



Roj: **STSJ CAT 5980/2011 - ECLI: ES:TSJCAT:2011:5980**

Id Cendoj: **08019330022011100482**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Barcelona**

Sección: **2**

Fecha: **07/06/2011**

Nº de Recurso: **394/2010**

Nº de Resolución: **489/2011**

Procedimiento: **Recurso protección jurisdiccional**

Ponente: **MARIA DEL PILAR ROVIRA Y DEL CANTO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 5980/2011,**
STS 693/2013,
ATS 3664/2013

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA. BARCELONA

Recurso protección jurisdiccional nº 394/2010

Partes: ASOCIACIÓN WATANI POR LA LIBERTY Y LA JUSTICIA

C/AJUNTAMENT DE LLEIDA

SENTENCIA N° 489

Ilmos. Sres. Magistrados:

Don Emilio Berlanga Ribelles

Doña Núria Clèries Nerín

Doña M^a Pilar Rovira del Canto

Don Javier Bonet Frigola

Doña M^a Mercedes Delgado López

En la ciudad de Barcelona, a siete de junio de dos mil once.

VISTO POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA (SECCION SEGUNDA), constituida para la resolución de este recurso, ha pronunciado en el nombre del Rey, la siguientes sentencia en el recurso contencioso-administrativo para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona nº 394/2010, interpuesto por ASOCIACIÓN WATANI POR LA LIBERTY Y LA JUSTICIA, representada por el Procurador de los Tribunales JAUME CASTELL NADAL y asistida de Letrado, contra AJUNTAMENT DE LLEIDA, representado por el Procurador de los Tribunales JOAQUIN RUIZ BILBAO y defendido por Letrado.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a M^a Pilar Rovira del Canto, quien expresa el parecer de la SALA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de la parte actora, se interpuso recurso contencioso-administrativo contra resolución del Ayuntamiento de Lleida, de 25-10-10, que desestima las alegaciones presentadas en relación



a la suspensión de ejecutividad de la aprobación inicial de la modificación de OMCIC y la anulación de la modificación de la ordenanza aprobada y de sus actos complementarios.

SEGUNDO .- Acordada la incoación de los presentes autos, se les dio el cauce procesal previsto por la Ley de esta Jurisdicción, habiendo despachado las partes, llegado su momento y por su orden, los trámites conferidos de demanda y contestación; en cuyos escritos respectivos en virtud de los hechos y fundamentos de derechos que constan en ellos, suplicaron respectivamente la anulación de los actos objeto del recurso y la desestimación de éste, en los términos que aparecen en los mismos.

TERCERO .- Se abrió la prueba mediante Auto y, verificada la misma según obra en autos, se continuó el proceso por el trámite de conclusiones sucintas que evacuaron las partes y, finamente se señaló día y hora para votación y fallo que tuvo lugar el 24 de mayo de 2011.

CUARTO .- En la sustanciación del presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Asociación Watani para la libertad y la justicia interpone recurso especial de protección de derechos fundamentales contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Lleida de fecha 8 de octubre de 2010 que aprueba definitivamente la modificación de tres artículos de la *Ordenança Municipal de civisme i convivència* publicada en el BOP de 13 de marzo de 2007, 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.

La falta de rigor jurídico en la identificación del acto administrativo impugnado ya fue corregido por el Tribunal en la pieza separada de medidas cautelares y ninguna consecuencia más debe tener, pues tanto el Ministerio Fiscal como el propio Ayuntamiento demandado centran sus alegaciones en el acuerdo reseñado, sin confusión alguna.

El Acuerdo del Plano impugnado, introduce las siguientes modificaciones en la Ordenanza:

A) en el Título II, *Ús dels béns i serveis públics*, Capítulo I, *Normes Generals*, un punto 2 al art. 26, *Utilització*, y un punto 9 al art. 27, *Prohibicions*.

B) En el Título V, *Régim sancionador*, Capítulo II, *Infraccions*, art. 102, *Infraccions lleus*, añade un punto 25.

Tales modificaciones introducen en la Ordenanza de civismo y convivencia la prohibición de *accedir o romandre en els espais o locals destinats a l'ús o servei públic, a les persones que portin vel integral, passamuntanyes, casc integral o altres vestimentes o accesoris que impedeixin la identificació i la comunicació visual de les persones, sempre que així estigui prohibit o limitat per la normativa reguladora específica*, y la tipificación de una nueva infracción leve (sancionable por tanto según el art. 106 con multa de 30 a 600 euros), consistente en infringir la anterior prohibición, es decir, *accedir o romandre en els espais o locals destinats a l'ús o servei públic, a les persones que portin vel integral, passamuntanyes, casc integral o altres vestimentes o accesoris que impedeixin o dificultin la identificació i la comunicació visual de les persones, sempre que així estigui prohibit o limitat per la normativa reguladora específica*

El Acuerdo impugnado aprueba también inicialmente la modificación de tres Reglamentos, cuales son el del archivo municipal, el del servicio de transporte urbano de viajeros de Lleida y el de funcionamiento de los centros cívicos y locales sociales y municipales, para introducir en tales espacios y servicio la anterior prohibición.

La demanda formalizada por la Asociación recurrente alega como motivos de impugnación los siguientes:

- 1) Falta de competencia del Ayuntamiento de Lleida para legislar en materia de derechos fundamentales.
- 2) Suficiencia de las leyes estatales para conseguir la identificación de las personas y por tanto innecesariedad de la modificación de la Ordenanza. Falta de diálogo con los colectivos afectados.
- 3) Vulneración del art. 16 de la Constitución (derecho a la libertad ideológica y religiosa), así como de la LO de Libertad Religiosa.
- 4) Vulneración del art. 14 de la Constitución (derecho a la igualdad) y del art. 14 del Convenio Europeo (Roma 4 de noviembre de 1950) para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (prohibición de discriminación).



5) Vulneración de los arts. 10 y 23 de la Constitución , de la ley electoral y de la Directiva comunitaria 93/100 / CE.

6) Indefensión por la denegación de pruebas propuestas en el trámite de información pública y falta de motivación de la actuación administrativa.

SEGUNDO.- Los derechos fundamentales que se invocan por la Asociación recurrente como vulnerados son los contemplados en la Constitución en el art. 16 , derecho a la libertad ideológica y religiosa, el 14, derecho a la igualdad, y el 23, derecho de participación en los asuntos públicos.

Como hemos visto, la modificación de la Ordenanza viene a establecer una nueva prohibición, con la correlativa tipificación de una nueva infracción, de carácter leve.

La cuestión que desde la óptica de los derechos fundamentales se nos plantea es si dicha prohibición vulnera el derecho fundamental consagrado en el art. 16 de la CE , a la libertad ideológica, religiosa y de culto, en la medida en que la prohibición incluye una vestimenta, el velo integral (con denominaciones como *burka completo*, *chador*, *niqab* u otras), que según afirma la demanda, "es propia de las personas que profesan la religión musulmana".

Este Tribunal, atendida la polémica social existente al respecto, únicamente puede afirmar que se trata de una prenda que visten algunas mujeres -no todas- de religión islámica.

Utilizando palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo para el velo no integral, se puede considerar que su porte es un acto *motivado o inspirado por una religión o una convicción* . Sin pronunciarnos sobre si este acto constituye en todos los casos un cumplimiento de un deber religioso, sí que es o puede ser manifestación de una creencia o convicción ideológica o religiosa, y por tanto, un signo de tal carácter.

La Asociación recurrente estima que el Ayuntamiento no tiene atribuidas las competencias legislativas en materia de derechos fundamentales. 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 reglamentario como es la Ordenanza.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido evolucionando desde la inicial doctrina de la vinculación positiva, según la cual la Corporación Local sólo puede reglamentar en la forma en que previamente hubiera sido habilitada por el legislador sectorial, hasta la actual doctrina de la vinculación negativa, que permite a las Corporaciones Locales reglamentar sin previa habilitación legal, dictando Ordenanzas en toda materia que sea de su competencia, si al hacerlo no contradice ni vulnera la legislación vigente. Ello derivado de la amplitud con que la Constitución concibe la garantía institucional de la autonomía de gobierno y administración de los municipios (art. 140 CE), la cual debe ser interpretada en el terreno competencial de acuerdo con la cláusula de subsidiariedad de la Carta Europea de Autonomía Local de 15-10-1985, ratificada por España mediante Instrumentos de 20-1-1988, contenida en su art. 4.2, según el cual, *las Entidades locales tienen, dentro del ámbito de la Ley, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad*.

En materia de potestad sancionadora, tal como resume la sentencia del TS de 23-6-2003 , su atribución a los entes locales se contiene de modo explícito en el art. 4.1.f de la Ley de Bases de Régimen Local , Ley cuya modificación por la Ley 57/2003 de 16 de diciembre la adecuó a lo que señalaba la sentencia del Tribunal Constitucional 132/2001 , de exigencias mínimas que había de reunir la ley que regule la potestad sancionadora municipal en un ámbito concreto de la intervención pública, esto es, 1) fijar los criterios mínimos de antijuricidad conforme a los cuales cada Ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones y 2) preestablecer cuando menos las sanciones que pueden establecer las Ordenanzas municipales.

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. En concreto, se hace referencia (art. 26.2) a *"edificis i equipaments municipals"*, y *"espais o locals destinats a tal ús"*.

Una prohibición o infracción de tales características carece de cobertura en norma estatal o autonómica alguna. Debemos plantearnos por tanto, si puede encontrar sustento jurídico en los arts. 139 y 140 de la LBRL tras su modificación en 2003.

El art. 139 de la LBRL posibilita establecer un régimen sancionador por parte de los Entes Locales, cuando tal habilitación no se pueda desprender directamente de la normativa sectorial, *"para la adecuada ordenación*



de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos" .

La sentencia del Tribunal Supremo de 30-11-2010 señala que "los conceptos a cuya protección remite el precepto legal deberán ser objeto de interpretación casuística en vía jurisdiccional, de forma que se pueda llegar al entendimiento, de sí, en cada caso, una determinada regulación municipal puede hallar encaje en los mismos." , añadiendo que un elemento de primordial interés interpretativo reside en la consideración de las infracciones previstas en los arts. 139 y 140 de la LBRL.

Tales preceptos, como criterios de antijuricidad, 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 grave, inmediata y directa a dicha tranquilidad o ejercicio de derechos legítimos, y al resto de supuestos, la clasificación de graves y 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 antijuricidad contemplados en la LBRL, perturbación de la tranquilidad del resto de personas usuarias del servicio o del 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 los derechos fundamentales y libertades públicas, ya que el criterio general es que puede regular materias accesorias de esos derechos fundamentales, y sobre todo los concernientes a las manifestaciones de la convivencia o vida colectiva dentro del término municipal a las 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.

También se ha dicho en anteriores sentencias de la sección 5ª que en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana existen una serie de materias, como son la seguridad de los lugares, cuya competencia no resulta ajena a la Administración Municipal, de acuerdo con los artículos 25 y 26 de la Ley 7/1.985, de 2 de abril (y correlativos del Decret Legislatiu 2/2003), y que justifica la actuación normativa y organizativa municipal materializada en ordenanzas.

En este caso la prohibición halla sustento, como hemos dicho, en la perturbación de la tranquilidad que ocasiona la ocultación del rostro en actividades cotidianas, pero también se justifica en materia de seguridad de los lugares, pues sin perjuicio de la legislación estatal en relación con la obligatoriedad de identificación de las personas, que puede requerirse puntualmente en el ejercicio de las funciones de indagación o prevención de los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 20 Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana), el mantenimiento continuado de la seguridad en espacios municipales corresponde al Ayuntamiento.

La Ley Orgánica de Libertad Religiosa, que regula el desarrollo de este derecho fundamental de un modo nuclear y directo, señala en el art. 2.1 que la libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución , comprende el derecho de toda persona a *manifestar* libremente sus propias creencias religiosas, y la propia Constitución dice que tales manifestaciones no tendrán más limitación que la necesaria para el *mantenimiento del orden público* protegido por la ley.

El concepto de orden público (diferente del de seguridad ciudadana o de seguridad pública) es un concepto jurídico indeterminado, pero como dice el Tribunal Supremo, independientemente de la mayor o menor extensión que se le dé, se refiere, por definición, a conductas externas reales y perceptibles, y ello pone de manifiesto para el Alto Tribunal (sentencias 11 de febrero y 11 de mayo de 2009) que el constituyente nunca



pensó que las personas puedan comportarse siempre según sus propias creencias, sino que tal posibilidad termina, cuanto menos, donde comienza el orden público. En particular, estas sentencias rechazan que el art. 16 de la Constitución ampare el derecho a comportarse en todas las circunstancias de la vida con arreglo a las propias creencias.

Las sentencias el TS de 25-1-1983 y 13-10-1981 equiparan el orden público a "paz social", "paz pública" y "convivencia social" y esta misma Sala, en sentencia de 20-6-94, sección 5ª, lo ha equiparado a "paz y sosiego de los ciudadanos", el mantenimiento del cual, en espacios públicos municipales, es competencia del Ayuntamiento.

TERCERO.- No se aprecia, por tanto, la alegada falta de competencia municipal ni vulneración del art. 16 de la CE, pero tampoco la del art. 9 del Convenio Europeo para la Protección de los derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, suscrito en Roma en 1950 y ratificado por España en el año 1979, según el cual, en redacción vigente desde 1-11-1998:

"1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión, o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás"

Atendiendo a las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo en relación con la prohibición del uso del velo (no integral), especialmente las de 29-6-2004, asunto *Leyla Sahin vs Turquía* y la de 4-12-2008, asunto *Kervanci vs Francia*, así como las citadas en éstas, (singularmente la del asunto *Dahlab vs Suiza*), el Tribunal europeo señala que una restricción de este tipo debe cumplir las exigencias del transcrito apartado 2 del art. 9, esto es, estar prevista por la ley, perseguir una o varias de las finalidades legítimas que enumera el precepto y ser necesaria en una sociedad democrática para alcanzarlas.

A la luz de los pronunciamientos del TEDH, en este caso se cumplen todas y cada una de las exigencias, como pasamos a argumentar:

a) Prevista por la ley. El Tribunal europeo recuerda que ello significa que la medida debe tener una base en 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 18 de junio de 1971 ; *Kruslin vs Francia* 24 abril 1990, y las ya citadas de 29-6-2004, asunto *Leyla Sahin vs Turquía* y la de 4-12- 2008, asunto *Kervanci vs Francia*, así como las citadas en éstas, 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.

Por tanto, tampoco se aprecia vulneración del art. 9 del Convenio como afirma la demanda.

CUARTO.- La recurrente estima también vulnerados los también invocados arts. 14 y 23 de la Constitución .

En relación con el derecho de igualdad del art. 14 la demandante de amparo no aporta ni alega término alguno de comparación sobre el que articular un eventual juicio de igualdad y que, por consiguiente, fuera revelador de un supuesto trato desigual lesivo del citado derecho (STC 87/2008, de 21 de julio, FJ 3, por todas).

Por lo que se refiere al art. 23, ni se precisa en cual de sus apartados se invoca (derecho a participar en asuntos públicos o derecho a acceder en condiciones de igualdad a funciones y cargos públicos), ni se desarrolla mínimamente la supuesta vulneración. De todas formas, debemos reiterar todo lo anteriormente dicho por no apreciarse tampoco vulneración alguna a este derecho.

Y finalmente, las alegaciones que se realizan en la demanda respecto a denegación de pruebas propuestas (trámite no previsto en la elaboración de disposiciones generales como las Ordenanzas) o falta de diálogo



con los colectivos afectados, basta recordar que el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales tiene por objeto otorgar amparo judicial respecto de las vulneraciones imputables a la actividad de las administraciones públicas, con la finalidad de preservar o restablecer los derechos fundamentales y libertades públicas, y está reservado para el examen de los derechos fundamentales especialmente protegidos a que se refiere el artículo 53 de nuestra Constitución .

Ciertamente, en términos de la Exposición de Motivos de la Ley 29/98, se pretende superar la rígida distinción entre legalidad ordinaria y derechos fundamentales por entender que la protección del derecho fundamental o libertad pública no será posible en muchos casos si no se tiene en cuenta el desarrollo legal de los mismos. Pero no podemos olvidar que el marco delimitativo esencial no viene fijado por la Ley sino por la Constitución al prefijar las características del proceso especial de amparo ordinario en el apartado segundo del artículo 53 . .

Como ya declaró el Tribunal Supremo en sentencia de 14-8-79 , el proceso especial no puede extenderse a otro tema que no sea la comprobación de si un acto del poder público influye, daña o infringe dichos derechos fundamentales, debiendo quedar reservada al recurso ordinario cualquier otra cuestión relativa a la legalidad ordinaria del acto (SSTC 37/1982 y 84/1987), por lo que el acto impugnado ha de incidir en la esencia o desarrollo de algún derecho fundamental.

En consecuencia, no excediendo estas últimas cuestiones de la legalidad ordinaria, no procede entrar en su examen.

QUINTO.- No se aprecian motivos suficientes para efectuar un especial pronunciamiento en materia de costas. Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

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.

PUBLICACIÓN .- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente M^a Pilar Rovira del Canto, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.