

INFORME SOBRE LA REGULACIÓ DEL VEL ISLÀMIC INTEGRAL I, EN GENERAL, DE LA INDUMENTÀRIA QUE OCULTI LA CARA DE LES PERSONES: POSSIBILITATS DE REGULAR-NE EL SEU ÚS.

1.- PRECISIONS INICIALS

El Comissionat de l'Alcaldia per la Immigració i el Diàleg Intercultural ha sol·licitat informe¹ envers al marc jurídic existent a l'hora de plantejar una regulació de l'ús dels vels islàmics integrals.

En relació a aquesta anàlisi, cal anticipar dues puntualitzacions inicials.

En primer lloc, és notori que la seva realització està totalment vinculada a la utilització del burca o el niqab per part de dones musulmanes de manera que no només resta cobert el seu cos, sinó també la seva cara, impeding la seva identificació. Al respecte, durant les últimes setmanes han aparegut als mitjans de comunicació diferents iniciatives proposant una regulació de l'ús del burca i del niqab, tant a nivell municipal, com autonòmic i també estatal. A més, també hem pogut comprovar com és un tema que també s'ha plantejat i es planteja a diferents països del nostre entorn cultural².

¹ En la realització del qual ha col·laborat la Lletrada Sandra Abad.

² Citarem aquí alguns exemples indicatius del que tot seguim apuntarem: es tracta d'un tema directament destacat pel focus de l'actualitat, però sobre el que no hi ha un consens o uns principis immutables, ni tant sols en els països en els quals són d'aplicació normes comunes (Conveni Europeu dels Drets Humans i Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea).

França: des del govern s'ha plantejat una iniciativa legislativa que té com a finalitat la prohibició de l'ús del burca i el niqab no només en l'àmbit dels serveis públics, sinó també en tots els espais públics en tant que, per expressar-ho de forma resumida, contradiuen els valors de la República francesa i la dignitat de la dona.

A **Bèlgica** es va aprovar un projecte de llei que també té com a finalitat prohibir l'ús de tota vestimenta que tapi la cara en base a l'interès de la seguretat pública i la igualtat de dones i homes. Segons aquest projecte de llei, l'ús d'indumentària que amagui la cara pot ser sancionat amb multa de fins a 25 euros i/o pena de presó d'1 a 7 dies. Aquest projecte de llei, però, ha decaigut per la convocatòria electoral i s'haurà de tornar a tramitar.

Veiem, doncs, que, les referències se centren en el burca i en el niqab, però cal anticipar que, des del punt de vista jurídic, el plantejament ha de ser general i afectar a tota indumentària que amagui el cos impeding la identificació de la persona, ja sigui un passamuntanyes, un casc, una màscara, etc., llevat dels supòsits en què legalment són procedents. Altrament ens situaríem davant d'una conducta discriminatòria i atemptatòria contra diferents preceptes constitucionals com és el cas de l'article 14 CE. Encara que no ens referim a aquests elements del vestuari, és clar que és il·legal, per exemple, admetre fotografies per al DNI amb el cabell cobert amb el típic hàbit d'una monja cristiana i, en canvi, rebutjar-les en el cas d'una dona coberta per mocador o vel islàmic que permeti veure-li perfectament la cara.

En segon lloc, també cal destacar que a ningú se li escapa que estem davant un tema en el què entren en contradicció llibertats i drets fonamentals, conceptes jurídicament indeterminats i de contorns difusos com a ordre públic o moralitat pública i en el que, en definitiva, no només hi ha posicionaments socials i polítics diversos i distants³, sinó també

A **Alemanya** no s'ha plantejat a nivell general, però sí hi ha diversos länders que prohibeixen l'ús dels vels a les funcionàries públiques en tant aquests atemptarien contra la laïcitat i neutralitat de l'Estat.

Holanda: des de l'any 2006 debat l'aprovació d'una llei en el sentit de prohibir l'ús del burca a l'igual que en **Dinamarca** si bé, en aquest últim cas, es troba paralyzada front al risc que la llei s'anul·lés pel Tribunal dels Drets Humans.

Itàlia disposa d'una llei de l'any 1975 que prohibeix l'ús de qualsevol roba o màscara que prohibeixi la identificació d'una persona tret que hi concorrin causes justificades. Actualment s'ha presentat un projecte de llei per especificar que entre aquestes causes no s'inclourien les religioses.

Finalment, **Regne Unit** no disposa d'una llei general i, a nivell local, s'ha optat per solucions basades en la mediació, en la línia del què apunta el Consell d'Estat en el cas francès en preconitzar la mediació com a via prioritària a la sanció en la resolució de conflictes.

³ Hi ha qui nega la procedència de la prohibició en base a la llibertat de la persona (per defensar la dignitat i llibertat de la dona no s'ha de restringir la seva llibertat), o que parla de xenofòbia o d'etnocentrisme i, d'una altra banda, hi ha que defensa la necessitat de garantir els principis constitucionals fonamentals propis de cada país.

resolucions administratives i judicials contradictòries i mutables. N'hi ha prou amb recordar un exemple en relació a una manifestació religiosa externa en el marc del Conveni Europeu de Drets Humans: un ciutadà britànic pertanyent a la religió *sikh* va demandar el seu país amb motiu de la norma que l'obligava a conduir una motocicleta amb casc, la qual cosa resultava incompatible amb el turbant propi de la seva religió. La Comissió Europea, que en el seu moment actuava com a filtre del Tribunal Europeu de Drets Humans, va confirmar que l'obligació de dur casc era una limitació de la llibertat religiosa necessària en una societat democràtica per a la protecció de la salut. Tanmateix, poc després es va modificar la corresponent normativa (*Road Traffic Act*) per permetre que aquest col·lectiu conduís sense el preceptiu casc de motorista.

Resulta, per tant, imprescindible enfocar una eventual regulació amb reflexió, tot combinant-la amb polítiques basades en el foment, la pedagogia, la informació i que no es limitin a l'intervencionisme en l'activitat privada, ja que, com ha dit el Consell d'Estat francès, la pedagogia i la informació resulten més lentes, però més segures que la sanció.

Fetes aquestes consideracions prèvies, passem a l'anàlisi tot distingint dues parts ben diferenciades.

La primera, més descriptiva, està destinada a plasmar les previsions legals i jurisprudencials que incideixen en la qüestió plantejada, és a dir, a explicitar el marc legal aplicable i que delimita la qüestió plantejada.

Aquesta disparitat d'opinions no és nova ni específica d'aquí, tal com assenyala el Tribunal Europeu de Drets Humans en la seva sentència de 29 de juny de 2004 (TEDH 2004/46), cas Leyla Çahin contra Turquia:

“El tema ha sido ampliamente debatido y continúa siendo objeto de vivos debates en la sociedad turca. Para los partidarios del velo islámico, se trata de una obligación y/o una manifestación vinculada con la identidad religiosa, mientras que para los no partidarios, se ha convertido en un símbolo del Islam político que tiende a instaurar un régimen basado en las normas religiosas y que amenaza la paz civil y los derechos de las mujeres adquiridos en el curso de la construcción republicana”

La segona tindrà per objecte estudiar les possibilitats de regulació pel municipi de l'ús d'una indumentària que “anonimitza⁴” totalment una persona, ja es produeixi aquest ús a l'espai públic en general o als equipaments, instal·lacions i serveis públics de titularitat municipal.

2.- DESCRIPCIÓ DEL MARC LEGAL

La possibilitat de regular l'ús dels vels islàmics integrals i de la resta d'indumentària que impedeix la identificació de la persona, ja sigui limitant el seu ús o prohibint-lo absolutament, requereix tenir present els diferents aspectes legals i constitucionals que incideixen sobre aquesta qüestió. N'hi ha diferents llibertats públiques, drets fonamentals i principis que resulten afectats o que, eventualment, poden entrar en conflicte (cas del pluralisme, la llibertat religiosa, dret a la pròpia imatge, la dignitat de la persona i lliure desenvolupament de la personalitat, el principi de reserva de llei, l'autonomia local, etc.). En farem esment als més rellevants, així com a disposicions normatives que contribueixen a conformar el marc legal en el qual se situa la controvèrsia plantejada.

En aquest sentit, podem recordar, sense cap classificació prèvia, les previsions següents:

1. La llibertat, la igualtat i el pluralisme polític que, com a valors superiors de l'ordenament jurídic (art. 1 CE) s'afegeixen a l'article 10 CE en el qual s'eleva a fonament de l'ordre polític i de la pau social la dignitat de la persona, els drets inviolables que li són inherents, el lliure desenvolupament de la personalitat i el respecte als drets dels altres.

S'ha de remarcar, però, que la dignitat personal, el lliure desenvolupament de la personalitat i el respecte als drets dels altres conflueixen de manera ambivalent a la fixació del marc jurídic aplicable, perquè permeten defensar una llibertat o autonomia personal per *anar i venir i vestir* com cada persona voluntàriament consideri més oportú, ja sigui per raons religioses o per moda. Alhora

⁴ Cal remarcar que, als efectes del present informe, fem servir el termes “anonimitza”, “anonimitzador/a” i similars no en el sentit emprat pels Tribunals en matèria de tractament de dades personals, sinó com a equivalent a ocultació de la identitat o impossibilitat d'identificació derivada del vestuari

també són invocables per afirmar la procedència d'una limitació de l'ús d'indumentària "anonimitzadora".

2. El principi d'igualtat davant la llei sense cap discriminació per raó de religió, opinió o qualsevol altra condició o circumstància personal o social.

En pensar en una regulació totalment o parcialment limitadora d'una indumentària cal tenir present que el legislador, i molt més el poder normatiu local, no poden aprovar normes arbitràries, no raonables o desproporcionades. Des del punt de vista del principi d'igualtat, poden ordenar o establir una diferenciació normativa, però, per evitar un vici d'inconstitucionalitat o d'il·legalitat, cal que la diferenciació sigui "objectiva i raonable", segons diu el Tribunal Constitucional (STC 209/1988). Altrament serà arbitrària. Evidentment, la interpretació d'allò que és raonable, assenyat, justificat, ajustat als fets determinants de la regulació o que no està mancat de realisme és una tasca que permet un ample marge d'apreciació als "normadors" i que, posteriorment, concedeix un ample marge de discrecionalitat als Jutges i Tribunals.

3. Més atenció, si cap, s'ha de prestar, en el supòsit que ens ocupa, a la llibertat religiosa, recollida a l'article 16 CE, atès que, a banda de la seva dimensió interna (dret a professar o no una creença o una religió sense ingerències coactives del poder públic), també té una vessant positiva o externa que empara el dret a manifestar les pròpies creences, per exemple, portant una simbologia exterior o una indumentària indicativa d'aquesta creença.

La llibertat religiosa està directament lligada al pluralisme com a valor superior del nostre ordenament jurídic, la viabilitat del qual exigeix la neutralitat per part dels poders públics. Aquesta neutralitat, que en l'àmbit religiós equival a l'aconfessionalitat o laïcitat estatal, imposa obligacions a l'Estat i als seus agents (per exemple, quan es prohibeix que els empleats públics portin ostensibles símbols religiosos), però no serveix en el nostre cas per a obligar als particulars a vestir d'una determinada manera. La neutralitat religiosa de l'Estat es materialitza en el dret a actuar sense patir la coacció de l'Estat o discriminació per raó de les creences.

Segons l'article 16 CE:

“1. Es garanteix la llibertat ideològica, religiosa i de culte dels individus i de les comunitats sense cap més limitació, quan siguin manifestats, que la necessària per al manteniment de l'ordre públic protegit per la llei.(...)”

3.Cap confessió tindrà caràcter estatal”

Aquest precepte ha estat desenvolupat mitjançant la Llei orgànica 7/1980, de 5 de juliol, de llibertat religiosa (LOLR), que, entre d'altres disposicions, preveu al seu art. 3 que:

“El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática”.

Veiem que aquest article detalla els límits que es poden oposar al dret a manifestar públicament una creença religiosa. L'ordre públic a què al·ludeix la CE s'integra pel respecte al drets i llibertats dels altres i per la salvaguarda de la seguretat, la salut i la moralitat pública.

El Tribunal Constitucional s'ha pronunciat en diferents cops en relació al contingut d'aquesta llibertat i als seus límits. És el cas de la Sentència núm. 154/2002, de 18 de juliol, en la qual assenyala:

“En su dimensión objetiva, la libertad religiosa comporta una doble exigencia, a que se refiere el art. 16.3 CE: por un lado, la de neutralidad de los poderes públicos, ínsita en la aconfesionalidad del Estado; por otro lado, el mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos con las diversas Iglesias.(...)”

En cuanto derecho subjetivo, la libertad religiosa tiene una doble dimensión, interna y externa. Así, según dijimos en la STC 177/1996, F. 9, la libertad religiosa «garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual», y asimismo, «junto a esta dimensión interna, esta libertad... incluye también una dimensión externa de “agere licere” que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros (SSTC 19/1985 [RTC 1985, 19] , F. 2; 120/1990 [RTC 1990, 120] , F. 10, y 137/1990 [RTC 1990, 137] , F. 8)». Este reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de «agere licere» lo es «con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera

grupos sociales» (STC 46/2001 [RTC 2001, 46] , F. 4, y, en el mismo sentido, las SSTC 24/1982, de 13 de mayo [RTC 1982, 24] , y 166/1996, de 28 de octubre [RTC 1996, 166]) y se complementa, en su dimensión negativa, por la prescripción del art. 16.2 CE de que «nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias».

La dimensión externa de la libertad religiosa se traduce además **«en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso»** (STC 46/2001 [RTC 2001, 46]), tales como las que se relacionan en el art. 2.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de libertad religiosa (RCL 1980, 1680 y ApNDL 3636) (LOLR), relativas, entre otros particulares, a los actos de culto, enseñanza religiosa, reunión o manifestación pública con fines religiosos, y asociación para el desarrollo comunitario de este tipo de actividades”.

Quan apareix el conflicte –normalment en la dimensió externa d’aquesta llibertat -, el Tribunal Constitucional recorda que el dret a la llibertat religiosa, que no és il·limitat o absolut, s’ha de ponderar amb els drets i béns constitucionalment protegits que, com hem vist, integren el concepte d’ordre públic i aquesta ponderació s’ha de realitzar en funció de les característiques de cada cas

Afegeix el TC que tota resolució o acte que limiti drets fonamentals ha d’assegurar que les mesures limitadores siguin necessàries per aconseguir la finalitat perseguida, proporcionals i respectuoses amb el contingut essencial del dret i s’han d’interpretar restrictivament, com succeeix amb qualsevol actuació restrictiva de drets.

D’altra banda, el TC també ha assenyalat (STC 46/2001, de 15 de febrer) que únicament en supòsits excepcionals és admissible una aplicació preventiva de la limitació de la repetida llibertat per raons d’ordre públic, és a dir, la simple sospita de que una manifestació externa d’una creença pot alterar l’ordre públic no és suficient per a prohibir-la. Cal que hi hagi un risc acreditat de danys a les persones o als béns.

En el supòsit que ens ocupa, és possible afirmar que resulten o poden resultar implicats els diferents elements integrants del concepte d’ordre públic limitatiu –segons l’art. 3 LOLR- de la llibertat religiosa. Únicament es podria exceptuar-ne la salut, atès que s’ha interpretat

pel TC i pels Tribunals internacionals que aquest concepte fa referència a la salut pública, entesa com a referència als riscos per a la salut en general i no per a la persona individual. D'aquí algunes de les sentències dictades en relació a les transfusions sanguínies.

En canvi, la protecció dels drets i llibertats dels altres i la salvaguarda de la seguretat i la moralitat públiques poden constituir límits a la llibertat religiosa i, consegüentment, a la utilització de simbologia religiosa.

El límit de la seguretat pública fa referència, d'acord amb el TC, a la protecció de les persones i béns i al manteniment de la tranquil·litat i l'ordre ciutadà i inclou un conjunt plural i divers d'actuacions orientades a aquesta protecció. Segons que ha dit el TC –RTC 1989/104-, la seguretat pública depèn, com a resultat, de la correcta adopció de mesures preventives i reactives, per la qual cosa sí resulta procedent entrar a valorar la proporcionalitat de la restricció de l'ús d'indumentària quan pugui comportar un risc evident per a la seguretat.

En aquest sentit, podem recordar que el RD 896/2003, d'11 de juliol, pel qual es regula l'expedició del passaport, estableix, entre d'altres requisits, el d'aportar:

“Una fotografia del rostre del sol·licitante tamaño carné, en color y con fondo claro, liso y uniforme, tomada de frente y sin gafas de cristales oscuros o cualquier otra prenda que impida la identificación de la persona”.

Es tracta d'una restricció ponderada i proporcional. S'admet la presència de símbols religiosos, llevat que s'impedeixi la identificació del seu titular. En canvi, en el cas de la normativa relativa a l'expedició del DNI s'exigia fotografia amb el cap descobert, la qual cosa motivà una queixa del Defensor del Pueblo al Ministeri de Justícia per tal que procedís a la corresponent modificació.

El límit de la moralitat pública s'ha d'identificar amb el respecte a la globalitat dels principis i valors constitucionalment vigents. En aquest punt és poden portar a col·lació les sentències relatives a delictes consistents, per exemple, en la negació del genocidi. El Tribunal

Constitucional ha donat suport a la prohibició d'aquestes manifestacions com a límits a la llibertat ideològica o d'expressió. En tot cas, cal cautela, ja que generalitzar aquesta doctrina pot comportar la prohibició de manifestacions contràries a la tranquil·litat moral d'una majoria. Podem recordar aquí la Sentència TEDH de 20 de setembre de 1994 (cas Otto Preminger contra Àustria⁵) que, per cert, va considerar jurídicament admissible una prohibició d'una pel·lícula contrària a la sensibilitat catòlica, majoritària en aquell país.

En qualsevol cas, s'ha de destacar que la utilització de simbologia o indumentària religiosa no lligada directament a les creences religioses resten, en principi, fora de la protecció dispensada per l'article 16 CE i concordants. És a dir, no és invocable quan aquesta utilització respon a una moda o a una imposició per part d'una tercera persona de l'àmbit familiar o laboral. En aquests casos la protecció derivaria de la llibertat personal i ideològica, el lliure desenvolupament de la personalitat i, en el cas de la imposició d'un símbol religiós, també caldria oposar la dimensió interna de la llibertat religiosa.

Per acabar la ressenya relativa a la llibertat religiosa, cal posar en relleu que, d'acord amb l'art. 10.2 CE, la interpretació dels drets fonamentals i de les llibertats públiques s'ha de realitzar de conformitat amb els tractats ratificats per Espanya.

En aquest sentit, s'ha de tenir present tant el Conveni de Protecció dels Drets Humans i Llibertats Fonamentals [fet a Roma el 4 de novembre de 1950 i ratificat per Espanya mitjançant Instrument del 26 de setembre de 1979] com la doctrina del Tribunal Europeu del Drets Humans (TEDH), la qual és vinculant per a les parts signatàries del conveni ("las partes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal", diu el Conveni).

Segons el seu art. 9:.

⁵ Tanmateix, Àustria és potser un dels països més tolerants en relació a l'ús del vel islàmic integral. Està permès als espais públics i no compta amb cap regulació de l'ús del tchador o mocador islàmic per part de professores i alumnes, segons s'assenyala a l'estudi fet al Senat francès sobre "*le port de la burqa dans les lieux publics*". Série Législation comparée, n° LC 201.

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

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

D'acord amb aquest precepte, qualsevol ingerència únicament és acceptable si concorren els següents condicionants:

a).- si està prevista en una llei, tenint present que, al respecte, el Tribunal de Drets Humans ha entès⁶ que “los términos “prevista por la ley” que figuran en los artículos 8 a 11 del Convenio significan en primer lugar que la medida enjuiciada debe tener una base legal en la legislación interna y exigen, asimismo, la calidad de la Ley: la accesibilidad de ésta a las personas afectadas y la formulación suficientemente precisa para permitirles prever, en un grado razonable habida cuenta de las circunstancias, las consecuencias que pueden derivarse de un acto determinado. En efecto, el Tribunal siempre ha entendido el término “ley” en su acepción “material” y no en el formal”. Es tracta, doncs, de llei en sentit ampli.

b).- si amb la indicada ingerència es persegueixen finalitats legítimes, tals com la seguretat pública, la protecció de l'ordre, de la salut o de la moral públiques, o la protecció dels drets o llibertats dels demés.

c).- si és necessària en una societat democràtica per a assolir els esmentats fins, el que dependrà de l'anàlisi del cas concret.

Per tant, la legalitat d'una hipotètica norma que reguli l'ús dels vels integrals o qualsevol altra simbologia religiosa hauria de complir amb aquests requisits.

⁶ STEDH de 23 de febrer de 2010, cas Ahmet Arslan i altres contra Turquia.

El TEDH ha reconegut, però, de manera pacífica i repetida (per ex. en la seva citada sentència de 29 de juny de 2004 (TEDH 2004/46), cas Leyla Çahin contra Turquia)⁷ un ampli marge d'apreciació per al legislador als efectes de preveure mesures limitadores de la llibertat religiosa.

4. A més de regles jurídiques com la que s'acaba d'analitzar, també n'hi ha d'altres valors constitucionals que incideixen en la matèria objecte d'aquesta anàlisi. És el cas de l'obligació dels poders públics de promoure les condicions per tal que la llibertat i la igualtat de l'individu siguin reals i efectives (art. 9.2 CE), del dret a la llibertat i seguretat personals (art. 17 CE), del dret a la pròpia imatge (art. 18 CE) -que, juntament amb l'article 10 CE, permet reivindicar una lliure opció en el vestir- i del dret a la llibertat de residència i circulació (art. 19 CE). Encara que aquest últim precepte atribueix aquesta llibertat únicament als espanyols, el TC ha estès el reconeixement també als estrangers sempre que es trobin legalment a Espanya.
5. Per últim, a nivell constitucional, també cal fer esment als principis de reserva de llei en matèria sancionadora i de l'autonomia local. Davant una hipotètica regulació de l'ús d'indumentària *anonimitzadora* en l'espai públic, cal plantejar-se si els municipis compten amb competències suficients per aprovar aquesta regulació, la qual cosa comporta indefugiblement la necessitat de pronunciar-se sobre la competència municipal per a imposar sancions per utilitzar el repetit tipus d'indumentària en l'espai públic. L'art. 25 CE estableix una reserva de llei per a imposar sancions: cal una llei emanada del Poder Legislatiu per qualificar una conducta com a infracció i atribuir-li la sanció corresponent. Les exigències d'aquest principi han estat, però, flexibilitzades⁸, entre d'altres raons, en base al principi d'autonomia

⁷ En concret, en aquesta sentència va considerar que la prohibició del vel en les universitats turques no viola la llibertat religiosa, ateses raons constitucionals específiques de Turquia i sobre la base de l'argument de què no existeix un consens suficientment ampli en Europa en aquesta matèria.

En moltes ocasions el TEDH ha tingut la oportunitat de pronunciar-se sobre situacions similars a la que es planteja en aquesta mesura declarant la compatibilitat de les accions estatals amb l'article 9 del Conveni de Drets Humans (per exemple, en Sentència de 23 de febrer de 2010, cas Ahmet Arslan i altres contra Turquia; Sentència de 4 de desembre de 2008, cas Kervanci contra França

⁸ La modulació del principi de reserva de llei en matèria sancionadora es justifica en la pròpia Exposició de motius de la Llei 57/2003, de 16 de desembre, de mesures de modernització del govern local, que assenyala:

local i a la legitimació democràtica directa amb la qual s'aproven les ordenances i reglaments municipals. En base a destacades sentències del Tribunal Suprem i del Tribunal Constitucional, es va modificar la Llei Reguladora de les Bases de Règim Local (LBRL) recollint la possibilitat que, en determinades matèries d'interès local, els ens locals puguin, en defecte de normativa sectorial específica i d'acord amb els criteris que la pròpia LBRL fixa, establir els tipus d'infraccions i imposar sancions (multes) per l' incompliment dels deures o prohibicions.

Concretament, l'article 139 LBRL estableix:

“Finalmente, el nuevo título XI de la LRBRL viene a tratar otro aspecto ineludible del régimen jurídico de las entidades locales, al regular la tipificación de las infracciones y sanciones por las entidades locales en determinadas materias. En efecto, no podía demorarse por más tiempo la necesidad de colmar la laguna legal que existe en materia de potestad sancionadora municipal en aquellas esferas en las que no encuentren apoyatura en la legislación sectorial, estableciendo criterios de tipificación de las infracciones y las correspondientes escalas de sanciones para que las funciones de esta naturaleza se desarrollen adecuadamente, de acuerdo con las exigencias del principio de legalidad adaptadas a las singularidades locales, y siempre en defensa de la convivencia ciudadana en los asuntos de interés local y de los servicios y el patrimonio municipal, conforme a la doctrina establecida por la Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2001, de 8 de junio (RTC 2001, 132). Esta regulación se completa con la necesaria modificación de los artículos 127.1 y 129.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.”

També resulta interessant tenir present els pronunciaments jurisdiccionals al respecte:

Tribunal Suprem: hi ha nombrosa jurisprudència del Tribunal Suprem respecte a la potestat local sancionadora i els límits derivats de la reserva de llei de la Constitució. Per exemple, per posar les que van iniciar el camí de la flexibilització, les sentències de 25 de maig de 2004 i de 29 de setembre de 2003.

Tribunal Constitucional: a l'igual que succeeix amb el Tribunal Suprem, el Tribunal Constitucional s'ha pronunciat en nombroses ocasions respecte a la potestat local sancionadora i els límits derivats de la reserva de llei de la Constitució. Especial atenció mereix la Sentència 132/2001, citada per la modificació de la LBRL, i les posteriors sentències 161/2003 i 193/2003 que recullen la mateixa tesi.

Tribunal Superior de Justícia de Catalunya: també ha analitzat els límits de la potestat sancionadora local en Sentències 1156/2009 i 409/2009 que resolien els recursos interposats contra l'Ordenança municipal de mesures per a fomentar i garantir la convivència ciutadana en l'espai públic de Barcelona. Igualment, la Sentència 331/2010 envers a l'Ordenança de civisme i convivència de la ciutat de Lleida.

“Para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos, los entes locales podrán, en defecto de normativa sectorial específica, establecer los tipos de las infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las correspondientes ordenanzas, de acuerdo con los criterios establecidos en los artículos siguientes”.

6. Per la seva banda, a l'Estatut d'Autonomia de Catalunya (EAC) es recull, com és notori, una àmplia declaració de drets, deures i principis rectors de l'àmbit civil i en l'àmbit polític i de l'Administració que també incideixen de manera rellevant sobre la present qüestió. És el cas de:
- Art. 15, que reconeix el dret de totes les persones a viure amb dignitat, seguretat i autonomia i lliures de tota mena de discriminació amb dret al lliure desenvolupament de llur personalitat i capacitat personal. Aquests drets dels ciutadans de Catalunya són extensibles a altres persones en els termes establerts legalment.
 - Art.19, que atribueix específicament a les dones el dret al lliure desenvolupament de llur personalitat i capacitat personal i la resta de drets previstos al precedent article 15.
 - Art. 21, relatiu als drets i deures en l'àmbit de l'educació, que, entre d'altres aspectes, estableix el dret d'accés a l'educació en condicions d'igualtat.
 - Art. 30, que regula els drets d'accés als serveis públics “en condicions d'igualtat” i reconeix el dret a rebre dels poders públics de Catalunya un tracte imparcial i objectiu i a que l'actuació dels poders públics sigui proporcionada a les finalitats que la justifiquen.
 - Finalment, també es pot fer esment a l'obligació dels poders públics de garantir el compliment del principi d'igualtat d'oportunitats entre dones i homes i d'incorporar la perspectiva de gènere (art. 41) i a l'obligació de promoure polítiques públiques que fomentin la cohesió social i d'emprendre les

acciones necessàries en relació a les persones immigrades per a facilitar el seu acolliment, l'efectivitat dels drets i deures i la igualtat d'oportunitats (art. 42).

7. Per últim i no menys important, des del punt de vista de l'accés als serveis públics, cal tenir molt present també la **tipificació penal** de conductes denegatòries, per raons ideològiques, religioses, etc., de prestacions a les què tinguin dret. Concretament, el Codi Penal estableix:

Artículo 511.

1. Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.

2. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.

3. Los funcionarios públicos que cometan alguno de los hechos previstos en este artículo, incurrirán en las mismas penas en su mitad superior y en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años.

Artículo 512.

Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, por un período de uno a cuatro años.

Des del punt de vista penal, també cabria al·ludir a la tipificació de les conductes constitutives de coacció (arts. 172 i 620.2 Codi Penal) en què poden incórrer les persones de l'àmbit familiar de la dona que imposen una determinada roba de vestir en contra dels drets individuals d'aquesta.

3.- SOBRE LA POSSIBILITAT D'APROVAR UNA NORMA MUNICIPAL QUE ESTABLEIXI UNA PROHIBICIÓ D'UNA INDUMENTÀRIA INTEGRALMENT ANONIMITZADORA A L'ESPAI PÚBLIC

Exposats els trets principals del marc legal aplicable a la qüestió objecte d'anàlisi, ens endinsem en l'estudi de si els municipis tenen o no competència per prohibir de manera absoluta una indumentària que impedeixi la identificabilitat de la persona en l'espai públic.

La resposta planteja, és clar, importants dificultats, ja que, com s'ha apuntat al començament, es tracta d'un tema que ofereix una quantitat molt elevada de matisos. La seva anàlisi, des del punt de vista filosòfic o ideològic, és inabastable en aquest moment. El cert és que podem afirmar que ni tant sols està clar que mitjançant una Llei sigui jurídicament factible aprovar la indicada prohibició absoluta. En el seu estudi sobre el vel integral, el Consell d'Estat francès ho ha dit clarament: hi ha fortes "incerteses jurídiques", "seriosos riscos" i una "manca de fonament jurídic incontestable" per a una prohibició general, per la qual cosa ha rebutjat una prohibició absoluta. A Espanya, s'afegeix també el dubte relatiu al nivell territorial competent per a la regulació.

Tot això, a més, sense entrar en el debat de sobre els fets determinants, dit d'una altra manera, sobre si la realitat social actual exigeix o no una regulació o mesures d'altra naturalesa, i sense entrar tampoc a discernir si la prohibició és útil o contraproductiu. I, a més, sense oblidar que qualsevol que sigui l'opció serà o podrà ser objecte de crítiques⁹ i a més, en molts

⁹ La prohibició absoluta del vel islàmic integral conté punts febles tant des del punt de vista jurídic com d'oportunitat. Des d'aquest darrer punt de vista, cal preguntar-nos si afavoreix la convivència o si, més aviat, fomenta l'aislacionisme. Per evitar aquest efecte cal evitar mesures que facilitin que l'immigrant es consideri "estrany o aliè" a la ciutat en la que viuen. El sentiment de pertinença a una ciutat o un país

casos, encertades. La manca de regulació es qüestiona també des del punt de vista de la inactivitat davant un fenomen que pot entrar en contradicció amb els valors socials europeus i, d'altra banda, la prohibició general hauria de compatibilitzar-se amb situacions en les que participen persones no identificables (processions de Setmana Santa, situacions climatològiques que comportin la necessitat de vestir passamuntanyes, etc.). Tanmateix, el legislador compta amb un ampli camp de maniobra del que està mancat el poder normatiu municipal.

Aquí ens centrarem en els aspectes més estrictament tècnics relatius a la potestat normativa municipal, sense obviar que la qualitat normativa passa també per interrogar-nos sobre l'eficàcia d'una eventual prohibició general per part dels municipis, atesos els límits territorials i l'existència d'espais o instal·lacions en els que el municipi no pugui entrar a regular. Per dir-ho sense embuts: ¿tindria sentit una prohibició general del vel islàmic integral aplicable a l'espai públic que coexistís amb la possibilitat d'accedir a espais tancats de concurrència pública com els bar o establiments d'espectacles, la regulació dels quals correspon a la Generalitat i, en algun cas, a l'Estat?.

La determinació de si els municipis són o no competents per establir una prohibició general de fer servir en l'espai públic el vel islàmic o d'altra indumentària que impedeixi la identificació de la persona passa per fer referència als següents punts:

- Una eventual regulació municipal hauria d'enfrontar la interrelació o conflicte amb la llibertat religiosa, els trets generals de la qual han estat objecte de consideració en l'apartat anterior. Reiterar ara que no resulta procedent entrar a valorar si el vel islàmic és o no símbol

exigeix que també es consideri com a propi l'espai públic sobre el que desenvolupa la seva vida. La desafecció obstaculitza precisament la convivència.

Tanmateix aquestes consideracions poden esdevenir errònies en relació a l'actuació de grups fonamentalistes o integristes, la voluntat de pertinença dels quals és o pot ser inexistent en favor d'un comunitarisme contrari a la convivència global.

religió, encara que n'hi ha opinions contradictòries. L'autonomia personal, el dret al lliure desenvolupament de la personalitat, la neutralitat de l'Estat i la dimensió interna del propi dret a la llibertat religiosa, que preconitza l'existència d'un àmbit exempt de qualsevol tipus d'intervenció estatal, impliquen la improcedència d'aquesta valoració. Si les persones individuals consideren que forma part de la seva religiositat o llibertat de creença, s'haurà d'admetre com a tal.

També hem vist com la llibertat religiosa no és un dret absolut, sinó que està sotmès a límits, com els de la seguretat i la moralitat públiques.

Els drets dels altres i la seguretat operen indefugiblement com a límits en supòsits com en la conducció d'automòbils o en matèria de documents d'identitat, segon s'ha indicat. És clar que un burca impedeix gaudir de tot el camp visual en conduir, per la qual cosa s'està lesionant els drets dels altres. També podien pensar en la necessitat d'identificació de la persona que condueix, però en aquest cas l'objecció derivaria del fet que els motociclistes porten casc i la seva identificació es produeix a través de la matrícula del vehicle i no de la cara.

A falta d'algun altre element identificador com el que s'acaba d'assenyalar, la identificabilitat a l'espai públic és un element molt rellevant en matèria de seguretat pública i de les mesures preventives encaminades a garantir-la. De fet, sota els corresponents controls des del punt de vista de la intimitat i del tractament de dades, la llei permet la instal·lació de càmeres de videovigilància al carrer per tal de prevenir la comissió de delictes. La seva virtualitat no només es basa en la detecció del fet infractor, sinó també en la identificació dels autors.

Per tant, amb les necessàries matisacions anteriorment esmentades i amb l'exigència d'aplicar un principi de proporcionalitat que impedeix limitar els drets fonamentals més enllà del mínim indispensable per a satisfer l'interès preponderant, es pot afirmar que és factible aprovar una regulació de l'ús en l'espai públic del vel islàmic i d'altra indumentària anonimitzadora. Entenem que, en funció especialment de les circumstàncies concurrents en determinats espais públics amb

aglomeracions de persones, es pot defensar que es donaria compliment als requisits del TEDH (norma prèvia, finalitat legítima i mesura necessària en una societat democràtica). Reforça aquesta afirmació el fet que, des del punt de vista de la moralitat pública, millor dit, de l'ordre públic protegit pel nostre ordenament jurídic, resulta element bàsic la interacció o interlocució visual, la qual està basada en els gestos del cos, però també –i sobretot- en l'expressió facial. Als transports, a l'espai públic i, en resum, a tot arreu, la comunicació personal es basa també en els gestos¹⁰ i més si hi ha desconeixement de l'idioma¹¹. No obstant, aquest aspecte no pot ser la raó principal de la regulació, ni des del punt de vista substantiu, ni tampoc des del “quantitatiu”, ja que el risc per a l'ordre públic no està acreditat, ni sembla, almenys de moment, greu.

Podem afirmar també, però, que els municipis no tenen competència per aprovar aital normativa fonamentada en els arguments citats.

Aquesta falta de competència deriva del fet que la permanent identificabilitat a l'espai públic és un mandat que pertany a la seguretat pública i aquesta és una matèria de competència estatal.

Així es deriva de l'article 149.1.29 CE, que cita la seguretat pública entre les competències exclusives de l'Estat. En aquest sentit, el TC, en sentència 104/89, de 8 de juny, assenyala que:

“El art. 149.1.29 de la C.E. atribuye en exclusiva al Estado -no distinguiendo, al contrario que otros apartados del mismo precepto, entre potestades normativas y de mera ejecución- la competencia en materia de seguridad pública, «sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma en que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica»..

Aquest pronunciament es ratifica més endavant (“es claro, conforme al tenor literal del art. 149.1.29 de la C.E., que la competencia exclusiva del Estado en materia de seguridad pública no admite más excepción que la

¹⁰ N'hi ha prou amb recordar la dita relativa al valor dels gestos

¹¹ S'ha de dir que la proposta legislativa belga es fonamenta en tres elements: la seguretat pública (cal que tothom sigui identificable als espais públics), la dignitat de la dona i el respecte als principis democràtics fonamentals.

que derive de la creació de las policías autónomas”) i s’ha reiterat en sentències posteriors¹². Seguidament tornarem sobre aquest tema.

La manca de competència municipal també es veu confirmada per la Llei Orgànica 1/1992, de 21 de març, sobre protecció de la seguretat ciutadana.

- ¿La legislació bàsica de règim local i la Carta de Barcelona confirmen també la manca de competència municipal per aprovar una regulació en la línia assenyalada?. La resposta és afirmativa.

Com hem apuntat abans, la reserva de llei en matèria sancionadora s’ha flexibilitzat en el nostre ordenament jurídic positiu a partir de la Llei 57/2003, de 16 de desembre, de mesures de modernització del govern local, que modificà la LBRL. Segons es deriva del seu art. 139, abans esmentat, en defecte de legislació sectorial, estatal o autonòmica, els ens locals poden tipificar infraccions i establir sancions en les matèries indicades tot havent de respectar els criteris mínims d’antijuridicitat previstos a l’article 140 LBRL.

A més, també cal tenir present el contingut dels articles 128.1 i 129 de la Carta Municipal de Barcelona (Llei 22/1998, de 30 de desembre)¹³. Segons el 128.1, que encapçala el Capítol XVI titulat precisament “Seguretat Ciutadana”, correspon a l’Ajuntament de Barcelona: (....)

“b) Sancionar en les ordenances municipals els actes contraris a l’ordre i la seguretat ciutadana en l’àmbit de les relacions de veïnatge, tot respectant els drets i les llibertats fonamentals”.

Al seu torn, l’article 129 enumera conductes constitutives d’infracció administrativa a regular per ordenança municipal, entre les quals no s’inclou cap que es pugui identificar amb el supòsit que ens ocupa.

¹² STC 235/2001, de 13 de desembre, FJ 6

¹³ En parlar de la Carta municipal també resulta rellevant recordar aquí com comença la seva Exposició de Motius:

“Barcelona, capital de Catalunya, ha estat sempre un símbol de llibertat i de progrés. Ciutat de convivència, feta en la pluralitat i en la diversitat, ha projectat al món la seva capacitat d’iniciativa, la seva vocació de modernitat i el seu compromís solidari en la construcció d’un món en pau, basat en el respecte i la tolerància. Barcelona, bressol de cultures, ha estat i vol ésser un exemple en la defensa dels drets humans i dels pobles”.

Per posar sobre la taula un altre paràmetre de referència que contribueix a donar resposta a la qüestió plantejada cal recordar la jurisprudència dictada pel Tribunal Superior de Justícia de Catalunya en relació a l'Ordenança de mesures per fomentar i garantir la convivència. En les 4 sentències dictades sobre aquesta norma municipal va mantenir la mateixa doctrina. Valgui com a exemple el que s'afirma al Fonament jurídic Cinquè de la seva Sentència núm. 1165/2009, de 25 de novembre (JUR 2010/118793):

“...Es cierto que el artículo 139 LBRL, de constante cita, permite el establecimiento de infracciones y sanciones mediante Ordenanzas en determinados ámbitos, en defecto de normativa sectorial específica, y también lo es que la protección de la seguridad ciudadana constituye el objeto de la mencionada LPSC.

Ahora bien, lo que propiamente regula esta última ley son conductas relativas a la seguridad pública, de competencia exclusiva del Estado (artículo 149.1.29ª de la Constitución). De hecho, en base a esta habilitación constitucional se dicta la misma, que trata de las actividades relacionadas con armas y explosivos, tenencia y uso de las mismas, finalidades a que tenderán las medidas de policía en materia de espectáculos públicos y actividades recreativas, documentación e identificación personal, actuaciones dirigidas al mantenimiento y al restablecimiento de la seguridad ciudadana, particularmente en supuestos de desórdenes colectivos o de inseguridad pública graves”.

I afegeix més endavant:

“Con la seguridad pública se trata de actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad y el orden ciudadano, en términos de STC 104/1989¹⁴. Pero la seguridad ciudadana, espacio de actividad propio de la policía administrativa, no puede ser identificada con la seguridad pública como si de dos realidades similares se tratara”.

¹⁴Concretament aquesta Sentència conté la següent definició:

“Dicho concepto material, la seguridad pública, entendido como actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad y el orden ciudadano, según pusimos de relieve en las SSTC 33/82, 117/84 Y 59/85, engloba, como se deduce de estos pronunciamientos, un conjunto plural y diversificado de actuaciones, distintas por su naturaleza y contenido, aunque orientadas a una misma finalidad tuitiva del bien jurídico así definido”

A banda, no obstant, de la literalitat d'aquests textos legals i jurisprudencials, hi ha també una justificació de l'afirmació realitzada que deriva de la interpretació de les normes locals esmentades i del conjunt de la legislació local, així com del principi d'autonomia local.

L'article 139 LBRL flexibilitza el principi de reserva de llei en ares del principi d'autonomia local i per tal de no buidar l'espai competencial local, ja que, altrament, de poc serviria que una entitat local pogués establir una ordenació –uns drets, deures i limitacions- si després no pot sancionar el seu incompliment.

Aquest espai competencial està directament connectat amb el cercle d'interessos "locals" (art. 2 LBRL al que podem afegir el propi article 139 que fa esment a les relacions de convivència "de interès local").

El transitar per l'espai públic amb la cara totalment coberta (en suma, la "*identificabilitat*" d'una persona) pot afectar a les relacions de convivència i a la tranquil·litat o al pacífic exercici dels drets per la resta de persones, però l'afectació no se situa de manera predominant en el marc de les relacions de veïnatge o en consideracions locals sobre l'espai públic, és a dir, no és una lesió pròpia del que antigament s'anomenaven ordenances de policia i bon govern, antecedents de les actuals ordenances "cíviques o de convivència".

Al contrari, la potencial afectació de què parlem -i sobre la qual hauria d'incidir la regulació a la que ens referim en aquest apartat- afecta més a l'ordenació de valors essencials de la nostra societat i del nostre règim jurídic i, si més no, a l'ordenació relativa a aspectes de prevenció policial relacionats, com queda dit, amb els riscos per a la seguretat pública.

- Per últim, també es pot sostenir que l'afirmació aquí realitzada respecte a la manca de competència municipal per aprovar una regulació general que contingui una prohibició absoluta troba un altre inconvenient. Aquesta regulació també s'ha basat, així succeeix amb experiències del dret comparat en tràmit, en el fonament de la dignitat de la dona. L'ordenació d'aquesta matèria tampoc s'inclou dins de

les competències municipals, ja que no és el mateix dur a terme polítiques d'igualtat entre dones i homes que regular les condicions bàsiques que garanteixen la igualtat de tots els espanyols en l'exercici dels drets i el compliment dels deures constitucionals, que, segons l'article 149.1.1º CE se situa entre les competències exclusives de l'Estat i que, a més, ha servit de títol per a l'aprovació d'una part important dels preceptes de la Llei Orgànica 3/2007, de 22 de març per a la igualtat efectiva de dones i homes.

La dignitat de la dona entronca també amb valors constitucionals essencials i és sabut que aquesta ordenació no està a l'abast de les ordenances locals.

No entrem aquí a valorar si la dignitat de la dona és un fonament jurídicament admissible per imposar una prohibició quan és factible que moltes persones afectades puguin afirmar que la seva conducta respon a un criteri voluntari i de lliure desenvolupament de la personalitat emparat per l'art. 10 CE. A més, algú podria dir que l'ús del vel és un símptoma d'una discriminació o d'un sotmetiment de la dona, però que és la causa directa o immediata la que cal atacar i no la simptomatologia. Malgrat aquesta opinió fora qüestionable, en tot cas és una qüestió d'oportunitat que no correspon valorar en aquest informe.

Per acabar aquest apartat, restaria per preguntar-nos quina eficàcia té sobre el que s'acaba de dir l'article 10.2 de l'ordenança sobre l'ús de les vies i espais públics de Barcelona, aprovada el 27 de novembre de 1998, segons el qual:

“Ningú no pot, amb el seu comportament a la via pública, menystenir els drets de les altres persones, ni la seva llibertat d'acció, ni ofendre les conviccions ni les pautes generalment admeses sobre la convivència”

A més, dins del règim sancionador que s'hi inclou, es tipifica el *“Portar a terme actuacions que ofenguin les conviccions de les altres persones, o les pautes generalment admeses sobre la convivència”* com a infracció greu sancionable fins a 901 euros.

Aquest article, cal recordar-lo, és previ a la flexibilització de la reserva de llei i hom podria afirmar que conté un tipus infractor genèric vedat per la Constitució. En tot cas, però, tampoc es pot interpretar extensivament per abastar conductes que, com hem dit, s'allunyen de les relacions de veïnatge per situar-se en el marc de la seguretat pública.

En definitiva, hem de concloure insistint en la feblesa i vulnerabilitat jurídica d'un hipotètic intent de regulació municipal de l'ús en l'espai públic de la indumentària de què parlem. El legislador, especialment l'estatal, es troba en una millor posició per valorar i ponderar adequadament els interessos en conflicte en el present cas, atès que en últim terme fem referència a l'exercici de drets fonamentals.

4.- SOBRE LA PROHIBICIÓ DE L'ÚS D'INDUMENTÀRIA "ANONIMITZADORA" QUE IMPEDEIXI LA IDENTIFICACIÓ EN INSTAL·LACIONS, EQUIPAMENTS O SERVEIS PÚBLICS DE TITULARITAT MUNICIPAL

En aquest punt ens plantejarem les possibilitats de condicionar l'entrada, permanència i ús dels serveis públics i instal·lacions de titularitat municipal al fet de no vestir o anar coberts per una indumentària que impedeixi la identificació de la persona usuària.

També en aquest apartat cal fer un seguit de precisions prèvies.

En primer lloc trobem que hi ha serveis i instal·lacions on l'entrada, d'acord amb la normativa sectorial, ja exigeix la identificabilitat de la persona, ja sigui de manera permanent o puntual. És el cas dels museus on el funcionament de les càmeres de videovigilància exigeix que les persones usuàries estiguin identificades, tant per la seguretat dels fons museístics, com per la seguretat de la resta d'usuaris, la qual s'ha de garantir de conformitat amb el Decret 35/1992, de 10 de febrer, de desplegament parcial de la Llei 17/1990, de museus¹⁵. En el cas dels centres docents, és clar que el respectiu reglament de règim intern ha de preveure la necessària d'identificació de la persona que recull els menors.

¹⁵ En aquest sentit cal recordar també la regulació sobre el dret d'admissió prevista en la legislació d'establiments públics que hem de considerar aplicable als museus a la vista del catàleg aprovat pel Decret 239/1999.

Tanmateix, com veurem més endavant, atesa la necessitat de què els límits a la llibertat religiosa figurin en normes previsibles i cognoscibles, de què els límits als drets fonamentals s'interpretin restrictivament, d'evitar actuacions que puguin interpretar-se com a arbitràries o discriminatòries i de garantir el principi de seguretat jurídica, resulta aconsellable el no haver de recórrer a interpretacions per part dels diferents agents (personal al servei de l'Ajuntament i personal de les empreses contractistes) que intervenen en la prestació de serveis públics. Tot això sense oblidar allò la necessitat d'establir pautes clares davant la tipificació penal de la negativa a la prestació d'un servei que sigui discriminatòria.

En segon lloc, hem de reiterar, també en aquest supòsit, les conseqüències del limitat abast d'una eventual regulació municipal. Un cop aprovada, hi hauria espais de la ciutat on la indumentària "anonimitzadora" estaria prohibida i d'altres pels quals es podria deambular amb la cara tapada (cas d'aquelles instal·lacions, serveis públics o equipaments de titularitat d'altres administracions, a més, lògicament, de les vies o espais públics).

Com també queda dit, una eventual prohibició o limitació ha d'afectar a qualsevol indumentària "anonimitzadora" i no fixar-se únicament en el vel islàmic integral. A més, caldrà, en tot cas, preveure les corresponents excepcions (per raó de la professió –cas de les cossos policials o bombers en determinats supòsits-, en festivitats com carnestoltes, etc.).

Com a última precisió prèvia, cal tenir present que aquesta prohibició o limitació d'ús aplicable en els equipaments i serveis de titularitat municipal no constitueix un supòsit d'exercici de la potestat sancionadora local. Si es prohibeix l'entrada amb la cara tapada, no té lògica pensar en la imposició d'una sanció, ja que la infracció no s'hauria de produir en impedir l'accés al servei o instal·lació. Evidentment aquesta prohibició d'entrada ha d'anar acompanyada d'una prohibició de permanència en la instal·lació o d'ús del servei públic i el seu incompliment ocasionaria l'expulsió del centre o instal·lació per no ajustar-se a les normes de funcionament aplicables¹⁶.

¹⁶ A títol d'hipòtesi, fora també possible pensar, d'acord amb els articles 139 i 140 LBRL, en una normativa municipal que, a més de prohibir l'entrada, tipifiqui com infracció i sancioni les conductes que comportin un ús inadequat d'equipaments, instal·lacions i serveis municipals, és a dir, la conducta d'aquell usuari/usuària que, un cop que ha entrat en la instal·lació es torna a cobrir la cara. Tanmateix, sembla un cas més teòric que real

Fetes aquestes consideracions prèvies, correspon estudiar l'esmentada prohibició o limitació, la qual cosa passa per analitzar els punts següents:

1. La seva procedència jurídica, és a dir, si és viable jurídicament i quins requisits són exigibles.
2. Cal una disposició de caràcter general que imposi l'esmentada prohibició?. En cas afirmatiu, quina és la forma o quin és l'instrument més idoni?.
3. La prohibició pot ser genèrica o global per a totes les instal·lacions i tots els serveis municipals o ha de ser casuística, és a dir, en funció del cas concret?

1).-

Les administracions públiques tenen plenes potestats per a l'organització dels serveis de la seva titularitat. Llevat dels supòsits de les competències o serveis mínims obligatoris, tenen àmplies facultats per decidir no només sobre la creació o establiments dels serveis, sinó també sobre la manera de prestar-lo (la forma o personificació jurídica) i sobre l'abast de les prestacions.

Entre els extrems que han de decidir, s'hi inclou el règim estatutari dels usuaris, és a dir, els seus drets i deures i els requisits per accedir-hi. Així es deriva de diferents preceptes de la legislació general sobre règim local (cas dels articles 246 a 248 del text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya, 159 i 160 del Reglament d'obres, activitats i serveis). A més, també podem afegir l'article 256 de la Llei de contractes del sector públic en el qual, respecte a la gestió indirecta de serveis públics, s'estableix la necessitat de garantir als particulars el dret a utilitzar el servei "*en las condiciones que hayan sido establecidas*".

En la determinació del règim estatutari dels potencials usuaris, cal tenir present un seguit de principis que incideixen en la qüestió plantejada. Són el de:

- Principi d'igualtat i de neutralitat
- Continuitat
- Mutabilitat

Als efectes que ens ocupen, són especialment rellevants els principis d'igualtat, de neutralitat i el de mutabilitat.

Des del punt de vista de la neutralitat –directament connectada al pluralisme i a la llibertat religiosa o ideològica-, ens trobem amb les limitacions que es poden imposar als agents prestadors dels serveis públics (personal municipal i personal de les empreses contractistes). Atès aquests principis i valors constitucionals i atesa la relació de subjecció especial existent entre els titulars i els seus agents, aquells poden imposar limitacions que afectin a la simbologia religiosa que aquests puguin portar durant la prestació del servei. Aquestes limitacions han d'atendre al principi de proporcionalitat i de valoració ponderada en funció dels interessos en conflicte¹⁷. És clar, però, que en el present cas no hi ha dubtes sobre la proporcionalitat d'una prohibició als prestadors dels serveis de fer servir vestuari “anonimitzador”.

Resulta, però, molt més rellevant la incidència dels principis d'igualtat i de neutralitat en la posició jurídica dels usuaris.

D'acord amb els preceptes esmentats i també amb l'article 18 LBRL, els usuaris tenen dret a utilitzar els serveis públics de conformitat amb les normes de funcionament aplicables i s'hi troben en una posició jurídica de caràcter estatutari, per la qual tindran, en relació als serveis públics, els drets i obligacions que en cada moment fixin les lleis, els reglaments i normes particulars que disciplinen la seva prestació.

Art. 30, que regula els drets d'accés als serveis públics “en condicions d'igualtat” i reconeix el dret a rebre dels poders públics de Catalunya un tracte imparcial i objectiu i a què l'actuació dels poders públics sigui proporcionada a les finalitats que la justifiquen

¹⁷ En aquest sentit ens trobem amb decisions judicials que, en funció d'aquesta proporcionalitat i ponderació, decideixen sobre cada cas concret. A títol d'exemple, podem recordar el cas en què l'empresa pública Aldeasa va imposar a una dona musulmana un vestuari amb faldilla curta per sobre del genoll. El Tribunal Superior de Justícia de Madrid, mitjançant sentència de 27 d'octubre de 1997, va confirmar la decisió empresarial tot tenint molt present els compromisos assumits per la treballadora en el moment de signar el contracte. En sentit contrari, es va resoldre pel Tribunal Superior de les Balears (sentència de 9/9/2002) el cas de l'ordre de l'empresa municipal de Transports de Palma de Mallorca de què un conductor d'autobús, de religió jueva, no fes servir la kipá o gorra per cobrir-se el cap. El Tribunal va entendre que el seu ús no implicava cap perjudici per a l'empresa o el servei.

Aquestes normes poden fixar condicions d'accés i permanència respectant el principi d'igualtat. Com hem indicat, l'article 30 EAC estableix el dret d'accedir-hi en condicions d'igualtat i rebre un tracte imparcial i objectiu. Això no impedeix que les normes reguladores introdueixin discriminacions normatives sempre que siguin objectives, raonables i proporcionals, ja que l'esmentat principi fonamental permet tractar de manera desigual situacions diferents. A més, les eventuais modulacions del dret a accedir en condicions d'igualtat als serveis públics han de respectar els art. 106 CE i 30 EAC que obliguen a les administracions públiques a exercir les seves potestats –per exemple, la reglamentària- de conformitat i amb proporcionalitat amb els “fins que la justifiquen”. És a dir, la determinació de les condicions d'accés no pot incórrer en desviació de poder, la qual es produeix si l'actuació duta a terme persegueix una finalitat que no és la que justifica l'atribució de la potestat, encara que aquesta finalitat sigui legítima. Les condicions d'accés per assegurar el bon funcionament del servei han d'estar directament connectades amb aquesta finalitat i no amb valors d'altra mena, encara que siguin legítims.

Hi ha una obligació legal de prestar els serveis públics a tothom que ho demani i estigui disposat a acceptar les condicions generals establertes, les quals no poden estar supeditades al fet de professar una determinada creença o tenir una determinada opinió¹⁸.

Entre les diferències objectives que permeten limitar el dret d'entrada o a rebre un servei hi figuren totes les relacionades amb la seguretat i el bon ordre del servei. Si cal identificar la persona per garantir la seguretat o per saber la seva edat o sexe, la prohibició d'entrada serà totalment correcta.

Per la seva banda el principi de mutabilitat aplicat als serveis jurídics està directament vinculat amb la posició estatutària dels usuaris, que, segons queda dit, significa que tenen els drets i deures que en cada moment fixin les normes; drets i deures que són susceptibles de revisió o modificació, sense que, com a regla, es pugui al·legar l'existència de drets adquirits. En aquest sentit, el principi de mutabilitat apodera al titular del servei per canviar l'estatus de l'usuari, sense cap més límits que els abans assenyalats.

¹⁸ Podem aquí recordar que els límits al dret d'admissió són el respecte a la dignitat de les persones, els seus drets fonamentals i, en especial, els continguts en l'article 14 CE i que aquell dret s'ha d'exercir sobre la base de determinades condicions que han de ser “objectives, públiques i conegudes, les quals s'han d'aplicar de manera igual per a tothom i en cap cas no poden ser discriminatòries” (Decret 200/1999, de 27 de juliol).

Així, doncs, considerem viable la limitació d'accés per raons de l'ús de la indumentària "anonimitzadora", però atès que es tracta d'una limitació a l'exercici d'un drets fonamentals (llibertat, pluralisme, autonomia personal o lliure desenvolupament de la personalitat, igualtat, etc.) cal que respongui a les exigències també esmentades, particularment les de ponderació, proporcionalitat i raonabilitat.

2).- Cal una disposició de caràcter general que imposi l'esmentada prohibició?. En cas afirmatiu, quina és la forma o quin és l'instrument més idoni?.

Es podria pensar que l'article 18 LBRL, en el qual s'estableix el dret i deure dels veïns (aplicable a tots els usuaris) de " Utilizar, de acuerdo con su naturaleza, los servicios públicos municipales, y acceder a los aprovechamientos comunales, conforme a las normas aplicables", fora suficient per impedir l'accés a les instal·lacions i serveis municipals per part dels usuaris que porten indumentària "anonimitzadora".

Aquesta posició esdevé refusable, si tenim present les consideracions següents. En primer lloc, cal recordar que estem davant una potencial limitació a l'exercici d'un dret fonamental, respecte de la qual el TEDH requereix que estigui recollida en una norma que, a més, sigui cognoscible i previsible. En el present cas, l'article 18 LBRL no compliria aquesta funció, ja que és excessivament genèric i l'efecte perseguit resulta d'una interpretació ad hoc i que, a més a més, ofereix importants dubtes (¿és la naturalesa del servei la que provoca la inadmissió dels esmentats usuaris, si parlem, posem per cas, de l'accés a una xerrada en un centre cívic?).

La garantia del principi de seguretat jurídica també exigeix una limitació o prohibició expressa per tal d'evitar dubtes jurídics i eventuais interpretacions contradictòries per part del personal municipal i dels agents prestadors dels serveis, tot cercant una posició general i, en allò que sigui possible, homogènia. S'ha de recordar, a més, que la tipificació com a il·lícit penal de la denegació de serveis per raons de religió, raça, etc., també reforça la necessitat d'una disposició expressa que n'estableixi pautes clares.

És clar, segons es ve assenyalant, que la prohibició o limitació com la que tractem constitueix una disposició de caràcter general que contribueix a fixar el règim estatutari dels usuaris. Té "alteritat" en afectar a persones alienes a l'administració municipal sense que es pugui qualificar com a disposició

organitzativa interna. Per això, requereix un tràmit d'informació pública previ a l'aprovació definitiva, la qual, normalment, correspondrà al Consell Municipal.

Quant a la determinació de quina sigui la forma o instrument més idoni per a procedir a aquesta limitació, entenem que són possibles diferents opcions. Es pot pensar en l'aprovació d'una norma general específica i també en l'adaptació o modificació puntual dels diferents reglaments o normes reguladores dels serveis i equipaments municipals. Aquestes són, per naturalesa, l'instrument idoni per a la determinació de les condicions d'accés i permanència i per a la regulació dels drets i deures dels usuaris.

No fora possible una disposició general aprovada per l'Alcaldia, ja que, d'acord amb la Carta municipal (art. 26.2.d), només les pot dictar en matèria organitzativa interna i d'ordenació social, però, en aquest darrer cas, en execució dels reglaments i les ordenances aprovades pel Consell Municipal". A banda del fet que el terme "en execució" és més limitat que "en desenvolupament", és clar que l'habilitació de l'Alcalde requereix d'una ordenança o reglament previ, que no existeix.

L'Alcalde no està apoderat legalment per aprovar normes que limitin principis constitucionals com el d'igualtat i, encara menys, per aprovar normes que tipifiquin ex novo infraccions i hi apliquin sancions.

L'Alcaldia pot, és clar, en exercici de les atribucions conferides per l'article 13 de la Carta municipal i l'article 21 de la Llei 30/1992, dictar instruccions i ordres de serveis destinades a dirigir l'activitat dels òrgans jeràrquicament dependents als efectes d'ordenar la tramitació dels corresponents procediments administratius per, de manera simultània o no, sotmetre, en el seu cas, al Consell Municipal l'adaptació o modificació dels reglaments i normes de funcionament de serveis aplicables.

Cal tenir present que hi ha equipaments municipals, la reglamentació dels quals –als efectes que ens ocupa- no correspon al Consell Municipal, com succeeix amb determinats centres docents que, d'acord amb la legislació en matèria educativa i amb el principi d'autonomia de centre, disposen o han de disposar d'un reglament de règim intern a aprovar pel mateix centre, seguint les indicacions de l'IMEB i les prescripcions que resulten de la legislació sectorial (per ex., Decret 279/2006, sobre drets i deures de l'alumnat i

regulació de la convivència en els centres educatius no universitaris de Catalunya).

3).- La prohibició pot ser genèrica o global per a totes les instal·lacions i tots els serveis municipals o ha de ser casuística, és a dir, en funció del cas concret?

Segons es dedueix dels requisits exigibles per a establir limitacions al dret d'accés als serveis públics (objectivitat, raonabilitat, proporcionalitat, ponderació i respecte a l'art. 106 CE), l'establiment de la prohibició o limitació d'aquest dret exigeix necessàriament una anàlisi casuística. Ni l'abast de les prestacions, ni els requeriments per al funcionament correcte o el bon ús dels serveis municipals són els mateixos. Cal veure si la prohibició o limitació va o no més enllà del límit mínim indispensable d'afectació als drets en conflicte, és a dir, si es tracta d'una mesura legal i proporcional.

Així, per una banda, ens trobem amb tots aquells indrets i serveis on, per raons de seguretat, cal que els usuaris siguin identificables de manera permanent. En aquests supòsits no hi ha dubte sobre la viabilitat de la limitació. Pensem, per exemple, en els espais en què, de conformitat amb els requisits legals i la Instrucció 1/2009, 10 de febrer, de l'Agència Catalana de Protecció de Dades, s'han instal·lat càmeres de videovigilància. Fora absurd i irraonable negar la viabilitat de l'esmentada limitació o prohibició d'accés en aquests casos (Oficines d'Atenció al Ciutadà, centres cívics, museus¹⁹, etc.).

D'altra banda, també és lògica la prohibició en aquells supòsits en què, per raó de la natura del servei, cal també una identificabilitat permanent de l'usuari. Per exemple, instal·lacions esportives com les piscines. Quan, com ha dit el Conseil d'État, cal saber l'edat o el sexe, la limitació és jurídicament viable. En aquest sentit, el reglament municipal sobre instal·lacions esportives estableix que són d'accés lliure, sense cap més limitació que el pagament del preu i les derivades de la "*pròpia naturalesa de la instal·lació*".

¹⁹ En el cas dels Museus hem de tenir present que, en alguns casos, ja disposen de normes internes que preveuen la prohibició d'accés amb la cara coberta

Respecte als centres escolars, cal recordar que la competència correspon en general al Consorci d'Educació i que tant els CEIP's com els IES compten amb un reglament de règim interior que regula la qüestió relativa a la conducta dels usuaris.

En aquest punt, però, ens hem de fixar en les escoles bressol i en les escoles de música. Al respecte, a banda de les qüestions relatives a l'ús de simbologia religiosa per part dels alumnes –que no correspon tractar ara, encara que hem de recordar la necessitat de garantir el dret a l'educació-, ens hem d'interrogar respecte a l'accés de persones diferents als discents. Lògicament caldrà la seva identificació per a la recollida dels menors, atès l'interès del menor que és predominant. En un altre cas, la seva anàlisi és comuna amb la corresponent a altres serveis com poden ser els mercats municipals o equipaments municipals com el Parc Zoològic o el Parc d'Atraccions del Tibidabo.

En tots aquests casos, la limitació també pot fonamentar-se en raons de seguretat, sempre que es pugui acreditar, com s'ha dit, la proporcionalitat entre la limitació i la finalitat cercada o que no hi ha cap mesura menys intrusiva per als drets dels usuaris. En casos d'aglomeracions es pot considerar que hi ha justificació suficient. Altrament la limitació/prohibició s'hauria de basar en el manteniment o adaptació de tothom a estàndards bàsics convivencials o de funcionament d'una societat democràtica. Caldrà, doncs, que la introducció de la prohibició expressa es recolzi en un informe tècnic acreditatiu dels fets determinants existents. En canvi, la limitació no ofereix cap dubte quan s'emmarca en aspectes vinculats al correcte funcionament del servei. Serà en el moment de redactar la corresponent proposta quan s'introdueixin també les excepcions oportunes (per raó de determinades festivitats –carnestoltes-, per raó de normes que disciplinen determinades professions –intervencions policials o de bombers-, etc.).

5.- CONCLUSIONS

En els termes de les consideracions precedents, podem destacar les conclusions següents:

- a) El fenomen de l'ús del vel integral i, en general, d'indumentària que impedeixi la identificació visual de les persones, segons es comprova en diferents experiències de dret comparat, no pot tractar-se únicament des de l'òptica de la clàssica activitat de policia o limitadora. Si més no, cal combinar-la amb actuacions basades en el foment, la pedagogia, la informació i la mediació, ja que, en paraules del Consell d'Estat francès aquestes són més lentes, però resulten més segures.
- b) El marc legal aplicable a la regulació de l'esmentat fenomen està integrat per un seguit de principis i regles constitucionals (pluralisme, llibertat, igualtat davant la llei, llibertat religiosa, lliure desenvolupament de la personalitat, pròpia imatge, etc.), Estatut d'Autonomia, lleis ordinàries i, fins i tot, tractats internacionals –com el Conveni Europeu de Drets Humans- que el delimiten posant sobre la taula valors que, de vegades, entren col·lisió i sobre els quals les opinions no són, en absolut, pacífiques. Per això, cal una actuació reflexiva i ponderada.

Respecte a aquest marc, a banda dels límits a la llibertat religiosa i a la potestat normativa local derivada de la reserva de llei, cal destacar la tipificació penal de les denegacions de prestació de serveis públics quan siguin discriminatòries. En el cas dels funcionaris públics, una denegació discriminatòria es castiga amb presó i una inhabilitació de 4 anys.

- c) Quant a una eventual prohibició municipal de la indumentària anonimitzadora en l'espai públic, s'ha de dir que els ens locals estan mancats de competència per dur a terme aquesta regulació. L'obligació d'estar permanentment identificable a l'espai públic es connecta amb la seguretat pública, que és un dels límits a la llibertat religiosa juntament amb la salut i la moralitat públiques, però que és un títol competencial de l'Estat, segons el Tribunal Constitucional. Aquesta connexió l'allunya de l'àmbit d'interessos locals que és el límit que la legislació local imposa en atribuir als ens locals la potestat sancionadora per tipificar faltes i imposar sancions.

Si la identificabilitat de la persona es connecta amb la dignitat de la dona que porta un vel islàmic integral, s'ha de dir que els municipis, encara que poden dur a terme polítiques d'igualtat, no poden assumir la regulació i sanció que, via article 149.1.1ª CE, correspon a l'Estat, com en el cas de la Llei Orgànica 3/2007, de 22 de març, per a la igualtat

efectiva de dones i homes. Tot això, sense oblidar que la dignitat de la persona i el lliure desenvolupament de la personalitat tenen un valor ambivalent en el present cas, segons ha quedat explicitat.

És el legislador el que està en millors condicions per valorar i ponderar els drets i interessos en conflicte en afrontar una eventual regulació del vel islàmic i de la resta d'indumentària en l'espai públic. I, com també ha dit el Consell d'Estat, una llei de prohibició general d'ús en espais públics no té un fonament jurídic incontestable. I encara menys si pensem en una eventual regulació local, ja que la norma resultant tindria una fonamentació jurídica molt feble i molt vulnerable.

- d) Quant a la prohibició de l'ús a les instal·lacions i serveis municipals, s'ha de remarcar que les entitats locals, en regular els serveis i instal·lacions de la seva titularitat i establir les condicions d'accés i ús, poden exigir que aquests es produeixin de manera que es permeti la identificabilitat dels usuaris. Els usuaris tenen dret a accedir-hi en condicions d'igualtat i a rebre un tracte objectiu i neutral, per la qual cosa les discriminacions normatives que es puguin aprovar han de ser objectives, raonables, proporcionals i respondre a les finalitats que les justifiquen sense incórrer en desviació de poder. Als efectes de complir aquests requisits, cal que la prohibició o limitació s'estableixi tot tenint present les circumstàncies de cada servei o instal·lació de manera que l'accés i ús dels mateixos no pertorbi el seu el bon funcionament. A més de les necessitats de seguretat (evident en el cas d'existència de videocàmeres), també n'hi ha d'altres raons justificatives de la limitació o prohibició d'ús d'indumentària anonimitzadora com per exemple, l'edat, el sexe, la higiene o el bon ordre del servei.
- e) Hi ha diferents opcions normatives per introduir la repetida limitació. Tanmateix, s'ha de tenir present que la regulació del règim estatutari dels usuaris i el funcionament dels serveis correspon als reglaments dels serveis o a les normes internes específiques com els reglaments de règim interior dels centres docents l'aprovació dels quals correspon als respectius centres en el marc de la normativa de la Generalitat.
- f) L'Alcaldia pot ordenar als serveis i ens instrumentals municipals que duguin a terme les actuacions necessàries per a elevar a l'òrgan competent una proposta de modificació de les condicions d'accés i permanència que prevegi expressament la impossibilitat d'accedir-hi

amb indumentària anonimitzadora que impedeixi la normal comunicació i identificació dels usuaris.

Barcelona, 10 de juny de 2010

Manuel Mallo Gómez
Director de l'Àrea de Règim Jurídic

Joan Manel Abril Campoy
Director dels Serveis Jurídics