

RECURSO CASACION Num.: 4118/2011

Votación: 06/02/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: Vicente Conde Martín de Hijas

Secretaría Sr./Sra.: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

S E N T E N C I A

**TRIBUNAL SUPREMO.
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: SÉPTIMA**

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

Magistrados:

D. Nicolás Maurandi Guillén

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D. José Díaz Delgado

D. Vicente Conde Martín de Hijas

En la Villa de Madrid, a catorce de Febrero de dos mil trece.

Visto por la Sala Tercera (Sección Séptima) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen, el recurso de casación número 4118/2011, que pende ante ella de resolución, interpuesto por la Procuradora D^a M^a María Luz Albarca Medina, en representación de LA ASOCIACIÓN WATANI POR LA LIBERTAD Y LA JUSTICIA, contra la sentencia de la Sección 2^a de la

Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de junio de 2011 dictada en el recurso número 394/2010, interpuesto al amparo de lo previsto en los artículos 114 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, para la protección de los derechos fundamentales de la persona.

Ha sido parte recurrida el Procurador D. Adolfo Morales Hernández Sanjuan, en representación del AYUNTAMIENTO DE LLEIDA; y el MINISTERIO FISCAL, en defensa de la legalidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia el 7 de junio de 2011 en el recurso número 394/2010, para la protección de los derechos fundamentales de la persona, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«PRIMERO.- DESESTIMAR el recurso especial de protección de derechos fundamentales interpuesto por la Asociación recurrente contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Lleida de fecha 8 de octubre de 2010.

SEGUNDO.- No efectuar pronunciamiento especial en materia de costas.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes en la forma prevenida por la Ley, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación a preparar ante esta Sala dentro de los diez días siguientes a su notificación.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al presente procedimiento, lo pronunciamos, mandamos y firmamos».

SEGUNDO.- Contra la citada sentencia anunció recurso de casación la Procuradora D^a M^a María Luz Albacar Medina, en representación de LA ASOCIACIÓN WATANI POR LA LIBERTAD Y LA JUSTICIA, que la Sala de instancia tuvo por preparado por diligencia de 4 de julio de 2011, acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a este Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones, por la recurrente se presentó escrito de interposición del recurso de casación, en el que, después de formular sus motivos, terminó suplicando a la Sala que *«(...) acuerde revocar la sentencia recurrida en casación, anulándola por los motivos contenidos en el presente escrito, dictando resolución que case y declare que la sentencia impugnada no se ajusta a Derecho, y estime la demanda del recurso contencioso-administrativo interpuesto en autos por esta representación procesal, y declarando nula la modificación de la ordenanza municipal aprobada por el Ayuntamiento de LLeida objeto del recurso de autos y sus actos y normas complementarias o declarando su ineficacia por los motivos que constan en el procedimiento y condenando en costas procesales a la parte demandada»*

CUARTO.- Comparecido el recurrido, se admitió a trámite el recurso por providencia de 14 de octubre de 2011, concediéndose, por diligencia de ordenación de 23 de enero de 2012, un plazo de treinta días al recurrido para que formalizara escrito de oposición, que tuvo entrada el día 23 de marzo de 2012, y en el que se suplicaba a la Sala que *«(...) se sirva dictar Sentencia por la que se desestime el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de fecha 7 de junio de 2011, confirmando la misma en todos sus extremos, con costas a la recurrente»*.

QUINTO.- El Fiscal en defensa de la legalidad, formuló sus alegaciones por escrito que tuvo entrada en este Tribunal en fecha 4 de abril de 2010.

SEXTO.- Conclusas las actuaciones, para votación y fallo se señaló la audiencia del día 28 de noviembre de 2012, acto que fué suspendido por necesidades del servicio, señalándose nuevamente por providencia de 27 de noviembre de 2012 la audiencia del día 6 de febrero de 2013, en cuyo acto tuvo lugar la celebración, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS**, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Fundamento de Derecho Primero.-

El objeto del presente recurso de casación es la impugnación de la Sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de junio de 2011, que desestimó el recurso contencioso-administrativo nº 394/2010 interpuesto por la Asociación Watani por la Libertad y la Justicia, por la vía del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona (art. 114 y ss de la LJCA), contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Lleida de 8 de octubre de 2010, por el que se aprueba definitivamente la modificación de tres artículos de la Ordenanza Municipal de Civismo y Convivencia, añadiéndoles nuevos apartados y aprueba inicialmente la modificación de los Reglamentos que regulan el Archivo municipal, el servicio de transporte urbano de pasajeros y el de funcionamiento de los centros cívicos y locales sociales municipales.

El recurso de casación, interpuesto por la Procuradora Doña María Luz Albarca Medina en representación de la Asociación Watani por la Libertad y la Justicia, contiene en principio dos motivos de casación, respectivamente amparados en las letras c) y d) del artículo 88.1 LJCA, si bien cada uno de ellos, a su vez, se desglosa en varios submotivos, en los términos que después detallaremos.

Los derechos fundamentales cuya tutela pretendía la recurrente eran los de la libertad ideológica y religiosa, contenidos en el artículo 16 CE, el derecho a la igualdad, del artículo 14 CE y el derecho de participación en los asuntos públicos, que la recurrente consideraba vulnerados por el acuerdo recurrido.

Para la adecuada comprensión de lo cuestionado en el proceso, utilizando al respecto la facultad atribuida al Tribunal por el artículo 88.3 LJCA, es conveniente en este momento inicial traer a colación en su literalidad (traduciéndolos al castellano, pues los preceptos en cuestión están redactados en catalán sin versión oficial en paralelo en castellano) los preceptos que la recurrente considera vulneradores de sus derechos.

Dichos preceptos disponen:

Art. 26.2 «La normativa reguladora de los servicios y del uso de los edificios y equipamientos municipales (reglamentos, normas de funcionamiento, instrumentos, etc.) podrá limitar o prohibir acceder o permanecer en los espacios o locales destinados a tal uso, a las personas que porten velo integral, pasamontañas, casco integral u otras vestimentas o accesorios que impidiesen o dificulten la identificación y la comunicación visual de las personas.

Estas limitaciones o prohibiciones, que podrán afectar tanto a los prestadores de los servicios públicos como a los usuarios, habrán de ser motivadas y podrán prever excepciones en razón del ejercicio de determinadas profesiones, por seguridad e higiene en el trabajo, por determinadas festividades o por otros motivos justificados.

Los encargados de los servicios informarán a las personas afectadas sobre la prohibición de acceder y permanecer en los espacios o locales portando estos elementos que impidiesen o dificulten la identificación y la comunicación visual. Si no obstante eso, la persona o personas persistiesen en su actitud, se procederá a requerir la actuación de los agentes de la autoridad. Estos podrán impedir que las personas accedan o permanezcan en los citados espacios, utilizando los medios permitidos por la normativa aplicable y formularán, si es preciso, la correspondiente denuncia, procediéndose posteriormente a la incoación del expediente sancionador».

Art. 27.9 «Acceder o permanecer en los espacios o locales destinados al uso o servicio público, a las personas que porten velo integral, pasamontañas, casco integral u otras vestimentas o accesorios que impidan la identificación y la comunicación visual de las personas, siempre que esté prohibido o limitado por la normativa reguladora específica»

Art. 102.25 «Acceder o permanecer en los espacios o locales destinados al uso o servicio público, a las personas que porten velo integral, pasamontañas, casco integral u otras vestimentas o accesorios que impidan o dificulten la identificación y la comunicación visual de las personas, siempre que esté prohibido o limitado por la normativa reguladora específica».

El acuerdo impugnado en el proceso incluye además la aprobación inicial de la modificación de tres Reglamentos municipales para adaptarlos a la modificación referida de la Ordenanza añadiendo un nuevo párrafo en el art. 57 del Reglamento del Archivo Municipal y otro con el mismo contenido en el art. 37.2 del Reglamento de Funcionamiento de los Centros Cívicos y Locales Municipales con la siguiente redacción literal:

«Queda prohibido acceder o permanecer en los edificios o dependencias del Archivo Municipal, portando velo integral, pasamontañas, casco integral u otras vestimentas u accesorios que impidan o dificulten la identificación y la comunicación visual. Esta prohibición es de aplicación a las personas usuarias, al personal municipal y al personal que preste servicios o desenvuelva sus tareas o actividades en estos espacios».

Modificación del párrafo segundo del art. 21 del Reglamento de Servicio de Transportes de viajeros de Lleida:

«El uso de las diferentes tarjetas de tarifa social o de precio reducido en función de colectivos especiales, habrá de estar debidamente acreditado. El personal del servicio podrá demandar la acreditación de la personalidad a los beneficiarios y comprobar la concordancia con las fotografías de los títulos de transporte. Ningún usuario podrá hacer uso de estas tarjetas si se niega a identificarse para hacer estas comprobaciones».

Conviene precisar, para delimitar el alcance del proceso, que en él sólo se impugna la veda del uso del velo integral, no así de los demás elementos de ocultación del rostro, por lo que en cuanto al contenido de la Ordenanza y de los Reglamentos aludidos lo atinente a esos otros elementos ha de considerarse ajeno al proceso y por tanto no afectado por él la vigencia de los correspondientes preceptos.

Es, pues, sólo lo relativo al velo integral a lo que afecta la Sentencia. En ésta en su Fundamento de Derecho Primero se concreta el objeto del proceso con precisa referencia al acuerdo impugnado y a los motivos de la impugnación.

En el Fundamento de Derecho Segundo se refiere a la alegada vulneración del artículo 16 CE, y aceptando que el uso del velo integral *“es o puede ser manifestación de una creencia o convicción ideológica o religiosa, y por tanto un signo de tal carácter”*, da respuesta a la alegación de la recurrente de la falta de competencias legislativas del Ayuntamiento en materia de derechos fundamentales. Al respecto dice:

«Debemos examinar por tanto si para establecer una prohibición como la que nos ocupa (con la correlativa infracción y sanción por incumplimiento) resulta exigible una norma con rango de Ley, estatal o autonómica no bastando, como se afirma por la recurrente una disposición de carácter reglamentaria como es la Ordenanza».

Tras referirse a la evolución de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo desde una inicial posición de vinculación positiva de la normativa municipal a una vinculación negativa, sobre la base de los principios de autonomía local (art. 140 CE), interpretada de acuerdo con la Carta Europea de la Autonomía Local (art. 4. 2), y con referencia en cuanto a la potestad sancionadora en esa línea a la STS de 23 de junio de 2003 (se entiende que la aludida es la dictada con esa fecha por la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en el Recurso de casación en interés de Ley nº 2029/2001) y a la modificación operada en la Ley de Bases de Régimen Local por la Ley 57/2003, se enfrenta ya de modo concreto a la prohibición cuestionada, diciendo:

«La prohibición que se tipifica como infracción por el Ayuntamiento demandado va referida a cualquier vestimenta o accesorio que oculte el rostro, y es una prohibición limitada a determinados espacios y servicios municipales, cuando su respectiva reglamentación así lo prevea».

Tras afirmar la inexistencia de norma estatal o autonómica que establezca tal *«prohibición o infracción»*, la sentencia plantea si puede

encontrar sustento en los arts. 139 y 140 de la Ley de Bases de Régimen Local, tras la modificación por la Ley 57/2003.

Sobre la base de dichos preceptos se articula el centro de la argumentación en los siguientes términos:

«Tales preceptos, como criterios de antijuridicidad, se remiten además del daño a los bienes públicos -municipales- a la posible perturbación que a la tranquilidad o al ejercicio de derechos legítimos -de otras personas- puedan producir las conductas infractoras. Dependiendo de la intensidad de la perturbación, las infracciones podrán ser muy graves, graves o leves, restringiendo el precepto la clasificación de las infracciones como muy graves a los casos en que la perturbación sea relevante y afecte de manera general, inmediata y directa a dicha tranquilidad o ejercicio de derechos legítimos, y al resto de supuestos, la clasificación de graves o leves, en función de la intensidad de la perturbación.»

En nuestra cultura -occidental- el ocultamiento del rostro en la realización de actividades cotidianas produce perturbación en la tranquilidad, por la falta de visión para el resto de personas de un elemento esencialmente identificativo cual es la cara de la persona que lo oculta. Ello sin perjuicio de que, por diversas razones, no se produzca tal efecto perturbador en otras situaciones, como el ejercicio de determinadas profesiones, seguridad e higiene en el trabajo, festividades o climatología; situaciones que la Ordenanza ahora impugnada ya contempla como posibles excepciones a la prohibición (art. 26.2, párrafo segundo de la Modificación).

En consecuencia, teniendo encaje la infracción en uno de los criterios de antijuridicidad contemplados en la LBRL, perturbación de la tranquilidad del resto de personas usuarias del servicio o espacio público municipal, el Ayuntamiento ostenta plenas competencias para, de forma limitada a esos espacios municipales, establecer la prohibición de acceder a los mismos o permanecer en su interior con vestimentas o accesorios tales como velo integral, pasamontañas, casco integral u otros que oculten el rostro y tipificar como infracción leve su incumplimiento».

Y ello aún cuando tal prohibición pueda incidir (en el caso de determinadas prendas como burka, chador, niqab) en un derecho

fundamental, pues en reiteradas ocasiones, esta misma Sala, Sección 5ª, ha dicho que más allá de su carácter reglamentario, una ordenanza sí puede incidir en la regulación municipal de derechos fundamentales y libertades públicas, ya que el criterio general es que puede regular materias accesorias de esos derechos fundamentales, sobre todo lo concerniente a las manifestaciones de la convivencia o vida colectiva dentro del término municipal a los que se dirige, donde la esfera protectora del derecho fundamental no alcanza a los aspectos accesorios, accidentales o circunstanciales. En este caso se prohíbe el uso de tal prenda (en tanto que oculta el rostro) en aspectos referidos a la convivencia o vida colectiva y únicamente en espacios municipales».

A esa justificación, clave en la fundamentación de la sentencia, se agrega en el propio fundamento la competencia en materia de mantenimiento de la seguridad de los lugares por la perturbación que ocasiona la ocultación del rostro, pues independientemente de las facultades de identificación, indagación y prevención por parte de los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 20 de la Ley de Protección de la Seguridad ciudadana), *«el mantenimiento continuado de la seguridad en espacios municipales corresponde al Ayuntamiento».*

Por último, el fundamento apela al límite del mantenimiento del orden público protegido por la Ley respecto a la manifestación de las creencias religiosas, con arreglo al artículo 2.1 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, en referencia a las sentencias de este Tribunal Supremo de 11 de febrero y 11 de mayo de 2009 y a las de 25 de enero de 1983 y 13 de octubre de 1981 sobre equiparación del orden público a *"paz social", "paz pública" y "convivencia social"*, y a la Sentencia de la Sección 5ª de la propia Sala Tercera del Tribunal Superior de Justicia que lo ha equiparado a *"paz y sosiego de los ciudadanos"*, cuyo mantenimiento en espacios públicos municipales es competencia del Ayuntamiento.

El Fundamento de Derecho Tercero, iniciado con el rechazo de la falta de competencia municipal y de la vulneración del artículo 16 CE, se dedica al análisis de la alegada vulneración del art. 9 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas, suscrito en Roma en 1950.

Atendiendo, dice, a las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el uso del velo no integral en los asuntos *Leyla Sahin vs. Turquía*, de 29 de junio de 2004 y *Kervanci vs. Francia*, de 4 de diciembre de 2008, analiza las exigencias fijadas en el art. 9.2 del Convenio para poder establecer restricciones al ejercicio de la libertad religiosa, afirmando que en el caso enjuiciado se cumplen todas. Al respecto argumenta:

«a) Prevista por la Ley. El Tribunal Europeo recuerda que ello significa que la medida debe tener una base de derecho interno, accesible y de formulación lo suficientemente precisa. De acuerdo con la jurisprudencia constante del Tribunal, la noción de "ley" debe ser entendida en su acepción material y no formal. En consecuencia, incluye el conjunto formado por el derecho escrito, incluidos los textos de rango infralegislativo, como es en este caso una Ordenanza (De Wilde, Ooms y Versyp vs. Bélgica, TEDH de 18 de junio de 1971; Kruslin vs. Francia de 24 de abril de 1990, y las ya citadas de 29 de junio de 2004, asunto Leyla Sahin vs. Turquía y la de 4-12-2008, asunto Kervanci vs. Francia, así como las citadas en estas, singularmente la del asunto Dahlab vs Suiza).

b) Finalidad legítima. Ya hemos razonado que el sustento, y por tanto la finalidad que se persigue son la protección de los derechos y libertades ajenas y del orden público.

c) Necesaria en una sociedad democrática. El uso del burka o similar, portado exclusivamente por mujeres (es un hecho notorio y por tanto exento de la necesidad de ser probado), resulta difícilmente conciliable con uno de los valores y principios irrenunciables en nuestra sociedad, y del cual España es un país pionero en la defensa promoción y efectividad, cual es el de la efectiva igualdad entre mujeres y hombres, y ello con independencia de que su uso sea voluntario o no».

El fundamento concluye con el rechazo de la vulneración del artículo 9 del Convenio.

Finalmente el Fundamento de Derecho Cuarto rechaza la vulneración del art. 14 CE por falta de alegación de un término de

comparación y la del art. 23 por falta de indicación de a cuál de los apartados se refiere y de un mínimo desarrollo de la alegada vulneración.

Fundamento de Derecho Segundo.-

Antes de la exposición del desarrollo argumental de los motivos de casación y de la correspondiente respuesta a los mismos estimamos conveniente, como pórtico para su ulterior examen, hacer unas consideraciones de carácter general, para delimitar adecuadamente el alcance de nuestra sentencia, habida cuenta de la transcendencia actual de la cuestión que se somete a nuestro enjuiciamiento y del hecho de que es la primera vez que la misma llega hasta este Tribunal, y en su manifestación más extrema del velo integral, siendo, como lo es, tal cuestión de intenso debate, tanto en España, como antes en muchos otros países.

Procede por ello que nos detengamos en unas reflexiones previas en un triple sentido:

1).- Referencia global al problema genérico en el que se inserta el hoy sometido a nuestra consideración, que no es otro que el del uso de determinados atuendos por motivos religiosos, principalmente por mujeres, aunque no sólo.

2).- Consideración global del sentido de los preceptos de la Ordenanza municipal impugnados en el proceso.

3).- Delimitación del sentido propio de nuestra sentencia.

1).- En cuanto al problema genérico referido se trata sin duda de un problema de marcado sentido político, suscitado en tal plano en los distintos países, en el que su tratamiento jurídico, que es al que debe atenderse en exclusiva un Tribunal de Justicia, dista mucho de haber obtenido un mínimo consenso en razón de sus diferentes marcos constitucionales y culturales.

1.1).- Limitándonos al problema del velo islámico, y sin dejar de resaltar la diferencia entre las distintas modalidades del mismo según

oculte o no el rostro de la mujer, habida cuenta de que a los elementos en juego en el caso del simple pañuelo (que se refieren fundamentalmente a la libertad religiosa) se añaden otros diferentes en el caso de los que ocultan el rostro (que pueden concernir a la seguridad y al orden público y a la seguridad), es oportuno referirse en primer lugar a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como posible marco de convergencia en el tratamiento jurídico de la cuestión.

A los efectos que ahora interesan, debe destacarse que la citada jurisprudencia se ha pronunciado en relación con el pañuelo, sin que se hayan encontrado decisiones relativas al velo integral, que, como ya se ha advertido, tiene junto a los de aquel, otros factores en juego a añadir. A su vez, las distintas sentencias se refieren a problemas suscitados en concretos ámbitos, (enseñanza primordialmente) y no a casos de prohibiciones generalizadas.

Pueden citarse las sentencias de los casos *Dahlab contra Suiza* (número 42393/1998); *Leyla Sahin contra Turquía* de 29 de Junio de 2004 (citada por la sentencia recurrida) y la dictada sobre el mismo caso por la Gran Sala de 10 de noviembre de 2005; la del caso *Kervanci contra Francia* de 4 de diciembre de 2008 (asimismo citada por la sentencia recurrida) y la del caso *Ahmet Arslam y otros contra Turquía* de 23 de febrero de 2010 (aunque ésta referida a hombres). De estas sentencias pueden extraerse como datos a considerar desde nuestra actual posición los siguientes:

a) El relato sobre las diferencias en el derecho comparado (Sentencia Leyla Sahin de 10 de noviembre de 2010, párrafos 55 a 65 y 109 a 111) evidenciador de la inexistencia de un consenso jurídico entre las distintas naciones, que es elemento atendido en otros casos a la hora de la aplicación del Convenio.

b) La marcada primacía reconocida en las sentencias a las distintas regulaciones nacionales, en función de sus distintos marcos jurídicos y constitucionales (Sentencia Leyla Sahin, de 10 de noviembre de 2010, antes citada, párrafo 109 y la del mismo caso de Sala de 29 de junio de 2004, párrafos 101 y 102).

c) El especial énfasis marcado respecto de los casos de Turquía y Francia, sobre la consagración del laicismo en las respectivas Constituciones, lo que relativiza en grado sumo el valor jurisprudencial de la solución de dichos casos en el marco de otros modelos constitucionales, en los que el laicismo no sea objetivo constitucional y en concreto en España, dado lo dispuesto en el art. 16.3 de nuestra Constitución y en especial en su inciso segundo.

No cabe así encontrar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos una pauta segura e inequívoca para el tratamiento jurisdiccional del problema que abordamos

En el ámbito de Naciones Unidas, en concreto en el del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, suscrito por España, puede citarse el Dictamen de 5 de noviembre de 2004 respecto de la reclamación de una estudiante de Uzbekistán, en donde el 15 de mayo de 1998 entró en vigor una nueva ley de libertad de conciencia y organizaciones religiosas, que prohibía a las musulmanes uzbekas usar atuendo religioso en lugares públicos. Dicha estudiante que usaba pañuelo islámico (hiyab) fué expulsada de su Universidad por no atender la referida prohibición, y después de agotar sin éxito la vía interna impugnando su expulsión, acudió al Comité de Derechos Humanos, que en el referido dictamen acogió su reclamación, razonando en el apartado 6.2:

«...El Comité considera que la libertad de manifestar la propia religión comprende el derecho a llevar en público un atuendo que esté en consonancia con la fe o la religión de la persona. Además, considera que impedir a una persona que porte prendas religiosas en público o en privado puede constituir una violación de párrafo 2 del artículo 18 del Pacto, que prohíbe toda medida coercitiva que pueda menoscabar la libertad de una persona de tener o adoptar una religión.. el Comité recuerda que la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias no es absoluta y puede estar sujeta a limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral pública o los derechos o libertades fundamentales de los demás (párrafo 3 del artículo 18 del Pacto de...».

El apartado del que se ha reproducido el contenido precedente acaba afirmando que no se invocó en el caso ninguno de los motivos específicos para justificar la restricción y declara que se produjo la violación del párrafo 2 del artículo 18.

1.2).- Pasando del limitado plano en que dicha jurisprudencia se ha desenvuelto al del tratamiento jurídico del uso del velo integral en los distintos países, y de modo más concreto al de la posible prohibición generalizada de su uso en los espacios públicos (en el que subyace el muy árduo problema que suscita en un mundo cada vez más globalizado el fenómeno de la inmigración y con él de las tensiones provocadas por el pluralismo cultural ideológico y religioso y la necesidad de la adecuada conciliación de las diferencias en armonía cívica), debe destacarse que en nuestro entorno occidental no existe en general dicha prohibición, pese a que en distintos países han surgido propuestas de posible prohibición, que, sin embargo, los respectivos Parlamentos en general no la han llevado a cabo.

Las únicas excepciones, por el momento, son las de Francia con la Ley de 11 de octubre de 2010 (que, aún no explícitamente referida al velo islámico integral, es indudable que lo incluye) y la de Bélgica con la Ley de 1 de junio de 2011. Conviene advertir el factor de laicismo constitucionalmente consagrado en el caso de Francia.

En el marco del Consejo de Europa debe citarse la Recomendación 1927(2010) sobre Islam, Islamismo e Islamofobia en Europa, en la que la Asamblea Parlamentaria pide que el Comité de Ministros adopte determinadas actuaciones entre las que en el apartado 3.13 dice:

«Exhortar a los Estados miembros a no establecer una prohibición general del velo completo o de cualquier otra ropa religiosa o especial sino cuando esta prohibición sirva para proteger a las mujeres de toda coacción física y psicológica. Exhortarles asimismo a proteger la libre elección de estas mujeres para usar ropa religiosa o especial y garantizar la igualdad de oportunidades para las mujeres musulmanas a participar en la vida pública y llevar a cabo actividades de educación y profesionales. Restricciones legales a esta libertad pueden estar justificadas, cuando sea necesario en una

sociedad democrática en particular, por motivos de seguridad o cuando las funciones públicas o profesionales de los individuos requieran su neutralidad religiosa o que su cara pueda verse.».

1.3).- Por lo que hace a España, es oportuno traer a colación, como dato significativo, el hecho de que, habiéndose planteado en sede parlamentaria, en concreto en el Senado, una moción instando al Gobierno *"a realizar las reformas legales y reglamentarias necesarias para prohibir el uso en espacios o acontecimientos públicos que no tengan una finalidad estrictamente religiosa, de vestimentas o accesorios en el atuendo que provoquen que el rostro quede completamente cubierto y dificulten así la identificación y la comunicación visual, al suponer esa práctica una discriminación contraria a la dignidad de las personas y lesivas de la igualdad real y efectiva de los hombres y mujeres"* (BOCG. Senado. Serie 8 núm. 484 de 21 de junio de 2010), moción aprobada en sesión de 23 de Junio de 2010 (Diario de Sesiones de la propia fecha), es el caso que nuestro legislativo nacional no ha adoptado la solución legislativa solicitada en dicha moción. Tal hecho es revelador, tanto de la transcendencia política de la cuestión (en cuanto simple hecho extrajurídico de referencia, de por sí no determinante en el orden jurisdiccional; pero si atendible en cuanto dato de realidad social del momento, ex art. 3.1 CC) como del hecho jurídico (este sí determinante en el plano jurisdiccional) de la inexistencia actual de una Ley estatal que establezca la prohibición del uso del velo integral, como tal limitadora de uno de los contenidos del ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa (art. 16 CE y art. 3 LO 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa). A su vez, en el ámbito de Cataluña se sometió a su Parlamento (Diario de sesiones de 5 de abril de 2011) una moción de similar sentido a la referida del Parlamento Nacional, que, asimismo aprobada, no ha sido seguida de elaboración y aprobación al respecto de la Ley instada.

2).- En cuanto al sentido de los preceptos de la Ordenanza cuestionados, y al de la aprobación inicial de los Reglamentos municipales a que se refiere el Acuerdo impugnado en el recurso, sobre cuyo particular la sentencia resalta en el Fundamento de Derecho 2º el carácter de *"prohibición limitada a determinados espacios municipales cuando su respectiva reglamentación así lo prevea"*, no resulta

compatible el sentido limitativo que la sentencia asigna a la modificación de la ordenanza, pues el concepto "*espacios o locales destinados al uso o servicio público*" es de por sí lo suficientemente abarcador, como para entender que todo el espacio municipal, que es en el que se desenvuelve primariamente la vida de los ciudadanos, resulta concernido por la prohibición. El análisis de la legitimidad de ésta no puede así partir del carácter limitado de sus efectos, sino que, por el contrario, debe atender a sus reales efectos comprensivos de todo el espacio municipal. En todo caso, y aunque se partiese del carácter limitado y singularizado de los ámbitos afectados, y según se razonará en su momento, tal limitación no sería de por sí bastante para prescindir de las exigencias precisas para la limitación del ejercicio del derecho fundamental.

En otro orden de consideraciones, y en cuanto elemento valioso de interpretación del sentido real de la modificación normativa impugnada, es oportuno destacar que la prohibición del uso del velo integral en la ordenanza no es algo simplemente consecuencial, derivado de una prohibición inespecífica de atuendos que oculten el rostro, sino que, no sólo tiene singularidad propia en la ordenanza, al referirse expresamente a ella, y como primero de los atuendos aludidos en la prohibición, sino que en la propia génesis de la modificación ha sido precisamente el velo integral y el contraste cultural que el mismo plantea en el ámbito del Municipio de Lleida y su proclamada apreciación de lo que se considera que representa desde la posición de la mujer, elemento clave determinante de la modificación. Baste al respecto la lectura en el expediente de los términos de la moción presentada al Pleno del Ayuntamiento de 28 de mayo de 2010 por los grupos municipales de CIU, PSC Y PP.

3º). Por último en este capítulo inicial, en cuanto a la delimitación del sentido propio de nuestra sentencia, (que inevitablemente se relacionará con el genérico problema social y político referido en 1), debe advertirse que esta sentencia no tiene en modo alguno el sentido de respuesta del Tribunal a si en España y en el marco de nuestra Constitución cabe o no una prohibición del uso del velo integral en los espacios públicos al estilo de la ley francesa aludida en 1.2, sino que la sentencia se mueve en el limitado espacio lógico acotado, primero, por la especialidad del proceso en que se formuló el recurso y, dentro de él, por

los motivos de casación, no teniendo así otro sentido que el de respuesta a la impugnación de una concreta Ordenanza Municipal.

Fundamento de Derecho Tercero.-

1) El recurso de casación (de costosa lectura por su extensión y de cuestionable técnica por la reiteración en sus distintos motivos de planteamientos expuestos en otros, así como de dificultosa expresión gramatical en muchos pasajes) se estructura, como ya se dijo en su momento, en dos motivos, respectivamente amparados en las letras c) y d) del art. 88.1 LJCA, a su vez divididos en varios submotivos.

El desarrollo argumental del motivo del art. 88.1.c) contiene un doble planteamiento, alusivo a la motivación y a la incongruencia extra petita.

En esencia y bajo esa doble vertiente, con reiterada alegación en cada una de ellas a la vulneración de los arts. 67 LJCA, 24.1 y 120.3 CE y 218 LEC, se denuncia que la sentencia ha introducido en su fundamentación en el Fundamento de Derecho Tercero, apartado c), la consideración del derecho fundamental de igualdad entre hombres y mujeres, no alegado por el Ayuntamiento demandado, citando las sentencias de esta Sala de 16 de diciembre de 2010 (Sección 5ª), 16 de marzo de 2009 (Sección 6ª), de 4 de mayo de 2010 (Sección 4ª) y 13 de octubre de 2010 (Sección 4ª), y reproduciendo selectivamente distintos pasajes de las mismas.

El motivo culmina con la afirmación de que en la ordenanza no existe como motivo de su aprobación la igualdad entre hombres y mujeres y sí solo la seguridad, y en cuanto a esta se centra en la crítica del pasaje de la sentencia referente a la perturbación de la tranquilidad que en la cultura occidental produce la ocultación del rostro.

2).- El motivo formulado bajo la cobertura de la letra d) del art. 88.1 se divide en cinco apartados distintos, epigrafiados, respectivamente, con las letras A a D, subdividiéndose, a su vez, el A en cuatro subapartados: A.1 a A.4.

El apartado A en su planteamiento global se enuncia como *«infracción de la Competencia en materia legislativa, al no haber tenido en cuenta la sentencia la inexistencia de norma legal preexistente con cobertura para establecer sanciones e infracciones»*.

En el apartado A.1 se censura la argumentación de la sentencia referida a la interpretación de los arts. 139 y 140 LBRL como base de la proclamada competencia del Ayuntamiento al respecto, diciendo, en esencia, que *«obvia el objeto primordial del procedimiento judicial, que no es otro que la prohibición planteada por primera vez en democracia en nuestro país, procede a legislar sobre las sanciones de una tipificación sobre infracciones preexistentes, sino [sic] que directamente describe nuevas infracciones y por tanto la sanción es posterior a la infracción y no al revés»*, y que el contenido de la sentencia en el que se afirma que la vestimenta puede atentar a la tranquilidad de otros, es *«totalmente desacertado y sobre el cual esta parte discrepa abiertamente ya que entra dentro del campo de la opinión y no del derecho, y por tanto vulnerando el principio de legalidad por ser discriminatoria y desproporcionada»*.

En apoyo de su tesis crítica trae a colación, con reproducción selectiva de pasajes, las sentencias de esta Sala Tercera de 2 de febrero de 2002 (Sección 2ª) Recurso 7533/1996; 8 de abril de 2002 (Sección 2ª) Recurso 1246/1996; 9 de diciembre de 2002 (Sección 3ª), Recurso 136/2001; y la del Tribunal Constitucional 131/2010, de 2 de diciembre.

En el apartado A.2 (de confusa redacción), hasta donde es comprensible, aduce la vulneración de la reserva legal del art. 81.1 en relación con el 149 CE, y la de los artículos 65 y 84 del Estatuto de Cataluña, al no existir delegación competencial expresa en la materia, con cita de las sentencias del Tribunal Constitucional 173/1998 y 37/1981.

En el apartado A.3 se alega la *«infracción del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las libertades Fundamentales (nº 177 del Consejo de Europa) hecho en Roma el 4 de noviembre de 2000, aprobado y ratificado por las Cortes Generales, y prevista [sic] en el artículo 94.1 de la Constitución Española, el 25 de enero de 2008»*. Se

aduce la vulneración del convenio y la del artículo 94.1 CE. En esencia se viene a sostener que la sentencia *«mediante su motivación ampara la discriminación de la autoridad pública individualizada en el Ayuntamiento de Lleida, una discriminación basada en prejuicios sociales, dado que al manifestar que el derecho de igualdad prima sobre el derecho individual a elegir libremente, está directamente apuntando a la discriminación religiosa, a la islamofobia o bien sino [sic] fuera así, o no fuese es [sic] la intención, simplemente, extralimitándose del debate legal y judicial se iría a concluir que directamente la opinión personal prima sobre la aplicación del principio de legalidad por causa que desconocemos»*.

En el apartado A.4 se dice que *«infringe la sentencia la Ley 7/1985 reguladora de las Bases Locales [sic] (artículos 25, 26 y 28) y la ley 33/2003 sobre el patrimonio de las administraciones públicas, por extralimitación de las facultades concedidas legalmente, dado que la excepción que plantea el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en su jurisprudencia en el Fundamento Segundo, página 7, párrafo tercero de la sentencia sobre la posibilidad de que en temas accesorios se puedan regular los derechos fundamentales, cuando el contenido mismo de la ordenanza no es un tema accesorio sino crucial y fundamental de la propia esencia del derecho a la libertad religiosa y al uso de espacios públicos y que a mayor abundamiento debían ir relacionados directamente con la seguridad en los mismos, cuando como refleja la ordenanza no existe perturbación o problema de convivencia alguno ni riesgo para la seguridad»*. Se cita en apoyo de la tesis la sentencia de esta Sala (Sección 4ª) de 14 de octubre de 2009, Recurso 5229/2007, y se insiste en la necesidad de una ley previa inexistente.

El apartado B del motivo, (en realidad un motivo distinto de propia entidad singularizada) se enuncia como *«infracción del artículo 16 de la Constitución Española y de los artículos 1 y 2.1 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa y de la aplicación del concepto de orden público alegado en la sentencia recurrida... Normativa preexistente suficiente (Art. 20 de la Ley de protección de la seguridad ciudadana)»*

En esencia el motivo alude a la concepción del concepto de orden público aplicado en el Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia, que considera contrario a los artículos 6, 12 ó 1255 del Código

Civil en relación con los arts. 544 y ss. del Código Penal, destacando la diferente concepción al respecto utilizada en el Auto dictado en la pieza de medidas cautelares, en que se acordó la suspensión de la Ordenanza. Se dice que se infringe la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre perturbación del orden público, pues la sentencia *«confunde los términos legales bien diferenciados, la seguridad, el orden público y la tranquilidad o paz social, extremos que no han sido justificados en el procedimiento»*, quejándose la recurrente de la inadmisión de la prueba para acreditar la falta de expedientes acreditativos de posibles perturbaciones de la convivencia, tachando a la Sentencia de expresar una motivación basada *«en apreciaciones subjetivas en opiniones no amparadas ni en una Ley ni en la Jurisprudencia, y que solo se sustentan en creencias personales que no son suficientes para coartar el ejercicio de Derechos Fundamentales»*.

En apoyo de la tesis expuesta cita, con reproducción selectiva de contenidos, las Sentencias de la Sala Segunda 1154/2011 de 12 de enero, de la Sala Primera 602/2010, de 8 de octubre, Recurso 313/2007, de la misma Sala Primera 222/2010, de 19 de abril, Recurso 2079/2005; sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Ivanova contra Bulgaria*, sentencia de 12 de abril de 2007; 2007/86, caso *Perry contra Letonia*, sentencia de 8 de noviembre de 2007 con reproducción selectiva de contenidos de las dos, y SSTDH2006/54, caso *Delegación de Moscú del Ejército de Salvación contra Rusia*, de 5 de octubre de 2006; 2004/100, caso *Santo Consejo Supremo de la Comunidad Musulmana contra Bulgaria*, sentencia de 16 de diciembre de 2004, 2001/859, caso *Iglesia Metropolitana Bessarabia y otros contra Moldavia*, de 13 de diciembre de 2001; y 1/2007, caso *Kuznetsov y otros contra Rusia*, Sentencia de 11 de enero de 2007.

Se censura en el motivo que la sentencia admite la prohibición cuestionada, a pesar de la existencia de legislación sobradamente suficiente para comprobar la identidad, sobre la base de una opinión subjetiva de la tranquilidad, sin que exista cobertura legal para la Ordenanza, y rechazando que las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos invocadas en la sentencia tengan que ver con el caso, dado que en ellas *«se trata de un tema de menores en recintos de*

la educación, y no del libre ejercicio de los derechos que la Ley reconoce a las personas».

El apartado C del motivo global amparado en la letra d) de art. 88.1 LJCA aduce la *«infracción del artículo 14 de la Constitución Española y del artículo 14 del Convenio Europeo para la protección de los derechos fundamentales y Libertades Fundamentales (prohibición de discriminación) y del protocolo nº 12 del Convenio para la protección de los derechos fundamentales de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y a [sic] la jurisprudencia del TEDH».*

Tras referir el motivo el contenido del art. 9.3 del Convenio, y el del art. 5 del Protocolo, y aludir a la Sentencia del TEDH sobre la noción de discriminación del art. 14 del Convenio, con cita al respecto de la STEDH de 28 de mayo de 1985 en caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra el Reino Unido*, apartado 72, afirma que *«la medida es discriminatoria porque no existe relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido, dado que manifestar que la finalidad perseguida es el orden público y la seguridad sin justificar la necesidad de dicha medida y cuando existe [sic] normas aplicables suficientes para garantizar ambas [sic], no procede, sin contar con otro argumento insostenible y totalmente discriminatorio que es el contenido en la página 9 de la sentencia, apartado c “necesaria para una sociedad democrática”, la cual [sic] no solo no es ajustado [sic] a Derecho sino que el concepto de igualdad puesto por encima del derecho de elegir, con la afirmación “... ello con independencia de que su caso voluntario o no” a [sic] convierte a la sentencia en impugnable, al haber resuelto de forma incongruente con la fundamentación jurídica del procedimiento que se sustenta en la motivación jurídica de la ordenanza impugnada y no en una supuesta igualdad que además, supone un juicio de valor subjetivo no aplicable a ningún caso concreto sino a una opinión personal no jurídica que da por hecho que existe desigualdad entre hombre y mujer por el hecho de que ciertas mujeres decidan indumentarse de una manera determinada, el derecho constitucional referido al artículo 14 de la CE ha sido claramente vulnerado en la sentencia impugnada».*

Tras referirse en apoyo de la tesis, con reproducción de un pasaje, a la Sentencia de esta Sala y Sección de 2 de Julio de 2008, recurso 3103/2005, reproducir el pasaje de la sentencia recurrida en el que se declara que el porte del velo integral *“es un acto motivado o inspirado por una religión o una convicción”*, y afirmar que la sentencia se basa en excluir tal vestimenta de la libertad religiosa simplemente por el hecho de que pueda molestar a terceros, se afirma que *«claramente está discriminándose a estas personas impidiéndoles el uso de espacios públicos solo por el motivo de ir vestidos de forma diferente al cubrirse el rostro con velo»*, sin que haya existido problema de convivencia alguno.

Se afirma a continuación que *«este recurso de casación responde a la necesidad que el debate se traslade a sedes o instituciones más representativas capaces de poder determinar sobre este respecto y evitar el denominado efecto dominó que puede conllevar algo que ahora no existe, es decir un conflicto social, derivando la norma en un problema en lugar de una solución»*.

Se alude finalmente en el apartado del motivo que analizamos al informe de la Secretaria del Ayuntamiento en el expediente administrativo en el que se afirma *«no existe en este momento alteración suficiente relevante de la convivencia ciudadana»*, y al Auto de la pieza de medidas provisionales que acordó la suspensión, del que transcribe su pasaje esencial, en el que se admite la posibilidad de producción de perjuicios irreparables a los afectados y la inexistencia de perjuicios para el interés público, pues *«la obligación de todo ciudadano de identificarse al requerimiento de las autoridades o funcionario legitimado viene impuesta por la legislación vigente, y por tanto el mantenimiento del orden público y de la seguridad ciudadana en nada se ven afectados por la suspensión»*, argumentación del Auto que la recurrente considera idéntica a la suya, considerando infundado el cambio de criterio sobre tal extremo en la Sentencia respecto al Auto.

El apartado D, último del motivo alega *«infracción de los artículos 10 de la Constitución Española y 23 de la Ley Electoral y de la Directiva Comunitaria 93/100 CE»*.

Censura que la sentencia rechazase la alegada infracción, amparándose en que la parte no desarrollaba claramente la motivación. La parte se refiere a los arts. 2, 3, 155 y 211 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General referida, para concluir afirmando que *«la Sentencia impugnada ha vulnerado toda la normativa electoral sobre derecho de sufragio recogido en el artículo 10 [sic] y 23 de la Constitución Española, al prohibir la entrada en los recintos públicos donde deberán ejercer los cargos electos si para ello fueran escogidos, sin que pueda limitarse dicho derecho por la ordenanza municipal impugnada...»*, *«dado que un efecto colateral de la ordenanza sería la imposibilidad de que si alguna de estas personas accediese a algún cargo público de forma electa, no podría acceder al recinto municipal para poder cumplir su mandato, extremo que por si solo ya debería implicar la nulidad de la ordenanza, y de la resolución judicial recurrida, al afectar, invadiendo sus competencias, a una Ley Orgánica y a la Carta fundamental de nuestra sociedad»*.

A continuación se refiere el motivo a las opiniones cualificadas en contra de la prohibición del velo.

Fundamento de Derecho Cuarto.-

El Ayuntamiento de Lleida en su oposición al recurso sale al paso de cada uno de los motivos.

En cuanto al primero sostiene que la sentencia recurrida está suficientemente motivada, invocando la Sentencia de la Sección 5ª de esta Sala de 30 de junio de 2011, con transcripción selectiva de un pasaje sobre la extensión exigible de la motivación, afirmando que la sentencia explica suficientemente los criterios jurídicos de su decisión, y lo ha hecho dentro de los propios límites planteados por las partes en cuanto a las cuestiones propuestas.

Contesta a continuación a la alegación de contrario en la que se impugna el pronunciamiento de la Sentencia contenido en el Fundamento de Derecho Tercero c), resumiendo lo que en esta y en la alegación impugnatoria de la recurrente se dice, alegando que *«la recurrente está confundiendo, al alegar la incongruencia de la Sentencia, la pretensión*

con los argumentos jurídicos en que se basa la misma» y que «son solo las pretensiones en si misma consideradas las que exigen con [sic] respuesta congruente», citando en abono de la tesis, con reproducción selectiva contenidos, la sentencia de esta Sala, de su Sección 4º de 11 de octubre de 2011.

Se afirma que «el principio de congruencia viene siempre referido a lo pedido por las partes (pretensiones), no a la argumentación jurídica utilizada para sostener la pretensión»; «el principio de congruencia no se vulnera por el hecho de que los Tribunales basen sus fallos en fundamentos jurídicos distintos de los aducidos por las partes (STS 17 de julio de 2005, recurso de casación 7.943/2000)»; que la sentencia «no ha omitido resolver las pretensiones formuladas ni ha resuelto sobre pretensiones no formuladas», y que «tampoco se ha producido indefensión en el sentido expuesto por la recurrente ya que se trata de un fundamento, el analizado [se refiere obviamente al Fundamento de Derecho 3ª de la Sentencia y a su apartado c, objeto de la censura de contrario] que la misma recurrente ha traído al proceso para fundar su pretensión, siendo por ello lógico que la sentencia analizase el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales».

Se concluye afirmando que la Ordenanza no ha violado el Convenio.

En su oposición al motivo segundo del recurso comienza enfrentándose al apartado A del mismo, sintetizando los enunciados de los apartados A.1 a A.4 y mostrando globalmente su disconformidad a ellos.

En síntesis y para defender la competencia del Ayuntamiento, y tras reconocer como afectante al contenido de la libertad religiosa la prohibición cuestionada, y que la prohibición cuestionada «se ha de justificar en la necesidad de resolver un conflicto con otro derecho», se afirma que «esto no justifica que los Ayuntamientos no tengan ninguna posibilidad de intervención en este ámbito ya que pueden hacerlo en el ejercicio de diferentes títulos competenciales»; que «el Ayuntamiento actúa ejerciendo competencias propias y las reconocidas por la normativa

vigente y la jurisprudencia que incluso prevé que las ordenanzas municipales regulen, además de las competencias propias, aspectos accesorios de los derechos fundamentales» [el subrayado del escrito de la parte], invocando en abono de sus tesis, con transcripción selectiva de contenidos de la misma, la sentencia nº 331/2010 de 7 de Abril de 2010 de la Sala de lo Contencioso-administrativo (Sección Quinta) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en relación con la propia Ordenanza impugnada en este proceso. Pasa a continuación el Ayuntamiento a relacionar los títulos competenciales del Ayuntamiento citando como tales:

a).- La seguridad, con referencia y transcripción del art. 2.2 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero de Seguridad Ciudadana, del art. 1.3 de la Ley Orgánica 2/1986 de 15 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y del art. 25.2 de la LBRL y sentencia precitada 331/2010 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

b).- La ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de los servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y servicios públicos, con cita y reproducción del art. 139 de la Ley 7/1985 LBRL, y de los artículos 4 y 8 de la Ordenanza recurrida, y cita de los artículos 84 de la LBRL, 247 y 248 del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril que aprueba el Texto Refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña (TRLMRLC) y el «87 de la LPPAP» que *«reconocen a los Ayuntamientos competencias para regular la prestación de servicios y el uso de los espacios y equipamientos municipales»*, añadiendo a dicha cita que *«esta regulación deberá ser congruente con los motivos y finalidades sobre la que se justifica»*.

c).- Otros ámbitos de intervención municipal. Se cita al respecto los arts. 25, 26 y 28 LBRL y 66, 67 y 71 TRLMRLC que *«atribuyen de forma genérica competencias para promover cualquier tipo de actividades y prestar aquellos servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la Comunidad vecinal»*, haciendo una descripción de las diferentes áreas sociales que puedan ser concernidas.

Las consideraciones anteriores llevan al Ayuntamiento a establecer estas conclusiones:

1).- que en el «marco legal actual los Ayuntamientos no tienen atribuidas expresamente competencias para prohibir, con carácter general indiscriminado, que en la vía pública cualquier persona utilice el velo integral o otros elementos que imposibiliten su identificación (pasamontañas, casquetes, cascos integrales, máscaras, etc...), en tanto que estas actuaciones forman parte del ejercicio de diferentes derechos fundamentales reconocidos a todas las personas por la Constitución», citando en este sentido la STC 132/2001.

2).- que «los artículos 26.2, 27.9 y 102.25 de la OMCyC no contempla ninguna prohibición general ni indiscriminada de la utilización del velo integral o de otros elementos que imposibiliten la identificación de las personas, sino que regula unas situaciones específicas y concretas en unos ámbitos perfectamente determinados, como se puede observar en la redacción de los mismos».

3).- que «los Ayuntamientos tienen reconocidas competencias en materias como la seguridad, la integración social y cultural y la convivencia ciudadana», que «podrían tener relación con la adopción de medidas relativas al uso del velo integral», y que en este ámbito «los Ayuntamientos pueden regular e incluso restringir el ejercicio de derechos fundamentales, mediante ordenanzas municipales, siempre que se trate de regulación de aspectos accesorios y no fundamentales de estos derechos».

4).- que «la regulación contenida en los artículos 26.2, 27.9 y 102.25 de la OMCyC tienen en cuenta esos perjuicios y limitaciones y es respetuosa con la normativa nacional y comunitaria, en contra del criterio sostenido por la recurrente en casación», y que «la jurisprudencia mencionada por la recurrente no es aplicable a la regulación que se discute en este proceso», afirmando que las sentencias de este Tribunal de 1999 y 2002 citadas «contienen una doctrina ya superada por posteriores sentencias del TC STS 30-11-2010».

Tras reproducir los contenidos de la sentencia recurrida atinentes a la cuestionada competencia del Ayuntamiento, entre los que destaca la afirmación de ésta según la cual «en nuestra cultura occidental

el ocultamiento del rostro en la realización de actividades cotidianas produce perturbación de la tranquilidad, por falta de visión para el resto de las personas de un elemento esencialmente identificativo cual es la cara de la persona que lo oculta», criterio que el Ayuntamiento dice compartir totalmente, cierra el apartado con amplia reproducción literal del contenido conclusivo de la sentencia sobre el tema de la competencia, afirmando que lo comparte.

Se opone al apartado B del motivo segundo del recurso, negando la vulneración del art. 16 CE y de la LO 7/1985, de Libertad Religiosa, centrándose sus alegaciones al respecto en la contestación a la demanda. En esencia el desarrollo de la oposición a este apartado se concreta en los siguientes puntos:

a) que las limitaciones de la Ordenanza se refieren a cualquier elemento que obstaculice la visión del rostro e impida la identificación y comunicación visual.

b) cita de las competencias del Ayuntamiento establecidas en los arts. 25 y 28 LBRL y 66, 67 y 71 TRLMRLC, reiterando consideraciones expuestas en el apartado de respuesta al apartado A.

c) remisión al documento de trabajo redactado por el Senado de Francia el mes de diciembre de 2009, denominado *"Le port de la burqua dans les lieux publics - LC 201"*, obrante en el expediente administrativo.

d) reproducción de los contenidos de la sentencia recurrida alusivos a la alegada vulneración del art. 16 CE, que en ellos se rechaza, y que el Ayuntamiento dice que comparte.

Especialmente rechaza el Ayuntamiento: a) la interpretación del término orden público que sostiene la recurrente; b) la afirmación de ésta de que la sentencia vulnera mediante *"la desigualdad y la discriminación..."* el *"ejercicio de un derecho fundamental de acceso a los lugares públicos..."*, pues el art. 16 CE no ampara el derecho a comportarse en todas las circunstancias de la vida con arreglo a las propias creencias, que es lo que parece que defiende la recurrente; c) la atribución a la sentencia de la confusión de los términos seguridad, orden

público y perturbación de la tranquilidad pública, afirmación que, dice el Ayuntamiento, la motivación no fundamenta.

En su oposición al apartado C del motivo segundo del recurso, respecto a la vulneración del art. 14 CE y del art. 14 del Convenio Europeo dice que en ese apartado la recurrente aborda la regulación contenida en el art. 9 del Convenio. El Ayuntamiento insiste en que la Ordenanza no tiene por objeto la regulación exclusiva del velo integral, sino de los elementos que obstaculicen la visión del rostro, diciendo que la recurrente insiste en centrar el debate en el burka o niqab, lo que no ha hecho el Ayuntamiento en la Ordenanza, reproduciendo a continuación el contenido esencial del Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia.

Finalmente en su oposición al apartado D del motivo segundo del recurso el Ayuntamiento alude a que en su escrito de contestación a la demanda exponía que la modificación de la Ordenanza no impide a ningún cargo electo acceder a los espacios públicos por el hecho de llevar un signo de vestimenta religioso, insistiendo en su planteamiento de otros apartados anteriores de la prohibición de cualquier elemento que obstaculice la visión del rostro y la comunicación visual. Y afirma que *«la regulación municipal referida a la utilización de aquellos equipamientos y servicios que no son de recepción obligatoria puede contemplar, como requisito de acceso, permanencia y uso, así como el propio ejercicio de las actividades que se desarrollan, la no utilización de los elementos citados»*.

Niega la fundamentación de las afirmaciones de la recurrente y reproduce en lo esencial el contenido del Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia, que dice compartir, pidiendo finalmente la desestimación del motivo y del recurso.

Fundamento de Derecho Quinto.-

El Ministerio Fiscal, en relación al primer motivo del recurso, cuya fundamentación dice que *«no resulta fácil de entender»*, afirma que *«basta la lectura de la sentencia para comprobar la inexactitud de la denunciada "falta TOTAL de motivación"»*, refiriéndose sintéticamente al respecto al contenido de los distintos fundamentos de la sentencia, para

afirmar que *«hay motivación, muy abundante por cierto»*. Y en cuanto a la alegada incongruencia por el contenido del Fundamento de Derecho Tercero in fine, niega que pueda considerarse como incongruencia, pues en su apreciación *«no es sino un puro y simple razonamiento al hilo de la jurisprudencia del TEDH»*. Destaca la contradicción de esa alegación con la de ausencia total de motivación de la sentencia, y afirma por último que *«el debate sobre la igualdad de la mujer fué introducida por el Fiscal en sus alegaciones»*, y que *«la respuesta dada en la sentencia se mantiene, sin duda, en los términos del debate procesal tal cual ha sido planteado»*. En lo que hace al motivo segundo, que, dice el Fiscal, contiene en realidad cuatro motivos, responde el Fiscal en otros tantos apartados A a D, correlativos a los de la misma signación del motivo. En el apartado A, tras sucinta referencia a la impugnación del recurrente, alusiva a la fundamentación por la Sala de la competencia dada en los art. 139 y 140 de la LBRL, el Fiscal afirma que *«es este el verdadero núcleo de la cuestión, tal como viene planteado desde la instancia (aunque no se explicitaba entonces la invocación formal del artículo 25.1 de la CE, que es, sin embargo, la esencia de la decisión que ahora se combate) y en el que hemos de dar la razón al recurrente»*. El Fiscal sostiene *«que el Ayuntamiento de Lleida carece de competencia para regular la materia, no amparable en los art. 139 y 140 de la LBRL»*.

Tras referirse el Fiscal a la regulación de la Ordenanza, y destacando que *«se tipifica, pues, una nueva infracción de carácter leve, a la que se anuda la correspondiente sanción»*, el Fiscal sintetiza la argumentación de la sentencia al respecto y entra a exponer su propia tesis crítica del razonamiento de la sentencia, en estos términos:

«Cree el Fiscal que: 1) El debate no puede ser la mayor o menor implantación del uso del velo integral, pues resulta evidente que difiere según los países y, sobre todo, depende de decisiones personales, como corresponde a un ámbito, el religioso, en que lo subjetivo prima sobre lo objetivo. 2) Lo indubitado -la sentencia no lo niega- es que el uso de tal prenda afecta a un ámbito de indudable transcendencia religiosa lo que supone la afectación al artículo 16 de la Constitución Española. 3) Cabe aceptar, a consecuencia de aquella diversidad, que no se trata de un elemento esencial en el credo islámico. Ello supone a priori la genérica posibilidad de regulación por la autoridad local, sin perjuicio de ulteriores

matizaciones. 4) Resulta en todo caso imprescindible la presencia de cobertura legal habilitante, lo que, en opinión del Fiscal, no existe».

Se refiere después el Fiscal a la afirmación de la sentencia alusiva a la perturbación de la tranquilidad, que ésta atribuye al ocultamiento del rostro en la cultura occidental, y afirma:

«No creemos aceptable, en el momento histórico que vivimos, semejante afirmación con el carácter de objetividad y generalidad que requiere para integrar el injusto administrativo a que se refiere al artículo 140 de la LBRL. Resulta muy difícil aceptarlo en una sociedad globalizada y multicultural, en que imágenes y noticias permiten compartir -a través de los medios audiovisuales y de internet- el día a día de otros países y culturas, presentes además en la vida cotidiana debido a la intensidad del proceso migratorio.

Solamente desde la objetiva constatación de la intranquilidad, del desasosiego de la generalidad de los ciudadanos ante un determinado fenómeno, cabría considerar respaldada legalmente la prohibición, y no cree el Fiscal que el uso del velo integral produzca ese efecto, ni que exista dato objetivo alguno en todo el proceso normativo, ni en el judicial, que permita afirmarlo.

Cree el Fiscal que la perturbación de la convivencia a que la norma se refiere ha de tener un mínimo de relevancia en cualquiera de sus modalidades, siendo luego la intensidad de su afectación a la tranquilidad (o al ejercicio de derechos legítimos de otros, que evidentemente no es el caso) lo que permitirá calificar la conducta como muy grave, grave o leve. Negar esta afirmación supondría aceptar la tipicidad de perturbaciones irrelevantes de la convivencia, lo que no parece de recibo.

Y es que es de esencia a la convivencia la general aceptación de innumerables perturbaciones (de la tranquilidad, esto es del sosiego y quietud individuales) que, por su naturaleza, son socialmente considerados irrelevantes....

Al no tratarse de conductas que produzcan consecuencias físicamente evaluables (como el ruido, las emanaciones de gases o fluidos,

la emisión de ondas magnéticas, el ornato de la edificación, juegos, animales, que están sin duda en la génesis de la reforma de 2003 que alumbró los artículos 139 y 140 de la LBRL) resulta un puro ejercicio de voluntarismo reconocer en aquellas conductas la posibilidad perturbadora que permita encuadrarlas en el concepto legal -perturbación de la convivencia que afecta a la tranquilidad- aun cuando no se aceptara que lo irrelevante está fuera de la norma».

Aduce a continuación el Fiscal que *«para afirmar la existencia de cobertura legal, olvida la sentencia la necesidad de interpretar restrictivamente el derecho sancionador y hacerlo a la luz de los instrumentos internacionales: primero cuando limita la exigencia de relevancia a las infracciones muy graves (aceptando así la tipicidad de perturbaciones irrelevantes), después, al obviar, con sacrificio de la necesaria proporcionalidad, las limitaciones que la prohibición genera (y que hemos enumerado en el apartado 2 de los Antecedentes), obligando a quien no quiera renunciar a la expresión religiosa que el velo integral supone, a un apartamiento de los espacios administrativos, de ocio, culturales y comerciales, tan contrario al espíritu que anida en los instrumentos internacionales, y tan contrario a preceptos básicos...»*, refiriéndose a continuación con indicación de sus respectivos contenidos al artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, al artículo 3 de la Declaración de Naciones Unidas sobre minorías, a la Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad (Saint Denise, 18 de mayo de 2000), a la Carta Europea de Autonomía Local y, sin fuerza vinculante, a la Recomendación 1927 del Consejo de Europa (Asamblea Parlamentaria de 23 de Junio de 2010), sobre Islam, islamismo e islamofobia en Europa.

Respecto a la justificación de la prohibición que la sentencia refiere al art. 20 de la Ley de Protección ciudadana, *«dado que “el mantenimiento continuado de la seguridad de espacios municipales corresponde al Ayuntamiento»* dice el Fiscal que:

«Soslaya la sentencia que ese precepto legal en modo alguna regula la libertad de acceso o uso de entorno alguno, sino algo distinto como el deber ciudadano de identificarse ante los agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones de protección de la seguridad, Tal deber existe

legalmente y ningún problema existiría si la Ordenanza se hubiera limitado a proclamar su vigencia, con los posibles matices, en los espacios a que se refiere. Pero lejos de ello, la Ordenanza prohíbe y permite sancionar el acceso o permanencia de personal con velo, aunque hubieran sido perfectamente identificadas, esto es, aunque el parámetro de seguridad que la ley 1/92 establece hubiera sido satisfecho. A partir de ahí, carece de sentido pretender amparar en tal precepto limitaciones que nada tienen que ver con el valor que el mismo protege. Lo que no alcanza, como antes dijimos, al Reglamento de Transporte Urbano de Viajeros, que se limita a regular la identificación de los viajeros para el uso de las tarjetas de precio reducido o tarifa social».

En cuanto a la apelación en la sentencia, como justificación, al límite del orden público, concepto *«siempre difícil de aprehender»*, dice el Fiscal, afirma este que *«lo que la sentencia debiera haber explicado, y deja sin explicación convincente alguna, es en qué modo el uso del velo integral altera el orden público, esto es, la “paz social”, la “paz pública”, a nuestro juicio inmune al uso de semejante prenda, por muy ajena a nuestra cultura que esta sea».*

Concluye el Fiscal proponiendo la estimación del motivo, salvo en lo que al Reglamento de Transporte Urbano de Viajeros se refiere.

En lo atinente al apartado B, correlativo al de la misma letra del motivo, referente a la vulneración del art. 16 CE, y tras aludir a la argumentación contenida en el Fundamento Derecho Tercero de la Sentencia, dice el Fiscal:

«No resulta fácil comprender la referencia al derecho a la igualdad para justificar la necesidad de la medida, visto que la finalidad legítima que se señala no es tal, sino, genéricamente, la protección de los derechos y libertades ajenas y del orden público. Tampoco comprende bien el Fiscal la referencia a “la protección de los derechos y libertades ajenas”, que aparecen por primera vez como concepto habilitador pues en el fundamento segundo fue “la tranquilidad” por la falta de visión de la cara, no “el ejercicio de derechos legítimos”, en verdad difícilmente defendible (salvo que construyamos un derecho a ver el rostro de otro, que supone la negación del derecho de cada cual a exhibirlo) el factor habilitador»

Concluye el Fiscal diciendo que *«en cualquier caso, no cabe aceptar la precisión legal, de conformidad con el derecho interno, como hemos razonado al examinar el motivo anterior, lo que ha de provocar también la de éste»*.

Acepta el Fiscal en esencia en el apartado C correlativo al de la misma letra del motivo el razonamiento de la sentencia en torno a la alegada vulneración del art. 14 CE.

Por último, en el apartado D, correlativo al de la misma letra del motivo, alusivo a la infracción de los arts. 10 CE y 23 de la Ley Electoral y de la Directiva Comunitaria 93/100/CE, el Fiscal viene a aceptar el razonamiento de la sentencia al respecto, y añade que:

«No parece necesario recordar, en cualquier caso, que entre los espacios a que la prohibición afecta... no aparecen los Colegios Electorales (que, en cuanto tales, no pueden ser considerados dependencias municipales) y que el derecho a “acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 de la CE) no se ve en principio afectado por la normativa impugnada, sin que pueda pretenderse ahora una suerte de amparo cautelar o preventivo, ante eventuales limitaciones hoy por hoy inexistentes.»

Propone el rechazo del motivo.

Fundamento de Derecho Sexto.-

Expuestos con la amplitud necesaria los términos del debate en esta casación, en cuanto al motivo del art. 88.1, c), se impone su desestimación, por las razones que coincidentemente aducen tanto al Ayuntamiento demandado como al Ministerio Fiscal.

Ante todo debe observarse que la recurrente, a parte de la contradicción que el Fiscal denuncia entre la afirmación de una total falta de motivación y la argumentación crítica contra uno de los contenidos de la fundamentación de la sentencia, mezcla en el motivo consideraciones que, en su caso, podrían tener encaje en el motivo legal en que se ampara, con otras relativas a la crítica de fondo de la sentencia, cuyo

marco de amparo debe ser el del art. 88.1.d), siendo esa confusión de contenidos en el motivo causa de inadmisibilidad de este según continua jurisprudencia de esta Sala, de innecesaria cita individualizada (por todas STS de 19 de diciembre de 2012, Rec. cas. n.º 4510/2010).

En todo caso, y respecto a la alegada falta total de motivación de la sentencia, la sola lectura de ésta evidencia lo incierto de la alegación, sin que sea preciso que nos refiramos aquí en detalle, reiterándolo, al contenido de su motivación, bastando simplemente con referirnos a lo expuesto al respecto en el Fundamento de Derecho Primero de esta nuestra Sentencia, donde queda reflejada con suficiente precisión la fundamentación de la recurrida, y a la doctrina de este Tribunal sobre el alcance de la exigencia de motivación, correctamente aludida por el Ayuntamiento recurrido en su oposición, con la cita de la Sentencia de esta Sala, de su Sección 4ª, de 11 de octubre de 2011, cuya doctrina, aplicada al caso actual, justifica el rechazo de la alegación de la recurrente al respecto.

Y, en cuanto a la alegada incongruencia, merece el mismo rechazo. Primero, porque, habida cuenta de que la alegación relativa a la igualdad de la mujer se trajo al proceso por el Ministerio Fiscal, como indica éste en su escrito, es visto que se encuentra en el marco de las cuestiones controvertidas en el que el Tribunal, conforme a lo dispuesto en los arts. 33.1 y 67.1 LJCA, debe resolver, no tratándose así de una cuestión de las referidas en el art. 33.2, de la propia Ley.

Después, porque traída la cuestión al proceso por la propia recurrente, aunque sea para impugnarla, ya por ello se inserta en el elenco de cuestiones a decidir, sin que sea aceptable la que estimamos consideración implícita en la alegación de la recurrente, según la cual es sólo al Ayuntamiento al que correspondía suscitar en el proceso tal cuestión, de modo que, al no haberlo hecho, quede vedada al Tribunal el tratamiento de la misma y su utilización en la fundamentación de la sentencia, a no ser por el cauce del referido art. 33.2 LJCA, planteamiento que la Sala no comparte.

Y, finalmente, porque lo que cuenta a efectos del motivo del art. 88.1.c) LJCA, es que en la infracción a que el motivo se refiere “se haya

producido indefensión para la parte”; y mal puede alegarse indefensión, cuando es la propia parte la que ha suscitado la cuestión en el proceso, a la que la Sentencia responde, aunque sea para desestimar la tesis de quien la propone. Se impone así, como ya se dijo al principio, la desestimación de este primer motivo.

Fundamento de Derecho Séptimo.-

El motivo segundo, amparado en el art. 80.1 d), como ya se dijo, incluye cuatro submotivos distintos, resumidos en el Fundamento de Derecho Tercero de esta nuestra sentencia.

Antes de darles respuesta individualizada es preciso destacar la íntima relación entre los contenidos que se exponen bajo los apartados A y B del motivo, e incluso del C, que aconsejan de entrada una consideración conjunta de los mismos con carácter previo a referirnos individualizadamente a cada apartado del motivo.

Al respecto debe indicarse que la alegación de incompetencia del Ayuntamiento depende en definitiva de lo que se aprecie sobre la alegada vulneración de la libertad religiosa y de las exigencias constitucionales para su posible limitación, de modo que, sin adentrarse en el tratamiento de éstas, no es posible determinar si, al hacer el Ayuntamiento recurrido lo que hizo, se extralimitó o no en sus competencias.

Sólo si en la prohibición cuestionada en el proceso la Ordenanza recurrida (la ordenanza misma, no los razonamientos que en su salvaguarda se exponen en la Sentencia y en los escritos del Ayuntamiento recurrido en la instancia y en la casación) invocase como título competencial el de la regulación del ejercicio de la libertad religiosa, el tema competencial tendría en sí singularidad para ser considerado aisladamente del tema de fondo de la vulneración del derecho fundamental; pero ese no es el caso, pues la Ordenanza se autoencuadra en otros títulos competenciales, que, en principio, no resultan cuestionables en cuanto tales.

Consideramos por ello que el orden lógico de examen deba ser primero, el del análisis de la alegada vulneración del art. 16 CE, de lo que se derivará si el Ayuntamiento, al hacer lo que hizo, era o no competente para hacerlo. Por tanto acometeremos nuestro análisis con ese planteamiento sistemático, aunque procurando dar respuesta a las argumentaciones que desde otro criterio sistemático de ordenación han expuesto las partes.

Conviene, no obstante, aislando el planteamiento competencial, dar respuesta a una afirmación de la sentencia contenida en el Fundamento Segundo, y sobre la que insiste el Ayuntamiento en su escrito de oposición, y que hasta cierto punto comparte el Ministerio Fiscal en el suyo, que consideramos constitucionalmente inaceptable.

Tal vez pudiéramos entender que en realidad dicha afirmación quizás no pretenda tener el alcance que sus términos sugieren, sino que acaso quisiera decir otra cosa. Estimamos, no obstante, que es necesario detenernos en ella, ajustándonos a los concretos términos en que se formula.

Nos referimos a la afirmación contenida en el Fundamento de Derecho Segundo, en la que, para obviar la inexistencia de ley previa respecto a la prohibición cuestionada, se dice, invocando lo dicho por la Sección 5ª de la propia Sala en alusión a lo que una ordenanza puede regular, que *«el criterio general es que puede regular materias accesorias de esos derechos fundamentales, sobre todo lo concerniente a las manifestaciones de la convivencia o vida colectiva dentro del término municipal a las que se dirige, donde la esfera protectora de los derechos fundamentales no alcanza a los aspectos accesorios, accidentales o circunstanciales»*.

Es necesario diferenciar entre lo que es regulación de *"aspectos accesorios, accidentales o circunstanciales"* del derecho fundamental, en la que el objeto directo de la regulación sean elementos del derecho fundamental o de su ejercicio, (por muy accesorio que pueda ser), y lo que sea regulación de materias propias de los títulos competenciales de los Ayuntamientos, que, en su caso, puedan incidir en el ejercicio del

derecho fundamental, aunque no tengan por objeto la regulación directa de aspectos del derecho fundamental.

La pretendida atribución a los Ayuntamientos de competencia para regular aspectos accesorios de los derechos fundamentales resulta contraria a lo dispuesto en el art. 53 CE, que dispone que *"sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regular el ejercicio de tales derechos y libertades..."*. El hecho de que el referido precepto constitucional diga que *"en todo caso deberá respetar su contenido esencial"*, no implica, como la expresión de la sentencia que analizamos pudiera sugerir, (y de ahí la conveniencia de su aclaración), que sea el contenido esencial del derecho fundamental lo exclusivamente reservado a la regulación de la ley, de modo que en lo que no sea contenido esencial pueda quedar abierto un espacio de regulación a otros poderes públicos distintos del legislador y por medio de otros vehículos normativos diferentes de la ley. Por el contrario, según el referido precepto constitucional, todo el ejercicio del derecho fundamental está reservado a la Ley, y no puede por ello ser objeto directo de regulación por una Ordenanza municipal. De ahí la transcendencia que en este caso tiene el problema de la existencia o inexistencia de ley previa que permita establecer el límite al ejercicio del derecho fundamental de la libertad religiosa que la prohibición cuestionada establece.

Caso diferente es que la regulación de materias propias de los títulos competenciales, que constitucional y legalmente corresponden a los entes locales, pueda incidir (que no directamente regular) en aspectos accesorios del derecho fundamental; pero esa incidencia vendrá condicionada en su licitud a que el límite al ejercicio del derecho fundamental, que, en su caso, pueda suponer, cumpla con las exigencias constitucionales para poder limitar el ejercicio del derecho fundamental.

La tesis de la sentencia defendida por el Ayuntamiento recurrido parte de que la potestad normativa del Ayuntamiento está constitucionalmente fundada en el principio de autonomía local consagrado en el art. 140 CE, principio de autonomía que debe interpretarse de acuerdo con la Carta Europea de la Autonomía Local (art. 4. 2), y sobre la base de la consideración democrática de los poderes del Ayuntamiento, de cuyos principios deriva sólo una

vinculación negativa a la ley, y no una vinculación positiva, como pudo entenderse en el pasado, superada por la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo que confiere a la potestad normativa de los Ayuntamientos una amplitud muy diferente de la genérica de los reglamentos.

Tal planteamiento no podemos por menos que compartirlo sin reservas.

Pero de ahí no puede extraerse la consecuencia de que el Ayuntamiento, pese a la inexistencia de Ley, pueda por sí mismo establecer limitaciones al ejercicio de un derecho fundamental en los espacios municipales, siendo ahí donde deben entrar en juego el análisis del derecho de libertad religiosa (art. 16 CE) y el de los límites de su ejercicio. En definitiva, el paso desde un principio de vinculación positiva de las Ordenanzas municipales a la Ley, (superado hoy por las razones antes expuestas), a un principio de vinculación negativa, no autoriza a prescindir del hecho de que tal vinculación negativa existe, vinculación que comienza por la Constitución (art. 9.1 y 53.1 CE); y ello sentado, si la Constitución exige para poder limitar el ejercicio de un derecho fundamental (como lo es el de libertad religiosa, del art. 16 CE) la existencia de una ley (art. 53.1 inciso segundo), no se atiene a ese principio de vinculación negativa una Ordenanza que directamente prescinde de la exigencia del art. 53 CE, arrogándose la potestad de regular lo que la Constitución reserva a la Ley.

Para justificar la competencia del Ayuntamiento la sentencia utiliza un recurso dialéctico, que consideramos artificioso, fundándola en los arts. 139 y 140 de la Ley de Bases de Régimen Local. Dicho recurso consiste en centrar la cuestión referente a la competencia del Ayuntamiento en la que le corresponde "*en materia de potestad sancionadora*" (Fundamento de Derecho Segundo, párrafo octavo), hablando de "*la prohibición que se tipifica como infracción*" (párrafo siguiente) y de "*una prohibición o infracción*" (párrafo siguiente), pasos argumentales conducentes al del análisis de la previsión del art. 139 de la LBRL, cuando prohibición o infracción son conceptos necesariamente diferenciables, siendo el primero presupuesto, en su caso, del segundo.

Un planteamiento tal no lo consideramos aceptable, pues con él se oculta en realidad lo que constituye el auténtico centro de gravedad del problema, que es el de la justificación constitucional de la prohibición del velo integral, dado el carácter del uso de este como manifestación del ejercicio de la libertad religiosa, y no la infracción consecuenta a la inobservancia de la prohibición. Al razonar como lo hace la sentencia, se produce una rechazable inversión de los términos del problema, pues se antepone la consideración de la infracción, pretendiendo justificarla con base en el art. 139. y 140 LBRL, deduciendo de la legitimidad de la infracción la legitimidad de la prohibición.

Hasta que no quede justificada (si es que se puede) la legitimidad constitucional de la prohibición del velo integral en los términos en que lo hace la Ordenanza, (lo que, como se indicó más detrás, está condicionado al análisis de la alegada vulneración del art. 16 CE), no debe suscitarse el problema de la legitimidad constitucional de la infracción ligada a la prohibición.

La sentencia razona adecuadamente, como hemos dicho, la existencia de un cambio en la jurisprudencia respecto a la concepción de las Ordenanzas municipales desde una vinculación positiva a ley a una vinculación negativa, que, añadimos nosotros, producido en el pasado inmediatamente anterior a la modificación de la LBRL, justificó respecto de la regulación de la potestad sancionadora de los entes locales una modulación y amplitud jurisprudencial en cuanto a las exigencias del art. 25.1 CE, según las venía interpretando con carácter general el Tribunal Constitucional. En la actualidad la cuestión ha dejado de ser problemática tras la modificación de la LBRL por la Ley 57/2003, que establece directamente en sede de la ley las bases de la ordenación de la potestad sancionadora de los entes locales, con lo que la regulación de tal potestad se sujeta hoy, sin necesidad ya de modulación alguna, a las estrictas exigencias del art. 25 CE, en la interpretación del mismo por el Tribunal Constitucional.

En todo caso, por muy amplia que sea la potestad de los Ayuntamientos para la regulación de infracciones y sanciones, no puede olvidarse que el art. 139 LBRL se refiere a "*las relaciones de convivencia de interés local*" [subrayado nuestro], lo que de por sí obliga a suscitar la

cuestión de si la limitación de un derecho fundamental, que por definición constitucional corresponde a todos los ciudadanos de la nación, puede considerarse como concerniente al interés local, para así poder atribuir a los gestores democráticos de ese interés la posibilidad de emanar regulaciones, que, al circunscribirse al ámbito espacial del ente, no resultan coextensas con el ámbito propio del derecho, de modo que el derecho resulte limitado en una parte del territorio nacional y no en otras.

Hechas estas precisiones, singularmente referidas a la invocada competencia del Ayuntamiento para regular aspectos accesorios del derecho fundamental, y todavía antes de pasar al examen de la alegada vulneración de la art. 16 CE, es preciso volver a la observación hecha al principio de este fundamento entre los contenidos del motivo expuestos bajo los apartados A, B y C, para referirnos a la relación del B con el C; ésto es, a las alegadas vulneraciones del art. 16 CE y del 14 CE.

Sobre el particular debe indicarse, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, que cuando la pretendida vulneración de derecho de igualdad viene unida a la de un derecho fundamental sustantivo, la de éste subsume la vulneración del derecho de igualdad, doctrina que el Tribunal Constitucional reitera respecto de los derechos establecidos en los artículos 23 y 28 CE en relación con el de igualdad (por todas, respectivamente, SSTC nº 78/2007 de 23 de abril, F.J. 2º y nº 179/2008 de 22 de diciembre F.J. 1º), que, "*mutatis mutandis*", puede trasladarse en este caso a la relación entre el art. 16 y 14 CE. De este modo, analizada y resuelta la alegada vulneración del art. 16 CE, no debe entrarse, como algo diferenciado en la del art. 14 CE, pues restablecido el ejercicio de la libertad religiosa, queda ya por eso eliminada por la apreciación de su vulneración, la que, en su caso, se produciría en el de igualdad por la discriminación por motivos religiosos.

Fundamento de Derecho Octavo.-

Entramos ya en la alegada vulneración del art. 16 CE, verdadero centro neurálgico de este caso, partiendo de la correcta apreciación de la Sentencia (Fundamento de Derecho Segundo), cuando dice que *«utilizando palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo por el velo no integral, se puede considerar que en parte es*

un acto motivado o inspirado por una religión o una convicción»; y que «sin pronunciarnos sobre si este acto constituye en todos los casos un cumplimiento de un deber religioso, si que es o puede ser manifestación de una creencia o convicción ideológica o religiosa, y por tanto, un signo de tal carácter».

Aceptamos sin reserva tal planteamiento inicial, que, por lo demás, comparten las partes en esta casación.

Aunque no sea estrictamente necesario, no está de más observar para reforzar el planteamiento de la sentencia recurrida, que es el elemento subjetivo de la motivación de la conducta de vestir un determinado atuendo por motivos religiosos el dato a considerar desde la óptica del principio de libertad religiosa, que no puede sustituirse por un hipotético debate, a decidir con carácter previo por el Tribunal, acerca de si objetivamente las fuentes auténticas de la religión islámica consideran o no como deber el uso del velo integral por las mujeres, o se trata de un simple elemento cultural.

Consideramos así absolutamente correcta la reserva de la sentencia a pronunciarse *«sobre si este acto constituye en todos los casos un cumplimiento de un deber religioso».*

En primer lugar, porque, dado la neutralidad del Estado en cuanto a la Religión, no cabe que se pueda inmiscuir en debates de carácter estrictamente dogmáticos o de moral religiosa. En tal sentido se expresa la reciente sentencia del TEDH de 15 de enero de 2013, del caso Eweida y otros contra el Reino Unido, cuando en sus párrafos 80 y 81 dice:

«80. La libertad religiosa es primordialmente una cuestión de pensamiento individual y de conciencia...».

«81. El derecho a la libertad, de conciencia y de religión denota puntos de vista que alcanzan un determinado nivel de fuerza, seriedad, coherencia o importancia. Siempre que esta se cumple, el deber del Estado de neutralidad e imparcialidad, será incompatible con cualquier tipo e iniciativa por parte del Estado para evaluar la legitimidad de las creencias religiosas o las formas en

que esas creencias se expresan (Ver *Manounsakis y otras contra Grecia*, Sentencia de 26 de septiembre de 1996. Informes 1996-IV p. 1365§47; *Hasan y Chaush contra Bulgaria [GC]*, no 30985/96, §78 TEDH 2000 XI, *Defah Partis (El partido del Bienestar) y otros contra Turquía [GC]*, nu, 41340/98, 413242/98, 41343/98 §d. CEDH 2008-I».

Y en segundo lugar, porque desde el punto de vista del art. 16.1 CE, la hipótesis, planteada a los meros efectos dialécticos, de que se cuestionase el estricto carácter religioso de la vestimenta, no se le podría negar su carácter de expresión de una determinada ideología que, en cuanto libertad constitucional, tiene el mismo tratamiento que la libertad religiosa.

Fundamento de Derecho Noveno.-

Partiendo, pues, de que el uso de velo integral constituye una manifestación de ejercicio de libertad religiosa, regulada en el art. 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, acudiendo para ello a la doctrina del Tribunal Constitucional, como interprete supremo de la Constitución (art. 1.1 LOTC y art. 5.1 LOPJ).

Sobre el particular existe una rica doctrina de éste, cuyo estudio a los efectos que aquí interesan (y aunque inevitablemente incidamos en reiteraciones sobre lo dicho en el fundamento anterior), podemos iniciar con la alusión a la sentencia nº 154/2002, del Pleno, de 18 de julio, ampliamente expresada, en concreto en sus fundamentos jurídicos 6 a 8, con abundante cita en ellos de sentencias precedentes. Es especialmente destacable en la misma la afirmación, como contenido del derecho (F.J. 6) de «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, F. 4, y, en el

mismo sentido, las SSTC 24/1982, de 13 de mayo, y 166/1996, de 28 de octubre». [lo subrayado nuestro].

Especialmente relevante como doctrina general sobre a la regulación del contenido y límites de los derechos fundamentales es la Sentencia del Tribunal Constitucional, de su Pleno, nº 292/2000, de 30 de noviembre, que, aún referida a un derecho fundamental distinto del que está en liza en el actual proceso, resume en términos muy precisos y contundentes una doctrina alusiva a los restantes derechos fundamentales, contenida en su F. J. 11. Se dice al respecto sobre los límites a los mismos que: *«no cabe duda de que han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución (SSTC 11/1981, de 8 de abril, F. 7; 196/1987, de 11 de diciembre [RTC 1987\196] , F. 6...)*. Esos límites o bien pueden ser *restricciones directas del derecho fundamental mismo... o bien pueden ser restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental. En el primer caso, regular esos límites es una forma de desarrollo del derecho fundamental. En el segundo, los límites que se fijan lo son a la forma concreta en la que cabe ejercer el haz de facultades que compone el contenido del derecho fundamental en cuestión, constituyendo una manera de regular su ejercicio, lo que puede hacer el legislador ordinario a tenor de lo dispuesto en el art. 53.1 CE. La primera constatación que debe hacerse, que no por evidente es menos capital, es que la Constitución ha querido que la Ley, y sólo la Ley, pueda fijar los límites a un derecho fundamental. Los derechos fundamentales pueden ceder, desde luego, ante bienes, e incluso intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que experimenten sea necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental restringido (SSTC 57/1994, de 28 de febrero , F. 6; 18/1999, de 22 de febrero, F. 2).* » [los subrayados nuestros].

La esencialidad de la ley y su insustituibilidad por cualquier otra fuente normativa para poder establecer el límite al ejercicio al ejercicio del derecho de libertad religiosa que entraña la prohibición que se cuestiona en el proceso, resulta así en nuestro marco constitucional inequívoca según esa sentencia.

Además, en cuanto a la relación entre el derecho fundamental y sus límites y al posible alcance de estos, es bueno acudir a la STC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 4, en la que podemos leer:

«...queremos destacar la máxima amplitud con que la libertad ideológica está reconocida en el art. 16.1 de la Constitución, por ser fundamento, juntamente con la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, según se proclama en el art. 10.1, de otras libertades y derechos fundamentales...»

Y más adelante:

«d) Finalmente, hemos de recordar que, si bien es cierto que los derechos y libertades fundamentales no son absolutos -como recuerda la STC 159/1986, de 16 de diciembre-, «tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos y libertades». Toda vez que, como dice esta Sentencia, «tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción». Hay, pues, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión «de tal modo que tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción -añade esta Sentencia-, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos». [lo subrayado, una vez más, nuestro].

Puede completarse este recorrido por la doctrina del Tribunal Constitucional, refiriéndonos a cómo en ella se consideran el orden público y la seguridad, en cuanto límites al derecho fundamental de libertad religiosa, al ser la alusión a uno y otra en la sentencia recurrida uno de los elementos constitucionales considerados en ella para justificar

la prohibición. Al respecto podemos referirnos a la sentencia del Pleno del Tribunal nº 46/2001. F.J. 11, en el que se dice:

«El ejercicio de la libertad religiosa y de culto, como declara el art. 3.1 de la Ley Orgánica 7/1980, en absoluta sintonía con el art. 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. ».

Fundamento de Derecho Décimo.-

El recorrido por la doctrina constitucional que precede, volviendo desde él al análisis de la sentencia recurrida, pone de manifiesto que su fundamentación no tiene encaje posible en el marco de ella.

Empezamos por la exigencia indeclinable de una ley previa que establezca el límite para el ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa, que la prohibición del velo integral supone. Visto en este caso que tal ley no existe, basta sólo con ello, para afirmar que la prohibición establecida al respecto en la Ordenanza así como en los Reglamentos provisionalmente aprobados en ese punto por el Acuerdo recurrido (salvo el de transporte urbano, que deberá analizarse separadamente) vulneran el citado derecho fundamental.

La insuperable exigencia constitucional de la necesidad de la ley para limitar el ejercicio del derecho fundamental, no puede sustituirse, como ya se razonó en el fundamento octavo, por las posibilidades normadoras de las Ordenanzas municipales.

En especial, y complementando lo que en el referido fundamento quedó dicho, debe rechazarse la argumentación del Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia, en la que, partiendo de la cita del asunto *Leyla Sahin vs. Turquía* y del asunto *Kervanci vs. Francia.*, al enfrentarse al requisito del art. 9.2 del Convenio Europeo respecto de la exigencia de que la limitación esté "prevista por la ley", se intenta justificar dicho requisito en el apartado a) del Fundamento a la luz de la doctrina del TEDH expresada en la sentencias que en dicho apartado se citan, en vez de, como es obligado, a la de nuestro ordenamiento constitucional. Tal modo de proceder, aparte de resultar contrario a lo dispuesto en el art. 53.1 CE, ni tan siquiera se ajusta a la propia sentencia del caso Sahin, que en sus párrafos 100 y 101 (lo mismo que en otras muchas sentencias de innecesaria cita individualizada) antepone a la apreciación del Tribunal la que en cada país se acomode a sus parámetros constitucionales.

A partir de ahí, y puesto que en nuestra Constitución no queda la más mínima duda de la exigencia de una Ley propiamente tal al respecto, como con especial énfasis se razona en la STC antes citada 292/2000, no cabe sustituir la inequívoca exigencia constitucional por la apelación a la jurisprudencia del TEDH, para desde ella eludir dicha exigencia.

En modo alguno puede entenderse que el Convenio Europeo aludido rebaje las exigencias de nuestra Constitución, lo que, sin decirlo, parece considerar la sentencia recurrida en el punto que nos ocupa.

El propio Convenio Europeo, en el que se pretende apoyar la Sentencia, en su art. 53 (*«Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier parte contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte»*) cierra el paso al expediente dialéctico utilizado en la sentencia, de intentar medir las

exigencias para la limitación del derecho fundamental con el parámetro del Convenio y de su interpretación jurisdiccional por el TEDH, en vez de con el de la Constitución.

Es ya, después de razonada la vulneración del derecho fundamental, como puede aceptarse, según se anticipó en el Fundamento Octavo, la tesis de la incompetencia del Ayuntamiento, alegada, tanto por la recurrente como por el Ministerio Fiscal, o mas bien, según nuestra propia apreciación, de la extralimitación de la competencia que tiene atribuida por los títulos competenciales que invoca, al hacer lo que no podía hacer.

Por otra parte, desde la perspectiva actual pierde ya valor, como también se anticipó en su momento, el alcance general de la prohibición, afirmado por nuestra parte y razonado en el F.D. Segundo, o limitado a sólo algunos servicios, pues aunque, a los meros efectos dialécticos, aceptáramos esa limitación del alcance de la prohibición, también para establecerla en esos servicios sería necesaria la previa existencia de ley.

La competencia del Ayuntamiento para regular sus servicios y la convivencia en el ámbito del Municipio: incontestable, (y es ahí donde entran en juego como normas habilitantes las de LBRL -Art. 4.1.f, 25 y 25- y de la Carta Europea de la Autonomía local -art. 4.2-, citadas en sentencia), no puede suponer que, al ejercitar las competencias que dichas normas le confieren, pueda hacerlo prescindiendo de los límites constitucionales que le impone el respeto del derecho fundamental de libertad religiosa, proclamado en el art. 16.1 CE.

Conviene advertir que, al razonar como lo hacemos, no nos pronunciamos respecto a lo que el legislador pueda, en su caso, hacer sobre el uso del atuendo religioso que nos ocupa. Si lo hiciéramos, ello constituiría una intromisión en el espacio del legislador, inaceptable en un órgano jurisdiccional, (aunque este sea el Tribunal Supremo desde la superior posición constitucional en que el art. 123 CE lo sitúa), dada su posición constitucional (art. 117.1 CE) de sumisión a la ley. Simplemente nos limitamos a afirmar la inexistencia de la Ley, con la consecuencia que ello implica, ya razonada.

Pero es necesario que nos detengamos en los extremos clave de la sentencia en los que expresa la justificación de la Ordenanza impugnada en relación con los fines indicados en el art. 9.2 del Convenio Europeo, que cita, para dar respuesta a las alegaciones cruzadas al respecto entre las partes; lo que en modo alguno podrá verse como un imposible análisis anticipado de si los fines que la sentencia invoca para justificar la medida cuestionada, pueden habilitar al legislador para regular tal prohibición, sino exclusivamente como el enjuiciamiento de lo que en relación con ellos dice la sentencia.

Esta se refiere a la perturbación de la tranquilidad que en nuestra cultura occidental produce el ocultamiento del rostro en la realización de las actividades cotidianas. Tal alegada perturbación se rechaza por la recurrente, según se ha dejado constancia en el Fundamento Tercero de esta nuestra sentencia, calificando con reiteración tal apreciación de la sentencia recurrida de juicio de valor subjetivo o de prejuicios personales, sin base probada. A su vez, el Ministerio Fiscal en su escrito, del que queda hecha amplia referencia en nuestro Fundamento de Derecho Quinto, hace objeto de especial censura esa misma apreciación.

Compartimos por nuestra parte sobre el particular las críticas coincidentes del Ministerio Fiscal y de la recurrente.

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 art. 9.2 CE, solventase la fricción cultural que esa perturbación manifestase, en el sentido en que lo hace la sentencia recurrida.

Al respecto la sentencia del TEDH de la Gran Sala, de 10 de noviembre de 2005, citada en otro lugar, se manifiesta de modo

inequívoco en sus párrafos 106, 107 y 108, sobre el papel del Estado para «*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 religiones, 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., nºs. 2.088/94, 28331/95 y 28443/95 §112, TEDH 1999- III)».

Las alusiones de la sentencia a la seguridad y al orden público protegidos por la Ley (contenidas en el apartado b del F.D. tercero) en exceso sumarias y carentes de desarrollo, una vez rechazada la referencia a la perturbación de la tranquilidad pública, adolecen de una total falta de base, siendo igualmente compartibles por esta Sala las tesis críticas que en relación a dichas alusiones de la sentencia exponen en sus respectivos escritos la recurrente y el Ministerio Fiscal a tales elementos.

Conviene recordar aquí la referencia que líneas atrás hacíamos a la STC 46/2001, y a lo que en ella se dice al respecto, para rechazar la argumentación de la sentencia recurrida que analizamos.

No puede olvidarse que entre los elementos del orden público protegidos por la ley, en el que se integran los derechos y libertades fundamentales que la Constitución consagra, uno de ellos es, precisamente, el de libertad religiosa.

Respecto de la alusión en el Fundamento de Derecho 3º apartado b) de la sentencia recurrida a la protección de los derechos y libertades fundamentales ajenos, hemos de precisar que, en este caso, la afirmada protección de esos derechos y libertades ajenos no se justifica, pues los derechos y libertades a considerar no deben ser los de la persona afectada por la medida limitativa, sino los de terceros, que pudieran resultar perturbados por la actuación de la persona a la que, para evitar tal perturbación, se le limita su derecho. La finalidad de proteger derechos y libertades ajenos, no puede así justificar la limitación de un derecho constitucional de una persona que tenga como finalidad la protección de los derechos de ésta, pues éstos no son derechos y libertades ajenos.

Consideración especial merece la argumentación contenida en el apartado c) del Fundamento de Derecho Tercero respecto al tercero de los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la interpretación del Art. 9.2 del Convenio Europeo: «necesaria en una sociedad democrática».

Al respecto la sentencia, en vez de justificar, como la titulación del epígrafe sugiere, 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»*.

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 hacérsele 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.

No consideramos así justificado el requisito de la necesidad a que la sentencia recurrida se refiere.

Para medir la necesidad o no de la medida en una sociedad democrática, no está de más aludir a los textos internacionales que se indican en el Fundamento Segundo.

Por otra parte, en los estudios doctrinales sobre la justificación de una prohibición de tal tipo no es infrecuente resaltar el riesgo del efecto perverso que pueda derivarse de la misma: el enclaustramiento de la mujer en su entorno familiar inmediato, si decide anteponer a otras consideraciones sus convicciones religiosas; lo que a la postre resultaría contrario al objetivo de integración en los diferentes espacios sociales, y en suma, en vez de servir a la eliminación de discriminaciones, pudiera

contribuir a incrementarlas, si a la mujer concernida se le cierran esos espacios. Las consideraciones precedentes conducen en definitiva al rechazo de la argumentación contenida en el apartado c del Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia.

En conclusión, como se ha anticipado, hemos de afirmar que la sentencia recurrida, al rechazar que la Ordenanza impugnada vulnera el Art. 16.1CE, es contraria a derecho e incide en la vulneración que niega, debiendo por tanto estimar el motivo segundo de casación en lo atinente a la vulneración de ese concreto derecho, con la salvedad que hacemos de inmediato.

Fundamento de Derecho Undécimo.-

Se refiere esa salvedad a la aprobación inicial de la modificación del Art. 21 del Reglamento del Servicio de Transportes Urbanos de Viajeros de Lleida, aceptando al respecto lo que el Ministerio Fiscal propone en su escrito.

Es indudable que el sentido de esa modificación se diferencia con claridad de las demás analizadas, pues no impiden el uso del velo integral, ni por tanto puede equipararse en su valoración jurídica respecto a la vulneración del Art. 16.1 CE a la que merece la prohibición analizada en los fundamentos precedentes

La exigencia de identificación que en dicho Reglamento se establece, como control del uso de un beneficio al que la portadora del velo integral se acoge libremente, no supone limitación del ejercicio del derecho de libertad religiosa, ni supone regulación de ésta, precisada de previa regulación por ley; por lo que tiene la cobertura plena de los títulos legales que el Ayuntamiento invoca, lo que impone la desestimación del recurso de casación y la confirmación de la sentencia desestimatoria en lo concerniente a ese concreto y limitado contenido del recurso.

Fundamento de Derecho Duodécimo.-

Por lo que hace a la alegada vulneración aludida en el apartado D del segundo del Recurso, en el que se invoca la «*infracción de los*

artículos 10 de la Constitución Española y 23 de la Ley Electoral y de la Directiva Comunitaria 92/100 CE», si bien en su desarrollo se hace alusión breve al Art. 23.CE, debe ser desestimada.

Es, en primer lugar, compartible la argumentación del Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia sobre la ausencia de un mínimo desarrollo de la vulneración del Art. 23.CE, que en la instancia se invocaba.

En la casación, en contradicción con las exigencias técnicas de la misma, según nuestra constante jurisprudencia, se traen a colación argumentos y citas legales no expuestas en la instancia, lo que nuestra citada jurisprudencia considera contrario a las exigencias de la casación, cuyo objeto de impugnación debe ser la sentencia de instancia y no el acto administrativo sobre cuya impugnación esta se pronuncia (por todas, STS de 19 de diciembre de 2012, Rec. cas. nº 4510/2010). Lo que ha hecho en este caso la recurrente, es exponer la argumentación que omitió en la instancia, y eso en la casación no es aceptable, bastando tal consideración para la desestimación del motivo.

En todo caso no está de más destacar que, así como la prohibición del velo integral constituye directamente una limitación del ejercicio de la libertad religiosa, según ha quedado ampliamente razonado en los fundamentos precedentes, en relación con la participación electoral no es igualmente directa, tratándose a lo más de una incidencia derivada de la limitación del derecho de libertad religiosa; por lo que, eliminada dicha limitación, desaparece la eventual incidencia en el derecho que el motivo que analizamos invoca.

Se impone así la desestimación del motivo en este punto.

Fundamento de Derecho Decimotercero.-

La estimación del recurso de casación, según lo dispuesto en el Art. 95.2 de la LJCA, nos obliga a resolver lo que corresponda dentro de los términos en que está planteado el debate, que en este caso no difiere del suscitado en la casación, por lo que todo lo dicho para fundar la estimación de ésta basta para la estimación sustancial del recurso

contencioso-administrativo, y la anulación del acuerdo recurrido y textos normativos en él ordenados por vulneración del art. 16.1 CE (Art. 26.2 y 27.9 y 102.25 de la Ordenanza, debiéndose precisar que, razonada la ilegalidad de la prohibición, de ella se deriva de modo inmediato la de la infracción), excepto en lo relativo a la modificación del Reglamento del servicio de Transporte Urbano, lo que determina de nulidad de pleno derecho dichos acuerdos y normas, conforme a lo dispuesto en el Art. 62.1.a) de la Ley 30/1992.

Fundamento de Derecho Decimocuarto.-

Resumiendo todo lo razonado y como conclusión final, procede la estimación del recurso de casación por vulneración del derecho de libertad religiosa, art. 16.1 CE, al no existir Ley previa con base a la que pudiera limitarse el ejercicio de tal libertad en lo relativo al uso del atuendo cuestionado, siendo rechazable la argumentación de la sentencia recurrida, tanto en cuanto al reconocimiento de la competencia del Ayuntamiento de Lleida para establecer tal limitación, como a las razones materiales para aceptar dicha limitación.

Anulada la Sentencia, procede la estimación en lo sustancial del recurso contencioso-administrativo, excepto en lo referido al Reglamento del Servicio de Transporte Urbano.

Fundamento de Derecho Decimoquinto.-

En cuanto a costas no existen motivos para una especial imposición con arreglo a lo dispuesto en el Art. 139 LJCA, ni en la casación, según lo dispuesto en el apartado 2 del citado precepto, al ser estimado el recurso, ni en la instancia, conforme al apartado 1 según el texto anterior a la modificación por la Ley 37/2011, que es el aplicable al caso, al no apreciarse mala fe o temeridad.

F A L L A M O S

1º) Que debemos estimar, y estimamos, en lo sustancial el recurso de casación interpuesto por la Procuradora D^a M^a María Luz Albacar Medina, en representación de LA ASOCIACIÓN WATANI POR

LA LIBERTAD Y LA JUSTICIA, contra la sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictada en el recurso nº 394/201 para la protección de los derechos fundamentales de la persona, sentencia que casamos, dejándola sin efecto, excepto en el contenido desestimatorio de la misma atinente a la modificación del Reglamento del Servicio de Transporte Urbano de Viajeros de LLeida, en cuyo singular y limitado contenido confirmamos la sentencia.

2º) Que debemos estimar, y estimamos, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora Dª Mª María Luz Albacar Medina, en representación de LA ASOCIACIÓN WATANI POR LA LIBERTAD Y LA JUSTICIA, contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Lleida de 8 de octubre de 2010, por el que se aprueba definitivamente la modificación de los art. 26.2, 27.9 y 102.25 de la Ordenanza Municipal de Civismo y Convivencia e inicialmente la modificación de los arts. 57 del Reglamento del Archivo Municipal y 37 del Reglamento de funcionamiento de los Centros Cívicos y locales municipales, acuerdo y textos normativo por él aprobados, que declaramos contrarios a derecho y anulamos.

3º) Que debemos desestimar, y desestimamos, el referido recurso en cuanto al contenido del Acuerdo municipal citado, referido a la modificación del art. 21 del Reglamento del Servicio de Transportes Urbano de Viajeros, y respecto a este texto normativo, que estimamos conforme a derecho.

4º) Que no procede la imposición de costas ni de la casación ni de la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal, el mismo día de su fecha, lo que certifico.