



Guia per a l'exigibilitat dels Drets Econòmics, Socials, Culturals i Ambientals





Aquesta guia està disponible online a la pàgina web del CICAC:
www.cicac.cat, a la secció de Drets Humans (Guies i Manuals)

ÍNDEX

PRÒLEG	7
INTRODUCCIÓ: Els drets socials i la seva exigibilitat	8
EL DRET A L'HABITATGE	10
· El dret a l'habitatge en l'ordenament jurídic	10
· Amenaces pràctiques i mecanismes de defensa	15
· Cas pràctic	21
· Jurisprudència	24
EL DRET A LA CULTURA	25
· Definició del dret a la cultura	25
· Regulació jurídica	26
· Cas pràctic	32
· Jurisprudència	34
EL DRET AL TREBALL	37
· Contingut del dret i configuració constitucional	37
· Reconeixement en l'àmbit regional i internacional	39
· Configuració legal	40
· Amenaces pràctiques i mecanismes de defensa	41
· Cas pràctic	46
· Jurisprudència	47
EL DRET A LA RENDA GARANTIDA DE CIUTADANIA	50
· Contingut del dret i configuració constitucional	50
· Reconeixement en l'àmbit regional i internacional	51
· Configuració legal. Els drets socials en l'àmbit autonòmic i local	52
· Amenaces pràctiques i mecanismes de defensa	56
EL DRET AL MEDI AMBIENT	58
· Contingut del dret i configuració constitucional	58
· Configuració internacional	60
· Configuració legal: la protecció administrativa	62
· Cas pràctic	68
· Jurisprudència	70

PRÒLEG

En un context en què la desigualtat social augmenta i empeny una part de la població a una situació de vulnerabilitat, cal reforçar la defensa i protecció dels drets i les llibertats de caire civil, polític, econòmic, social, cultural i mediambiental que la ciutadania té reconeguts.

És en aquest context en què la funció social de l'advocacia pren més importància que mai, ja que aquesta té un paper fonamental com a garant d'aquests drets davant els poders públics, ja sigui exigint les modificacions legislatives necessàries que els facin eficaços per a tothom, informant de la seva existència, vetllant pel seu compliment, i, si és necessari, reclamant-los davant dels tribunals de justícia.

Essent l'efectiva realització dels DESCAs (drets econòmics, socials, culturals i ambientals) un dels principals reptes de la societat actual, l'objectiu del III Congrés de Drets Humans del Consell de l'Advocacia Catalana, dedicat a la "Justiciabilitat com a garantia dels drets socials", és abordar de manera pràctica les vies legals per tal de fer-los efectius, partint del principi que aquests no només són inherents a la dignitat de la persona sinó que també són inviolables.

Aquesta guia és una eina que permet explorar alguns mecanismes d'exigibilitat dels DESCAs davant dels tribunals de justícia i suposa un primer pas en el llarg camí que tots tenim fins a aconseguir el seu compliment efectiu.

Des de l'advocacia institucional continuarem treballant per la defensa dels drets de les persones i, molt especialment, d'aquelles que es troben en situació de risc o d'exclusió social. I és per això que acabo aquestes paraules agraint el treball i la dedicació diària de tots els companys i companyes que amb el seu esforç diari contribueixin a aconseguir un món més just.

Julio J. Naveira
President del Consell de l'Advocacia Catalana
Març 2018

INTRODUCCIÓ

ELS DRETS SOCIALS I LA SEVA EXIGIBILITAT

Els drets econòmics, socials, culturals i ambientals (DESCA) són una condició material bàsica per a poder gaudir d'una vida digna, desenvolupar lliurement la personalitat i participar en els afers públics de la societat. En definitiva, la garantia del dret a l'habitatge, el dret a l'educació o a la seguretat social hauria de permetre assolir un "nivell de vida adequat".

Aquests drets es troben reconeguts en major o menor grau en diversos textos normatius, tant en el dret internacional dels drets humans (DIDH) com en els àmbits comunitari, constitucional i autonòmic. Per exemple, la Declaració universal de drets humans (DUDH) de 1948 recull en el seu article 25 la defensa dels drets socials. El Pacte internacional de drets econòmics, socials i culturals (PIDESC) de 1966 els estableix com a jurídicament vinculants, en el seu article 11 i altres.

Tanmateix, els DESCAs han estat objecte d'una comprensió devaluada durant dècades, que ha dificultat la seva justiciabilitat arreu del món. Aquest fet s'ha traduït en els aspectes següents:

- Un menor reconeixement des d'un punt de vista legal. De vegades, els DESCAs no es troben recollits com a drets subjectius en importants convenis o pactes ni en cartes magnas. És el cas, per exemple, del Conveni europeu de drets humans (1950), en el marc del Consell d'Europa, o de la Constitució espanyola, en què la majoria de drets socials apareixen com a mers "principis rectorals".

- En cas que es recullin en normes, la seva exigibilitat s'ha pretès menor com a conseqüència de mecanismes de garantia menys robustos. És el cas del mateix Comitè DESC de les Nacions Unides, el qual no va admetre demandes

individuals per vulneracions de drets reconeguts en el PIDESC fins l'any 2013, quan va entrar en vigor el Protocol facultatiu, mentre que el Consell de Drets Humans ho va fer des que va entrar en funcionament (l'any 1976) per als drets civils i polítics.

- S'acostuma a considerar que les obligacions dels estats respecte del compliment dels DESCAs són de caràcter més lax que respecte dels drets civils i polítics. Si bé els governs han de "respectar, protegir i realitzar" tots els drets humans, en el cas dels DESCAs es segueix el principi de progressivitat (article 2.1 PIDESC). Aquest principi estipula que el compliment dels drets econòmics, socials, culturals i ambientals ha de ser progressiu, fent el màxim d'esforç fins al màxim de recursos disponibles dels estats. Aquest fet es basa en la naturalesa "prestacional" que sovint s'atribueix als DESCAs, és a dir, en el fet que requereixen un esforç pressupostari per a garantir-los.

Aquests elements, però, han estat matisats per diferents autors, i en l'àmbit del dret internacional dels drets humans existeix un consens respecte de la indivisibilitat i la interdependència de tots els drets. Aquest consens es va plasmar a la Conferència Mundial de Drets Humans que va tenir lloc a Viena l'any 1993. D'aquesta igualtat, també se'n derivava que els mecanismes de tutela haurien de ser similars.

Hi ha diversos arguments que desmunten la visió debilitada dels DESCAs respecte dels drets civils i polítics. Per exemple, tant els DESCAs com els drets civils i polítics tenen dimensions "negatives" (de no-fer) i "positives" (de fer). En aquest sentit, també els drets civils i polítics poden resultar costosos (per exemple, si pensem en el dret a sufragi i la despesa en

l'organització d'unes eleccions) i, en canvi, els DESCAs poden ser "barats" (multar aquells propietaris que dificultin el compliment del dret a l'habitatge).

A més de la necessitat de consagrar els DESCAs en el cos dels tractats i les normes, la seva efectivitat es garanteix a través del compliment de tres elements bàsics:

- El principi de no-discriminació (article 2.2 PIDESC), que de forma transversal guia tota l'acció en relació amb la garantia dels DESCAs. És a dir, es prohibeix qualsevol tipus de discriminació en l'accés i el gaudi dels drets econòmics, socials, culturals i ambientals, ja sigui per raó d'origen, ètnia, religió o orientació sexual, entre d'altres.

- També és imprescindible considerar el ja esmentat principi de progressivitat (art 2.1 PIDESC) en la realització dels drets socials com l'habitatge, en virtut del qual les administracions han de fer el màxim d'esforços fins a exhaurir el màxim de recursos disponibles, sobre la base del principi de "raonabilitat".

- I, per tant, el respecte al contingut mínim o essencial del dret i l'abstenció d'adoptar mesures regressives envers el compliment del dret, fins i tot en contextos de crisi econòmiques o dificultats pressupostàries dels estats. S'estableix, doncs, el principi de no-regressió, un límit per als estats que consisteix a interdir aquesta desinversió en matèria de drets socials.

- Als tres elements bàsics anteriors cal afegir-hi un quart punt relatiu a l'accés a la informació i la transparència en la normativa i les polítiques públiques per a fer efectius els DESCAs.

En aquest sentit, sí que s'han posat en pràctica eines de garantia dels drets a través del desenvolupament legislatiu i de la jurisprudència amb una interpretació "social". La justiciabilitat adopta un caràcter gradual, és a dir, hi haurà aspectes del dret més fàcils d'exigir, i d'altres que suposaran majors dificultats. Això succeeix així amb la gran majoria de drets humans. Els tribunals tenen eines per a prevenir o, si escau, reparar les vulneracions dels DESCAs. Cal, també, que la ciutadania pugui accedir fàcilment als jutjats perquè la justiciabilitat tingui possibilitats de ser efectiva.

A més, hi ha mecanismes que serveixen per garantir l'efectivitat dels drets en el marc de les mesures cautelars en situació d'emergència i imminent vulneració dels drets, a través de les qüestions prejudicials al Tribunal de Justícia de la Unió Europea o bé a través de la protecció dels drets dels infants i de l'interès superior del menor en el marc del Conveni sobre els drets dels infants de 1989. Cal insistir en la necessitat d'avançar en el coneixement i l'ús dels instruments internacionals que protegeixen els DESCAs, com ara les queixes davant el Comitè DESC de les Nacions Unides. Des de l'exercici de l'advocacia sovint es veuen amb llunyania i poca practicitat les esferes regionals i internacionals de protecció dels drets. Tanmateix, el seu ús ha demostrat ser útil en diverses ocasions per tal d'aconseguir el resultat que mitjançant el litigi davant tribunals nacionals no s'ha obtingut. Al seu torn, la minsa utilització dels instruments internacionals en la defensa de casos en l'àmbit intern tampoc no facilita que el llenguatge del dret internacional dels drets humans vagi calant dins els diferents estaments del poder judicial. En aquest sentit, aquesta guia ha de ser una eina que en permeti fer créixer l'ús i que paulatinament els tribunals siguin més favorables a arguments basats en el dret internacional.

EL DRET A L'HABITATGE

Irene Escorihuela*

1. EL DRET A L'HABITATGE EN L'ORDENAMENT JURÍDIC

1.1 Contingut del dret i configuració constitucional

El dret a un habitatge adequat és un dret social de referència. Tenir una llar permet protegir-se de la intempèrie, actuar amb intimitat, poder tenir una família, cuinar i dutxar-se, estudiar, cuidar-se la salut... És al voltant de l'habitatge que es configuren molts altres drets i que es pot viure amb dignitat i dur a terme un projecte de vida autònom per al lliure desenvolupament de la personalitat. Es tracta, malgrat això, d'un dret que ha patit greus vulneracions i ha configurat la realitat social de la darrera dècada a l'Estat espanyol i, també, en l'àmbit internacional arran de la crisi financera i habitacional.

En el context de Catalunya i l'Estat espanyol, i també en major o menor mesura en altres països del sud d'Europa, la garantia del dret a l'habitatge s'acostuma a confiar en el mercat privat, fet que genera desigualtat i dificultats de compliment. En l'àmbit internacional, s'ha definit el contingut del dret de forma força detallada. [L'Observació General número 4](#) del Comitè DESC recull set aspectes bàsics perquè un habitatge sigui adequat:

- Seguretat jurídica en la tinença
- Disponibilitat de serveis, materials, infraestructura
- Despeses suportables
- Habitabilitat
- Assequibilitat
- Ubicació
- Adequació cultural

* Directora de l'Observatori DESC

Les observacions generals de les Nacions Unides són útils a l'hora de concretar els drets i extreure'n el contingut mínim. El dret a l'habitatge presenta dimensions positives i negatives. D'una banda, el dret estableix obligacions "no prestacionals", és a dir, d'abstenir-se de vulnerar el dret, com ara no desallotjar llars de forma arbitrària o no discriminar ningú en l'accés a ajuts per a l'habitatge. Un exemple concret són els criteris d'accés a les meses d'emergència o l'empadronament als habitatges. També són obligacions sense una gran despesa financera limitar les actuacions dels privats mitjançant, per exemple, sancions per ús anòmal dels habitatges (pisos buits o en mal estat), inspeccions en matèria d'usos dels habitatges (en relació amb l'ús turístic i l'ús comercial) o limitant els preus màxims de lloguer i introduint topalls per als lloguers abusius.

Així mateix, resulta poc costós aportar informació i mecanismes de participació en l'elaboració de polítiques públiques residencials. D'altra banda, l'esfera prestacional es podria concretar amb mesures com la creació d'un parc públic de lloguer, o el disseny de línies d'ajuts per a persones amb dificultat d'accés o de pagament dels habitatges, entre moltes altres.

El dret a l'habitatge en la Constitució espanyola de 1978 (CE) no forma part dels definits com a "drets fonamentals", pels quals es preveuen mecanismes reforçats de tutela. L'article 47 CE estipula el següent:

"Tots els espanyols tenen dret a un habitatge digne i adequat. Els poders públics promouran les condicions necessàries i establiran les normes pertinents per tal de fer efectiu aquest dret, i regularan la utilització del sòl d'acord amb l'interès general per tal d'impedir l'especulació. La comunitat participarà en les plusvàlues que generi l'acció urbanística dels ens públics"

Com la majoria dels DESCAs, a excepció del dret a l'educació (article 27 CE) i el dret al treball (article 35 CE), el dret a l'habitatge s'ubica en el capítol tercer "Dels principis rectors de la política social i econòmica" i no al capítol segon de "Drets i llibertats". L'article 53.3 CE n'estableix la justiciabilitat davant els tribunals, però segons les lleis que desenvolupin el dret. En aquest sentit, seguint la interpretació majoritària, en cas que no hi hagi lleis que n'estableixin la configuració normativa, el dret a l'habitatge seria, com a dret subjectiu, inexistent en el context espanyol. També implicaria un amplíssim marge del legislador per regular-ne i desregular-ne el contingut, atès que no hi hauria un contingut mínim constitucionalment establert. Cal assenyalar que aquesta concepció constitucional del dret a l'habitatge és extraordinàriament restrictiva, i no ha estat similar en altres DESCAs com ara el dret a la salut. Es podria defensar que el legislador té absoluta llibertat per configurar el dret a la salut, fins al punt de fer desaparèixer el seus aspectes bàsics en el marc d'una política de retallades? Cal pensar que no, que el dret a la salut té un contingut mínim constitucionalment exigible, tot i formar part dels drets reconeguts en el capítol III del títol I. A més, d'acord amb el que estableix l'article 10.2 CE, i tenint en compte la ratificació del [Pacte Internacional de Drets Econòmics, Socials i Culturals](#), en el text constitucional s'hi hauria hagut d'incorporar una visió més garantista en consonància amb els estàndards internacionals dels drets humans.

Sigui com sigui, el reconeixement limitat del dret a l'habitatge a la carta magna juntament amb una interpretació molt restrictiva, ha dificultat l'exigibilitat del dret a l'habitatge. No obstant això, diverses comunitats autònomes n'han definit l'abast i han desenvolupat els aspectes més rellevants per via estatutària i mitjançant legislació pròpia. D'altra banda, i tot i l'absència fins al moment d'un marc legal específic, l'Estat defineix periòdicament el [Plan Estatal de Vivienda](#), eina de planificació i dotació pressupostària en l'àmbit de l'habitatge. A més, diverses normes estatals plantegen qüestions relatives al dret a l'habitatge, com la Llei d'arrendaments urbans, que regula els contractes de lloguer, font de grans dificultats en l'actualitat (encariment, inestabilitat...). S'albiren,

doncs, a partir dels diferents desenvolupaments normatius, possibilitats de justiciabilitat. A més, cal subratllar les vies d'exigibilitat indirecta, és a dir, a partir de la connexió del dret a l'habitatge amb altres drets.

En aquest context, resulta imprescindible avançar en la concreció del contingut del dret, tenint en compte el marc jurídic internacional i el conjunt de normes de desenvolupament dictades en l'àmbit tant estatal com autonòmic. D'aquesta manera, podríem fins i tot defensar l'existència d'un contingut constitucional essencial del dret, aquell que no pot veure's vulnerat, el mínim que ha de ser respectat per tal de no desvirtuar la naturalesa del dret reconegut. En cas contrari, la seva inclusió com a dret dins el text constitucional no tindria sentit.

1.2 Reconeixement en l'àmbit regional i internacional

El dret a un habitatge adequat es troba regulat en l'àmbit europeu en el context del Consell d'Europa i també en el de la Unió Europea.

En marc del Consell d'Europa, el [Conveni Europeu de Drets Humans](#) (CEDH) de 1950 no recull drets econòmics, socials, culturals i ambientals, sinó que se centra només en drets civils i polítics. Per compensar aquesta mancança, l'any 1961 es va promulgar la [Carta Social Europea](#) (CSE), revisada l'any 1996. Aquesta versió més recent, no ratificada per l'Estat espanyol a dia d'avui, per una banda, introdueix un mecanisme de reclamació directa davant del Comitè Europeu de Drets Socials i, per l'altra, recull específicament el dret a l'habitatge en el seu article 31:

"Per a garantir l'exercici efectiu del dret a l'habitatge, les parts es comprometen a adoptar mesures destinades:

- **A afavorir l'accés a l'habitatge d'un nivell suficient;**
- **A prevenir i pal·liar la situació de carència de llar amb vista a eliminar progressivament aquesta situació;**
- **A fer assequible el preu dels habitatges a les persones que no disposin de recursos suficients”.**

És cert que la manca de ratificació de la Carta en la seva versió més avançada dificulta extreure'n eines jurídiques que podrien tenir gran rellevància en l'exigibilitat del dret a l'habitatge. Ara bé, tot i així, la CSE és vigent a Espanya i els marcs interpretatius que ha anat consolidant el Comitè Europeu de Drets Socials són, en tot cas, una referència necessària. Per la seva part, el Conveni Europeu de Drets Humans, a través de la jurisprudència del Tribunal d'Estrasburg, tot i no recollir el dret a l'habitatge, esdevé avui en dia un marc normatiu de gran utilitat. Així, trobem sentències en què, a partir de la protecció d'altres drets (dret a la intimitat personal i familiar, per exemple), s'estableix una defensa del dret a l'habitatge. Igualment, ha resultat especialment útil el paper del TEDH a partir de la possibilitat de demanar mesures cautelars contra ordres de desallotjament d'habitatges.

Pel que fa a l'àmbit de la Unió Europea, la [Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea](#) inclou el dret a l'habitatge en el seu article 34.3. La redacció del precepte resulta força restrictiva, ja que es limita a establir:

“A fi de combatre l'exclusió social i la pobresa, la Unió reconeix i respecta el dret a una ajuda social i un ajut a l'habitatge per tal de garantir una existència digna a tots aquells que no disposin de recursos suficients, segons les modalitats establertes pel dret comunitari i les legislacions i pràctiques nacionals”

D'aquesta manera, lluny de recollir els estàndards establerts en l'àmbit internacional en relació amb el gaudi del dret a l'habitatge, la Unió Europea es ceneix a reconèixer el dret a ajuts per a accedir-hi.

Si ens traslladem en el terreny de les Nacions Unides, veiem que és la [Declaració Universal de Drets Humans](#) (DUDH, 1948) la que incorpora l'habitatge com a contingut necessari del dret a un nivell de vida adequat en el seu article 25:

“Tota persona té dret a un nivell de vida que asseguri, per a ell i la seva família, la salut i el benestar, especialment quant a alimentació, vestir, habitatge, assistència mèdica i als serveis socials necessaris; també té dret a la seguretat en cas d'atur, malaltia, incapacitat, viduïtat, vellesa o altra manca de mitjans de subsistència independent de la seva voluntat”

Si bé inicialment la DUDH tenia, en tant que declaració, un caràcter programàtic, ha esdevingut norma de *ius cogens* i forma part de l'anomenat corpus de dret internacional exigible. També ho és el Pacte internacional dels drets econòmics socials i culturals (PIDESC, 1966), que en el seu article 11 recull el mateix dret. Per tant, els articles 25 DUDH i 11 del PIDESC conformen el marc jurídic internacional del dret a l'habitatge, que cal interpretar-lo conforme els principis esmentats a la part comuna per a tots els DESCAs: progressivitat, no-discriminació, prohibició de la regressivitat i dret a la informació.

D'altra banda, cal recórrer a dues observacions generals del Comitè DESC de les Nacions Unides, per mitja de les quals s'ha especificat l'abast del dret. Es tracta de l'observació [núm. 4](#), ja mencionada, que n'estableix l'abast i el contingut, i la [núm. 7](#), que introdueix condicionants i límits als desallotjaments forçosos.

Igualment, formen part del conjunt d'instruments internacionals que donen forma al dret a l'habitatge els dictàmens que des de 2013 pot emetre el Comitè DESC arran de demandes individuals contra un estat per vulneracions del PIDESC. Precisament, les dues primeres “condemnes” han estat per a Espanya per vulneració del dret a l'habitatge. El setembre de 2015 va emetre una [decisió](#) en què atribuïa a l'Estat espanyol la vulneració del dret a l'habitatge d'una persona que havia estat desnonada per un procés d'execució hipotecària sense notificació. Recentment, a finals de juny de 2017, una [segona decisió](#) ha considerat que l'Estat espanyol havia vulnerat el dret a l'habitatge d'un ciutadà en no atorgar-li habitatge social ni ajudes suficients i haver estat desnonat per finalització de contracte de lloguer. Recentment, el Govern espanyol ha esgotat els sis mesos de termini per a donar resposta a les recomanacions del Comitè amb una insuficient remissió a documentació ja enviada a la relatora per un habitatge adequat un any abans¹.

Una altra de les funcions del Comitè DESC és elaborar exàmens periòdics i informes sobre l'estat del dret a l'habitatge als diferents països. Aquests informes també són útils tant per valorar la situació dels DESCAs en l'àmbit estatal, com per extreure'n criteris per fixar les obligacions estatals derivades del PIDESC.

Cal, també, esmentar la figura del [relator o relatora especial pel dret a un habitatge adequat](#), òrgan pertanyent al sistema de les Nacions Unides que de manera específica vetlla per la garantia d'aquest dret a través de l'anàlisi de la situació als països sobre els quals elabora informes sobre el grau de compliment del dret en qüestió.

Finalment, és important tenir en compte la interdependència i la indivisibilitat dels drets humans, així com que la vulneració d'aquests drets esdevé encara més greu en certs col·lectius. És el cas de la infància, en què el Comitè de Drets de la Infància acaba de fer públiques les [recomanacions](#) envers l'atenció especial que requereix la garantia del dret a un habitatge adequat dels nens i nenes i la seva protecció en

cas de desnonament, fent referència al dictamen mencionat més amunt (paràgraf 38 d).

1.3 Configuració legal. Els drets socials en l'àmbit autonòmic i local

El dret a l'habitatge ha experimentat desenvolupaments importants tant en l'esfera autonòmica com en la local. Cal subratllar que, des d'un punt de vista competencial, l'habitatge és competència exclusiva de les comunitats autònomes. L'article 137 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 2006 n'estableix l'abast:

“1. Correspon a la Generalitat la competència exclusiva en matèria d'habitatge, que inclou en tot cas:

- a) La planificació, l'ordenació, la gestió, la inspecció i el control de l'habitatge d'acord amb les necessitats socials i d'equilibri territorial.**
- b) L'establiment de prioritats i objectius de l'activitat de foment de les administracions públiques de Catalunya en matèria d'habitatge i l'adopció de les mesures necessàries per a assolir-los, tant amb relació al sector públic com al privat.**
- c) La promoció pública d'habitatges.**
- d) La regulació administrativa del comerç referit a habitatges i l'establiment de mesures de protecció i disciplinàries en aquest àmbit.**
- e) Les normes tècniques, la inspecció i el control sobre la qualitat de la construcció.**
- f) Les normes sobre l'habitabilitat dels habitatges.**
- g) La innovació tecnològica i la sostenibilitat aplicable als habitatges.**
- h) La normativa sobre conservació i manteniment dels habitatges i la seva aplicació.**

¹ Es pot consultar la jurisprudència del Comitè DESC [aquí](#).

2. Correspon a la Generalitat la competència sobre les condicions dels edificis per a la instal·lació d'infraestructures comunes de telecomunicacions, radiodifusió, telefonia bàsica i altres serveis per cable, respectant la legislació de l'Estat en matèria de telecomunicacions”

L'Estatut d'autonomia, norma institucional bàsica de Catalunya, recull en el seu article 26 el reconeixement del dret a l'habitatge. Aquest reconeixement va acompanyat, com a mecanisme de reforç, d'una previsió (article 47) que especifica la responsabilitat dels poders públics de garantir el dret mitjançant polítiques públiques específiques: **“mitjançant la generació de sòl i la promoció d'habitatge públic i d'habitatge protegit, amb una atenció especial per als joves i els col·lectius més necessitats”**. A més, es vincula el dret a l'habitatge amb la protecció de la família i dels joves de l'article 40 i amb les polítiques de sòl i urbanisme de l'article 149.

En desenvolupament del dret recollit en el text estatutari (article 26) i del mandat institucional (article 47), l'any 2007 fou aprovada al Parlament la [Llei 18/2007](#), del 28 de desembre, del dret a l'habitatge de Catalunya (LDHC). Aquesta Llei introdueix aspectes molt rellevants que s'emmarquen tant dins l'esfera d'obligacions positives com en la d'obligacions negatives derivades del dret. D'aquesta manera, estableix criteris per a l'habitatge públic i incorpora el principi de solidaritat urbana, marcant un objectiu ambiciós per a l'ampliació del parc públic. La Llei també estableix sancions per a usos anòmals dels habitatges i l'incompliment de la funció social de l'habitatge, com la desocupació o el mal estat dels habitatges. Així mateix, es recull l'acció pública envers el dret a l'habitatge, un element interessant per tenir en compte, tot i que inutilitzat fins a dia d'avui.

La Llei catalana no és l'única. En l'actualitat disposem de deu lleis autonòmiques que codifiquen el dret a l'habitatge, i dues més en tràmit. Aquestes lleis aborden diferents temes

relacionats amb la garantia del dret, com ara l'habitatge protegit, els habitatges buits o qüestions relatives a la rehabilitació, entre moltes altres. Algunes d'aquestes lleis pel dret a l'habitatge, com és el cas de la catalana, es van aprovar abans de la crisi econòmica, de manera que han quedat parcialment desfasades en relació amb la situació sobrevinguda d'emergència habitacional. En aquest sentit, des de l'any 2013 hi ha hagut una nova fornada de lleis d'emergència, que incorporen temes com el sobreendeutament, els desnonaments, els habitatges buits i la pobresa energètica. S'han aprovat lleis d'aquesta naturalesa a Catalunya, País Valencià, Aragó, Múrcia, Andalusia, Canàries i Euskadi. Aquestes normes, genèricament anomenades “lleis antidesnonaments”, identifiquen en els seus preàmbuls els aspectes més garantistes recollits en l'àmbit internacional. Cal tenir en compte que diverses d'aquestes lleis beuen del moviment pel dret a l'habitatge arrelat a l'Estat espanyol des de 2009. Un altre aspecte comú és l'embat jurídic i polític al qual han hagut de fer front no poques de les lleis esmentades.

És el cas de la Llei catalana [24/2015](#), de 29 de juliol, de mesures urgents per afrontar l'emergència en l'àmbit de l'habitatge i la pobresa energètica, fruit d'una iniciativa legislativa popular impulsada per la Plataforma d'Afectats per la Hipoteca, l'Observatori DESC i l'Aliança contra la Pobresa Energètica. Impugnada pel Govern espanyol davant el Tribunal Constitucional, gran part de la Llei resta actualment suspesa a l'espera de sentència. Continuen vigents els articles relatius al real·lotjament obligatori per part de les administracions i la part de pobresa energètica. En similar situació es troben la Llei d'Euskadi, Navarra, Comunitat Valenciana, Múrcia o Aragó.

Per tal de pal·liar els efectes de la suspensió de l'esmentada Llei 24/2015, el Parlament de Catalunya va aprovar la Llei [4/2016](#), del 23 de desembre, de mesures de protecció del dret a l'habitatge de les persones en risc d'exclusió residencial. Aquesta norma incorpora alguns aspectes similars a la norma impugnada, però a través d'altres mesures diferents. Al seu torn, gran part dels seus articles han estat igualment impugnats i resten actualment suspesos per provisió del Tribunal Constitucional.²

En l'àmbit dels protocols i els acords, a Catalunya hi ha protocols que insten la paralització dels desnonaments en situació de vulnerabilitat fins que l'Administració pugui oferir una alternativa habitacional. La Resolució [JUS/1696/2013](#), de 16 de juliol, fa públic el Protocol d'execució de les diligències de llançament als partits judicials de Catalunya. Si bé la coordinació entre jutjats i serveis socials dels municipis esdevé essencial en situacions de pèrdua de l'habitatge i el protocol és una eina molt valuosa, a la pràctica l'aplicació d'aquests protocols ha quedat limitada a la voluntat dels jutges en cada cas.

Pel que fa al món local, les competències són limitades, encara que en els municipis recauen fortes obligacions en relació amb la defensa del dret a l'habitatge. En certa manera, els ens locals són l'Administració més propera al ciutadà i juguen un rol clau en la defensa dels seus drets, i a més molts dels mecanismes que es plantegen en termes legals per a donar cobertura al dret són d'aplicació municipal (multes i sancions, expropiacions, real·lotjaments, habitatge públic...). En aquest punt, resulta imprescindible la coordinació i la col·laboració interadministrativa.

2. AMENACES PRÀCTIQUES I MECANISMES DE DEFENSA

2.1 Context i amenaces

Disposar d'un habitatge adequat és un element central per a la vida digna de les persones. No obstant això, la cobertura d'aquest dret es troba, de forma majoritària, en mans del mercat privat. Aquest element resulta el principal escull per a una garantia del dret a l'habitatge, atès que depèn en gran mesura de l'accés a un salari o ingressos per a poder-hi accedir.

La crisi economicofinancera que ha patit l'Estat espanyol des de l'any 2008 ha evidenciat el problema d'aquest sistema de garantia del dret a l'habitatge. La normativa estatal ha resultat insuficient per a donar resposta a l'elevadíssim nombre de desnonaments i famílies endeutades, conseqüència de les males praxis del mercat hipotecari. Posteriorment, també les dificultats d'aquelles persones que viuen de lloguer s'han vist paleses, perjudicades per les darreres reformes de la Llei d'arrendaments urbans.

En ambdós casos, les vulneracions del dret a l'habitatge són la conjunció de dos elements: la manca de lleis protectores del dret i el mal funcionament del mercat d'habitatge, ja sigui de lloguer o de compravenda. En aquest sentit, la tasca legislativa té un ampli camp per recórrer en l'establiment de normes que garanteixin el dret a l'habitatge i estableixin límits als abusos de creditors i propietaris. Una dificultat afegida a l'aprovació de normes protectores en l'àmbit autonòmic és la seva suspensió posterior i possible anul·lació via impugnació, fonamentalment per motius competencials, davant el Tribunal Constitucional. Cal assenyalar, en aquest punt, el caràcter excessivament ampli de títols competencials estatals que poden amenaçar el marge regulador autonòmic (ordenació general de l'economia, igualtat de drets per a tots els espanyols en tot el territori).

Finalment, una amenaça que afecta les diferents administracions és la manca de recursos per a dur a terme polítiques públiques que puguin fer realitat el dret a l'habitatge. Cal afegir-hi les restriccions en matèria de despesa en l'àmbit local introduïdes a través de la [Llei de racionalització i sostenibilitat local](#) (LRSAL) i dels límits financers que s'estan posant actualment a les comunitats autònomes. Tanmateix, els organismes internacionals han reiterat la disconformitat amb aquelles mesures que disminueixen la protecció, és a dir, que tenen un caràcter regressiu en l'acompliment del dret, fins i tot, en situació de dificultat o crisi econòmica. Concretament, el Comitè Europeu de Drets Socials ha afirmat de manera contundent que:

² [Recentment](#), el TC ha aixecat la suspensió de 3 dels 8 articles impugnats de la Llei 4/2016

«(...) la crisi econòmica no pot traduir-se en una reducció de la protecció dels drets reconeguts per la Carta (...). Els governs, per tant, [estan obligats a] adoptar totes les mesures necessàries per aconseguir que aquests drets siguin efectivament garantits en el moment en què la necessitat de la protecció és fa sentir més» (Decisions de 23 d'octubre de 2012 i de 22 d'abril de 2013, sobre reformes laborals i de Seguretat Social a Grècia)

2.2 Mecanismes de justiciabilitat directa i indirecta

- ÀMBIT ESTATAL:

Si ens atenim a la carta magna, com s'ha exposat a l'apartat 1.1, en l'actualitat el dret a l'habitatge té una justiciabilitat molt limitada, vinculada al desenvolupament legal que se'n pugui fer. La vulneració de l'article 47 no es pot invocar en procediment preferent i sumari davant dels tribunals, ni tampoc en empara davant el Tribunal Constitucional per vulneració de drets fonamentals.

Però, en tant que el dret a l'habitatge digne i adequat ha estat desenvolupat en l'àmbit estatutari i legal, s'obre la seva justiciabilitat davant els tribunals ordinaris. Tanmateix, aquesta via no ha estat portada a la pràctica.

No obstant això, sí que hi hagut sentències rellevants del Tribunal Suprem que han tingut una incidència important en el dret a l'habitatge. En són exemples les sentències relatives a les clàusules abusives, com ara, la clàusula terra, l'IPRH o el venciment anticipat.

Recentment, la [STS de 23 de novembre](#) de 2017 (Sala 3a) fixa una doctrina interessant que estableix que és necessari fer un judici de proporcionalitat per part dels jutges en els casos dels desnonaments amb persones menors d'edat vulnerables.³

En relació amb el dret a l'habitatge establert a la Llei del dret a l'habitatge de Catalunya, l'acció pública del seu article 6 tampoc no ha estat explorada fins al moment:

"Tots els ciutadans, en exercici de l'acció pública en matèria d'habitatge, poden exigir davant els òrgans administratius i davant la jurisdicció contenciosa administrativa el compliment de la legislació en matèria d'habitatge i de les disposicions i les mesures establertes pel planejament urbanístic referides a l'habitatge"

Segurament caldria analitzar quins contextos d'incompliment de la norma podrien donar lloc a l'acció esmentada com, per exemple, l'absència d'un pla territorial sectorial d'habitatge regulat per l'article 12 i inexistent deu anys després de l'aprovació de la norma, o la manca de reallotjament via article 5.6 de la Llei 24/2015 en situacions de risc d'exclusió residencial. La Llei del dret a l'habitatge presenta, a més, diverses obligacions envers privats que també podrien ser objecte d'exigibilitat judicial.

- ÀMBIT EUROPEU:

En l'àmbit europeu no han estat poques les sentències i els dictàmens que han "condemnat" l'Estat espanyol per incompliment del dret a l'habitatge.

En primer lloc, el Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH) ha acordat diverses mesures cautelars davant possibles vul-

³ En aquest sentit, tenir en compte la recomanació 38D de l'examen a Espanya del Comitè dels Drets de la Infància de Nacions Unides.

neracions que indirectament afectaven el dret a l'habitatge a l'Estat espanyol. Concretament, els casos que s'han portat davant l'alt tribunal feien referència a la vulneració de l'article 6 (dret a un procés equitatiu), en relació amb l'article 3 (dret a no patir tortures ni tractes degradants) i l'article 8 (dret a la vida privada i familiar). Aquests elements estan clarament vinculats al dret a l'habitatge, sobre la base de la interdependència i la indivisibilitat dels drets humans. Són exemples de mesures cautelars acordades davant l'ordre judicial del desallotjament del «[Bloc de Salt](#)», a Girona, on es van aturar els desallotjaments de diverses famílies fins que hi hagués un reallotjament per part de l'Administració, i de «la Rimaia», a Barcelona, on es va decidir aturar el desnonament fins que hi hagués sentència sobre el fons.⁴

En segon lloc, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea ha estat prolífer en decisions relatives a la normativa espanyola en matèria hipotecària i processal. Fruit de centenars de qüestions prejudicials elevades pels jutges espanyols, s'ha palès la manca de protecció dels consumidors, consagrada a la [Directiva 93/13/CEE](#) del Consell, en els procediments d'execució hipotecària. En virtut d'aquestes resolucions, s'han modificat i aprovat noves lleis en la matèria. D'això se'n deriva que els drets dels consumidors també han constituït una via indirecta de defensa del dret a l'habitatge.

- ÀMBIT INTERNACIONAL:

En l'àmbit internacional, els relators especials pel dret a un habitatge adequat s'han pronunciat en diverses ocasions i han denunciat la situació del dret a l'habitatge a l'Estat espanyol, com ara la [financerització](#) dels habitatges i l'endeutament elevat que ha suposat accedir a un habitatge.

Des del Comitè DESC de les Nacions Unides també s'ha considerat que l'estàndard del dret a l'habitatge a l'Estat espanyol era insuficient, d'una banda, en l'[examen periòdic de](#)

[2012](#)⁵ i, de l'altra, en dues decisions recents. Aquestes dues decisions, vehiculades a través del [Protocol facultatiu del PIDESC](#), han estat les dues úniques resolucions del Comitè fins ara i critiquen durament els desnonaments per causes econòmiques i la normativa que els regula.

Finalment, un mecanisme quasijurisdiccional que acostuma a ser útil en la defensa dels drets humans són els anomenats ombudsmen, els síndics que defensen els drets de la ciutadania. En aquest cas, fer-los partícips de les vulneracions del dret a l'habitatge és una acció habitual a ciutats com Barcelona, on, a més del Síndic de Greuges, en l'àmbit català existeix la figura dels [síndics/ques locals](#), de la mateixa manera que a altres ciutats de l'entorn.

2.3 Estratègies i aspectes processals

A continuació, s'enumeren algunes actuacions que poden exercir-se per a la defensa del dret a l'habitatge:

- EN L'ÀMBIT AUTONÒMIC:

1. Instar l'actuació administrativa davant l'incompliment de la funció social/ús anòmal: són diversos els preceptes que limiten l'actuació dels agents privats en l'esfera del dret a l'habitatge a la Llei 18/2007. A vegades, els habitatges estan buits o es troben en mal estat; en d'altres, hi ha sobreocupació, infrahabitatge o d'altres usos anòmals (article 41 LDHC). En algunes d'aquestes situacions els propietaris podrien ser multats i, fins i tot, sancionats sobre la base de les mesures provisionals dels articles 110 i següents i de les mesures sancionadores dels articles 115 i següents de la norma esmentada. Diversos municipis ja han començat a interposar multes coercitives i sancions d'acord amb aquests preceptes. En d'altres, hi ha sobreocupació, infrahabitatge

⁴ "Pel que fa a la competència dels municipis per a imposar multes coercitives als habitatges desocupats, la sentència 788/2017 del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 21 de novembre posa en qüestió que es tingui aquesta autorització."

⁵ El 21-22 de març l'estat espanyol tornarà a examinar-se davant el Comitè DESC sobre el compliment dels drets econòmics, socials i culturals. Podeu consultar [aquí](#) un dels informes alternatius elaborats des de diverses entitats socials i [aquí](#) podeu veure les recomanacions de Nacions Unides (paràgrafs 35 a38).

o d'altres usos anòmals (article 41 LDHC). D'altra banda, des d'una òptica de drets humans, es pot considerar que la LDHC desenvolupa l'article 47 CE i que, per tant, permet al·legar vulneracions del dret a l'habitatge en concordança amb l'article 10 CE (dignitat i lliure desenvolupament de la persona). Aquesta via s'hauria d'explorar davant de tribunals ordinaris.

2. Acció pública de la Llei 18/2007: aquest article 6 de la LDHC no ha estat desenvolupat, si bé pot tenir cert recorregut. Exercir l'acció pública per a situacions d'incompliment de la normativa en matèria d'habitatge és una via fins ara inexplorada. Es podrien plantejar litigis, per exemple, amb la manca de reallotjament (l'article 5.6 de la Llei 24/2015 l'estableix com a obligatori en determinats casos) o amb la dificultat d'accedir a ajuts o a habitatge protegit, o amb l'incompliment de les previsions de la mateixa LDHC (principi de solidaritat urbana, pla territorial sectorial...). Si bé aquest article no instaura el dret subjectiu stricto sensu, la [Llei 3/2015](#) d'habitatge d'Euskadi sí que l'ha regulat i està en funcionament en l'actualitat. També l'incorporava la Llei del dret a l'habitatge de València. Configurar el dret a l'habitatge com a dret subjectiu, tal com s'ha fet a Euskadi, Escòcia o França, resulta complex i requereix una gran dotació presupostària, però és quelcom que es podria pensar a articular en futures normatives.

3. Incompliments dels preceptes vigents de la Llei 24/2015: aquesta llei d'emergència habitacional preveu diversos mecanismes que no s'estan complint a dia d'avui. Un exemple és el reallotjament obligatori de l'article 5.6 de la Llei 24, que podria portar-se per la via contenciosa administrativa en cas d'incompliment de les administracions; o els talls de llum, aigua i gas de l'article 6 de la mateixa llei, pels quals algunes administracions locals ja han multat companyies subministradores.

4. Assetjament immobiliari: aquest punt es preveu a la LDHC (article 45.3.c), interpretat com a discriminació, i constitueix una infracció molt greu de l'article 123.2.a). Des d'alguns municipis, com ara Barcelona, s'estan implementant mesures al respecte. Així mateix, el Codi penal també recull aquest il·lícit per a casos penalment rellevants. Instar l'actua-

ció administrativa, així com la via penal, són opcions viables per a situacions com les denunciades en el districte de Ciutat Vella (Barcelona). Un exemple de querrela d'aquest tipus és la de l'últim habitant del carrer Lancaster, 13, contra l'empresa MK Premium, o [contra l'empresa Desokupa](#).

5. Litigis per omissió: el desenvolupament de l'acció legislativa que permeti donar compliment al dret a l'habitatge basant-se en l'article 47 CE en concordança amb l'article 53.3 CE ha tingut lloc en l'àmbit autonòmic. Una via per desenvolupar és la possibilitat d'impugnar la manca d'habilitació en l'àmbit estatal del dret a l'habitatge. D'altra banda, també la LDHC estableix terminis per al compliment del mandat de solidaritat urbana i per al Pla territorial sectorial d'habitatge, del qual tan sols ara comença a presentar-se l'avantprojecte. També a la Llei 24/2015 s'estableix el termini d'un any per elaborar un text refós en matèria d'habitatge i a la disposició addicional sisena de la Llei 4/2016, nou mesos per a la regulació de criteris per als arrendaments urbans a Catalunya. Tots aquests elements no han estat desenvolupats i podria plantejar-se la seva denúncia en l'àmbit de litigació.

- EN L'ÀMBIT ESTATAL:

6. Desnonaments amb menors: la [STS 1797/2017](#) de 23 de novembre obre la porta a exigir l'aplicació del principi de proporcionalitat en els desnonaments en què hi hagi persones menors d'edat en situació de vulnerabilitat. Així mateix, les recomanacions que ha fet el Comitè dels Drets de la Infància de Nacions Unides són clau en aquest sentit, ja que estableixen que s'ha d'assegurar el dret a l'habitatge als infants i assegurar una atenció particular als desnonaments en què hi hagi nens i nenes. Cal afegir-hi l'existència, a Catalunya, d'un protocol de 2013 signat pel TSJC i diverses administracions.

7. Clàusules abusives: Les nombroses sentències del TJUE i diversos casos portats fins al Tribunal Suprem han provocat que hi hagi pronunciaments de l'alt tribunal que estableixin l'existència de clàusules abusives en molts contractes de préstec hipotecari. Per aquesta via, s'han reclamat imports importants de contractes amb aquest tipus de clàusules.

- EN L'ÀMBIT EUROPEU:

8. Mesures cautelars davant el TEDH: l'ús de les mesures cautelars ha estat una estratègia poc utilitzada fins al moment. No obstant això, ha estat un recurs útil en diverses ocasions, especialment en situacions de desallotjament sense alternativa habitacional i amb persones menors. Cal tenir en compte que es tracta de mesures d'excepcionalitat i que, fruit de les reformes que han afectat les condicions d'accés al TEDH, cada cop esdevé més complicat arribar-hi. Resulta molt important la tasca de connexió amb d'altres drets, sobretot civils i polítics (article 3, 6, 8 CEDH), basada en el principi d'interdependència i indivisibilitat dels drets humans.

9. Ratificació Carta Social Europea: un altre dels aspectes pendents en matèria del dret a l'habitatge a l'Estat espanyol és la ratificació de la Carta social europea revisada de l'any 1996. En aquesta carta es reconeix el dret a l'habitatge digne. Malgrat ser una instància quasi judicial, el Comitè de Drets Socials ha emès resolucions condemnatòries a estats part, com ara França, que han provocat canvis legislatius importants en matèria d'habitatge (cas FEANTSA c. França). Fins que no s'hagi ratificat no es poden presentar demandes per vulneració del dret a l'habitatge a l'Estat espanyol davant d'aquest Comitè, però, si eventualment es fes, seria una bona via per presentar-hi queixes. No obstant, es podria fer servir la jurisprudència d'altres països sobre drets relacionats amb l'habitatge de la versió ratificada (per exemple, el dret a la família i la protecció social de l'article 16)⁶.

10. Qüestions prejudicials: aquesta tècnica de dret comunitari ha resultat una eina jurisdiccionalment efectiva per aconseguir canvis en la normativa processal i hipotecària espanyola. Ha estat utilitzada en casos d'execucions hipotecàries, interpel·lant els magistrats del mercantil en les respostes de les demandes per tal que elevessin qüestions prejudicials

al TJUE en temes com les clàusules terra o altres clàusules abusives en els contractes de préstec hipotecari. També s'ha posat en tela de judici la transposició de la normativa comunitària en matèria de dret de consumidors. Continuar amb aquesta estratègia per aconseguir nous pronunciaments pot ser una via d'acció, incorporant els procediments per impagament de lloguer, que podrien considerar-se en certs aspectes també abusius, així com pràctiques dels intermediaris (immobiliàries i APIs), amb una regulació ambigua a casa nostra. És també important posar en valor aquelles aproximacions més protectores de drets i esgrimir-les en les demandes, com ara el cas C-34/13, Kusionova c. Smart Capital, en què més enllà de la protecció dels drets dels consumidors es reconeixia el dret a l'habitatge com a dret fonamental per part del TJUE.

- EN L'ÀMBIT INTERNACIONAL:

11. Denúncia per inseguretat en la tinença davant el Comitè DESC de les Nacions Unides: la via de demandar davant el Comitè DESC per incompliment del dret a l'habitatge ha obtingut fruits en dues ocasions, amb el dictamen [E/C.12/55/D/2/2014](#) i [E/C.12/61/D/5/2015](#). Els requisits no són senzills, especialment perquè, entre d'altres, cal l'exhauriment de recursos interns. Tanmateix, pot resultar una eina útil per a instar modificacions legislatives i mesures administratives. Certament, no es tracta d'un tribunal stricto sensu, però les decisions del Comitè interpel·len directament el govern espanyol (vegeu l'apartat 2.5, en què es descriu un cas pràctic)⁷. Així mateix, recentment s'ha tingut coneixement d'una mesura cautelar atorgada pel propi Comitè DESC en un cas de desnonament a Madrid, per tant seria un mecanisme a explorar en casos de vulneracions imminents de drets humans, de la mateixa manera que s'han fet servir davant el TEDH.

⁶ La Professora Carmen Salcedo va exposar al III Congrés de Drets Humans la importància de l'ús d'aquesta eina. L'exemple que posava feia referència a un tipus de contracte que s'havia considerat contrari a la CSE en un cas de Grècia. En base a aquest cas es va descartar implementar l'esmentada modalitat de contracte a Espanya.

⁷ En aquest sentit, la Plataforma d'Afectats per la Hipoteca ha elaborat un "kit" fent servir el Dictamen del Comitè DESC en què se sol·licita la paralització dels desallotjaments.

12. Litigis per omissió: el desenvolupament de l'acció legislativa que permeti donar compliment al dret a l'habitatge basant-se en l'article 47 CE en concordança amb l'article 53.3 CE ha tingut lloc en l'àmbit autonòmic. Una via per desenvolupar és la possibilitat d'impugnar la manca d'habilitació en l'àmbit estatal del dret a l'habitatge. D'altra banda, també la LDHC establia terminis per al compliment del mandat de solidaritat urbana i per al Pla territorial sectorial d'habitatge, del qual tan sols ara comença a presentar-se l'avantprojecte. També a la Llei 24/2015 s'establia el termini d'un any per elaborar un text refós en matèria d'habitatge i a la disposició addicional sisena de la Llei 4/2016, nou mesos per a la regulació de criteris per als arrendaments urbans a Catalunya. Tots aquests elements no han estat desenvolupats i podria plantejar-se la seva denúncia en l'àmbit de litigació.

13. Manca d'adopció dels criteris internacionals en les decisions judicials: fer incidència en el poder judicial sobre la importància d'adoptar arguments que beguin, d'acord amb la previsió de l'article 10.2 CE 1978 i el caràcter vinculant dels tractats internacionals (article 96 CE), dels estàndards garantistes del dret internacional i revertir la visió restrictiva dels drets fonamentals que es té en l'actualitat en la Constitució espanyola. Donar seguiment a la implementació de les decisions que dictaminen la vulneració del dret a l'habitatge per part de l'Estat espanyol. També, ser vigilants respecte del principi de progressivitat en el compliment del dret, de no-discriminació, d'informació i participació i de no-regressivitat. En aquest sentit, tenir-ho en compte de cara als criteris d'entrada a les mesures d'emergència, per exemple, o a les modificacions de normes com la Llei d'arrendaments urbans, que han minvat la protecció de les persones inquilines. Garantir l'accés a la justícia, mecanismes de justícia gratuïta i facilitats per a les persones sense recursos davant els tribunals és també un element molt important de cara a la defensa dels DESC, així com facilitar els canals d'interacció entre jutjats i serveis socials o àrees especialitzades amb vulneracions de drets dels municipis. D'acord, tot i que això

ho podríem posar en una part més general ja que s'aplica en gran part a tots els DESC.

14. Incidència pressupostària: un altre element que cal tenir en compte, en relació amb el principi de progressivitat i de no-regressió de l'article 2.1 PIDESC, és l'assignació de recursos a les polítiques públiques d'habitatge. Per exemple, des del Comitè DESC s'ha criticat la venda de gairebé 3.000 habitatges públics a fons voltors a la Comunitat de Madrid, en tant que suposa una disminució dels recursos disponibles per a fer possible el dret a l'habitatge⁸. La configuració pressupostària en els plans estatals d'habitatge i els pressupostos generals de l'Estat, de la Generalitat de Catalunya i dels ens locals també són objecte de compliment o no del dret a l'habitatge.



⁸ [Recentment, una sentència del jutjat contenciós-administratiu de Madrid anul·lava la venda d'aquests habitatges](#)

3. CAS PRÀCTIC

Es presenta, a continuació, la comunicació 4/2015 davant el Comitè DESC, de Mohamed Ben Djazia i Naouel Bellili, que ha estat considerada pel Comitè mitjançant dictamen emès el mes de juny de 2017.

3.1 Com es pot presentar un cas de vulneració de DESC a davant les Nacions Unides?

El Comitè DESC de les Nacions Unides és l'òrgan de tractat encarregat de vetllar pel compliment del Pacte internacional de drets econòmics, socials i culturals (PIDESC) de l'any 1966. Entre les seves tasques hi ha la realització d'informes periòdics sobre el compliment del Pacte per part dels estats que l'han ratificat. Des del 5 de maig de 2013 també s'hi poden presentar queixes individuals, gràcies a l'entrada en vigor del Protocol facultatiu en el PIDESC. L'Estat espanyol el va ratificar el juliol de 2010. El fet de poder presentar demandes davant el Comitè obre la possibilitat d'elevat vulneracions concretes dels DESC a l'òrgan pertinent de les Nacions Unides. D'aquesta manera, la presentació de casos individuals permet que les víctimes puguin obtenir un rescabament per la vulneració dels seus drets que s'ha vist negat en l'àmbit intern i també de recomanacions de caràcter general que permetin un canvi legislatiu i de polítiques públiques de més calat.

Els articles del 2 al 9 del Protocol facultatiu especifiquen quines característiques hauran de tenir els casos que es poden presentar davant el Comitè DESC i quina és la metodologia que cal emprar:

- La queixa es pot presentar o bé per una persona individual o bé per un grup de persones que hagin estat víctimes de la vulneració del dret en qüestió (article 2 del Protocol).

- Només es pot presentar aquesta queixa si ja s'han exhaurit els recursos interns que es preveïen l'ordenament jurídic nacional o bé si aquests no existeixen, s'allarguen de forma injustificada o no garanteixen la protecció de manera eficaç (article 3.1 del Protocol).

- El termini per a presentar la queixa és d'un any des que s'han exhaurit els recursos disponibles en l'àmbit nacional (article 3.2a del Protocol).

- La vulneració dels DESC ha de tenir lloc en un moment posterior a l'entrada en vigor del Protocol facultatiu, és a dir, a partir del 5 de maig de 2013 (article 3.2b del Protocol).

- La queixa s'ha de presentar per escrit.

- Es permet la intervenció de tercers interessats en la queixa i el procediment posterior.

Cal tenir en compte que el Comitè DESC no permet fer un ús simultani dels òrgans internacionals de protecció dels drets humans. És a dir, el Comitè no examinarà un cas que ja s'ha presentat davant altres instàncies internacionals o regionals com ara el Tribunal Europeu de Drets Humans, encara que hagi estat desestimat.

En cas que la queixa s'hagi admès a tràmit per part del Comitè DESC, se la farà arribar a l'Estat part, el qual disposarà d'un període de sis mesos per a realitzar al·legacions i presentar les seves dades i informacions en relació amb la vulneració del dret i els recursos que s'hi van destinar. Al seu torn, des de la societat civil o tercers interessats també es poden realitzar aportacions al cas.

L'anàlisi sobre el fons de la qüestió tindrà en compte els recursos disponibles i la realització progressiva del dret per part de l'estat, així com la raonabilitat de les mesures entomades.

Si finalment es considera que s'ha vulnerat el dret econòmic, social o cultural al·legat a la queixa, el Comitè formularà la seva decisió acompanyada de recomanacions a l'estat (que consistiran en rescabaments de la víctima, canvis norma-

tius, impuls de polítiques públiques...). En el termini de sis mesos, l'estat membre ha de respondre les recomanacions i opinions emeses pel Comitè i explicar quins són els avenços realitzats per tal de complir la decisió. Per a la implemenciació posterior –moment actual del cas de M. Ben Djazia–, des del Comitè DESC també es preveu la participació de la societat civil.

3.2. Breu descripció del cas:

En aquest cas, es tracta de la queixa 4/2015 del senyor Djazia i la senyora Bellili per una vulneració del dret a un habitatge adequat a ells dos i els seus fills menors arran d'un desallotjament a Madrid, al districte de Tetuan, l'octubre de 2013. Les persones demandants havien viscut en una habitació de lloguer durant 14 anys fins que la persona propietària de l'habitatge els va notificar que no renovaria el contracte d'arrendament. La família es va mantenir a l'habitatge posteriorment a la finalització del contracte. Per mitjà d'un procediment judicial van ser desnonats, després de dos ajornaments de llançament, sense obtenir alternativa habitacional per part dels poders públics.

Es va presentar una sol·licitud de mesura cautelar per evitar el desallotjament davant el Tribunal Europeu de Drets Humans, que va ser desestimada, i un recurs d'empara i mesures cautelars davant el Tribunal Constitucional, que tampoc no van ser acordades. Un cop efectuat el llançament, es va oferir un allotjament temporal per part del municipi durant deu dies a un alberg i, posteriorment, davant la manca d'alternativa, la família va dormir a un vehicle i a casa de coneixuts.

Des de l'any 1999 i fins al 2011 la persona demandant havia sol·licitat fins a tretze vegades habitatge social sense obtenir-ne, malgrat els seus baixos ingressos. També els jutjats que atenien el cas de desallotjament van oficiar els departaments corresponents perquè atenguessin les sol·licituds habitacionals del senyor Djazia i la seva família. Tanmateix, el procediment judicial actual no preveu avaluar la situació

de vulnerabilitat de la persona o la família que es desallotja, ni si hi ha menors, únicament si hi ha hagut pagament o no de la renda. En relació amb l'habitatge social, cal tenir en compte que la comunitat de Madrid va vendre gairebé tres mil habitatges socials a fons voltors per motius d'equilibri pressupostari.

Així doncs, pel que fa als requisits d'admissibilitat:

- Es denuncia la vulneració de l'article 11.1 del Pacte.
- La vulneració del dret a l'habitatge que es denuncia havia tingut lloc en data posterior a l'entrada en vigor del Protocol facultatiu (requisit per a poder presentar la queixa).
- S'al·lega l'exhauriment dels recursos interns.
- No ha estat examinat per cap altra instància internacional o regional de protecció dels drets humans (la mesura cautelar sol·licitada davant el TEDH no va anar acompanyada d'una demanda, de manera que no hi ha hagut resolució sobre el fons de l'assumpte per part de l'alt tribunal).

3.3. Examen de fons per part del Comitè DESC

El Comitè considera que el dret a un habitatge adequat comporta la seguretat jurídica en la tinença (un dels elements bàsics d'aquest dret, recollit a l'observació general número 4 del Comitè). La seguretat jurídica en la tinença implica una protecció legal contra el desnonament, també en casos d'habitatges de lloguer. En el present cas, el Comitè considera que el llançament s'executa conforme a la llei, ja que la llei no disposa d'un recurs amb què valorar-ne les conseqüències.

Si bé els contractes de lloguer són acords entre particulars, l'Estat té un paper clau pel que fa a la legislació que els regula, la qual hauria de garantir els drets dels inquilins. Així mateix, el govern ha d'adoptar mesures, fins al màxim de re-

ursos disponibles, per a evitar que les persones que perden el seu habitatge habitual no restin sense llar (OG número 7, par. 16).

L'Estat al·lega que es va proposar un recurs posterior el desnonament que consistia en un centre de menors per als fills i la senyora Bellili i un centre de persones sense llar per al senyor Djazia, però no presenta cap document al respecte.

- La seguretat jurídica en la tinença ha de garantir-se també a les persones llogateres.
- El desnonament va tenir lloc conforme a la llei, però la llei és molt restrictiva en no permetre avaluar la situació en què es queda l'inquilí si s'executa el llançament.
- L'Estat no va demostrar que havia fet ús del màxim de recursos disponibles per a proporcionar un allotjament alternatiu a la família en situació de necessitat, ni ha explicat perquè es van vendre habitatges públics.
- Si s'hagués efectuat el reallotjament de la senyora Bellili i els fills a un centre per a dones i del senyor Djazia a un centre de sense llar, hauria implicat la ruptura del nucli familiar i la vulneració de l'article 10.1 del PIDESC.

3.4. Recomanacions del Comitè DESC

Com a recomanació als autors, el Comitè DESC estableix que l'estat els ha d'assignar un habitatge públic o mesura similar en cas que no disposin d'un habitatge adequat, atorgar una compensació econòmica per les violacions patides i reemborsar les despeses legals de la present comunicació.

Com a recomanacions generals, el Comitè proposa:

- Que s'adoptin mesures legislatives i/o administratives per tal que en els procediments de desallotjament de llogaters el jutge pugui valorar les conseqüències del desnonament.

· Millorar la coordinació entre el poder judicial i els serveis socials per tal d'evitar que una persona desnonada es quedi sense habitatge alternatiu.

· Que els desnonaments de persones vulnerables només s'efectuïn després d'haver consultat de manera genuïna i efectiva aquestes persones i d'assegurar que l'Estat ha fet totes les passes possibles emprant el màxim de recursos disponibles per a aconseguir-los una alternativa habitacional adequada.

· Formular i implementar, en coordinació amb les comunitats autònomes, un pla per a garantir el dret a l'habitatge a les persones en situació de vulnerabilitat amb previsió de recursos, terminis i avaluació d'aquest.

3.5. Implementació de la decisió

El dia 4 de gener va vèncer el termini en el qual l'Estat havia de presentar davant del Comitè DESC una resposta per escrit amb la informació relativa a les mesures preses. La resposta va ser molt breu i es va limitar a mencionar un sistema d'ajuts a Madrid i a remetre el Comitè a una informació feta arribar a la relatora especial el mes de març de 2017, sense fer cap al·lusió explícita a les recomanacions del Comitè.

D'altra banda, la societat civil s'ha organitzat en un grup de seguiment de la implementació de la decisió, amb la participació de la Red-DESC, que va presentar un amicus curiae al cas. Com es mencionava, el Comitè ha obert la possibilitat a rebre informes i informacions de tercers al respecte del compliment de la decisió. Aquest grup pretén, doncs, fer difusió del cas i aportar informació davant del Comitè respecte de la implementació de les recomanacions generals que es realitzen a la comunicació. Al mateix temps, s'està treballant amb la relatora especial pel dret a un habitatge adequat, la qual també va participar en la demanda.

4. JURISPRUDÈNCIA

RESOLUCIONS D'ÀMBIT INTERN

- SENTÈNCIES DEL TRIBUNAL SUPREM:

- Sobre nul·litat clàusules abusives: [STS 5618/2015](#) de 23/12/15 .
- Sobre la clàusula d'interessos de demora : [STS 626/2016](#) del 18/2/16.
- Sobre la nul·litat de les clàusules terra: [STS 1280/2015](#) de 25/2/15.
- Sobre nul·litat clàusules terra: [STS 477/2017](#) de 15/2/2017.
- Sobre costes dels procediments amb clàusules terra: [STS 2501/2017](#) de 4/7/17.
- Sobre retroactivitat total de les clàusules terra: [STS 3037/2017](#) de 20/7/2017.
- Sobre els desnonaments amb menors: [STS 4211/2017](#) de 23/11/2017.

RESOLUCIONS D'ÀMBIT INTERNACIONAL

- SENTÈNCIES DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA:

- Sobre clàusules abusives: STJUE de 3/6/10, C-484/08.
- Sobre la clàusula d'interès de demora: STJUE de 14/6/2012, C-618/10.
- Sobre clàusules abusives (cas Aziz): STJUE de 14/3/2013, (C-415/11).
- Reconeixement del dret a l'habitatge com a dret fonamental (Kusionova c. Smart Capital): STJUE de 10/9/14, C-34/13.

· Sobre els efectes temporals de la nul·litat de les clàusules terra: STJUE de 21/12/2016 de casos acumulats C-154/15, C-307/15 i C-308/15.

· Sobre la clàusula de venciment anticipat: STJUE de 26/1/17, C-421/14.

- MESURES CAUTELARS DEL TRIBUNAL EUROPEU DE DRETS HUMANS:

- Cas de Cañada Real (Madrid), desallotjament amb menors, de 16/12/14: [Raji i altres c. Espanya](#).
- Cas desnonament IVIMA (Madrid), de 28/1/14: [AMB i altres c. Espanya](#).
- Cas desallotjament bloc de Salt (Girona): [Ceesay i altres c. Espanya](#), núm 62688/13.
- Cas "La Rimaia" (Barcelona): Aguado Navarrete i altres c. Espanya, núm. 65569/16.

- DICTÀMENS DEL COMITÈ DESC CONTRA ESPANYA PER VULNERACIÓ DEL DRET A UN HABITATGE ADEQUAT:

- Sobre un desnonament per impagament d'hipoteca sense la notificació correcta: [E/C.12/55/D/2/2014](#).
- Sobre un desnonament amb menors sense reallotjament: [E/C.12/61/D/5/2015](#).

- RECOMANACIONS D'ÒRGANS DE LES NACIONS UNIDES:

- [Observacions finals](#) del Comitè DESC davant l'examen a Espanya (2012).
- Examen d'Espanya davant el [Comitè de Drets de la Infància](#) (2018), especialment recomanació 38D.

EL DRET A LA CULTURA

Marco Aparicio Wilhelmi*

1. DEFINICIÓ DEL DRET A LA CULTURA

Per cultura podríem entendre el conjunt de referents compartits per un determinat grup humà que constitueixen les pròpies eines d'interacció social. Es tracta d'un seguit de pautes d'organització i de conducta, costums, llenguatge i en general marcs de comprensió vinculats a dimensions ètiques, religioses i espirituals.

En el marc de Nacions Unides, el Comitè DESC, per mitjà de la seva Observació General (OG) núm. 21 ha assenyalat que el dret a participar en la vida cultural comprèn

"... entre altres coses, les formes de vida, el llenguatge, la literatura escrita i oral, la música, les cançons, la comunicació no verbal, els sistemes de religió i creences, els ritus i les cerimònies, els esports i jocs, els mètodes de producció o la tecnologia, l'entorn natural i el produït per l'ésser humà, el menjar, el vestit i l'habitatge, així com les arts, costums i tradicions, pels quals individus, grups i comunitats expressen la seva humanitat i el sentit que donen a la seva existència (...). La cultura reflecteix i configura els valors del benestar i la vida econòmica, social i política dels individus, els grups i les comunitats" (OG núm. 21, ap. 13)

La Declaració Universal dels Drets Humans (DUDH) recull el dret a la cultura i el defineix com el dret a "prendre part lliurement en la vida cultural de la comunitat" (article 27, primer paràgraf). Aquesta previsió és ratificada pel PIDESC en el seu article 15 lletra a), com a dret a "participar en la vida cultural". Aquest dret implica la facultat de participació, sense restriccions no justificades o discriminacions.

Podríem distingir entre el dret a la cultura, entès de manera genèrica respecte de tota persona que pugui veure obstacles en la seva participació en la vida cultural comunitària, i els "drets culturals", que serien aquells que fan referència a situacions en les que aquesta participació es reclama no respecte de la cultura dominant sinó respecte de cultures minoritàries (o minoritzades, doncs no sempre es tracta d'una qüestió numèrica).

Aquest dret és recollit de manera específica en el PIDCP, per mitjà de l'article 27, de la següent manera:

"En els estats en que existeixen minories ètniques, religioses o lingüístiques, no es negarà a les persones que pertanyin a les esmentades minories el dret que els correspon, en comú amb els altres membres del seu grup, a tenir la seva pròpia vida cultural, a professar i practicar la seva religió i a emprar el seu propi idioma"

Aquesta inserció del dret a la cultura en un Pacte referit a drets civils i polítics, i no el Pacte que incorpora drets culturals (PIDESC), derivaria de la necessitat d'assegurar que cap cultura o societat dominant impedeixi un exercici culturalment adequat de drets que poden ser civils i polítics (lli-

*President de l'Observatori DESC

bertat religiosa, drets de participació política, etc.), a banda dels drets socials i econòmics (dret d'educació, dret a la salut, drets habitacionals, drets econòmics). En aquest context, cal parlar de la configuració d'un dret a la diversitat cultural i de la obligació dels estats a posar en pràctica polítiques de reconeixement, és a dir, adreçades a confrontar situacions de desigualtat per motius culturals.

El dret a participar en la vida cultural cal entendre'l tant en la seva dimensió individual com col·lectiva. La cultura és, necessàriament, un conjunt d'expressions de dimensió col·lectiva però el dret, quan fa referència a la cultura dominant en un determinat context, acostuma a activar-se com a resposta als obstacles que individus concrets puguin tenir per exercir la seva participació cultural. Podríem dir que, en aquest àmbit, el dret a la cultura tindria una titularitat col·lectiva però un exercici individual. En l'àmbit del que hem anomenat dret a la diversitat cultural, la situació canvia: donat que existeix un col·lectiu minoritzat amb uns trets culturals propis (minories culturals), el dret seria de titularitat col·lectiva i el seu exercici comprendria tant formes individuals com col·lectives. Així, la llibertat de culte, o el dret a emprar la pròpia vestimenta, o l'accés a accedir a una educació culturalment adequada podria reclamar-se a partir d'un exercici individual, tot i que la comunitat o minoria cultural també ha de poder exigir, col·lectivament, la possibilitat de definir els elements en que s'expressa el culte, les especificitats educatives o, fins i tot, la manera en que s'ha de configurar una jurisdicció pròpia en els casos en que es reconegui.

Conscient de les reticències, ja siguin polítiques o teòriques, a l'acceptació de la titularitat i, encara més, exercici col·lectiu dels drets, el Comitè DESC ha volgut assenyalar en la seva OG núm. 21, que malgrat tant l'article 27 PIDCP com l'article 15 del PIDESC semblin referir-se a persones individuals, cal entendre que "l'expressió 'tota persona' es refereix tant al subjecte individual com al subjecte col·lectiu. En altres paraules, una persona pot exercir els drets culturals: a) individualment; b) en associació amb d'altres; c) dins d'una comunitat o un grup" (OG, núm. 21, ap. 9).

2. REGULACIÓ JURÍDICA

2.1 Normativa internacional

Hem pogut ja referir-nos a la regulació que ofereixen tant la DUDH com els dos principals pactes de drets humans de Nacions Unides. També ens hem referit a la OG núm. 21 del Comitè DESC, essencial per determinar l'abast de les esmentades previsions jurídiques. Aquesta Observació especifica els elements que han de concórrer en les lleis, polítiques i programes estatals per tal de garantir el dret a participar en la vida cultural: disponibilitat, accessibilitat, acceptabilitat, adaptabilitat i idoneïtat.

També en l'àmbit de les Nacions Unides trobem la UNESCO, organització creada l'any 1945 i que específicament té com a missió la promoció de l'educació, la ciència i la cultura. La UNESCO ha impulsat diferents instruments internacionals en la matèria, destacant-ne dos: la Declaració sobre Diversitat Cultural, de 2001 i el Conveni sobre la Protecció i la Promoció de la Diversitat de les Expressions Culturals (París, 2005).

Començant per la Declaració, cal remarcar la importància del seu article 4, on s'estableix que:

"La defensa de la diversitat cultural és un imperatiu ètic, inseparable del respecte de la dignitat de la persona humana. Aquesta implica el compromís de respectar els drets humans i les llibertats fonamentals, en particular els drets de les persones que pertanyen a minories i els drets dels pobles indígenes. Ningú no pot invocar la diversitat cultural per vulnerar els drets humans garantits pel dret internacional, ni per limitar el seu abast"

També destaca l'article 5:

"Els drets culturals són part integrant dels drets humans, que són universals, indissociables i interdependents (...). Tota persona té dret a una educació i una formació de qualitat que respecti plenament la seva identitat cultural; tota persona ha de tenir la possibilitat de participar en la vida cultural que esculli i conformar-se a les pràctiques de la pròpia cultura, dins dels límits que imposa el respecte dels drets humans i de les llibertats fonamentals"

Pel que fa al Conveni, l'objectiu del qual és fonamentalment la protecció i promoció de les expressions culturals, cal subratllar el seu article 2.3, en el que s'estableix el principi d'igual dignitat i respecte de totes les cultures. També resulta rellevant el seu article 6, en el que s'estableixen els drets dels estats a establir mesures de protecció de la diversitat de les expressions culturals presents al seu territori. Aquesta protecció pot suposar, entre d'altres:

"... mesures que ofereixin oportunitats, de manera apropiada, a les activitats i els béns i serveis culturals nacionals; béns i serveis culturals disponibles dins del territori nacional, per a la seva creació, producció, distribució, difusió i gaudi, com també disposicions relatives a la llengua emprada per a aquestes activitats, béns i serveis; mesures encaminades a proporcionar a les indústries culturals independents nacionals i les activitats del sector no estructurat un accés efectiu als mitjans"

de producció, difusió i distribució de béns i serveis culturals; mesures destinades a concedir assistència financera pública; mesures encaminades a encoratjar organitzacions sense ànim de lucre, així com a entitats públiques i privades, artistes i altres professionals de la cultura, a impulsar i promoure el lliure intercanvi i circulació d'idees, expressions culturals i activitats, béns i serveis culturals (...); mesures encaminades a donar suport als artistes i altres persones que participen en la creació d'expressions culturals (...)"

La consideració d'aquest tipus de mesures com a dret dels estats té especial rellevància, ja que ha d'implicar una defensa jurídica enfront de les regulacions pensades per la protecció de les empreses que ofereixin serveis culturals. En aquest sentit, caldrà interpretar els tractats de liberalització de comerç i serveis en el sentit que no menystinguin aquesta potestat estatal (o "dret", segons el Conveni citat).

2.2 Normativa regional europea

Com és sabut, la Conveni Europeu de Drets Humans (CEDH), no incorpora drets de tipus social o cultural, el que no impedeix recórrer a estratègies de defensa a través de la protecció indirecta, és a dir, a través de drets civils i polítics sí reconeguts que quedin afectats per legislacions o polítiques estatals que en dificultin el seu exercici a persones o grups de cultures minoritàries, pel fet de ser-ho. En aquest sentit, el Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH) ha elaborat una jurisprudència en la qual s'estableixen continguts referents als drets culturals en relació especialment a l'article 8 (dret

a la vida familiar i privada), l'article 9 (dret a la llibertat de pensament, religiosa i de consciència), l'article 10 (dret a la llibertat d'expressió), així com l'article 2 del Protocol núm. 1 (dret a l'educació).

A més, en aquests casos, a banda de la vulneració del dret en si mateix, també estarem davant d'una vulneració del dret a no patir discriminacions que, recordem, s'estableix en termes que clarament incorporen el respecte de la diversitat cultural:

“El gaudi dels drets i les llibertats reconeguts en el present Conveni ha de ser assegurat sense cap distinció, especialment per raons de sexe, raça, color, llengua, religió, opinions polítiques o altres, origen nacional o social, pertinença a una minoria nacional, fortuna, naixença o qualsevol altra situació” (article 14 CEDH)

De totes maneres, el Consell d'Europa ha impulsat instruments específics en matèria de drets culturals. Cal destacar-ne el Conveni Cultural Europeu (París, 1954), la Carta europea de les llengües regionals i minoritàries (Estrasburg, 1992) o el Conveni Marc per la protecció de les minories nacionals (Estrasburg, 1995). D'aquest darrer text cal destacar el seu article 5.1:

“Les parts es comprometen a promoure les condicions necessàries per a permetre a les persones pertanyents a minories nacionals mantenir i desenvolupar la seva cultura, així com preservar els elements essencials de la seva identitat, és a dir, la seva religió, llengua, tradicions i patrimoni cultural”

Cal esmentar també la Convenció Cultural Europea de 1954, o la Carta Social Europea (en la versió revisada, no ratificada encara per Espanya), en què s'estableix que, amb l'objectiu de garantir l'exercici efectiu del dret a la protecció contra la pobresa i l'exclusió social, les parts es comprometen a:

“a prendre mesures en el marc d'un plantejament global i coordinat per promoure l'accés efectiu particularment a l'ocupació, a l'habitatge, a la formació, a l'ensenyament, a la cultura, a l'assistència social i sanitària de les persones que es troben o pateixen el risc de trobar-se en situació d'exclusió social o de pobresa i de la seva família (article 30.a)”

En l'àmbit de la protecció dels drets lingüístics, destaca la Carta europea de les llengües regionals i minoritàries, adoptada l'any 1992.

Ja en l'àmbit de la Unió Europea, veiem com la Carta dels drets fonamentals de la Unió Europea inclou una previsió antidiscriminatòria que inclou “tota discriminació, i en particular l'exercida per raó de sexe, raça, religió, color, orígens ètnics o socials, característiques genètiques, llengua, religió o conviccions (...), pertinença a una minoria nacional...” (article 21).

Al marge de la clara connexió amb alguns dels drets reconeguts (com, per exemple, la llibertat d'expressió, entre d'altres), la Carta inclou l'exigència del respecte per part de la UE de “la diversitat cultural, religiosa i lingüística” (article 21).

2.3 Normativa constitucional

La Constitució espanyola conté nombroses referències a la cultura, la primera de les quals en el preàmbul de la Constitució: “La nació espanyola proclama la voluntat de protegir tots els espanyols i pobles d'Espanya en l'exercici de les seves cultures i tradicions i de promoure el progrés de la cultura”.

A continuació, la cultura apareix en l'article 9.2 CE (“correspon als poders públics (...) facilitar la participació de tots els ciutadans en la vida cultural”), l'article 20.1.b) (en el reconeixement del dret “a la producció i a la creació literària, artística, científica i tècnica”), l'article 44.1 (que atribueix als poders públics el deure de promoure i tutelar “l'accés a la cultura, a la qual tots tenen dret”), l'article 46 (“els poders públics han de garantir la conservació i promouran l'enriquiment del patrimoni (...) cultural dels pobles d'Espanya (...”), el 48 (“els poders públics han de promoure les condicions per a la participació lliure i eficaç de la joventut en el desenvolupament (...) cultural”) i el 50 (“els poders públics han de promoure el benestar dels ciutadans de la tercera edat mitjançant un sistema de serveis socials que atendran els seus problemes específics de (...) cultura (...”).

D'aquest conjunt de previsions podríem diferenciar tres dimensions jurídiques: a) dret a la cultura com a llibertat (de creació, de càtedra, de manifestació de les diferents formes amb què apareixen els fenòmens culturals); b) protecció de la diversitat cultural; c) mandat de promoció de les activitats de caire cultural.

Com succeeix pel conjunt de drets, però molt especialment pels DESCAs, la previsió d'igualació material continguda en l'article 9.2 CE esdevé central per la comprensió de les obligacions referides a l'actuació dels poders públics. Recordem que el precepte esmentat estableix un clar mandat als poders públics per tal que promoguin “les condicions per tal que la llibertat i la igualtat de l'individu i dels grups en els quals s'integra siguin reals i efectives; remoure els obstacles

que n'impedeixin o en dificultin la plenitud i facilitar la participació de tots els ciutadans en la vida política, econòmica, cultural i social”.

A banda d'aquesta previsió, la clàusula antidiscriminatòria de l'article 14 CE també resulta cabdal, en la línia ja apuntada respecte de la normativa internacional. Cal tenir present, a més, que una vulneració de l'article 14 permet recórrer davant dels tribunals ordinaris mitjançant un procediment especial de protecció de drets fonamentals, amb caràcter preferent i sumari i, un cop exhaurida la via judicial prèvia, obre la via al recurs d'emparament davant el TC (article 53.2 CE).

Al marge de les previsions esmentades, cal situar la protecció del dret a la cultura també en el marc del reconeixement del dret col·lectiu a l'autonomia de nacionalitats i regions (article 2), amb la seva concreció en la distribució territorial de competències (títol VIII) i la protecció de les llengües pròpies, garantint el seu caràcter de llengües oficials (article 3.2 CE) i com a “patrimoni cultural objecte d'especial respecte i protecció” (article 3.3 CE).

Finalment, cal remarcar que a l'esmentat article 44.1 CE juntament amb un mandat als poders públics s'estableix un dret subjectiu d'accés a la cultura. D'aquesta manera, ens situem en el mateix pla d'altres drets reconeguts al Capítol III del Títol I, com són el dret a la salut (article 43 CE), el dret a un medi ambient adequat (article 45 CE) i el dret a un habitatge digne (article 47 CE). Per tant, es repeteix la mateixa problemàtica, que parteix de la interpretació dominant dels drets continguts al Capítol III del Títol I. Segons aquesta interpretació, i en virtut de la previsió de l'article 53.3 CE, tindríem un mandat i un principi d'optimització, però no hi hauria dret subjectiu constitucional, sinó una subordinació al desenvolupament legislatiu dels seus elements (titularitat, condicions d'exercici, continguts i garanties).

Cal reprendre el debat perquè hi ha raons suficients per defensar l'existència d'un dret constitucional d'accés a la cultura. D'una banda, tenim la pròpia literalitat de les previsions del capítol III esmentat en les quals, com en el cas de l'article 44.1 CE, es recullen drets i no únicament mandats als poders

públics. De l'altra, la seva exigència deriva també dels compromisos internacionals en matèria de drets humans que, com hem vist, incorporen el dret a la cultura. Aquesta exigència, a més, resulta reforçada per l'article 10.2 CE, que ens obliga a entendre l'abast dels drets constitucionals "de conformitat amb la Declaració universal de drets humans i els tractats i els acords internacionals sobre aquestes matèries ratificats per Espanya".

D'altra banda, el dret d'accés a la cultura apareix reconegut específicament en una altra previsió, dotada a més de totes les proteccions normatives i jurisdiccionals. Es tracta de l'article 25.2 CE *in fine*, en què s'estableix que tota persona que compleixi pena de presó, "tindrà dret [...] a l'accés a la cultura i al desenvolupament integral de la personalitat". Per últim, i donada la indivisibilitat i interdependència dels drets, el contingut del dret a la cultura s'integraria també a partir d'altres drets, en especial, la llibertat ideològica, religiosa i de culte (article 16 CE), la llibertat d'expressió (article 20 CE), el dret a l'educació (article 27 CE) i, com a tancament, el dret a no patir discriminacions (article 14 CE).

2.4 Dret a la cultura, igualtat i conflictes culturals

a) Igualtat material i dret a la cultura

Com s'ha assenyalat, un dels aspectes centrals del marc jurídic de reconeixement i protecció de la diversitat cultural ens porta a la centralitat del dret a no patir discriminacions per raons culturals. Aquesta qüestió queda reflectida amb claredat a la jurisprudència del Tribunal d'Estrasburg (TEDH) i, en el cas espanyol, destaca la Sentència Muñoz Díaz v. Espanya, de 8 de desembre de 2009. Mitjançant aquesta resolució, que contradiu la Sentència 69/2007, de 16 d'abril, del Tribunal Constitucional espanyol, el TEDH condemna Espanya per no haver reconegut la pensió de viduïtat a una dona que havia contret matrimoni per mitjà del ritus gitano. El TEDH considera que, en aquest cas, existeix una vulneració de la

prohibició de discriminació racial (article 14 CEDH) i del dret del respecte als béns patrimonials (article 1 del Protocol adicional primer).

Per mitjà d'aquesta Sentència, el TEDH estableix dos aspectes centrals en la protecció del dret a la cultura de col·lectius minoritzats. En primer lloc, si bé reconeix als estats un marge per valorar en quines circumstàncies es justifica un tracte diferenciat i en quines no, estableix que sota determinades condicions l'absència de tractament diferenciat per corregir desigualtats (socials, culturals) pot suposar una vulneració del Conveni. En segon lloc, assenjala el principi d'inversió de la càrrega de la prova en casos de discriminació: quan un demandant invoqui l'existència d'una diferència de tracte discriminatòria incumbeix a les autoritats nacionals demostrar que la diferència de tractament es troba justificada.

En el cas concret, la línia argumental del Tribunal protegeix la convicció de la dona gitana sobre la validesa del seu matrimoni, validesa acreditada en el seu propi context cultural. El TEDH subratlla el consens internacional "per reconèixer les necessitats particulars de les minories i l'obligació de protegir la seguretat, identitat i el mode de vida, no només per protegir els interessos dels integrants d'aquestes minories, sinó també per preservar la diversitat cultural que beneficia tota la societat en el seu conjunt". Amb aquest plantejament, el Tribunal afirma que, si bé la pertinença a una minoria no justifica l'incompliment de normes generals, i en el cas concret les relatives a la forma del matrimoni, sí que pot influenciar sobre la manera d'aplicar les lleis.

b) Dret a la cultura i conflictes culturals

Deixant de banda tot el desenvolupament normatiu (tant estatal com autonòmic) en matèria de promoció i protecció de la creació i el patrimoni cultural, si ens referim estrictament a l'àmbit de la protecció de la diversitat cultural, veurem que són escassos els desenvolupaments normatius i jurisprudencials. Només amb la reforma operada l'any 2009 de la Llei d'estrangeria (LO 4/2000) s'ha començat a incorporar específicament la qüestió de la integració com a objecte de regulació general. El nou article 2 ter es refereix a la "integració dels immigrants" i, en el seu primer apartat, assenjala que

"els poders públics promouran la plena integració dels estrangers en la societat espanyola, en un marc de convivència d'identitats i cultures diverses sense més límit que el respecte a la Constitució i la Llei".

Salta a la vista que el principal punt de desacord es pot trobar en el significat de "respecte a la Constitució". A més, si hi ha res de decisiu a l'hora d'abordar una o altra interpretació és el tipus de comprensió que tinguem de què són conflictes culturals, com es produeixen i com abordar-los des del principi democràtic i el sistema de drets establert constitucionalment.

A l'hora de dibuixar els contorns del debat, apareixen aproximacions notablement diferenciades. En un extrem, se situen els qui consideren que el límit és clar i que seria el que marca el principi d'igualtat i un sistema de drets i llibertats "cec a les diferències", perquè és tributari d'una moralitat universal que no pot cedir davant de cap tipus d'exigència d'ordre cultural. En l'altre extrem, es troben els qui atorguen el mateix valor a tot tipus de realitat o expressió cultural i que, per tant, renuncien no només a jerarquitzar-les, sinó fins i tot a la necessitat de trobar-hi punts d'interacció i consens.

Des de la posició més reticent a la protecció de la diversitat cultural, s'entendria que en realitat no hi ha cap garantia constitucional de conservació de l'àmbit cultural d'origen de la persona immigrant (o de la persona pertanyent a minories culturals), de manera que caldria, en tot cas, recórrer a la llibertat religiosa i no com a dret de caire col·lectiu sinó estrictament individual.

La pregunta que cal respondre és fins a quin punt resulta exigible que l'ordenament atorgui protecció a expressions culturals diferenciades que puguin entrar en conflicte amb normes generals vigents. Un dels criteris que sovint es plantejegen és la presència del consentiment de la persona afectada. El primer pas per realitzar consistiria en determinar si la pràctica cultural resulta contrària a la seva voluntat (amb la dificultat de determinar-ne aquest caràcter), cas que no podria tenir cabuda en l'ordenament. D'altra banda, un altre factor per tenir en compte consisteix a valorar si les normes del grup impedeixen el desenvolupament de la personalitat

i la integració en la societat d'acollida, posant com a límit, sovint difícil de mesurar, que no quedi afectada la dignitat, la integritat física o psíquica, la igualtat de gènere, ni tampoc la decisió autònoma de cada membre sobre la seva pertinença respecte al grup.

Ara bé, cal qüestionar la possibilitat de situar un límit substantiu que no permeti un diàleg intercultural des d'on donar significat a conceptes o valors com el de dignitat. Cal tornar a insistir en la necessitat de fer efectiu el mandat contingut a l'article 9.2 CE sense exhaurir el mandat d'igualació material en la superació de les desigualtats merament socials, sinó que estem obligats a incorporar la dada cultural i adoptar les mesures necessàries per garantir possibilitats efectives de participació. Consisteix, a més, a assegurar que l'ordenament jurídic ofereixi espais de diàleg i negociació des de la comprensió que allò que entra en col·lisió no són blocs culturals homogenis sinó determinats fets culturals amb una visió, també cultural, de les pautes mínimes de convivència. El plantejament que subratlla la importància del diàleg, de la negociació i també, per tant, del reconeixement i de l'autonomia de les parts com a principi polític i moral. El plantejament que aquí s'esbossa, ara bé, no renuncia a proposar un conjunt de principis i valors com a pautes de convivència.



3. CAS PRÀCTIC

El Ple municipal de l'Ajuntament de Lleida va aprovar, el 8 d'octubre del 2010, la modificació de tres articles de l'Ordenança municipal de civisme i convivència amb l'objectiu de prohibir vestir peces de roba que amaguessin la cara en els espais públics utilitzant qualsevol element que impedeixi la identificació de la persona i comunicació visual amb les altres, incloent-hi el vel integral. L'Associació Watani per la Llibertat i Justícia va presentar un recurs contenciós administratiu contra el consistori lleidatà que demanava l'anul·lació de la norma esmentada.

La Sala Segona del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en la Sentència de 7 de juny de 2011, va rebutjar els arguments principals de la part demandant, negant-li l'emparament judicial. En primer lloc, considera que tal com s'assenyala a l'article 2.1 de la Llei orgànica de llibertat religiosa, tothom pot manifestar la seva religió sempre que es mantingui l'ordre públic, concepte a què també fa referència l'article 16 CE. El TSJ entén que l'ordre públic inclou el concepte de seguretat pública, que afecta la possibilitat d'identificació de les persones. Pel que fa a la vulneració de l'article 14 CE, el TSJ no observa un tracte desigual lesiu amb la resta dels ciutadans.

El cas arriba davant el TS, que en la Sentència de 6 de febrer de 2013 rebutja la decisió d'instància i resol la nul·litat de la normativa del consistori lleidatà. El TS considera, en primer terme, que:

“... el uso de velo integral constituye una manifestación de ejercicio de libertad religiosa, regulada en el artículo 16.1 CE y en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, respecto a cuyo contenido, ejercicio y límites ha de estarse a lo dispuesto en los arts. 81 y 53 CE, debemos adentrarnos en el examen de cuáles sean las exigencias de la Constitución para poder limitar el ejercicio de tal derecho.”

El TS cita la Sentència del TC 154/2002, de 18 de juliol (FJ 6), en virtut de la qual la llibertat religiosa conté:

“una dimensión externa de agere licere [que es precisamente la que en el caso actual está en cuestión] que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros (SSTC 19/1985, F. 2; 120/1990, F. 10, y 137/1990 F. 8)”. Este reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de agere licere lo es “con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales” (STC 46/2001, FJ 4, y, en el mismo sentido, las SSTC 24/1982, de 13 de mayo, y 166/1996, de 28 de octubre).”

També es recull literalment un fragment de la Sentència del TC núm. 46/2001 (FJ 11):

“El ejercicio de la libertad religiosa y de culto, como declara el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 7/1980, en absoluta sintonía con el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguarda de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática. Ahora bien, en cuanto “único límite” al ejercicio del derecho, el orden público no puede ser interpretado en el sentido de una cláusula preventiva frente a eventuales riesgos, porque en tal caso ella misma se convierte en el mayor peligro cierto para el ejercicio de ese derecho de libertad. Un entendimiento de la cláusula de orden público coherente con el principio general de libertad que informa el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales obliga a considerar que, como regla general, sólo cuando

se ha acreditado en sede judicial la existencia de un peligro cierto para “la seguridad, la salud y la moralidad pública”, tal como han de ser entendidos en una sociedad democrática, es pertinente invocar el orden público como límite al ejercicio del derecho a la libertad religiosa y de culto”

En el fonament desè, el TS rebutja de manera frontal l'argument del TSJ de Catalunya, que defensava que l'ús del vel integral podia arribar a pertorbar l'ordre públic i la tranquil·litat veïnal:

“La realidad de esa perturbación de la tranquilidad en nuestra cultura occidental, a que alude la sentencia, carece de una demostración convincente en cuanto simple constatación sociológica, con lo que la base esencial sobre la que la sentencia se sustenta se desvanece.

Por lo demás, la perturbación en nuestra cultura occidental afirmada en la sentencia, si es que en realidad existiera, no podría justificar que un órgano del poder público, cual es sin duda un Ayuntamiento, dado el papel que constitucionalmente le atribuye el artículo 9.2 CE, solventase la fricción cultural que esa perturbación manifestase, en el sentido en que lo hace la sentencia recurrida.”

El TS es recolza en aquest apunt en la jurisprudència del TEDH. Per exemple, cita la sentència de 10 de novembre de 2005, en què es remarca el paper de l'Estat de:

“conciliar los intereses de diversos grupos y garantizar el respeto de todas creencias (106). Los párrafos 107 y 108 dicen: ‘107. El Tribunal ha acentuado con frecuencia el papel del Estado como organizador neutral o imparcial del ejercicio de las distintas reli-

giones, credos y creencias, y afirma que este papel contribuye a garantizar el orden público, la paz, y la tolerancia religiosa en una sociedad democrática... y considera que la obligación del Estado es asegurar la tolerancia que los grupos que compiten entre sí (Partido Comunista de Turquía y otros C.V. Turkey, sentencia de 30 de enero de 1998, Informe 1998 §8 y §57). Por tanto, el papel de las autoridades en tales circunstancias no es eliminar la causa de la tensión eliminando el pluralismo, sino garantizar que los grupos de oposición se toleren mutuamente” (Serif contra Grecia, nº 38179/97 §53 TEDH 1999-IX)”. “108. El pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura son características de una sociedad democrática. A pesar de que en ocasiones subordina los intereses individuales a los de un grupo, la democracia no se limita a apoyar a la mayoría, sino a establecer un equilibrio que debe lograrse para garantizar el trato justo a las personas pertenecientes a minorías y evita cualquier abuso de posición dominante (véase, mutatis mutandis, Young, James y Webster v. Reino Unido, sentencia de 13 de agosto de 1981, Serie A nº 44 p. 25 §63 y Chassauos et al Francias [GC, . nº 2.088/94, 28331/95 y 28443/95 §112, TEDH 1999- III)”.“

Finalment, el TS es mostra contundent en rebutjar un altre dels arguments de la sentència impugnada:

“Al respecto la sentencia, en vez de justificar... la necesidad de la imposición de la medida, lo que hace es expresar lo que, en su criterio, es la dificultad de conciliar el uso del burka o similar con ‘uno de los valores y principios irrenunciables en nuestra sociedad’, haciendo al respecto unas contundentes afirmaciones, que, en suma, consisten en la incompatibilidad del uso del ‘burka o similar portado exclusivamente por mujeres’, con la ‘efectiva igualdad entre mujeres

y hombres, y ello con independencia de que su uso sea voluntario o no.”

El TS considera que:

“En primer lugar, por grande que sea, y lo es, el choque de esa vestimenta con las concepciones culturales de nuestro país, no resulta aceptable prescindir, como hace la sentencia, de que ese uso sea voluntario o no. Partiendo de que la medida en cuestión (en cuanto sin duda tiene como referente subjetivo a mujeres adultas) se establece en un ámbito de libertad, como es el propio de nuestra sociedad en el marco de nuestra Constitución, y de que la mujer en él tiene a su disposición medidas adecuadas por optar en los términos que quiera por la vestimenta que considere adecuada a su propia cultura, religión y visión de la vida, y para reaccionar contra imposiciones de las que, en su caso, pretenda hacerse víctima, obteniendo la protección del poder público, no consideramos adecuado que, para justificar la prohibición que nos ocupa, pueda partirse del presupuesto, explícito o implícito, de que la mujer, al vestir en nuestros espacios públicos el velo integral, lo hace, no libremente, sino como consecuencia de una coacción externa contraria a la igualdad de la mujer, que es la base subyacente de la argumentación de la sentencia recurrida, que no podemos compartir. Frente a tal visión, partiendo de la idea del ejercicio libre de una opción religiosa, lo que debe contar es la garantía respecto a ella de la inmunidad de coacción a que se refiere al STC 154/2000 antes citada.”

En definitiva, la sentència que acabem de citar adopta una perspectiva d'acomodació raonable”, per fer servir la terminologia pròpia de la Cort Suprema del Canadà, dels fets culturals i religiosos a les exigències d'ordre públic, tot posant límits a la seva extensió aplicativa.

4. JURISPRUDÈNCIA

En general, hi ha poc desenvolupament jurisprudencial del dret a la cultura entès com a dret a la diversitat cultural. Al buscador de jurisprudència del web del Tribunal Constitucional (TC) no apareix la possibilitat de recerca semàntica per “diversitat cultural”, i es fa la cerca per “cultura”, les sentències que es recullen es refereixen fonamentalment a conflictes competencials entre CCAA i l'Estat. Cal doncs referir-se a la dimensió de respecte de la diversitat cultural que implica el dret a la llibertat religiosa, àmbit en el que sí que podem trobar més jurisprudència.

RESOLUCIONS D'ÀMBIT INTERN

- TRIBUNAL SUPREM

· [Sentència del Tribunal Suprem, 4118/2011](#), de 14 de febrer de 2013. Aquesta és la sentència que resol el contenciós respecte de l'ordenança de Lleida en la que es prohibia l'ús de vel integral en determinats espais municipals.

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

· [Sentència del Tribunal Constitucional 34/2011](#), de 28 de març. Recurs d'empara on el TC desestima la pretensió sobre el caràcter inconstitucional de la previsió del l'estatut del Col·legi d'Advocats de Sevilla segons la qual “El Il·lustre Colegio de Abogados de Sevilla es aconfesional, si bien por secular tradición tiene por Patrona a la Santísima Virgen María, en el Misterio de su Concepción Inmaculada”. Considera el TC que “La posibilidad de que la corporación asuma signos de identidad que, desprovistos de una significación religiosa incompatible con el art. 16 CE, fueran en su origen propios de una u otra confesión o de ninguna, es algo que sólo a la corporación corresponde decidir democráticamente (art. 36 CE), considerando cuáles son las señas de identidad que de forma más oportuna o conveniente cumplen la función integradora o representativa buscada, o lisa y llanamente, satisface o responde mejor a las sensibilidades y preferencias de diversa índole de

quienes con su voto mayoritario contribuyan a la aprobación de los elementos representativos de la institución (en este sentido, STC 130/1991, de 6 de junio, FJ 5); y que, en tanto se configuren como tradiciones, han de gozar de la protección pretendida por el preámbulo de nuestra Constitución”.

· [Sentència del Tribunal Constitucional 69/2007](#), de 16 d'abril. Cas en el que el TC no reconeix la prestació de viduïtat a una dona casada mitjançant el ritus gitano. Considera el TC que el no reconeixement d'aquest vincle no resulta discriminatori donada l'existència d'un matrimoni civil “neutral desde la perspectiva racial”. Afegeix que el reconeixement d'altres formes d'accedir al vincle matrimonial, com el cas del matrimoni catòlic, es realitza “sobre la exclusiva base de consideraciones religiosas alejado también, por tanto, de cualquier connotación étnica”. Resulta d'interès el vot particular de Rodríguez-Zapata, qui discrepa obertament i cita la Directiva 2000/43, del Consell, de 29 de juny de 2000, relativa a l'aplicació del principi d'igualtat de tracte de les persones independentment del seu origen racial o ètnic.

· [Sentència del Tribunal Constitucional 154/2002](#), de 18 de juliol, on el TC considera que la llibertat religiosa conté “una dimensión externa de agere licere (que es precisamente la que en el caso actual está en cuestión) que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros (SSTC 19/1985, F. 2; 120/1990, F. 10, y 137/1990 F. 8)”. Aquest reconeixement d'un àmbit de llibertat i d'una esfera d'agere licere ho és “con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales (STC 46/2001, FJ 4, y, en el mismo sentido, las SSTC 24/1982, de 13 de mayo, y 166/1996, de 28 de octubre)”.

· [Sentència del Tribunal Constitucional 214/1991](#), d'11 de novembre, conegut com a cas Violeta Friedman. El TC afirma que el caràcter personal del dret a l'honor “no ha de entenderse en sentido tan radical que sólo admita la existencia de lesión del derecho al honor constitucionalmente reconocido cuando se trate de ataques dirigidos a perso-

na o personas concretas e identificadas, pues también es posible apreciar lesión del citado derecho fundamental en aquellos supuestos en los que, aun tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes siempre y cuando éstos sean identificables, como individuos, dentro de la colectividad”. A partir d'aquesta premissa, el Tribunal assenyala la connexió entre identitat cultural i dignitat personal: “(el) odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos. Por lo mismo, el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean”.

· [Sentència del Tribunal Constitucional 19/1985](#), de 13 de febrer. Recurs d'empara on el TC entén que la llibertat religiosa no permet incomplir una obligació contractual en l'àmbit laboral respecte del dia de descans setmanal. Considera el TC que “correspondiendo a nuestra tradición el descanso en domingo, es éste el día señalado preferentemente. La finalidad de una preferencia general es, por lo demás, patente, pues mediante la coincidencia del descanso laboral, y los que vacan las oficinas públicas, los centros escolares, etc., se facilita mejor el cumplimiento de los objetivos del descanso”.

RESOLUCIONS DE L'ÀMBIT INTERNACIONAL

- TRIBUNAL EUROPEU DELS DRETS HUMANS (TEDH):

· [Eweida i altres c. Regne Unit](#), núms. 48420/10, 59842/10, 51671/10 i 36516/10, 15 de gener de 2013.

· [Sessa Francesco c. Itàlia](#), núm. 28790/08, 3 d'abril de 2012. Vot particular de la jutgessa belga Tulkens. Cas rellevant que incorpora el concepte d'acomodament raonable, present a la jurisprudència de la Cort Suprema del Canadà

- [Lautsi c. Itàlia](#) núm. 30814/06, 18 de març de 2011
- [Muñoz Díaz c. España](#), núm. 49151/07, 8 de desembre de 2009
- [Orsus i altres c. Croàcia](#), núm. 15766/03, 16 de març de 2010
- [D.H i altres c. República Txeca](#), núm. 57325/00, 13 de novembre de 2007
- [Folgerø i altres c. Noruega](#), núm. 15472/02, § 84, de 29 de juny de 2007
- [Hassan i Eylem Zengin c. Turquia](#), núm. 1448/04, 9 d'octubre de 2007
- [Gorzelik i altres c. Polònia](#), núm. 44158/98, 17 de febrer de 2004

EL DRET AL TREBALL

Adoración Guamán* i José Miguel Sánchez**

1. CONTINGUT DEL DRET I CONFIGURACIÓ CONSTITUCIONAL

La Constitució espanyola (CE) recull el dret al treball en el seu article 35 establint que els espanyols tenen el deure de treballar i el dret al treball, a la lliure elecció de professió o ofici, a la promoció a través del treball i a una remuneració suficient per tal de satisfer les seves necessitats i les de la seva família, sense que en cap cas es pugui fer discriminació per raó de sexe.

Aquest article és una de les pedres angulars del constitucionalisme social, eix de les relacions econòmiques i socials, que s'articula a través de la integració del conflicte capital-treball, un paper específic del dret del treball en el conjunt de fonts del dret i una funció compensadora de l'ordenament laboral conseqüència directa del compromís constitucional per aconseguir no ja la igualtat formal sinó la substancial o real, remouent els obstacles que n'impedeixin o dificultin la plenitud (article 9.2 CE).

Els principals aspectes del contingut del dret reconegut per l'article 35 CE són els següents:

- **Llibertat d'elecció de professió o ofici (dret a una feina lliurement elegida).**
- **Dret a la igualtat d'oportunitats en l'accés a l'ocupació (dret de crèdit a una acció positiva).**
- **Dret a treballar per un salari suficient (dret a una renda adequada a les seves necessitats personals i familiars).**
- **Dret a la promoció professional, el treball com a factor de promoció i de progrés social.**

- **Prohibició de discriminació, que no s'ha de confondre amb l'exigència d'igualtat de tracte que, d'altra banda, no és un dret en l'àmbit de la relació laboral, sinó una obligació dirigida als poders públics.**

El dret al treball no se cenyeix a la llibertat de treballar, també suposa el dret a un lloc de treball i, com a tal, presenta un doble aspecte: individual i col·lectiu, tots dos reconeguts en els articles 35.1 i 40.1 de la Constitució, respectivament. En el seu aspecte individual, es concreta en el mateix dret de tots a un lloc de treball determinat si es compleixen els requisits necessaris de capacitació, i en el dret a la continuïtat o estabilitat en l'ocupació, és a dir, a no ser acomiadats, si no hi ha una causa justa. En la seva dimensió col·lectiva, el dret al treball implica un mandat als poders públics perquè duguin a terme una política de plena ocupació, ja que, d'altra banda, l'exercici del dret al treball per una part de la població comporta la negació d'aquest mateix dret per a una altra part d'aquesta".

La faceta prestacional del 35.1 CE va ser recollida pel TC en la seva Sentència 22/1981, el contingut de la qual versava sobre la constitucionalitat de la disposició en l'ET relativa a la jubilació forçosa, i arribava a la conclusió que:

"El derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar; supone también el derecho a un puesto de trabajo y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en los arts. 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente. En su aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación, y en el derecho a la continuidad o estabilidad en

* Profesora de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat de València

** Investigador de la Universitat de València

el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa. En su dimensión colectiva, el derecho al trabajo implica un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma"

És a dir, des d'aquesta perspectiva el dret al treball reconegut en l'article 35 s'ha de complementar necessàriament amb el que estableix l'article 40.1, ja que la dimensió col·lectiva del dret al treball —a un lloc de treball, en paraules del TC—, implica un clar mandat als poders públics: "els poders públics [...] realitzaran una política orientada cap a la plena ocupació" (article 40.1 CE).

Respecte de la vessant individual, és important assenyalar que el TC ha trobat en el contingut essencial del dret al treball la necessitat de protecció enfront de l'acomiadament. Així, en la seva Sentència 20/1994, de 27 de gener, va assenyalar que:

"En efecto, la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al Derecho que lo regula de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de derecho (artículo 1.1 CE), cuya finalidad en este sector no es otra que compensar la desigualdad de las situaciones reales de empresario y trabajador a la hora de establecer las condiciones o el contenido de esa relación mutua o sinalagmática, máxime si ello acontece a título individual y no colectivo"

En un sentit similar, el TC ha remarcat que:

"el derecho al trabajo se concreta, en su vertiente individual, en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedido sin justa causa (por todas, SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8; y 192/2003, de 27 de octubre, FJ 4), así como en la existencia de una 'reacción adecuada' contra el despido o cese, cuya configuración, en la definición de sus técnicas y alcance, se defiende al legislador (STC 20/1994, de 27 de enero, FJ 2)"

Un aspecte central en la regulació constitucional és el reconeixement de l'autonomia col·lectiva, manifestació del valor constitucional de llibertat (article 1.1 CE), que es plasma en el reconeixement de sindicats lliures i independents (arts. 6, 7 i 28.1 CE), la negociació col·lectiva amb valor normatiu (article 37.1 CE) i l'autotutela col·lectiva (dret de vaga). La negociació col·lectiva es protegeix dotant-la de dimensió normativa amb caràcter general. Per primera vegada en la nostra història constitucional, s'integra la particularitat de les fonts del dret del treball a la Constitució, garantint la força vinculant dels convenis col·lectius (article 37.1 CE).

Una altra qüestió determinant és la referida a la manera en què la prohibició de discriminació (article 14 CE) vincula en les relacions laborals. L'empresari no està obligat a proporcionar un tracte igualitari, però sí que està compelt pel principi de no discriminació. En efecte, l'empresari no ha de tenir una justificació objectiva i raonable per tractar de forma desigual els treballadors de l'empresa en l'àmbit del seu poder organícista i rector (l'exemple clàssic és el remuneratiu), ja que ho pot fer sempre que el factor diferenciador no es consideri entès entre aquells que, en virtut dels principis i valors constitucionals, mereixen un especial rebuig i que al·ludeixen directament a la discriminació per raça, sexe, orientació sexual, naixement, etc.; situació en què sí que s'hauria d'atendre al judici de justificació i proporcionalitat.

D'altra banda, la clàusula de l'article 14 estableix una situació oberta que considera prohibida la discriminació per "qualsevol altra circumstància personal o social", termes que s'han d'interpretar, tal com apunta la Sentència del Tribunal Constitucional (STC) del 2 d'octubre del 2000, en el sentit de considerar que aquestes causes les constitueixen "aquellas condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista".

La relació laboral genera un conjunt d'obligacions recíproques entre empresari i treballador, que la nostra legislació, i pel que fa a les exigibles específicament al treballador, obliga que es desenvolupin d'acord amb les regles de la bona fe (article 5.a ET), fins al punt que la transgressió d'aquest deure específic es tipifica com un dels supòsits de l'acomiadament disciplinari (article 54.2.d ET). No obstant això, no escau defensar l'existència d'un deure genèric de lleialtat amb un significat omnicomprensiu de subjecció del treballador a l'interès empresarial, ja que això no està en consonància amb el sistema constitucional de relacions laborals (STC 120/1983); i així, encara que la relació laboral tingui com a efecte típic la supeditació de certes activitats als poders empresarials, no n'hi ha prou amb únicament l'afirmació de l'interès empresarial per restringir els drets fonamentals del treballador, atesa la posició prevalent que aquests tenen en el nostre ordenament (SSTC 99/1994, 6/1995, FJ 2).

Queden dues qüestions per assenyalar. D'una banda, és innegable que la vinculació del dret del treball amb la clàusula d'Estat social implica, com va assenyalar la primerenca jurisprudència del TC, l'existència d'un contingut mínim i d'uns límits tant materials com formals a la reversibilitat de les conquestes socials. De l'altra, cal recordar que, més enllà de la interpretació sistemàtica que es pugui fer de la CE, en virtut del que estableix l'article 10 CE, cal fer una interpretació dels drets constitucionals d'acord amb els tractats internacionals ratificats per Espanya.

2. RECONeixEMENT EN L'ÀMBIT REGIONAL I INTERNACIONAL

El dret al treball es troba reconegut en la Declaració universal de drets humans (DUDH) de 1948 (article 23.1: "**Tota persona té dret al treball, a la lliure elecció de la seva ocupació, a condicions equitatives i satisfactòries de treball i a la protecció contra l'atur**") i en el Pacte internacional de drets econòmics, socials i culturals (PIDESC), de 1966.

Centrant-nos en el text del PIDESC, cal assenyalar que l'article 6 proclama el dret al treball en un sentit general, mentre que l'article 7 en desenvolupa la dimensió individual mitjançant el reconeixement del dret de tota persona a condicions laborals equitatives i satisfactòries, especialment la seguretat de les condicions laborals. L'article 8, per la seva part, s'ocupa de la dimensió col·lectiva del dret al treball i reconeix el dret a fundar sindicats i a afiliar-se al sindicat que es vulgui, així com el dret dels sindicats a funcionar lliurement.

L'article 6 defineix el dret al treball de manera general i no exhaustiva. En el paràgraf 1 de l'article 6, els estats part:

"reconeixen el dret al treball, el qual comprèn el dret de tota persona a tenir l'oportunitat de guanyar-se la vida amb un treball lliurement escollit o acceptat, i han d'adoptar mesures adequades per garantir aquest dret"

En el paràgraf 2, els estats part reconeixen que:

"per assolir la plena efectivitat d'aquest dret", han d'adoptar mesures entre les quals hi ha d'haver "l'orientació i formació tècnica i professional,

la preparació de programes, normes i tècniques encaminades a aconseguir un desenvolupament econòmic, social i cultural constant i l'ocupació plena i productiva, en condicions que salvaguardin les llibertats polítiques i econòmiques fonamentals de la persona humana"

Com ha recordat el Comitè DESC, quan es va redactar l'article 6 del Pacte, la Comissió de Drets Humans va afirmar la necessitat de reconèixer el dret al treball en sentit ampli estipulant obligacions jurídiques precises i no un simple principi d'abast filosòfic. El desenvolupament i l'explicació del contingut de l'article 6 del PIDESC es pot trobar en l'observació general 18, aprovada el 24 de novembre del 2005.

En l'àmbit de l'Organització Internacional del Treball (OIT), tot i que no s'hagi utilitzat l'expressió "dret al treball", podem considerar que el reconeixement, el desenvolupament i la protecció d'aquest dret es troba a la base de la mateixa organització. Així, tant en el preàmbul del seu text constitutiu de 1944, com en la declaració annexa relativa a les finalitats i els objectius de l'OIT, la Conferència General de l'OIT reconeixia l'obligació solemne de l'Organització de millorar les condicions laborals i adoptar un "règim de treball realment humà", basant-se en l'objectiu d'assolir la pau permanent a través de la "justícia social".

En l'àmbit regional europeu, el dret al treball ha trobat reconeixement en la Carta social europea del Consell d'Europa de 1961. El seu article primer desenvolupa els continguts del dret al treball i es manté sense variació en la versió revisada de 1996. Per la seva banda, el Conveni Europeu per a la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals (CEDH), signat a Roma el 4 de novembre de 1950, mantenint la divisió normativa tradicional entre els drets de primera generació i els de segona, no fa menció al dret al treball, tot i que recull en el seu article 11 qüestions que hi estan indissolublement vinculades, com ho són el dret de

tota persona a fundar sindicats, així com a afiliar-s'hi per a la protecció dels seus interessos.

3. CONFIGURACIÓ LEGAL

L'article 35.2 CE assenyala que la llei ha de regular un estatut dels treballadors, el qual es va aprovar l'any 1980 mitjançant la Llei 8/1980, de 10 de març. La versió actual de l'Estatut dels treballadors es plasma en el Reial decret legislatiu 2/2015, de 23 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós avui vigent.

El text es divideix en tres títols: "**De la relació individual de treball**", "**Dels drets de representació col·lectiva i de reunió dels treballadors a l'empresa**" i, finalment, "**De la negociació col·lectiva i de convenis col·lectius**".

Al marge de la regulació general que ens ofereix l'Estatut dels treballadors, cal esmentar la Llei orgànica 11/1985, de 2 d'agost, de llibertat sindical (LOLS), que regula el que es disposa a l'article 28.1 CE. Aquest text normatiu s'aplica a treballadors per compte d'altri, funcionaris i personal estatutari, en un sentit diferent del que disposa l'Estatut dels treballadors, el qual exclou aquests últims del seu àmbit d'aplicació en el seu article 1.3.

La LOLS consta de 15 articles, en els quals es regula l'àmbit d'aplicació de la llei, el contingut de la llibertat sindical reconeguda constitucionalment, el règim jurídic dels sindicats, la definició legal de la representativitat sindical —però també empresarial—, els drets relatius a l'exercici de l'acció sindical (elecció de delegats sindicals, constitució de seccions sindicals, celebració de reunions, utilització d'espais, etc.), així com l'exercici de la tutela judicial en relació amb la llibertat sindical. En aquest punt, cal remetre als articles 177 i següents de la Llei de jurisdicció social, que regulen la modalitat processal relativa a la tutela dels drets fonamentals i llibertats públiques.

Respecte del dret a la vaga consagrat en l'article 28.2 CE, cal dir que actualment continua sent regulat pel Reial decret llei,

de 4 de març de 1977, de relacions de treball, norma pre-constitucional que, després de ser impugnada davant del Tribunal Constitucional, va ser revisada per la STC 11/1981, de 8 d'abril. És per això que actualment cal atendre la resolució esmentada que declara la nul·litat de diversos preceptes o part d'aquests, de la mateixa manera que estableix determinades pautes interpretatives del Reial decret llei.

En matèria de seguretat i salut laboral, resulta aplicable la Llei 31/1995, de 8 de novembre, de prevenció de riscos laborals, que configura el marc general en el qual s'han de desenvolupar les accions relatives a la protecció de la salut dels treballadors.

Les infraccions administratives en l'ordre social les constitueixen les accions i les omissions que com a tal recull el Reial decret legislatiu 5/2000, de 4 d'agost, pel qual s'aprova el text refós de la Llei d'infraccions i sancions de l'ordre social. En aquest text, es recullen les diferents infraccions per matèries i es classifiquen en lleus, greus i molt greus. Les infraccions administratives recollides en aquesta llei són sancionables a proposta de la Inspecció de Treball i Seguretat Social.

A més de les infraccions de caràcter administratiu, determinades accions o omissions poden ser constitutives de delictes. La tipificació d'aquestes conductes com a delictes la trobem en els articles 311 a 318 del Codi penal, disposats en el títol XV, relatiu als delictes contra els treballadors. Entre aquests delictes hi trobem la imposició de condicions laborals il·legals per procediments maliciosos, el tràfic il·legal de mà d'obra o el reclutament de treballadors oferint-los condicions enganyoses, entre altres. No obstant això, altres accions o omissions poden tenir transcendència en l'àmbit laboral tot i tractar-se de tipus penals generals.

Els delictes contra la Seguretat Social es troben en el títol XIV del Codi penal (articles 307 i següents). Entre aquests delictes, hi trobem la defraudació a la Seguretat Social consistent en l'elusió del pagament de quotes i conceptes de recaptació conjunta, l'obtenció indeguda de devolucions d'aquestes o el gaudi de deduccions per qualsevol concepte també de manera indeguda, sempre que la quantia de

les quotes defraudades o de les devolucions o deduccions indegudes excedeixi els cinquanta mil euros. I l'article 207 ter, d'altra banda, tipifica com a delictes obtenir, per a si mateix o altre, el gaudi de prestacions per mitjà de l'error provocat mitjançant la simulació o la tergiversació de fets, o l'ocultació conscient de fets dels quals tenia el deure d'informar, amb la qual cosa causi un perjudici a l'Administració pública.

4. AMENACES PRÀCTIQUES I MECANISMES DE DEFENSA

4.1 Context i amenaces

Els drets vinculats al treball assalariat han patit una degradació substancial i accelerada en els últims anys, que ha afectat el caràcter tuitiu del dret al treball i dels drets que hi estan associats. Es tracta, sense cap mena de dubte, d'un fenomen de canvi global, però hi ha escenaris en què es produeix amb més intensitat, com és el cas espanyol. En efecte, l'ordenament laboral espanyol ha assumit l'ocupació precària a través de la "normalització" social d'un treball despulat de drets sota el discurs permanent de la vinculació entre una suposada rigidesa de l'ordenament laboral i l'augment de l'atur.

Com és sabut, des de mitjans dels anys vuitanta i mitjançant reformes laborals successives, l'ordenament laboral ha anat mutant i s'ha buidat de contingut tuitiu, sense que el reconeixement del dret al treball en l'article 35.1 de la Constitució espanyola o els drets que hi estan associats, com el 28 o el 37, hagin pogut ser utilitzats per imposar mínims inamovibles pel que fa a la protecció dels drets laborals. Així, pel que fa al treball, el procés de-constituent s'ha realitzat a través de múltiples reformes laborals, amb l'acceptació del Tribunal Constitucional. El procés de degradació, a través de les grans reformes de 1994, 1997 i 2010, va ser culmi-

nat amb la reforma de 2012 i subsegüents. Les sentències del Tribunal Constitucional 119/2014 i 8/2015 han permès el buidament dels continguts constitucionals tuitius del bloc de laboralitat.

4.2 Mecanismes de justiciabilitat directa i indirecta: estratègies i aspectes processals

La regulació processal específica de l'àmbit laboral és la Llei 36/2011, de 10 d'octubre, reguladora de la jurisdicció social (LRJS). Hi ha, a més, normes aplicables de forma supletòria com la Llei d'enjudiciament civil 1/2000, de 7 de gener.

La persona que vulgui presentar una demanda, generalment per acomiadament o per reclamar quantitats no abonades per l'empresari, ha de tenir en compte que, en matèria laboral, l'article 59 ET estableix terminis de prescripció i caducitat. Per exigir percepcions econòmiques o de tracte únic, el termini és d'un any des del moment en què s'havia de complir l'obligació. Igualment, les reclamacions que no tinguin establert de forma expressa un termini prescriptiu gaudeixen del termini general d'un any. Per reclamar contra un acomiadament, així com contra l'extinció del contracte temporal o qualsevol altra extinció considerada injustificada, el termini és de caducitat i es redueix considerablement als 20 dies hàbils. Aquest últim termini també s'aplica a les decisions empresarials relatives a la mobilitat geogràfica, modificació substancial de condicions laborals, i suspensions i reduccions de jornada (article 138 LRJS). Encara que hi hagi una diversitat de terminis especials de prescripció i caducitat, aquests són els més rellevants.

A la LRJS es regula un procés ordinari i un conjunt de modalitats processals per a matèries concretes que revesteixen especialitats processals (article 102-184 LRJS). Hi ha múltiples modalitats especials entre les quals trobem les aplicables a l'acomiadament disciplinari, a la tutela de drets fonamentals o als conflictes col·lectius, entre molts altres.

Acomiadament disciplinari

Aquesta modalitat processal, regulada en els articles 103 i següents LRJS, exigeix el compliment d'una sèrie d'especialitats respecte del procés ordinari relacionats sobretot amb els requisits de la demanda, el termini de caducitat, la necessitat de conciliació prejudicial i respecte del contingut de la sentència que dictarà el jutge. El treballador disposa de 20 dies hàbils per presentar la demanda davant el jutjat social. No obstant això, prèviament haurà de sol·licitar conciliació en el servei administratiu corresponent (des de la sol·licitud fins a la celebració de l'acte se suspendrà el termini de caducitat esmentat). Després d'haver intentat la conciliació, i en el cas de no arribar a un acord, es podrà presentar la demanda. L'acomiadament ha de ser declarat procedent, improcedent o nul segons la causa i la seva justificació, d'acord amb l'article 108 LRJS.

Quan l'acomiadament disciplinari pugui ser vulnerador d'un dret fonamental, s'ha de seguir la modalitat processal de l'acomiadament disciplinari, però amb determinades garanties del procés de tutela de drets fonamentals que s'estudia a continuació, tal com assenyala l'article 184 LRJS, de la mateixa manera que passa amb altres modalitats que en el precepte s'assenyalen.

Tutela de drets fonamentals i llibertats públiques

Així mateix, resulta destacable la modalitat processal recollida en els articles 177 i següents de la LRJS relatius a la tutela dels drets fonamentals i llibertats públiques, que desenvolupa la garantia de preferència i sumarietat a què es refereix l'article 53.2 CE. Aquestes característiques es manifesten en la tramitació urgent (article 179.1 LRJS), ja que aquestes demandes seran preferents respecte de tots els processos que segueixin al jutjat o tribunal. Cal esmentar, a més, que en aquests procediments els sindicats poden actuar com a coadjuvants.

En el supòsit que s'aprecii la vulneració del dret fonamental, la decisió o l'acte vulnerador del dret fonamental serà declarat nul, el treballador haurà de ser necessàriament readmès i se li abonaran els salaris deixats de percebre. A més, el

treballador pot sol·licitar al jutge una indemnització a costa de l'empresari pel dany causat.

Procés de conflicte col·lectiu

Els articles 154 i següents de la LRJS regulen el procediment pel qual es tramiten les demandes que afectin els interessos generals d'un grup genèric de treballadors o un col·lectiu genèric susceptible de determinació individual, i que versin sobre la interpretació o l'aplicació d'una norma, un conveni col·lectiu o una decisió empresarial de caràcter col·lectiu. En aquests casos, no poden ser els treballadors individualment els que demandin, sinó els sindicats, les associacions empresarials o els representants unitaris o sindicals dels treballadors, atès que els interessos que es fan valer no són estrictament individuals. Abans d'aplicar aquesta modalitat, cal intentar la conciliació administrativa o la mediació.

Conciliació administrativa i judicial

En determinats supòsits, abans d'acudir a la via judicial i presentar una demanda, cal intentar la conciliació —o bé la mediació, quan així s'estableixi per conveni col·lectiu— davant el servei administratiu corresponent depenent de les comunitats autònomes, tal com estableix l'article 63 LRJS. L'article 64 LRJS estableix una sèrie d'excepcions al requisit de conciliació pre-processal. Amb relació a la conciliació, si les parts no arriben a un acord, es pot presentar la demanda davant l'òrgan judicial corresponent. Quan la demanda hagi de ser presentada contra una administració pública, aquest requisit es denomina reclamació administrativa prèvia.

Així mateix, en cas que es presenti la demanda, en el moment immediatament anterior a la celebració del judici, el lletrat de l'Administració de justícia ha d'intentar la conciliació de caràcter judicial, amb la qual cosa és possible que ell mateix aprovi l'acord (article 84 LRJS).

Mecanismes de solució extrajudicial de conflictes

Els conflictes laborals de naturalesa col·lectiva també poden trobar solució a través de mitjans extrajudicials. Hi ha, bàsi-

cament, tres tipus de mecanismes: la conciliació (un tercer intervén en el conflicte per aconsellar les parts sobre la manera d'acostar posicions), la mediació (el tercer intervén proposant solucions i assessorant les parts) i l'arbitratge (hi intervén un tercer que no aconsella, ni assessora ni proposa, sinó que pren la decisió final). Poden classificar-se com a autocompositius o heterocompositius: els dos primers mecanismes són de caràcter autocompositiu i busquen l'acord entre les parts; mentre que en el cas de l'arbitratge, estem davant un mecanisme heterocompositiu que conclou amb un laude arbitral, no amb un acord, sinó amb una solució imposada per un tercer. De vegades, el recurs a aquests mecanismes és obligatori i es constitueix com un requisit previ a l'accés a la via judicial.

Hi ha altres supòsits en què s'imposa l'arbitratge, com en els casos d'inaplicació de conveni col·lectiu (article 82.3 ET), els casos de vaga quan hi ha "perjudici greu de l'economia nacional" (article 10.1 RDL 17/1077), etc.

Comissió paritària del conveni col·lectiu

Les comissions paritàries es constitueixen com a òrgans mixtos que tenen representació de la part empresarial i de la part dels treballadors, i tenen com a finalitat vigilar l'aplicació del conveni i solucionar possibles conflictes i discrepàncies derivades del que disposa el text mentre estigui vigent. El conveni pot establir que els conflictes que se suscitin en l'àmbit d'aplicació del conveni amb relació a la seva interpretació i aplicació s'hagin de sotmetre a la comissió paritària per tal de ser resolts mitjançant un acord, com a requisit previ i indispensable abans d'acudir als mecanismes de solució extrajudicial.

Denúncia davant la Inspecció de Treball i Seguretat Social

La denúncia suposa informar l'autoritat competent d'uns fets amb rellevància jurídica en poder ser considerats contraris a l'ordenament. La Inspecció de Treball i Seguretat Social, tot i que ordinàriament ha d'actuar d'ofici, també pot iniciar la seva activitat investigadora en virtut d'una denúncia, tal com

indica l'apartat tercer de l'article 20 de la LITSS. No obstant això, són els apartats quart i cinquè de l'article esmentat els que regulen la naturalesa i la virtualitat de la denúncia.

Hi ha diverses alternatives a l'hora de formalitzar una denúncia davant la ITSS. La denúncia pot ser presencial, telemàtica a través de la seu electrònica del Ministeri d'Ocupació i Seguretat Social, o per via postal. Tant amb relació a aquesta última via com a la presentació presencial, cal dirigir-se a la direcció provincial de la ITSS.

4.3 Altres formes de protecció

Representació dels treballadors en l'empresa

La representació dels treballadors s'articula com un mecanisme de protecció i defensa dels interessos dels treballadors a l'empresa. A Espanya el model és més representatiu que participatiu i utilitza una doble via de representació a l'empresa: la unitària i la sindical.

Els representants unitaris són bàsicament dos tipus d'òrgans: els delegats de personal i els comitès d'empresa. D'altra banda, la representació sindical s'articula mitjançant les seccions sindicals i els delegats sindicals. Amb tot, hi ha representacions que poden articular-se mitjançant la negociació col·lectiva, ja que el mateix ET en el seu article 61 deixa la porta oberta a "altres formes de participació".

Representants unitaris dels treballadors

El qualificatiu "unitaris" d'aquests representants denota que representen tots els treballadors del centre de treball o l'empresa. L'elecció de representants unitaris dels treballadors és un dret dels treballadors del centre de treball; ara bé, no a tots els centres hi pot haver representants. L'article 62 ET no permet l'elecció de representants en els centres de menys de 6 treballadors, i, en el cas dels centres que tinguin entre 6 i 10 treballadors, només es poden convocar eleccions quan, prèviament, els treballadors hagin acordat per majoria

que volen celebrar-les per tal de triar representants. Quan el centre de treball té més de 10 treballadors, aquests poden promoure les eleccions per acord majoritari en assemblea, però també poden fer-ho els sindicats més representatius i els que hagin obtingut el 10% de representants en l'empresa. La convocatòria d'eleccions en aquests casos, tot i que és obligatòria, constitueix un dret dels treballadors.

El tipus d'òrgan de representació i el nombre de representants depèn directament del nombre de treballadors de l'empresa. D'aquesta manera, quan el centre de treball tingui fins a 30 treballadors (i més de 10), es tria un sol delegat de personal. Quan tingui entre 31 i 49 treballadors, s'elegeixen tres delegats de personal. No obstant això, quan el centre de treball compti amb 50 o més treballadors, l'òrgan no són els delegats de personal sinó el comitè d'empresa amb una composició variable d'acord amb el que disposa l'article 66 ET.

Representants sindicals

Els representants sindicals en l'àmbit de l'empresa es troben regulats en la Llei orgànica de llibertat sindical, i no pròpiament en l'ET com en el cas dels representants unitaris. A més, aquesta regulació sol completar o complementar-se amb una regulació en un conveni col·lectiu respecte de les seves garanties i facilitats, així com la seva composició.

En primer lloc, cal dir que en qualsevol centre de treball en què hi hagi un afiliat a un sindicat, es pot crear una secció sindical a l'empresa, sempre d'acord amb el que estableixen els estatuts del sindicat esmentat. Aquestes seccions representen, en certa manera, la presència del sindicat a l'empresa i tenen atribuïts drets de negociació, d'ús de locals en empreses de més de 250 treballadors o d'accés a taulers d'anuncis, entre altres prerrogatives.

Delegats de prevenció de riscos laborals

La regulació d'aquests representants es troba en la Llei de prevenció de riscos laborals. El seu article 35 es refereix als delegats de prevenció com a representants dels treballadors

amb funcions específiques en matèria de prevenció de riscos a la feina, sense que, per això, els representants unitaris perdin les competències relacionades amb aquestes matèries. Aquests representants són designats per i entre els representants unitaris que hagin estat elegits en l'empresa, si bé és cert que el precepte esmentat permet que per conveni col·lectiu es permeti triar com a delegat de prevenció un treballador que no sigui ja representant unitari. En tot cas, han de ser elegits pels representants o, com a molt, pels propis treballadors de l'empresa directament, sempre que aquest punt es reculli en el conveni col·lectiu.

Dret de reunió o assemblea

A més dels representants unitaris i els representants sindicals, els treballadors disposen de mecanismes directes d'organització com ho és el dret de reunió reconegut en l'article 4 de l'ET i regulat en els articles 77 i següents de l'ET. L'exercici d'aquest dret és possible independentment de si hi ha membres de representació unitària. L'empresari, en general, té l'obligació de permetre aquestes reunions, sempre que es compleixi el procediment legal de sol·licitud (amb el preavís preceptiu de 48 hores) i que hagin transcorregut dos mesos des de l'última reunió.

Dret de vaga

La vaga suposa el cessament de la prestació del servei per part del treballador amb la finalitat de pressionar l'empresari per obtenir una reivindicació laboral. El dret de vaga, que està desenvolupat en el Reial decret llei 17/1977, de 4 de març, sobre relacions de treball, es constitueix com un dret fonamental, com estableix l'article 28.2 CE, i queda comprès, com la negociació col·lectiva, com a part del contingut essencial de la llibertat sindical. El treballador no pot convocar una vaga de forma aïllada, ja que es tracta d'un dret de titularitat individual però d'exercici col·lectiu; és a dir, ha de ser convocada col·lectivament (en els termes que assenyala l'article 4 RDL 17/1977) i el treballador pot adherir-s'hi o no posteriorment. En cas que s'hi adhereixi, el treballador no percebrà el salari pels dies en què es trobi exercint el dret,

i aquests dies computaran com una situació d'alta especial en la Seguretat Social.

Les vagues no només han de complir requisits formals de convocatòria. La llei exigeix que el motiu de la vaga no sigui dels que estan exclosos; les vagues convocades per motius polítics, de solidaritat o amb l'objectiu d'alterar allò pactat serien il·legals per raó de la seva motivació (article 11 RDL). D'altra banda, també hi ha modalitats de vaga il·lícites per raó de la seva forma de dur-les a terme (article 7 RDL).



5. CAS PRÀCTIC

5.1. Descripció del cas

La Confederació General del Treball (CGT) convoca durant 24 hores una vaga en l'ens públic Ràdio Televisió de la Comunitat de Madrid per al dia 29 de setembre de 2010. Aquesta vaga s'emmarca en la vaga general per a tots els treballadors i funcionaris del mateix dia a tot l'Estat.

El dia de la vaga a Telemadrid no es va emetre cap tipus de programació, llevat d'un partit de la Champions League que es va retransmetre en horari nocturn durant una hora i quaranta-cinc minuts. La vaga va ser secundada per tots els membres de la unitat de continuació, encarregada de la retransmissió ordenada dels programes i dels anuncis publicitaris en l'ordre i el moment planificats. No obstant això, no van secundar la vaga un treballador del control central, el coordinador del departament de grafisme, el cap d'estudis i un locutor, entre d'altres.

La retransmissió del partit és l'element controvertit en aquesta qüestió. Durant la vaga, el senyal que s'emetia provenia del codificador A, el qual anunciava la realització de la vaga. No obstant això, des de l'Estat arribava el senyal del partit de la mà de la Federació d'Organismes o Entitats de Ràdio i Televisió Autònoms. El treballador que estava en el control central va ser requerit per enviar el senyal al servei de locució (que estava encès des del dia anterior), on el locutor va fer la seva funció i va retornar el senyal de forma automàtica a la unitat de grafisme, on el coordinador de grafisme va inserir el logotip de Telemadrid utilitzant una màquina habitual i va tornar de nou el senyal amb el logo i la locució al control central. El partit va ser retransmès en directe, ja que es va emprar el codificador de reserva i no l'habitual (el codificador A que emetia l'anunci de la vaga). Això va ser possible ja que un treballador va trucar a la companyia encarregada de la retransmissió, Abertis, perquè activessin el codificador de reserva i, en finalitzar el partit, tornessin a activar el codificador habitual o principal amb l'anunci de la vaga.

Davant d'aquests fets, la CGT va presentar una demanda per vulneració de drets fonamentals (dret de vaga) davant el jutjat del Social número 4 de Madrid, que va ser desestimada en la Sentència de 30 de novembre de 2011. Davant d'aquesta resolució, el sindicat va interposar recurs davant el TSJ de Madrid, la pretensió del qual es va desestimar en la Sentència de 23 de juliol de 2012. És el Tribunal Suprem, en acte de 26 de novembre de 2013, el que inadmet el recurs davant la desestimació anterior i, atès que s'al·lega vulneració d'un dret fonamental, es presenta recurs d'empara núm. 1168-2014 davant del Tribunal Constitucional, el qual resol en la Sentència 17/2017 de 2 de febrer de 2017.

5.2. Fons de la qüestió

El Reial decret llei 17/1977, que regula el dret de vaga recollit a l'article 28 CE, imposa limitacions a la conducta empresarial durant la vaga. En aquest cas és rellevant el que s'assenyala en l'article 6.5 relatiu a la prohibició de substitució de treballadors vaguistes. Clàssicament es distingeix dos tipus de substitució o esquirolatge: a) intern: treballadors de l'empresa realitzen les funcions del treballador vaguista; b) extern: treballadors són contractats per l'empresa per realitzar les feines del treballador en vaga.

La qüestió controvertida en aquest supòsit parteix de la possible vulneració que podria constituir l'ús de màquines, robots o qualsevol mitjà tecnològic que de facto substitueixi l'activitat realitzada pel treballador vaguista; a això se li ha denominat esquirolatge tecnològic, figura que se suma a les dues esmentades.

Com apunta el mateix TC, *"la duda que se nos plantea en el presente supuesto es si la utilización de medios técnicos de los que dispone la empresa, pero que no utiliza con carácter habitual, constituye una vulneración del derecho de huelga y puede asimilarse a los supuestos de esquirolaje o sustitución de los trabajadores huelguistas"*.

El sindicat demandant entén que no només es produeix un supòsit d'esquirolatge tecnològic que ha de ser rebutjat per vulnerar el dret de vaga, sinó que hi ha un cas d'esquirolatge intern, ja que hi ha treballadors que realitzen funcions que no els corresponen. No obstant això, les dues posicions són rebutjades pel Tribunal.

Segons el parer del Tribunal, hi ha el límit exposat a la llibertat de l'empresari quant a les seves facultats d'organització i direcció. No obstant això, també assenyala, respecte de l'esquirolatge tecnològic, que no hi ha cap precepte que prohibeixi que l'empresa faci servir els mitjans tècnics de què disposa habitualment per realitzar la seva activitat. És per això que s'apunta que, si l'empresa ja disposa prèviament d'aquests mitjans tècnics, encara que no siguin habitualment utilitzats, el seu ús estaria justificat. A més, si bé s'ha seguit un procediment diferent al normalment previst per poder retransmetre el partit de futbol el dia de la vaga, això no suposa en si mateix una substitució de treballadors.

6. JURISPRUDÈNCIA

RESOLUCIONS D'ÀMBIT INTERN

- TRIBUNAL SUPREM

· [Sentència del Tribunal Suprem 260/2017](#) d'11 de gener 2017.

Sobre la nul·litat del conveni d'empresa amb pretensió d'àmbit nacional per haver estat negociat, per la part social, per una comissió negociadora que només estava constituïda per representants unitaris dels centres de treball que sí que compten amb aquesta representació.

· [Sentència del Tribunal Suprem 6207/2012](#), de 20 de juliol de 2012, i [Sentència del Tribunal Suprem 4841/2015](#), de 10 d'octubre de 2015.

Sobre la facultat habilitada per l'article 50 ET de resoldre el contracte de forma indemnitzada pel treballador en cas d'incompliment empresarial i la possibilitat de cessar en

la prestació de serveis mentre es resol la qüestió en via judicial. És possible resoldre el contracte extrajudicialment després de la presentació de la demanda, tot i que no hi hagi resolució judicial, quan les condicions de treball, tot i no ser contràries a la dignitat, puguin implicar un greu perjudici patrimonial o una pèrdua d'opcions professionals. Ara bé, el treballador assumeix el risc d'un resultat advers en el procés judicial i pot ser acomiadat sense indemnització si es desestima la pretensió d'extinció indemnitzada.

· [Sentència del Tribunal Suprem 246/2017](#), del 23 de març de 2017.

Sobre el registre diari de la jornada laboral. La Sentència de l'Audiència Nacional de 4 de desembre de 2015 anul·la l'obligació del treballador de portar un registre diari de la jornada laboral. Aquesta anul·lació es realitza sobre la base de la inexistència d'aquesta obligació en el marc legal vigent, que només estipula el registre de les hores extraordinàries, però no el de les hores ordinàries dels contractes a jornada completa.

· [Sentència del Tribunal Suprem 313/2016](#), de 21 d'abril 2016.

Sobre la categoria de condició més beneficiosa del lliurament de l'anomenada "cistella de Nadal". La resolució assenyala que l'empresari no pot suprimir de forma unilateral el lliurament que es feia tots els mesos de desembre de la cistella de Nadal als treballadors, un cop s'ha convertit en una condició més beneficiosa, manifestada com a voluntat inequívoca de l'empresari.

· [Sentència del Tribunal Suprem 5994/2010](#), d'1 de juliol de 2010.

Sobre la possibilitat que un treballador es retracti durant el període de preavis d'una dimissió comunicada a l'empresa. El TS avala que, de la mateixa manera que la STS 7945/2009 permetia la retractació per part de l'empresari respecte de la decisió de l'acomiadament durant el temps de preavis, també s'hagi d'aplicar aquesta doctrina als supòsits de dimissió del treballador, ja que aquesta interpretació és la més coherent amb el principi de conservació del negoci jurídic.

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

· [Sentència del Tribunal Constitucional 17/2017](#), de 2 de febrer de 2017.

Sobre la vaga en l'ens públic Ràdio Televisió Madrid i la possible vulneració del dret a la vaga per l'ús per part de l'ens de mitjans tècnics no habituals per a l'emissió televisiva d'un partit de futbol en jornada de vaga (esquirolatge tecnològic). L'ús dels mitjans tècnics de què disposa l'empresa, encara que no siguin utilitzats de forma habitual per la mateixa empresa, per a la substitució del treball realitzat per treballadors en vaga no vulnera el dret fonamental a la vaga.

· [Sentència del Tribunal Constitucional 112/2017](#), de 16 d'octubre de 2017.

Sobre la vulneració del principi d'igualtat de tracte generada pel contingut d'un conveni col·lectiu d'empresa que manté un sistema de doble escala salarial sense una justificació objectiva i raonable. La doble escala salarial que estableix un complement per antiguitat dinàmic i diferenciat segons la data d'ingrés a l'empresa no està permesa per vulnerar el principi d'igualtat de tracte que ha de respectar el conveni col·lectiu estatutari. Per tant, la causa per la qual s'estableixi tal diferenciació ha de ser justificada i raonable.

· [Sentència del Tribunal Constitucional 92/2008](#), de 21 de juliol de 2008, i [STC 173/2013](#), de 10 d'octubre de 2013.

Sobre la declaració automàtica de nul·litat en els casos en què s'acomiada una treballadora embarassada de forma injustificada, encara que l'empresari no sigui coneixedor de l'estat d'embaràs de la treballadora. La resolució de l'any 2013 assenyala, però, que la garantia assenyalada no opera durant el període de prova, la qual cosa no obsta que hagi de seguir-se el sistema d'indicis.

· [Sentència del Tribunal Constitucional 39/2016](#), de 3 de març de 2016

Sobre les exigències requerides per complir el deure empresarial d'informar els treballadors sobre l'ús de dispositius d'àudio i videovigilància al centre de treball atenent a

la finalitat d'aquesta. És suficient, per entendre complert el requisit de comunicació, un avís general informatiu de "zona videovigilada", sense que sigui necessària la comunicació individualitzada d'aquesta utilització i la seva finalitat concreta. En aquest cas, l'empresa va detectar mitjançant la revisió dels vídeos de les càmeres de seguretat que una treballadora sostreia diners de la caixa registradora, i va prendre la decisió d'acomiadar-la disciplinàriament, decisió extintiva que no vulnera el dret fonamental a la intimitat segons el TC.

RESOLUCIONS D'ÀMBIT INTERNACIONAL

- COMITÈ DE DRETS ECONÒMICS, SOCIALS I CULTURALS:

· [Observació general número 18, del 35è període de sessions \(2005\), el dret al treball \(article 6\)](#).

- ORGANITZACIÓ INTERNACIONAL DEL TREBALL

· [Informe del CLS número 371](#), de març de 2014, cas núm. 2947, presentat a la 320a reunió del Consell d'Administració de l'OIT.

· [Informe del Comitè encarregat d'examinar la reclamació en la qual s'al·lega l'incompliment pel Govern d'Espanya del Conveni sobre l'acabament de la relació de treball, 1982 \(núm. 158\), presentat a la 321ª reunió del Consell de l'Administració de l'OIT](#).

- TRIBUNAL EUROPEU DE DRETS HUMANS

· [Cas de Campagnano v. Itàlia \(Sentència número 77955/01\)](#), 23 de març 2006

· [Cas de Fonts Bobo vs. Espanya \(Sentència número 39293/98\)](#), 29 de febrer de 2000

- COMITÈ EUROPEU DE DRETS SOCIALS

· [Conclusions XXI-1, Espanya, 2016.12.09](#)

· [Decisió Greek General Confederation of Labour \(GSEE\) v. Greece. Queixa núm. 111/2014](#), 23 de març de 2017

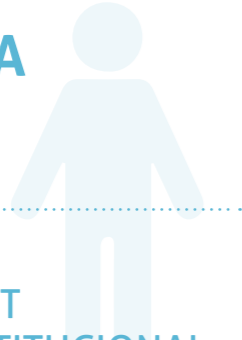
- TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA

· [Sentència del TJUE \(Sala Tercera\)](#) de 18 de gener de 2018, Ruiz Conejero, assumpte C-270/16

· [Sentència del TJUE \(Sala Desena\)](#), de 14 de setembre de 2016, De Diego Porras, assumpte C-596/14

DRET A LA RENDA GARANTIDA DE CIUTADANIA

Sixte Garganté*



1. CONTINGUT DEL DRET I CONFIGURACIÓ CONSTITUCIONAL

La renda garantida de ciutadania¹ (RGC) és una prestació econòmica de caràcter periòdic que es regula com un dret subjectiu, que tenen dret a cobrar les persones o famílies que estiguin per sota del llindar de la pobresa, i que els garanteix una vida digna. Va entrar en vigor el dia 15 de setembre de 2017.

És una prestació econòmica que suposa un avenç important respecte de la renda mínima d'inserció vigent fins ara, tant pel que fa al seu caràcter de dret subjectiu, com pel que fa als possibles beneficiaris, a la seva quantia econòmica i, sobretot, al seu caràcter —encara que no sigui en la totalitat de la seva quantia— incondicionat a la realització d'activitats d'inserció sociolaborals.

La seva raó de ser és que les persones o famílies que estiguin en un estat de necessitat tinguin dret a una prestació econòmica que els garanteixi els mínims per a una vida digna; per això els seus possibles beneficiaris són tots els ciutadans i ciutadanes, independentment de la seva condició de treballadors o treballadores, i la quantia de la prestació econòmica està vinculada pel principi de suficiència: ha de garantir els mínims d'una vida digna.

L'article 41 de la Constitució espanyola, dins del capítol dels principis rectoris de la política social i econòmica, estableix que:

“Els poders públics mantindran un règim públic de Seguretat Social per a tots els ciutadans, que garanteixi l'assistència i prestacions socials suficients davant situacions de necessitat, especialment en cas d'atur”

Com a conseqüència del caràcter plurinacional de l'Estat espanyol, i de la distribució de competències amb les comunitats autònomes, l'Estatut d'Autonomia de Catalunya, en el seu article 24.3, i com a dret de l'àmbit dels serveis socials, estableix que:

“Les persones o les famílies que es troben en situació de pobresa tenen dret a accedir a una renda garantida de ciutadania que els asseguri els mínims d'una vida digna, d'acord amb les condicions que legalment s'estableixen”

Aquest dret de naturalesa estatutària ha estat objecte de regulació a través de la Llei 14/2017, de 20 de juliol, de la renda garantida de ciutadania, del Parlament de Catalunya (DOGC núm. 7418, de 24.07.2017, i correcció d'errades posterior).

En la resta d'estatuts d'autonomia hi trobem articles amb contingut similar, que han estat objecte de regulació legal en els respectius parlaments, i amb resultats diversos pel que fa al contingut del dret regulat.

Malgrat que el dret a una prestació econòmica d'aquestes característiques no té el reconeixement constitucional de

dret fonamental, sí que és un dret legal de caràcter subjectiu i, en conseqüència, exigible davant dels tribunals de justícia, en els termes en què ha estat regulat legalment, i tenint en compte que es tracta d'un dret reconegut en tractats internacionals, com a continuació veurem.

En aquest context, resulta imprescindible tenir present quin és el contingut essencial del dret, aquell que no pot veure's vulnerat, el mínim que ha de ser respectat per tal de no desvirtuar la naturalesa del dret.

2. RECONeixEMENT EN L'ÀMBIT REGIONAL I INTERNACIONAL

El dret a una prestació econòmica periòdica per tal de tenir garantit el dret a una vida digna es troba regulat en l'àmbit europeu en el context del Consell d'Europa i de la Unió Europea.

En marc del Consell d'Europa, el Conveni europeu de drets humans de 1950 no recollia drets econòmics, socials, culturals i ambientals (DESCA), sinó que se centrava només en drets civils i polítics. Tanmateix, l'any 1961 es va promulgar la Carta Social Europea (CSE), ratificada per l'Estat espanyol, que, al seu article 13.1 incorpora el dret a una prestació econòmica suficient

“Per garantir l'exercici efectiu del dret a l'assistència social (...), les parts es comprometen (...) a vetllar perquè tota persona que no disposi de recursos suficients i no estigui en condicions d'aconseguir-los pels seu propi esforç o de rebre'ls d'altres fonts, especialment per via de prestacions d'un règim de seguretat social, pugui obtenir una assistència adequada...”

De fet, el Comitè Europeu de Drets Socials del Consell d'Europa, analitzant el compliment d'aquest article, ja va emetre un informe (2014) sobre el caràcter “manifestament insuficient” de les quanties de les prestacions econòmiques que feien efectives les comunitats autònomes espanyoles a l'àmbit de les prestacions d'assistència social.

Pel que fa a l'àmbit de la Unió Europea, la seva Carta de Drets Fonamentals inclou el dret a una prestació econòmica suficient a l'article 34.3. La redacció del precepte, encara que limitada, resulta força clara:

“A fi de combatre l'exclusió social i la pobresa, la Unió reconeix i respecta el dret a una ajuda social i un ajut a l'habitatge per tal de garantir una existència digna a tots aquells que no disposin de recursos suficients, segons les modalitats establertes pel dret comunitari i les legislacions i pràctiques nacionals”

En l'àmbit internacional, la Declaració Universal de Drets Humans (DUDH) reconeix el dret a un nivell de vida adequat en els seus articles 22 i 25:

“Tota persona, com a membre de la societat, té dret a la seguretat social i a obtenir, mitjançant l'esforç nacional i la cooperació internacional, segons l'organització i els recursos de cada país, la satisfacció dels drets econòmics, socials i culturals indispensables per a la seva dignitat i el lliure desenvolupament de la seva personalitat” (article 22)

* Professor de Dret de Treball de la Universitat Pompeu Fabra

¹ Es tracta de la renda garantida de ciutadania que ha estat aprovada pel Parlament de Catalunya en data 12 de juliol de 2017, Llei 14/2017, de 20 de juliol, del Parlament de Catalunya.

"Tota persona té dret a un nivell de vida adequat que li asseguri, així com a la seva família, la salut i el benestar, i en especial l'alimentació, el vestit, l'habitatge, l'assistència mèdica i els serveis socials necessaris; té tanmateix el dret a assegurances en cas d'atur, malaltia, invalidesa, viudetat, vellesa o altres casos de pèrdua dels seus mitjans de subsistència per circumstàncies independents de la seva voluntat" (article 25)

Més enllà de la DUDH, que inicialment tenia caràcter programàtic, també existeix una previsió en el PIDESC, concretament, al seu article 11:

"Els estats parts en el present Pacte reconeixen el dret de tothom a un nivell de vida adequat per a ell i per a la seva família, incloent-hi l'alimentació, el vestit i habitatge adequats, i a una millora contínua de les condicions d'existència (...)"

En les observacions generals del Comitè DESC no hi ha mencions específiques sobre el dret a una prestació econòmica per fer front a les situacions de pobresa, més enllà de les prestacions de la seguretat social, que només beneficien els treballadors i treballadores que cotitzen.

En el compliment del dret a una prestació econòmica periòdica com a dret subjectiu (RGC), cal tenir presents els principis esmentats a la part comuna per a tots els DESCA: progressivitat, no-discriminació, prohibició de la regressivitat i dret a la informació.

3. CONFIGURACIÓ LEGAL. ELS DRETS SOCIALS EN L'ÀMBIT AUTONÒMIC I LOCAL

El dret a una prestació econòmica per fer front a la situació de pobresa ha experimentat desenvolupaments importants en l'àmbit autonòmic i local. De fet, des d'un punt de vista competencial, aquest dret és competència exclusiva de les comunitats autònomes.

En l'actualitat hi ha vigents moltes lleis autonòmiques que regulen, amb diferents noms i diferents continguts, el dret a una prestació econòmica per fer front a la situació de pobresa.

En quasi totes les comunitats autònomes hi ha lleis, però cal destacar, per la seva recent aprovació i per la seva importància des del punt de vista d'una millor cobertura, les següents: la Llei 14/2017, del 20 de juliol, de la renda garantida de ciutadania, que regula el dret establert a l'article 24.3 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya; la [Llei 9/2007](#), de 12 de març, de la Generalitat Valenciana, de renda garantida de ciutadania, amb les recents modificacions introduïdes el mes de juliol de 2016; la [Llei 5/2016](#), de 13 d'abril, de la renda social garantida, de les Illes Balears; la [Llei 18/2008](#), de 23 de desembre, per la garantia d'ingressos i per la inclusió social, del País Basc; la [Llei foral de Navarra 15/2016](#), d'11 de novembre, per la qual es regulen els drets a la inclusió social i a la renda garantida.

3.1 La prestació de la RGC a Catalunya

La Llei 14/2017, del 20 de juliol, del Parlament de Catalunya, fruit d'una iniciativa legislativa popular impulsada per una comissió promotora de caràcter extraordinàriament unitari i transversal, regula una prestació econòmica que té dret a

cobrar qui no disposi d'ingressos econòmics o disposi d'ingressos per sota d'unes determinades quanties que es fixen per llei.

La prestació econòmica de la RGC és compatible i complementària respecte a altres fonts d'ingressos econòmics, ja siguin derivats de treball a temps parcial, o de prestacions, subsidis o ajuts de l'Estat, de la Generalitat o de les entitats locals.

La Llei també regula els requisits que han de complir les persones o famílies; aquests requisits són:

- Amb relació a l'edat:

- Ser majors de 23 anys.
- Ser majors de 18 anys amb menors o persones amb discapacitat a càrrec.
- Ser majors de 18 anys orfes dels dos progenitors.
- Ser majors de 18 anys víctimes de violència masclista a l'àmbit de la llar.
- Altres majors de 18 anys, quan ho digui el Reglament.

- Estar empadronats a un municipi de Catalunya i residir legalment a Catalunya; aquest requisit no s'aplica als catalans retornats ni a les dones que tenen permís de residència per reagrupament familiar i que perden aquest permís com a conseqüència d'un divorci o separació.

- Haver tingut residència contínua i efectiva a Catalunya els 24 mesos immediatament anteriors a la sol·licitud; pel que fa a les persones refugiades, aquest requisit es valora tenint en compte el temps durant el qual han participat en el programa d'ajut al refugiat, sempre que com a mínim sigui d'un any.

- No ser beneficiaris d'una prestació pública o privada de servei residencial permanent de tipus social, sanitari o socio-sanitari.

- No tenir rendes econòmiques superiors a:

Número membres unitat familiar	Entre 15-09-17 i 14-09-18
Si només hi ha 1 persona	564 euros al mes
Si hi ha 2 persones	846 euros al mes
Si hi ha 3 persones	921 euros al mes
Si hi ha 4 persones	996 euros al mes
Si hi ha 5 persones	1.071 euros al mes

Computa el conjunt d'ingressos de totes les persones que conformen la unitat familiar.

El requisit de carència de rendes s'ha d'acreditar durant els sis mesos anteriors al moment de fer la sol·licitud.

En el cas de les persones refugiades, no es computen els ingressos que hagin tingut del programa d'ajut al refugiat.

La unitat familiar és, a l'efecte de calcular el requisit de carència de rendes i la quantia de la RGC a què es pot tenir dret, la formada per una o més persones que entre elles mantinguin vincles familiars per consanguinitat o afinitat fins al segon grau, i també per adopció o acolliment, o vincles de convivència assimilats als vincles esmentats, excloent els que siguin de simple veïnatge compartit. La relació de parentiu es computa a partir del titular. És a dir, la persona titular de la RGC i el cònjuge, fills, néts; també pares, germans i avis de la persona titular de la RGC.

La quantia de la prestació econòmica de la RGC és igual a la quantia que en cada moment i en funció del nucli familiar o de convivència conforma el llindar d'ingressos econòmics

per tenir-hi dret, i es té dret a cobrar-la durant tot el temps que sigui necessari si es compleixen els requisits.

- TENEN DRET A COBRAR LA RGC:

- Persones i/o unitats familiars que ja estiguin cobrant el PIRMI.
- Persones i/o unitat familiars sense ingressos econòmics que no cobren el PIRMI.
- Persones i/o unitat familiars amb ingressos familiars inferiors a les quantitats indicades anteriorment, sempre en funció del nombre de membres de la unitat familiar.
- Pensionistes o perceptors de pensions i ajuts de l'Estat, en quantia inferior a les indicades anteriorment, sempre en funció de si es tracta d'una persona sola o si viu en un nucli familiar; aquestes persones tenen dret a una prestació complementària fins arribar a la quantia de la RGC.

- **Persones que tenen un contracte de treball a temps parcial, si es tracta de famílies monoparentals amb fills, sempre que tinguin ingressos en quantia inferior a les indicades anteriorment, en funció del nucli familiar.**

- Persones refugiades.

- TRANSICIÓ I EVOLUCIÓ DE L'IMPORT ECONÒMIC DE LA RGC (DE 15-09-2017 A 1-04-2020)

Les quanties de les prestacions de la renda garantida tenen una transició fins a l'1 d'abril de 2020 en què arriben els percentatges màxims.

Sempre es tindrà dret a cobrar el percentatge de l'IRSC vigent en cada moment.

En cada moment, el llindar d'ingressos, per sota del qual es té dret a cobrar la RGC, és la mateixa quantia de l'import de la RGC:

Membre unitat familiar	2017, 15 de setembre		2018, 15 de setembre		2019, 15 de setembre		2020, 1 de abril	
	IMPORT	% IRSC	IMPORT	% IRSC	IMPORT	% IRSC	IMPORT	% IRSC
1 adult	564	85%	604	91%	644	97%	664	100%
2 adults	846	127,5%	906	136,4%	966	145,5%	996	150%
3 adults	921	138,7%	981	147,7%	1041	156,8%	1096	165%
4 adults	996	150%	1056	159%	1116	168%	1196	180%
5 adults	1071	161,3%	1131	170,3%	1191	179,3%	1208	182%

Durant aquest període de transitorietat, el dret a cobrar la RGC també s'ha de fer extensible a tots els contractes a temps parcial que generin uns ingressos econòmics en quantia inferior a la de la RGC, en funció del nucli familiar o de convivència.

- EL COBRAMENT DE LA RGC ÉS COMPATIBLE AMB EL COBRAMENT DE:

- Les prestacions econòmiques, públiques i privades de dependència.
- Les beques escolars de menjador i transport.
- Els ajuts d'urgència per a evitar desnonaments.
- Les beques públiques per a estudiar (de batxillerat o universitàries).
- Els ajuts o prestacions que existeixin o es puguin establir amb la finalitat explícita de complementar la renda garantida de ciutadania, per exemple, els que puguin establir amb aquest caràcter els ajuntaments.

En cas de cobrar-se aquestes prestacions o ajuts econòmics, es cobraran a més a més de la RGC.

- EL COMPLEMENT PER LA INSERCIÓ LABORAL I SOCIAL:

- És una prestació econòmica complementària de 150 euros mensuals per nucli familiar, condicionada al compromís de fer i, quan correspongui, realitzar efectivament les activitats del pla d'inserció laboral o social ofert.
- Aquests 150 euros mensuals estan inclosos en les quanties indicades anteriorment.
- L'Administració té un termini de tres mesos, a comptar de la data de la resolució d'atorgament de la RGC, per determinar qui ha de seguir un pla d'inserció laboral o social, en funció del "perfil" que es determini, ja sigui laboral o social.

- Té dret a cobrar-lo tothom que faci la sol·licitud de la RGC, sempre que es comprometi a seguir un pla d'inserció social o laboral, en fer la sol·licitud inicial.
- Es cobrarà des del primer dia que es cobri la RGC.
- Es continuarà cobrant si l'Administració no ofereix cap pla individual d'inserció laboral o social.
- Es deixarà de cobrar si l'Administració ofereix un pla individual i no es compleix aquest pla individual.
- S'avaluarà de forma individual cada 12 mesos i es decidirà sobre la seva continuïtat.
- També es té dret a cobrar-lo durant els 6 mesos següents a haver començat a treballar amb un contracte a temps complet.

- ELS PERCEPTORS DE LA RGC HAN DE:

- Comunicar, en el termini d'un mes a la Generalitat els canvis patrimonials, personals i familiars.
 - Sol·licitar qualsevol altra prestació o ajut a què es tingui dret.
 - No renunciar, de forma voluntària, a cap altra prestació o ajut.
 - Col·laborar amb les persones que gestionen la renda garantida de ciutadania.
 - Mantenir-se inscrits a oficines de treball i no rebutjar una oferta de treball adequat.
 - Residir de forma continuada a Catalunya.
 - Tornar la prestació si l'has cobrat de forma indeguda
- Els perceptors de la prestació complementària d'inserció social o laboral han de:
- Signar compromís inicial i, si se'ls ofereix, realitzar el pla individual.

· Trobar-se disponibles per treballar, excepte:

- Si tens reconeguda la condició de discapacitat (com a mínim, del 65%).
- Si no estàs en condicions d'incorporar-te al mercat de treball, i és reconegut pel SOC, tenint en compte el criteri de serveis socials.

Pel que fa al món local, les competències són més limitades, malgrat ser els municipis els àmbits on recauen fortes obligacions amb relació a la situació de pobresa en què viu una part important de la població; en certa manera perquè són l'Administració més propera al ciutadà i juguen un rol clau en la defensa dels seus drets, i perquè en molts casos tenen importants partides pressupostàries destinades a fer front a aquesta situació de necessitat. En aquest punt, resulta imprescindible la coordinació i col·laboració interadministrativa, i la complementarietat de les possibles prestacions econòmiques existents.

4. AMENACES PRÀCTIQUES I MECANISMES DE DEFENSA

4.1 Context i amenaces

La crisi econòmica i financera que ha patit l'Estat espanyol des de l'any 2008 ha evidenciat la fragilitat dels sistemes de garantia d'ingressos. Les retallades dels drets socials també han afectat les rendes mínimes d'inserció, ja sigui reduint la quantia o no incrementant-la de forma periòdica, expulsant importants col·lectius que n'eren beneficiaris, o derogant el caràcter de dret subjectiu i condicionant el dret a les disponibilitats pressupostàries.

Cal, però, tenir present que els organismes internacionals han reiterat la disconformitat amb aquelles mesures que

disminueixen la protecció, és a dir, que tenen un caràcter regressiu en l'acompliment del dret, fins i tot en situació de dificultats o crisis econòmiques.

4.2 Mecanismes de desplegament de la Llei previstos a la mateixa Llei de la RGC de Catalunya

La Llei preveu la creació d'una comissió de govern de la RGC, constituïda de forma paritària per representants de l'Administració de la Generalitat i per les organitzacions sindicals i empresarials més representatives de Catalunya, les entitats del tercer sector, les entitats representatives del treball social i les entitats representatives del món local. D'entre les funcions d'aquesta comissió, cal destacar la d'avaluar la taxa de cobertura de la prestació sobre el conjunt de la població i la seva suficiència econòmica.

4.3 Incidència pressupostària

La mateixa Llei preveu que "per a assegurar la cobertura suficient de la prestació, els crèdits tenen el caràcter d'ampliabilitats", però també cal tenir present que es tracta d'un dret legal que ha costat molt i que segur que requerirà una defensa permanent.

4.4 L'aplicació de la Carta Social Europea

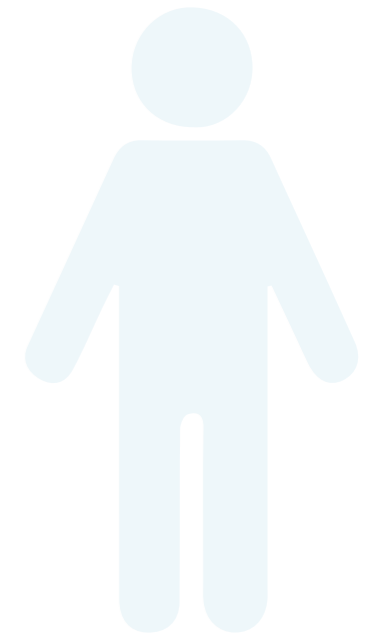
En defensa de l'exigibilitat del dret a la prestació de la RGC, a part de la mateixa llei, és important tenir present que la Carta social europea (CSE), ratificada per l'Estat espanyol, incorpora en l'article 13.1 el dret a una prestació econòmica suficient.

La ratificació per part d'Espanya d'aquest article de la CSE, a més de reforçar l'exigibilitat de la normativa interna sobre prestacions econòmiques de garantia social, també permet presentar queixes davant el Comitè Europeu de Drets Socials, organisme encarregat de supervisar el compliment de la Carta i que valora les vulneracions i els compliment dels drets per part dels estats.

4.5 Mecanismes de justiciabilitat directa

En la mesura que el dret a la prestació econòmica de la RGC està regulat per llei, l'exercici de les accions per fer-lo efectiu s'ha de fer davant dels tribunals de justícia.

Contra les resolucions administratives que posen fi al procediment administratiu, i que deneguen el dret o no el reconeixen en tota la seva extensió, escau interposar un recurs contenciós administratiu davant la jurisdicció contenciosa administrativa.



EL DRET AL MEDI AMBIENT

Aitana de la Varga Pastor*
i Marco Aparicio Wilhelmi**

1. CONTINGUT DEL DRET I CONFIGURACIÓ CONSTITUCIONAL

L'article 45 de la Constitució espanyola (CE) aborda la protecció jurídica del medi ambient amb les previsions següents:

- «1. Tothom té dret a gaudir d'un medi ambient adequat per al desenvolupament de la persona, i el deure de conservar-lo.
- Els poders públics vetllaran per la utilització racional de tots els recursos naturals, a fi de protegir i millorar la qualitat de la vida i defensar i restaurar el medi ambient, amb el suport de la indispensable solidaritat col·lectiva.
- En els termes que la llei fixi, s'establiran sancions penals o, en el seu cas, administratives per als qui violin el que es disposa en l'apartat anterior i s'establirà l'obligació d'aquests de reparar el dany causat.»

Com es pot comprovar, el precepte inclou un dret (art. 45.1), un mandat als poders públics en general (art. 45.2) i un mandat adreçat específicament al legislador (art. 45.3).

L'abast del concepte de «medi ambient» ha estat desenvolupat pel Tribunal Constitucional (TC), que l'ha entès de manera àmplia assenyalant que es tracta d'un concepte **«nacido para reconducir a la unidad los diversos componentes de una realidad en peligro»**. D'aquesta manera, caldria parlar d'un ordenament ambiental, amb la Constitució, la normativa internacional (de manera destacada la comunitària de la Unió Europea) i la infraconstitucional, amb un objectiu comú

de **«hacer frente a los fenómenos de degradación y a las amenazas de todo género que pueden comprometer la supervivencia del patrimonio natural, de las especies y, en último término, afectar negativamente a la propia calidad de vida en los hábitats humanos, dada la interdependencia entre unos y otros»** (STC 233/2015, de 5 de novembre, FJ2).

El TC ha volgut precisar que la noció de «medi ambient» que apareix com a títol competencial a l'article 149.1.23 i que atribueix a l'Estat la competència exclusiva sobre la legislació bàsica en matèria de «protecció del medi ambient, sens perjudici de les facultats de les comunitats autònomes per a l'establiment de normes addicionals de protecció», no pot ser entesa de manera tan àmplia. La jurisprudència constitucional més recent (STCs 109/2017, de 21 de setembre, i 118/2017, de 19 d'octubre) indica que la legislació bàsica s'ha de referir al marc d'una política global de protecció ambiental, uns mínims que han de permetre a les comunitats autònomes establir nivells de protecció més amplis. Més enllà d'aquesta competència, l'Estat només podrà entrar a regular (legalment o reglamentàriament) quan no pugui establir-se cap punt de connexió que permeti l'exercici de competències autonòmiques. Ens recorda el TC que, de totes formes, no es pot oblidar el caràcter **«complex i polifacètic»** de les qüestions ambientals, de manera que sovint ens trobarem amb regulacions de tipus transversal en què es fa difícil la delimitació competencial (factor que acostuma a justificar una visió expansiva de l'actuació estatal).

Tornant a l'article 45 CE, segurament el principal dubte que se'ns planteja és l'abast del dret reconegut al primer dels seus apartats. Ens trobem altre cop davant la visió hegemònica que fins a dia d'avui ha interpretat que, d'acord amb l'article 53.3 CE, en realitat no tindriem un dret constitucional subjectiu del qual derivar pretensions individuals justificables concretes, per molt que literalment es faci referència a un «dret». Aquest «dret» seria en realitat un principi inspira-

dor, un mandat d'optimització adreçat als poders públics del qual només sorgirien facultats subjectives específiques un cop hagi actuat el legislador (intern o internacional) donant contingut concret al dret esmentat.

Ara bé, de la mateixa manera que el dret a la salut (art. 43 CE) ha pogut posar fre a la seva desconstitucionalització a través del manteniment per via legal (i jurisprudencial) d'un cert consens o sentit comú del que en tot cas ha d'estar garantit (prestacions mèdiques essencials que en tot cas han de tenir caràcter públic i gratuït), el mateix s'ha de poder defensar del dret al medi ambient. Més enllà de les limitacions que sembla imposar l'article 53.3 CE, hi hauria una sèrie de continguts constitucionals essencials que cap norma o actuació administrativa hauria de deixar de garantir.

La determinació d'aquests continguts no ha estat fins ara realitzada amb claredat. Ara bé, sí que podem trobar un cert consens en el fet que alguns aspectes derivats de la normativa internacional s'han de preservar també com a contingut constitucional, compromís derivat de l'article 10.2 CE. Serien exemple d'aquesta extensió els aspectes procedimentals incorporats pel dret al medi ambient reconeguts al Conveni d'Aarhus de 2004. Aquesta dimensió procedimental i participativa, a la qual més endavant ens referirem, seria també expressió del dret a la participació pública (art. 23.1 CE). També ens indica quins continguts constitucionals mínims han de ser preservats per la Llei 27/2006, de 18 de juliol, que desenvolupa el dret al medi ambient en les seves vessants d'accés a la informació, participació pública i accés a la justícia, incorporant l'acció popular i incorporant el Conveni d'Aarhus.

En tot cas, l'article 45 CE, com succeeix per a la resta de previsions del capítol III del títol I, però especialment per a aquelles que contenen una referència a «drets», incorpora una habilitació constitucional per tal que el legislador pugui limitar l'abast d'altres interessos jurídicament reconeguts quan sigui necessari per tal de fer-los compatibles amb la protecció ambiental. Aquesta habilitació es refereix sens dubte al conjunt de llibertats individuals econòmiques

i molt clarament a la llibertat d'empresa (art. 38 CE) i al dret de propietat (art. 33 CE). Efectivament, el reconeixement constitucional del dret al medi ambient permet, o més aviat exigeix, que els poders públics, començant pel legislador, limitin l'abast de la lliure disposició dels recursos naturals, tant per part d'agents públics com privats.

Cal afegir que la funció social, que com sabem delimita el contingut del dret de propietat, troba en la protecció ambiental una derivació necessària ja que, de manera evident, la preservació i la millora de l'entorn i dels cicles vitals constitueixen un bé col·lectiu, un bé social, que caldrà garantir per sobre, en cas de conflicte irreductible, dels interessos particulars. Així ho ha entès el Tribunal Constitucional (STC 227/1988, de 29 de novembre, FJ 7).

És cert que la major part de casos ens situen no davant de conflictes irreductibles sinó d'interessos o béns jurídics ponderables. La Constitució no estableix un ordre de prelació absolut o abstracte sinó que deriva la solució de manera explícita a la intermediació legislativa (art. 53.2 CE). És a la llei on en primer terme s'opta, amb un marge important de decisió política, per un determinat grau de protecció ambiental; per una més o menys àmplia limitació dels interessos o drets de tipus individual. Ara bé, això no vol dir, en cap cas, que el legislador tingui un marge absolut, exempt de control constitucional.

Fins i tot considerant el dret al medi ambient no com a dret fonamental sinó com a principi rector de la política social i econòmica (STC 199/1996, de 3 de desembre, FJ 3), aquest «principi» incorpora un bé constitucionalment protegit que es relaciona directament amb drets fonamentals i altres béns constitucionals. Sens dubte, cal remarcar la interrelació amb el dret a una vida digna i a la integritat física i moral (art. 15 CE: la STC 119/2001 relaciona la contaminació acústica amb l'afectació de la integritat física i moral), el ja esmentat dret de participació en els assumptes públics (art. 23 CE) i, derivat de la jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH), el dret a la intimitat familiar o la vida en família i la protecció de la inviolabilitat del domicili (art. 18 CE: cas

* Professora de Dret Administratiu de la Universitat Rovira i Virgili i investigadora del Centre d'Estudis de Dret Ambiental de Tarragona (CEDAT)

** President de l'Observatori DESC

López Ostra contra Espanya, de 9 de desembre de 1994, en què es vinculen les males olors i la contaminació provinents d'una planta de tractament de residus a una vulneració de l'article 8 del Conveni Europeu de Drets Humans, entre altres). Evidentment és palesa la vinculació entre el dret al medi ambient i el dret a la salut, així com la protecció de la salut pública (art. 43 CE). Cal recordar que de la interdependència entre els drets, concepció teòrica essencial recollida per les Nacions Unides com a mínim des de la Declaració de Viena de 1993, es deriven mecanismes jurídics d'exigibilitat.

Sense renunciar a la necessitat d'avançar en una delimitació més clara de les conseqüències constitucionals que ha de tenir el reconeixement del dret al medi ambient, tasca que fins a dia d'avui no ha volgut assumir el Tribunal Constitucional, és la seva configuració legal (interna i internacional) la que ens ofereix els camins de la seva exigibilitat. A continuació ens hi referim.

2. CONFIGURACIÓ INTERNACIONAL

La major part de declaracions i convenis de drets humans amb caràcter universal no reconeixen de manera expressa el dret a un medi ambient adequat o sa. En l'àmbit regional, tan sols el Protocol de San Salvador de la Convenció Interamericana de Drets Humans (art. 11) i la Carta Africana (art. 24) ho han fet, a diferència del Conveni Europeu de Drets Humans. L'any 1972 es va celebrar la primera Conferència de les Nacions Unides sobre «medi ambient humà», que va donar lloc a la Declaració d'Estocolm, en la qual es reconeix la relació necessària entre la qualitat del medi ambient amb un gaudi efectiu dels drets humans. Aquesta connexió ha estat reconeguda en nombroses ocasions a partir de la protecció indirecta del dret al medi ambient a través de drets econòmics, socials, amb el dret a la salut de manera destacada, culturals, i també de tipus civil, com el dret a la vida però també el dret a la intimitat familiar, i de tipus polític (a través del dret de participació). També, més àmpliament,

s'ha reconegut la protecció ambiental a través del dret a un nivell de vida adequat, el dret a condicions de treball saludables, protecció dels infants contra l'explotació, el dret dels pobles a l'autodeterminació i, en particular, els drets dels pobles indígenes a l'accés a recursos naturals, territoris i la protecció del seu coneixement tradicional (Conveni núm. 169 de l'OIT, de 1989, i Declaració de les Nacions Unides sobre Drets dels Pobles Indígenes, 2007).

La Carta Mundial de la Natura, declaració de caràcter no vinculant aprovada per l'Assemblea General de les Nacions Unides l'any 1982, no recull expressament un dret subjectiu a un medi ambient sa, però, en canvi, sí que reconeix que:

"Toda persona, de conformidad con la legislación nacional, tendrá la oportunidad de participar, individual o colectivamente, en el proceso de preparación de las decisiones que conciernen directamente a su medio ambiente y, cuando éste haya sido objeto de daño o deterioro, podrá ejercer los recursos necesarios para obtener una indemnización" (art. 23)

L'any 1992 s'aprova la Declaració de les Nacions Unides sobre Medi Ambient i Desenvolupament en el marc de la Conferència de Rio, coneguda com la primera cimera de la terra que proclama, com a principis, el dret a una vida saludable i productiva en harmonia amb la natura (principi 1), o la necessitat que el dret al desenvolupament respongui equitativament a les necessitats de desenvolupament i ambientals de les generacions presents i futures (principi 3). En destaca també el principi 16 en què es detalla la noció de desenvolupament sostenible. Posteriorment, han tingut lloc la Conferència de Johannesburg de 2002 i la Conferència Rio+20,

«El futur que volem», que gira al voltant dels objectius de desenvolupament del mil·lenni i dels objectius de desenvolupament sostenible. La protecció ambiental, entesa de manera general, es troba a les Nacions Unides recollida en diferents documents. La Comissió de Drets Humans va establir la relació entre preservació ambiental i promoció dels drets humans per mitjà de la Resolució 1990/41. Però segurament és a les observacions generals del Comitè DESC on trobem referències més directes. En primer lloc, en l'Observació General núm. 4 (1991), sobre el dret a l'habitatge, el Comitè va considerar que el concepte d'habitatge adequat inclou que no estigui situat en llocs contaminats o propers a fonts de contaminació. Per mitjà de l'Observació General núm. 14 (2000), sobre el dret a la salut, explícitament assenyala que **«Los Estados también tienen la obligación de adoptar medidas contra los peligros que para la salud representan la contaminación del medio ambiente...»** (apartat 36), obligació que es deriva del que estableix a l'apartat 11:

"El Comité interpreta el derecho a la salud, definido en el apartado 1 del artículo 12, como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud..."

Cal destacar, sens dubte, l'Observació General núm. 15 (2002), sobre el dret a l'aigua. Hi trobem nombroses referències als diferents instruments de les Nacions Unides que em-

paren la protecció ambiental i la seva relació amb l'accés humà a l'aigua. En l'apartat 48 s'estableix el vincle amb el dret a la informació:

"El derecho de los particulares y grupos a participar en los procesos de decisión que puedan afectar a su ejercicio del derecho al agua debe ser parte integrante de toda política, programa o estrategia con respecto al agua. Deberá proporcionarse a los particulares y grupos un acceso pleno e igual a la información sobre el agua, los servicios de agua y el medio ambiente que esté en posesión de las autoridades públicas o de terceros"

Tot i la dificultat de trobar un cos normatiu que de manera explícita reculli el dret al medi ambient, la protecció ambiental, en els seus nombrosos àmbits materials, és indubtablement un dels àmbits de major activitat jurídica internacional. No podem aquí desenvolupar mínimament la multiplicitat de documents existents, ja que caldria referir-nos a convenis i instruments multilaterals referits a dimensions com la contaminació atmosfèrica transfronterera, la regulació de les emissions per protegir la capa d'ozó, els convenis sobre canvi climàtic (Convenció Marc de 1992 i posterior Protocol de Kyoto), la protecció del mitjà marí i la Convenció sobre Dret del Mar, la protecció dels rius, la protecció de la biodiversitat (de manera destacada, el Conveni sobre Diversitat Biològica de 1992) i la protecció d'espècies de flora i fauna amenaçades, entre altres.

En l'àmbit regional europeu, tot i que, com s'ha assenyalat, el Conveni Europeu dels Drets Humans no incorpora una protecció específica, comptem amb la Carta Social Europea (1961) que reconeix drets íntimament vinculats a la protecció

ambiental, com el dret a la salut, a la seguretat i higiene al treball, el dret a la protecció social i econòmica de la família, entre d'altres. El Comitè Europeu dels Drets Socials (CEDS) ha assenyalat de manera explícita aquesta necessària connexió, especialment pel que fa a l'obligació dels estats de prendre accions de prevenció, limitació i control de la contaminació com a part de l'obligació de garantir el dret a la salut (art. 11 de la Carta Social Europea). Però sens dubte on més s'ha avançat en l'àmbit del Consell d'Europa ha estat en la jurisprudència del TEDH, la qual ha establert referents importants per a la protecció indirecta del dret al medi ambient. Segurament el ja esmentat cas *López Ostra contra Espanya* (de 9 de desembre de 1994) suposà un punt d'inflexió en la tasca del TEDH, al qual han seguit el cas *Ruano Morcuende contra Espanya* (de 6 de setembre de 2005), el cas *Di Sarno i altres contra Itàlia* (de 10 de gener de 2012) i el cas *Bor contra Hongria* (de 18 de juny de 2013). La consideració que la protecció de la vida privada i familiar (art. 8 del Conveni Europeu de Drets Humans, CEDH) es vincula a la protecció ambiental també la trobem en el cas *Guerra i altres contra Itàlia* (Sentència de 19 de febrer de 1998). Es tracta d'un cas en què els sol·licitants que vivien a prop d'una fàbrica de fertilitzants van haver de ser hospitalitzats per afectació per substàncies tòxiques. També resulta interessant la sentència en el cas *Hatton i altres contra Regne Unit* (Sentència de 2 d'octubre de 2001), en la qual el TEDH considera vulnerat l'article 8 del Conveni per l'augment del trànsit aeri en horari nocturn i l'absència d'una avaluació de les molèsties ocasionades als habitants propers a l'aeroport de Heathrow. El TEDH també ha vinculat la protecció ambiental a la garantia del dret a la integritat física (art. 6 del Conveni). Per exemple, en el cas *Taskin i altres contra Turquia* (Sentència 30 de març de 2005), en què els sol·licitants eren veïns d'una mina d'or amb greus afectacions a la seva salut; o el cas *Ahmet Okyay i altres contra Turquia* (Sentència de 12 de juliol de 2005), en què les autoritats administratives van vulnerar l'article 6.1 CEDH per no acatar les decisions dels tribunals que ordenaven aturar les operacions en tres plantes d'energia termoelèctrica d'alt impacte ambiental.

Finalment, en l'àmbit de la UE, sens dubte la protecció ambiental constitueix un dels àmbits de major producció normativa. El TFUE atorga competències a la Unió Europea per dictar normativa de protecció ambiental, sempre tenint en compte el principi de subsidiarietat. La Carta dels Drets Fonamentals de la UE recull, dins el capítol dedicat a la solidaritat, la «protecció del medi ambient» (sembla evitar parlar de «dret al medi ambient»), assenyalant que **«les polítiques de la Unió integraran i garantiran el principi del desenvolupament sostenible, un alt nivell de protecció del medi ambient i la millora de la seva qualitat»** (art. 37). Fer aquí un repàs del desenvolupament que ha fet la normativa de la Unió Europea en matèria de protecció ambiental no és possible. Cal assenyalar que, en bona mesura, la normativa ambiental comunitària ha estat transposada i desenvolupada per normativa interna, de manera que amb l'anàlisi que es fa a continuació també estarem fent en bona mesura referència al marc comunitari.

3. CONFIGURACIÓ LEGAL: LA PROTECCIÓ ADMINISTRATIVA

La normativa estatal protegeix el dret al medi ambient fonamentalment a través de la normativa penal i l'administrativa. El Codi Penal espanyol preveu diferents tipus penals relacionats amb el delicte ecològic. El títol XVI recull els delictes relatius a l'ordenament del territori i l'urbanisme, la protecció del patrimoni històric i el medi ambient. El seu capítol III tipifica els delictes contra els recursos naturals i el medi ambient (arts. 325 a 331) i conté el delicte ecològic (arts. 325, 326 i, sobre la responsabilitat de persones jurídiques, 327), els delictes sobre l'àmbit de la gestió de residus (art. 328) i el delicte de prevaricació ambiental (art. 329). Per raons d'espai, no podem desenvolupar el seu contingut, objecte a més d'una àmplia jurisprudència. Cal assenyalar, en tot cas, la importància de l'existència d'una fiscalia especial. Així mateix,

trobem oportú citar la primera sentència que va condemnar a pena privativa de llibertat per delicte ecològic. Es tracta de la STS de la Sala Segona Penal d'1 de febrer de 1997, coneguda com a cas *Puigneró*. Aquesta sentència és fruit de la querella presentada pel Grup de Defensa del Ter i condemna a pena privativa de llibertat el Sr. Puigneró. També són de rellevància les diferents sentències condemnatòries penals en matèria de contaminació acústica.

En la dimensió administrativa, prou àmplia i complexa, el legislador, tant estatal com autonòmic, basant-se en la distribució competencial que li atribueix la CE —l'Estat dicta les bases i les comunitats autònomes (CA) les desenvolupen legislativament i dicten normes addicionals de protecció—, ha regulat diferents qüestions directament relacionades amb la protecció del medi ambient. Els ens locals, d'acord amb l'article 25 de la Llei reguladora de les bases de dret local, també han desenvolupat les competències que tenen atribuïdes en aquesta matèria.

Ens volem referir, en primer lloc, a les competències atribuïdes als ens locals i, en especial, als municipis. «El municipi ha d'exercir, en tot cas, com a competències pròpies, en els termes de la legislació de l'Estat i de les comunitats autònomes, en les matèries següents: [...] b) Medi ambient urbà: en particular, parcs i jardins públics, gestió dels residus sòlids urbans i protecció contra la contaminació acústica, lumínica i atmosfèrica en les zones urbanes» (art. 25 LRRL). Tot i aquesta nova redacció aportada per l'LRSAL, cal entendre la protecció del medi ambient urbà en termes amplis.

Amb relació a la potestat reglamentària dels ens locals, cal destacar dos àmbits que han estat especialment prolífers i també debatuts. En primer lloc, cal esmentar les ordenances en relació amb la contaminació odorífera que trobem a diversos municipis. En aquest àmbit manca legislació tant estatal com catalana, però això no impedeix, d'acord amb els

pronunciaments del Tribunal Suprem (STSs de 26 de juliol de 2006 i de 30 de gener de 2008), que els ens locals puguin regular sobre la matèria¹. A dia d'avui tan sols Andalusia disposa d'una norma al respecte.

Un altre àmbit on els ens locals han sigut especialment prolífers ha estat el de la contaminació electromagnètica, és a dir, la regulació de les ordenances d'antenes de telefonia mòbil i de telecomunicacions. La jurisprudència del Tribunal Suprem emparava inicialment les mesures protectores i precautòries que establien aquestes ordenances regulant les distàncies en què s'havien d'instal·lar les antenes —la Sentència del Tribunal del Suprem de 17 de novembre de 2009 és una de les sentències de referència—, entre altres qüestions, sobre la base de la protecció del medi ambient. Tot i això, a partir de la Sentència del Tribunal Suprem de 22 de març de 2011, la doctrina jurisprudencial va patir un gir centralista que va comportar declarar la nul·litat de les ordenances que apliquessin mesures restrictives en la instal·lació d'aquestes antenes. La nova doctrina jurisprudencial s'empara en considerar que el títol competencial de telecomunicacions, en mans exclusives de l'Estat, i la unitat de mercat, ha de prevaldre i que, per tant, la norma estatal és suficient quant a la contaminació electromagnètica (Reial Decret 1066/2001, de 28 de setembre, pel qual s'aprova el Reglament que estableix condicions de protecció del domini públic radioelèctric, restriccions a les emissions radioelèctriques i mesures de protecció sanitària enfront d'emissions radioelèctriques) sense donar opció a ser més restrictius que el que aquesta norma marqui, limitant així les competències de les CA i dels ens locals al respecte.

La regulació i la intervenció administrativa, en definitiva, és el reflex de l'aplicació dels principis bàsics del dret ambiental: el principi de prevenció, el principi de precaució i el principi de qui contamina paga. En termes generals, molta

¹ Aquestes sentències cassen les Sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 28 de febrer de 2002 i de 10 de novembre de 2003, que anul·laven l'ordenança sobre olors de Lliçà de Vall. El principi d'autonomia local és el fonament principal per a permetre que els ajuntaments puguin desenvolupar la competència reglamentària sobre aquesta matèria, més quan no existeix cap llei estatal o autonòmica que reguli les immissions en matèria de protecció contra la contaminació odorífera.

normativa estatal i autonòmica és fruit de la transposició de directives de la Unió Europea, i d'altres normes són el resultat de la iniciativa pròpia dels estats o de les CA, segons les seves necessitats i/o objectius. És impossible esmentar de forma exhaustiva tota la normativa aprovada amb afectacions ambientals, però tot i això, sí que ens podem referir, en termes genèrics i per àmbits generals i sectorials, a aquelles matèries més destacables en què els poders públics han dictat normativa.

Entre aquestes matèries, hi trobem la prevenció i el control de la contaminació (el Reial decret legislatiu 1/2016, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de prevenció i control integrats de la contaminació, és la norma bàsica de l'Estat sobre la matèria, que incorpora alhora la Directiva d'Emissions Industrials; a Catalunya hi ha la Llei 20/2009, de 4 de desembre, de prevenció i control de la contaminació); el ja esmentat anteriorment, accés a la informació ambiental, la participació pública i l'accés a la justícia (regulat per la Llei 27/2006, de 18 de juliol, per la qual es regulen els drets d'accés a la informació, de participació pública i d'accés a la justícia en matèria de medi ambient, que incorpora les Directives 2003/4/CE i 2003/35/CE); l'avaluació ambiental (regulada a través de la Llei 21/2013, de 9 de desembre, d'avaluació ambiental, en l'àmbit estatal; Catalunya va aprovar en el seu dia la Llei 6/2009, de 28 d'abril, d'avaluació de plans i programes, que és vigent però no està adaptada a la legislació bàsica); la responsabilitat mediambiental (regulada per la Llei 26/2007, de 23 d'octubre, de responsabilitat mediambiental); i el canvi climàtic (en aquest cas, la normativa respon als nous objectius climàtics adquirits per l'Acord de París). A hores d'ara la normativa estatal és inexistent, tot i que es troba en procés d'elaboració. Catalunya, en canvi, com a entitat subnacional va aprovar la Llei 16/2017, d'1 d'agost, de canvi climàtic, que tot i estar en vigor, ha sigut objecte de recurs d'inconstitucionalitat, per part de l'Advocacia de l'Estat en representació del Govern espanyol). Això va comportar, inicialment, la suspensió de l'aplicació dels articles impugnats. Tot i això, el 21 de març (publicat al BOE del 27 de març de 2018, núm. 75) es va decidir aixecar la suspensió de tots els articles llevat del relatiu al *fracking*.

D'altra banda, cal destacar la regulació sectorial ambiental rellevant com és **la gestió dels residus i els sòls contaminats**, regulats per la Llei 22/2011, de 28 de juliol de residus i sòls contaminats en l'àmbit estatal i, pel que fa a Catalunya, pel Decret legislatiu 1/2009, de 21 de juliol, pel qual s'aprova el text refós de la Llei reguladora; **les aigües**, regulades a través del Reial decret legislatiu 1/2001, de 20 de juliol, pel que s'aprova el text refós de la Llei d'aigües i del Decret legislatiu 3/2003, de 4 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la legislació en matèria d'aigües de Catalunya; la contaminació atmosfèrica, regulada en l'àmbit estatal per la Llei 34/2007, de 15 de novembre, de qualitat de l'aire i protecció de l'atmosfera, i la Llei 22/1983, de 21 de novembre, de protecció de l'ambient atmosfèric en l'àmbit català; la contaminació acústica, regulada a l'Estat per la Llei 37/2003, de 17 de novembre, del soroll, i a Catalunya, la Llei 16/2002, de 28 de juny, de protecció contra la contaminació acústica; la contaminació lumínica, regulada a Catalunya per la Llei 6/2001, de 31 de maig, d'ordenació ambiental de l'enllumenament per a la protecció del medi nocturn; la contaminació electromagnètica, que es regeix pel Reial decret 1066/2001, que regula els nivells màxims d'exposició; la protecció dels espais naturals, la protecció de la fauna i la flora, en definitiva, la protecció de la biodiversitat, es troba regulada en l'àmbit estatal a la Llei 42/2007, de 13 de desembre, del patrimoni natural i de la biodiversitat, i a Catalunya a la Llei 12/1985, de 13 de juny, d'espais naturals; la protecció dels animals, a Catalunya la trobem regulada al Decret legislatiu 2/2008, de 15 d'abril, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de protecció dels animals. Altres matèries transversals que també hi tenen una gran repercussió són, per exemple, l'ordenació del territori i l'urbanisme i l'energia.

A continuació, vegem a grans trets en quins àmbits operen i quines afectacions tenen aquestes normes.

L'Administració pública exigeix uns títols habilitadors a aquelles activitats que tinguin incidència ambiental. La norma classifica les activitats d'acord amb la incidència que tenen en el medi ambient i exigeix que se sotmetin a una autorització ambiental integrada (AAI) totes aquelles que tinguin un impacte més elevat. Actualment, el Reial decret legislatiu

1/2016 esmentat regula aquesta autorització en l'àmbit estatal, essent legislació bàsica, i incorpora la nova regulació establerta per la Directiva d'Emissions Industrials. D'altra banda, algunes CA han dictat les seves pròpies normes al respecte i no només regulen l'AAI sinó que també sotmeten les activitats d'acord amb l'impacte, menor que el requerit per l'AAI, a llicència ambiental i a comunicació prèvia, com fa, per exemple, Catalunya a través de la Llei 20/2009. En cas que s'incompleixi la normativa al respecte, les activitats podran ser sancionades. Aquest incompliment es podrà detectar per una denúncia feta inclús per un particular, o bé per la inspecció ambiental a què se sotmeti l'activitat. Recordem que fins i tot aquest incompliment podria donar lloc a un procés penal amb les conseqüències oportunes.

Determinades activitats durant aquest procediment d'autorització hauran de sotmetre's, alhora, a una avaluació d'impacte ambiental, en especial, el projecte d'obra de construcció o d'instal·lació corresponent. Des de fa uns anys cap aquí no només se sotmeten a una avaluació ambiental els projectes sinó també els plans i els programes. Aquest instrument permet avançar la intervenció administrativa i evitar possibles danys al medi ambient en un futur, ja que analitza els possibles efectes significatius sobre el medi ambient dels plans i dels projectes. Es tracta d'un procediment administratiu «instrumental» del de l'aprovació del projecte, que en serà el substantiu. El document resultant, que s'incorpora al procediment substantiu, té la consideració d'informe preceptiu i determinant i és considerat un tràmit essencial.

D'altra banda, quan un operador —d'acord amb la definició que estableix la norma— causi un dany ambiental (al sòl, a la ribera del mar, a les aigües, a les espècies silvestres o als hàbitats, d'acord amb la definició legal) o hi hagi una amenaça imminent que aquest es produeixi, la normativa sobre responsabilitat ambiental li exigeix que adopti motu proprio les mesures de prevenció, de seguretat, i/o de reparació corresponents a fi de reparar el dany causat, evitar que es produeixi o que se'n produeixin més. Si aquest operador no ho fa per si mateix, serà l'autoritat competent qui li ho requerirà. Es tracta de prevenir, evitar i reparar els danys que causin aquests operadors.

Per últim, per poder denunciar qualsevol irregularitat en els procediments administratius, títols habilitadors, etc., i per controlar la tasca de vetllador que assumeix l'Administració pública i de garant d'un medi ambient adequat, és oportú citar les condemnes a l'Administració pública per inactivitat, en especial, en matèria de contaminació acústica, com per exemple, la STS de la Sala Contenciosa Administrativa, Secció 7a, de 12 de novembre de 2007.

Per poder exercir el dret a un medi ambient adequat, és especialment rellevant el paper que hi juga el dret a l'accés a la informació ambiental. Aquest dret es conforma de forma més àmplia que l'accés a qualsevol altra informació que estigui en mans de l'Administració pública o d'un altre subjecte que actui en el seu nom. D'una banda, l'Administració pública està obligada a fer difusió de determinada informació amb rellevància ambiental (l'article 7 de la Llei 27/2006 concreta aquesta obligació), normalment a través de l'ús de tecnologies de la informació i la comunicació. D'altra banda, el públic (qualsevol persona física o jurídica, així com les seves associacions, organitzacions i grups constituïts d'acord amb la normativa que li sigui d'aplicació) té dret a dirigir-se a l'Administració per sol·licitar informació ambiental que no hagi estat difosa. La Llei preveu l'accés a la informació si així s'ha sol·licitat de forma prèvia (arts. 10 i seg.). Per a accedir-hi no s'està obligat a declarar un interès determinat, i tampoc no importa la nacionalitat, ni el domicili, ni la seu de la persona sol·licitant. A més, si la sol·licitud és imprecisa, l'autoritat pública demanarà que es concreti i assistirà el sol·licitant per concretar la petició el més ràpid possible; si l'autoritat pública no posseeix la informació, remetrà la sol·licitud a qui la tingui i, si no és possible, li ho comunicarà al sol·licitant; en cas de denegar l'accés a la informació, n'ha d'indicar els motius. L'Administració pública ha de respondre facilitant aquesta informació en el termini d'un mes com a norma general i, excepcionalment, en dos mesos. El format en què se subministri la informació sol·licitada ha de ser el format que es demani, llevat que la informació ja s'hagi difós en una altra forma i sigui fàcilment accessible, cas en què s'indicarà on es pot trobar la informació, o llevat que es consideri raonable posar a disposició del sol·licitant la

informació en una altra forma o format i ho justifiqui adequadament.

No obstant això, l'accés no és il·limitat sinó que s'estableixen uns motius taxats pels quals es podrà denegar l'accés a la informació sol·licitada (art. 13).

Així mateix, impera el criteri que cal facilitar tota aquella informació que es pugui destriar de la informació a què no es pot tenir accés. Per tant, es pot accedir a la informació de forma parcial, sempre que sigui possible separar del text de la informació sol·licitada la que pot ser objecte de denegació (art. 14). En cap cas, el fet que la informació estigui barrejada servirà per denegar completament la informació sinó que sempre que es pugui separar així es farà, ja que per disposició legal (article 13.4) els motius per denegar l'accés a la informació s'han d'interpretar de forma restrictiva, amb la qual cosa en cada cas concret s'ha de ponderar l'interès públic atès amb la divulgació d'una informació amb l'interès atès amb la seva denegació.

L'exercici d'aquest primer dret amb plenes garanties és imprescindible per poder fer efectiu el següent dret que preveu la mateixa norma: el dret de participació pública en assumptes de caràcter mediambiental. Aquest es tradueix en la possibilitat que el públic participi en l'elaboració de determinats plans, programes i disposicions de caràcter general relacionats amb el medi ambient. S'exigeix, en tot cas, que aquesta participació sigui real i efectiva, i es proposen mesures per fomentar-la, a través d'avís públics o altres mitjans apropiats com els electrònics quan se'n disposi, en l'elaboració de qualsevol proposta dels instruments que hem esmentat, així com de la seva revisió o modificació. Així mateix, és de cabdal importància que la informació sobre aquestes propostes sigui intel·ligible i es posi a disposició del públic. Per suposat, els resultats de la participació pública cal tenir-los en compte degudament a l'hora d'adoptar les decisions i, un cop examinades les observacions i opinions expressades pel públic, s'ha d'informar el públic de les decisions adoptades i dels motius i consideracions en què es basin aquestes decisions, incloent-hi la informació relativa al procés de participació pública. Sobre la participació públi-

ca en processos decisoris, podem mencionar les sentències relatives al procés de presa de decisions en relació amb la ubicació del magatzem temporal nuclear. En l'àmbit de la UE també destaquen les sentències que requereixen una participació real i efectiva.

D'altra banda, les administracions públiques competents han de determinar amb antelació suficient, perquè puguin participar de manera efectiva en el procés, quins membres del públic tenen la condició de persona interessada per participar en els procediments corresponents. També cal fer esment de l'existència del Consell Assessor de Medi Ambient, adscrit al Ministeri de Medi Ambient, el qual té per objecte la participació i el seguiment de polítiques ambientals generals orientades al desenvolupament sostenible, en les quals han de participar, entre altres, representants d'organitzacions no governamentals que el seu objecte sigui la defensa del medi ambient i el desenvolupament sostenible.

Finalment, es preveu el dret d'accés a la justícia i a la tutela administrativa en assumptes ambientals. Cal fer especial èmfasi en el fet que la regulació d'aquest dret per part d'Espanya ha sigut més restrictiva que la prevista pel Conveni d'Aarhus pel que fa als requisits que cal que compleixin les entitats defensores del medi ambient per poder accedir als tribunals i, per això, ha sigut objecte de moltes crítiques per part de la doctrina. La raó és que aquesta regulació comporta una limitació de drets que pot provocar indefensió fins al punt que, amb anterioritat a aquesta norma, la legitimació activa en qüestions ambientals arribava a ser més àmplia amb l'aplicació de la legislació general en relació amb la defensa dels interessos legítims col·lectius i difosos, com és el medi.

L'article 23 de la Llei 27/2006 que duu per títol «Legitimació» preveu que per exercir l'acció popular en assumptes ambientals (reconeguda en l'article anterior, per als casos dels actes i, en el seu cas, omissions imputables a les autoritats públiques que vulnerin les normes relacionades amb el medi ambient que enumera també la norma a través dels procediments de recurs regulats per la Llei de procediment administratiu, avui en dia la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del

procediment administratiu comú de les administracions públiques, així com a través del recurs contenciós administratiu previst per la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa) cal que es compleixin tres requisits: han de tenir, entre els fins acreditats en els seus estatuts, la protecció del medi ambient en general o la d'algun dels seus elements en particular; han d'haver estat constituïdes legalment almenys dos anys abans de l'exercici de l'acció i alhora han hagut d'exercir de manera activa les activitats necessàries per assolir els fins previstos en els seus estatuts; i han de desenvolupar, d'acord amb els seus estatuts, l'activitat en un àmbit territorial que resulti afectat per l'actuació o, si escau, omissió administrativa. Així mateix, se'ls dona el dret a l'assistència gratuïta. No obstant això, també se'ls poden imposar fiances davant dels tribunals, les quals en determinats casos seran difícils d'assumir. En moltes ocasions aquests requisits suposen un impediment perquè les associacions ecologistes accedeixin de forma efectiva a la justícia i als tribunals.

Les administracions públiques poden exercir la seva potestat sancionadora, però en el cas que considerin que es pot haver comès un delicte ambiental, han de suspendre el procediment i posar els fets en coneixement dels tribunals per no incórrer en el supòsit de sancionar dos cops pels mateixos fets, l'anomenat *non bis in idem*. El Codi Penal espanyol incorpora una sèrie de delictes ambientals, com hem vist a l'inici d'aquest apartat, dels quals destaquem que es tracten de normes penals en blanc i que són previstos per als casos més greus en què hi hagi repercussions negatives sobre el medi ambient, en especial, quan s'hagi infringit normativa administrativa de forma greu i/o molt greu.



4. CAS PRÀCTIC

Trobar un supòsit concret de defensa del dret a un medi ambient adequat és un repte prou complex, atesa la transversalitat i la diversitat de qüestions que inclou. Per aquest motiu, tot i que explicarem un supòsit concret, també trobem oportú exposar algunes pautes generals d'actuació per exigir aquest dret.

Com hem vist en els paràgrafs anteriors, l'Administració pública juga un paper molt rellevant com a garant d'aquest dret i, per aquest motiu, és un actor al qual ens podem dirigir i podem exigir l'efectivitat del dret a un medi ambient adequat. Ja sigui per exigir que actuï quan no ha actuat, perquè faci complir la normativa a un particular, o inclús perquè tingui en compte la nostra opinió a l'hora de prendre decisions que tinguin repercussió ambiental.

En conseqüència, la primera via serà davant l'Administració pública. En primer lloc, la podem informar sobre un fet que suposi la vulneració d'aquest dret a través d'una denúncia. També podem presentar al·legacions a determinats procediments administratius i plans amb repercussió ambiental i podem presentar sol·licituds d'accés a la informació ambiental o, fins i tot, sol·licituds sobre responsabilitat mediambiental. Així mateix, quan correspongui, disposem de l'opció de presentar els recursos administratius pertinents, que seran, com a norma general, el recurs potestatiu de reposició o el recurs d'alçada, tenint en compte si la resolució que s'impugna posa fi a la via administrativa o no, respectivament.

Un cop exhaurida la via administrativa, se'ns obre la via jurisdiccional. Podem interposar un recurs contenciós administratiu ordinari o bé un recurs administratiu especial per a la protecció dels drets fonamentals. Aquesta via s'utilitzarà quan es vinculi la vulneració a un dret fonamental, com la inviolabilitat domiciliària o el dret a la intimitat, en els termes vistos anteriorment.

En el supòsit de vulneració de drets fonamentals, a l'Estat espanyol, tenim l'opció final d'interposar recurs d'empara

davant el Tribunal Constitucional. També podem acudir al Tribunal Europeu de Drets Humans quan considerem que s'hagi vulnerat el conveni en algun dels seus termes.

D'altra banda, recordem que també tenim disponible la via penal si considerem que la vulneració és molt greu i s'enca-beix en algun dels tipus penals que estableix el Codi Penal. Podem posar en coneixement de la Fiscalia els fets a través d'una denúncia o directament podem presentar una querrel·la.

Com a exemple merament testimonial, volem referir-nos a la Sentència del Tribunal Suprem d'1 de febrer de 2018 (ROJ: STS 266/2018 - ECLI: ES:TS:2018:266) sobre responsabilitat mediambiental. Tot i que es tracta d'una sentència desestimària, considerem que és idònia en tant que versa sobre la responsabilitat ambiental. Un àmbit poc analitzat jurisprudencialment.

En aquest cas, l'Ajuntament de Cabrera va presentar una sol·licitud d'incoació d'expedient de responsabilitat ambiental a l'empara de la Llei 26/2007 davant de l'Administració general de l'Estat, la Generalitat de Catalunya i el Consorci del Port de Mataró, en la qual s'al·lega la causació de danys ambientals a la costa de Cabrera de Mar. Es considera que la construcció del port i la seva activitat causen l'erosió de la costa de Cabrera, entre altres danys.

La Generalitat de Catalunya, a través de la directora general de Qualitat Ambiental, emet una resolució expressa desestimària per manca de responsabilitat ambiental. Posteriorment, el secretari de Medi Ambient i Sostenibilitat de la Generalitat de Catalunya resol, en el mateix sentit, el recurs d'alçada interposat. L'Ajuntament de Cabrera de Mar decideix interposar recurs contenciós administratiu (número 284/2011) contra la desestimació presumpta del ministeri competent en medi ambient, la Generalitat de Catalunya i el Consorci del Port de Mataró, el qual resol la Secció Primera de la Sala Contenciosa Administrativa de l'Audiència Nacional i és desestimat. Per aquest motiu, interposa recurs contenciós administratiu davant del Tribunal Suprem, que després amplia. Aquest recurs l'interposa a l'empara de l'article 88.1.d de la Llei 29/1998, reguladora de la jurisdicció con-

tenciosa administrativa (LJCA), per incórrer en infracció de normes de l'ordenament jurídic: en concret, en primer lloc, per infracció de l'article 2.11 de la Llei 26/2007 (en relació amb el concepte d'activitat econòmica o professional) i de l'article 1.7 de la Directiva 2004/35/CE sobre responsabilitat ambiental; en segon lloc, per incórrer en infracció de l'article 3 del Codi Civil; en tercer lloc, per haver infringit l'article 45 de la CE i els articles 3.2, 9.1 i 13 de la Llei 26/2007; i, en darrer lloc, per infracció dels articles 9.3 i 24 de la CE i 319 i 349 de la LEC en relació amb la valoració de la prova.

L'alt tribunal analitza el fons i arriba a la mateixa conclusió que la sentència d'instància, que manca relació de causalitat, la qual és exigida en aquest supòsit, amb la consegüent manca de responsabilitat mediambiental. El fonament jurídic setè analitza concretament els motius de cassació. El primer motiu de discussió gira entorn de la delimitació subjectiva de la responsabilitat mediambiental i, en conseqüència, del concepte d'«operador» i arriba a la conclusió que el concepte ha de ser entès de forma àmplia, tant el d'operador com el «d'activitat economicoprofessional». Així mateix, s'exposen les obligacions dels operadors (art. 9.1). No obstant això, la sentència considera que:

"En el presente caso, el daño que se invoca no deriva realmente de la actividad que desarrolla el Puerto, que consiste básicamente en la gestión y explotación de la actividad portuaria, sino que en el fondo la actora lo identifica con la propia existencia del Puerto, por lo que derivaría del mismo en cuanto infraestructura, a raíz de su construcción situada entre 1988 y 1991.

Como vemos, la sentencia llega a la conclusión de que, tal y como se planteó la cuestión por la parte actora, ahora recurrente, el daño que alega, esto es, la erosión y pérdida de la playa de Cabrera Mar no se debe a la actividad del gestor del puerto, sino a la existencia misma de la infraestructura, y por tanto no

se aprecia la necesaria relación de causalidad entre la actividad económica o profesional y el presunto daño.

Por otra parte, la sentencia, al examinar el alegato según el cual el daño vendría provocado porque no se han tomado las medidas para paliar los efectos de la existencia del Puerto –que nunca se tomaron y que las administraciones competentes nunca exigieron–, entiende que las medidas paliativas no derivan de la actividad portuaria sino de la concesión del puerto (quedando obligada en su caso la concesionaria original). De manera que tampoco en este caso el daño deriva de la actividad económica, sino de la relación concesional"

D'altra banda, el fonament jurídic següent, el vuitè recorda que:

"Con independencia de lo anterior, no podemos olvidar que la sentencia procede a desestimar la pretensión, dado que no ha quedado acreditado que la regresión de la playa se deba al puerto de Mataró en exclusiva, por cuanto que se había constatado previamente la erosión en dichas playas. En definitiva, no sólo es que los daños en la playa no sean consecuencia de una actividad económica o profesional, sino que tampoco queda acreditado que sean exclusiva consecuencia de la propia construcción del puerto, tal y como se concluye del examen de la prueba practicada. En cualquier caso, si tal relación pudiera establecerse, la construcción del puerto y el deterioro de la playa, no conviene olvidar que dada la fecha en la que se llevó a cabo tal construcción, no resultaría aplicable "rationes temporis", la Ley de Responsabilidad Ambiental por aplicación de lo dispuesto en su Disposición transitoria única"

En conseqüència, en tot cas, com que es vincula el dany a la construcció del port, l'alt tribunal considera que no seria aplicable la Llei 26/2007, per motiu de la data en què va ser construït. En relació amb la vulneració de l'article 45 de la CE i dels altres preceptes del Codi Civil i de la Llei 26/2007, el fonament jurídic novè es remet al fonament anterior. Per últim, la vulneració dels articles 9.3 i 24 CE i 319 i 348 de la LEC en relació amb l'error d'apreciació de la prova també es desestima.

5. JURISPRUDÈNCIA

RESOLUCIONS D'ÀMBIT INTERN

- TRIBUNAL SUPREM

- [STS d'1 de febrer de 1997](#)
- [STS de 26 de juliol de 2006](#)
- [STS de 12 de novembre de 2007](#)
- [STS de 30 de gener de 2008](#)
- [STS de 17 de novembre de 2009](#)
- [STS de 22 de març de 2011](#)
- [STS d'1 de febrer de 2018](#)

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- [STC 118/2017, de 19 d'octubre](#)
- [STC 109/2017, de 21 de setembre](#)
- [STC 233/2015, de 5 de novembre](#)
- [STC 119/2001](#)
- [STC 199/1996](#)
- [STC 227/1988](#)

RESOLUCIONS D'ÀMBIT INTERNACIONAL

- TRIBUNAL EUROPEU DE DRETS HUMANS

- [López Ostra c. Espanya \(Sentència de 9 de desembre de 1994\)](#)
- [Guerra i altres c. Itàlia \(Sentència de 19 de febrer de 1998\)](#)
- [Hatton i altres c. Regne Unit \(Sentència de 2 d'octubre de 2001\)](#)
- [Taskin i altres c. Turquia \(Sentència de 30 de març de 2005\)](#)
- [Ahmet Okyay i altres c. Turquia \(Sentència de 12 de juliol de 2005\)](#)
- [Ruano Morcuende contra Espanya \(Sentència de 6 de setembre de 2005\)](#)
- [Di Sarno i altres contra Itàlia \(Sentència de 10 de gener de 2012\)](#)
- [Bor contra Hongria \(Sentència de 18 de juny de 2013\)](#)

- OBSERVACIONS GENERALS DEL COMITÈ DESC DE LES NACIONS UNIDES

- [Observació General núm. 4 \(1991\), sobre el dret a un habitatge adequat](#)
- [Observació General núm. 14 \(2000\), sobre el dret a la salut](#)
- [Observació General núm. 15 \(2002\), sobre el dret a l'aigua](#)

Amb la col·laboració de:



**Diputació
Barcelona**