal complementaria sobre las actividades sometidas a licencia municipal de apertura. Su artículo 2 establece que la licencia municipal sustituye a la comunicación previa en el caso de las actividades del anexo III de la LIIAA y, además, se aplica a todas las demás actividades no sometidas a potestad autorizatoria (excepto las incluidas en un anexo que contiene esta norma municipal, que no se someten a licencia de apertura, sí a comunicación previa. Este anexo no se refiere a locales religiosos, lo que hace suponer que en realidad no se pensó en los usos religiosos, lo que parece que hace necesaria licencia municipal de apertura para locales religiosos.

Además, esa licencia podría exigir estudio de impacto acústico (artículo 18 de la Ley catalana de 2002) si deriva de la LIIAA o si, sin venir exigida por la LIIAA: 1) es susceptible de generar ruido; 2) el ayuntamiento lo justifica en un informe fundamentado (artículo 20).

no-sumisión a licencia de apertura de un local religioso no supone una correlativa *patente de corso* para desarrollar las prácticas religiosas en cualesquiera condiciones de seguridad, salubridad y de afectación de derechos de terceros. En este sentido, las *ordenanzas locales* pueden tener un papel relevante de nuevo en la especificación de los requisitos necesarios para que estos locales permitan una práctica religiosa compatible con el orden público, pudiendo intervenir la autoridad municipal ante cualquier incumplimiento de dicha normativa.

Finalmente, *habría que considerar la posible exigencia de licencias previstas en la legislación de establecimientos de pública concurrencia*. En principio, será necesario examinar con detalle la legislación autonómica sobre el particular. Si tomamos como ejemplo el caso catalán de la Ley sobre policía del espectáculo, las actividades recreativas y los establecimientos públicos, número 10/1990, de 15 de junio, y el Decreto 239/1999, de 31 de agosto, no parece que las celebraciones religiosas encajen en su catálogo, pues no estamos ante un espectáculo ni tampoco parece que ante una actividad cultural y social, atendiendo a las definiciones normativas establecidas. En cambio, la Ley 17/1997, de 4 de julio, de espectáculos públicos y actividades recreativas de Madrid, opta por excluir expresamente de su ámbito de aplicación "las actividades privadas, de carácter familiar o educativo que no estén abiertas a la pública concurrencia, así como las que se realicen en el ejercicio de derechos constitucionales consagrados en la Constitución" (artículo 3).

4. Algunas reflexiones jurídicas para el debate. Políticas públicas posibles dentro del marco jurídico existente. Proposiciones de *lege ferenda*

4.1. La peculiaridad de los equipamientos religiosos. ¿Sería conveniente una regulación legal específica? Los estándares urbanísticos y el papel de las ordenanzas locales

A la vista de todo lo expuesto, los equipamientos religiosos demuestran tener unas peculiaridades específicas, derivadas de su conexión con el derecho fundamental del artículo 16 de la CE y de su papel en las dinámicas de integración social. Quizá esta peculiaridad les haría merecedores de una regulación más cuidada.

Desde el punto de vista del legislador, la legislación orgánica que desarrolla el artículo 16 de la CE quizá podría intentar ocuparse de algunas cuestiones urbanísticas esenciales, conectadas a la ubicación apropiada de

los centros religiosos, a la manera que vimos que hace el legislador norteamericano, partiendo de la posible conexión de estos aspectos con las competencias previstas en el complejo artículo 149.1.1 de la CE.

Por su parte, el legislador urbanístico autonómico podría cuidar mucho más el establecimiento de estándares urbanísticos,⁴⁰ fijando específicos estándares para este tipo de equipamientos, en la línea de la experiencia de Singapur expuesta. De igual modo, podría ser interesante insistir en las conexiones entre planeamiento y transporte, a fin de asegurar la integración adecuada de los centros religiosos en el territorio, en la línea de lo previsto por alguna moderna legislación autonómica ya citada.

Finalmente, la posible sujeción de la apertura de centros religiosos a licencia de apertura deberá ser considerada desde los parámetros ofrecidos por los artículos 16 y 53.1 de la CE y el respeto del principio de proporcionalidad. Se detecta en la actualidad una falta de consideración de los usos religiosos, conectada con una determinada situación e inercia histórica que, sin embargo, está cambiando rápidamente. Es probable que el legislador deba considerar con mayor atención este punto. En cualquier caso, no cabe despreciar el papel que pueda corresponder a las ordenanzas locales, dentro del debido respeto al principio de legalidad, en la fijación de los requisitos que los locales destinados al culto deban reunir desde el punto de vista de la seguridad, la salubridad y el respeto de los derechos de terceros (supuesto, por ejemplo, del ruido que pueda molestar a los vecinos en el caso de locales ubicados en los bajos de bloques de pisos).

4.2. Ordenación del territorio y religión. ¿Sería conveniente un cambio de perspectiva en la adopción de decisiones territoriales con impacto religioso?

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

En este contexto, parece razonable advertir que un modo de escapar a las presiones localistas y de conseguir una distribución equilibrada de los usos religiosos

40. Aunque este punto merezca una mayor atención de la que ahora podemos dispensarle, estamos de acuerdo con Bassols Coma cuando en el prólogo al libro de MORENO LÓPEZ, Juan Luis, *Dotaciones, equipamientos urbanísticos*, Montecorvo, Madrid, 1999, pág. 23, señala la necesidad de la

existencia de estándares armonizados a nivel autonómico y en casos puntuales incluso a nivel estatal, con el fin de lograr un desarrollo sostenible.

sobre el territorio podría consistir en confiar a la *ordenación del territorio* esta tarea. Efectivamente, los planes supramunicipales autonómicos podrían hallarse en una situación apropiada para diseñar, con pleno respeto de la autonomía municipal, un mapa racional de los usos religiosos en un ámbito superior al de un sólo municipio.⁴¹

4.3. Protección de la efectiva libertad religiosa y gestión urbanística: a propósito de la cesión de suelos para la construcción de templos y su instrumentación jurídica

Como hemos destacado a lo largo de este trabajo, la libertad religiosa impone a los poderes públicos no sólo el deber jurídico de no inmiscuirse en el desarrollo de la misma, sino también el deber positivo de garantizarla. En este sentido, el artículo 16 de la CE establece lo que se ha denominado una confesionalidad o laicidad positiva. En este sentido, la ya citada Sentencia del Tribunal Constitucional número 46, de 15 de febrero de 2001 (ponente Pablo García Manzano) ha señalado que la libertad religiosa es más que una mera protección frente a injerencias públicas, es también una “actitud positiva, desde una perspectiva que pudiéramos llamar asistencial o prestacional”.⁴²

Este entendimiento de la libertad religiosa, justamente, explica, por ejemplo, que en el caso francés se hayan impulsado políticas públicas de ayuda y de promoción de la construcción de lugares de culto. Así, por ejemplo, desde los años treinta del pasado siglo, se ha hecho uso de la fórmula jurídica del *bail emphytéotique*: los municipios ceden suelo a cambio de la entrega de un canon simbólico anual. La cesión dura noventa y nueve años y, al finalizar ésta, tanto el terreno como el edificio construido por los privados se incorporan al patrimonio municipal.⁴³

En España tales políticas positivas de promoción son perfectamente posibles también, existiendo diversos instrumentos jurídicos preparados ya para articularlas en nuestro propio ordenamiento. Así, ahora sólo quereamos citar dos posibles conectadas con el ámbito urbanístico: el *derecho de superficie* y las *cesiones gratuitas de bienes*.

En cuanto al *derecho de superficie*, simplemente apuntar que el mismo se halla regulado en el ámbito

urbanístico por los artículos 287 y siguientes del Real decreto legislativo 1/1992, preceptos que han resistido el embate de la Sentencia 61/1997 del Tribunal Constitucional. Esta regulación debe completarse con la que hayan dictado las comunidades autónomas en el ámbito de sus propias competencias (por ejemplo, el artículo 162 de la Ley catalana 2/2002).

Por lo que se refiere a las *cesiones gratuitas*, existe normativa de *patrimonio* –tanto estatal (Ley de patrimonio del Estado, artículos 33, 45 ó 74)– como autonómica –así, por ejemplo, el artículo 21.2 de la Ley 11/1981, de 7 de diciembre, del patrimonio de la Generalitat de Cataluña–, normativa *local* –el artículo 79.2 del TRRL, el artículo 109.2 del RBCL y la normativa autonómica (por ejemplo, los artículos 49 y siguientes del Decreto catalán 336/1988, de 17 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de patrimonio de los entes locales)– y normativa *urbanística* –en el ámbito autonómico, por ejemplo, el artículo 159 de la Ley catalana 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo– que prevén esta posibilidad. Algunos de estos preceptos incluso se refieren *explícitamente a la posibilidad de cesiones de bienes de titularidad pública para la construcción de lugares de culto*: es el caso del artículo 45 de la Ley de patrimonio del Estado o del artículo 21.2 de la Ley catalana 11/1981, mientras que el artículo 159 de la Ley catalana 2/2002 se refiere en general a “equipamientos comunitarios”.

En definitiva, como señala González Bustos, las cesiones de bienes inmuebles para el culto suponen “la promoción de fines religiosos”, lo que es, en definitiva, “una garantía al derecho fundamental de libertad religiosa”.⁴⁴

En cualquier caso, toda actividad positiva pública dirigida a ayudar a la construcción de lugares de culto debería tomar en cuenta la normativa comunitaria, especialmente los artículos 86 y 87 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Aunque no es posible ahora profundizar sobre este aspecto, deben tenerse en cuenta, cuanto menos, dos elementos. En primer lugar, que la normativa comunitaria contiene una regulación referida a *cuándo* son realmente aplicables las limitaciones en ella contenidas, juntamente con una serie de *excepciones* a su puesta en marcha.⁴⁵ En segundo lugar, que existe ya alguna sentencia del Tribunal Supremo afrontando la cesión de suelo para el

41. Sobre el respeto de la autonomía local por parte de los planes supramunicipales que establecen regulaciones de usos, véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2003 (ponente, Yagüe Gil), en referencia a los planes insulares de ordenación territorial.

42. Téngase en cuenta el artículo 2.3 de la Ley orgánica 7/1980, de 5 de julio, ya citado. En este sentido, la reflexión del Tribunal Constitucional nos introduce en un aspecto de mayor calado. Se trata de la similitud en la estructura de los denominados derechos civiles y políticos y de los derechos sociales, por cuanto tanto unos como otros incorporan obligaciones tanto negativas como positivas respecto de los poderes públicos. Sin ánimo de

profundizar ahora en esta interesante cuestión, véase el destacable estudio de ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, especialmente las páginas 21 y ss.

43. Véase BOYER, A., *Le droit des religions en France*, PUF, 1993, págs. 129 y 130.

44. GONZÁLEZ BUSTOS, M. A. *Los bienes de propios*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 234, nota 34.

45. Pese al año de su edición, sigue siendo de gran interés el trabajo de MATTERA, *El mercado único europeo. Sus reglas, su funcionamiento*, Madrid, 1991, especialmente las páginas 87 y siguientes.

logro de finalidades de interés general, si bien en un ámbito de actuación distinto a la promoción de fines religiosos, aceptando, en principio, su compatibilidad con la libre competencia y el Derecho comunitario.⁴⁶

4.4. El importante papel judicial en la defensa de la libertad religiosa territorializada

Finalmente, quiero insistir en un aspecto ya destacado en otros trabajos míos anteriores. Se trata del necesario compromiso judicial en la efectividad de los derechos constitucionales, partiendo especialmente del marco diseñado por los artículos 9.2, 24.1, 53 y 106.1 de la CE. Es decir, no son posibles jueces indiferentes al impacto urbanístico sobre la libertad religiosa.

Para evitar esa indolencia proscrita constitucionalmente, los jueces de lo contencioso-administrativo tienen a su disposición una panoplia de instrumentos técnicos de control, en los que ahora no vamos a entrar detalladamente, aunque sí merece la pena, al menos, mencionar algunos.

Así, el escrutinio cuidadoso del *procedimiento* seguido para el ejercicio de la potestad de planeamiento, a fin de garantizar el despliegue de una *buena administración* y evitar la *arbitrariedad* en el desarrollo de la discrecionalidad urbanística, se revela como un modo de control eficaz. A tal escrutinio hemos aludido a lo largo del trabajo, al insistir en la necesidad de que las decisiones urbanísticas con impacto religioso estuvieran consistentemente fundadas. Control que ha de encontrar en la memoria de los planes un firme asidero.⁴⁷

Por otro lado, el *principio de proporcionalidad* puede ser de gran utilidad en el control judicial del grado de intervención pública sobre la libertad religiosa en la regulación del territorio, como también se advirtió.

5. Para concluir provisionalmente. Una realidad fáctica y una posibilidad jurídica: el peso de la historia y las *affirmative actions* en relación con determinadas confesiones religiosas

De todo lo expuesto, es posible señalar, para finalizar, una serie de elementos destacables:

a) Se detecta una falta de atención doctrinal, legal y jurisprudencial sobre las relaciones entre libertad religiosa y urbanismo. Falta de atención que puede achacarse a distintos factores, entre ellos tanto a los paradigmas predominantes tradicionalmente en el Derecho

urbanístico preconstitucional como el hecho histórico incontestable de la destacada confesionalidad del Estado español.⁴⁸ Confesionalidad que ha empapado el ordenamiento jurídico urbanístico a lo largo de siglos.

Para quien tenga interés en comprobarlo, baste como muestra dos botones relativamente recientes. El Real decreto de 19 de abril de 1905 pone de relieve como el Estado español costeaba con fondos públicos obras de construcción y reparación de templos parroquiales, catedrales, colegiales seminarios, palacios episcopales, conventos, etc. (las denominadas obras extraordinarias, realizadas de acuerdo con el Concordato de 1851 y el Convenio adicional de 1859). En pleno régimen franquista y bajo el Concordato de 1953, el Decreto número 736, de 5 de abril de 1962 (por cierto, formalmente no derogado) preveía reservas para la construcción de edificios religiosos en “núcleos de población formados en su totalidad o, al menos, en el cincuenta por ciento de las edificaciones incluidas en su perímetro, por viviendas acogidas a cualquier régimen de protección estatal” (artículo 1), reservándose “el suelo necesario en promociones de más de mil viviendas”, (artículo 6), corriendo su financiamiento a cargo del Instituto Nacional de la Vivienda, bien de forma indirecta (si era el promotor quien los construía, mediante beneficios económicos concedidos al mismo), bien de forma directa, tanto si era el Instituto quien los construía, “por propia iniciativa o a petición del Ordinario diocesano” (artículo 4.2), debiéndose reintegrar, sólo en el segundo caso, los gastos ocasionados, en un plazo de veinticinco años y sin que se devengara “interés alguno”, como si el Instituto aportaba gratuitamente los terrenos (artículo 6).

Esta última constatación nos introduce en un tema complejo, que queremos dejar ahora simplemente apuntado, en conexión con lo expuesto *supra* en 4.3. La situación histórica descrita, ¿obligaría a los poderes públicos ahora a compensar a aquéllas confesiones históricamente perseguidas para equilibrar la protección otorgada en su momento a otras? Es decir, ¿son posibles o incluso debidas jurídicamente las *acciones positivas* en este campo?, ¿son deseables como política pública? Mientras que no nos compete responder al segundo interrogante sobre su bondad como política pública compensatoria, sí podemos señalar que diversas sentencias del Tribunal Constitucional parecen dejar la puerta abierta a la posibilidad (¿obligatoriedad?) de instrumentar acciones positivas en este campo, de acuerdo

46. Véase la STS de 26 de febrero de 2002 (ponente, Xiol Ríos), en relación con la promoción pública de viviendas. En el caso concreto se trataba de la cesión de suelo a una empresa pública municipal.

47. Véase, por ejemplo, el interesante artículo 59 de la Ley catalana 2/2002, que conecta la memoria de los planes con la participación ciudadana y el desarrollo sostenible. En general, sobre el papel del procedimiento en el

logro de una buena administración, puede consultarse PONCE SOLÉ, J. *Deber de buena Administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del ejercicio de la discrecionalidad y del procedimiento administrativo*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

48. Un interesante y reciente análisis de esta historia puede hallarse en CALLAHAN, W. J., *La Iglesia católica en España (1875-2002)*, Crítica, 2003.

con el ordenamiento vigente y siguiendo la estela de actuaciones emprendidas en otros países de nuestro entorno.

Así, la STC 13/2001, de 29 de enero, FJ 8, ha señalado que no son aceptables las discriminaciones encubiertas, entendidas como “aquel tratamiento formal o *aparentemente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas circunstancias de hecho concurrentes en el caso, un impacto adverso sobre la persona objeto de la práctica o conducta constitucionalmente censurable* en cuanto la medida que produce el efecto adverso carece de justificación (no se funda en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo) o no resulta idónea para el logro de tal objetivo”.

De igual modo, la STC 216/1991, de 14 de noviembre, FJ 5, ha señalado que:

“La incidencia del mandato contenido en el artículo 9.2 sobre el que, en cuanto se dirige a los poderes públicos, encierra el artículo 14 supone una modulación de este último, en el sentido, por ejemplo, de acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan *en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial*. [...] por otra parte, la modulación aludida, además de llevar a la calificación de no discriminatorias en los términos del artículo 14, a las acciones diferenciadoras semejantes, exige de los poderes públicos enfrentados a una situación de desigualdad de origen histórico, la adopción de una actitud positiva y diligente tendente a su corrección [...]”

b) La técnica legislativa en este ámbito puede depurarse más, orientando la necesaria discrecionalidad local mediante el uso de técnicas como, por ejemplo, los estándares referidos específicamente a equipamientos religiosos.

c) El planeamiento urbanístico y el territorial deben tener aquí un papel importante. Tanto el planeamiento supramunicipal como el municipal, encuadrado éste por el primero, deberían ponderar el elemento religioso en su vertiente territorial, previendo tanto la existencia de suficientes equipamientos, como su pluralidad y su adecuada ubicación, desde su consideración como vectores de integración y cohesión social.

d) La aconfesionalidad o laicidad positiva del artículo 16 de la CE puede demandar actuaciones positivas públicas en el ámbito urbanístico, a fin de garantizar, realmente, el libre desarrollo de las prácticas religiosas de los ciudadanos y ciudadanas de nuestra sociedad pluricultural. ■