

INFORME JURÍDIC SOBRE EL PROJECTE D'ORDENANÇA DE MESURES PER FOMENTAR I GARANTIR LA CONVIVÈNCIA CIUTADANA A LA CIUTAT DE BARCELONA

Realitzat per la Comissió de Defensa dels Drets de la Persona del Col·legi d'Advocats de Barcelona, l'Institut de Drets Humans de Catalunya, l'Observatori de Drets Humans DESC, i l'Associació catalana per la defensa dels drets humans.

L'anàlisi de la normativa s'estructura a partir de sis aspectes centrals: 1) procés d'elaboració i legitimitat democràtica de l'autoritat municipal, 2) motivació de fons de l'ordenança, 3) restricció de drets i llibertats fonamentals, 3) principi de proporcionalitat i rigor sancionador, 4) tècnica jurídica de l'articulat, 5) respecte al principi de legalitat. En funció d'aquests sis aspectes s'analitza la concordança de la normativa amb:

- La configuració constitucional del nostre sistema polític com "*Estat social democràtic de Dret que propugna com a valors superiors del seu ordenament jurídic la llibertat, la justícia, la igualtat i el pluralisme democràtic*", regulat en l' art.1.1 Constitució Espanyola (CE).
- Els drets i deures reconeguts en el Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics (PIDCP) i en el Pacte Internacional de Drets Econòmics, Socials i Culturals (PIDESC), en funció de la subjecció de tots els poder públics (art. 9.1 i 10.2 CE) a allò establert en els tractats internacionals de drets humans ratificats.
- El compromís municipal d'incorporar en totes les seves ordenances els principis, normes i mecanismes de garantia de la Carta Europea de Salvaguarda de Drets Humans a la Ciutat (Disposició final 2).

1) Procés d'elaboració i legitimitat democràtica de l'autoritat municipal:

Entenem que el procés de redacció del projecte d'ordenança evidencia importants dèficits democràtics. La precipitació no ha permès l'observació de les cauteles exigibles en una ordenança que pretén abordar un objectiu tan rellevant com és la regulació de "*la gestió de l'espai públic i el seu ús i gaudi per part de la ciutadania*", d'acord amb la seva Exposició de Motius.

En una societat democràtica l'aprovació de normes exigeix d'un ampli debat ciutadà per tal de cercar el màxim consens possible. Això significa promoure la participació ciutadana mitjançant processos serens amb temps adequats i suficients. Processos que permetin la incorporació del major nombre possible de ciutadans en la reflexió col·lectiva sobre la conveniència i el contingut de la mateixa. Aquest requisit resulta més imprescindible en l'àmbit local i en la regulació de l'ús de l'espai públic.

Una part important d'aquestes preses té el seu origen en la pressió que els mitjans de comunicació han exercit en els darrers mesos. Així, des del mes de juliol La Vanguardia ha dedicat 32 portades a assenyalar conductes "desviades" que molesten o que van en contra de la convivència.

La legitimitat democràtica de l'autoritat municipal ha de descansar sobre el suport ciutadà. En aquest sentit, hem de manifestar la nostra preocupació davant l'intent de recuperar l'autoritat municipal prenent com a instrument l'ús de la potestat sancionadora en el sentit que es fa en aquesta Ordenança. L'anàlisi realitzat ens indica que les infraccions establertes, així com les sancions disposades, poden donar a l'autoritat municipal una imatge de força, però no d'autoritat i legitimació democràtica i ètica davant de la ciutadania.

D'altra banda, considerem que les mesures arbitrades al projecte d'Ordenança per castigar les conductes "incíviques" afavoreixen la des-responsabilització dels poders públics i privats tant pel que fa a l'origen com a la resolució dels problemes socials. Certament, l'ordenança intenta regular un concepte tan ampli com el de convivència ciutadana mitjançant la prohibició i sanció econòmica de certs comportaments individuals.

Es tracta d'un nou model policíac de ciutat que criminalitza i judicialitza les marginalitats, oposicions o dissidències politico-culturals, inherents a la conflictivitat urbana. D'aquesta manera es fa una protecció aparent i no real dels bens jurídics presumptament protegits (convivència ciutadana). De fet, considerem que el redactat actual del projecte d'ordenança lluny d'aconseguir els efectes preventius buscats, pot desencadenar situacions de crispació, conflictivitat, i fins i tot d'alarma social, difícilment compatibles amb la convivència ciutadana.

Així, el primer que crida l'atenció, en la lectura del text, és que l'aparell privilegiat pel projecte d'ordenança no són pas els serveis socials sinó els aparells policíacs (la Guardia Urbana i, subsidiàriament, els Mossos d'Esquadra), als quals s'encomana totalment llur aplicació. En algunes ocasions, fins i tot, - tal i com es veurà -, la naturalesa punitiva de les mesures sancionadores i dels poders atípics atorgats a la policia ens permeten afirmar que se'ls hi atorguen funcions quasi para-judicials.

Així, tal i com s'analitza en el quart apartat, la tècnica jurídica emprada estén perillosament els poders de la policia. Tècnica que recorda una tradició policíaca pròpia d'altres èpoques en la qual la dinàmica del dret administratiu es fonamentava en "mesures en blanc". Conceptes sancionadors oberts, que en cada cas se'n encarregava de precisar l'autoritat competent amb un marge molt difús de control jurisdiccional posterior, i on per tant, les opinions eren tan opinables com incontrolables. L'experiència històrica d'aquells temps hauria d'obligar-nos a esforçar-nos en reduir al màxim els possibles espais o marges de discrecionalitat policíaca, perquè no es produeixin situacions d'arbitrarietat de difícil justificació.

En relació a les prerrogatives atribuïdes a la policia respecte les referències a l'aplicació de la Llei de Protecció de la Seguretat Ciutadana, sempre hem expressat el nostre desacord amb l'esmentada llei, pel que fa –entre d'altres aspectes- a la facultat que atorga als agents de l'autoritat de requerir l'acompanyament a dependències policials. En conseqüència, ens mostrem contraris a traslladar aquest precepte al marc de l'ordenança.

També s'ha de recordar que la translació dels problemes no equival a la seva resolució. Ans al contrari, aquesta estratègia sol comportar nous problemes, així com la intensificació dels existents.

2) Motivació de fons del projecte d'ordenança

No compartim ni considerem propis d'un sistema que fomenta la pluralitat democràtica (art. 1.1 CE) els elements de diagnòsi que es plantegen en l'exposició de motius. En primer lloc, la referència al nostre passat com al d'una societat "homogènia on les normes eren compartides i observades per la majoria" suposa un oblit imperdonable del què ha estat la nostra història. En segon lloc, associar la multiculturalitat amb l'incivisme resulta absolutament erroni. En aquest sentit, i respecte a l'al·lusió de "*pèrdua de normes culturals pròpies*" recordar que les pautes

culturals es van redefinint, ara de manera molt dinàmica, però la resultant no ha de ser pas necessàriament més incivisme.

A partir de la diagnosi feta en l'Exposició de Motius, el projecte d'ordenança pretén eradicar les conductes considerades incíviques mitjançant solucions primordialment punitives: intensificar l'activitat policíaca, prohibir activitats fins ara tolerades, endurir les infraccions anteriorment previstes i ampliar els recursos a la detenció en cas d'incompliment de les mateixes.

Admetem que el projecte d'ordenança regula comportaments que indubtablement tenen un caràcter incívic, com els danys greus a les persones i béns o utilitzar els carrers per fer les necessitats fisiològiques.

Tanmateix, considerem que l'establiment d'una autèntica cultura cívica exigeix començar per combatre la il·legalitat dels qui tenen poder i no pas la dels qui en careixen. Es a dir, perseguir no tant les il·legalitats dels col·lectius empobrits, com les dels poders privats i públics que en són responsables. Això, en el cas que ens ocupa significa posar l'èmfasi en fenòmens com el *mobbing immobiliari*, l'especulació, les músiques estridents dels grans magatzems, l'abús de l'espai públic per part dels cotxes, el turisme de masses, l'ús intensiu de l'espai públic del tràfic rodat o els problemes generats per la precarietat laboral, i no pas en comportaments individuals propis de col·lectius en situació de vulnerabilitat.

En atenció als criteris orientadors i als objectius del projecte d'ordenança podem afirmar que es produeix un allunyament respecte de l'ordenança, que continuarà vigent, sobre l'ús de les vies i dels espais públics, de l'any 1998. Mentre aquesta darrera pretenia "*defugir de restriccions gratuïtes o limitacions basades en prejudicis morals que han estat tradicionals en les Ordenances Municipals*", així com "*afavorir la llibertat individual*", el nou projecte conté pretensions moralitzadores i una confiança excessiva en l'eficàcia del càstig.

Les noves prioritats estratègiques d'actuació municipal semblen obeir més a una política repressiva, que no pas a les polítiques pròpies d'un estat que es defineix com a social (art. 1.1 CE). Així, considerem que el projecte d'ordenança en el seu redactat actual recorda excessivament tant antigues lleis de Peligrosidad y Rehabilitación Social o de Vagos y Maleantes, com l'actual model ultrasecuritari de "Tolerància Zero" aplicat a New York.

3) Restricció de drets i llibertats fonamentals

- Exclusió social

Considerem que el projecte d'ordenança quan regula en clau de prohibicions i sancions situacions de marginalitat econòmica i exclusió social (mendicitat, prostitució, sense sostre, venda ambulat, etc.) pot vulnerar diversos preceptes de la normativa anteriorment citada:

- Art. 9.2 CE "*correspon als poders públics promoure les condicions per tal que la llibertat i la igualtat de l'individu i dels grups en què 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, social i cultural*"
- Art. 1 PIDESC "*els Estats es comprometen a adoptar mesures fins al màxim de recursos disponibles per garantir la plena efectivitat dels drets reconeguts*"
- Art. 4 Carta Europea de Salvaguarda de Drets Humans a la Ciutat:
"1. *Els col·lectius i ciutadans i ciutadanes més vulnerables tenen dret a gaudir de mesures específiques de protecció.*
4. *Les ciutats prenen totes les mesures indispensables per tal de facilitar la integració de tots els ciutadans i ciutadanes sigui quina sigui la seva causa de vulnerabilitat.*"

Aquesta pràctica contrària a dret intensifica la vulnerabilitat de certs col·lectius criminalitzant-los i estigmatitzant-los. Situació que finalment tendeix a la configuració d'un imaginari de persones rebutjables, de grups percebuts com a perillosos o perturbadors. Així per exemple, considerem que caracteritzar la prostitució com una conducta incívica pot ajudar a estigmatitzar el fenomen.

Recordem doncs que són els poders públics el qui, mitjançant polítiques socials, han de resoldre els processos i les situacions d'exclusió social que s'expressen en l'espai urbà. Aquestes polítiques, per mitjà dels serveis i dispositius adequats, haurien d'evitar factors de marginació i atendre les persones en risc o situació d'exclusió garantint la seva deguda integració social.

Així doncs, les manifestacions d'exclusió social en l'espai públic el que fan es evidenciar incompliments de drets fonamentals com ara el dret a un habitatge adequat, a un treball en condicions, etc. per part dels poders públics.

Sobre aquestes bases, i tenint en compte que les conductes sancionades són ocasionades per motius d'exclusió i discriminació estructural, considerem que l'actual ordenança no és el marc adequat per al seu tractament.

- Dissidència i ús alternatiu de la ciutat

Igualment, entenem que aquest projecte d'ordenança limita l'exercici de drets fonamentals i llibertats públiques bàsiques per a la dissidència i per a fer un ús alternatiu del l'espai col·lectiu. Restricció que es fa sense la cobertura competencial (formal i material) necessària.

Concretament, l'article 14.4 del projecte possibilita la limitació del dret fonamental de reunió i manifestació. S'ha de recordar (STC 25/1984, de 23 de febrer, entre d'altres) que en la mesura en que les tipificacions establertes per l'Ordenança afectin el contingut de drets fonamentals i llibertats públiques s'ha d'invocar l'article 81.1 de la CE, de forma que l'habilitació legal requerida seria de llei orgànica i no tan sols de llei ordinària, tal com es desenvolupa en l'apartat cinquè.

Aquest mateix article 14 relatiu a l'organització i autorització d'actes públics estableix que: *"l'Ajuntament podrà exigir als organitzadors que dipositin una fiança o subscriuin una pòlissa d'assegurança per respondre dels danys i els perjudicis que es puguin causar"* art.14.1, i després en el seu apartat tercer que: *"L'Ajuntament no atorgarà autorització per a la celebració d'esdeveniments festius, musicals, culturals, esportius o d'índole similar en els espais públics on es pretenguin realitzar quan, per les previsions del públic assistent, les característiques del propi espai públic o altres circumstàncies degudament acreditades i motivades a l'expedient, els esmentats esdeveniments puguin posar en perill la seguretat, la convivència o el civisme"*.

a) En primer lloc, considerem que aquesta regulació pot vulnerar l'article IX de la Carta Europea de Salvaguarda dels Drets Humans a la Ciutat, que diu textualment: *"La ciutat ofereix espais públics per a l'organització de reunions obertes i trobades informals. Garanteix el lliure accés de tothom a aquests espais en el respecte de les normes"*.

b) Per altra banda, el requisit previ a l'organització d'un acte públic pot comportar restriccions innecessàries i desproporcionades del pluralisme polític.

b) En tercer terme, l'article atribueix a les autoritats municipals la facultat d'impedir els actes públics organitzats per motius tan amplis com la *"seguretat, la convivència o el civisme"*. Tenim així una potestat il·limitada al principi general de legalitat propi de l'Estat de dret, que veta que les llibertats constitucionals dels ciutadans quedin confiades a formes de tutela administrativa, no rígidament delimitades, per lo demés, per la llei. Això pot traduir-se en denegacions, revocacions o suspensions, i per tant, en la prohibició d'una quantitat innumerable d'actes i activitats, amb el conseqüent control sobre formes essencials d'exercici de llibertats ciutadanes. Considerem que una regulació de mínims estrictament orientada a garantir la preservació de les relacions de convivència seria més que suficient.

En aquest mateix sentit, entenem que la consideració del què suposa degradació o no de l'entorn urbà contemplada en el Capítol Segon, *"Degradació visual de l'entorn urbà"*, parteix d'una concepció excessivament mercantilista. Així, els usos de l'espai públic relacionats amb l'àmbit empresarial o publicitari no es consideren degradació visual, i estan exclosos de la prohibició.

El *"dret a gaudir del paisatge urbà"* – consagrat a l'art. 19.1 - es supedita bàsicament a la concurrència o no d'autorització municipal. En la mesura en que aquesta autorització està vinculada a criteris econòmics la seva aplicació pot suposar una limitació de la pluralitat democràtica de la nostra societat. Per altra banda, el fet que tampoc no s'estableixin els criteris d'allò que es considerat artístic pot desinbir o desincentivar la creativitat urbana.

Certament, l'actitud prohibicionista que s'adopta en la difusió a través de pancartes, cartells i fulletons (art. 23.1.; 23.2; 23.5) limita la possibilitat de comunicar i expressar-se lliurement. Així, l'article 23.1 estableix que: *"La col·locació de cartells, tanques, ròtuls, pancartes, adhesius, papers enganxats o qualsevol altra forma de publicitat, anunci o propaganda, haurà d'efectuar-se únicament en els llocs expressament habilitats a l'efecte per l'autoritat municipal. És prohibida la col·locació de cartells i pancartes en edificis i instal·lacions municipals, en qualsevol espai públic o element del paisatge i el mobiliari urbà o natural, sense autorització expressa de l'Ajuntament"*.

Per altra banda, el segon apartat de l'article 23 s'estableix que: *"igualmente, caldrà autorització expressa de l'Ajuntament, a més de la del titular del bé afectat, quan el cartell o la pancarta s'instal·li en un bé privat si vola sobre l'espai públic, excloses les pancartes a balcons i altres obertures", i l'apartat 5: "Es prohibeix col·locar publicitat sobre la part exterior dels vidres dels vehicles, així com escampar i llançar tota classe de fulletons o papers de publicitat comercial o qualsevol material similar en la via pública i en els espais públics i altres espais definits a l'article 3 d'aquesta Ordenança"*

No s'ha d'oblidar que el dret a comunicar i a expressar-se públicament pot quedar impossibilitat en el seu exercici si es prohibeix precisament l'ús dels instruments de comunicació que tenen al seu abast les persones i els col·lectius amb menys recursos econòmics. No cal recordar que són precisament aquestes persones les qui tenen més dificultat per accedir als mitjans o canals convencionals o institucionals. Així mateix, l'al·lusió a les pancartes sembla pretendre prohibir una forma de protesta que es produeix en certes manifestacions de caràcter alternatiu.

La previsió d'aquestes mesures pot suposar en realitat l'exercici de censures encobertes sobre els comunicants o altres formes d'expressió escrita, quan els continguts es considerin inapropiats o incomòdes per les autoritats municipals. En aquest sentit, entenem que hi ha disposicions al projecte d'Ordenança que excedeixen la competència sancionadora atribuïda, ja que atempten contra continguts i elements essencials de drets fonamentals i llibertats públiques.

D'altra banda és important recordar que el principi de legalitat estableix que la limitació en l'exercici dels drets i llibertats queda justificada sempre i quan hi hagi un bé jurídic protegit superior que així ho requereixi. Ara bé, al projecte analitzat trobem limitacions de drets i llibertats que no són pas justificables en funció de la concurrència amb d'altres bens jurídics de superior protecció.

Considerem que l'aposta per la una gestió de l'espai públic basada en un model policíac d'intensa intervenció administrativa, significa una juridització i judicialització de la vida de les persones que contradiu la Carta Europea de Salvaguarda dels Drets Humans a la Ciutat. Així, l'article XXV de la Carta estableix que *"les ciutats signatàries afavoreixen la solució extrajudicial dels conflictes civils, penals, administratius i laborals, mitjançant la implantació de mecanismes públics de conciliació, transacció, mediació i arbitratge"*.

Estem d'acord que la pràctica de jocs o usos lúdics en el carrer, tolerats fins ara, s'ha de regular en un marc de respecte als altres i d'exercici d'un veïnatge responsable. No obstant a això, considerem que s'hauria de prioritzar la recerca de solucions dialogades o mediades per sobre de les solucions merament prohibicionistes i punitives. A més s'ha de tenir en compte els pocs espais alternatius per a pràctiques de jocs o activitats diverses existents a la ciutat.

En igual sentit, ens preocupa que l'article 71b pugui afectar la llibertat d'expressió quan respecte a la tranquil·litat ciutadana estableix la prohibició de "*cants, crits, baralles*", prohibició que s'estén fins a "*qualsevol acte molest*", concepte excessivament indeterminat.

En darrer terme, considerem rebutjable restringir la participació ciutadana a un paper de pura delació, com ho demostra la insistència en la denúncia d'actes incívics (articles 7, 11, 13, 76, 77, 79). Entenem que la col·laboració social no pot basar-se només en la denúncia, com feien les antigues circulars franquistes de moralitat pública. Per altra banda, respecte l'article 13 considerem que pot produir situacions de discriminació. Resulta innecessària una regulació específica per a les persones estrangeres. L'Ajuntament ha de promoure la implicació activa de la ciutadania en la construcció de pautes de convivència amb independència de l'origen de les persones. En aquest sentit, cal recordar que els informes d'arrelament i similars ja tenen en consideració pautes d'integració social.

4) Principi de proporcionalitat i rigor sancionador

El projecte d'ordenança estableix un catàleg ampli de conductes infractores, fent esment genèric en alguns casos a col·lectius de persones susceptibles de ser infractors. Moltes d'aquestes infraccions ja es trobaven regulades en anteriors ordenances municipals però en la majoria dels supòsits es modifica la tipificació i s'incrementa la quantia de la multa prevista. Per altra banda, es preveu la possibilitat de la intervenció cautelar dels mitjans emprats, així com dels fruits obtinguts amb la conducta infractora i la neteja d'espais per part de l'Ajuntament però a càrrec de les persones sancionades i, finalment, la possible responsabilitat dels pares en el cas dels menors infractors.

Doncs bé, un cop examinades les sancions establertes per les conductes sancionades considerem que en alguns casos no guarden relació de proporcionalitat amb els bens jurídics

protegits al projecte d'ordenança, i no són defensables des d'un punt de vista de judici d'idoneïtat i raonabilitat.

Al mateix temps, d'acord amb la concepció social dels béns o interessos jurídics propis d'un Estat com el nostre que es defineix com a social, entenem que l'establiment de la sanció ha d'atendre no a drets i interessos difusos o abstractes sinó a la pertorbació efectiva o real que es pugui produir a béns jurídicament dignes de protecció. D'una altra forma es poden generar les bases, en un doble sentit, de polítiques discriminatòries: d'una banda parteix de situacions de discriminació i explotació existents sobre determinades persones i col·lectius als que pertanyen i, d'altre, contribueix a reproduir els mecanisme de discriminació i explotació. Així cal recordar que sancionant amb penes de multa a les treballadores sexuals al carrer o les persones "sense papers" o "sense sostre" es pot contribuir a la seva explotació.

Aquesta concepció de les sancions està més inspirada en el principi de responsabilitat objectiva que en la culpabilitat "de l'infractor" o en una major lesió dels bens jurídics protegits. Així es justifica l'especial sanció dels "grups de menors"(art.16.3), dels "netejadres"(art36.3) o dels "trilers", que com diu el projecte d'ordenança seran sancionades "en qualsevol cas"(art.28.2). En aquest mateix sentit, es sanciona la realització d'una activitat de manera "indirecta" (art.35.3, art.39.1) o el fet de participar "passivament en la realització de conductes antijurídiques" (art.17).

En el projecte d'ordenança les conductes que comporten una degradació visual de l'entorn urbà - articles 20 i 23 – ja estaven regulades en l'ordenança municipal sobre l'ús de les vies i els espais públics, de l'any 1998. No obstant mentres en l'anterior ordenança aquestes conductes podien ser només lleus, en l'actual poden ser lleus, greus i molt greus, sense establir els criteris per diferenciar unes d'altres.

Per altra banda, advertim que en el projecte s'estableixen infraccions regulades a normes penals, duplicitat que pot trencar amb la prohibició del *bis in idem*.

També observem que l'entrada en vigor de les sancions contemplades en el projecte d'ordenança haurà de coexistir amb la vigent "*Ordenança Municipal sobre l'ús de les vies i els espais públics*", que regula la major part de les previsions introduïdes, fins que no es realitzi un "*text refós de les dues ordenances*", tal com preveu la Disposició Final tercera.

Aquesta coexistència conduirà a generar inseguretat jurídica, davant la dificultat de comprensió i aplicació de conductes regulades de forma diferent en un i altre text.

En darrer terme, hem de recordar que les mesures d'intervenció i el seu complement constituït per les infraccions i les sancions no han de ser imposades quant la situació econòmica no ho permet. És una pràctica rebutjable establir normes sabent que no podran ser complides, com en el cas de la mendicitat.

5) Tècnica jurídica

Resulta preocupant que en el text no es defineixi ni el significat del concepte civisme, ni quines són les regles bàsiques de convivència, sobre els quals es basen la tipificació d'infraccions i les seves corresponents sancions.

Aquesta indefinició es produeix també en els fonaments de la regulació que s'esmenten a tots els capítols com a justificació de les mesures sancionadores establertes. En la majoria dels casos es tracta de béns jurídics indeterminats alhora que insuficients per justificar l'actuació sancionadora. Un bon exemple són els articles 26, 34,49,53,71 del text. Tots ells poden afectar i fins i tot vulnerar la seguretat jurídica reconeguda en l' art. 9.3 de la Constitució espanyola, així com la interdicció d'arbitrarietat (), ja que en la seva aplicació es poden produir intervencions de caràcter discriminatori o arbitrari.

Intentant regular un concepte tan ampli com el de civisme mitjançant la potestat sancionadora el projecte d'ordenança incorre en diferents vulneracions:

-Indefinició de les conductes punibles (art. 35.4 quan prohibeix "*activitats de qualsevol tipus*" que obstrueixin o puguin obstruir el tràfic rodat).

-Tipificació per analogia (art. 34 quan menciona la mendicitat insistent o "qualsevol altra fórmula equivalent", art.54 quan prohibeix l'oferiment de serveis com ara el tarot, els massatges i altres "activitats anàlogues", quan prohibeix fer necessitats fisiològiques, com ara defecar, orinar, escopi o "altres anàlogues"). Hem de recordar que el principi d'estricta legalitat és fonamental en

un Estat de dret. I això significa que els casos previstos en normes sancionadores han d'estar "tasats", es a dir, rígidament predeterminats i clarament descrits per la llei.

-Principi de no discriminació. Les sancions han d'estar relacionades amb la lesió o dany causat, i no pas amb les característiques de les parts implicades, tal com s'ha explicat en l'anterior apartat.

La inseguretat jurídica a que dona lloc la indefinició del text pot facilitar actuacions arbitràries i discriminatòries que estigmatitzin o criminalitzin determinats col·lectius creant un imaginari de persones rebutjables. Així per exemple l'ampli marge d'interpretació policíaca per considerar si hi ha retribució econòmica en l'oferta de serveis sexuals, art. 39.2; si l'ús que es realitza dels espais públics és impropï, art.58.1; si hi ha "*col·laboració*" en les diferents conductes sancionades, com ara venedors ambulants, art.50.2, prestació de serveis no autoritzats, art.54.2, etc.

Igualment de preocupant és allò que pugui ser entès com a "*assetjament entre menors en l'espai públic*" art. 16.3, a efectes d'aquesta ordenança, donat que aquest concepte resulta impropï de la Jurisdicció de menors. Segons quin sigui el significat atribuït a tal concepte es poden sancionar veritables minúcies.

6) Vulneració del principi de legalitat previst a l'article 25 CE

L'Ajuntament de Barcelona gaudeix de potestat per regular conductes constitutives d'infracció administrativa d'acord amb l'article 129 de la Llei 22/1998, de Parlament de Catalunya, per la qual s'aprova la Carta Municipal de Barcelona, així com d'acord amb el títol XI de la Llei de Bases de Règim Local de 1985 (LRBRL), introduït aquest títol per la Llei estatal 57/2003, de 16 de desembre, de mesures per a la modernització del govern local, i relatiu a la tipificació de les infraccions i sancions per les entitats locals en determinades matèries (entre elles, les relatives a les relacions de convivència).

Tanmateix la tipificació que el projecte d'ordenança fa de les infraccions administratives es pot considerar que vulnera la legalitat vigent, i, per això, el dret fonamental a la legalitat sancionadora previst a l'article 25.1 CE, sobre la base dels següents motius :

a) D'acord amb l'article 25.1 CE, ningú no pot ser condemnat o sancionat per accions o omissions que en el moment de produir-se no constitueixin delictes, falta o infracció administrativa, segons la legislació vigent.

Aquest és el principi de legalitat sancionadora o dret fonamental a la legalitat sancionadora que, segons reiterada jurisprudència del Tribunal Constitucional, en l'àmbit de les sancions administratives comporta una doble garantia: material, que es refereix a la ineludible necessitat de predeterminació normativa de les conductes il·lícites (principi de tipicitat) i de les corresponents sancions, així com formal, relativa al rang necessari de les normes tipificadores d'aquelles conductes i sancions (STC 3/1998 i STC 101/1988, entre altres).

En concret, la Llei 30/1992, de règim jurídic de les Administracions públiques i procediment administratiu comú (LRJPAC) es refereix al principi de tipicitat a l'article 129, establint, en el sentit de l'article 25.1 CE, una clara reserva de llei, excepció només en l'àmbit local en els termes de l'esmentat nou títol XI de la LRBRL, el qual no fa sinó incorporar a l'ordenament jurídic la doctrina del Tribunal Constitucional assentada en la STC 132/2001.

En aquest pronunciament, el TC analitza l'exigència constitucional de llei (reserva de llei o dret a la legalitat sancionadora) en matèria sancionadora i en el seu abast respecte de les ordenances locals. El TC conclou que, en l'àmbit local, l'exigència de llei per a la tipificació d'infraccions i sancions ha de ser "flexible", doncs s'hi troba present l'interès local, existint un ampli camp per a la regulació municipal, sempre que aquesta s'aprovi pel Ple de l'Ajuntament. Afirmar que en aquest àmbit correspon a la llei la fixació dels criteris mínims d'antijuridicitat d'acord amb els quals l'Administració municipal pot establir diferents tipus d'infraccions; aquests criteris hauran d'orientar i condicionar la valoració del municipi a l'hora d'establir el tipus d'infracció¹.

¹ FJ 6º: "(...) por lo que se refiere a la tipificación de infracciones, corresponde a la ley la fijación de los criterios mínimos de antijuricidad conformes a los cuales cada Ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones; no se trata de la definición de tipos –ni siquiera de la fijación de tipos genéricos de infracciones luego completables por medio de Ordenanza local- sino de criterios que orienten y condicionen la valoración de cada Municipio a la hora de establecer los tipos de infracción (...) por lo que se refiere a las sanciones, del art. 25.1 CE deriva la exigencia, al menos, de que la ley reguladora de cada materia establezca las clases de sanciones que pueden establecer las ordenanzas municipales; tampoco se exige aquí que la ley establezca una clase específica de sanción para cada grupo de ilícitos, sino una relación de las posibles sanciones que cada ordenanza municipal pueda predeterminar en función de las gravedad de los ilícitos administrativos que ella misma tipifica".

b) Són, de manera concreta, aquests criteris mínims d'antijuridicitat els que es troben establerts en l'article 129 de la Carta Municipal i en el títol XI de la LRBRL (arts. 139, 140 i 141) i els quals no sembla seguir el projecte d'ordenança a l'hora d'establir i de tipificar, amb una criticable tècnica jurídica analitzada en l'anterior apartat, les diferents conductes que constitueixen infraccions administratives.

El projecte d'ordenança no garanteix el principi de tipicitat (*lex certa*) que es desprèn de l'article 25.1 CE, ja que en molts casos no contribueix a la correcta identificació de les conductes que es tipifiquen com infracció sinó tot el contrari, utilitzant conceptes jurídics indeterminats, així com expressions de difícil concreció com ara "especialment prohibit" o "absolutament prohibit"; expressions aquestes que vulneren el principi de seguretat jurídica que així mateix regeix en matèria sancionadora, però que sobre tot comporten una indeterminació en la descripció de les conductes infractores.

En aquest sentit, tot i que el Tribunal Constitucional entén que el reglament pot entrar a precisar la tipificació d'infraccions administratives feta per una llei prèvia, com és el cas de les ordenances locals des de la introducció del títol XI de la LRBRL. El que no pot considerar d'acord amb la legislació vigent ni amb la doctrina constitucional és la tipificació d'infraccions administratives per norma reglamentària o ordenança local que no efectui aquesta concreció o precisió en la conducta antijurídica que es tipifica, tal i com succeeix amb la norma en qüestió.

Com ha posat de relleu, per la seva part, la jurisprudència del Tribunal Suprem, el principi o garantia de *lex certa* en matèria de sancions administratives implica la descripció d'un supòsit de fet estrictament determinat (STS de 10 d'abril de 2000). Es més, recollint la doctrina del Tribunal Constitucional, el Tribunal Suprem ha afirmat que aquella doctrina "viene identificando en el art. 25.1 CE una exigencia de tipificación de los elementos esenciales de las infracciones administrativas y de sus correspondientes sanciones, correspondiendo al reglamento, en su caso, el desarrollo y precisión de los tipos de infracciones previamente establecidas por la Ley" (STS de 23 de juny de 2003).

És clara també a aquest respecte la LRJPAC, en concret a l'article 129.3 (relatiu al principi de tipicitat), en el qual s'estableix que les disposicions reglamentàries de desenvolupament podran introduir especificacions o graduacions en el quadre de les infraccions o sancions establertes legalment, sempre que contribueixin a la més correcta identificació de les conductes o a la més precisa determinació de les corresponents sancions.

c) Per tant, encara que d'acord amb l'ordenament vigent l'Ajuntament de Barcelona mitjançant Ordenança pot tipificar infraccions administratives en matèria de convivència i civisme, en el cas que ens ocupa ho fa vulnerant els principis bàsics que regeixen en matèria sancionadora, entre ells el de tipicitat i legalitat, principalment per manca de la concreció deguda en la descripció de les conductes antijurídiques, fet que implica vulneració de la legislació vigent que fixa els criteris que cal seguir en la matèria (títol XI LRBRL).

Així, per exemple i entre altres, es vulnera el principi de tipicitat a l'article 24.1 del projecte d'ordenança quan mitjançant la següent fórmula es descriu una conducta antijurídica i la corresponent gradació entre infraccions greus i lleus: "Tret que els fets constituïxin una infracció més greu d'acord amb la normativa sobre publicitat dinàmica o l'Ordenança General del Medi Ambient Urbà, els fets descrits en l'article anterior seran constitutius d'infracció lleu...". No es pot qualificar la gravetat d'una infracció administrativa atenint a la qualificació o tipificació feta per una altra norma reglamentària (ordenança en aquest cas), doncs fins i tot es podria plantejar la possible vulneració del principi *non bis in idem* aplicable també a la dualitat d'infraccions i sancions administratives.

d) Vulnera així mateix les garanties materials que comporta l'article 25.1 CE en l'àmbit de les sancions el fet que el projecte d'ordenança, en el moment d'establir les conductes antijurídiques, conté remissions a situacions anàlogues a les conductes descrites, com per exemple, en els articles 43 i 54 entre altres. Cal recordar que en aquest sentit la prohibició legal de l'aplicació analògica que contempla l'article 129.4 de la LRJPAC².

Finalment, doncs, encara que existeixin en l'àmbit local singularitats en relació amb les exigències constitucionals del principi de legalitat en matèria sancionadora *ex* article 25.1 CE, en cap cas serà d'acord amb aquest principi constitucional, ni amb les garanties materials i formals que aquest implica, la tipificació d'infraccions lleus, greus i més greus feta sense concreció, i amb l'ús constant de conceptes jurídics indeterminats i la remissió a l'analogia.

El criteri de flexibilitat a l'hora d'identificar l'abast de la reserva de llei de l'article 25.1 CE en relació amb les ordenances locals de contingut punitiu que introdueix la STC 132/2001, i que ha

² "Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica".

incorporat la modificació de l'any 2003 a la LRBRL, no pot suposar una manca de garanties ni formals ni materials que comporta l'esmentat precepte constitucional.

Per tot això, i d'acord amb les alegacions contingudes en l'informe mencionat, **DEMANEM** la retirada del Projecte d'Ordenança.