

**CORRAMOS UN TUPIDO VELO. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA  
DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE FEBRERO DE 2013,  
SOBRE EL USO DEL BURKA**

Mónica Arenas Ramiro  
*Universidad de Alcalá*

**Abstract:** The process of globalization in which we operate and the economic crisis that we live contribute to an increase in migration flows and thereby to make our society increasingly multicultural. In recent years, an intense debate is opening in terms of social, political and legal view on how to integrate immigrants into host societies. One of the most contentious points is caused by the attempt to regulate the wearing of symbols with a particular religious connotation, and more specifically, by the attempt to regulate the wearing of Muslim facing-veil better known as burqa. The most recent example of an attempt to regulate this situation was in Lleida (Catalonia) where its city council adopted a municipal Ordinance of Citizenship and Coexistence by banning the wearing of Islamic burqa in municipal buildings and spaces. This Ordinance was declared unlawful by our Supreme Court. This paper is devoted to analyze this ruling, the legal arguments used, and its consequences for equality and personal dignity.

**Keywords:** Religious freedom, dignity, equality, discrimination, veil, chador, hijab, facing-veil, burqa, niqab.

**Resumen:** El proceso de globalización en el que estamos inmersos así como la situación de crisis económica que vivimos contribuyen a un incremento de los flujos migratorios y, con ello, a que nuestra sociedad sea cada vez más multicultural. En los últimos años se está abriendo un intenso debate desde el punto de vista social, político y jurídico sobre la forma de integrar a los inmigrantes en las sociedades de acogida. Uno de los puntos más conflictivos se produce por el intento de regular el uso de prendas o símbolos con una determinada connotación religiosa, y más en concreto, por el intento de regular el uso del velo integral islámico más conocido como burka. Como ejemplo más cercano de intento de regulación de esta situación, el Ayuntamiento de Lérida (Cataluña) aprobó una Ordenanza municipal de Civismo y Convivencia por la que prohibía el uso del velo integral islámico en los espacios y equipa-

mientos municipales. Dicha Ordenanza fue declarada contraria a Derecho por el Tribunal Supremo. Este trabajo está dedicado a analizar dicho pronunciamiento, los argumentos jurídicos empleados, y sus consecuencias para la igualdad y la dignidad personal.

Palabras clave: Libertad religiosa, dignidad, igualdad, discriminación, velo, chador, hijab, velo integral islámico, burka, niqab.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. La sentencia del Tribunal Supremo sobre el uso del burka.- 2.1. Antecedentes.- 2.1.1. Los hechos y las normas en conflicto.- 2.1.2. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 7 de junio de 2011.- 2.1.3. Breve referencia al contexto europeo.- 2.2. Fundamentos jurídicos.- 2.2.1. Principales motivos de impugnación.- a) La vulneración de la libertad religiosa.- b) La falta de competencia del Ayuntamiento.- 2.2.2. Otros argumentos empleados.- a) La vulneración de la igualdad y de la dignidad de la persona.- b) La vulneración del derecho de participación.- 2.3. El fallo.- 3. Conclusiones.- 3.1. Sobre la falta de competencia del Ayuntamiento.- 3.2. Sobre la vulneración de los derechos fundamentales.- 3.2.1. La libertad religiosa.- 3.2.2. La igualdad y la dignidad de la persona.- 3.3. A modo de resumen.- 4. Resumen bibliográfico.-

## 1. INTRODUCCIÓN

El proceso de globalización en el que estamos inmersos así como la situación de crisis económica que vivimos contribuyen a un incremento de los flujos migratorios y, con ello, a que nuestra sociedad sea cada vez más compleja y multicultural. En los últimos años se está abriendo un intenso debate desde el punto de vista social, político y jurídico sobre la forma de integrar a los inmigrantes en las sociedades de acogida en tanto que dicha integración afecta a una multitud de aspectos<sup>1</sup>.

Uno de los aspectos más conflictivos se produce por el intento de conciliar creencias religiosas y sus distintas formas de manifestación externa como, por ejemplo, el uso de prendas o símbolos a los que se les puede llegar a atribuir una determinada connotación religiosa. El ejemplo más claro, y que aquí analizamos, es el caso del velo integral islámico (más conocido como *burka*).

---

<sup>1</sup> Sobre esta idea, DE LUCAS, Javier, "Inmigración y globalización: acerca de los presupuestos de una política de inmigración", en *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, nº 1, 2003, p. 3. Disponible *on line* en <<http://www.unirioja.es/dptos/dd/rejur/numero1/delucas.pdf>> (Consultado 27/10/2013).

Si bien la utilización de los espacios públicos para las manifestaciones externas de la libertad religiosa forma parte del propio contenido del citado derecho, en sociedades cada vez más multiculturales el choque entre las distintas formas de manifestación provenientes de las distintas creencias religiosas que actualmente integran la sociedad será un foco inevitable de conflictos. Uno de estos conflictos, como acabamos de señalar, se ha materializado en el uso del velo integral islámico o burka. La pregunta jurídica que surge es la legitimidad del Estado para regular esta materia teniendo en cuenta que afecta, en último término, a la dignidad de la persona y que es una cuestión que está en íntima conexión con la adopción de un modelo más o menos laico de Estado. Pero no podemos aislarnos del “mundanal ruido” y abstraernos en el mundo jurídico, pues la solución que adoptemos debe estar adaptada y servir a la realidad social que vivimos<sup>2</sup>.

En el caso que a continuación describiremos se analiza un supuesto muy concreto: un pronunciamiento –el primero– del Tribunal Supremo sobre la prohibición, por parte de un Ayuntamiento, del uso del velo integral en determinados espacios municipales. No obstante, antes de comenzar su estudio, como las cuestiones que han surgido en torno a la libertad religiosa y el uso de símbolos religiosos han sido muy variadas, se nos hace necesario realizar una serie de matizaciones de lo que el lector se va a encontrar.

Para centrar el objeto de nuestro análisis debemos señalar, en primer lugar, que si bien en la actualidad el debate social ha girado más en torno al uso del pañuelo islámico (*hijab* o *chador*), que cubre sólo parcialmente la cabeza de la mujer, en el caso que ahora consideramos se discute el uso del velo integral islámico (*burka* o *niqab*) que cubre completamente no sólo la cabeza de la mujer, sino todo su cuerpo. Se dejan a un lado el análisis del pañuelo islámico o de cualquier otro símbolo religioso, como el caso de los crucifijos en las escuelas públicas. Así pues, el objeto de nuestro estudio será la prohibición del uso de una concreta prenda de vestir que cubre íntegramente el cuerpo de la mujer.

En segundo lugar, si bien analizaremos las distintas consideraciones y connotaciones que las partes del proceso atribuyen al uso del velo integral, por nuestra parte –como pondremos de manifiesto en las Conclusiones del presente trabajo– partiremos de la consideración de que el velo integral es algo más que un símbolo religioso. Creemos que es importante hacer esta aclaración, pues la discusión y conclusión jurídica a la que se llegue puede variar significativamente. Así, adelantamos en este punto, si lo consideramos como una

---

<sup>2</sup> SALVADOR CRESPO, Mayte, “Gobierno local, símbolos religiosos y espacio público en España”, en REVENGA SÁNCHEZ, Miguel / RUIZ-RICO, Gerardo / RUIZ RUIZ, Juan José (Dir.), *Los símbolos religiosos en el espacio público*, CEPC, Madrid, 2011, p. 315.

prenda que obedece a creencias religiosas y supone una manifestación de la libertad religiosa de los individuos, con su prohibición estaremos ante la limitación de la libertad religiosa; pero si consideramos que no es sólo una prenda religiosa, sino la representación de la forma de concebir el papel de la mujer musulmana en la sociedad, en último término, estaremos ante un caso relacionado con el respeto a la igualdad y a la dignidad personal<sup>3</sup>.

En tercer lugar, debemos tener en cuenta que en el caso que analizamos no se cuestiona la prohibición del uso del velo integral en el marco de una relación de sujeción especial con el Estado, como puede ser en los casos de profesores de un centro escolar público (aunque estos sean los casos que se han analizado hasta la fecha por parte del TEDH)<sup>4</sup>. La prohibición va dirigida a todo ciudadano.

Y en cuarto y último lugar, debemos indicar que la prohibición que estamos analizando no es una prohibición generalizada al estilo de las leyes francesa o belga, sino una prohibición concreta en un ámbito determinado. Hasta ahora, los casos que el TEDH ha resuelto suelen ser prohibiciones circunscritas a un ámbito determinado (especialmente, el educativo). En el caso objeto de estudio la prohibición del uso del velo islámico se circunscribe a los edificios y espacios municipales.

Somos conscientes de que la prohibición del uso del burka es una cuestión que trasciende el terreno jurídico para pasar al político<sup>5</sup>. Es desde las

<sup>3</sup> En este mismo sentido, vid. GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, “El pañuelo islámico: la respuesta europea”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol. XXVIII, 2012, pp. 150 y 151, quien señala que si bien hay que estar de acuerdo con la defensa del derecho de la mujer musulmana para usar el velo integral, debería tenerse en cuenta que “*los derechos fundamentales no son simples abstracciones, requieren un contexto de libertad e igualdad donde puedan ser aplicados y ejercidos. Afirmar que quien vive inmersa en un contexto de ausencia de libertades ejerce libremente su libertad religiosa, puede resultar una falacia dramática*”. Sobre la consideración o no del velo integral islámico como un símbolo religioso, vid. ARECES PIÑOL, M<sup>a</sup> Teresa, “La prohibición del velo integral islámico, a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n<sup>o</sup> 32 (2013), pp. 3-9 (p. 8). En este sentido, el Informe del Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia (EUMC) “Muslims in the European Union: Discrimination and Islamophobia”, de diciembre de 2006, afirma que en la mayoría de los casos de mujeres que portan velo lo hacen más por costumbre social que por mandato religioso, aunque no se pueda descartar el sentimiento religioso consciente que pueda existir en algunos casos (pp. 40-42). El citado Informe se puede encontrar *on line* en <[http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/156-Manifestations\\_EN.pdf](http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/156-Manifestations_EN.pdf)> (Consultado 27/10/2013).

<sup>4</sup> Por ejemplo, asunto *Dhalab contra Suiza*, de 15 de febrero de 2001; *Leyla Sahin contra Turquía*, de 10 de noviembre de 2005; o el asunto *Kervanci contra Francia*, de 4 de diciembre de 2008.

<sup>5</sup> El Tribunal Supremo también considera que este tema es una cuestión complicada, que va más allá del terreno jurídico y señala que “*la cuestión que se plantea se trata sin duda de un problema de marcado sentido político, que se ha suscitado en distintos países, en el que su tratamiento jurídico dista mucho de haber obtenido un mínimo consenso en razón de sus diferentes marcos constitucionales y culturales*” (STS de 14 de febrero de 2013, FJ 2<sup>o</sup>).

normas desde donde se tiene que dar el primer paso. Y los Tribunales deberían pronunciarse sobre las mismas de una manera mucho más contundente, cosa que en el presente caso no vemos.

Así las cosas, el problema de este trabajo es que si el lector espera obtener una respuesta a la cuestión de la prohibición del uso del velo integral islámico por parte de los Tribunales españoles, y en concreto, del Tribunal Supremo, aquí no lo va a encontrar. En palabras del propio Tribunal Supremo, su Sentencia “*no tiene en modo alguno el sentido de dar respuesta 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, sino que la sentencia sólo da respuesta a la impugnación de la concreta Ordenanza Municipal del Ayuntamiento de Lérida*”<sup>6</sup>. Es la primera vez que el Tribunal Supremo se pronuncia sobre el uso del velo integral, así que demos tiempo al tiempo, y no corramos un tupido velo.

## 2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL USO DEL BURKA

### 2.1. ANTECEDENTES

#### 2.1.1. Los hechos y las normas en conflicto

Los hechos que dieron lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo se produjeron consecuencia de la modificación de la Ordenanza municipal de Civismo y Convivencia del Ayuntamiento de Lérida, de 2 de julio de 2010, que prohibía el uso del velo integral en edificios y equipamientos municipales<sup>7</sup>. Ante la aprobación de esta normativa, la Asociación Watani por la Libertad y la Justicia presentó un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (en adelante, TSJ de Cataluña) solicitando la anulación del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Lérida, de 8 de octubre de 2010, que modificaba dicha Ordenanza (y una serie de Reglamentos vinculados a la misma) y que había aprobado la citada prohibición<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> STS de 14 de febrero de 2013, FJ 2º.

<sup>7</sup> STS de 14 de febrero de 2013, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª (Ref. Recurso de Casación nº 411/2011). Destacamos el análisis de esta Sentencia de LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, Ángel, “Restricciones al velo integral en Europa y en España: la pugna legislativa para prohibir un símbolo”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 32, 2013, pp. 26-40.

<sup>8</sup> El Acuerdo impugnado del Pleno del Ayuntamiento de Lérida de 8 de octubre de 2010, aprueba definitivamente la modificación de tres artículos de la Ordenanza Municipal de Civismo y Convivencia, añadiéndoles nuevos apartados (art. 26.2, art. 27.9, y art. 102.25). También incluye 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. Finalmente, el acuerdo incluye la

El citado Acuerdo modificaba tres artículos de la Ordenanza municipal, así como los Reglamentos que regulan el Archivo municipal, el de Servicio de transporte urbano de pasajeros y el de Funcionamiento de los centros cívicos y locales sociales municipales. En concreto, se modificaban las siguientes normas:

1. Los artículos 26.2<sup>9</sup>, 27.9<sup>10</sup>, y 102.25<sup>11</sup>, de la Ordenanza de Civismo y Convivencia.
2. El artículo 57 del Reglamento del Archivo Municipal<sup>12</sup>.
3. El artículo 21 del Reglamento del Servicio de Transporte Urbano de viajeros de Lérida<sup>13</sup>.

---

modificación del párrafo segundo del art. 21 del Reglamento de Servicios de Transporte de viajeros del Lérida.

<sup>9</sup> El art. 26.2 señala: *“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”*.

<sup>10</sup> El art. 27.9 señala: *“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”*.

<sup>11</sup> Indica el art. 102.25 que: *“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”*.

<sup>12</sup> El art. 57 del citado Reglamento señala que: *“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”*.

<sup>13</sup> Dispone el citado art. 21 que: *“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”*.

4. El artículo 37.2 del Reglamento de Funcionamiento de los Centros cívicos y Locales municipales<sup>14</sup>.

Recordamos aquí que lo que la Asociación Watani denuncia es el uso del velo integral y no el uso de las otras prendas o elementos de ocultación del rostro a los que se puedan referir los artículos de las normas impugnados<sup>15</sup>. La Asociación considera que con la citada prohibición se están lesionando:

1. La libertad ideológica y religiosa (artículo 16 CE).
2. El derecho a la igualdad y la dignidad personal (artículos 14 y 10 CE).
3. Y el derecho de participación en los asuntos públicos (artículo 23 CE).

El recurso especial de protección de los derechos fundamentales interpuesto por la Asociación Watani contra el Acuerdo del Pleno municipal que aprobaba la prohibición del uso del velo integral fue desestimado por el TSJ de Cataluña que dictó sentencia con fecha 7 de junio de 2011.

### **2.1.2. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 7 de junio de 2011**

La Sentencia del Tribunal Supremo que ahora analizamos resuelve el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (en adelante STSJ de Cataluña) que había desestimado un recurso contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Lérida, de 8 de octubre de 2010<sup>16</sup>. El TSJ consideraba ajustada a Derecho la prohibición impuesta por el Ayuntamiento de Lérida respecto del uso del velo integral en los espacios municipales.

Destacamos aquí que el TSJ de Cataluña, por Auto de 12 de enero de 2011, decidió suspender cautelarmente la norma aprobada por el Ayuntamiento de Lérida con un argumento que creemos del todo interesante traer a colación. Mantiene el TSJ que la suspensión cautelar de la Ordenanza “*no genera perjuicio alguno para el interés general o público, pues desde luego la obligación de todos ciudadano de identificarse a requerimiento de autoridad 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*”<sup>17</sup>. Mencionamos este pronunciamiento porque resulta curioso comprobar que en un Auto el TSJ considere que el orden público y la seguridad ciudadana no se verán afectados si se suspende la Ordenanza municipal cuestionada, pero finalmente acabe concluyendo

<sup>14</sup> El contenido del citado artículo es idéntico al del artículo 57 del Reglamento del Archivo Municipal ya reproducido.

<sup>15</sup> Así lo indica el TS (FJ 1º).

<sup>16</sup> STSJ 489/2011, de Cataluña, de 7 de junio de 2011. Sobre esta sentencia, vid. ARECES PIÑOL, M<sup>a</sup> Teresa, “La prohibición del velo integral...”, *op. cit.*, pp. 31-35.

<sup>17</sup> Auto del TSJ de Cataluña, de 12 de enero de 2011 (Ref. 394/2010), FJ 2º.

que si no se aplicase la prohibición del uso del velo integral establecida por la citada Ordenanza se generaría un problema de orden público.

Los argumentos del TSJ de Cataluña giraron en torno a dos grandes líneas: por un lado, sobre la vulneración de la libertad religiosa; y, por otro lado, en torno a la competencia del Ayuntamiento a la hora de prohibir el uso del velo integral. Indicamos aquí, que si bien es cierto que se alegaron vulnerados los artículos 14 y 23 CE, el TSJ consideró que no había lesión de ninguno de ellos en tanto que, en relación con el primero faltaba el término de comparación; y, en relación con el segundo, no se había indicado a cuál de sus apartados se refería y no había sido suficientemente desarrollada la motivación de la impugnación. Por este motivo, nos centramos en la motivación del TSJ de Cataluña sobre las otras dos cuestiones.

Sobre el primer punto, la lesión del derecho a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16 CE, el TSJ aceptaba 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”*<sup>18</sup>. Aquí el TSJ recurrió a las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)<sup>19</sup>, y consideró, al hilo de analizar las limitaciones del derecho a la libertad religiosa, que en el presente caso se cumplían las exigencias de legitimidad de las mismas, esto es, su previsión legal, su finalidad legítima y el ser necesaria en una sociedad democrática.

El TSJ motivó su razonamiento señalando, en primer lugar, que aunque no existiera una Ley en sentido formal, el TEDH incluía aquí *“el conjunto formado por el derecho escrito, incluidos los textos de rango infralegislativo, como es en este caso una Ordenanza”*; en segundo lugar, que *“la finalidad que se persigue son la protección de los derechos y libertades ajenas y del orden público”*; y, en tercer y último lugar que *“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 (...) cual es el de la efectiva igualdad entre mujeres y hombres, y ello con independencia de que su uso sea voluntario o no”*.

En este punto debemos destacar que si bien el TSJ de Cataluña había mantenido que el uso del velo integral podía suponer una manifestación de la

<sup>18</sup> STSJ de Cataluña, de 7 de junio de 2011, FJ 2º, aunque no es hasta el FJ 3º cuando analiza, más en profundidad y en relación con el art. 9 CEDH, la lesión del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

<sup>19</sup> El TSJ cita los asuntos *Leyla Sahin contra Turquía*, de 29 de junio de 2004, y *Kervanci contra Francia*, de 4 de diciembre de 2008. Recordamos aquí, como se dijo en la Introducción que, hasta el momento, las SSTEEDH existentes sólo han analizado casos relacionados con el uso del velo no integral.



libertad religiosa, como no serlo, su argumentación parte del hecho de que sí lo es. Aunque el TSJ considera que estamos ante la limitación de un derecho fundamental, tras el correspondiente análisis de la legitimidad de su limitación, concluyó que la misma era legítima, basándose, entre otras cosas en la competencia del Ayuntamiento al respecto. Consideró el TSJ en este punto, apoyándose en jurisprudencia anterior, que *“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”*. Como refuerzo de este argumento, el TSJ apeló al límite del mantenimiento del orden público, equiparándolo a la “paz social”, “paz pública”, “convivencia social” o “paz y sosiego de los ciudadanos”<sup>20</sup>.

Por estos motivos el TSJ concluyó que al ser una injerencia justificada, no había lesión alguna del derecho a la libertad religiosa alegado<sup>21</sup>.

Sobre el segundo punto –la falta de competencias legislativas del Ayuntamiento para regular la materia–, el TSJ se refirió a la evolución jurisprudencial del Tribunal Supremo respecto de la teoría de la vinculación positiva en favor de una vinculación negativa de la normativa municipal<sup>22</sup>. Así, tras reconocer la falta de existencia de una normativa estatal o autonómica que prohibiera cualquier vestimenta o accesorio de ocultación del rostro en determinados espacios y servicios municipales, en función de la citada teoría de la vinculación negativa y dada la competencia municipal prevista en la Ley de Bases del Régimen Local<sup>23</sup>, el TSJ concluyó que el Ayuntamiento era competente para regular la materia y, por tanto, podía prohibir el uso del velo integral, tal y como lo hacía.

El TSJ razona esta argumentación sobre la base de que es el Ayuntamiento al que corresponde el *“mantenimiento continuado de la seguridad en espacios municipales”*. Considera el Tribunal que *“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*

<sup>20</sup> Para ello, el TSJ de Cataluña se refiere a las SSTS de 11 de febrero y de 11 de mayo de 2009, así como a las de 25 de enero de 1983 y 13 de octubre de 1981.

<sup>21</sup> STSJ de Cataluña, de 7 de junio de 2011, FJ 3º.

<sup>22</sup> Estas teorías se asientan en la base de los principios de autonomía local, reconocidos por el art. 140 CE, así como por el art. 4.2 la Carta Europea de la Autonomía Local, de 15 de octubre de 1985 (Instrumento de ratificación de 20 de enero de 1988, BOE de 24 de febrero de 1989). Vid., al respecto, STS de 23 de junio de 2003.

<sup>23</sup> En concreto, de los artículos 139 y 140 de la citada norma (Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local).

de la persona que lo oculta” y que, por lo tanto, “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”<sup>24</sup>.

Así, el TSJ concluyó que en este caso el Ayuntamiento era competente para prohibir “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”<sup>25</sup>.

No nos detendremos ahora en valorar el pronunciamiento del TSJ de Cataluña, lo que haremos en los apartados siguientes, pero como ya tuvimos ocasión de adelantar, debemos decir que lo curioso de la argumentación del TSJ son las contradicciones en las que incurre. Así, por un lado, lo curioso es que, habiendo solicitado la suspensión cautelar de la Ordenanza porque no se generaba “perjuicio alguno para el interés general o público”, termine concluyendo la legitimidad y competencia del Ayuntamiento para prohibir el uso del velo integral en tanto que le corresponde a éste velar por el interés general dentro de su municipio y mantener la seguridad, que aquí se veía alterada por llevar velo integral. Y por otro lado, lo curioso es que habiendo finalmente razonado su sentencia en base a que el uso del velo integral era una manifestación de la libertad religiosa de las mujeres, el TSJ acabe concluyendo que la seguridad de la que era competente el Ayuntamiento se consiguiera prohibiendo a las mujeres llevar velo integral porque esto no limitaba en ningún caso su libertad religiosa ya que la citada prenda no siempre representaba un símbolo religioso.

### 2.1.3. Breve referencia al contexto europeo

Antes de analizar en detalle el pronunciamiento del Tribunal Supremo es conveniente contextualizarlo y describir cuál es la postura que desde Europa se está tomando sobre esta cuestión. No obstante, y como ahora veremos, puede que esto no nos ayude en el caso concreto que estudiamos, pues en los diferentes Estados miembros de la Unión Europea no existe una regulación o una posición uniforme respecto al uso de prendas religiosas en espacios públicos y, mucho menos, sobre la prohibición generalizada del uso del velo integral<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> STSJ de Cataluña, de 7 de junio de 2011, FJ 2º.

<sup>25</sup> STSJ de Cataluña, de 7 de junio de 2011, FJ 2º.

<sup>26</sup> Para más detalle sobre estudios comparados, vid. CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago, *Libertad religiosa, Simbología y Laicidad del Estado*, Thomson, Navarra, 2005, pp. 68-120; BRIONES MARTÍNEZ, Irene, “El uso del velo islámico en Europa. Un conflicto de libertad religiosa y de conciencia. Especial referencia a Francia, Alemania, Reino Unido, España e Italia”, en *Anuario*

El propio Tribunal Supremo, consciente también de esta necesidad hace referencia a la jurisprudencia que al respecto ha ido elaborando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y que conforme al artículo 10 CE, debemos tener en cuenta<sup>27</sup>. El TEDH se ha pronunciado sobre este asunto en varias ocasiones, aunque más en relación con el uso del velo islámico no integral en contextos muy concretos (como el educativo)<sup>28</sup>. No obstante, su jurisprudencia constituye todo un referente y proporciona argumentos muy interesantes a la hora de justificar las prohibiciones que en relación con el velo islámico se han venido produciendo y a la hora de avanzar en posibles futuras soluciones. En la mayoría de los asuntos resueltos por el TEDH, éste se ha decidido por asegurar el principio de laicidad (en los casos contra el Estado turco o el Estado francés), defendiendo el margen de apreciación de los Estados, frente a la libertad de pensamiento, de conciencia y religiosa garantizada por el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)<sup>29</sup>, aunque debemos decir que los más recientes pronunciamientos jurisprudenciales parecen cambiar de rumbo<sup>30</sup>. El problema aquí es determinar si de la interpretación que ha venido realizando el TEDH se puede extraer un estándar mínimo europeo de protección de la libertad religiosa, que garantice la intervención de los poderes públicos de forma proporcionada, al margen de la creencia ante la que

---

*de Derechos Humanos*, Vol. 10, 2009, pp. 17-82; CAMARERO SUÁREZ, Victoria, *El velo integral y su respuesta jurídica en democracias avanzadas europeas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; y LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, Ángel, “Restricciones al velo integral...”, *op. cit.*, pp. 1-47.

<sup>27</sup> A través de esta vía la influencia del TEDH ha sido ampliamente reconocida. Sobre este efecto, vid. SALVADOR MARTÍNEZ, María, “Influencias recíprocas entre ordenamientos en el reconocimiento y determinación del contenido de los derechos fundamentales”, en GUTIERREZ, Ignacio / PRESNO, Miguel Angel (Eds.), *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*, Comares, Granada, 2012, pp. 25-47 (p. 31).

<sup>28</sup> Sobre los símbolos religiosos en la doctrina del TEDH, vid., por ejemplo, CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago, “La inclusión de los otros: la simbología religiosa en el espacio público”, en GUTIERREZ, Ignacio / PRESNO, Miguel Angel (Eds.), *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*, Comares, Granada, 2012, pp. 110-117.

<sup>29</sup> Destaca el caso *Leyla Sahin contra Turquía*, de 10 de noviembre de 2005. Sobre este asunto, vid. REY MARTÍNEZ, Fernando, “El problema constitucional del *hijab*”, en REVENGA SÁNCHEZ, Miguel / RUIZ-RICO, Gerardo / RUIZ RUIZ, Juan José (Dirs.), *Los símbolos religiosos en el espacio público*, CEPC, Madrid, 2011, pp. 65-75. Por todos, para un análisis del art. 9 CEDH, vid. TORRES GUTIÉRREZ, Alejandro, “La libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 9 CEDH)”, en GARCÍA ROCA, Javier / SANTOLAYA, Pablo (Coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2ª Ed., CEPC, Madrid, 2009, pp. 567-590.

<sup>30</sup> Más recientemente el TEDH se ha pronunciado sobre la lesión de la libertad religiosa en el asunto *Eweida y otros contra el Reino Unido*, de 27 de mayo de 2013. Aquí el TEDH condenó al Reino Unido por haber prohibido a una trabajadora de la compañía aérea British Airways portar el crucifijo, cuando a las empleadas musulmanas se les permitía usar el pañuelo islámico o *hijab*. El TEDH consideró que la medida de proteger la marca de la compañía limitando la libertad religiosa de la empleada y su deseo de manifestar su fe había sido desproporcionada.

nos encontremos o al margen de la forma más o menos laica del Estado en el que se produzca la limitación del citado derecho. Y el problema será determinar si finalmente el velo integral queda incluido como manifestación de la libertad religiosa o responde a algo más.

El TEDH ha venido siendo constante a la hora de declarar que el uso del pañuelo islámico es contrario a los valores en los que se funda el CEDH, pero que hasta el momento no ha sido capaz de extraer un criterio unánime al respecto. Podríamos decir que dichos pronunciamientos han sido, más bien, fruto de otorgar un excesivo peso al margen de apreciación concedido a los Estados<sup>31</sup>, y de no aplicar correctamente el test de proporcionalidad, especialmente en lo que al requisito de la “necesidad en una sociedad democrática” se refiere. No sabemos si será por el hecho de haberse dado cuenta de estar aplicando el test de proporcionalidad sin valorar los verdaderos efectos actuales del uso del velo en cada caso concreto<sup>32</sup>, pero el TEDH va otorgando un mayor peso al principio de autonomía personal, basándose en el artículo 8 CEDH<sup>33</sup>. De esta forma, la función del TEDH consistirá, primero, en comprobar si las medidas adoptadas por las autoridades nacionales de un determinado Estado tienen como finalidad legítima permitir el ejercicio efectivo del derecho a manifestar unas determinadas creencias religiosas. Y así, en segundo lugar, y en el caso de que las manifestaciones de los individuos no supongan un reflejo real de su creencia (aunque estén motivadas o influidas por ella), al no poder hablar de una limitación del artículo 9 CEDH, podremos analizar la cuestión desde el punto de vista del principio de autonomía personal.

<sup>31</sup> SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, “Sobre el derecho a la laicidad (libertad religiosa e intervención de los poderes públicos)”, en *Revista catalana de Dret públic*, n° 33, 2006, pp. 58-59, para quien, de esta forma, el TEDH en base a la libertad religiosa o desde el punto de vista de la igualdad ha legitimado un trato diferenciado para las distintas religiones.

<sup>32</sup> En este sentido, RUÍZ RUÍZ, Juan José, “La prohibición del velo islámico en centros públicos de enseñanza y el orden público constitucional español y europeo”, en REVENGA SÁNCHEZ, Miguel / RUIZ-RICO, Gerardo / RUIZ RUIZ, Juan José (Dirs.), *Los símbolos religiosos en el espacio público*, CEPC, Madrid, 2011, pp. 96-98.

<sup>33</sup> Destaca en este punto el asunto *K.A. y A.D. contra Bélgica*, de 15 de febrero de 2005, donde el TEDH sentenció que: “*Puede inducirse de la ratio iuris de la sentencia que la posición nuclear que ocupa la autonomía de la voluntad en el marco del sistema de derechos y libertades de la Convención europea, proyectada en el ámbito privado pero también en el público, no debe ceder de manera general e indiferenciada frente a ideas generales o valores de la mayoría -como ser un atentado contra la dignidad o la igualdad de sexos. Principio que ha de aplicarse al supuesto del burqa o del nikab si es llevado voluntariamente por la mujer. Sólo cuando, examinando caso por caso, portar el burqa o el niqab pueda dificultar gravemente la convivencia o la seguridad ciudadana en el espacio público, podría ser legítima su prohibición*”. Al respecto, vid. CAMARERO SUÁREZ, Victoria, “Análisis de la primera decisión del Tribunal Supremo respecto del velo integral: Sentencia 693/2013, de 6 de febrero de 2013”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n° 32, 2013, pp. 20-21; y MOTILLA DE LA CALLE, Agustín, “La prohibición del burqa islámico en Europa y en España: reflexiones de “iure condendo””, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol. XXVIII, 2012, pp. 191-192.

Así, podemos concluir que para el TEDH el uso del velo islámico en espacios públicos quedará amparado por el derecho de libertad religiosa del CEDH siempre que sea la efectiva expresión de las creencias religiosas de la mujer que lo lleva, pero que dicho uso podrá verse limitado sin suponer una lesión de la libertad religiosa si el Estado lo limita “*por Ley y demuestre que era una medida necesaria en una sociedad democrática para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral pública o la protección y de los derechos y libertades de los demás*”<sup>34</sup>; o si se considera que la manifestación en cuestión no responde a una convicción religiosa y la finalidad de su limitación es el mantenimiento de la laicidad por respeto a las creencias de terceros<sup>35</sup>.

Junto a las referencias al TEDH, el Tribunal Supremo cita también como referentes, por un lado, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, con su Dictamen de 5 de noviembre de 2004 cuando manifestó que “... *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 las personas...*”<sup>36</sup>; y, por otro lado, la Recomendación 1927 (2010), del Consejo de Europa, sobre *Islam, Islamismo e Islamofobia*, en la que se acuerda “*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*”<sup>37</sup>. Podemos concluir que la Unión Europea se muestra reticente a regular el tema.

Por último, creemos que para poder entender mejor la cuestión se hace necesario realizar un breve repaso a la postura que respecto a esta cuestión están tomando los países de nuestro entorno<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> Así, por ejemplo, la limitación por la protección de la seguridad pública ante la amenaza del terrorismo (STEDH *Phull contra Francia*, de 11 de enero de 2005. Al respecto, vid. ALAEZ CORRAL, Benito, “Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 28, 2001, p. 6.

<sup>35</sup> Vid. GARCÍA URETA, Agustín, “Neutralidad del Estado y libertad religiosa en el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en LASAGABATER, Iñaki (Coord.), *Multiculturalidad y laicidad. A propósito del Informe Stasi*, Ed. Lete, Pamplona, 2004, pp. 251 y ss.

<sup>36</sup> Apartado 6.2. Más recientemente el Consejo de Derechos Humanos de la ONU adoptó con fecha 21 de noviembre de 2013 una Resolución en la que establecía que la difamación de las religiones constituye un grave atentado contra la dignidad humana, perjudica la libertad religiosa e incita al odio religioso y a la violencia.

<sup>37</sup> Apartado 3.13.

<sup>38</sup> Vid., WIENER, Michael, *Prohibition of wearing religious symbols*, Universidad de Trier, Alemania, 2006, quien elaboró un interesante estudio comparativo sobre las prohibiciones de símbolos religiosos en 36 Estados del mundo, y que podemos encontrar en <<http://www.uni-trier.de/fileadmin/fb5/inst/IEVR/Arbeitsmaterialien/Staatskirchenrecht/International/ReligiousSymbols.pdf>> (Consultado 15/09/2013).

De entre todos los países europeos que se han pronunciado sobre este conflicto Francia juega un papel determinante. En Francia se han aprobado normas que prohíben el uso del velo integral en las vías públicas y en todos los lugares abiertos al público<sup>39</sup>. Aquí se ha apostado por una ponderación de intereses en juego a favor del principio de laicidad y de tutela del orden público, aunque los pronunciamientos de distintos órganos del Estado no lo terminan de dejar claro: mientras la Asamblea y el Consejo Constitucional abordan la cuestión desde el respeto de los principios republicanos como el de laicidad, el Consejo de Estado francés adopta su decisión desde el punto de vista de la garantía de los derechos fundamentales<sup>40</sup>. Pero, en todo caso, con el telón de fondo de un marcado discurso político, en Francia se han ido dando soluciones adaptadas a los problemas sociales que se han ido produciendo a lo largo de estos últimos años, pasando de una postura radical a adaptar la normativa al funcionamiento real de la sociedad<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Sobre esta cuestión se ha pronunciado la Asamblea Nacional (a través de normas como la Ley n° 228, de 15 de marzo de 2004, para la *Defensa de la laicidad*, o la Ley, de 14 de septiembre de 2010, de *Prohibición del ocultamiento del rostro en lugares públicos*, acompañada del *Informe Gerin-Raoult*, de 26 de enero de 2010, que avala y legitima la adopción de una ley que condene el uso del velo integral, que debería ir acompañada de una política de mediación y de protección de las mujeres y erradicación de la violencia de género); el Consejo de Estado (por primera vez en el año 1989, plasmando sus conclusiones en el año 2003 con el *Informe Stasi*, donde concluyó que el principio de laicidad era la base del Estado francés y que sólo podría verse limitado por cuestiones de orden público; y, posteriormente con el pronunciamiento del 25 de marzo de 2010, donde al hilo de analizar la cuestión nuevamente, concluye que una prohibición general del uso del velo integral afectaría a diversos derechos fundamentales, suponiendo la intervención del Estado una injerencia en la esfera privada del individuo, que sólo estaría justificada por la finalidad legítima del orden público si existiera una amenaza real y de cierta gravedad); y el Consejo Constitucional (Decisión n° 613, de 7 de octubre de 2010, en la que contrariamente al Consejo de Estado, concluyó que la limitación de los derechos en base a los principios de laicidad y tutela del orden público, así como la igualdad entre hombres y mujeres, era legítima y proporcionada). Sobre el caso francés, vid. CAMARERO SUÁREZ, Victoria, “Análisis de la primera...”, *op. cit.*, p. 17; y expresando una opinión marcadamente contraria a la negativa de la nueva legislación, vid. VORSTER, Jakobus, “Banning the Burka? An Ethical Appraisal”, en *Journal of Reformed Theology*, Vol. 5, 2011, pp. 86-103; y AHMAD, Moshtayeen, “An Analysis of Recent Legislation on Religious Attire in France”, en *Honors Theses Paper*, n° 103, 2012, pp. 1-46.

<sup>40</sup> Con detalle sobre la postura francesa, vid. FAGGIANI, Valentina, “La integración cultural de los inmigrantes en la Unión Europea. La controvertida cuestión del “velo islámico””, en GARCÍA CASTAÑO, F.J. / KRESSOVA, N. (Coords.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Instituto de Migraciones, Granada, 2011, pp. 1721-1726 y 1729. Asimismo, para el análisis del Informe del Consejo de Estado francés sobre esta cuestión, vid. GUILLÉN LÓPEZ, Enrique, “Informe del Consejo de Estado francés relativo a las posibilidades jurídicas de prohibición del uso del velo integral”, en *Videtur Quod: Anuario del Pensamiento crítico*, n° 1, 2009, pp. 78-118. Disponible *on line* en <[http://www.liberlex.com/archivos/velo\\_integral.pdf](http://www.liberlex.com/archivos/velo_integral.pdf)> (Consultado 28/10/2013). Vid., también, ARECES PIÑOL, M<sup>a</sup> Teresa, “La prohibición del velo integral...”, *op. cit.*, pp. 16-20; y CAMARERO SUÁREZ, Victoria, *El velo integral y su respuesta jurídica en democracias avanzadas europeas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 21 y ss.

<sup>41</sup> Así, por ejemplo, aunque la Ley que entró en vigor el 11 de abril de 2011, fue el 31 de marzo de 2011 cuando el Ministerio del Interior a través de una Circular, estableció las excepciones a la

Además de Francia, otros países de nuestro entorno europeo han intentado regular esta situación. Así, por ejemplo, Bélgica en el año 2011 aprobó también una *Ley sobre la prohibición del uso del velo integral en espacios públicos*, con un contenido si cabe más limitador que el caso francés, aunque en este caso, enfocando la prohibición del uso del velo integral como una cuestión discriminatoria más que lesiva de la libertad religiosa<sup>42</sup>. Aquí también destacaría el caso de Holanda, donde si bien hasta la fecha existen normas sectoriales que prohíben el uso del *burka* en determinados ámbitos como puede ser el transporte público, en la actualidad se está discutiendo la aprobación de una Ley de prohibición general de su uso<sup>43</sup>.

Al margen de estas actuaciones más restrictivas, otros países europeos se han limitado a prohibir el uso del velo integral islámico con la finalidad legítima del mantenimiento de la seguridad pública en ámbitos como el del transporte público o en lugares como centros educativos, Tribunales y Ayuntamientos. Es el caso de Italia<sup>44</sup>, Reino Unido<sup>45</sup> y Alemania. Queremos

---

prohibición de ocultar la cara en los espacios públicos: las procesiones religiosas; las manifestaciones artísticas de carácter tradiciones; y en las proximidades de los lugares de culto, en los momentos previos y posteriores a la celebración de los ritos religiosos. Sobre este tema, vid. MONTILLA, Antonio, "La prohibición del burqa islámico en Europa y España", en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol. XXVIII, 2012, p. 175.

<sup>42</sup> El Tribunal Constitucional belga, en su Sentencia n° 145/2012, de 6 de diciembre, rechazó los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la citada Ley al considerar que aunque no se violaba el principio de libertad religiosa consagrado en la Constitución, sí que se producía una lesión del principio de igualdad, lo que justificaba en último término la injerencia del Estado. Se afirma que "el uso del velo integral que oculta el rostro priva, en efecto a la mujer de un elemento fundamental de su individualidad indispensable para la vida en sociedad y para el establecimiento de lazos sociales". El Consejo de Estado belga, el 2 de septiembre de 2005 (sentencia n° 148567, de 2 de septiembre de 2005), declaró, en el mismo sentido, que la prohibición estatal era ajustada a Derecho. Sobre el caso belga, vid. ARECES PIÑOL, M<sup>a</sup> Teresa, "La prohibición del velo integral...", *op. cit.*, pp. 20-22, quien señala que aunque esta norma también prevé excepciones, lo cierto es que se trata de la prohibición legal general del uso del velo integral islámico más severa y coactiva de las propuestas hasta el momento puesto que concibe su mero uso como una infracción penal y permite castigar a la mujer que la cometa incluso con pena de privación de libertad, considerando que el *burka* no es tanto un símbolo religioso sino una símbolo de la sumisión de la mujer y una manifestación de su desigualdad.

<sup>43</sup> Se han presentado numerosas propuestas (como la Proposición de Ley de septiembre de 2011, o la de 24 de enero de 2008, dirigida a prohibir el uso del velo integral en los lugares públicos, pero que no era más que un reflejo de Propuestas presentadas años antes como la del 2005 o del 2007, destacadas por haber sido presentadas por el diputado de ultraderecha Geert Wilders), aunque todavía ninguna ha sido aprobada. Vid. LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, Ángel, "Restricciones al velo integral...", *op. cit.*, p. 14.

<sup>44</sup> En Italia, ante la postura de algunos Ayuntamientos de limitar con carácter general el uso del velo con la finalidad del orden público, el Consejo de Estado italiano intervino, en junio de 2008, declarando su ilegalidad por considerar que el único atentado contra el orden público que pudiera limitar la libertad religiosa de las mujeres que lo portan sería en el caso de manifestaciones públicas.

<sup>45</sup> En el Reino Unido los Tribunales han considerado que este tema es una cuestión a dirimir por

mencionar aquí, brevemente, el caso alemán, en tanto que es un modelo opuesto al modelo francés (aunque también defiende la neutralidad religiosa del Estado) y cuyo Tribunal Constitucional federal se ha pronunciado al respecto sobre el uso del velo integral de una forma muy acertada. Para el Tribunal federal, la neutralidad del Estado hace inconstitucional cualquier prohibición general del uso del velo integral en los espacios públicos, aunque reconoce la posibilidad de prohibir su uso en los casos de los centros educativos en tanto en cuanto existe ese deber de neutralidad del Estado hacia los alumnos y sus padres, así como la necesidad de no perturbar el orden escolar<sup>46</sup>.

En conclusión, podríamos decir que en el Derecho comparado no existe un criterio unánime a la hora de regular este asunto, pero sí que existen ciertas tendencias que podríamos agrupar en dos bloques: por un lado, la de aquellos Estados que establecen una prohibición total del uso del velo islámico en espacios públicos, como es el caso de Francia, Bélgica o con legislaciones, más o menos próximas, Holanda o Suiza (aquí con una regulación dirigida a mantener la seguridad pública de forma puntual y no a todo el espacio público). Y, por otro lado, la de aquellos Estados que rehúsan limitar el uso del velo integral por considerarlo una injerencia de los poderes públicos en los derechos fundamentales, como es el caso del Reino Unido y de Alemania. Por último, podríamos encontrar entre ambos bloques, la postura intermedia de aquellos Estados (y aquí encontraríamos el caso español) donde no hay una opción clara ni por un modelo ni por otro<sup>47</sup>.

## 2.2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Antes de centrarnos en la principal argumentación del Tribunal Supremo sobre este asunto, debemos señalar aquí -como el mismo Tribunal hace- que el proceso limita su alcance a “*la veda del uso del velo integral, no así los demás elementos de ocultación del rostro*”<sup>48</sup>. El TS, aunque critica y califica la STSJ de Cataluña “*de costosa lectura por su extensión y por su cuestionable técnica*”<sup>49</sup>, analiza la lesión de los derechos fundamentales cuya tutela preten-

los centros donde se produzca el conflicto. Así por ejemplo, en el asunto *Shabina Begum contra Governors of Denbigh High School*, de 2006 se confirmó la legalidad de la medida por la que se prohibía a una menor musulmana de 12 años acudir a clase portando el velo integral.

<sup>46</sup> Nos referimos al asunto *Ludin* del Tribunal Constitucional alemán, de 24 de septiembre de 2003 (BVerfGE 108, 282 (2 BvR 1436/02)).

<sup>47</sup> CAMARERO SUÁREZ, Victoria, “Análisis de la primera...”, *op. cit.*, p. 3. Sobre la experiencia española en materia de vestuario religioso, vid., por ejemplo, CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago, *Libertad religiosa...*, *op. cit.*, pp. 43-57.

<sup>48</sup> STS de 14 de febrero de 2013, FJ 1º.

<sup>49</sup> STS de 14 de febrero de 2013, FJ 3º. El TS llega a afirmar (FJ 6º) que la confusión en los motivos de casación y lo que podrían ser críticas al fondo de la sentencia recurrida podrían haber ocasionado su inadmisibilidad, y cita al respecto la STS de 19 de diciembre de 2012.



de la recurrente (libertad ideológica y religiosa, igualdad y participación en los asuntos públicos), de la misma forma que lo hiciera el TSJ, centrándose también en dos motivos principales: la vulneración de la libertad religiosa y la falta de competencia del Ayuntamiento para limitar el uso del velo integral islámico<sup>50</sup>.

Llegados a este punto es necesario indicar tres reflexiones que el Tribunal Supremo realiza antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto con el fin de “delimitar adecuadamente” el alcance de la sentencia<sup>51</sup>.

En primer lugar, el Tribunal Supremo considera necesario hacer una “referencia global” al problema genérico que ahora se discute, esto es, al uso “de determinados atuendos por motivos religiosos, principalmente por mujeres, aunque no sólo”. Aquí, el Tribunal parte de la consideración de que el problema que ahora se analiza “se trata sin duda de un problema de marcado sentido político” respecto del cual no existe un mínimo consenso. Con el fin de ofrecer una visión en conjunto del tema, limita el problema al uso del velo islámico (aunque no deja de reconocer las distintas modalidades del mismo) y se remite en primer lugar a la jurisprudencia del TEDH existente al respecto “como posible marco de convergencia en el tratamiento jurídico de la cuestión” (teniendo en cuenta también que la misma no se refiere en ningún caso al uso del velo integral y de que se centra en problemas suscitados en ámbitos concretos y no en prohibiciones generalizadas)<sup>52</sup>. El Tribunal Supremo tras analizar la citada jurisprudencia llega a la conclusión de que “no cabe encontrar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos una pauta segura e inequívoca para el tratamiento jurisdiccional del problema que abordamos”<sup>53</sup>, y todo ello porque: no existe un consenso jurídico en el Derecho comparado; se da primacía a la regulación nacional que exista al respecto; y el valor de los pronunciamientos jurisprudenciales existentes es relativo cuando en los asuntos analizados el laicismo no sea objetivo constitucional (como sí sucede en los casos de Francia y Turquía). Por otro lado, el Tribunal Supremo, más allá del análisis jurisprudencial se refiere a la normativa existente en el Derecho comparado y llega, más o menos, a la misma conclusión que en el caso anterior: no existe, en general, una prohibición del uso del velo integral en los espacios públicos (salvo casos excepcionales de

<sup>50</sup> Aunque el TS se centre en dos motivos, los subdivide en muchos otros apartados.

<sup>51</sup> STS de 14 de febrero de 2013, FJ 2º.

<sup>52</sup> El TS cita aquí los asuntos *Dahlab contra Suiza*, de 15 de febrero de 2001; *Leyla Sahin contra Turquía*, de 29 de junio de 2004 y la de Gran Sala de 10 de noviembre de 2005; *Kervanci contra Francia* de 4 de diciembre de 2008; y *Ahmet Arslam y otros contra Turquía*, de 23 de febrero de 2010 (aunque ésta referida a hombres).

<sup>53</sup> En este mismo sentido, vid. CAMARERO SUÁREZ, Victoria, “Análisis de la primera...”, *op. cit.*, p. 6.

Francia o Bélgica)<sup>54</sup>, a pesar de que, en un mundo cada vez más globalizado, la inmigración genera tensiones provocadas “*por el pluralismo cultural ideológico y religioso y la necesidad de la adecuada conciliación de las diferencias en armonía cívica*”<sup>55</sup>. Y, por último, haciendo referencia al caso español, el Tribunal Supremo recuerda que en nuestro país no existe una Ley estatal ni autonómica que establezca la prohibición del uso del velo integral<sup>56</sup>.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo realiza una “consideración global” del sentido de los preceptos impugnados de la Ordenanza municipal del Ayuntamiento de Lérida. Aquí el TS, desmarcándose del pronunciamiento del TSJ de Cataluña, considera que la referencia a los “*espacios o locales destinados al uso o servicio público*” no representa un ámbito limitado a lo meramente municipal, sino que dicho concepto debe entenderse en un sentido “abarcador” incluyendo “*todo el espacio municipal, que es en el que se desenvuelve primariamente la vida de los ciudadanos*”. Por otro lado, el Tribunal añade en este punto que es oportuno destacar que la prohibición que ahora se analiza no es fruto de una mera prohibición inespecífica, sino que la misma ha tenido su origen en el contraste cultural que en la actualidad se plantea en el ámbito municipal de Lérida, además de la consideración que dicha prohibición representa para la posición concreta de la mujer en la sociedad.

Y, en tercer y último lugar, el Tribunal Supremo delimita el sentido propio de la sentencia, aclarando y advirtiendo que la misma en ningún caso supondrá una “*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*”. El TS deja claro que con su sentencia sólo resuelve el problema concreto planteado por una Ordenanza municipal del Ayuntamiento de

---

<sup>54</sup> Según el TS, Francia con la Ley de 11 de octubre de 2010 y Bélgica con la Ley de 1 de junio de 2011.

<sup>55</sup> El TS recuerda aquí (FJ 2º) que, en el marco del Consejo de Europa, la Recomendación 1927 (2010) sobre *Islam, Islamismo e Islamofobia en Europa*, exhortó 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*” (Apartado 3.13).

<sup>56</sup> Aquí (FJ 2º) el TS trae a colación las mociones presentadas en el Senado, 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*” (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, Serie 8, nº 484, de 21 de junio de 2010); y en el Parlamento de Cataluña con el mismo contenido (Diario de Sesiones del Parlamento de Cataluña, de 5 de abril de 2011). Aunque ambas mociones fueron aprobadas, no se siguió ni la elaboración ni la aprobación de la Ley solicitada.

Lérida, sin que ello deba extrapolarse más allá. Incluso deja claro en la Sentencia que no se pronuncian sobre “*lo que el legislador pueda, en su caso, hacer sobre el uso del atuendo religioso que nos ocupa (...) Simplemente nos limitamos a afirmar la inexistencia de la Ley, con la consecuencia que ello implica, ya razonada*”<sup>57</sup>.

El Tribunal Supremo analiza la prohibición del uso del velo integral conforme a estas premisas, pero es consciente en todo caso que su respuesta va más allá y que la misma debería responder “*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...*”<sup>58</sup>.

Tras estas aclaraciones, el Tribunal Supremo altera el orden de los motivos de casación alegados por las partes, entendiéndolo que “*el orden lógico del examen deba ser primero, el del análisis de la alegada vulneración del artículo 16 CE, lo que se derivará si el Ayuntamiento, al hacer lo que hizo, era o no competente para hacerlo*”<sup>59</sup>. En todo caso, el Tribunal Supremo se centra en los siguientes motivos:

### **2.2.1. Principales motivos de impugnación**

#### **a) La vulneración de la libertad religiosa**

Analizamos aquí lo que es, en realidad, el “centro neurálgico del caso”<sup>60</sup>. El TSJ de Cataluña no consideró que existiera vulneración alguna del derecho a la libertad religiosa, pues entendía que al no tratarse el velo integral de una prenda que vistieran todas las mujeres de religión islámica –y, por lo tanto, existir la posibilidad de que fuera una prenda que no siempre manifestara una convicción religiosa– y al ser una prenda que ponía en peligro la convivencia pacífica del municipio, el Ayuntamiento era más que competente para regular la materia, no produciéndose la alegada vulneración de ningún derecho fundamental.

La Asociación Watani, como parte recurrente, motivó su recurso de casación en relación con la violación de este derecho al considerar errónea la argumentación de que el Ayuntamiento tenía competencia para regular la materia y al considerar que la podía limitar por motivos de orden público, haciendo un mal uso de dicho término<sup>61</sup>.

Por su parte, el Ayuntamiento se opuso a tal argumentación, entendiéndolo que la Ordenanza municipal se refería a “*cualquier elemento que obstaculice*

<sup>57</sup> STS de 14 de febrero de 2013, FJ 10°.

<sup>58</sup> STS de 14 de febrero de 2013, FJ 3°.

<sup>59</sup> STS de 14 de febrero de 2013, FJ 7°.

<sup>60</sup> STS de 14 de febrero de 2013, FJ 8°; y CAMARERO SUÁREZ, Victoria, “Análisis de la primera...”, *op. cit.*, p. 11.

<sup>61</sup> STS de 14 de febrero de 2013, FJ 3°.

la visión del rostro”, para lo cual el mismo era competente, y que respecto de la limitación de la libertad religiosa, “*el art. 16 CE no ampara el derecho a comportarse en todas las circunstancias de la vida con arreglo a las propias creencias*”, pudiendo ser limitado por razones de orden público, concepto –a juicio del Ayuntamiento– correctamente empleado por el TSJ de Cataluña<sup>62</sup>.

Sobre este aspecto el Ministerio Fiscal señala la dificultad de comprensión de la argumentación de la recurrente en tanto que la finalidad perseguida con la Ordenanza no tenía nada que ver con el derecho a la igualdad, sino “*genéricamente, la protección de los derechos y libertades ajenas y del orden público*” (aunque reconoce más fácilmente defendible la protección de la “*tranquilidad por la falta de visión de la cara*” que “*el ejercicio de derechos legítimos*”)<sup>63</sup>. Y así, en este sentido, concluye que “*en cualquier caso, no cabe aceptar la precisión legal, de conformidad con el derecho interno*” y por tanto, considera que la prohibición del uso del velo integral por parte del Ayuntamiento de Lérida era contraria a Derecho<sup>64</sup>.

En este punto, el TS, compartiendo el planteamiento de las partes en el proceso y del TEDH sobre los casos de uso de velo no integral, de que dicha prenda puede ser o no un símbolo religioso, pero que su uso supone una “*manifestación de una creencia o convicción ideológica o religiosa*”, considera necesario aclarar que lo que se analiza en este caso es “*el elemento subjetivo de la motivación de la conducta de vestir un determinado atuendo por motivos religiosos (...) desde la óptica del principio de libertad religiosa*”. Así pues, el TS se niega a pronunciarse “*sobre si este acto constituye en todos los casos un cumplimiento de un deber religioso*” y basa su negativa, en primer lugar, en “*la neutralidad del Estado en cuanto a la Religión*”<sup>65</sup>; y, en segundo lugar, porque en último término al uso del velo “*no se le podría negar su carácter de expresión de una determinada ideología*”<sup>66</sup>. Creemos que esta reserva que el TS da por válida limita el objeto de estudio y, por lo tanto, la solución no puede ser la misma, pues el juicio de proporcionalidad tampoco lo es.

A pesar del razonamiento anterior, en este caso el TS no analiza la posible consideración del uso del velo por otros motivos que no sean los religio-

<sup>62</sup> STS de 14 de febrero de 2013, FJ 4º.

<sup>63</sup> STS de 14 de febrero de 2013, FJ 5º.

<sup>64</sup> Aquí el TS concluye (FJ 10º) que, como acertadamente sostiene el Ministerio Fiscal, la referencia a los 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*”. Sobre esta cuestión, vid. CAMARERO SUÁREZ, Victoria, “Análisis de la primera...”, *op. cit.*, p. 23.

<sup>65</sup> El TS cita aquí como apoyo la argumentación de la STEDH de 15 de enero de 2013, caso *Eweida y otros contra el Reino Unido*, §§ 80 y 81.

<sup>66</sup> STS de 14 de febrero de 2013, FJ 8º.

sos y parte de la consideración de que el velo integral islámico es una prenda con un marcado carácter religioso y, por tanto, “una manifestación de ejercicio de libertad religiosa”. Y, desde este punto, comienza a analizar las exigencias constitucionales existentes para limitar el ejercicio de dicho derecho, entre ellas, el límite del “orden público”<sup>67</sup>.

En este orden de cosas, el TS analiza la doctrina constitucional existente sobre el contenido de la libertad religiosa, recordando que dicho derecho tiene una dimensión interna (no sujeta a límites) y “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”<sup>68</sup>. Pero recuerda que todos los derechos están limitados, y que, en este caso, como derecho fundamental que es, “la Constitución ha querido que la Ley, y sólo la Ley, pueda fijar los límites a un derecho fundamental”<sup>69</sup>, por lo que concluye el Tribunal Supremo que es inequívoco en este caso que para limitar el ejercicio de la libertad religiosa no se podrá sustituir la Ley por cualquier otra fuente normativa como lo puede ser una Ordenanza municipal.

Así las cosas, en relación con los límites de la libertad religiosa, el TS analiza también el caso del límite del “orden público”, tan mencionado por el Ayuntamiento y por el Ministerio Fiscal para defender la competencia del Ayuntamiento en orden a limitar el uso del velo integral. Aquí recuerda el TS que “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”.

Por todo ello, concluye el Tribunal Supremo, “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”<sup>70</sup>. En base a estos motivos, el TS concluye la lesión de la libertad religiosa.

---

<sup>67</sup> STS de 14 de febrero de 2013, FJ 9°.

<sup>68</sup> Vid., sobre esta cuestión, STC 154/2002 (FFJJ 6° a 8°), con referencia a las SSTC 19/1985, FJ 2°; 120/1990, FJ 10°; y 137/1990, FJ 8°, así como la STC 46/2001, FJ 4° (con cita de la SSTC 24/1982 y 166/1996, reconociendo en este ámbito “plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales”).

<sup>69</sup> Con especial análisis por parte del TS en este caso (FJ 9°) para los límites de los derechos fundamentales, de la STC 292/2000, FJ 11°; y, por todos, de la STC 11/1981, FJ 7°. Y, en relación con los límites de la libertad religiosa, vid. la STC 20/1990, FJ 4°.

<sup>70</sup> STS de 14 de febrero de 2013, FJ 9°, con referencia a la STC 46/2001.

### b) La falta de competencia del Ayuntamiento

El Tribunal Supremo mantiene que el TSJ de Cataluña se equivocó al afirmar que la prohibición del uso del velo integral era competencia del Ayuntamiento en tanto que el mismo se había basado erróneamente en considerar que una determinada vestimenta podría atentar contra la tranquilidad de otras personas. Según el TS esta argumentación es “*totalmente desacertada*” en tanto que “*entra dentro del campo de la opinión y no del Derecho*”<sup>71</sup>.

Aunque el TSJ de Cataluña había considerado este motivo como principal para resolver el asunto, el Tribunal Supremo consideró más apropiado proceder a su análisis una vez comprobada la lesión o no de la libertad religiosa. Para el Tribunal Supremo, la alegación de incompetencia “*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*”<sup>72</sup>. El TS considera que sin adentrarse en las limitaciones de los derechos fundamentales y, en concreto, en las limitaciones de la libertad religiosa alegada, no es posible determinar si el Ayuntamiento actuó o no de forma correcta o se extralimitó en sus competencias.

En ese sentido, atendiendo a lo visto en el apartado anterior, conforme al cual señalamos que el Tribunal Supremo había sentenciado la necesidad indeclinable de la existencia de una Ley previa, sin poder ser sustituida por otro tipo de norma, como lo es una Ordenanza Municipal, el TS concluye que “*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*”<sup>73</sup>.

No obstante, aunque ya sepamos el final de la historia, creemos que es realmente importante recordar las alegaciones de las partes sobre este tema.

En este punto el TSJ entendió que el mantenimiento del orden público (entendido como “paz social” o “paz pública” y “convivencia social”)<sup>74</sup>, máxime en los espacios municipales, es competencia de los Ayuntamientos. En este punto el TSJ se apoyó en la conocida doctrina de la “vinculación negativa”, que permite a las Corporaciones locales reglamentar sin previa habilitación legal en toda materia que sea de su competencia y sin contradecir ni vulnerar

<sup>71</sup> STS de 14 de febrero de 2013, FJ 3º, con referencia a las SSTS de 2 de febrero de 2002, de 8 de abril de 2002, de 9 de diciembre de 2002, y a la STC 131/2010.

<sup>72</sup> STS de 14 de febrero de 2013, FJ 7º.

<sup>73</sup> STS de 14 de febrero de 2013, FJ 10º.

<sup>74</sup> Sobre esta definición, vid. SSTS de 25 de enero de 1983 y de 13 de octubre de 1981, así como la de 20 de junio de 1994, que lo equipara a la “*paz y sosiego de los ciudadanos*”.

la legislación vigente<sup>75</sup>. Entendía aquí el TSJ que la prohibición del velo integral obedece a la posible perturbación de la tranquilidad que puede provocar “*por la falta de visión para el resto de las personas de un elemento esencialmente identificativo, como es la cara que lo oculta*”<sup>76</sup>. El Ayuntamiento, en este sentido, es competente aún cuando la prohibición pueda incidir en un derecho fundamental, pues es un tema que concierne a las manifestaciones de la convivencia y vida colectiva dentro del término municipal a las que se dirige<sup>77</sup>. Y todo ello (aunque luego el TSJ de Cataluña se muestre a favor) independientemente de que el portar el velo integral suponga una manifestación de la libertad religiosa de la mujer o no.

Sobre este aspecto, la parte recurrente consideraba que el Ayuntamiento se había extralimitado en las facultades que tenía concedidas legalmente, pues el tema que pretendía regular el Ayuntamiento “*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*”<sup>78</sup>. En íntima conexión con esta argumentación, la parte recurrente considera que la STSJ de Cataluña no había aplicado correctamente el concepto de orden público (y que si lo hubiera hecho habría concluido la violación de la libertad religiosa). En este punto, los recurrentes mantienen que la STSJ de Cataluña “*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*”, máxime cuando se han basado únicamente, según los recurrentes, “*en apreciaciones subjetivas, en opiniones no amparadas ni en una ley ni en la jurisprudencia*”<sup>79</sup>. Por último, la

<sup>75</sup> Sobre este tipo de doctrina, con apoyo en el art. 140 CE, vid. las SSTS de 21 de mayo de 1997 y de 20 de enero de 2008, y más recientemente, las SSTS donde se recoge la doctrina de las dos anteriores, de 14 de octubre de 2009 (FJ 4), la de 15 de octubre de 2009 (FJ 4<sup>o</sup>) o tres sentencias de 17 de noviembre de 2009 (FJ 3<sup>o</sup>, todas ellas); o la STC 132/2001, FJ 5<sup>o</sup>; o el Dictamen del Consejo de Estado 1749/1994, de 23 de febrero (Consideración 5<sup>a</sup>). Sobre este tema, vid., por todos, GALÁN GALÁN, Alfredo, “La consolidación del principio de vinculación negativa en el ámbito local”, en *Revista CEMCI*, n<sup>o</sup> 8, julio-septiembre 2010, pp. 1-27 (pp. 3 y 4).

<sup>76</sup> STSJ de Cataluña, de 7 de junio de 2011, FJ 2<sup>o</sup>.

<sup>77</sup> STSJ de Cataluña, de 7 de junio de 2011, FJ 2<sup>o</sup>.

<sup>78</sup> La Asociación cita como apoyo de su argumento la STS de 14 de octubre de 2009, insistiendo en la necesidad de una Ley previa.

<sup>79</sup> En apoyo de esta argumentación, la Asociación citó las SSTS de 12 de enero de 2010, de 8 de octubre de 2010 y de 19 de abril de 2010, así como las SSTEDH de 12 de abril de 2007, caso *Ivanova contra Bulgaria*; de 8 de noviembre de 2007, caso *Perry contra Letonia*; de 5 de octubre de 2006, caso *Delegación de Moscú del Ejército de Salvación contra Rusia*; de 16 de diciembre de 2004, caso *Santo Consejo Supremo de la Comunidad Musulmana contra Bulgaria*; de 13 de diciembre de 2001, caso *Iglesia Metropolitana de Bessarabia y otros contra Moldavia*; y de 11 de

Asociación recurrente considera que este error a lo que conduce en último término es a una situación 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*”. Nuevamente la Asociación recurrente considera que el error del TSJ de Cataluña parte de haber considerado que el uso del velo integral “*es un acto motivado o inspirado por una religión o una convicción*” y que dicha manifestación de la libertad religiosa se podía ver limitada “*simplemente por el hecho de que pueda molestar a terceros*”<sup>80</sup>.

Por lo que respecta al Ayuntamiento, el mismo reafirma su competencia en la materia considerando, por un lado, que tanto la normativa existente como la jurisprudencia “*prevé que las ordenanzas municipales regulen, además de las competencias propias, aspectos accesorios de los derechos fundamentales*”<sup>81</sup>; y citando, por otro lado, como títulos competenciales “*la seguridad*”, “*la ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de los servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y servicios públicos*” y aquéllos otros ámbitos que “*contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la Comunidad vecinal*”<sup>82</sup>. En base a estas consideraciones el Ayuntamiento concluyó al respecto que si bien es consciente de que en la actualidad “*los Ayuntamientos no tienen atribuidas expresamente competencias para prohibir, con carácter general indiscriminado, que en la vía pública cualquier persona utilice el velo integral u otros elementos que imposibiliten su identificación (pasamontañas, casquetes, cascos integrales, máscaras, etc...)*”, la Ordenanza municipal que ahora se cuestiona, “*no contempla ninguna prohibición general ni indiscriminada de la utilización del velo integral o* enero de 2007, caso *Kuznetsov contra Rusia*.

<sup>80</sup> Aquí (FJ 3º) la Asociación recurrente se apoyó en el Informe de la Secretaría del Ayuntamiento en el que se afirma que “*no existe en este momento alteración suficiente relevante de la convivencia ciudadana*”. Asimismo, la Asociación se apoyó en la argumentación presentada por el propio TSJ de Cataluña al solicitar la suspensión de la Ordenanza considerando que la aplicación de la misma podría producir “*perjuicios irreparables para los afectados*” y teniendo en cuenta que “*no existían perjuicios para el interés del público*” en tanto que “*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*”.

<sup>81</sup> Aquí (FJ 4º) el Ayuntamiento cita al respecto la STSJ de Cataluña de 7 de abril de 2010.

<sup>82</sup> Según el Ayuntamiento, las citadas competencias encuentran su fundamento en las siguientes normas: Ley Orgánica 1/1992, de Seguridad Ciudadana (art. 2.2); Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 1.3); Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local (arts. 25.2, 26, 28, 84 y 139); el Decreto Legislativo 2/2003, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña (arts. 66, 67, 71, 247 y 248).



de otros elementos que imposibiliten la identificación de las personas, sino que regula unas situaciones específicas y concretas en unos ámbitos perfectamente determinados”. Así las cosas, continúa reiterando el Ayuntamiento, que el mismo es competente para prohibir el uso del velo integral teniendo en cuenta que “los Ayuntamientos tienen reconocidas competencias en materias como la seguridad, la integración social y cultural y la convivencia ciudadana” y que el uso de tal prenda –en tanto que oculta el rostro de la persona– produce perturbación en la tranquilidad y en la convivencia ciudadana.

Sobre este punto, el Ministerio Fiscal sostiene que “el Ayuntamiento de Lleida carece de competencia para regular la materia, no amparable en los arts. 139 y 140 de la LBRL”. Entiende el Ministerio Fiscal que aunque considera que “el uso de la prenda afecta a un ámbito de indudable trascendencia religiosa”, pudiera llegar a entender que –consecuencia de la diversidad cultural– su uso pudiera no ser “un elemento esencial en el credo islámico”, lo que provocaría “la genérica posibilidad de regulación por la autoridad local”, pero que resultaría en todo caso imprescindible la “cobertura legal habilitante”, lo que en su opinión, no existe. A esto añade el Ministerio Fiscal (lo cual resulta realmente interesante) que no se puede sostener hoy en día una afirmación como la realizada por la STSJ de Cataluña sobre la perturbación que se produce por el uso del velo integral en la cultura occidental. A este respecto opina el Ministerio Fiscal que dicha argumentación no es aceptable en tanto que “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”. Entiende el Ministerio Fiscal que el uso del velo integral no produce un “desasosiego de la generalidad de los ciudadanos”, ni “consecuencias físicamente evaluables” (como el ruido, las emanaciones de gases o fluidos, la emisión de ondas magnéticas...), “ni que exista dato objetivo alguno en todo el proceso normativo, ni en el judicial, que permita afirmarlo”. Y, por todo ello, acaba concluyendo que el Ayuntamiento no tenía competencia para prohibir el uso del velo integral tal y como lo hizo, con la excepción del Reglamento de Transporte Urbano de Viajeros en tanto que aquí se limita a “regular la identificación de los viajeros para el uso de las tarjetas de precios reducido o tarifa social”<sup>83</sup>.

Finalmente, aunque ya conocemos su opinión, el Tribunal Supremo comparte la argumentación del Ayuntamiento y del Ministerio Fiscal y al hilo

<sup>83</sup> Sobre la opinión del Ministerio Fiscal y la del TS (éste sobre el Reglamento de Transporte, dando la razón al Ministerio Fiscal y desestimando el recurso de casación interpuesto en este punto), vid. STS de 14 de febrero de 2013, FFJJ 5º y 11º.

de analizar la referencia a la “*perturbación de la tranquilidad*” para nuestra cultura occidental supone observar el uso del velo integral, el Tribunal concluye que “*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*”<sup>84</sup>. Así el TS considera que no hay perturbación de la tranquilidad pública y que tampoco se produce respecto de la seguridad o del orden público (conceptos que acusa de utilizar erróneamente al TSJ).

Creemos importante señalar, tal y como recuerda el Ministerio Fiscal, que en su Sentencia el TSJ de Cataluña debería haber explicado y no “*dejar sin explicación convincente*”, como lo hizo, “*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*”<sup>85</sup>.

Por último, en relación con este motivo de casación, el Tribunal Supremo da respuesta a una cuestión que considera “*constitucionalmente inaceptable*”<sup>86</sup>. Se refiere a la afirmación que realizaran tanto el Ayuntamiento como el Ministerio Fiscal sobre el hecho de que la regulación de la Ordenación lo es de las “*materias accesorias de los derechos fundamentales, sobre todo lo concerniente a las manifestaciones de la convivencia o vida colectiva dentro del término municipal a las que se dirige*”. Aquí el Tribunal considera que hay que diferenciar lo que es la regulación de “*aspectos accesorios, accidentales o circunstanciales*” del derecho fundamental” y lo que es la “*regulación de materias propias de los títulos competenciales de los Ayuntamientos*”<sup>87</sup>. Argumenta el Tribunal Supremo que “*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*”, pues de este artículo no se puede deducir que “*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*”. Así, concluye el Tribunal Supremo que “*todo el ejercicio del derecho funda-*

<sup>84</sup> STS de 14 de febrero de 2013, FJ 10º, que se remite a la STEDH de 10 de noviembre de 2005, asunto *Leyla Sahin contra Turquía*, y a otras SSTEDH como el asunto *Partido Comunista de Turquía y otros contra Turquía*, de 30 de enero de 1998; o *Serif contra Grecia*, de 14 de diciembre de 1999, donde se afirma que “*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*”.

<sup>85</sup> STS de 14 de febrero de 2013, FJ 5º.

<sup>86</sup> STS de 14 de febrero de 2013, FJ 7º.

<sup>87</sup> STS de 14 de febrero de 2013, FJ 7º.

mental está reservado a la Ley, y no puede por ello ser objeto directo de regulación por una Ordenanza municipal”<sup>88</sup>. Conforme indica el Tribunal Supremo, basta sólo con afirmar que no existe ley previa para confirmar que la prohibición establecida por la Ordenanza municipal vulnera el citado derecho fundamental<sup>89</sup>. Creemos conveniente señalar aquí que el propio TS no considera que el Ayuntamiento sea incompetente, sino que se ha extralimitado en sus competencias “*al hacer lo que no podía hacer*”<sup>90</sup>.

Además, mantiene el Tribunal Supremo que sobre este requisito no puede aceptarse la argumentación que realiza el Ayuntamiento al aludir a la jurisprudencia del TEDH y la posibilidad de regular la materia por otro tipo de norma que no fuera una ley en sentido formal, pues esto es contrario al artículo 53 CE, como acabamos de ver y porque como concluye el Tribunal Supremo, dicha argumentación no se ajusta a la jurisprudencia del TEDH que en muchas de sus sentencias “*anteponen a la apreciación del Tribunal la que en cada país se acomode a sus parámetros constitucionales*”. En ningún supuesto el Convenio Europeo de Derechos Humanos rebajaría las exigencias que sobre los derechos fundamentales establezca un Estado miembro en su texto constitucional<sup>91</sup>.

En este punto, el Tribunal Supremo aclara, por un lado, que si bien comparte la teoría de la vinculación negativa a la Ley derivada del principio de autonomía local, reconocido en el artículo 140 CE, dicha argumentación no puede servir de base para entender que el propio Ayuntamiento “*pueda por sí mismo establecer limitaciones al ejercicio de un derecho fundamental en todos los espacios municipales*”, pues no se puede olvidar, razona el Tribunal Supremo, que estamos hablando de derechos fundamentales y sus límites<sup>92</sup>. Y, por otro lado, el Tribunal considera que la argumentación del Ayuntamiento, corroborada por el TSJ de Cataluña, sobre sus competencias en materia de seguridad, sobre la base de los artículos 139 y 140 de la Ley de Bases de Régimen Local fue un “*recurso dialéctico... artificioso*” y “*no aceptable*”. Opina el Tribunal Supremo que con dicha argumentación nos alejamos del “*auténtico centro de gravedad del problema*”, que según el Tribunal Supremo

<sup>88</sup> En este mismo sentido, vid. CAMARERO SUÁREZ, Victoria, “Análisis de la primera...”, *op. cit.*, p. 22; con referencia a FERREIRO, Juan, “Política del Gobierno en materia de libertad religiosa e integración del Islam”, en COMBALÍA, Z. / DIAGO, M<sup>a</sup>.P. / GONZÁLEZ-VARAS, A. (Coords.), *Derecho Islámico e Interculturalidad*, Iustel, Madrid, 2011, p. 392.

<sup>89</sup> STS de 14 de febrero de 2013, FJ 10<sup>o</sup>.

<sup>90</sup> STS de 14 de febrero de 2013, FJ 10<sup>o</sup>.

<sup>91</sup> STS de 14 de febrero de 2013, FJ 10<sup>o</sup>, con referencia al asunto *Leyla Sahin, contra Turquía*, de de 29 de junio de 2004, §§ 100 y 101.

<sup>92</sup> STS de 14 de febrero de 2013, FJ 7<sup>o</sup>. El TS se plantea si la prohibición de un derecho fundamental que corresponde a todos los ciudadanos, puede considerarse como concerniente sólo al ámbito local y municipal.

*“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 consecuyente a la inobservancia de la prohibición”*. Es decir, el Tribunal Supremo plantea que lo que se debería haber discutido era la limitación de un derecho fundamental y no centrarse en quién tiene competencia para sancionar en el ámbito municipal cuando aquí se comete una infracción.

### **2.2.2. Otros argumentos empleados**

#### **a) La vulneración de la igualdad y de la dignidad de la persona**

Recordamos aquí que en relación con las vulneraciones ahora alegadas, la parte recurrente, esto es la Asociación, alegó una falta de congruencia en el pronunciamiento del TSJ de Cataluña.

La Asociación recurrente, en el recurso de casación motivó que en el presente asunto se producía una violación del principio de igualdad en tanto que el TSJ de Cataluña se había apoyado en un argumento insostenible para mantener la prohibición del uso del velo integral justificando que la misma era *“necesaria en una sociedad democrática”*. Argumentó la Asociación que dicho criterio no era ajustado a Derecho y que la resolución fue a todas luces incongruente, pues se había basado únicamente en *“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”*<sup>93</sup>.

Por su parte, el Ayuntamiento consideró erróneo el razonamiento de la Asociación de que la STSJ de Cataluña fuera incongruente. El Ayuntamiento recordó aquí 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”* y que *“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”*, además del hecho de que la STSJ de Cataluña *“no ha omitido resolver las pretensiones formuladas ni ha resuelto sobre pretensiones no formuladas”*<sup>94</sup>.

Respecto de la falta de motivación o incongruencia alegada por la recurrente en el recurso de casación, el Tribunal Supremo señaló que de la sola lectura de la STSJ de Cataluña se evidenciaba lo incierto de dicha alegación en ambos sentidos<sup>95</sup>.

<sup>93</sup> STS de 14 de febrero de 2013, FJ 2º.

<sup>94</sup> El Ayuntamiento apoya aquí (FJ 4º) su argumentación haciendo referencia a la STS de 30 de junio de 2011, así como a la STS de 11 de octubre de 2011, y a la de 17 de julio de 2005.

<sup>95</sup> STS de 14 de febrero de 2013, FJ 6º, con cita a la doctrina existente al respecto reflejada en la STS de 11 de octubre de 2011.

Tras estas aclaraciones, las partes entraron a analizar la posible vulneración de los artículos 14 y 10 CE.

Sobre este aspecto el Ayuntamiento concluye que dicha vulneración no se produce pues no hay término comparativo en tanto que la Ordenanza municipal “no tiene por objeto la regulación exclusiva del velo integral, sino de los elementos que obstaculicen la visión del rostro”<sup>96</sup>.

Sobre este último punto, el Ministerio Fiscal opina en idéntico sentido<sup>97</sup>.

Asimismo, aunque en realidad el Tribunal Supremo tampoco entró a valorar la lesión del artículo 14 CE consideró, recordando la doctrina del Tribunal Constitucional que “cuando la pretendida vulneración del derecho de igualdad viene unida a la de un derecho fundamental sustantivo, la de éste subsume la vulneración del derecho de igualdad”. De esta forma, analizada la lesión de la libertad religiosa del artículo 16 CE, “no debe entrarse, como algo diferenciado, en la del artículo 14 CE”<sup>98</sup>.

No obstante, el Tribunal Supremo, al hilo de analizar los argumentos de las partes ya expuestos, afirma categóricamente que “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”.

Es más, el Tribunal Supremo llega a afirmar que si se justificara una prohibición del uso del velo integral tal y como la que se produce por la Ordenanza municipal, se podría producir “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”<sup>99</sup>. No compartimos esta afirmación, pues si bien es cierto que la libertad consiste en la posibilidad de elección y en un ordenamiento jurídico como el nuestro, dicha posibilidad de elección existe, la historia nos ha enseñado que en muchos casos hay que forzar esa posibilidad y conducirla al marco de protección de la dignidad de la persona.

<sup>96</sup> STS de 14 de febrero de 2013, FJ 4º.

<sup>97</sup> STS de 14 de febrero de 2013, FJ 5º.

<sup>98</sup> STS de 14 de febrero de 2013, FJ 7º, con referencia a las SSTC 78/2007 (FJ 2º) y 179/2008 (FJ 1º). Según el TS, restablecido el ejercicio de la libertad religiosa, queda eliminada toda referencia a una discriminación por motivos religiosos.

<sup>99</sup> STS de 14 de febrero de 2013, FJ 10º.

### **b) La vulneración del derecho de participación**

Sobre la pretendida vulneración del derecho de participación en asuntos públicos (artículo 23 CE), la parte recurrente argumentó como motivo de casación que la STSJ de Cataluña no tuvo en cuenta que un efecto colateral de la Ordenanza (al prohibir la entrada en recintos públicos portando velo integral) podría ser 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”*<sup>100</sup>.

Por su parte, el Ayuntamiento contesta al motivo así planteado por los recurrentes alegando que *“la Ordenanza no impide a ningún cargo electo acceder a los espacios públicos por el hecho de llevar un signo de vestimenta religioso”*, sino que se refiere a *“la prohibición de cualquier elemento que obstaculice la visión del rostro y la comunicación visual”*<sup>101</sup>.

En este punto, el Ministerio Fiscal comparte su opinión y la del TSJ de Cataluña<sup>102</sup>.

Y el Tribunal Supremo concluye, en el mismo sentido que el Ministerio Fiscal y el Ayuntamiento, o como ya hiciera la STSJ de Cataluña, que dicho motivo carecía de total argumentación, pero que aunque la tuviera, la prohibición del velo integral no incide directamente en la participación directa de las personas que lo portan. Así, *“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”*<sup>103</sup>.

### **2.3. El fallo**

Reproduciendo las palabras del Tribunal Supremo 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”*<sup>104</sup>.

<sup>100</sup> STS 14 de febrero de 2013, FJ 3º.

<sup>101</sup> STS de 14 de febrero de 2013, FJ 4º.

<sup>102</sup> STS de 14 de febrero de 2013, FJ 5º.

<sup>103</sup> STS de 14 de febrero de 2013, FJ 12º.

<sup>104</sup> STS 14 de febrero de 2013, FJ 14º.

Podríamos decir que el Tribunal Supremo cierra el asunto en un doble sentido:

a) Por un lado concluye que la Ordenanza municipal de Civismo aprobada por el Ayuntamiento de Lérida, que prohibía el uso del velo integral islámico en los espacios y equipamientos municipales, era una norma no ajustada a Derecho en cuanto incidía en la libertad religiosa garantizada por el artículo 16 CE.

b) Por otro lado niega la competencia de los Ayuntamientos para regular cualquier circunstancia que incida en alguna de las manifestaciones de la libertad religiosa (con la excepción de la referencia hecha al Reglamento del Servicio de Transporte Urbano)<sup>105</sup>.

Así, por un lado, estima en lo sustancial el recurso de casación interpuesto en contra de la STSJ de Cataluña, dejándola sin efecto, (excepto en el caso de la modificación del Reglamento del Servicio de Transporte Urbano); y, por otro lado, estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto ante el TSJ de Cataluña declarando contrarios a Derecho y por lo tanto nulos, los preceptos modificados por el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento (con la excepción del Reglamento del Servicio de Transporte Urbano, que se declara ajustado a Derecho).

### 3. CONCLUSIONES

Aunque a lo largo de los apartados anteriores hemos mostrado, más o menos, nuestra conformidad o disconformidad con los pronunciamientos de las partes en el proceso que dio lugar a la STS de 14 de febrero de 2013, en este apartado expondremos con más detalle nuestras conclusiones sobre los distintos aspectos que el Tribunal Supremo ha ido analizando en su sentencia.

#### 3.1. SOBRE LA FALTA DE COMPETENCIA DEL AYUNTAMIENTO

Si bien compartimos el razonamiento del Tribunal Supremo sobre la necesidad de una ley previa para regular los derechos fundamentales –dada la exigencia constitucional existente–, así como la imposibilidad de que una Ordenanza municipal ocupe su lugar, creemos que no podemos olvidar la realidad social que nos rodea y el papel que los Ayuntamientos juegan en nuestra sociedad.

En este sentido, creemos que para entender este punto, tenemos que tener en cuenta el papel que en la actualidad están desempeñando los Ayuntamientos. Éstos, en tanto que poderes públicos más cercanos a los ciudadanos, se han convertido en los encargados de velar por la paz y la igualdad

<sup>105</sup> STS de 14 de febrero de 2013, FJ 11°. Aquí, el TS considera que la exigencia de identificación no supone ningún tipo de limitación del ejercicio de la libertad religiosa.

en el ámbito municipal<sup>106</sup>. No podemos negar la evidencia de que la inmigración es un fenómeno básicamente urbano, pues donde los inmigrantes se integran es en los pueblos y ciudades. Por ello, los Ayuntamientos son los que tienen competencia para hacer frente a su integración, haciendo posible la convivencia de diversas culturas en un mismo y reducido entorno<sup>107</sup>. Y, en este mismo sentido, las Ordenanzas municipales juegan un papel muy activo en la vida social de los ciudadanos en el municipio, convirtiéndose en auténticas guías de civismo<sup>108</sup>, estableciendo no sólo indicaciones sobre las normas para la convivencia, sino realizando una auténtica labor pedagógica sobre aspectos propios y conflictivos de esa convivencia, bajo los principios de no discriminación y respeto de la dignidad de todas las personas<sup>109</sup>.

No nos termina de quedar claro cómo puede el Tribunal Supremo concluir la falta de competencia del Ayuntamiento para regular la materia, pero sí reconoce su competencia para salvaguardar el orden público y la convivencia ciudadana. En la práctica es a todas luces evidente que el regular determinados aspectos de la convivencia ciudadana acabará afectando al ejercicio de los derechos fundamentales de las personas que integran una determinada comunidad.

Por este motivo, creemos que lo que habría que reforzar es el control de la actuación de los Ayuntamientos, esto es, habría que comprobar que las normas aprobadas por los Ayuntamientos con el fin de regular la citada convivencia ciudadana no sobrepasaran los límites fijados por las Leyes, respetándose así el requisito de la reserva de Ley que exige nuestro texto constitucional<sup>110</sup>.

Por otro lado, respecto de la afirmación que realiza el Tribunal Supremo de la finalidad de evitar “la perturbación de la tranquilidad”, no terminamos de compartir la afirmación de que dicha perturbación se produce en las socieda-

<sup>106</sup> Así se desprende del artículo 9.2 CE y de los artículos 139 a 141 de la ya citada Ley de Bases de Régimen Local, con especial referencia a su art. 25.

<sup>107</sup> SALVADOR CRESPO, Mayte, “Gobierno local, símbolos religiosos...”, *op. cit.*, p. 322, quien pone como ejemplo la discrecionalidad de los Ayuntamientos a la hora de aprobar el Plan urbanístico municipal en el proceso de decisión sobre la existencia o no de lugares de culto y su ubicación.

<sup>108</sup> Sobre esta cuestión, vid. MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo, “Los Ayuntamientos y el régimen jurídicos de los atuendos y vestimentas. Una aproximación”, en *Anuario de Gobierno Local*, n° 1, 2010, pp. 341-365 (pp. 353-354).

<sup>109</sup> ARECES PIÑOL, M<sup>a</sup> Teresa, “La prohibición del velo integral...”, *op. cit.*, pp. 43-45, para quien la Ordenanza municipal impugnada recogía esta labor pedagógica.

<sup>110</sup> Algún autor ha considerado que, conforme a la jurisprudencia constitucional existente sobre el cumplimiento de la reserva de ley, bastaría que la Ley fijara unos criterios mínimos orientativos de la antijuridicidad de la conducta prohibida y de las sanciones impuestas para considerar cumplido el requisito de la reserva de Ley. Sobre esta cuestión, vid. ARECES PIÑOL, M<sup>a</sup> Teresa, “La prohibición del velo integral...”, *op. cit.*, p. 44; y también ALAEZ CORRAL, Benito, “Reflexiones jurídico-constitucionales...”, *op. cit.*, p. 511.



des occidentales por el ocultamiento del rostro que conlleva el uso del velo integral. Opinamos, como hizo el Ministerio Fiscal, que el uso del velo integral no produce “objetivamente” una situación de intranquilidad y desasosiego en todos los ciudadanos que justifique la prohibición de su uso (creemos que la justificación de su prohibición debe venir por otros motivos)<sup>111</sup>.

Es cierto que el concepto de orden público se presenta con un carácter relativo, en función de un determinado lugar o de un determinado momento histórico o social. Su consideración varía en el tiempo. Y aquí, compartimos, como opinó el Ministerio Fiscal, que la STSJ de Cataluña debería haber explicado qué entendía por “paz social” o por “paz pública” y de qué forma se veían alteradas por el uso del velo integral<sup>112</sup>. Pero a falta de dicha explicación, por mucho que la cultura musulmana puede ser diferente a la nuestra, no nos es completamente desconocida. Y es, en este sentido por lo que no podemos compartir la afirmación de que en una sociedad multicultural como en la que vivimos, el uso del velo integral suponga intranquilidad para otros ciudadanos<sup>113</sup>.

Asimismo, consideramos que tampoco podemos utilizar el concepto de orden público como una finalidad preventiva, y en este mismo sentido se ha pronunciado en varias ocasiones ya nuestro Tribunal Constitucional<sup>114</sup>. El orden público como fundamento para la prohibición del uso del velo integral podría ser un argumento válido si se circunscribiera a determinadas circunstancias<sup>115</sup>. Pero, por el contrario, si dicho argumento se aplicara con este sentido preventivo, se estaría dando a los poderes públicos carta blanca para limitar el ejercicio de los derechos de los ciudadanos sin ningún tipo de control, bajo meras sospechas o apreciaciones subjetivas<sup>116</sup>.

En conclusión, podemos decir que si bien compartimos el argumento de que los derechos fundamentales deben ser regulados por Ley y no por una

<sup>111</sup> STS de 14 de febrero de 2013, FJ 5°.

<sup>112</sup> STS de 14 de febrero de 2013, FJ 5°.

<sup>113</sup> Con la misma consideración del concepto de “orden público”, pero bajo el convencimiento de que el ocultamiento del rostro produce intranquilidad entre los sujetos que conviven en una misma sociedad, vid. ARECES PIÑOL, M<sup>a</sup> Teresa, “La prohibición del velo integral...”, *op. cit.*, pp. 45-46 (notas 106 y 107) con referencia a PRIETO ÁLVAREZ, Tomás, *La dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y del orden público. límites al ejercicio de las libertades públicas*, Civitas, Pamplona, 2005, p. 60; y del mismo autor, *Libertad religiosa y espacios públicos. Laicidad, pluralismo, símbolos*, Civitas, Pamplona, 2010, p. 142.

<sup>114</sup> STC 46/2001, FJ 11°.

<sup>115</sup> Así lo ha reconocido el TEDH en los asuntos *Ahmet, Arslan y otros contra Turquía*, de 23 de febrero de 2010; y *Refah Partisi y otros contra Turquía*, de 13 de febrero de 2003.

<sup>116</sup> CAMARERO SUÁREZ, Victoria, “Análisis de la primera...”, *op. cit.*, p. 23, quien entiende aquí que “la diversidad religiosa de los ciudadanos y su visibilidad en los espacios públicos debería ser limitada únicamente en los lugares expuestos a un riesgo lo suficientemente probado de alteración del orden público, en consonancia con la referida doctrina del Tribunal Constitucional”.

Ordenanza municipal, en el asunto que nos ocupa, entendemos que el Ayuntamiento sí tenía competencia para regular el uso de una determinada prenda de vestir en tanto que su uso no es que afecte a la convivencia de los habitantes del municipio por provocar perturbación de la paz social, sino porque su uso va en contra del orden público en tanto en cuanto el mismo integra el concepto de dignidad humana, y el uso del velo integral afecta a la misma en tanto que elemento discriminador de la mujer.

### 3.2. SOBRE LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

#### 3.2.1. La libertad religiosa

Hemos visto cómo el Tribunal Supremo hace suyo en este caso el razonamiento que viene empleando el TEDH respecto del uso del velo no integral y su vinculación con el derecho garantizado por el artículo 9 CEDH, esto es, con la libertad religiosa. Y aquí debemos decir que desde esa lógica, la argumentación que sigue el TS es correcta, pero creemos que esto no debería ser así, pues los casos que se pretende comparar no son iguales.

Además, en este aspecto el Tribunal Supremo dice seguir la argumentación del TSJ de Cataluña sobre el hecho de considerar el velo integral como una manifestación de la libertad religiosa o como expresión de cualquier otro tipo de ideología, pero curiosamente al final se desmarca de esta doble consideración para concluir el carácter religioso del mismo<sup>117</sup>. Pero provocando más confusión después de las anteriores afirmaciones el Tribunal Supremo llega a manifestar que aunque se negara el carácter religioso al velo islámico integral, su uso implicaría en último término la expresión de una determinada ideología que estaría igualmente protegida por nuestro texto constitucional<sup>118</sup>. Y es en función de esta consideración en base a la cual analiza si la prohibición de su uso representa una limitación justificada, pero no atendiendo a una posible radicalidad de la manifestación, sino atendiendo al hecho de si los límites al derecho a la libertad religiosa se encuentran o no justificados<sup>119</sup>. Se podría decir que el hecho fundamental a proteger es la creencia que implica la manifestación externa de la misma, independientemente de cómo sea dicha manifestación<sup>120</sup>.

<sup>117</sup> Sobre este punto, algún autor se plantea que el TS debería haber solicitado pruebas a las partes para llegar a una u otra conclusión y no haberse centrado sólo en el hecho de que los recurrentes consideraban la prohibición del uso del velo integral como una lesión de la libertad religiosa, al contrario que el Ayuntamiento. En este sentido, vid. ARECES PIÑOL, M<sup>a</sup> Teresa, “La prohibición del velo integral...”, *op. cit.*, pp. 38-39.

<sup>118</sup> CAMARERO SUÁREZ, Victoria, “Análisis de la primera...”, *op. cit.*, p. 20, con referencia al asunto *Eweida y otros contra Reino Unido*, de 15 de enero de 2013 (§§ 80 y 81).

<sup>119</sup> STS de 14 de febrero de 2013, FJ 8<sup>o</sup>. Y resaltando esa peculiaridad, vid. CAMARERO SUÁREZ, Victoria, “Análisis de la primera...”, *op. cit.*, pp. 11-12.

<sup>120</sup> En este sentido, vid., la solución dada por el TEDH en el caso *Fernández Martínez contra*

No estamos de acuerdo con tales manifestaciones, pues el uso del velo integral en ningún caso no supone una manifestación de una creencia religiosa o de algún otro tipo de convicción. Y si la persona así lo cree, lo hace de forma errónea, desde la limitación de los derechos de los que es presa. Comprendemos que el uso del velo no integral o pañuelo puede conllevar este tipo de connotaciones religiosas o incluso ideológicas y que aquí podría primar la autonomía individual de la mujer, pero no ocurre lo mismo cuando de lo que estamos hablando es del uso de una prenda que denigra a la mujer y su papel en la sociedad<sup>121</sup>.

Por otro lado, en íntima relación con el análisis que realiza el TS de la libertad religiosa y de sus límites, no podemos obviar el papel que juega el carácter confesional o laico del Estado. Este principio es relevante si tenemos en cuenta que el principio de laicidad o neutralidad despliega su importancia a la hora de resolver conflictos entre creencias religiosas<sup>122</sup>. Pero a pesar de esto, el Tribunal Supremo pasó por esta cuestión de puntillas, cuando debería haberlo analizado con más detalle y no haber realizado una mera aclaración introductoria desmarcándose de los casos de laicismo francés y turco<sup>123</sup>.

Al margen de los casos francés y turco citados, el principio de laicidad no vincula a los individuos que integran la sociedad, sino sólo a los poderes públicos. Así, este principio no puede justificar prohibiciones generales y absolutas de uso del velo integral islámico porque este tipo de prohibición supondría, en todo caso, una injerencia de los poderes públicos en las creencias religiosas de los ciudadanos<sup>124</sup>.

Como ya tuvimos ocasión de indicar, la mayoría de los pronunciamientos del TEDH han ratificado las prohibiciones del uso del velo no integral islámico considerando que dicha prohibición no lesionaba la libertad religiosa, y respetando así el margen de apreciación de los Estados en la determinación de las relaciones con las diferentes religiones que lo integran y la relevancia del *España*, de 15 de mayo de 2012, n° 56030/07, en la que se reafirma lo sostenido en *Hassan y Tchaouch contra Bulgaria* (GC, n° 30985/96, epígrafes 62 y 78, CDH 2000-X1), en tanto que “salvo en casos muy excepcionales, el derecho a la libertad de religión tal como lo entiende el Convenio, excluye toda apreciación por parte del Estado sobre la legitimidad de las creencias religiosas, o sobre las modalidades de expresión de éstas” (§ 80).

<sup>121</sup> Vid. LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, Ángel, “Restricciones al velo integral...”, *op. cit.*, p. 2, para quien la prohibición del uso del velo integral no se trata sólo de un conflicto con la neutralidad del Estado, sino que el problema se refiere a una discriminación hacia la mujer.

<sup>122</sup> TORRES GUTIÉRREZ, Alejandro, “La libertad de pensamiento...”, *op. cit.*, pp. 568-570 (p. 569).

<sup>123</sup> STS de 14 de febrero de 2013, FJ 2°. Al respecto, vid. CAMARERO SUÁREZ, Victoria, “Análisis de la primera...”, *op. cit.*, pp. 17 y 18, para quien hay que avanzar hacia una noción inclusiva en la neutralidad.

<sup>124</sup> Así lo ha señalado el TEDH en el asunto *Ahmet, Arslan y otros contra Turquía*, de 23 de febrero de 2010, § 49.

principio constitucional de laicidad<sup>125</sup>. Pero en la actualidad, los últimos pronunciamientos del TEDH parecen adoptar una posición más comprensiva de los derechos individuales, de la autonomía individual, abriéndose así la puerta a una comprensión más profunda en el pluralismo religioso e ideológico que incluye una mayor protección de los derechos individuales de conciencia y una noción más incluyente de la neutralidad de la esfera pública<sup>126</sup>.

Así las cosas, si la finalidad es mantener y defender el principio de laicidad, tenemos que señalar que no podemos adoptar el mismo modelo que el seguido en Francia. En España existe un régimen de aconfesionalidad, pero no de laicidad entendida en sentido estricto<sup>127</sup>. Así, por ejemplo, en España, en los centros educativos públicos no se pueden tener crucifijos en las aulas, pero los alumnos sí pueden portar crucifijos u otros símbolos religiosos ostensibles.

No obstante, independientemente de las más o menor acertada utilización del principio de laicidad por parte del TS, consideramos que, en este caso concreto de prohibición del uso del velo integral, el principio de laicidad no es apropiado para el problema que se plantea. Con el principio de laicidad se puede prohibir el uso del velo en los centros públicos, pero no se puede imponer para evitar que su uso suponga una discriminación para las mujeres que lo llevan. Esta idea corre paralela a la negación del velo integral como símbolo religioso, considerándolo más como una forma discriminación por razón de género y de violación de la dignidad de la mujer. Y creemos que es en esta línea en la que tenemos que avanzar y enfocar el problema.

### 3.2.2. La igualdad y la dignidad de la persona

Consideramos que el Tribunal Supremo parte de un argumento erróneo (o no ha querido ir más allá en este tema) al considerar que no se produce ninguna lesión del principio de igualdad ni del de dignidad de la persona por llevar

<sup>125</sup> Vid. CARMONA CUENCA, Encarnación, “El velo islámico, la libertad religiosa y la igualdad de género”, en REVENGA SÁNCHEZ, M. / RUIZ-RICO, G. / RUÍZ RUÍZ, J.J. (Dir.), *Los símbolos religiosos en el espacio público*, CEPC, Madrid, 2011, pp. 156-157, quien indica que la primera Decisión del TEDH sobre esta cuestión fue el asunto *Karaduman contra Turquía*, Decisión de 3 de mayo de 1993, en la que se consideró que podía limitarse el uso del velo islámico en los centros educativos para evitar presiones de los movimientos fundamentalistas sobre las estudiantes que no lo utilizaban.

<sup>126</sup> En este sentido, vid. CAMARERO SUÁREZ, Victoria, “Análisis de la primera...”, *op. cit.*, p. 19, quien duda de si esas decisiones sólo serán un reflejo de un Tribunal que no tiene las cosas claras.

<sup>127</sup> En nuestro ordenamiento jurídico dicho principio de aconfesionalidad del Estado se garantiza por nuestra CE en su artículo 16.2. Sobre la laicidad del Estado, traducido en la obligación de los poderes públicos de tratar de forma no discriminatoria a las creencias religiosas o la ausencia de ellas de sus ciudadanos y, consecuentemente, que ninguna reciba, en detrimento de las demás, un apoyo público desproporcionado, vid. SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, “Sobre el derecho...”, *op. cit.*, p. 44.

velo integral, basándose en la idea de que *“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”*<sup>128</sup>.

Consideramos que el TS no ha tenido en cuenta la realidad social del uso del velo integral ni ha considerado los últimos pronunciamientos del TEDH, donde el citado Tribunal encuentra el uso del velo no integral poco conforme con el canon constitucional de la igualdad de género. En esta línea podríamos concluir que no sería de extrañar que a partir de ahora el TEDH justifique cualquier prohibición nacional del uso del velo integral por suponer una discriminación por igualdad de género.

El burka *“encarna el sometimiento, la deshumanización social, cultural, económica y política de la mujer”*<sup>129</sup>. Y así lo ha entendido también el Consejo de Europa quien ha señalado que *“el hecho de llevar el velo, y sobre todo, el velo integral bajo las formas del burka o del niqab, es percibido en multitud de ocasiones como un símbolo de sumisión de las mujeres a los hombres, limitando el rol de las mujeres en la seno de la sociedad, su vida profesional y obstaculiza sus actividades sociales y económicas. Ni el uso del velo integral por las mujeres, ni tampoco el pañuelo islámico, son admitidos como una obligación religiosa para todos los musulmanes, pero algunos de ellos, ven estas prácticas como una tradición cultural y social. La Asamblea considera que esta tradición puede representar una amenaza para la dignidad y la libertad de las mujeres”*. Esto encuentra su reflejo en una recomendación a las comunidades musulmanas a las que el Consejo *“invita ... a abandonar toda interpretación tradicional del Islam que niega la igualdad entre los hombres y las mujeres y limita los derechos de las mujeres tanto en el seno de la familia como también en la vida pública”*<sup>130</sup>.

<sup>128</sup> STS de 14 de febrero de 2013, FJ 10º.

<sup>129</sup> ARECES PIÑOL, M<sup>a</sup> Teresa, “La prohibición del velo integral...”, *op. cit.*, p. 49.

<sup>130</sup> Resolución n<sup>o</sup> 1743 de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, de 23 de junio de

Así las cosas, vemos que el velo integral no es un reflejo de una prescripción sagrada del Corán, sino de una interpretación del mismo por parte de los hombres<sup>131</sup>. En este orden de cosas se ha mantenido por la doctrina que este tipo de prenda representa para la mujer lo que viene en llamarse “*sobrecarga de identidad*”, como la carga que deben soportar las mujeres como portadoras de una determinada identidad cultural de un determinado grupo. Y como tal, es una manifestación más de la discriminación por razón de género<sup>132</sup>.

No obstante, no faltan autores que entienden que “*el hecho fundamental es que la mujer crea de modo serio y riguroso que el uso de estas prendas viene inspirado por el Islam*”, y entienden que, en este sentido, no por ello debe derivar una relación directa de sumisión de la mujer. Consideran estos autores que el Tribunal Supremo lo que debería haber hecho era resolver el caso sólo en función de la libertad religiosa y no incluir la dificultad de conciliación de su respuesta con la dignidad y la igualdad, máxime cuando les resulta cuestionable que se lesione la dignidad de las personas cuando el uso del velo integral es el resultado de una decisión voluntaria adoptada por una persona mayor de edad. Se resalta aquí, como hizo el Tribunal Supremo el efecto perverso que puede derivarse de evitar tales tipos de prohibiciones, incrementando la situación de discriminación y perjudicando el proceso de integración<sup>133</sup>. Se considera que la medida de prohibición no mejora el estatus de las musulmanas en la sociedad, es una medida abiertamente restrictiva y la carga que impone es excesiva comparándola con su propósito<sup>134</sup>. Pero, en nuestra opinión, como ya hemos tenido ocasión de señalar, considerar que los dere-

---

2010, § 14. Al respecto, vid. MONTILLA DE LA CALLE, Agustín, “La prohibición del burqa islámico en Europa y en España: reflexiones de “*iure condendo*”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol. XXVIII, 2012, pp. 171-196 (p. 177).

<sup>131</sup> CARMONA CUENCA, Encarnación, “El velo islámico...”, *op. cit.*, pp. 160-161, quien recuerda que la historia de la evolución del *hijab* o del *burqa* en las culturas islámicas es algo complejo, pero que en la actualidad es un claro símbolo de exclusión de las mujeres del espacio público, motivo por el cual a finales del siglo XIX se haya comenzado a cuestionarse su uso.

<sup>132</sup> En este sentido, aunque referido al uso del pañuelo islámico y no del *burqa*, vid. CARMONA CUENCA, Encarnación, “El velo islámico...”, *op. cit.*, p. 161, quien recoge la expresión acuñada por la filósofa feminista MICHÉLE LE DOEUFF, recogido en AMORÓS PUENTE, Celia, “Elogio de la vindicación”, en OLEA, R. (Ed.), *Escrituras de la diferencia sexual*, La Morada, Santiago de Chile, 2000, p. 25.

<sup>133</sup> STS de 14 de febrero de 2013, FJ 10º y CAMARERO SUÁREZ, Victoria, “Análisis de la primera...”, *op. cit.*, pp. 2 y 23-24, quien considera que “*se censura a la Sentencia recurrida que en vez de justificar la necesidad de la prohibición en cumplimiento con el artículo 9.2 del Convenio Europeo, se exprese con contundente afirmación la dificultad de conciliar el uso del burka o similar con la efectiva igualdad entre hombres y mujeres, por su incompatibilidad con la “efectiva igualdad entre hombres y mujeres, y ello con independencia de que su uso sea voluntario o no”*”.

<sup>134</sup> CAMARERO SUÁREZ, Victoria, “Análisis de la primera...”, *op. cit.*, p. 24.

chos se ejercen libremente cuando partimos de una limitación de los mismos, es una falacia.

Sinceramente, no creo que el peligro al que se alude se vaya a producir. Si no se hubieran ido protegiendo derechos de aquellos grupos o personas en una situación de vulnerabilidad, dándoles la posibilidad de elegir, de ser libres, muchas mujeres no habrían tenido ni la oportunidad de estudiar. Nadie ha dicho que los cambios sean fáciles. Volvemos a repetir que la realidad nos demuestra que entender que somos libres cuando partimos de la limitación de nuestros derechos es un error de partida.

Es cierto que la realidad multicultural que nos rodea hace necesaria una verdadera cultura de la integración basada en la tolerancia. Pero ello no puede suponer renunciar a aquéllos valores esenciales en todo Estado democrático y de Derecho que se precie y a los que nos vemos sometidos por su reflejo en las Declaraciones internacionales de Derechos Humanos de las que formamos parte<sup>135</sup>.

El problema aquí se produce porque si consideramos la prohibición del velo integral no como una cuestión de limitación de la libertad religiosa, sino como una cuestión que puede afectar a la igualdad de género, ya fuera de manera directa o indirecta, se reduciría el margen de apreciación de los Estados. El velo ya no tendría el carácter instrumental que tiene en la libertad religiosa (o que podría tener respecto de cualquier otro derecho) y se convertiría en sí mismo en un elemento discriminador<sup>136</sup>, cuya justificación debería pasar por un estricto test de proporcionalidad.

### 3.3. A MODO DE RESUMEN

Como hemos avanzado a lo largo de este artículo, no compartimos el pronunciamiento del Tribunal Supremo porque partimos de un punto de salida diferente.

Si bien respetamos el pronunciamiento del TS entendiendo que el mismo ha resuelto conforme a su línea tradicional de argumentación, sin querer “mojarse en el asunto”, no compartimos su conclusión.

---

<sup>135</sup> En este mismo sentido, vid. CARMONA CUENCA, Encarnación, “El velo islámico...”, *op. cit.*, p. 162, quien considera que la igualdad y no discriminación por razón de género es uno de los citados valores que deben ser preservados.

<sup>136</sup> Sobre esta cuestión, vid. RUÍZ RUÍZ, Juan José, “La prohibición del velo...”, *op. cit.*, pp. 102 y 98-113, refiriéndose para una mejor comprensión del problema al asunto *Ludin* del Tribunal Constitucional alemán, de 24 de septiembre de 2003 (BVerfGE 108, 282 (2 BvR 1436/02)). Según el citado autor, en este caso, no se aborda la cuestión del velo como un signo de discriminación sexual, sino que el examen se centra en los derechos que pueden verse vulnerados y se procede a efectuar su ponderación, aplicando en este caso el juicio de proporcionalidad entre el deber del Estado de supervisar la educación, el derecho de los padres a educar a sus hijos y la libertad negativa de los escolares.

Nuestro razonamiento parte de no considerar que el velo integral suponga una manifestación de una determinada creencia religiosa. Creemos que el velo integral islámico es más que un símbolo religioso. Lo consideramos la expresión de una tradición moral y que afecta a la dignidad de la persona y a la igualdad de la mujer<sup>137</sup>. Dicha prenda supone más que connotaciones religiosas una forma de concebir el papel de la mujer en la sociedad que afecta directamente a su dignidad personal y lesiona el principio de igualdad<sup>138</sup>. El velo integral es el símbolo de una determinada cultura y convicción social que sitúa a la mujer en un plano de inferioridad. Como bien señalara nuestro Tribunal Constitucional, todo signo identitario es el resultado de una convención social y tiene sentido en tanto se lo da el consenso colectivo<sup>139</sup>. Así, debemos intentar que dicha prenda pierda su sentido. El ocultamiento de la cara y el cuerpo de la mujer la aleja de su integración en la sociedad y de su participación en la misma. De ahí que su prohibición responda a “una necesidad social imperiosa en una sociedad democrática”<sup>140</sup>.

Por este motivo, ante la prohibición del uso del velo integral, como elemento discriminador, generador de una situación de desigualdad para la mujer y de lesión de su dignidad personal, la justificación de su existencia debe pasar por un estricto test de proporcionalidad. El problema, como se ha podido ver por el pronunciamiento jurisprudencial analizado es que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no lo realiza correctamente y que el Tribunal Supremo lo ve desde la barrera<sup>141</sup>. Además se sujetan a la finalidad de

<sup>137</sup> Como dijera GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda “no se puede olvidar que llevar el velo integral islámico, no es equiparable a ponerse una gorra o cualquier otro accesorio de ostentación, sino que es un signo externo de adhesión a un proyecto de vida a la que la mujer no podrá renunciar, so pena de traición moral o expulsión de la comunidad de creyentes (umma), elementos todos ellos escasamente compatibles con la idea del ejercicio libre de un derecho fundamental como la libertad religiosa. Así mismo, afirmar que quien vive inmersa en un contexto de ausencia de libertades, ejerce libremente su libertad religiosa puede resultar una falacia dramática” (GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, “El pañuelo islámico:...”, *op. cit.*, p. 153).

<sup>138</sup> Como bien señala ARECES PIÑOL, el uso del velo integral “no tiene base en los textos sagrados del Islam sino que proceden de una interpretación integrista impuesta desde el poder político y social en algunas sociedades musulmanas” “La prohibición del velo integral...”, *op. cit.*, p. 54).

<sup>139</sup> Al respecto, STC 34/2011, FJ 4º; CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago, “La inclusión de los otros...”, *op. cit.*, p. 120, quien repitiendo la opinión del TC considera que “al margen de la concreta valoración individual y subjetiva de su significado, debe prevalecer la comúnmente aceptada, pues lo contrario supondría vaciar de contenido el sentido de los símbolos, que siempre es social”; y, en esta misma línea, sobre el velo islámico como símbolo, vid. LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, Ángel, “Restricciones al velo integral...”, *op. cit.*, pp. 4-9.

<sup>140</sup> ARECES PIÑOL, Mª Teresa, “La prohibición del velo integral...”, *op. cit.*, p. 40.

<sup>141</sup> En la misma línea, considerando que el TS lo menciona, pero no lo aplica, vid. ARECES PIÑOL, Mª Teresa, “La prohibición del velo integral...”, *op. cit.*, pp. 46-48 (p. 46). Aquí la autora, analizando como lo haría nuestro Tribunal Constitucional la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto, concluye que la Ordenanza municipal cumple con los requisitos de la proporcionalidad y que, por lo tanto, la prohibición del velo integral islámico en los



la alteración del orden público y aquí debemos concluir que, desde nuestro punto de vista, no podemos decir que el uso del velo integral suponga siempre y en todo momento una amenaza para la seguridad pública. Asimismo, hay que tener en cuenta que no se puede prohibir un comportamiento por razones de seguridad pública si no se conocen los riesgos concretos de alteración del orden público. Dicha prohibición sólo podría llegar a producirse si se conocieran tales riesgos y se tuvieran en cuenta las circunstancias concretas, pasando además un criterio de la proporcionalidad.

Sólo bajo la concepción de que es en el orden público donde se inserta la dignidad humana, podríamos llegar a entender que los Ayuntamientos son competentes para regular esta materia. Esta concepción debería basta para operar "... como título residual que serviría para proteger a los conciudadanos frente a aquellas actuaciones públicas que hieran las sensibilidades mayoritarias en el concreto ámbito de referencia acerca de la dignidad humana"<sup>142</sup>.

En cualquier caso, ya se considere la prohibición del uso del velo integral como algo legítimo o ilegítimo desde el punto de vista constitucional, el problema va más allá de una respuesta jurídica, pues afecta a una gran variedad de factores sociales, culturales y políticos (especialmente políticos)<sup>143</sup>. Si los flujos migratorios son un problema estructural y sistémico de nuestra sociedad cuyo carácter complejo afecta a la mayor parte de nuestra vida, en último término la cuestión del velo afecta a la identidad cultural de las personas, y, en general, a su dignidad. Y en este sentido ya no estamos hablando de proporcionalidad sino de ponderación de los intereses en juego, algo que debía haber hecho el Tribunal Supremo.

De ahí que la solución no pase sólo por una mejor o peor interpretación de los Tribunales, sino por elaborar una política común europea de inmigración, cuya finalidad fuera reducir, y no fomentar, las distancias y crear una conciencia común de tolerancia, solidaridad y convivencia entre distintas culturas<sup>144</sup>. No se trata de prohibir las causas que provocan la tensión, elimina-

edificios y equipamientos municipales es una medida proporcionada y legítima.

<sup>142</sup> PRIETO ÁLVAREZ, Tomás, *Libertad religiosa y espacios públicos. Laicidad, pluralismo, símbolos*, Civitas, Pamplona, 2010, p. 144; y ARECES PIÑOL, M<sup>a</sup> Teresa, "La prohibición del velo integral...", *op. cit.*, p. 50, quien recuerda que este engarce entre dignidad y orden público se aplicó por el Consejo de Estado francés en su Decisión de 27 de octubre de 1995; y por Comité de Derechos Humanos de la ONU, que ratificó la Decisión del Consejo de Estado francés en su Dictamen de 26 de junio de 2002.

<sup>143</sup> HÄBERLE, Peter, "El Estado constitucional europeo", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n<sup>o</sup> 11, 2009, pp. 413-434. Nota extraída de DE LUCAS, Javier, "Inmigración y globalización...", *op. cit.*, p. 1729.

<sup>144</sup> En este sentido, vid. FAGGIANI, Valentina, "La integración cultural de los inmigrantes en la Unión Europea. La controvertida cuestión del "velo islámico"", en GARCÍA CASTAÑO, F.J. / KRESSOVA, N. (Coords.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Instituto de Migraciones, Granada, 2011, p. 1721. Vid., también, DE LUCAS, Javier,

do el pluralismo, sino de potenciar la toleración entre los distintos grupos sociales que conviven en un mismo territorio<sup>145</sup>, y respetar valores esenciales como es la igualdad.

Tenemos que pensar que independientemente de la consideración que le demos al uso de la citada prenda (aunque en honor a la verdad los conflictos que se han planteado siempre han sido en un contexto de conflicto religioso), desde el punto de vista jurídico no es una cuestión crucial, pues aunque no fuera una opción de la libertad religiosa, lo sería de la libertad ideológica, de expresión o del derecho a la propia imagen<sup>146</sup>. La cuestión es que es una prenda que no guarda ese aspecto instrumental de ser la manifestación de otro derecho, la cara externa del mismo, sino que es un elemento discriminador y como tal, debe ser removido.

La historia nos ha enseñado que el mero reconocimiento formal de la libertad y de la igualdad no hace a las personas realmente libres e iguales, y mucho menos a las mujeres lastradas durante siglos de marginación y discriminación. Los derechos fundamentales no son meras abstracciones, sino que requieren un contexto de libertad e igualdad donde puedan ser aplicados. Y en nuestra opinión, dudamos que las mujeres que portan el velo integral islámico, en su inmensa mayoría, gocen de esa libertad e igualdad que requiere el hecho de poder decidir sobre su porte<sup>147</sup>. Para poder hablar de libertad es preciso, al menos, que la persona tenga la oportunidad de elegir entre opciones diversas y de conocer diferentes posibilidades de vida<sup>148</sup>.

Por este motivo, no podemos compartir las tesis de la autonomía individual –y de que sobre la misma las mujeres son libres para decidir si usan o no este tipo de prenda–, aunque somos conscientes de que el TEDH en sus últimas sentencias está haciendo valer este principio incluso por encima de la dignidad personal “siempre que no se atente contra terceros”<sup>149</sup>.

No obstante, consideramos que nuestro razonamiento no va tan alejado de lo que está haciendo el TEDH. Debemos recordar aquí que los pronunciamientos del TEDH se han referido al uso del velo no integral, y aquí sí que compartimos la idea de que aquí sí que juega dicho principio de autonomía individual. Pero esto es así en tanto que el pañuelo islámico no supone un “Inmigración y globalización...”, *op. cit.*, p. 1.

<sup>145</sup> En este sentido, recordando el asunto *Leyla Sahin contra Turquía*, de 10 de noviembre de 2005, vid. REY MARTÍNEZ, Fernando, “El problema constitucional...”, *op. cit.*, p. 67.

<sup>146</sup> REY MARTÍNEZ, Fernando, “El problema constitucional...”, *op. cit.*, p. 70, que acertadamente señala que el hijab no es principalmente un problema religioso, sino social y político, pero que de lo que no hay duda es que su prohibición supone una limitación de uno (o de varios al mismo tiempo) derechos fundamentales.

<sup>147</sup> ARECES PIÑOL, M<sup>a</sup> Teresa, “La prohibición del velo integral...”, *op. cit.*, p. 53.

<sup>148</sup> CARMONA CUENCA, Encarnación, “El velo islámico...”, *op. cit.*, p. 161.

<sup>149</sup> En este sentido, vid. STEDH de 17 de febrero de 2005, asunto *K.A. y A.D contra Bélgica*.

elemento tan denigrante como el velo integral. En este sentido, estamos seguros de que el TEDH no tardará en pronunciarse en este sentido.

En nuestra opinión, teniendo en cuenta todo lo que hemos manifestado anteriormente, consideramos competente al Ayuntamiento de Lérida para establecer la prohibición del velo integral islámico en los espacios públicos y equipamientos municipales, en su Ordenanza Municipal de civismo y convivencia. Aunque, también es cierto, que consideramos que sería más idóneo que dicha prohibición se regulara en una Ley prescindiendo del carácter religioso o no de la prenda, y centrada en su carácter discriminatorio.

Considero que la prohibición general del velo integral no constituye una lesión o limitación de ningún derecho fundamental en tanto que el mismo supone un elemento de discriminación de la mujer. Considero que la medida llevada a cabo por el Ayuntamiento de Lérida fue proporcionada a la finalidad de proteger y promover la igualdad de género, aunque no así de la seguridad pública y sí del orden público en cuanto se entendiera que el mismo es comprensivo de la dignidad humana.

Es cierto que quizá estas medidas puedan suponer obstáculos a la hora de la integración de las distintas culturas que consideran el uso del velo integral, pero para un correcto respeto de los valores esenciales en una sociedad democrática como son la igualdad y la dignidad, la solución no puede pasar por tolerar todo tipo de prácticas. Y de hecho, muchas de ellas han sido abolidas en los sistemas democráticos de Derecho.

En conclusión, podemos decir que si bien estamos de acuerdo con el razonamiento que ha realizado el TS y con su consecuente fallo, no lo compartimos porque salimos de un punto de partida diferente. Por ello no estamos de acuerdo con el Tribunal Supremo en considerar que el Ayuntamiento de Lérida no era competente a la hora de prohibir el uso del velo integral, pues tal y como hemos argumentado, sí que lo es. Y, por otro lado, consideramos que la prohibición del uso del velo integral no limita ningún derecho fundamental, sino que supone la eliminación de un elemento discriminatorio, debiendo ser su permanencia justificada por un estricto test de proporcionalidad o, en todo caso, pasando por una ponderación de derechos.

El Tribunal Supremo ha sido consecuente: el velo es una manifestación de la libertad religiosa, la libertad religiosa es un derecho fundamental, su limitación exige una ley y no una Ordenanza, el Ayuntamiento no es competente para aprobar una limitación de la libertad religiosa. Hasta aquí, con sus matizaciones –como ya hemos indicado a lo largo del artículo–, todo correcto. Pero el Tribunal Supremo debería haber ido más lejos en su razonamiento y haberse adentrado en una cuestión de la que no va a poder escapar corriendo un tupido velo.

#### 4. RESÚMEN BIBLIOGRÁFICO

AHMAD, Moshtayeen, “An Analysis of Recent Legislation on Religious Attire in France”, en *Honors Theses Paper*, nº 103, 2012, pp. 1-46.

ALAEZ CORRAL, Benito, “Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 28, 2001, pp. 483-520.

AMORÓS PUENTE, Celia, “Elogio de la vindicación”, en OLEA, R. (Ed.), *Escrituras de la diferencia sexual*, La Morada, Santiago de Chile, 2000, pp. 15-28.

ARECES PIÑOL, M<sup>a</sup> Teresa, “La prohibición del velo integral islámico, a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 32 (2013), pp. 1-57.

BRIONES MARTÍNEZ, Irene, “El uso del velo islámico en Europa. Un conflicto de libertad religiosa y de conciencia. Especial referencia a Francia, Alemania, Reino Unido, España e Italia”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Vol. 10, 2009, pp. 17-82.

CAMARERO SUÁREZ, Victoria, *El velo integral y su respuesta jurídica en democracias avanzadas europeas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

CAMARERO SUÁREZ, Victoria, “Análisis de la primera decisión del Tribunal Supremo respecto del velo integral: Sentencia 693/2013, de 6 de febrero de 2013”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 32, 2013, pp. 1-26.

CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago, *Libertad religiosa, Simbología y Laicidad del Estado*, Thomson, Navarra, 2005.

CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago, “La inclusión de los otros: la simbología religiosa en el espacio público”, en GUTIERREZ, Ignacio / PRESNO, Miguel Angel (Eds.), *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*, Comares, Granada, 2012, pp. 99-120.

CARMONA CUENCA, Encarnación, “El velo islámico, la libertad religiosa y la igualdad de género”, en REVENGA SÁNCHEZ, M. / RUIZ-RICO, G. / RUÍZ RUÍZ, J.J. (Dir.), *Los símbolos religiosos en el espacio público*, CEPC, Madrid, 2011, pp. 157-166.

DE LUCAS, Javier, “Inmigración y globalización: acerca de los presupuestos de una política de inmigración”, en *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, nº 1, 2003, pp. 1-28. Disponible *on line* en <<http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero1/delucas.pdf>> (Disponible 27/10/2013).

EMBID IRUJO, Antonio, *La potestad reglamentaria de las entidades locales*, Iustel, Madrid, 2010.

FAGGIANI, Valentina, “La integración cultural de los inmigrantes en la Unión Europea. La controvertida cuestión del “velo islámico””, en GARCÍA CASTAÑO, F.J. / KRESSOVA, N. (Coords.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Instituto de Migraciones, Granada, 2011, pp. 1721-1731.

FERREIRO, Juan, “Política del Gobierno en materia de libertad religiosa e integración del Islam”, en COMBALÍA, Z. / DIAGO, M<sup>a</sup>.P. / GONZÁLEZ-VARAS, A. (Coords.), *Derecho Islámico e Interculturalidad*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 331-404.

GALÁN GALÁN, Alfredo, “La consolidación del principio de vinculación negativa en el ámbito local”, en *Revista CEMCI*, n<sup>o</sup> 8, julio-septiembre 2010, pp. 1-27

GARCÍA URETA, Agustín, “Neutralidad del Estado y libertad religiosa en el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en LASAGABASTER, Iñaki (Coord.), *Multiculturalidad y laicidad. A propósito del Informe Stasi*, Ed. Lete, Pamplona, 2004, pp. 255-282.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, “El pañuelo islámico: la respuesta europea”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol. XXVIII, 2012, pp. 143-169.

GUILLÉN LÓPEZ, Enrique, “Informe del Consejo de Estado francés relativo a las posibilidades jurídicas de prohibición del uso del velo integral”, en *Videtur Quod: Anuario del Pensamiento crítico*, n<sup>o</sup> 1, 2009, pp. 78-118. Disponible on line en <[http://www.liberlex.com/archivos/velo\\_integral.pdf](http://www.liberlex.com/archivos/velo_integral.pdf)> (Disponible 28/10/2013).

HÄBERLE, Peter, “El Estado constitucional europeo”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n<sup>o</sup> 11, 2009, pp. 413-434.

LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, Ángel, “Restricciones al velo integral en Europa y en España: la pugna legislativa para prohibir un símbolo”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n<sup>o</sup> 32, 2013, pp. 1-47.

MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo, “Los Ayuntamientos y el régimen jurídicos de los atuendos y vestimentas. Una aproximación”, en *Anuario de Gobierno Local*, n<sup>o</sup> 1, 2010, pp. 341-365.

MOTILLA DE LA CALLE, Agustín, “La prohibición del burqa islámico en Europa y en España: reflexiones de “iure condendo””, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol. XXVIII, 2012, pp. 171-196.

PRIETO ÁLVAREZ, Tomás, *La dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y del orden público, límites al ejercicio de las libertades públicas*, Civitas, Pamplona, 2005.

PRIETO ÁLVAREZ, Tomás, *Libertad religiosa y espacios públicos. Laicidad, pluralismo, símbolos*, Civitas, Pamplona, 2010.

REY MARTÍNEZ, Fernando, “El problema constitucional del *hijab*”, *Los*

*símbolos religiosos en el espacio público*, REVENGA SÁNCHEZ, Miguel / RUIZ-RICO, Gerardo / RUIZ RUIZ, Juan José (Dirs.), CEPC, Madrid, 2011, pp. 65-75.

RUIZ RUIZ, Juan José, “La prohibición del velo islámico en centros públicos de enseñanza y el orden público constitucional español y europeo”, en REVENGA SÁNCHEZ, Miguel / RUIZ-RICO, Gerardo / RUIZ RUIZ, Juan José (Dirs.), *Los símbolos religiosos en el espacio público*, CEPC, Madrid, 2011, pp. 77-120.

SALVADOR CRESPO, Mayte, “Gobierno local, símbolos religiosos y espacio público en España”, en REVENGA SÁNCHEZ, Miguel / RUIZ-RICO, Gerardo / RUIZ RUIZ, Juan José (Dirs.), *Los símbolos religiosos en el espacio público*, CEPC, Madrid, 2011, pp. 313-328.

SALVADOR MARTÍNEZ, María, “Influencias recíprocas entre ordenamientos en el reconocimiento y determinación del contenido de los derechos fundamentales”, en GUTIERREZ, Ignacio / PRESNO, Miguel Angel (Eds.), *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*, Comares, Granada, 2012, pp. 25-47.

SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, “Sobre el derecho a la laicidad (libertad religiosa e intervención de los poderes públicos)”, en *Revista catalana de Dret públic*, nº 33, 2006, pp. 43-69.

TORRES GUTIÉRREZ, Alejandro, “La libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 9 CEDH)”, en GARCÍA ROCA, Javier / SANTOLAYA, Pablo (Coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2ª ed., CEPC, Madrid, 2009, pp. 567-590.

VORSTER, Jakobus, “Banning the Burka? An Ethical Appraisal”, en *Journal of Reformed Theology*, Vol. 5, 2011, pp. 86-103.

WIENER, Michael, *Prohibition of wearing religious symbols*, Universidad de Trier, Alemania, 2006.