

ORDENANZA MUNICIPAL. PROHIBICIÓN DEL VELO INTEGRAL (Comentario a la STS de 14 de febrero de 2013)¹

Julio Galán Cáceres

Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa y profesor del CEF

EXTRACTO

La atribución a los ayuntamientos de competencia para regular aspectos accesorios de los derechos fundamentales resulta contraria a lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución española. 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. El auténtico centro de gravedad del problema 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. 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, basta, puesto que tal ley no existe, para afirmar que la prohibición establecida al respecto en la ordenanza vulnera el citado derecho fundamental. La competencia del ayuntamiento para regular sus servicios y la convivencia en el ámbito del municipio son incontestables, lo cual 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.

Palabras claves: administración local, nulidad de órdenes municipales, libertad religiosa y velo integral.

Fecha de entrada: 05-04-2013 / Fecha de aceptación: 05-04-2013

¹ Véase el texto de esta sentencia en la *Revista Ceflegal (Legislación y Jurisprudencia)*. CEF, núm. 148, mayo 2013.

MUNICIPAL ORDINANCE. PROHIBITION OF THE INTEGRAL VEIL

(Commentary on the Supreme Court of 14 February 2013)

Julio Galán Cáceres

ABSTRACT

The attribution of competence to local councils to regulate ancillary aspects of fundamental rights is contrary to the provisions of art. 53 CE. Different case is that the regulation of matters within their areas of competency, which are constitutionally and legally local, can affect (not directly regulate) on issues fundamental right accessories, but this effect will be conditioned on their legality to the limit the exercise of the fundamental right, which, if any, are likely to present meets the constitutional requirements to limit the exercise of the fundamental right. The real center of gravity of the problem is the constitutional justification for the burka ban, given the use of this as a manifestation of the exercise of religious freedom. The unwavering demand prior law that sets the limit for the exercise of the fundamental right of religious freedom, which implies burka ban, simply because there is no such law, to assert that the prohibition about the Ordinance violates the said fundamental right. The responsibility of the council to regulate its services and living in the area of the municipality is incontestable, which can not be assumed that, in exercising the powers conferred upon those standards can do so regardless of the constitutional limits imposed by respect for the right fundamental religious freedom.

Keywords: local administration, nullity of municipal orders, religious freedom and burka.

Los temas relacionados con la libertad religiosa son siempre objeto de no pocas polémicas pues se enmarcan dentro de los sentimientos más íntimos de la persona, todo ello al margen de considerar que no resulta extraño la politización excesiva de dichas materias en el ámbito de los países democráticos, donde siempre es difícil establecer límites sobre lo que debemos considerar o no ejercicio de la libertad religiosa. Prueba de ello es la presente sentencia, que va a ser objeto de análisis y de la que recientemente se han hecho eco los medios de comunicación, encontrando, como cabía esperar, posiciones enfrentadas sobre la postura que sobre la cuestión ha sentado el Tribunal Supremo.

Concretamente nos estamos refiriendo al uso del velo islámico en dependencias oficiales y a la prohibición que sobre el mismo había establecido el Ayuntamiento de Lleida a través del Acuerdo del Pleno 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 se 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.

De toda esta modificación normativa resulta trascendente a los efectos que aquí nos ocupan los artículos 26.2, 27.9 y 102.25 en los que de una manera muy detallada se regula la prohibición de acceso a espacios públicos del ayuntamiento a las personas que porten velo integral, de manera que si se observara a una persona en tales circunstancias, en un primer término se les informará sobre la prohibición de acceder y permanecer en los espacios o locales portando estos elementos y si no se atendiera este aviso, se procederá a requerir la actuación de los agentes de la autoridad, llegando incluso a la formulación de la correspondiente denuncia, procediéndose posteriormente a la incoación del expediente sancionador.

Una asociación de carácter islámico recurrió, por la vía del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales del artículo 114 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LRJCA), esta previsión normativa ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC), aduciendo que se estaban conculcando los derechos fundamentales de la libertad ideológica y religiosa, contenidos en el artículo 16 de la Constitución española, el derecho a la igualdad, del artículo 14 de la Constitución española, y el derecho de participación en los asuntos públicos. Pues bien, debemos adelantar que la Sala del TSJC desestimó el recurso al considerar que no cabía apreciar lesión alguna de los derechos fundamentales aducidos. Así, por lo que respecta a una presunta falta de competencia del ayuntamiento para regular la cuestión del uso del velo integral y tras reconocerse la inexistencia de norma estatal o autonómica que prevea tal prohibición, la Sala encuentra el apoyo legal requerido para validar la prohibición en los artículos 139 y 140 de la Ley de Bases de Régimen Local (LBRL), tras la modificación por la Ley 57/2003.

Y es que dentro de los criterios de antijuridicidad que pueden refrendar el establecimiento de prohibiciones y sanciones en el ámbito local nos encontramos con el de la perturbación de la tranquilidad del resto de personas usuarias del servicio o espacio público municipal, de manera que se pueda avalar que un 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.

De esta manera se llega a concluir por parte del TSJC que una ordenanza municipal 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. Así se justifica la conformidad a derecho de la prohibición del uso del velo en dependencias municipales, reforzando su tesis en la noción del mantenimiento del orden público protegido por la ley, respecto a la manifestación de las creencias religiosas, de conformidad con lo previsto en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa (LO 7/1980, de 5 de julio).

Contra esta sentencia desestimatoria, la asociación recurrente interpone recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo a través de un extenso escrito de interposición, recurso de casación que es aprovechado por el Tribunal Supremo, una vez que advierte que es la primera vez que esta cuestión se residencia ante él, para:

1. Efectuar una 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 solo.
2. Consideración global del sentido de los preceptos de la ordenanza municipal impugnados en el proceso.
3. Delimitación del sentido propio de nuestra sentencia.

Así, por lo que respecta a la primera de las cuestiones, el Tribunal Supremo tras efectuar un somero repaso sobre la Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre la materia llega a concluir que no cabe encontrar en la jurisprudencia de dicho tribunal internacional una pauta segura e inequívoca para el tratamiento jurisdiccional del problema que abordamos, pues ejemplos tales como Francia y Turquía en principio no nos podrían valer toda vez que la consagración del laicismo que preconiza toda su normativa no es aplicable a España por razones obvias, pues el principio que rige en España no es el del laicismo, sino la de la aconfesionalidad, que son bien distintos. Apunta, en este sentido, que en nuestro país no existe 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.

Con relación al segundo de los extremos a analizar, el Alto Tribunal pone de manifiesto que el examen de legalidad de la ordenanza ha de partir de dos premisas; una que no cabe estrictamente ceñir la prohibición a los espacios públicos municipales atendida su trascendencia y por otra que la finalidad de la modificación de la ordenanza aunque regulaba cuestiones como el uso de cascos y otros instrumentos que dificultaban la identificación no era otra que prohibir el uso del velo integral.

Y por lo que respecta a la última precisión, el Tribunal Supremo se cuida muy mucho de advertir que su sentencia no tiene en modo alguno el sentido de respuesta 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.

Comienza a continuación a analizar los dos motivos de casación invocados, eso sí, tras poner de manifiesto la confusión del escrito impugnatorio al mezclarse y reiterarse argumentos expuestos en cada uno de los motivos. No le resulta complicado al Tribunal Supremo rechazar el primero de los motivos, tendente a poner de manifiesto la falta de motivación de la sentencia, pues la sola lectura de esta evidencia la irrealidad de tal reproche, pues la crítica que se dirige hacia muchos aspectos de la misma revela la precisión con que fue analizada la cuestión por parte de la Sala de instancia.

El otro de los motivos, por el contrario, sí que va a dar mucho más «juego». En primer término se pone de manifiesto la incompetencia del Ayuntamiento de Lleida para regular cuestiones atinentes a la libertad religiosa. A partir de aquí ya podemos apreciar que la Sala no va a permanecer inactiva por lo que hace a su valoración de la sentencia recurrida, pues comienza a criticarla cuando precisa que una pretendida atribución a los ayuntamientos de competencia para regular aspectos accesorios de los derechos fundamentales resulta contraria a lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución española, que dispone que «solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regular el ejercicio de tales derechos y libertades...». De esta manera, 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.

Es por ello que la tesis sostenida por la Sala de instancia de que la prohibición del velo encuentra cobertura en el principio de autonomía local del artículo 140 de la Constitución española no puede ser compartida toda vez que no puede resultar ajustado a derecho que un ayuntamiento, pese a la inexistencia de una 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 de la CE) y el de los límites de su ejercicio. No se queda ahí la Sala, sino que llega a calificar de artificioso lo sostenido por el TSJC al fundar la legalidad de la ordenanza en las competencias que de manera genérica atribuyen a los ayuntamientos los artículos 139 y 140 de la LBRL, enfocando la cuestión desde una perspectiva sancionadora, es decir, que se pueden prohibir conductas que atenten contra el orden público y la seguridad, desenfocando totalmente la cuestión, pues en definitiva, lo que es objeto de controversia no es sino una manifestación del ejercicio de la libertad religiosa.

Es a partir de este instante cuando la Sala afronta de manera decidida la cuestión, de manera que no le queda más remedio que preguntarse si prohibir el uso del velo integral en espacios públicos viola el derecho a la libertad ideológica y religiosa del artículo 16 de la Constitución española, partiendo de una circunstancia indiscutida y es que el uso de velo integral constituye una manifestación de ejercicio de libertad religiosa, regulada en el artículo 16.1 de la Constitución española 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 artículos 81 y 53 de la Constitución española, debiendo por tanto examinar cuál

ha de ser la exigencia de la Constitución española para poder limitar el ejercicio de tal derecho. En este sentido haciéndose eco de una profusa doctrina constitucional llega a una conclusión que va a resultar letal para la suerte de la sentencia impugnada y por ende de la ordenanza discutida y es que resulta esencial a nuestro ordenamiento jurídico que solo por una ley se pueden establecer el límite al ejercicio del derecho de libertad religiosa que entraña la prohibición que se cuestiona en el proceso, resultando dicha fuente normativa insustituible por ninguna otra.

De esta conclusión, se extrae por sí misma la incompetencia del Ayuntamiento de Lleida para regular tal cuestión, habiéndose extralimitado en la competencia que tiene atribuida por los títulos competenciales que invoca, al hacer lo que no podía hacer. De esta manera la competencia del ayuntamiento para regular sus servicios y la convivencia en el ámbito del municipio, que en principio resultan incontestables, 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 artículo 16.1 de la Constitución española.

También aprovecha el Tribunal Supremo la oportunidad que le brinda el recurso de casación para analizar si el uso del velo integral perturba la tranquilidad que en nuestra cultura occidental produce el ocultamiento del rostro en la realización de las actividades cotidianas. Tal cuestión es resuelta de manera negativa pues no está constatado que se produzca tal perturbación, citando en apoyo de su tesis una Sentencia del TEDH de 10 de noviembre de 2005, en la que se declara que 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 evitar cualquier abuso de posición dominante».

En consecuencia, no le resultan aceptables al Tribunal Supremo las innumerables invocaciones que el TSJC hace a la seguridad y a la protección del orden público, pues las mismas, en modo alguno y desde una perspectiva estrictamente municipal, no pueden fundamentar una restricción a un derecho fundamental sin que la misma encuentre amparo en una norma de rango legal.

Por último, consideramos relevante hacer alusión a lo razonado por el Tribunal Supremo en relación con el uso del burka, del cual dice que, a pesar de lo difícil que resulta conciliar su uso con los valores y principios de igualdad de nuestra sociedad, no se puede prescindir del dato de su uso voluntario. Y es que no debemos olvidar que nuestra sociedad dota a las mujeres de suficientes herramientas para reaccionar contra la imposición de su uso, de manera que no cabe justificar la prohibición de sus uso a partir 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.

En definitiva, nos encontramos ante una sentencia pionera en nuestro país y de la que deducimos la necesidad de que por parte del legislador se adopten las medidas legislativas encaminadas a regular el uso de símbolos religiosos, afrontándolo de una manera valiente, tal y como han hecho otros países de nuestro entorno.