

El debate sobre el uso de los espacios públicos, ¿andar por la calle desnudo o con la cara tapada?

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. INTRODUCCIÓN.—II. EL USO DE LOS ESPACIOS PÚBLICOS.—2.1. Regulación administrativa de los bienes.—2.2. El papel de la ley.—2.3. El universo de las ordenanzas municipales.—2.4. ¿Incidencia sobre la forma de vestir?—III. LA OPCIÓN DE CAMINAR CON LA CARA TAPADA.—3.1. La problemática del ocultamiento del rostro. El ejemplo de la Ordenanza Municipal de Lérida y la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2013.—3.2. La proyección europea: La Ley francesa prohibiendo el ocultamiento del rostro y la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “S.A.S. c. Francia”, de uno de julio de 2014.—IV. LA OPCIÓN DEL DESNUDO.—4.1. El debate sobre el nudismo en público. Un expresivo testimonio europeo: el caso de “the naked Rambler” (el excursionista desnudo) y la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Gough c. Reino Unido”, de 28 de octubre de 2014.—4.2. También en España interesa el problema: la Ordenanza Municipal de Barcelona y la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2015.—V. REFLEXIÓN FINAL.

RESUMEN

¿Qué está permitido hacer en la calle? En concreto, el debate sobre el desnudo público y sobre el ocultamiento de la cara. La tensión entre la libertad y la protección de los derechos de terceros.

PALABRAS CLAVE: Derechos de terceros, espacios públicos, nudismo, ordenanzas municipales, velo integral.

* Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid.

ABSTRACT

Must be allowed to walk naked or with the face hidden across the city? The limits of human rights: the protection of the rights of others.

KEYWORDS: *nikab, protection of the rights of others, public nudity, public streets.*

I. INTRODUCCIÓN

1. Me viene interesando últimamente la problemática del especial significado de los espacios públicos, tan decisivos para la vida en sociedad, en los que importa asegurar una correcta convivencia entre los tan variados como numerosos usuarios¹. Parto de la base de que el panorama está presidido por el canon de libertad, arraigado con energía en nuestro sistema constitucional desde la Carta Magna de 1978 y reforzado luego por los instrumentos europeos que nos presiden. Canon de libertad que ha de propiciar sin falta una pluralidad de respuestas, en un mundo tan rico en sugerencias, deseos, aspiraciones, incitaciones personales, hábitos de vida, prácticas que se generalizan, y ello sin contar el permanente reflejo en la sociedad de tantas experiencias que se manifiestan a lo largo del ancho mundo. A su vez, la intensidad y movilidad que caracteriza hoy a nuestro sistema de vida, las innovaciones técnicas para los desplazamientos, a lo que se une la abundante presencia de extranjeros, no pocos, turistas, de permanencia temporal limitada –y, en general, respetuosos con los hábitos del país–, pero también, los que por tan variadas razones vienen a instalarse –ya sea buscando trabajo o una mejora de las condiciones de vida–, con sus hábitos y costumbres, a veces tan distintos de los habituales, todo ello unido al señalado impulso de la libertad que puede sugerir tan diversos tipos de comportamientos, va a hacer que si lo normal sea la compatibilidad de respuestas, a veces la convivencia aparezca marcada por tensiones y enfrentamientos, lo que hará, como me gusta recalcar, que el espacio público deba ser considerado con tanta frecuencia como un “bien escaso”. Bien escaso que, por eso mismo, ha de reclamar criterios de utilización y de reparto, así

¹ El presente trabajo desarrolla y complementa la ponencia que desarrollé en Lérida el 23 de octubre de 2014, con motivo de unas Jornadas pluridisciplinares sobre el uso de las vías públicas, y que bajo el título *Derechos fundamentales y vía pública*, ha de aparecer en breve en la “Revista Andaluza de Administración Pública”, núm. 91, 2015, y, en su día, en el volumen colectivo que reúna las diversas intervenciones de aquellas jornadas, “Uso y control del espacio público: viejos problemas, nuevos desafíos”, Aranzadi, 2015. Al interés por determinados aspectos de aquella problemática, como el uso de vestimentas señaladas, se deben mis trabajos, *Los ayuntamientos y el régimen jurídico de atuendos y vestimentas*, “Anuario del Gobierno Local”, 2010, pp. 341 ss.; el capítulo noveno de mi libro *Estudios sobre libertad religiosa*, titulado “Los atuendos de significado religioso según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Reus, Madrid, 2011, pp. 201 ss.; así como, algo antes, el capítulo dedicado a “El problema del velo islámico” en mi libro *La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas. Un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad religiosa*, 2.ª edición, Cuadernos Civitas, Madrid, 2007, pp. 57-90.

como, en tal caso, garantías para el correcto funcionamiento. Pesa mucho, como digo, el énfasis del criterio de libertad.

2. A su vez, he cuidado de recalcar, en una línea que me parece decisiva para el mejor afianzamiento de la democracia, que la fuerza atractiva de la libertad no debe hacernos olvidar que derechos y libertades no son valores absolutos: tienen cada uno su confín y han de respetar con frecuencia una serie de límites e injerencias. Entre los que aparecen algunos como la seguridad pública, la sanidad, el orden público, etc., presente siempre, en todo caso, la vieja y arraigada regla —que hoy recalcan con insistencia las diversas regulaciones—, del respeto a los derechos de los demás. De ahí que surjan una serie de interrogantes que habrá que abordar sin falta. Cuando hablo de espacios públicos concretaría que me estoy refiriendo a los bienes de dominio público, municipal, provincial, autonómico o estatal, abiertos al uso común, como caminos, calles, plazas, parques y jardines, las playas y la zona marítimo terrestre, etc., como también aquellos lugares sede de los servicios públicos en sentido amplio abiertos al uso indiscriminado de los ciudadanos, como las estaciones de transporte, bancos, grandes almacenes, lugares de espectáculos, sin perjuicio de que en estos últimos haya que observar algunos requisitos —objetivos y al alcance de todos, como sacar entrada—.

3. Penden, en efecto, interrogantes como los siguientes: ¿Habrá que tolerar cualquier tipo de uso, contando con una especie de autorregulación espontánea? Es decir, ¿estará permitido hacer cualquier cosa en los espacios públicos? ¿Se puede regular el espacio de modo que con un reparto de los tiempos se hagan compatibles diversas actividades? Más aún, ¿habría actividades que deberían quedar prohibidas? En caso de prohibición, ¿resulta legítimo sancionar las actividades contempladas para así incentivar a asegurar el debido respeto? ¿A quién incumbirá la supervisión de lo que acaezca en dichos espacios públicos?

4. Pero la experiencia evidencia que no funciona el autocontrol y la espontaneidad. De ahí, la importancia de la regulación y del reparto. Aparte de que hay usos incompatibles con las aspiraciones de convivencia propias de cada época y cada sociedad, por lo que deberán ser prohibidas. Lo que exigirá a su vez la correspondiente vigilancia, así como la puesta en marcha de las medidas disuasorias necesarias, que pueden traducirse incluso en sanciones.

II. EL USO DE LOS ESPACIOS PÚBLICOS

2.1. Regulación administrativa de los bienes

5. En esta concatenación de razonamientos viene al caso recordar, como ya he tenido ocasión de estudiar en otra ocasión, la funcionalidad de la regulación administrativa que afirma el carácter de dominio público de los más significativos de esos espacios públicos, recalcándose la propie-

dad de la correspondiente Administración Pública, lo que llevará implícitas importantes competencias de gestión si bien, como es regla general, las potestades derivadas de la propiedad hayan de convivir en ocasiones con la competencia de otras Administraciones. Como norma de aplicación general vinculante para todas las Administraciones –de modo que se incluya tanto a la Administración General del Estado como a las autonómicas y a las locales–, destaca especialmente el artículo 6 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, la 33/2003, de 5 de noviembre, en el que, presidido por el rótulo “Principios rectores de los bienes y derechos de dominio público”, se dispone: “La gestión y administración de los bienes y derechos demaniales por las Administraciones Públicas se ajustarán a los siguientes principios: (...) c) Aplicación efectiva al uso general o al servicio público, sin más excepciones que las derivadas de razones de interés público debidamente justificadas. / d) Dedicación preferente al uso común frente a su uso privativo. / e) Ejercicio diligente de las prerrogativas que la presente Ley u otras especiales otorguen a las Administraciones Públicas, garantizando su conservación e integridad”.

Otra muestra destacable, aunque afecte a un sector específico, bien que de gran trascendencia, es la que ofrece el artículo 31.1 de la Ley de Costas, la 22/1988, de 28 de julio, tantas veces reformada, si bien no en este punto –afectando, recuérdese, a lo que según el artículo 132.2 de la Constitución (en adelante, CE), son “bienes de dominio público estatal”–, cuando indica: “La utilización del dominio público marítimo terrestre y, en todo caso, del mar y su ribera será libre, pública y gratuita para los usos comunes y acordes con la naturaleza de aquel, tales como pasear, estar, bañarse, navegar, embarcar y desembarcar, varar, pescar, coger plantas y marisco y otros actos semejantes que no requieran obras e instalaciones de ningún tipo, y que se realicen de acuerdo con las leyes y reglamentos o normas aprobadas conforme a esta ley”.

Una tercera referencia, para concluir la exposición, me lleva a la regulación de los bienes de las corporaciones locales, de donde proceden en gran medida los criterios que hemos encontrado en las dos normas anteriores, personalizándola ahora en el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, R.D. 1372/1986, de 13 de junio. En su artículo 75 se recoge el tradicional criterio² de que se considerará uso común, “el correspondiente por igual a todos los ciudadanos indistintamente de modo que el uso de unos

² Recuérdese que tales conceptos ya estaban en la anterior versión del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, D. de 27 de mayo de 1955, cuyo artículo 59 vale la pena reproducir dada la precisión de sus conceptos: “En la utilización de los bienes de dominio público se considerará: / 1.º Uso común el correspondiente por igual a todos los ciudadanos indistintamente, de modo que el uso de unos no impida el de los demás interesados, y se estimará: / a) general, cuando no concurren circunstancias singulares, y / b) especial, si concurrieran circunstancias de este carácter por la peligrosidad, intensidad del uso o cualquiera otra semejante. / 2.º Uso privativo, el constituido por la ocupación de una porción del dominio público, de modo que limite o excluya la utilización por los demás interesados. / 3.º Uso normal, el que fuere conforme con el destino del dominio público a que afecte. 4.º Uso anormal, si no fuere conforme con dicho destino”.

no impida el de los demás interesados” (apartado primero), mientras que, por el contrario, será uso privativo “el constituido por la ocupación de una porción de dominio público de modo que limite o excluya la utilización por los demás interesados” (ap. 2). Con la característica de que el uso privativo, como principio, estará sujeto a concesión administrativa (art. 78.1.a). Quedando en medio el supuesto de uso común especial, caracterizado por su intensidad, que se sujeta a licencia (arts. 75.1.b, y 77.1). Siendo de destacar la gran regla del artículo 76, de acuerdo con el cual, “El uso común general de los bienes de dominio público se ejercerá libremente con arreglo a la naturaleza de los mismos, a los actos de afectación y apertura al uso público y a las leyes, reglamentos y demás disposiciones generales”³.

6. Del análisis de estas regulaciones se pueden extraer algunas conclusiones del mayor interés.

a) Se refleja claramente el canon de libertad señalado y de ahí que, como punto de partida se ponga énfasis en el uso libre de los bienes: “se ejercerá libremente”, “la utilización será libre”. Se consagra así esta regla de gran trascendencia en la práctica: libertad para andar y caminar por la calle, para sentarse en los bancos, para correr por los parques, para ir en bicicleta por la calzada, para tumbarse en la playa, para nadar en el mar, y así, en principio, una larga lista de alternativas.

b) A su vez, y como reflejo del criterio de libertad, preferencia en principio del uso común –“dedicación preferente al uso común”, libertad “para los usos comunes”–, y sólo excepcionalmente, y por causas justificadas, otras modalidades, como el uso privativo. Importancia así de que el uso de los unos no excluya o limite el uso de los demás. Lo que afecta no sólo a los usos especiales o privativos formalmente considerados como tales –formalizados así como regla a través del correspondiente permiso o concesión–, pero también para cualquier otra alternativa *informal* que *de hecho* implique tales restricciones.

c) Ahora bien, esa libertad y amplitud de uso se enmarca necesariamente en el respeto de determinados requisitos que paso a exponer a continuación, todos y cada uno de ellos de gran significado.

d) Me parece de gran alcance la precisión de que el uso de los bienes habrá de hacerse “con arreglo a la naturaleza de los mismos”. Ciertamente habrá que interpretar en cada caso que es lo que supone esa “naturaleza” de los bienes, pero entiendo que es criterio que en la práctica puede desempeñar un papel destacado. Así, la playa ocupada por bañistas un caluroso día de verano, no es lugar para dar un paseo a caballo, del mismo modo que el espacio acotado del parque donde hay juegos para niños pequeños, que probablemente caerán al suelo en más de una ocasión –columpios, toboganes, redes para trepar, etc.–, no es espacio para perros.

³ El precepto es reproducción literal del artículo 60 de la anterior versión de 1955 del Reglamento de Bienes.

e) A su vez, habrá que tener en cuenta “los actos de afectación y apertura al uso público”, que resultarán determinantes a la hora de admitir unas opciones y excluir otras. Si un tramo de una calle, vía o camino se abre al tráfico y circulación, es obvio que resulta incongruente que alguien pretenda instalarse para dormir allí.

f) De gran trascendencia es la remisión a lo que dispongan las normas aplicables, con esa triple referencia a leyes, reglamentos y demás disposiciones que, como enseguida paso a indicar, han de predeterminar en gran medida la amplitud y características del uso de los bienes públicos.

g) Muy presente siempre la responsabilidad del titular del espacio público para proceder a su supervisión, vigilancia y defensa: “ejercicio diligente de las prerrogativas que la presente Ley u otras especiales otorguen a las Administraciones públicas, garantizando su conservación e identidad”. Entiendo que no se trata sólo de la integridad de los bienes, sino también de la defensa de su funcionalidad y del cuidado para que se respete su naturaleza y la concreta afectación.

2.2. El papel de la ley

7. De gran alcance, como decía, la remisión a las diversas normas que concretarán y matizarán exigencias en el uso de los bienes públicos, entre ellas, ante todo, “la ley”. En efecto, al regular los derechos fundamentales que se desarrollan en los espacios públicos, la ley correspondiente suele contener minuciosas reglas para asegurar la efectividad del derecho y que, obviamente, pueden afectar a otros hipotéticos usuarios. Expondré así una muestra de tres leyes específicas, para cerrar este punto con dos referencias finales, primero a una importante ley que al proteger un valor muy destacado va a imponer limitaciones significativas en el uso de las vías públicas y, en segundo lugar, a una decisiva ley con vocación de generalidad, cuajada así mismo de reglas de gran impacto.

8. La Ley que regula el derecho a la intimidad, la 1/1982, de 5 de mayo, contiene la disparatada regla que ha sido a su vez interpretada de manera despiadada por periodistas y fotógrafos desaprensivos, de que en los “lugares abiertos al uso público” —además de en los “actos públicos”—, es libre e ilimitada la toma de fotografías —y su reproducción—, tratándose de personas con notoriedad o que ejerzan un cargo público (art. 8.2.a). Y digo “disparatada regla” porque también las personas notables tienen un cierto derecho a la intimidad⁴ y no se ve lógico que cualquier posible salida a la calle, aún las más normales y cotidianas, abra la veda para una persecución despiadada y sin límites de dichas personas.

⁴ Me remito a mi trabajo, ¿Tienen derecho a la intimidad las personas famosas? (El asunto “Carolina de Mónaco”, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de junio de 2004, visto desde la perspectiva española), en “Administración y Justicia. Liber Amicorum Tomás Ramón Fernández”, Civitas, 2012, vol. II, pp. 2967-2995.

9. Desde otra perspectiva bien diferente, la Ley que regula el derecho de reunión⁵, la Orgánica 9/1983 de 15 de julio, contiene minuciosas reglas para asegurar que las manifestaciones y las reuniones en lugares de tránsito público funcionen con normalidad, tratando de asegurar y proteger la plenitud del ejercicio del derecho desde una especial “reserva” a su favor de las vías públicas correspondientes, que el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) ha interpretado de manera muy generosa. Al margen de que dichas alternativas no autorizan “cualquier cosa”: el derecho de manifestación no otorga una libertad absoluta de disposición de la calle, debiendo también los manifestantes observar unas reglas de respeto a los derechos de terceros.

10. Por su parte, y con significado similar, la Ley sobre libertad religiosa, la Orgánica 3/1980, de 5 de julio, ha cuidado de asegurar que la libertad religiosa y de culto implica el derecho a “reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos” (art. 2.1.d), lo que se traducirá a veces en una utilización cualificada de las vías públicas, con la protección inherente. Poco hay que decir al respecto en un país en que cuentan con tanto arraigo y popularidad las variadas y tan diversas “procesiones” de la Iglesia Católica, en tan gran medida asumidas y celebradas por los no creyentes, y en el que poco a poco van apareciendo otras variantes de presencia religiosa en las calles.

11. Significativas matizaciones acerca del libre uso de las vías públicas –aunque no sólo sobre ellas–, va a ofrecer, desde una perspectiva colateral, la Ley del Ruido, la 39/2003, de 17 de noviembre, siguiendo muy de cerca las exigencias y orientaciones del Derecho europeo. Preocupa profundamente el deterioro que implica la contaminación acústica, más si se tiene en cuenta la tan arraigada costumbre en la sociedad española de educar para la irresponsabilidad. De ahí que la Ley establezca severas reglas para marcar topes acústicos con carácter general –que afectan también, sin duda, al ámbito privado de instalaciones, fábricas, edificios, etc.–, pero también se parte de una minuciosa distribución de los espacios públicos, que implicará necesariamente restricciones de las actividades que puedan causar contaminación acústica. Contempla así la Ley con detalle una serie de figuras, como los mapas de ruido, planes de acción en materia de contaminación acústica, zonas de protección acústica especial, delimitación de zonas tranquilas, etc., siendo de destacar el protagonismo que ha querido otorgarse a los ayuntamientos a través de la correspondiente ordenanza municipal (art. 6). En general, como digo, la metodología se traduce en significativas restricciones en cuanto el uso de los espacios públicos pueda afectar a la contaminación acústica por encima de los límites previstos.

La Ley, que por cierto es difícil y compleja, se completa con un capítulo final, en el que, para que lo anterior no quede en letra muerta, se contemplan las labores de inspección, así como un amplio elenco de infracciones, sanciones y medidas provisionales. Debo decir, sin embargo, que si no han

⁵ He estudiado con detalle su contenido y efectos en mi trabajo, *Derechos fundamentales y vía pública*, cit.

faltado medidas y autoridades diligentes, en general, la situación, a los doce años de la entrada en vigor de la Ley, es muy poco satisfactoria y falta, lo primero, una concienciación general, por lo que debería haberse comenzado, y sobre lo que bien poco se ha hecho. No se quiere educar para el respeto, y sin un respeto asumido por los ciudadanos bien poco puede hacerse. Es curioso que la operación que tantos ayuntamientos han fomentado recientemente de instalar veladores y terrazas en las plazuelas más recoletas y tranquilas –tanto en verano como en invierno, dándose paso así a las más variadas formas de “calefacción”–, en lugar de imponerse con cuidado y moderación, para respetar el encanto tradicional de los espacios, se ha llevado a cabo sin tomar ninguna precaución, lo que se ha traducido en un notable y desconsiderado incremento del ruido, con el consiguiente deterioro de los ambientes placenteros.

Para concluir este punto, y ya que escribo en pleno verano, no quiero dejar de llamar la atención sobre un fenómeno reciente, muy molesto y sobre el que parece no haberse tomado medidas adecuadas. Traslado ahora al lector al paisaje de tantos pueblos y ciudades de España al borde del mar, uno de los grandes encantos de nuestro país. El uso del mar es libre, como se recordaba más arriba, pero como también se decía, tiene que haber reparto y límites: no deberían atracar los yates de recreo al borde mismo de la playa, molestando a bañistas y nadadores, con sus movimientos, con sus motores o con la peste de sus gasolinas. Reglas hay, y no falta quien se las toma en serio, tanto usuarios como autoridades, pero no son pocas entre éstas las que se caracterizan por la pasividad más absoluta frente a los desaprensivos, lo que se traduce en clara indefensión de los sufridos bañistas.

Pero a lo que iba, hablando del ruido: debe ser muy apetecible que quien tenga los cuatro mil euros que deben costar, se pueda comprar una moto de agua –por supuesto mucho más baratas en el mercado de segunda mano–. Sabido es que uno de los encantos del mar es su “paisaje sonoro”, manifestado en mil silencios y en mil rumores, sobre todo el chapotear de las olas más aquí o más allá, los graznidos de las gaviotas, el sonido de los remos, o de las velas, o esas voces lejanas que llegan amortiguadas. Una única moto, marchando a toda velocidad, como suelen, con el rosario de idas y venidas, giros y revueltas, puede arruinar del todo el paisaje sonoro del mar, dando presencia sólo al estrépito que produce el chico de la moto.

Sin duda, como se viene sosteniendo, es muy importante el libre uso de la mar, pero no debería olvidarse que no es en absoluto legítimo que el placer de una sola persona destruya lo que tantos buscan al acercarse al mar: el respeto a los derechos de los terceros debería hacerse presente sin falta. En cambio, está muy generalizada la pasividad más absoluta y nadie defiende a las pacíficas personas que pretenden disfrutar con el mar. En absoluto importaría el uso desenfrenado de una moto en alta mar, pero parece que eso no sirve, lo que cuenta es hacerse ver y, de paso, molestar a los demás.

12. Cerraré la referencia a la ley con una mención a la reciente Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana, la Orgánica 4/2015, en la que, desde la óptica de la protección de los derechos fundamentales y de la

convivencia, se incluyen numerosas previsiones que afectan al normal uso de las vías públicas. Se recalca que uno de los fines de la Ley lo constituye el asegurar “La pacífica utilización de las vías y demás bienes demaniales y, en general, espacios destinados al uso y disfrute público” (art. 3.f). Contemplándose numerosas modalidades de actuación, como la posibilidad de que los agentes puedan “limitar o restringir la circulación o permanencia en vías o lugares públicos y establecer zonas de seguridad” (art. 17.1), así como “establecer controles en las vías, lugares o establecimientos públicos” (art. 17.2). Del mismo modo que, desde la vertiente sancionadora, se va a conceder señalada importancia a las sanciones para proteger las vías y establecimientos públicos (aunque no omitiré mis críticas severas por el desproporcionado monto de tantas de ellas). En este sentido, del artículo 35, que enumera las infracciones muy graves, se pueden destacar dos de los apartados. Según el número uno, las reuniones o manifestaciones no comunicadas o prohibidas en infraestructuras o instalaciones en las que se presten servicios básicos para la comunidad o en sus inmediaciones, así como la intrusión en los recintos de éstas, incluso su sobrevuelo, cuando en cualquiera de los supuestos se haya generado un riesgo para la vida o la integridad física de las personas”. Según el apartado tres, también se considera infracción, “La celebración de espectáculos públicos o actividades recreativas quebrantando la prohibición o suspensión ordenada por la autoridad correspondiente por razones de seguridad pública”.

Por su parte, el artículo 36 que enumera las infracciones graves, ofrece también destacados ejemplos de conductas relacionadas con la utilización de los espacios públicos. Así, en el apartado dos se alude a “La perturbación grave de la seguridad ciudadana que se produzca con ocasión de reuniones o manifestaciones frente a las sedes del Congreso de los Diputados, el Senado y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas”. Lógica protección de las sedes de la soberanía nacional, que permite recordar las interesantes reflexiones de Fernando Sainz Moreno sobre las manifestaciones junto al Parlamento⁶. En el apartado ocho se aborda otra vertiente, de gran importancia también, cubriéndose otro flanco destacable, al considerarse sancionable “la perturbación del desarrollo de una reunión o manifestación lícita”.

¿Se admitirá el comercio en las vías públicas? Muchos ejemplos avalan la respuesta positiva, aunque sólo sea pensando en tantos mercados en calles y plazas, pero no sólo con puestos y tenderetes, sino a veces muy importante comercio de productos agrícolas que se realiza de palabra en plena calle sin que aparezcan para nada los productos. La pregunta será: ¿cualquier comercio? Concluiré el muestreo con una aparentemente pintoresca referencia —aunque a veces tenga su tinte de patética—, que afecta a problema de gran trascendencia, y que evidencia una peculiar manera de utilizar la calle. Será también infracción grave —seguimos el propio precepto, aunque ahora sea

⁶ SAINZ MORENO, F., *Reuniones y manifestaciones ante la sede de los parlamentos*, “Cuadernos de Derecho Público”, núm. 15 (2002).

el apartado undécimo—, “La solicitud o aceptación por el demandante de servicios sexuales retribuidos en zonas de tránsito público en las proximidades de lugares destinados a su uso por menores, como centros educativos, parques infantiles o espacios de ocio accesibles a menores de edad...”. Es decir, la prostitución en plena calle, que tanto se ha generalizado en algunas ciudades⁷. También se modula el uso de la calle por parte de las personas que ofrecen los mencionados servicios, al disponer el párrafo segundo del apartado nueve que, “Los agentes de la autoridad requerirán a las personas que ofrezcan estos servicios⁸ para que se abstengan de hacerlo en dichos lugares, informándoles de que la inobservancia de dicho requerimiento podría constituir una infracción del párrafo seis de este artículo [desobediencia o resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones]”.

En resumen, que la selección que he aportado evidencia el tan destacado papel de la ley, desde sus más variadas especialidades, a la hora de moldear y matizar el uso de los espacios públicos.

2.3. El universo de las ordenanzas municipales

13. Por importante que sea el papel que desempeñan las prescripciones de la ley, no sólo las que he referido sino muchísimas otras, con tan enorme incidencia en la vida real desde su ámbito concreto, no cabe olvidar el gran juego que en el día a día desempeñan las ordenanzas municipales, concretando y desarrollando aquellas, completando los mil detalles accesorios y necesarios o supliendo las abundantes lagunas, sin perjuicio de los ajustes competenciales introducidos por la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, la 27/2013. Al fin y al cabo, los municipios —¡tantos miles!—, presencia más próxima del Estado en la vida de los ciudadanos, propietarios de gran parte de las vías públicas, son en gran medida los responsables de su buen funcionamiento y de su supervisión. Lo que lleva a destacar sin falta el protagonismo que están llamadas a desempeñar estas sencillas normas municipales, de tan fácil disposición, aprobadas por el órgano plenario y representativo de cada ayuntamiento, si bien a través de un procedimiento de elaboración que se pretende participativo, tan presentes por lo dicho en la vida cívica de cada día. Y es que, en efecto, las ordenanzas vienen asumiendo tradicionalmente la regulación de numerosas actividades, con gran influencia sobre la vida de los ciudadanos. A la vista de ello, y no sin un cierto debate doctrinal, se defendió que debían tener vedada su entrada para incidir por sí mismas, en una vertiente decisiva, y de gran trascendencia, cual es la sancionadora, como recientemente —luego se verá—, se ha planteado lo mismo para incidir en el ámbito de los derechos

⁷ Y surge una duda: ¿si se prohíbe en ciertos lugares es como si se estuviera asumiendo que se autoriza con carácter general?

⁸ Adviértase que la expresión es intencionadamente genérica por lo que obviamente se refiere a personas de ambos sexos.

fundamentales. El debate se cerraría cuando el Tribunal Constitucional vino a exigir la presencia de una ley habilitadora para disponer en el ámbito sancionador⁹. Tal es el criterio introducido por la sentencia 132/2001, de 8 de junio, en relación con multa que había impuesto el Ayuntamiento de Madrid a un taxista desaprensivo. Hoy, las leyes sectoriales tratan de incluir esa previsión habilitadora –como ya se venía haciendo en algún sector–. Aludiré así a dos ejemplos significativos que nos trasladan al ámbito del *ruido* y del *tráfico*, pero a la par se buscó ocasión propicia para hallar una fórmula de habilitación general para los supuestos específicos que corresponden a la competencia municipal, llevándola a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local (en adelante, LRBRL).

14. En efecto, la mencionada Ley del Ruido, prevé expresamente en su artículo seis, como ya se indicó, que “Corresponde a los ayuntamientos aprobar ordenanzas en relación con las materias objeto de esta Ley...”. Luego, a lo largo del articulado, la propia Ley incluye diversas atribuciones destacables. Así, como cuando el artículo 28.5, prevé que “Las ordenanzas locales podrán tipificar infracciones en relación con: a) El ruido procedente de usuarios de la vía pública en determinadas circunstancias. b) El ruido producido por las actividades domésticas o los vecinos, cuando exceda de los límites tolerables de conformidad con los usos locales”. O, cuando el artículo 30.1.a), en relación con la “potestad sancionadora” establece que, sin perjuicio de las excepciones que se consignan a continuación, la imposición de las sanciones corresponderá con carácter general a los ayuntamientos. De esta manera, queda cuidadosamente afianzada una amplia presencia municipal en la gestión y control del uso de los espacios públicos en lo referente al ruido.

15. Por su parte, en el importante ámbito del tráfico, el Texto articulado de la Ley de Seguridad Vial (R.D.L. 339/1990, de dos de marzo, modificado en tantas ocasiones), en su amplio artículo 7 sobre “Competencias de los municipios”, atribuye a éstos, remitiéndose a la Ordenanza Municipal de Circulación, muy amplias potestades para ordenar el tráfico en sus vías, determinando direcciones, restricciones, zonas de aparcamiento, medidas de estacionamiento limitado, etc., etc., y, sin falta, también, la denuncia y sanción de las infracciones que se cometan¹⁰.

16. Bien expresivos resultan los anteriores ejemplos de leyes sectoriales que vienen a habilitar decididamente a los ayuntamientos, dándose así cabida a la amplia respuesta que puedan albergar las ordenanzas municipales. Podrían citarse no pocos supuestos más en dicha dirección, pero ello no tiene sentido a los efectos del presente trabajo. En cambio, paso a referirme directamente a una bien intencionada previsión del legislador, decidido a

9 En mi citado trabajo, *Derechos fundamentales y vía pública*, me refiero a las interesantes aportaciones de JUAN PEMÁN GAVÍN y de JOAN MANUEL TRAYTER sobre el ámbito de las ordenanzas municipales, así como al reciente y renovador libro de JULIA ORTEGA BERNARDO, *Derechos fundamentales y ordenanzas locales*, Marcial Pons, Madrid, 2014, a los que ahora me remito.

¹⁰ Me remito a la importante monografía de TOMÁS CANO CAMPOS, *Las sanciones de tráfico*, 2.ª edición, Aranzadi, 2014.

habilitar a los municipios de manera global en relación con la amplia esfera de la competencia municipal sobre el uso habitual de los espacios públicos, la consecuente convivencia ciudadana, así como la protección de equipamientos, infraestructuras e instalaciones. Con lo que se quería afianzar una sólida habilitación para las ordenanzas, con su inherente secuela de imposición de “deberes, prohibiciones o limitaciones”, así como las necesarias sanciones derivadas del mal uso.

Se aprovechó la Ley 17/2003, de 16 de diciembre, sobre grandes ciudades, para introducir un nuevo título a la LRBRL, el XI y último, incluyendo la “tipificación de las infracciones y sanciones por las entidades locales en determinadas materias”, materias que, precisamente, como se dice en la exposición de motivos de la nueva Ley, tienen que ver con “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”.

La sentencia del TC había resultado, en efecto, exigente, para atender a la visión del principio de legalidad introducida por la Constitución, aunque también, como certeramente se destacó¹¹, una vez cumplida la exigencia de reserva legal, se daba paso a “un criterio de flexibilidad” a la vista del carácter representativo del pleno del ayuntamiento, que es quién aprueba las ordenanzas, además de que, “por estar presente el interés local existe un amplio campo para la regulación municipal”. Sin olvidar la impronta, aunque limitada real, del principio de autonomía municipal.

El precepto que abre el título, el artículo 139, ya es indicativo de la relación directa con la problemática que nos interesa, cuando indica: “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 contenidas en las correspondientes ordenanzas, de acuerdo con los criterios establecidos en los artículos siguientes”.

Llamo especialmente la atención, por lo que luego se verá, acerca del inicio tan expresivo de este precepto, que está predeterminando el alcance de toda la reforma: “para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local”, en fórmula del todo similar a la que se utiliza en la exposición de motivos: “y siempre en defensa de la convivencia ciudadana en los asuntos de interés local”. Resulta determinante, en suma, la faceta de la defensa de la convivencia ciudadana llamada a presidir la utilización de los espacios públicos.

Por su parte, las siguientes enumeraciones de la Ley abundan en referencias a la problemática de la utilización de los espacios públicos. Así,

¹¹ Véase LUIS MARTÍN REBOLLO, en la introducción al citado título XI, en sus *Leyes Administrativas*, 20.ª edición, Aranzadi, 2014, pp. 1367-8.

bien claramente, cuando entre las infracciones muy graves se incluye: “El impedimento del uso de un espacio público por otra u otras personas con derecho a su utilización” (art. 140.1.e). Igualmente, aunque de forma más genérica, la infracción que se contempla en la letra a) del mismo precepto: “Una perturbación relevante de la convivencia que afecte de manera grave, inmediata y directa a la tranquilidad o al ejercicio de derechos legítimos de otras personas, al normal desarrollo de actividades de toda clase conformes con la normativa aplicable a la salubridad u ornato público...”¹². Otra variante próxima la ofrece la referencia de la letra f) del propio artículo, a “Los actos de deterioro grave y relevante de espacios públicos o de cualquiera de sus instalaciones y elementos, sean muebles o inmuebles...”.

Resulta evidente que todas las infracciones tienen que ver con el uso –mejor, con el mal uso– de los espacios públicos. No hay duda de que los municipios quedan fortalecidos para introducir en sus ordenanzas reglas de funcionamiento y para tipificar muy diferentes infracciones referentes al uso de los espacios públicos. Lo que implica que están habilitados para regular, vigilar, inspeccionar y sancionar a fin de lograr la defensa del buen uso de dichos bienes públicos, en definitiva, para que no queden lesionados los derechos de terceros. Importa, en efecto, la defensa de los bienes y las secuelas económicas de las perturbaciones, pero ello no debe hacer olvidar que es la defensa de la convivencia ciudadana lo que orienta toda la regulación que, en definitiva, tiene muy presentes los derechos de los terceros.

17. Si penetramos así en el incommensurable mundo de las ordenanzas locales –o de otros instrumentos similares propios del poder municipal–, van a ser numerosísimas y bien diversas las previsiones que tienen que ver con el uso de los espacios públicos. Que consistirán tanto en órdenes y mandatos, en prohibiciones, o en meras opciones abiertas. Todo ello, completado con la encomienda de vigilancia y supervisión y, eventualmente, con la potestad sancionadora. Valgan algunos ejemplos que deparan unas u otras ordenanzas y que sonarán familiares: regulación de mercadillos y venta ambulante; instalación de terrazas de bares y restaurantes en plazas y aceras; obligación de barrer la acera delante de la casa o de limpiar la nieve; prohibición de tender ropa en las fachadas; prohibición de dormir en los bancos y en calles y parques; prohibición de concentraciones tipo “botellón”; prohibición –o autorización– de pisar los céspedes de parques y jardines; prohibición de lavar los coches en la calle; obligación de recoger los excrementos de los perros, o prohibición de llevarlos sueltos, o de llevarlos a los parques públicos; por supuesto, todas las previsiones en relación con el ruido, en línea con lo que antes se indicaba; hay también reglas que funcionan para determinadas horas, como no cantar en la calle por la noche, respetar el silencio en la hora de la siesta o fijar tiempos para la carga y descarga; peatonalización y selección de usos en determinados espacios, como

¹² Por cierto que a las razones sanitarias y de ornato me refería al criticar en mi citado trabajo, *Derechos fundamentales y vía pública*, la pasividad frente a determinadas ocupaciones irregulares de las calles y plazas, aún las más señaladas de la ciudad, montando un campamento para dormir.

por ejemplo reserva exclusiva para los peatones de aceras, plazas y parques (prohibiéndose bicicletas, patines, etc., o jugar a la pelota), y en esa línea todas las disposiciones conectadas con la regulación del tráfico (fijación de direcciones obligatorias, zonas de aparcamiento o de prohibición, de reserva a favor de los residentes o de limitación horaria) entre las que hay que contar la interdicción de señales sonoras, como las antiguas bocinas; a veces, la prohibición de hacer prácticas de conducir; todas las reglas derivadas de las previsiones urbanísticas; etc., etc.

Tantos de los supuestos enumerados son testimonio evidente de un esquema de tensión que se repite: de una parte, todas las opciones de libertad, ya sea la libertad, en general, o las libertades concretas, la de libre circulación, la libertad de expresión, etc. Pero de otra parte, la exigencia de defender los espacios públicos para garantizar la convivencia, los derechos de terceros, en suma, lo que se traduce en las obvias limitaciones: cantar, sí, ¡qué bien!, pero no a las tantas de la noche, a la hora de la siesta, o cuando se moleste; dormir, sí, ¿cómo no?, pero no en plena calle molestando a los demás; tocar las campanas, por supuesto, la tradicional ordenación del tiempo, pero sin abusar por lo extemporáneo de la hora o la insoportable intensidad de los sonidos. Y así, un muy largo etcétera.

2.4. ¿Incidencia sobre la forma de vestir?

18. Entre el rico conjunto de ordenaciones llegamos a un interrogante en el que me fijaré de manera especial: ¿puede ordenarse, restringirse o prohibirse el uso en la calle de determinadas prendas de vestir, o el no uso de ninguna? Aunque pudiera parecerlo, no es una mera elucubración, o una pregunta simplemente pintoresca, sino que es tema de la mayor actualidad, en España, en concreto, pero también en el más amplio ámbito europeo, prescindiendo ahora de lo que suceda, más allá, en el ancho mundo. Por más que, como siempre, no falten precedentes, que habrá que interpretar, por supuesto, a la altura de su propio tiempo.

19. En otra ocasión¹³ he recordado la que quizá sea más notable prohibición de la historia de España, la que introdujo en 1766 el ministro Marqués de Esquilache, que fuera persona de confianza de Carlos III, que lo había traído al venir de Nápoles, importante reformador introduciendo disciplina en el funcionamiento del Estado, y que osó desterrar el uso de la “capa larga y sombrero redondo”, para que se sustituyeran por “capa corta y sombrero de tres picos”, tratando de evitar, entre otras cosas, que se portaran armas camufladas. Llamo la atención sobre esta fórmula de desaconsejar una determinada vestimenta para impedir que se escondieran armas: luego me referiré a un supuesto similar. Conocido es el tumultuoso motín que estalló en la plaza madrileña hoy denominada de Antón Martín, que se prolongó los días 23 a 26 de marzo de 1766, que se expandiría por

¹³ En el citado trabajo, *Los ayuntamientos y el régimen jurídico de atuendos y vestimentas*.

diversas ciudades, y que hizo que el marqués hubiera de abandonar España rápidamente.

Especialmente pintorescos pueden parecer hoy los dos textos que reproduzco a continuación, una vez que el paso del tiempo nos hace olvidar las dramáticas circunstancias propias de la época. Comencemos por un documento aragonés. En los “Fueros emitidos por Don Jaime [II], Rey de Aragón, de Valencia, de Murcia y Conde de Barcelona, en las segundas Cortes que celebró en la ciudad de Zaragoza para los aragoneses, que fueron publicados el martes, quinto día de las nonas de Octubre, en el año 1301 desde el nacimiento del Señor”¹⁴, encontramos, bajo la rúbrica “*Que los sarracenos vayan sin melenas con el cabello cortado en redondo*”, el siguiente: “Debido a que los sarracenos en el reino de Aragón y Ribagorza no van señalados y van al modo de los cristianos, muchos escándalos y pecados han sido cometidos en numerosas ocasiones, puesto que a muchos de ellos no se les reconoce como a sarracenos. El señor Rey dispuso con la voluntad y beneplácito de la Corte que, desde la próxima fiesta de Todos los Santos en adelante, todos los sarracenos del reino de Aragón, La Ribagorza y la Litera, hasta el Clamor de Almacellas, de cualquier dueño que sean, paseen sin melenas, para reconocerlos como sarracenos, y no tengan oportunidad de cometer equivocaciones ni tampoco pecados. Y aquel que en adelante se le encuentre de otro modo, se le captura, y por cada vez que fuera capturado, pague al señor de aquel lugar en donde sea encontrado así cinco sueldos jaqueses. Y si no puede o no quiere pagar dicho dinero, soporte diez azotes como castigo”.

Por su parte, en la primera parte del Quijote, capítulo XXXVII, encontramos el siguiente texto: “Entró luego tras él, encima de un jumento, una mujer a la morisca vestida, cubierto el rostro, con una toca en la cabeza; traía un bonetillo de brocado, y vestido una almalafa, que desde los hombros a los pies la cubría”. En la edición del Instituto Cervantes, Galaxia Gutenberg, Círculo de Lectores, 2004, dirigida por Francisco Rico, se puntualiza en nota: “La vestimenta *a la morisca* había sido prohibida varias veces a lo largo del siglo XVI, por premáticas que fueron discutidas y que no siempre se cumplieron” (p. 481).

20. Pero no sólo la historia, también la actualidad de nuestro tiempo. Es tema que preocupa en no pocas de nuestras ciudades y pueblos, la reciente aparición de mujeres que, al parecer por razones religiosas, circulan con la cara prácticamente tapada. Se ha iniciado un debate público e, incluso, algunos municipios modificaron recientemente sus ordenanzas para prohibir en el ámbito de los servicios municipales que se llevara la cara tapada, incluyéndose varias opciones, como pasamontañas, pero, de manera especial, el burka o el nikab. Tal es el caso, entre otros, de Lérida, cuya nueva ordenanza, entendiendo que restringía las opciones de libertad religiosa

¹⁴ Tomado de PASCUAL SAVALL Y DRONDA y SANTIAGO PENEN Y DEBESA, *Fueros, observancias y actos de Corte del Reino de Aragón*, [Zaragoza 1866], tomado de la edición facsímil editada por el Justicia de Aragón, Zaragoza, 1991, III, p. 282.

de las mujeres afectadas, fue descalificada por la sentencia del TS, de 14 de febrero de 2013, al entender que se había producido ausencia de soporte legal para incidir en la libertad religiosa.

En el otro extremo: ¿y si alguien se siente tentado de emular a lady Godiva, y no se trata de comer bombones de chocolate, sino de andar desnudo por la calle? No es cuestión de imaginación calenturienta o de fantasía, sino tema de la máxima actualidad, que está conociendo un cierto debate público y que, por citar una muestra, nos lleva a la discusión en torno a la prohibición de andar desnudo por la calle, o en traje de baño (salvo, en este último caso, en la proximidad de la playa), introducida en la Ordenanza por el Ayuntamiento de Barcelona. La prensa se ha hecho amplio eco del caso dado que la Ordenanza fue impugnada por dos asociaciones y una organización política que defendían el nudismo, terminando el asunto en el TS, que zanjó el asunto a través de la reciente sentencia de 10 de marzo de 2015, defendiendo la corrección de la prohibición introducida por la Ordenanza.

Dos interesantes sentencias del TS que vale la pena estudiar y comparar, dado el significado aparentemente contradictorio de ambas ante situaciones de cierta similitud. Pero no acaba ahí la cosa, dado que entra de lleno la perspectiva europea. Con muy escasas semanas de diferencia, bien recientemente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), se ha pronunciado sobre dos asuntos en los que se planteaban las dos opciones polémicas que acabo de mencionar. La sentencia —de la Gran Sala— “S.A.S. c. Francia”, 1.VII.2014, ha tenido ocasión de enjuiciar a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁵, la reciente Ley francesa que, con carácter general, y salvo las obvias excepciones, prohíbe circular por las calles con la cara tapada. Semanas después, la sentencia “Gough c. Reino Unido”, 28.X.2014, estudia el caso de Mr. Stephen Peter Gough, que cree que el cuerpo humano es algo hermoso, por lo que asume, sin que haya ninguna connotación sexual, que es legítimo andar desnudo por la calle, cosa que él practica. ¡Y así le ha ido!

Curioso contraste, caminar desnudo, caminar demasiado tapado. A pesar de la aparente contradicción se trata, en ambos casos, de un esquema jurídico del todo similar. Aparece así la tensión a que antes me refería, entre las opciones de la libertad y las exigencias de la convivencia ciudadana, que se manifiesta en la fórmula por la que se ha decantado la ordenanza municipal en cada caso. Una interesante situación límite en ambos supuestos, que el derecho está llamado a resolver y que, podemos adivinar, ha de suponer, como es obvio, que habrá quien tendrá que sufrir alguna limitación en el ejercicio de su derecho, dado que, como dijimos, los derechos no son absolutos sino que conocen restricciones e injerencias.

¹⁵ Me refiero al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, del Consejo de Europa, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Es, como se sabe, el texto por el que se rige el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y se citará como el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Convenio o, simplemente, CEDH.

III. LA OPCIÓN DE CAMINAR CON LA CARA TAPADA

3.1. **La problemática del ocultamiento del rostro. El ejemplo de la ordenanza de Lérida y la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2013**

21. Comencemos por la opción de caminar por la ciudad con la cara tapada. Preocupación general, decía, en parte de Europa y, en concreto, también en España. Debate en la opinión pública pero, incluso, reflejo en algunas ordenanzas municipales. Por centrar nuestra atención, podemos fijarnos así en el acto de aprobación por el Pleno del Ayuntamiento de Lérida, el 8 de octubre de 2010, de la modificación de tres artículos de la Ordenanza Municipal de Civismo y Convivencia. Lo más significativo de la innovación, sintetizando ahora su contenido, sería lo que expresa el párrafo primero del nuevo artículo 26.2: “La normativa reguladora de los servicios y del uso de los edificios y equipamientos municipales [la fórmula del nuevo artículo 27.9, hablaba, con fórmula aparentemente mucho más amplia, de “Acceder o permanecer en los espacios o locales destinados al uso o servicio público”], (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 u accesorios que impidiesen o dificultasen la identificación y la comunicación visual de las personas”. Simultáneamente se modificaban diversos Reglamentos municipales para adecuarlos a la nueva redacción de la Ordenanza¹⁶.

Como se advertirá, la expresión utilizada se caracteriza por un cierto tono de generalidad, incluyendo diversas opciones, referido genéricamente a “las personas”, lo que implica que la medida afectará tanto a hombres como a mujeres. Con todo, se entendió que la norma estaba expresamente dirigida a las mujeres musulmanas que portan el burka o el nikab. De ahí que una organización vinculada a ellas –la “Asociación Watani por la Libertad y la Justicia”–, la impugnara ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa alegando violación de la libertad religiosa así como del principio de igualdad, rechazándose la competencia municipal para adoptar tal medida y recalcando la ausencia de una ley que habilitara la adopción de tal prohibición.

22. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia (en adelante, TSJ) de Cataluña suspendió cautelarmente la medida tras la interposición del recurso, pero cuando se llegó a fallar sobre el fondo, la sentencia de 7 de junio de 2011 estimó acertada la medida, recha-

¹⁶ Dejo constancia escrita, por lo que luego se dirá, de la modificación introducida en el párrafo segundo del artículo 21 del Reglamento del Servicio de Transportes de Viajeros, que pasaría a expresar: “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 acreditación de la personalidad de los beneficiarios y comprobar la concordancia con las fotografías de los titulares de transporte. Ningún usuario podrá hacer uso de estas tarjetas si se niega a identificarse para hacer estas comprobaciones”.

zándose el recurso. Se trata de una sentencia muy ponderada y razonable, y acertada en mi opinión, con abundante apoyo jurisprudencial –tanto del TS como del TEDH–, que estimaría suficientes para sostener la competencia municipal, así como el contenido de la medida, los artículos 139 y 140 LRRL, antes referidos, a la luz de la jurisprudencia europea.

23. La sentencia sería recurrida en casación por la asociación indicada, dándose lugar a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección séptima), del TS, de 14 de febrero de 2013, en el recurso n.º 4118/2911, y de la que fue ponente el magistrado Vicente Conde Martín de Hijas. Se trata de una sentencia muy elaborada y muy equilibrada, muy académica, con un minucioso planteamiento de datos ilustrativos, y con muy amplias referencias de la jurisprudencia del propio TS, del TC y del TEDH. Es bien consciente la Sala de “la trascendencia actual de la cuestión que se somete a nuestro enjuiciamiento y del hecho de que es la primera vez que la misma llega hasta este Tribunal, y en su manifestación más extrema del velo integral, siendo, como lo es, tal cuestión de intenso debate, tanto en España, como antes en muchos otros países” (FD segundo). Pero el planteamiento de altura lo hará el Tribunal con enorme elegancia, no sin advertir, reiterándose a lo largo de la sentencia, que su enjuiciamiento se refiere al punto concreto de la corrección de los preceptos de la Ordenanza, dejando muy claro que no se trata de un pronunciamiento general sobre la prohibición del uso cuestionado¹⁷ y menos aún de inmiscuirse en un terreno que queda del todo abierto a la decisión del legislador¹⁸. Tal concreción resulta del mayor interés pero sin olvidar que resulta evidente que la toma de postura en este caso, por fuerza

¹⁷ Se dirá así en el FD segundo, 3.º: “esta sentencia no tiene, en modo alguno el sentido de respuesta del Tribunal a si en España y en el marco de nuestra Constitución cabe o no una prohibición del uso del velo integral en los espacios públicos al estilo de la ley francesa aludida en 1.2, sino que la sentencia se mueve en el limitado espacio lógico acotado, primero, por la especialidad del proceso en que se formuló el recurso y, dentro de él, por los motivos de casación, no teniendo así otro sentido que el de respuesta a la impugnación de una concreta Ordenanza Municipal”.

Hay, incluso, un detalle curioso que de alguna manera “complica” el alcance de la sentencia. Algo antes –FD primero–, se había afirmado: “Conviene precisar para delimitar el alcance del proceso, que en él sólo se impugna la veda del uso del velo integral, no así de los demás elementos de ocultación del rostro, por lo que en cuanto al contenido de la Ordenanza y de los Reglamentos aludidos lo atinente a esos otros elementos ha de considerarse ajeno al proceso y por tanto no afectado por él la vigencia de los correspondientes preceptos. / Es pues sólo lo relativo al velo integral a lo que afecta la sentencia”.

Siendo el motivo de la impugnación la libertad religiosa, que se entiende vulnerada por la prohibición del velo integral, nada tiene que ver con ella “el pasamontañas, casco integral u otras vestimentas u accesorios que impidan la identificación y la comunicación visual de las personas”. Lo que supone que al aceptarse el recurso de casación en los términos en que enseguida se dirá, habrá que considerar anulada la ordenanza en cuanto se refiera al velo integral pero no en relación con los otros elementos que se enumeran. Fórmula que en puridad resulta ridícula y que sitúa a la libertad religiosa en una cualificada situación de privilegio: si hay razones lógicas para impedir que se oculte la cara, desentona esta fórmula quebrada según la cual unos sí y otros no.

¹⁸ Se razona así en el FD décimo: “Conviene advertir que, al razonar como lo hacemos, no nos pronunciamos respecto a lo que el legislador pueda, en su caso, hacer sobre el uso del atuendo religioso que nos ocupa. Si lo hiciéramos ello constituiría una intromisión en el espacio del legislador, inaceptable en un órgano jurisdiccional, (aunque este sea el TS desde la superior posición constitucional en que el artículo 123 CE lo sitúa), dada su posición constitucional (art. 117.1 CE) de sumisión a la ley. Simplemente nos limitamos a afirmar la inexistencia de la Ley, con la consecuencia que ello implica, ya razonada”.

predetermina la posición del alto Tribunal que, sin duda, habrá de tenerse en cuenta cuando se produzcan nuevos supuestos de alcance similar. Es lo que hemos de ver al final, cuando glosemos la solución deparada por el propio TS en relación con otra Ordenanza Municipal que incidió en una prohibición similar, aunque de contenido radicalmente contrario, dado que la interdicción consistiría precisamente en la prohibición de andar desnudo por la calle.

24. Asumiendo que la prohibición del uso del velo integral tiene que ver con la defensa de la libertad religiosa, se hace una aplicación rigurosa —entendiendo que demasiado rigurosa—, del artículo 53 CE, interpretando que “La pretendida atribución a los Ayuntamientos de competencia para regular aspectos accesorios de los derechos fundamentales resulta contraria a lo dispuesto en el artículo 53 CE” (FD séptimo), concluyendo que “todo el ejercicio del derecho fundamental está reservado a la Ley. Y no puede ser por ello objeto directo de la regulación por una ordenanza municipal”. Interpretación, sin duda bien intencionada, pero demasiado rigurosa, que, junto al vaciamiento de las opciones de las ordenanzas locales¹⁹, conduce a una injustificable potenciación de ese instrumento excepcional que son las leyes orgánicas, lo que me lleva a pensar en las precisiones que tanto la doctrina como la jurisprudencia han elaborado en torno a la referencia a los derechos fundamentales y a las libertades públicas en la regulación de las leyes orgánicas²⁰, o de los decretos-leyes²¹.

¹⁹ En línea del potenciamiento de las ordenanzas locales es muy interesante la aportación del libro de JULIA ORTEGA BERNARDO, *Derechos fundamentales y ordenanzas locales*, cit.

²⁰ Parece claro que la sentencia está pensando en una “ley orgánica”. Lo que me lleva a recordar que la mejor doctrina ha entendido sin titubeos que la exigencia del artículo 81 CE que reserva a la ley orgánica lo referente al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, debe ser objeto de interpretación restrictiva. JUAN SANTAMARÍA PASTOR, que ha insistido reiteradamente sobre el argumento, lo destaca con claridad: “Pero qué signifique «desarrollo» (...) es algo que el precepto no puntualiza y que admite una pluralidad de respuestas: desde la maximalista, según la cual sería desarrollo cualquier regulación que de cualquier forma, incluso tangencial, parcial o indirecta, afectase al régimen de estos derechos y libertades; hasta la minimalista, que exigiría reservar el concepto para las leyes que de modo directo, frontal y global, aborden la regulación de un derecho. Parece claro que la opción minimalista es claramente preferible: no sólo porque es difícil imaginar una norma legal que no afecte, directa o indirectamente, a alguno de los derechos o libertades mencionados (lo que llevaría al absurdo de que la inmensa mayoría del sistema normativo debería hallarse integrado por leyes orgánicas (...)), *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1988, 569. Por su parte, JUAN PEMÁN GAVÍN, *Las leyes orgánicas: concepto y posición en el sistema de fuentes del Derecho*, en el volumen colectivo “Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA”, I, Civitas, Madrid, 1991, pp. 153-154, manifestaba: “Si hay alguna pauta clara que se desprende de la jurisprudencia constitucional en este punto, ésta es sin duda la del alcance restrictivo que debe darse a la interpretación de las previsiones constitucionales que establecen reservas de ley orgánica. Esta orientación apuntaba ya en la primera sentencia sobre la materia —la sentencia 5/1981, de 13 de febrero— y se formula en la 6/1982, de 22 de febrero, en relación especialmente con la expresión «desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas»: «El artículo 81 de la CE se refiere al desarrollo “directo” de los derechos fundamentales, pues este artículo y las otras muchas alusiones de la Constitución al instrumento de la Ley Orgánica en materias concretas... no puede extremarse con los importantes problemas de consenso interno que conlleva, al punto de convertir al ordenamiento jurídico entero en una mayoría de Leyes Orgánicas, ya que es difícil concebir una norma que no tenga una conexión al menos remota con un derecho fundamental» (FJ 6.º)”. Véase también, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA-TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 16.ª edición, Civitas, Madrid, 2013, 159 ss.

²¹ Aparte de lo que se ha dicho sobre las leyes orgánicas en la nota anterior, para ayudar a interpretar el caso presente, me parece de interés recordar también el planteamiento que, desde una

Con todo, en esa rigurosa interpretación se deja un pequeño resquicio abierto, cuando se afirma en ese contexto: “Caso diferente es que la regulación de materias propias de los títulos competenciales, que constitucional y legalmente corresponden a los entes locales, pueda incidir (que no directamente regular) en aspectos accesorios del derecho fundamental; pero esas incidencia vendrá condicionada en su licitud a que el límite al ejercicio del derecho fundamental, que, en su caso, pueda suponer, cumpla con las exigencias constitucionales para poder limitar el ejercicio del derecho fundamental”.

Bien podía haberse interpretado que la ordenanza al prohibir el velo no “regulaba” sino simplemente “incidía”. Entiendo que en absoluto se está regulando la libertad religiosa, sino simplemente incidiendo en un aspecto muy concreto y mínimo de su ejercicio²². Para nada se afectan las grandes opciones de la religión —en absoluto se roza el “contenido esencial” de la misma, por usar la expresión consagrada—, del mismo modo que las mujeres contempladas por la norma pueden hacer ostensibles en público sus creencias, sin necesidad de taparse la cara, con la variedad de modalidades de toca que usan la mayoría de mujeres musulmanas. Pienso, en cambio, que es razonable entender que el legislador ha querido habilitar a los ayuntamientos para determinar en su territorio las reglas propias de la convivencia ciudadana, con la elasticidad que ha reconocido la jurisprudencia del TC. Sin olvidar, como se viene recalando a lo largo de estas páginas, que los derechos fundamentales

perspectiva inversa pero bien similar, se ha hecho en relación con los decretos-leyes y su posible incidencia sobre los derechos fundamentales, problemática que obviamente llegó al TC y que éste ha solventado también permitiendo cierta elasticidad. En efecto, como se recordará, según el artículo 86 CE, los decretos-leyes no podrán afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos. Pues bien, JAVIER SALAS, el gran especialista sobre el tema, podría concluir: “En definitiva, el TC ha optado claramente por una interpretación no literal de la expresión «afectar», identificándola con la regulación general de los derechos o instituciones a que se refiere el artículo 86.1 de la Constitución o con la incidencia en el contenido esencial de tales derecho o en los elementos esenciales o estructurales de dichas instituciones”. Y es que, en efecto, como recuerda, el TC, había afirmado que “la tesis partidaria de una expansión de la limitación contenida en el artículo 86.1 de la Constitución se sustenta en una idea tan restrictiva del Decreto-ley que lleva en su seno el vaciamiento de la figura y la hace inservible para regular con mayor o menor incidencia cualquier aspecto concerniente a las materias incluidas en el Título I de la Constitución, sin más base interpretativas que el otorgamiento al verbo «afectar» de un contenido literal amplísimo” (*Los decretos-leyes en la teoría y en la práctica constitucional*, en el volumen “Estudios sobre la Constitución Española”, cit., I, 279-280. Últimamente, véase LUIS MARTÍN REBOLLO, *Uso y abuso del decreto-ley (un análisis empírico)*, en “Revista Española de Derecho Administrativo”, 174, 2015).

²² Del mismo modo que no se puede considerar cercenada la libertad religiosa, por recordar algún ejemplo expresivo de la jurisprudencia del TEDH, por el hecho de que no se permita incluir la referencia a su religión en el documento oficial de identidad, como pretendían en Grecia algunos miembros de la Iglesia Ortodoxa, o, por traer un caso bien reciente, porque no se permita a una enfermera de la sala de geriatría, a la vista de las peculiaridades y riesgos de su trabajo, llevar una cadena con un crucifijo. Véase sobre el primer ejemplo la decisión “Sofianopoulos y otros c. Grecia”, 12.XII.2002, que he comentado en el segundo capítulo de mi citado libro “Estudios sobre libertad religiosa”, bajo el título de ¿Deben estar presentes las opciones religiosas en el carné de identidad?, 69 ss. Sobre el segundo supuesto es bien interesante el reciente caso de la enfermera inglesa Shirley Chaplin, que se recoge en la sentencia “Eweida y otros c. Reino Unido”, 15.I.2013, que he comentado en mi trabajo, *Libertad religiosa y exigencias laborales*, “Revista de Administración Pública”, 195 (2014), 171 ss.

pueden tener límites cuando haya fines que lo justifiquen, como puede ser en el caso el de la seguridad pública y el de la convivencia ciudadana, en los términos en que más adelante se irá insistiendo. De ahí la validez del apoyo de la habilitación de los nuevos artículos 139 y 140 LRBRL, tal y como había interpretado la Sala de TSJ de Cataluña. Pero el TS no da por buena la fórmula, rectificando en esto la sentencia de instancia, descalificando dicha habilitación legal al entender que el artículo 139 LRBRL se refiere a “las relaciones de convivencia de interés local”, rechazándose que sea de interés local la limitación de un derecho fundamental que por definición corresponde a todos los ciudadanos de las Nación, que de esta manera quedaría limitado en una parte del territorio nacional y no en otros²³. Juzgo que se trata de una interpretación demasiado rigurosa, de consecuencias incalculables, y entiendo, en cambio, que es correcta la habilitación de la LRBRL renovada, del mismo modo que las leyes antes referidas habilitan a las ordenanzas municipales para incidir de forma diferenciada en algunos derechos fundamentales: libertad, libertad de circulación, libertad de expresión, etc., o piénsese en los planes de urbanismo y en la fiscalidad y su incidencia de tan diferente manera sobre el derecho de propiedad variando en cada municipio. Sin duda, de manera limitada, como era el caso en el pleito debatido y como se ha intentado razonar, pero no se puede desconocer la presencia del interés local así como el peso de la autonomía municipal. Recalco que no se trata de regular los derechos fundamentales sino de que, algunos aspectos del interés local *rocen* con dichos derechos.

Por cerrar la exposición, recalcaré que la sentencia, como ya se habrá ido suponiendo, entiende que la ordenanza no tiene base legal, resultando por consiguiente incorrecta, por lo que se acepta el recurso, pronunciándose la nulidad de los preceptos cuestionados en los términos que antes se concretó.

Curiosamente se salva de la condena, con toda lógica, la innovación introducida en el Reglamento del Servicio de Transportes Urbanos, que antes se transcribía. Se razona así en el FD undécimo: “La exigencia de identificación que en dicho reglamento se establece, como control del uso de un beneficio al que la portadora del velo integral se acoge libremente, no supone limitación del ejercicio del derecho de libertad religiosa, ni supone regulación de ésta, precisada de previa regulación por ley; por lo que tiene la cobertura plena de los títulos legales que el Ayuntamiento invoca,

²³ Me da la impresión de que el TS está tomando en consideración el modelo de Francia, que introduce la prohibición de circular con la cara tapada con una ley ad hoc, de aplicación en todo el territorio de la República, ley que expresamente se cita a lo largo de la sentencia y de la que enseguida me ocuparé con detenimiento.

Yo mismo, en mi citado trabajo, *Derechos fundamentales y vía pública*, señalaba: “entiendo que no sería chocante que una prohibición similar se llevara aquí en España a algún texto de aplicación general –con la suficiente motivación en el preámbulo–, como la Ley de Seguridad Ciudadana, bien como inmediatamente vinculante, bien como soporte para que las ordenanzas municipales pudieran disponer al respecto”. A la vista de los razonamientos que desarrollo en el presente trabajo, entiendo que, como principio, no sería necesario tal tipo de respuesta, útil acaso pero no imprescindible, dado que es suficiente con lo que hay.

lo que impone la desestimación en lo concerniente a ese concreto y limitado contenido del recurso”.

Como digo, la solución en este punto es del todo lógica y creo que hay que defenderla por su sensatez. Ante la situación, sin duda hay un plus añadido, cual es el dato de que al uso de los transportes se acude por propia voluntad. Pero en el esquema de fondo, no deja de suscitarse la duda de si en realidad el presente supuesto es tan diferente del anterior, el contemplado con carácter general, de modo que en aquel habría “regulación” y se exigiría el respaldo de una ley orgánica, y en el de ahora, no. No hay duda de que también aquí habría una restricción del derecho, lo que sucede es que está plenamente legitimada dada la voluntariedad.

En resumen, y para concluir este punto, el TSJ había aplicado el que podemos denominar “canon de Estrasburgo”, al haberse dado cumplimiento a las exigencias que impone el TEDH: que la injerencia estuviere contemplada en una ley —y ahí jugaba su papel la LRBRL renovada—, dado que se estimaba que respondía a los fines previstos, como la seguridad y la defensa de la convivencia, y que no era desproporcionada. El TS no admite en cambio ese esquema, optando por el que podemos denominar “canon constitucional español”: no es suficiente una ley cualquiera sino que, al tratarse de derechos fundamentales, se requería una ley orgánica, cosa que evidentemente no se daba.

3.2. La proyección europea: La Ley francesa prohibiendo el ocultamiento del rostro y la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “S.A.S. c. Francia”, de uno de julio de 2014

25. Pero no sólo en España preocupa el tema, es cuestión que se ha suscitado también en otros países europeos, y bien cercanos, no sólo desde el punto de vista geográfico sino también desde el punto de vista histórico y cultural. Curiosamente, el supuesto de fondo contemplado por la sentencia del TS que se acaba de comentar, sería abordado algo después, en términos bien parecidos, aunque con solución radicalmente diferente, por una reciente sentencia del TEDH. Aunque con el dato peculiar de que el Supremo se encontrará ante una situación de “ausencia de ley”, mientras que lo que se le plantearía al Tribunal de Estrasburgo sería precisamente la promulgación de una ley, una ley ad hoc que pretendía prohibir el ocultamiento de la cara, lo que incluye, entre sus opciones implícitas, la prohibición del velo integral. Se pasa así ahora a estudiar la sentencia “S.A.S. c. Francia”, 1.VII.2014. El asunto trae causa de la promulgación de la ley de 11 de octubre de 2010, prohibiendo ocultar la cara en los espacios públicos (“interdisant la dissimulation du visage dans l’espace public”). Se trata de una ley preparada con la seriedad y rigor con que se abordan en Francia las grandes decisiones que han de regir en todo el territorio de la República, especialmente cuando está en cuestión algo polémico.

El referido paso me trae a la memoria una ley de significado parecido, la Ley de la Laicidad, 15.III.2004, en la que, para defender la laicidad y la convivencia en la escuela pública, abierta a personas de tan distintas creencias, tras un periodo en que se ensayaron fórmulas diversas —como los reglamentos internos de los centros—, en relación sobre todo con el afán de ostentación de sus símbolos por parte de alumnas musulmanas, se concluyó que lo más adecuado era adoptar una fórmula de validez general, que resolviera el problema de una vez por todas, y es así como se llegó a la promulgación de la ley, con el objetivo de prohibir en “escuelas, liceos y centros públicos” a los estudiantes de ambos sexos, los símbolos o atuendos por los que los alumnos manifiestan ostensiblemente su adscripción religiosa. Una Ley que trató de explicarse didácticamente, en el afán de convencer y de explicar las medidas que podían parecer rigurosas. En otro lugar he glosado algunas afirmaciones de la circular que complementa a la Ley, que paso a reproducir a continuación, pues estimo que las razones de fondo son muy similares a las que años después justificaron la ley prohibiendo el ocultamiento de rostro. Se insistía en la proyección a la escuela de los valores de República, entre los que destaca el afán de asegurar una convivencia conjunta (“la loi conforte son rôle en faveur d’un vouloir vivre ensemble”)²⁴, apostándose por “la unidad nacional más allá de las aportaciones personales”, en la intención de que “al preservar a los centros públicos que acogen a todos los niños, sean o no creyentes y cualesquiera que sean sus convicciones religiosas o filosóficas, de cualquier tipo de presiones que puedan resultar, lo que la ley pretende es garantizar la libertad de conciencia de cada uno”. En este sentido, “del mismo modo que el Estado es el protector del ejercicio individual y colectivo de la libertad de conciencia, la neutralidad del servicio público es a este respecto prenda de la igualdad y del respeto a la identidad de cada uno”. En suma, que “el respeto a la ley no implica una renuncia a las convicciones propias”. De ahí, la prohibición de los signos ostensibles —vestimenta, turbantes, sombreros, velos, o lo que sea—, recalcándose que “la ley no pone en causa el derecho de los alumnos a llevar símbolos religiosos discretos”²⁵.

Me ha parecido de interés recalcar este episodio, pues entiendo que la ley sobre ocultamiento del rostro es un paso destacado en la dirección de afianzar la convivencia, resultando de plena aplicación las razones que entonces se esgrimieron y que tan bien explican las palabras que he transcrito²⁶.

²⁴ Advertiré que la expresión francesa “vivre ensemble”, que se usa reiteradamente, la traduciré siempre por la tan expresiva palabra española de “convivencia”.

²⁵ Véase, LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, *Estudios sobre libertad religiosa*, cit., 212.

²⁶ En este sentido, me parece de interés reproducir mis propias palabras al comentar la jurisprudencia que entonces estudiaba pues creo expresan razones del todo válidas perfectamente aplicables al nuevo supuesto que ahora estudiamos: El Estado —se afirmará— no debe pronunciarse acerca de la legitimidad o no de las creencias religiosas, pero el pluralismo y la democracia deben fundarse igualmente en el diálogo y el espíritu de compromiso, lo que por fuerza implicará que cada uno haga concesiones, en la idea de salvaguardar y proteger los ideales y valores de una sociedad democrática. Pues —se dirá también, recurriendo a bien conocidas palabras—, “el Tribunal constata que en una so-

26. A la ley de 11 de octubre de 2010 sobre prohibición de ocultamiento del rostro en los espacios públicos, se llega tras un minucioso y laborioso proceso de preparación que voy a exponer siguiendo la documentación que ofrece la sentencia y que permite constatar cómo se va depurando la tramitación. Inicialmente, la Conferencia de Presidentes de la Asamblea Nacional creó una comisión de información integrada por diputados de diversos partidos para preparar un informe “sobre la práctica del velo integral en el territorio nacional”. En el informe, se acredita que se trata de una práctica nueva en Francia, no presente en general antes del 2000 —inexistente de hecho, se dice, en los países de Europa central y oriental—, que en el 2009 afectaría a unas dos mil personas, de las cuales, doscientas setenta en las colectividades de ultra mar, de las que el 90% tenían menos de cuarenta años. Se constata que “se trata de una práctica preislámica (“antéislamique”) importada, que no ofrece el carácter de una prescripción religiosa y que forma parte de la afirmación radical de personalidades a la búsqueda de identidad en el espacio social, así como de la acción de movimientos integristas extremistas”. En suma, se denuncia “una práctica en las antípodas de los valores de la República, expresados por la divisa de libertad, igualdad y fraternidad”. Aprecia también el informe que el velo integral es expresión de la negación de cualquier fraternidad, a través del rechazo de los demás y de la negación frontal de la concepción francesa de la convivencia. Terminaría proponiendo, entre otras cosas, una resolución reafirmando los valores republicanos y condenando, como contraria a ellos, la práctica de llevar el velo integral, así como la promulgación de una ley al objeto de proteger a las mujeres que se vieran forzadas a adoptar dicha práctica. En el informe, se dejaba constancia de que no había una respuesta unánime ni en el seno de la comisión redactora ni en los partidos presentes en el Parlamento.

Casi simultáneamente, la Comisión Nacional Consultiva sobre Derechos del Hombre, publicaba una nota mostrándose contraria a una ley que prohibiera de manera general y absoluta la llevanza del velo integral.

Por su parte, el Primer Ministro solicitó al Consejo de Estado que estudiara las soluciones jurídicas que permitieran de la manera más amplia y efectiva posible la prohibición de la llevanza del velo integral. El Consejo de Estado analizó las soluciones parciales ya existentes, constatando la ausencia en Francia de una fórmula efectiva, como del resto en las demás

ciudad democrática, en la que conviven diversas religiones en el seno de una misma población, puede resultar necesario sujetar la libertad religiosa a ciertos límites con el fin de conciliar los intereses de los diversos grupos y de asegurar el respeto a las convicciones de cada uno” (...) En resumen, la conclusión de todos los casos referentes a quienes aspiran a llevar prendas que testimonian a las claras de un decidido compromiso religioso concreto, es inequívoca y lineal. No deja de reconocerse la importancia, el significado, la variedad y amplitud de opciones propias de la libertad religiosa, o de la libertad de conciencia por decirlo con mayor proyección, pero se concluye que en aras al pluralismo y al respeto de los demás, es legítimo que haya espacios o situaciones no adecuados para tales expresiones y en los que haya que renunciar a las ostentaciones señaladas (...). Hay en la vida de sociedad sobrado espacio para las más diversas manifestaciones religiosas. Lo que permite concluir que sea del todo razonable que, por lo mismo, haya igualmente espacios o momentos en que se excluya cualquier ostentación o alarde. Vid LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, *Estudios sobre libertad religiosa*, cit., 213-214.

democracias equiparables. Estima decididamente que considera muy frágil desde el punto de vista jurídico una prohibición en exclusiva del velo integral. En cambio, con gran sagacidad, sugiere una doble fórmula, implicando, de una parte, la prohibición de cualquier vestimenta o procedimiento que oculte el rostro, impidiendo la identificación, ya desde la salvaguarda del orden público, ya en cuanto la identificación resulte necesaria para el acceso o circulación en determinados lugares o para el cumplimiento de ciertas gestiones administrativas; y de otra parte se trataría de agravar los instrumentos represivos frente a quienes obliguen a otros a ocultar su cara.

Otro paso destacable en el proceso lo constituye una resolución de la Asamblea Nacional sobre “la vinculación al respeto de los valores republicanos frente al desarrollo de prácticas radicales que atenten contra ellos”, que sería aprobada por unanimidad. Esta resolución asume, entre otros acuerdos, que son contrarias a los valores de la República las prácticas radicales que atenten a la dignidad y a la igualdad entre hombres y mujeres, entre las que se encuentra la llevanza del velo integral; también, que el ejercicio de la libertad de expresión, de opinión o de creencia no puede ser reivindicado por nadie para considerarse exonerado de las reglas comunes frente al desprecio de los valores, los derechos y los deberes que fundamentan la sociedad.

Tras este rico proceso, que daría lugar a un debate parejo en la sociedad, el Gobierno se decantaría por presentar un proyecto de ley prohibiendo el ocultamiento del rostro en el espacio público. Le acompaña una amplia, minuciosa y didáctica exposición de motivos en la que, aludiendo al vivo debate público que se ha producido, se van a contener duras afirmaciones, todo ello presidido por la idea de que la llevanza del velo integral implica un rechazo a los valores de la República y a los valores esenciales del contrato social republicano; así, “al negar la pertenencia a la sociedad de las personas afectadas, el ocultamiento del rostro en los espacios públicos, conlleva una violencia simbólica y deshumanizante que daña al cuerpo social”. O, algo más adelante, “El ocultamiento sistemático del rostro en el espacio público, contrario al ideal de fraternidad, no casa con la exigencia mínima de civismo necesaria en la relación social”. Por supuesto, que no faltan las referencias a la seguridad. Contemplando un significativo espacio de *vacatio legis*, se asume que se requiere un tiempo “de explicación y pedagogía”.

El proyecto sería juzgado positivamente por la Delegación de la Asamblea Nacional sobre los derechos de las mujeres y la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, así como por la Comisión de Leyes. Y ya en el momento clave de la votación parlamentaria, sería aprobado por una impresionante mayoría rayana en la unanimidad: en la Asamblea Nacional, 335 votos a favor, uno en contra y tres abstenciones, y en el Senado, por 246 votos contra uno. Por su parte, el Consejo Constitucional dio la ley por buena, con una pequeña interpretación a la que luego aludiré, y la ley sería promulgada.

27. Es una ley bien corta, clara y precisa, lo que da la impresión de algo muy pensado y elaborado a conciencia. El artículo primero, de manera

bien simple y sencilla, contiene la prohibición: “En los espacios públicos nadie puede llevar una prenda destinada a ocultar el rostro”. El artículo dos incluye dos apartados, indicando el primero qué se entiende por espacios públicos: “las vías públicas y los espacios abiertos al público o afectados a un servicio público”. En el apartado segundo se marcan las obvias excepciones: cuando la prenda esté prescrita o autorizada por disposiciones legales o reglamentarias (se puede pensar en los policías que cumplen determinados servicios), si está justificada por razones de salud (pensemos en quien tiene que llevar vendada la cabeza), o por motivos profesionales (todos aquellos trabajadores que deban llevar cascos, mascarillas, etc.), si tiene que ver con prácticas deportivas (caso de los jugadores de rugby, los pilotos en carreras de coches, determinadas pruebas en la nieve, etc.), o con manifestaciones artísticas o tradicionales (donde encajarían por ejemplo las máscaras de carnaval). El artículo 3 contempla la respuesta sancionatoria derivada del incumplimiento de la prohibición. Debo destacar, en efecto, que se cuenta con una modalidad punitiva, con lo que se refuerza el significado de la prohibición, pero que dicha sanción, penal, es manifiestamente leve, lo que me parece también de gran importancia: o bien una multa por un máximo de 150 euros, o bien el tener que realizar un curso de ciudadanía, o bien ambas cosas a la vez. Se evidencia que no hay ningún afán represivo, aparte de que el dato de la levedad podría jugar positivamente, cosa que efectivamente sucedió (p. 152), en el caso de una posible impugnación ante el TEDH. Se cierra la ley –art. 4– introduciendo un nuevo tipo en el código penal, con severa sanción para los que fueren a otra persona a esconder su cara por razón del sexo, modalidad en la que la sanción se duplica en caso de que el afectado sea menos de edad. Como digo, me parece ejemplar la regulación, sin que sobre ni falte nada.

La ley sería completada, siguiendo una tan positiva costumbre francesa, por dos circulares, ante todo, una muy minuciosa del Primer Ministro, detallando el alcance de la ley y precisando el significado de algunos de sus puntos. Explicando así que se consideran espacios afectados por la prohibición las calles, plazas, jardines y paseos públicos, incluso a los que cualquiera puede acceder aunque sea pagando una entrada, como cines o teatros; pero también, tiendas y comercios, como cafés, restaurantes, establecimientos bancarios, estaciones, aeropuertos y cualesquiera medios de transporte en común. Alcanza también a las diversas Administraciones y establecimientos públicos, como ayuntamientos, tribunales, prefecturas, hospitales, correos, centros de enseñanza como escuelas, colegios, institutos y universidades, servicios de la seguridad social, museos, bibliotecas, etc. No afectaría la prohibición, en cambio, a quien viaja dentro de un coche privado.

Hay también una segunda circular, más concreta ya, del Ministro de Justicia, dirigida a quienes tienen que aplicar la faceta represiva.

Como ya señalé, el Consejo Constitucional había dado por buena la ley apreciando su conformidad con la Constitución, si bien formuló una reserva que no será ocioso recordar. Apreciando que la vieja Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, forma parte del bloque

de la constitucionalidad, y en cuyo artículo décimo se garantiza la libertad religiosa, se formula la reserva de que la ley será correcta siempre que se interprete que la prohibición no afecta a los lugares de culto abiertos al público. Interesante precisión que acredita la virtualidad de la vieja declaración de los revolucionarios. Resultando incluso paradójico que esa ampliación del espacio de libertad religiosa provenga del texto que elaboró la Revolución Francesa nada más echarse a rodar. Un pequeño retoque, en suma, asumiendo el significado de la libertad religiosa así como la importancia de los lugares de culto.

Es así como la ley comenzaría su andadura. Sus pasos serían seguidos pronto en Bélgica, donde se elaboró una ley de similar alcance.

28. El propio día de la entrada en vigor de la ley, se interpondría ante el Tribunal de Estrasburgo el recurso cuya resolución dio lugar a la sentencia que ahora nos ocupa. Destacaré ante todo que la Sala correspondiente, ante el interés del problema, elevaría el asunto a la Gran Sala, por lo que se contará con una decisión de diecisiete jueces.

La recurrente es una mujer nacida en Paquistán y residente en Francia, que pide ocultar su nombre, musulmana, nacida en una familia de tradición cultural sunita, y que tenía 21 años en el momento de interponer su recurso. “Afirmo –cito literalmente del párrafo 12 de la sentencia– que lleva el nikab tanto en público como en privado, si bien no de forma sistemática; así, por ejemplo, puede no llevarlo cuando va a la consulta de un médico o cuando se cita con amigos en un lugar público o trata de hacer amistades. Asume por tanto el no llevar siempre el nikab en el espacio público pero desea poder hacerlo a su gusto, sobre todo cuando se lo pide su humor particular. Hay así momentos (como en las fiestas religiosas tipo el ramadán) en que tiene el sentimiento de deber llevarlo en público para testimoniar su religión y su fe personal y cultural; sin que se trate de desagradar a los demás sino de estar de acuerdo consigo misma”. También, “precisa que no reclama el poder mantener el nikab cuando haya de someterse a un control de seguridad, cuando va a un banco o toma un avión y que está de acuerdo en hacer ver su cara cuando lo imponga un control de identidad necesario” (p. 13). Concreta también que ni su marido ni nadie de su familia se lo imponen.

La recurrente, asesorada por abogados ingleses, va a enumerar un arsenal de preceptos del Convenio como fundamento de su reclamación. En concreto, los artículos 3, alegando trato degradante, el 8, respeto de la vida privada, el 9, libertad religiosa, el 10, libertad de expresión, y el 11, libertad de asociación, todos ellos, bien de manera separada, bien en conjunción con el artículo 14, en cuanto contempla la discriminación. Empero, la alegación referida al artículo 3 se consideraría inadmisibile, pues se estima que los malos tratos deben representar un mínimo de gravedad para ser tomados en consideración, cosa que no sucede en el supuesto. También se consideraría inadmisibile la reclamación apoyada en el derecho de asociación, pues entiende el Tribunal que no se ha demostrado en qué medida la prohibición del velo le afecta.

El Tribunal decidirá centrarse en los artículos 8 y 9 conjuntamente, aunque apoyándose más en este último. Lo que hará que cuando se razone y se resuelva sobre tales argumentos, se entenderá, como suele ser usual en la jurisprudencia del Tribunal, que no se plantea ninguna cuestión distinta para tomar en consideración la libertad de expresión, y no se entrará en el argumento. Pero será oportuno proceder por partes antes de abordar el fondo de la argumentación.

29. Cuatro organizaciones no gubernamentales –“Amnesty International”, “Liberty, Open Society Justice Initiative” y “ARTICLE 19”–, así como el “Centro de Derechos del Hombre de la Universidad de Gante” y el Gobierno Belga, fueron autorizados a intervenir como terceros en el proceso, enviando sus alegaciones, permitiéndose además a ese último participar en la vista oral.

La sentencia, consciente el Tribunal de su alto significado, aparece muy preparada y, por ende, muy documentada, y ofrece una amplia muestra de instrumentos internacionales o de Derecho comparado atinentes al tema. De interés así dos documentos de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, la Resolución 1743 (2010) y la Recomendación 1270 (2010), ambas de la misma fecha –23 de junio de 2010–, instando a superar lo que implique situaciones de discriminación de la mujer y a protegerlas frente a cualquier situación de violencia física o psicológica. En principio, mientras se trate de una aceptación voluntaria, se apuesta por no adoptar una prohibición general del velo integral aunque se reconoce la posibilidad de restricciones legales por diversas razones, como la seguridad o cuando funciones públicas o profesionales de una persona le exijan mantener una situación de neutralidad religiosa o directamente de mostrar su rostro.

Se recoge también la toma de postura –en 2011– del Comisario de Derechos del Hombre del Consejo de Europa, Thomas Hammerberg. En su detallado informe se muestra contrario a la prohibición general del velo integral, aunque asume que nada debe impedir la obligación de mostrar la cara por razones de seguridad o a efectos de identificación.

Espacio señalado se dedica también a la Observación general número 22 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 20 de julio de 1993, relativa al artículo 18 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, referente a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Se destaca la amplitud de fórmulas que derivan de la libertad religiosa, entre ellas la de llevar ciertas prendas, recalándose que determinadas reglas sobre vestimentas impuestas a las mujeres pueden violar numerosos derechos reconocidos por el Pacto.

Se recogen también noticias de la situación en otros países europeos. En Suiza, la Asamblea Federal rechazó en 2012 una iniciativa del Cantón de Argovia para prohibir el velo integral, mientras que al año siguiente en el Cantón de Tessino se habría votado a favor de la iniciativa.

Se recuerda que el tema está en discusión en otros países, como Italia y Holanda. En cambio, en Bélgica se habría promulgado en 2011 una ley de prohibición en línea similar a la francesa. Se aporta también el testimonio

del Tribunal Constitucional de Bélgica, de 2012, decidido partidario de la corrección de la ley. En su sentencia, se destacan los tres objetivos que la han inspirado: la seguridad pública, la igualdad entre el hombre y la mujer y una determinada concepción de la convivencia en sociedad. Se va a poner el acento en las razones de seguridad, no sin insistir en la importancia del aspecto relacional en la vida de sociedad. Se razona así acerca de cómo la individualidad de todo sujeto de derecho en una sociedad democrática no cabe concebirla sin que pueda vérsela la cara que constituye un elemento fundamental de aquélla y de cómo si bien el pluralismo y la democracia implican la libertad de manifestar las creencias por medio de la llevanza de signos religiosos, el Estado debe velar no menos por las condiciones en que son utilizados dichos signos y por las consecuencias que acarreen: “Dado que el ocultamiento de la cara –se dirá– conlleva la consecuencia de privar al sujeto de derecho, miembro de la sociedad, de cualquier posibilidad de individualización por el rostro cuando dicha individualización constituye una condición fundamental vinculada a su propia esencia, la prohibición de llevar en los lugares públicos tal vestimenta, aunque sea expresión de una convicción religiosa, responde a una necesidad social imperativa en una sociedad democrática”. Incidiendo en la misma idea, en otro punto se concreta: “Dado que la individualización de las personas, de las que la cara es un elemento fundamental, constituye una condición esencial al funcionamiento de una sociedad democrática en la que cada miembro es un sujeto de derecho, el legislador ha podido considerar que ocultar el rostro podría poner en peligro el funcionamiento de la sociedad así concebida, por lo que debía ser reprimida penalmente”.

Se menciona igualmente la sentencia del TS español de 14 de febrero de 2013, antes comentada, sobre la pretensión de la ordenanza municipal de Lérida de oponerse al ocultamiento de la cara en los lugares públicos, dando cuenta minuciosa de los argumentos utilizados, destacándose el central de todos ellos, el de la ausencia de ley habilitadora, recalcando también que la prohibición no podía impedir la identificación de quienes utilizaran los medios de transporte públicos.

Por último, se aporta el testimonio del Consejo de Estado holandés, que se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el argumento, la última en 2011, ante un proyecto de ley de prohibición que el Gobierno holandés justificaba por “la necesidad de garantizar una comunicación abierta, esencial a la interacción social”. El Consejo de Estado es radicalmente contrario a la corrección del proyecto, que considera incompatible con el derecho a la libertad religiosa.

30. Entrando ya en el enjuiciamiento del caso, hay que comenzar por las excepciones preliminares que suscitó el Gobierno francés. Este punto tiene especial interés, dado el particular planteamiento del recurso. El mismo día de la entrada en vigor de la Ley, decía, se presentó la reclamación. Es decir, ésta no podía haber surtido efecto todavía. Y de hecho, no hubo ninguna incidencia concreta sobre la recurrente, nadie la recriminó por andar por la calle con la cara tapada. Lo que, por cierto, no deja de dar una cierta

sensación de “montaje”. Ello hace que, al menos en apariencia, no pueda considerarse “víctima de una violación” de su derecho²⁷, que es requisito indispensable que impone el artículo 34 del Convenio para poder personarse ante el Tribunal Europeo. Pero el Tribunal parece decidido a querer entrar en el fondo, aunque tenga que forzar la situación. Recurre así a una línea jurisprudencial que se había manifestado en alguna ocasión cuando en el asunto debatido ocupara lugar relevante una norma penal incriminatoria. Dirá así el Tribunal: “Aun con todo, un particular puede sostener que una ley viola sus derechos, en ausencia de actos individuales de ejecución, y considerarse por tanto «víctima» en el sentido del artículo 34, si se considera obligado a cambiar de comportamiento ante la amenaza de ser perseguido o si forma parte de una categoría de personas expuestas a sufrir directamente los efectos de la legislación” (p. 57). La recurrente había alegado, en efecto, las tres primeras sentencias que abordaron el problema de la implicación penal de las relaciones entre varones homosexuales, aunque fueran mayores de edad y se tratara de conductas consentidas²⁸. En tales supuestos, no había habido un acto concreto de condena sino sólo los efectos difusos de una legislación que podía serles aplicada a los recurrentes. Y el Tribunal, no sin cierto debate interno, no dudó en rechazar la inadmisión del recurso, que incluso terminaría aceptando. Siguiendo dicha línea jurisprudencial, dirá así el Tribunal en relación con las mujeres habituadas a llevar el velo integral, que “se encuentran por ello ante un dilema comparable *mutatis mutandis* al que el Tribunal había identificado en las citadas sentencias «Dudgeon» y «Norris»: o se pliegan a la prohibición renunciando a vestirse conforme a la elección que han hecho siguiendo sus ideas religiosas, o no lo hacen y se exponen a sanciones penales”. Por lo que el Tribunal concluye rechazando la excepción que había alegado el Gobierno.

De donde, en ausencia de tener que dilucidar una incidencia concreta, va a resultar la consecuencia de que el Tribunal adoptará la postura de convertirse en juez de la “convencionalidad” de la ley, cuestión que, por cierto, hoy, está suscitando muy vivo interés²⁹. No importa, en efecto, en el caso, si las autoridades actuaron incorrectamente contra la señora S.A.S., sino que lo que va a resultar del proceso es la valoración de si la ley es compatible con el Convenio Europeo, metodología a la que, por cierto, se opone habitualmente el TEDH³⁰.

²⁷ Véase LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, *El concepto “víctima de una violación de los derechos” como determinante para el acceso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, “Revista de Administración Pública”, 175 (2008), 253 ss.

²⁸ Se trata, en efecto, de la importante y rompedora sentencia “Dudgeon c. Reino Unido”, 22.X.1981 –la primera de la serie, afectando a Irlanda del Norte–, a la que seguirían luego “Norris c. Irlanda”, 26.X.1988, y “Modinos c. Chipre”, 22.IV.1993.

²⁹ Véase el reciente libro de RAÚL CANOSA USERA, *El control de convencionalidad*, Civitas, 2015.

³⁰ En el trabajo *Derechos fundamentales y vía pública*, tantas veces citado (nota 24, que en gran parte transcribo), he recordado dos decisiones de inadmisión del propio Tribunal, similares ambas y versando sobre el mismo problema, los asuntos “Hafid Ouairi” y “Liga de Musulmanes de Suiza y otros”, ambas contra Suiza, y las dos de 28 de junio de 2011, en relación con un problema curioso y escandaloso en gran medida. A consecuencia de una iniciativa popular que obtuvo resultado favorable, a pesar de que tanto el Gobierno suizo (el Consejo Federal), como el Parlamento Federal Suizo, recomen-

Tampoco aceptará el Tribunal la excepción de falta de agotamiento de las vías internas de recurso.

31. Pero hay una nueva cuestión previa de la que me parece oportuno hacerme eco, pues muestra bien a las claras las complejas peculiaridades de este asunto. Si el planteamiento del caso nos llama la atención a cualquiera, no sorprende pensar que el Gobierno francés se sintiera extrañado por la forma en que se presentó el asunto: una joven mujer extranjera residente en Francia que, asesorada por abogados ingleses, presenta el recurso el mismo día de la entrada en vigor de la ley, sin que ésta hubiera tenido efectividad todavía, sin haber sufrido ella ninguna incidencia, ninguna presión directa. Todo suena a extraño, sin duda. Con el dato curioso de que, como se reconoce (p. 62), los propios abogados ingleses presentaron otros dos recursos similares tanto en el fondo como en la forma. A la vista de ello, el Gobierno manifestaría que “es lícito preguntarse sobre la realidad efectiva del asunto planteado”, al entender que el caso “se sitúa bien lejos del uso normal del derecho de recurso individual”, dado que se trataría de una “*actio popularis*”. El Tribunal afirma incluso que da la impresión de que el Gobierno piensa que la recurrente actúe a modo de “hombre de paja” (“la requérrente fait office de prête-nom”). Lo que lleva al Gobierno a afirmar que se hace un uso abusivo del recurso, de donde derivaría que se está ante una “desviación del derecho de recurso individual” (“*detournement du droit de recours individuel*”), por lo que solicitará que se declare la inadmisión del recurso, con apoyo en el artículo 35.3.a) del Convenio, que así lo prevé cuando se trate de una demanda abusiva.

Pero el Tribunal razona acerca de la excepcionalidad de tal fórmula, aplicada sólo en casos muy concretos e indudables, se remite a su decisión sobre la calidad de “víctima” de la recurrente, y niega por ende que se trate de una acción popular. Por lo que se rechaza la declaración de inadmisión solicitada.

32. Entrando ya en el fondo del asunto y para situar la exposición, recordaré de entrada que, como dije, el Tribunal se centra en los argumentos del derecho al respeto de la vida privada y de la libertad religiosa, una vez que ha rechazado enfocarlo desde la perspectiva del trato degradante o de la libertad de asociación, del mismo modo que alcanzada una solución satisfactoria en relación con aquellos dos argumentos, no se considera preciso ya entrar a analizar si se ha afectado a la libertad de expresión.

daron que se votara en contra, se reformó la Constitución, añadiendo un precepto que decía: “Queda prohibida la construcción de minaretes” (art. 72.3). Recurrieron al Tribunal Europeo, un ciudadano musulmán individualmente (francés, residente en Suiza, se dice), y varias organizaciones musulmanas. Al no haberse aportado prueba de que los recurrentes pudieran ser incluidos en la categoría “víctima de una violación”, el Tribunal entiende que el recurso en puridad equivale a “una acción popular”, a través de la cual se pretendería hacer controlar “en abstracto” la disposición constitucional discutida, confrontándola con el CEDH, opción que no encaja, se recalca, en la regulación establecida. De ahí que se estime que hay una incompatibilidad “*ratione personae*” y se inadmita el recurso. Y en este caso suizo se daba además el plus de que lo que se intentaba contrastar con el Convenio Europeo era nada menos que la Constitución del Estado afectado.

La recurrente indica que, nacida en Paquistán, proviene de una familia de tradición sunita, en la que es habitual que las mujeres lleven en público el velo integral. Recalca por eso que ha sufrido una grave injerencia en sus derechos garantizados por el artículo 9 del Convenio –la libertad religiosa, en concreto–, dado que la ley “que trata de impedir que las mujeres musulmanas se vistan con el velo integral en los lugares públicos, le impide manifestar su fe así como vivirla y observarla en público”. Recalca también que dicha intromisión, si prevista por la ley, ni responde a ninguno de los fines legítimos admitidos, ni es “necesaria en una sociedad democrática” (p. 76). Se opone también al argumento del Gobierno de que la exposición recíproca de la cara sería fundamental en la sociedad francesa, recalcando que de tal modo dejan de respetarse las prácticas culturales de las minorías que no comulgan con tal filosofía, dada la existencia de modos de comunicación distintos a los visuales. Insiste en que la llevanza del velo es expresión frecuente de la emancipación de las mujeres así como que el pretender que la prohibición tiene por objeto “el respeto a la dignidad de las personas” parte de la suposición machista de que las mujeres están minusvaloradas. Insiste en que una sociedad realmente libre puede acoger una gran variedad de gustos, actividades, costumbres y comportamientos y que no corresponde a los Estados decidir acerca de la validez de las convicciones religiosas. Así mismo, la imposibilidad de llevar el velo integral supondría una violación al respeto de su vida privada, privándole de un elemento importante de su personalidad socio-cultural, dado que además, la protección de la vida privada va más allá del círculo familiar íntimo, pues ofrece también una dimensión social, aparte de que el aparecer llevando el velo integral le expondría probablemente aparte de a las sanciones penales, a sufrir los efectos de la hostilidad. “De este modo –señala–, obligada a retirarlo y no pudiendo llevarlo más que en casa, «como si estuviera en prisión», se vería forzada a adoptar «una personalidad a lo *Jekyll y Hyde*»”. Aparte de la discriminación que implica, fundada en el sexo, la religión y el origen étnico, en perjuicio de las mujeres musulmanas, dado además que la excepción de acuerdo con la cual se salvan “las fiestas o manifestaciones artísticas o tradicionales” conduce directamente a favorecer a la mayoría cristiana.

33. Por su parte, el Gobierno afirma con énfasis que la prohibición es necesaria y está dirigida a fines legítimos. El primero de ellos sería la “seguridad pública”, desde la necesidad de identificar a cualquiera para prevenir atentados contra la seguridad de las personas y de los bienes y para luchar contra el fraude identitario. Pero en segundo lugar figurará “la protección de los derechos y libertades de terceros”. Se quiere así asegurar “el respeto al soporte mínimo de los valores de una sociedad democrática y abierta”, que se proyectará en la defensa de tres valores concretos. Ante todo, la consideración de que el rostro desempeña un papel importante en la interacción de las relaciones entre los seres humanos: a través suyo, de manera preponderante, y más que a través de cualquier otra parte del cuerpo, se manifiesta la existencia del individuo en tanto que persona única, al mismo tiempo que se reconoce su humanidad compartida con su interlocutor a

la par que su alteridad. El ocultamiento del rostro en los espacios públicos produciría el efecto de romper el vínculo social y de manifestar el rechazo a la convivencia (un refus de «vivre ensemble»). Se trataría en segundo lugar del respeto a la igualdad entre hombres y mujeres, pues el entender que las mujeres deben ocultar su cara en los espacios públicos por la única razón de ser mujeres se traduce en la negación de su derecho a existir como individuos y a reservar la expresión de su individualidad al espacio privado familiar o a un espacio exclusivamente femenino. En tercer lugar se trataría del respeto a la dignidad de las personas en la medida en que las mujeres vestidas de tal modo se encuentran, por así decir, borradas del espacio público. Y tal exclusión, ya sea deseada o sufrida, resulta deshumanizante y difícilmente puede considerarse compatible con la dignidad de la persona humana. Del mismo, y entre otras razones, alega el Gobierno que la práctica del velo integral es reciente y muy poco corriente en Francia y que ha sido criticada en numerosas ocasiones por importantes personalidades musulmanas. Por lo que no puede menos e mostrar extrañeza ante la afirmación de la recurrente de que el velo integral sería testimonio con frecuencia de la emancipación de las mujeres (pp. 81-85).

34. En las manifestaciones de los terceros intervinientes aparece una significativa disparidad de criterios. El Gobierno belga —que, como se dijo, consiguió aprobar una ley similar a la francesa—, destaca ante todo que la prohibición del velo integral no responde a ninguna prescripción del Corán, sino a una costumbre minoritaria de la península arábiga. Se reproducen los aspectos más consistentes de la sentencia del Tribunal Constitucional belga que rechazó los dos recursos que se habían presentado contra la ley, en la que se recalca que el velo integral plantea problemas de seguridad. Constituye un obstáculo al derecho de las mujeres a la igualdad y a la dignidad, poniendo en peligro, sobre todo, los presupuestos mismos de la convivencia. “Se considera en todo caso —se dirá expresamente—, que el derecho al aislamiento tiene sus límites, que los códigos sobre vestimentas imperantes en nuestras sociedades son producto de un consenso social y fruto de un compromiso entre las libertades individuales y los códigos de interacción en sociedad, y que las personas que ocultan su cara dan a los demás el aviso de que no quieren participar de manera activa en la sociedad por lo que resultan deshumanizadas. Cuando uno de los valores que constituyen las bases del funcionamiento de la sociedad democrática es que sea posible un intercambio activo entre las personas”. El Gobierno subraya también “que el legislador belga ha tratado de defender un modelo de sociedad que hace prevalecer al individuo sobre sus vinculaciones filosóficas, culturales o religiosas, en la idea de favorecer la integración de todos y de conseguir que los ciudadanos compartan un patrimonio común de valores como la democracia, la igualdad entre hombres y mujeres o, incluso, la separación Iglesia Estado”.

En cambio, las organizaciones no gubernamentales que comparecen son unánimemente contrarias a la prohibición, con argumentos que se van repitiendo, basados sobre todo en la libertad religiosa. “Amnistía Internacio-

nal” recalcará entre sus alegatos, que las restricciones al uso del pañuelo o del velo pueden afectar al derecho al trabajo, al derecho a la educación y al derecho a la igualdad ante la ley, pudiendo incentivar el acoso y la violencia.

La organización “ARTICLE 19” afirmará entre otros argumentos que la prohibición podría resultar contraproducente al ocasionar el efecto de confinar en su casa a las mujeres afectadas, de excluirlas de la vida pública, de marginarlas y de exponer a las musulmanas a violencias físicas y verbales.

El Centro de Derechos del Hombre de la Universidad de Gante, insistiendo en argumentos similares a los anteriores, recuerda que si numerosas feministas consideran señaladamente que el velo integral minusvalora a las mujeres, afecta a su dignidad y es una expresión del patriarcado, también hay otras que ven en ello un símbolo de su fe.

“Open Society Justice Initiative” da cuenta de un estudio sobre 32 mujeres llevando el velo en Francia, del que resultaría que mayoritariamente no llevan el velo por imposición, que muchas habrían decidido llevarlo contra la opinión de su familia, que un tercio no lo llevaba permanentemente todos los días y que la mayoría mantenía una vida social activa. Concluye sus alegaciones recalcando que no hay un consenso europeo contra la llevanza en público del velo integral y que son posibles medidas menos contundentes dada la falta de proporción de la prohibición integral.

35. A la vista del resumen de todas las alegaciones, es el momento de entrar en el razonamiento del Tribunal. Éste asume directamente y sin objeciones que la elección de las vestimentas está conectada a la expresión de la personalidad de cada uno, en definitiva, a su vida privada. De ahí que cualquier medida de una autoridad pública que limite tal elección constituya una injerencia en el ejercicio del derecho al respeto de la vida privada, en el sentido del artículo 8 del Convenio (p. 107), y, si además resulta que se prohíbe una prenda relacionada con la práctica de su religión, queda también afectada la libertad de manifestar su religión o sus convicciones, garantizada por el artículo 9 (p. 108). Sin que importe para nada, se dice expresamente, la circunstancia de que tal práctica sea minoritaria o resulte cuestionada.

Asumida tal injerencia, el Tribunal pasará a cuestionarse si se dan los tres requisitos necesarios para admitirla, a saber, que lo prevea una ley —lo que en el caso no ofrece ninguna duda—, que responda a fines legítimos y que sea necesaria en una sociedad democrática, es decir, que sea proporcional.

Se rechaza expresamente que “el respeto a la dignidad de las personas”³¹ pueda ser un motivo que justifique la prohibición (p. 120). Se asume también que no es posible identificar en Europa una concepción uniforme del significado de la religión en la sociedad, así como que el sentido o impacto de los actos referentes a la expresión pública de una convicción religiosa varían según épocas y contexto. Lo cual conduce a reconocer a los Estados

³¹ Véase sobre el tema el interesante y reciente volumen colectivo dirigido por RICARDO CHUECA, *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.

un cierto margen de apreciación. Se recuerda también que en no pocas sentencias se ha dado por bueno que en los establecimientos públicos de enseñanza se prohíban prendas con las que se expresaba una concreta vinculación religiosa.

Entrando ya en el fundamento de los argumentos alegados, y al referirse a la “seguridad pública”, el Tribunal entiende que un Estado considere esencial poder identificar a los ciudadanos al objeto de prevenir atentados contra la seguridad de las personas, de los bienes y para luchar contra el fraude identitario. Reconocerá así que en señaladas decisiones ha dado por buena la necesidad de obligar a quitarse prendas de significado religioso al objeto de llevar a cabo comprobaciones puntuales. En cambio, se manifiesta contrario a que el argumento sirva con carácter general y permanente y, en este sentido, será tajante su afirmación de que “una prohibición absoluta de tocarse en los espacios públicos con prendas que oculten el rostro, no puede considerarse proporcionada más que en un contexto de amenaza general contra la seguridad pública”. De ahí que la conclusión sea que la prohibición general que introduce la ley cuestionada no pueda justificarse desde el punto de vista de la seguridad pública (p. 139). Se rechaza por tanto, con cierta energía, esta alegación que parecía tener peso decisivo.

Pasando a otro argumento, se reconoce la importancia que otorgan las autoridades francesas a la preocupación de responder a las exigencias mínimas de la vida en sociedad, como elemento de “la protección de los derechos y libertades de los demás”. Se hará hincapié así en las afirmaciones de la exposición de motivos de la ley, que antes recordaba, y en las que se insistía “en las exigencias fundamentales en la sociedad francesa de un «vivir juntos», así como que el ocultamiento sistemático del rostro, contrario al ideal de fraternidad, no responde a las exigencias mínimas de civismo necesarias en la relación social”. Se alcanza así una conclusión de peso que va a pesar en la decisión final: de ahí, se dirá, que “el Tribunal pueda aceptar que un Estado juzgue esencial en tal situación conceder particular importancia a la interacción entre las personas y que considere que quedaría alterada por el hecho de que algunos oculten su cara en los espacios públicos”. Es así como se alcanza el paso decisivo: “En consecuencia el Tribunal estima que la prohibición cuestionada puede considerarse justificada en principio si bien sólo en la medida en que se dirija a garantizar las condiciones de «convivencia»” (p. 142).

En cuanto a la proporcionalidad de la medida, el Tribunal afirma sentirse preocupado por las indicaciones de algunos de los tres participantes, en el sentido de que el inicio del debate que condujo a la elaboración de la ley aparecía marcado por cierta islamofobia. Da por eso algunos avisos. Recuerda así que un Estado que se embarca en un proceso legislativo como el analizado asume el riesgo de contribuir a la consolidación de estereotipos que afectan a ciertas categorías de personas así como de favorecer las expresiones de intolerancia para con ellas, cuando debía promover en cambio la tolerancia. Insiste por eso el Tribunal en recalcar que lo que constituya un ataque general y vehemente contra un grupo identificado por una religión

o por unos mismos orígenes étnicos, sería incompatible con los valores de tolerancia, de paz social y de no discriminación implícitos en el Convenio y que no está legitimado por la libertad de expresión que éste consagra. Pero, tras estos avisos, el Tribunal tiene oportunidad de recalcar otros aspectos de significado diferente. Como que la ley prohíbe el velo integral, pero no lo hace específicamente por unas razones religiosas sino por el hecho del ocultamiento de la cara. O que, si hay una prohibición del velo integral, no se prohíben en cambio otras prendas, de innegable significado religioso, pero que no ocultan la cara. Se asume también que si es cierto que hay sanciones, incluso penales, estas se caracterizan por su levedad.

Al Tribunal le toca en suma dilucidar un problema controvertido en el que no faltan razones por ambas partes. Me parece así muy interesante cómo se define esta tesitura en el párrafo 153, que por eso voy a transcribir íntegro: “Por lo demás, sin duda, como subraya la demandante, prohibiendo con carácter general en el espacio público que se lleve una prenda destinada a tapar la cara, el Estado restringe en cierto modo el campo del pluralismo, en la medida en que la prohibición obstaculiza que algunas mujeres manifiesten su personalidad y sus convicciones llevando en público el velo integral. Pero el Estado señala por su parte, que en su caso se trata de responder a una práctica que considera incompatible, en la sociedad francesa, con las modalidades de comunicación social y, más ampliamente, con la convivencia. Desde esta perspectiva el Estado considera que está protegiendo una modalidad de interacción entre los individuos, esencial, desde su punto de vista, para la expresión no sólo del pluralismo, sino además de la tolerancia y del espíritu de apertura, sin los cuales no hay sociedad democrática. De donde resulta que la cuestión de la aceptación o no de la llevanza del velo integral en el espacio público constituye una apuesta de la sociedad (“constitue une chance de société”). Aún se insiste, completando la exposición, en el párrafo siguiente: “Por tanto, ante tal tipo de figura, el Tribunal debe actuar con reservas en el ejercicio de su control de convencionalidad desde el momento que le conduce a valorar un arbitraje realizado en el seno de la sociedad según fórmulas democráticas. Y ya ha tenido ocasión de recordar que cuando están en juego problemas de política general, sobre los que en un Estado democrático pueden razonablemente existir profundas divergencias, corresponde conceder particular importancia al papel de quien decide en el ámbito nacional” (p. 154). Se alcanzaría así la conclusión de que en este caso Francia disponía de un amplio margen de apreciación. Lo que unido a la ausencia de consenso sobre el asunto en el ámbito europeo, lleva al Tribunal a admitir que la medida se considere proporcionada al fin perseguido, es decir, el de la defensa de las condiciones de “convivencia” como elemento propio de “la protección de los derechos y libertades de los demás”. O sea, que la restricción puede considerarse necesaria en una sociedad democrática, conclusión válida tanto a la vista del artículo 8 (derecho a la propia personalidad y a la vida privada), como del artículo 9 (libertad religiosa). De ahí se alcanza la conclusión de que la ley no viola ninguno de los preceptos, siendo, por ende, correcta. Y así concluirá el asunto, sin que el

Tribunal juzgue necesario plantearse las opciones de la libertad de expresión o de la discriminación, con una muy señalada votación de quince votos a favor y dos en contra. Se manifestaron en contra las jueces de Alemania y Suecia, que redactaron conjuntamente un voto particular disidente, si bien es verdad que otras jueces votaron a favor de la mayoría. En el voto particular, recalcan que “si la comunicación resulta esencial para la vida en sociedad, el respeto al derecho de la vida privada comprende igualmente el derecho a no comunicarse y a no entrar en contacto con los demás en el espacio público, en suma, el derecho de considerarse un «outsider»”. Y van a objetar, sobre todo, lo que constituye la aportación más novedosa de la sentencia, el que la protección de la idea de convivencia pueda incluirse en la lista restrictiva de los motivos enumerados por el Convenio. Pero esa es la expresión de dos de los jueces, mientras que la sentencia queda conformada por la opinión mayoritaria de los otros quince jueces.

36. Entiendo que se trata de una muy interesante e importante sentencia aunque, para iniciar mi comentario, indicaré ante todo que disiento del punto de vista del Tribunal cuando rechaza como justificante el fin de la seguridad. En mi modesta opinión, la seguridad es algo decisivo en nuestras sociedades, sin duda en el momento actual, a cuyo servicio hay que arbitrar bien variadas fórmulas. Claro que los registros puntuales, que nadie discute, son imprescindibles, pero hay también otras alternativas continuadas y de carácter permanente, como pueden ser, aparte del testimonio de las personas, las cámaras grabadoras, reproducción irrefutable de todo lo que ha sucedido en su campo de acción. Recordaré así, porque lo conozco de cerca, lo eficaz que han resultado en los puntos álgidos de la concentración turística de Madrid para erradicar a los carteristas que asolaban a nuestros visitantes venidos de lejos. De ahí su papel innegable en bancos, grandes almacenes así como en numerosos establecimientos y lugares de servicios públicos. De recordar es el excelente funcionamiento, complementado con el trabajo ímprobo de la policía, para desvelar y detener a los causantes de los atentados en diversas estaciones del metro de Londres, ahora hace diez años, en julio de 2005. Resulta incuestionable el significado de la identificación permanente de las personas, lo que es lo mismo que decir que tan cualificado remedio no funciona si se puede andar con la cara tapada. Lejos de mi ánimo sospechar que las mujeres que ocultan su rostro por razones religiosas vayan a ser protagonistas de atentados contra la seguridad, pero mantener su atuendo implica dar luz verde a otros similares que podrían ser aprovechado impunemente por otras personas.

37. En línea con lo que acabo de decir, del peso del motivo seguridad para prohibir el ocultamiento del rostro, vale la pena detenerse en un pequeño inciso para echar una ojeada a la prensa, donde casi cada día encontramos no pocas noticias bien indicativas. Muestra bien reciente, con el elemento común de que todas ellas aparecen protagonizadas por personas que cubren su cara para llevar a cabo actos violentos y formando parte de conductas antisociales, ya se trate de un atraco, de un robo, de un asesinato múltiple suicidio mediante, aunque también, paradójicamente –y es que

hay países en que puede suceder cualquier cosa—, de un asesinato perpetrado al parecer por policías. Con el dato curioso de que da la impresión —no puede saberse del todo por eso de la cara tapada—, de que en todos los casos los protagonistas eran varones. Aunque en uno de los supuestos, la fórmula para ocultar la cara fuera un burka, experiencia que da fuerza especial al argumento que vengo desarrollando. Destacaré incluso que no parecen sucesos excepcionales a la vista de la frecuencia con que se producen. Paso a exponer los casos a los que me refiero³², aunque debo decir que interrumpí la serie pues no cesaban de aparecer continuamente nuevos supuestos.

a) Prensa del 19.II.2015. Titulares: “Cuatro encapuchados atracan el Carrefour de San Fernando. Irrumpieron antes del cierre con mazas y una pistola. No han sido detenidos”. Texto parcial de la noticia: “Cuatro encapuchados armados con mazas y una pistola entraron a la 20’30 en el Carrefour de San Fernando de Henares, en el que había numerosos clientes. Se dirigieron a una joyería y, sin mediar palabra, destrozaron a mazazos todas las vitrinas y se apoderaron de las alhajas que estaban expuestas (...) Los ladrones se marcharon a toda velocidad en el mismo vehículo en el que habían llegado”.

b) Prensa del 24.V.2015. Titulares: “Cuatro encapuchados roban cien armas en una galería de tiro. La instalación está en un polígono de San Sebastián de los Reyes”. Texto parcial de la noticia: “Cuatro encapuchados irrumpieron ayer en la galería de tipo privada situada en un polideportivo en San Sebastián de los Reyes (...) Los ladrones utilizaron un BMW 318 que después incendiaron en un descampado de Rivas-Vaciamadrid (...) Las primeras investigaciones apuntan a que los ladrones se apoderaron de un centenar de armas: 20 armas largas (tipo escopetas y rifles) y 80 pistolas. Otras fuentes elevan a 150 las armas sustraídas”.

c) Prensa del 12.VII.2015. Titulares: “Un suicida con burka explota una bomba en el mercado de Yamena”. Texto de la noticia: “Quince personas han muerto y ochenta han resultado heridas tras un atentado suicida perpetrado por un hombre vestido con burka en el mercado más importante de la capital. Chad prohibió el uso de burka para evitar que pudiera utilizarse precisamente para ocultar explosivos. El país es objetivo de Boko Haram desde que envió tropas a Camerún y Nigeria para combatirles”. Llamo la atención, empalmando con lo que antes decía, acerca de la prohibición de una vestimenta al objeto de impedir que pudiera utilizarse para esconder armas de fuego. Y la referencia al burka no puede ser más expresiva.

d) Prensa del 16.VII.2015. Titulares: “El Parlamento griego aprueba las reformas. Crece la disidencia en Syriza, parte de cuyos diputados votaron en contra del acuerdo. La guerrilla urbana vuelve a Atenas”. Texto

³² Todos ellos bien recientes, como se verá. Con todo, no quiero dejar de aludir a un ya lejano suceso, al que me he referido en alguna otra ocasión, aunque no guarde la referencia de prensa ni recuerde la fecha, cuando aprovechando los fastos del carnaval, miembros de ETA penetraron con la cara tapada en una entidad crediticia de una ciudad del norte para perpetrar un atraco.

parcial de la noticia referida a este último aspecto, en el panorama de un día caliente en el que al caer la tarde la plaza Syntagma comenzó a llenarse: “Tras una concentración de unas 12.000 personas opuestas al acuerdo, varias docenas de jóvenes con cascos y enmascaradas se enfrentaron con la policía arrojando proyectiles y cócteles molotov, a los que los agentes respondieron con gases lacrimógenos. Desde que Syriza se impuso en las urnas el pasado enero no se veían escenas así. Ahora, las tácticas de guerrilla urbana han vuelto a Atenas”.

e) Prensa del 27.VII.2015. Titulares: “La policía israelí irrumpe en la mezquita de Al Aqsa”. Se trata de un enfrentamiento en la Explanada de las Mezquitas (ocupada por Israel) en la que sólo pueden rezar los musulmanes, mientras que los judíos tienen permitido el paso pero no el rezo, episodio violento tras la entrada de judíos ultraortodoxos y colonos con filacterias, las tiras de piel que usan durante sus rezos. Texto parcial de la noticia: “La policía israelí decidió intervenir cuando enmascarados comenzaron a tirar piedras a la entrada de judíos”.

f) Pero estando atentos, no cesan las noticias similares. Así, de la prensa de 29.VII.2015, tomo la siguiente noticia: “Los Mossos d’Esquadra buscan a un encapuchado que en la tarde de ayer disparó a dos hombres, hiriendo de gravedad a uno de ellos, a escasos metros de la céntrica Rambla de Barcelona. Los hechos ocurrieron a las tres de la tarde...”.

g) Tres días más tarde, la prensa de 1.VIII.2015, al dar noticia de una sentencia del TC, informa de los hechos que dieron origen al caso: dos personas “una vez concluida una manifestación en protesta por la visita de los Reyes a Gerona, quemaron, con el rostro cubierto, una fotografía oficial de Juan Carlos I y Sofía de Borbón”.

h) Prensa del 15.VIII.2015. Titulares: Brasil. Encapuchados siembran el caos en Sao Paulo al matar a 19 personas. Texto de la noticia: “Una verdadera masacre perpetrada por un grupo armado de encapuchados dejó al menos 19 muertos y 7 heridos en la noche del jueves en menos de dos horas y media en tres localidades de la región metropolitana de Sao Paulo. Las autoridades no descartan que se trate de una revancha policial por la muerte de dos agentes ocurridas en la última semana”.

Los ocho supuestos me parecen suficientemente expresivos, destacando en todos ellos la presencia de los “protagonistas” con la cara tapada. Incluso, curiosamente, en uno de los casos, como indiqué, con la realidad de un hombre –el suicida asesino– ocultándose sorprendentemente con ese atuendo “religioso” del burka, en principio destinado a las mujeres.

Para concluir con este punto, me gustaría recalcar que cuando escribo estas páginas –verano de 2015–, tanto en España como en otros países de nuestro entorno, se ha hecho público que los servicios de seguridad mantienen algún tipo de situación de alarma ante la amenaza de atentados terroristas.

En suma, el argumento de la seguridad no es baladí y yo creo –disintiendo, como digo, de la opinión del Tribunal– que por sí tiene peso suficiente para avalar la prohibición que se viene contemplando.

38. En todo caso, había otro motivo que sí consideró suficiente el Tribunal. Pero antes de llegar a ello, me parece imprescindible consignar algunas reflexiones sobre la autora del recurso. Estuviera o no preparado éste desde una cierta altura –por no hablar directamente de montaje–, entiendo que las características de la persona que figura como promotora de la reclamación no dejan de suscitar algunas dudas. Recuérdese que se trata de una mujer musulmana, extranjera, residente en Francia, que tenía 21 años cuando interpuso el recurso, lo que hizo sin haber sufrido incidencia alguna pues al interponerlo el mismo día de la entrada en vigor de la ley, ésta no había podido surtir ningún efecto inmediato sobre ella, al margen de la preocupación por lo que pudiera suceder en el futuro. Tras aclarar que nadie le hace presión para que vista de tal manera, se precisan determinadas circunstancias que me parece de interés recordar, aunque sea repetir, para reflexionar sobre ellas. Se dice así: “Añade³³, que lleva el nikab tanto en público, como en privado, si bien no de manera sistemática; así, por ejemplo, puede no llevarlo cuando va a la consulta de un médico, cuando se cita con amigos en un lugar público, o cuando trata de hacer amistades. Acepta, por tanto, que no lleva siempre el nikab en los espacios públicos, pero le apetece hacerlo cuando así lo desee, en especial cuando se lo pide su humor espiritual. Y es que hay momentos (por ejemplo, con ocasión de acontecimientos religiosos como el ramadán) en que tiene el sentimiento de deber llevarlo en público para manifestar su religión y su fe personal y cultural; su objetivo no es molestar a los demás sino estar de acuerdo consigo misma” (p. 12).

Este breve párrafo, auténtica confesión, nos suscita algunas reflexiones, referidas sin duda a la personalidad concreta de la referente, pero que es útil tener en cuenta.

a) La nacionalidad no cuenta, y de hecho no son pocos los extranjeros que recurren al Tribunal Europeo contra el Estado en que residen, no en balde hay que tener muy presente que según nuestras concepciones, tan positivas, cualquier persona es titular de los derechos fundamentales, pero no se debería olvidar que, al margen de ello, no es ocioso recordar que el extranjero debe guardar cierto respeto para con las tradiciones y usos del país que le recibe. Por lo mismo, no cuenta la reciprocidad, pero también es interesante tener presente cómo se practican en su país los derechos que el extranjero quiere reclamar en el país que le acoge. Y al respecto, no estará de más tener presente la angostura que se otorga a la libertad religiosa con tanta frecuencia en el país de origen de la recurrente, Paquistán³⁴.

³³ Algo más adelante –p. 76–, se precisa que nacida en Paquistán, su familia se inscribe en una tradición cultural sumita en la que las mujeres están habituadas a llevar en público el velo integral.

³⁴ En efecto, la sentencia del propio TEDH, “N.K. c. Francia”, 19.III.2014 –contra Francia, precisamente, adviértase–, es un doloroso testimonio de la intransigencia religiosa que se practica en Paquistán. Véase mi trabajo, *Algunas manifestaciones de la libertad de conciencia en una sociedad globalizada*, “Revista Vasca de Administración Pública”, 99-100, mayo-diciembre 2014, Homenaje a Demetrio Loperena, 1992 ss.

b) A veces se utiliza la imagen de la señora mayor habituada por razones religiosas o tradicionales a determinadas costumbres que se verían truncadas al llegar a un país extranjero. El hecho de que la recurrente sea una persona de 21 años rompe sin duda dicho estereotipo.

c) Alegará la recurrente que no se le permite dar testimonio de su religión al impedírsele el velo integral. Argumento del todo falaz pues la religión puede testimoniarse de muy diversas maneras. Y no es difícil en nuestras sociedades asumir que determinadas mujeres son musulmanas dada la manera con que van tocadas, sin que tengan necesidad de taparse la cara. Alude la recurrente a que hay momentos, como el ramadán en que de manera especial tiene el sentimiento de deber manifestar su religión. Está claro que aun con la prohibición del velo integral nadie le impide llevar cualquier tipo de prenda que todos identifican con las mujeres musulmanas, sin necesidad de tener que llegar a taparse la cara. Bien claramente reconoce el Tribunal que la prohibición tiene un alcance limitado³⁵. De manera que no es cierto que no se le permita dar testimonio de su religión. No lo podrá hacer con el burka pero, si quiere, sobradas maneras tiene de manifestar sus creencias.

d) Otro argumento recurrente suele ser, y antes se recordaba, el de que la prohibición en lugar de defender a las mujeres tendería a recluirlas en su casa. Ciertamente, no es ese el caso de la recurrente, dado que, según manifiesta, nadie le impide ni nada le coarta para entrar o salir cuando se le antoja sin taparse la cara.

e) La última reflexión me lleva en efecto al argumento de “su antojo”. El que el velo integral pueda tener un significado religioso, a lo que parece y evidencia la recurrente, para nada se tratará de una práctica obligatoria e inexcusable. Como se deduce del ejemplo contemplado, no parece ser por tanto “una obligación”, sino una afición o devoción, lo que es algo bien diferente, sin perjuicio de que indudablemente forme parte en principio de la esfera de decisión de cada persona y, como tal, vinculado a las opciones de la propia personalidad. Pero que casi estaría más vinculado al derecho al respeto de la vida privada (art. 8 del Convenio) que al derecho a la libertad religiosa (art. 9).

39. Y es que los preceptos alegados como fundamento de la pretensión, admiten excepciones, como es bien sabido. Se ha venido insistiendo en que derechos y libertades no son absolutos sino que conocen límites.

³⁵ En el p. 151, afirma el Tribunal: “Así, si es cierto que el ámbito de prohibición es amplio dado que afecta a todos los lugares abiertos al público (salvo los lugares de culto), la ley de 11 de octubre de 2010 no afecta a la libertad de llevar en los espacios públicos cualquier hábito o vestimenta –tenga o no significado religioso– que no trate de ocultar la cara”.

La línea jurisprudencial de Estrasburgo es clara en el sentido de que, si es lógico que por razones legítimas, como de neutralidad, se prohíban determinadas prendas de significado religioso en centros de enseñanza pública, o en oficinas o servicios públicos, en cambio, al margen de tales circunstancias, nada impide llevar por la calle túnicas u otros hábitos de significado religioso. Bien clara a este respecto la sentencia “Ahmet Arslan y otros c. Turquía”, 23.II.2010, que he comentado en el capítulo noveno de mi citado libro *Estudios sobre libertad religiosa*, 215 ss.

Puede producirse una injerencia en el derecho, se decía, si responde a unos fines cualificados que el propio Convenio contempla de manera exhaustiva. En el caso, se ha recurrido, en efecto, a la tradicional y consagrada fórmula del “respeto a los derechos de los demás”, a la cual se llega a través de un salto novedoso en la jurisprudencia del Tribunal, y que no deja de sorprender, pues siempre se ha sostenido que los fines o motivos, en cuanto juegan como excepciones a las opciones del derecho deben ser interpretados de manera restrictiva. Salto novedoso que, entiendo, constituye una aportación bien interesante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asumiendo las pretensiones del Gobierno francés de proteger la normal interacción de las personas en sociedad, como un ingrediente de los valores republicanos de consolidado arraigo en Francia, tan bien esbozadas en el lema imperante desde la Revolución, de “libertad, igualdad y fraternidad”, y que ha de reflejarse en la normal “convivencia”, que se rompería cuando una persona oculta habitualmente su rostro en las relaciones de cada día. Importante paso del Tribunal, que no deja de aparentar cierta timidez ante la elocuencia de los argumentos franceses. Se constataría así, indudablemente, una incidencia sobre los derechos de los terceros. De esta forma, se legitima de manera decidida el papel del Estado en la defensa de un positivo hábito social, a la par que se rompe un tabú que parecía pesar como una losa, como si las opciones de la libertad religiosa pudieran autorizar cualquier cosa.

Y es que, en efecto, sin perjuicio de las peculiaridades y aspiraciones de la República francesa, los países del entorno vivimos también en una tradición cultural en que se valoran sobremanera las relaciones sociales en un sistema de “convivencia” abierta. Convivencia en la que tan decisiva resulta la mutua contemplación directa y sin ocultamientos. Tradición cultural presidida por la conocida y arraigada constatación que tan bien expresan, entre otras, las palabras de Cicerón³⁶: “Imago animis vultus, iudices oculi”, es decir, “El rostro es el espejo del alma, los ojos son sus intérpretes”³⁷. Que se completaría además con lo que expresa la certera formulación de Ennio³⁸, “Inimicitiam atque amicitiam in frontem promptam gero”, es decir, “Llevo visible en la frente la amistad y la enemistad”³⁹. Tradición cultural de presencia que contribuye desde la convivencia a la seguridad de todos.

Recuerdo cómo nos sorprendió en la adolescencia —sin saber todavía quién era el autor de la creación literaria que estaba en el fondo— la famosa

³⁶ CICERÓN, *De oratore*, 3, 59, 221. Debo agradecer a mi buen amigo el latinista JOSÉ FREIRE CAMANIEL, que interpretando mis ideas, supo facilitarme los textos latinos que cito.

³⁷ Que el propio CICERÓN, *Leges*, 1, 9, expresa también en estos términos: “Vultus indicat mores”, es decir, “El rostro revela el carácter”. Recuérdese también a OVIDIO, *Epistulae ex Ponto*, 3, 47: “Vultus certissima pignora mentis”, a traducir como: “El rostro es la más segura garantía del pensamiento”.

³⁸ ENNIO, *Gellio*, 19, 8.

³⁹ Que otros autores expresan con fórmulas parecidas: así, HEMISTICH CAMERS, *Moral, et Prover.*, 6, 19, 33 y 41, “Fronte patet quod mens geris”, es decir, “En la frente se describe lo que llevas en la mente”; o, Q. CICERÓN, *De petitione consulatus*, 11, 44, “Frons est animi ianua”, a traducir como “La frente es la puerta del alma”; y, muy parecido, OTTO, 147, “Frons animi interpres”, o, “La frente es intérprete del alma”.

película “El hombre invisible”⁴⁰: sin perjuicio de los golpes cómicos a que se prestaba, se comprende que sería imposible la vida en sociedad si los hombres fueran invisibles.

Y es que “los demás” merecen una confianza que se empaña con el ocultamiento. Los extranjeros que llegan —y ¡bienvenidos sean!—, deben asumir que hay formas de vida que deben ser respetadas. Resulta por tanto legítimo defender esas peculiaridades asumidas, cuyo desconocimiento no puede menos que producir recelo y extrañeza. Supuesto, el ahora contemplado, que podría ampliarse a otros ejemplos paralelos: los extranjeros habituados a vivir desnudos en su lugar de origen, o a hacer uso de sustancias estupefacientes, incluso como proyección de su libertad religiosa⁴¹, tienen que asumir que en su nuevo lugar de residencia hay hábitos que no forman parte del consenso social y que no van a estar permitidos.

Valoro por eso muy positivamente la doctrina del Tribunal de Estrasburgo que he venido comentando. No sería de extrañar que a partir de esta importante decisión fueran apareciendo en otros países europeos nuevas prohibiciones del ocultamiento de la cara en la convivencia cotidiana. Del mismo modo que las reflexiones de la sentencia, centradas en la sociedad francesa, me parecen plenamente trasvasables a la realidad española. De ahí que personalmente entienda que, por todo lo que se ha dicho, sería razonable prohibir en España circular por la calle ocultando el rostro, salvando las excepciones obvias, dando para ello los pasos jurídicos correctos⁴².

IV. LA OPCIÓN DEL DESNUDO

4.1. El debate sobre el nudismo en público. Un expresivo testimonio europeo: el caso de “the naked rambler” (el excursionista desnudo) y la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Gough c. Reino Unido”, de 28 de octubre de 2014

40. Hemos partido del canon de libertad. Algunas personas lo interpretarán como la opción de ir por la calle con la cara tapada, tal como acaba de exponerse. También podría presentarse la opción de ir sin ropas. Lo que

⁴⁰ Se trata de una vieja película de 1933, dirigida por James Whale, basada en la novela homónima de HERBERT GEORGE WELLS (1866-1946), autor de obras tan famosas como “La máquina del tiempo” o “La guerra de los mundos”, considerado junto con JULIO VERNE uno de los precursores de la ciencia ficción, cuya novela ahora recordada había sido publicada originariamente por entregas en 1897.

⁴¹ Sobre el tema del desnudo, me remito a lo que se va a exponer a continuación. Sobre el uso de sustancias estupefacientes por extranjeros en sus servicios religiosos, es muy expresiva la sentencia del TEDH, “Alida Maria Franklin-Bootjy y Ceflu luz da Floresta c. Holanda”, 6.V.2014, que he comentado en mi trabajo, *Algunas manifestaciones de la libertad de conciencia*, cit., 1997 ss.

⁴² Concluido mi trabajo, aparece publicada la interesante reflexión de JULI PONCE SOLER, ¿Hacia un nuevo concepto europeo de orden público? A propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2014 sobre el burka: obligación jurídica de vivir juntos o derecho a autoexcluirse y ser un outsider?, “Revista Española de Derecho Administrativo”, 170 (2015), 215-240.

no es un mero producto de la imaginación, sino pretensión realmente efectiva que algunos defienden con tesón, o, incluso, practican. Tema del mayor interés ahora en España, pero que no se circunscribe sólo a nuestro ámbito.

Resulta sorprendente, en efecto, la pintoresca historia —que casi da pena—, de Mr. Stephen Peter Gough, tal y como se narra en la sentencia del TEDH, 28.X.2014, en el recurso que él mismo interpuso contra el Reino Unido. Como se observará, sólo unas semanas separan este caso del supuesto S.A.S. contra Francia que acabamos de analizar (aquél aproximadamente sólo cuatro meses posterior).

Mr. Gough cree en la belleza del cuerpo humano y en el carácter inofensivo de ir desnudo por las calles, lo que practica —sin que, por cierto, haya ninguna connotación sexual en su conducta—, pretensión además de especial mérito dado el clima del Reino Unido, de Escocia, en concreto, que es el escenario donde transcurren los hechos. Una de las primeras referencias de su caso aparece cuando lleva a cabo una marcha de Inglaterra a Escocia, con motivo de la cual se gana el apodo de “the naked rambler”, es decir, el caminante o el excursionista desnudo.

Hay que reconocer que se trata de una sentencia en cierto modo obsesiva, sobre todo cuando se leen los 99 primeros apartados describiendo los hechos: una agobiante sucesión de experiencias de caminar desnudo por la calle, detenciones, condenas y periodos de privación de libertad. Incluso, cuando tiene que acudir al juzgado lo hace desnudo —y los agentes tienen que taparle, ante su desobediencia a la orden del juez de cubrirse—. En la cárcel, habrá de estar aislado y al margen de los servicios comunes, dada su contumacia en permanecer desnudo. Incluso, cuando ha cumplido la condena y es liberado, en la propia puerta de la cárcel se desnuda, lo que hace que comience de nuevo el ciclo aludido —detención, condena y privación de libertad⁴³—, que se irá repitiendo de manera incesante desde 2003 a 2011. Impresiona la cantidad de condenas judiciales que fue sufriendo, así como el montante de las penas de privación de libertad. Inicialmente, se le imponían sanciones leves —entre dos semanas y tres meses—, pero en vista de su contumacia, la duración del castigo se iría ampliando; incluso, en 2009, el juez tanteó la posibilidad de no privarle de libertad si aceptaba moverse vestido, pero en vista de su rechazo le impuso una condena de un año. Cuando en 2011 se le condenó a 330 días, ya había sido detenido en más de 30 ocasiones y condenado al menos 20 veces, habiendo estado en la cárcel un total de cinco años y tres meses, con sólo cuatro días en el periodo para disfrutar de libertad. Hasta el punto de que cuando abandonó Escocia

⁴³ Se dice así en la sentencia (p. 72), tras informarse de que acababa de ser puesto en libertad: “El 24 de octubre de 2010, minutos después de su salida de la cárcel fue detenido el recurrente, imputado por causar alarma social (‘breach of the peace’), al estar desnudo en público. Se le fijó prisión preventiva (‘He was detained on remand’). O, en otra de las numerosas ocasiones similares, se dirá: “El 20 de julio de 2011, minutos después de su puesta en libertad, alrededor de las nueve de la mañana, fue abordado por dos oficiales de policía en “Mansion Terrace”, una carretera pública que lleva de la cárcel de Perth a la carretera de Edimburgo. Los oficiales le instaron a que se pusiera algunas ropas, lo que él rehusó. Fue detenido por causar alarma social y se le fijó prisión preventiva” (p. 75).

en 2012, había permanecido en la cárcel seis años y medio consecutivos, con menos de una docena de días en libertad (pp. 174-175). Insisto que la lectura de los hechos resulta tan desoladora como firme su intención de la práctica del desnudo.

¿Qué podía guiarle? ¿Por qué ese afán de transgredir, que tan perturbadoras consecuencias le acarreaba? ¿Tenía tal fuerza el gusto de hacer lo que sus creencias le dictaban? No tengo base para responder a estas preguntas. Entre los fundamentos que se alegaban en el proceso figuraba la infracción del artículo 9 del Convenio, que garantiza la libertad de pensamiento, de creencias y de religión. Pero el Tribunal entendió, primero que esta alegación no fue en absoluto razonada o argumentada; pero observó, en segundo lugar, que sus creencias no alcanzaban el grado necesario de seriedad, cohesión o imperatividad para considerarlas incluidas en el ámbito del artículo 9. Por todo lo cual, este aspecto del recurso se consideró inadmisibile.

Acaso cabría pensar en otro tipo de razones, a las que en la propia sentencia se alude, pero la escueta referencia no ofrece ninguna argumentación profunda al respecto. En efecto, en el p. 69 se afirma: “El 11 de enero de 2010 fue condenado por causar alarma social pero la sentencia fue suspendida hasta el 8 de febrero para que pudiera asistir a sus citas psiquiátrica y psicológica”. Nada más se dice al respecto. Pero a continuación se señala que ese 8 de febrero se daba aplicación efectiva a la condena.

En las numerosas citas judiciales se le imputan a Gough dos cargos: en principio, “breache of peace”, que traducimos por causar alarma social o perturbar la vida ciudadana. Pero tampoco faltan los supuestos de “contempt of Court”, es decir, desacato, al no respetar la orden del juez de que se vistiera en su presencia.

41. La sentencia ofrece una breve aportación de elementos de Derecho comparado (pp. 124-126). Se puede saber así que sólo uno de los Estados del Consejo de Europa, Holanda, sanciona como tal el ir desnudo por la calle, con multa administrativa; varios sancionan el exhibicionismo, y bastantes tienen legislación sobre decencia pública, orden público o tranquilidad ciudadana (“public decency, public order or public peace legislation”), que puede aplicarse al desnudo público. En general, se trata en estos casos de multas, pero, al menos en nueve países, se contempla la privación de libertad. Por supuesto se ofrece también la legislación del Reino Unido, aportándose la jurisprudencia más relevante en lo que concierne al “breach of the peace” en Escocia. Varía el castigo según los tribunales que actúen, pero en los supuestos en que ha quedado implicado Stephen Peter Gough, la sanción prevista consiste en multa de hasta quinientas libras esterlinas o privación de libertad de un año.

42. El recurrente había presentado diversos argumentos en defensa de su recurso, que luego no fueron suficientemente razonados, poniéndose el acento en cambio en la libertad de expresión y en el respeto de la vida privada, que es lo que va a analizar el Tribunal.

Alega el recurrente que el desnudo público es una forma de expresión, protegida por el artículo 10 del Convenio, recordando que el Tribunal ha

dado al término expresión un amplio significado, en el sentido de que puede hacerse efectiva a través de palabras, pero también en cuadros, en vídeos o a través de conductas que quieran representar una idea o una información. En su caso, la decisión de no llevar traje, sería manifestación directa de sus puntos de vista sobre el cuerpo humano.

El Gobierno, por su parte, se opone a que la llevanza o no de traje tenga que ver con la libertad de expresión.

En cambio, el Tribunal entenderá que la protección del artículo 10 ha de extenderse no sólo a la sustancia e información de las ideas expresadas, sino también a la forma, lo que implica que haya que tener en cuenta su manera de vestir o su conducta, citando jurisprudencia que acoge esta visión amplia. Llamo la atención sobre esta postura tan abierta del Tribunal, que nos hace pensar, aunque haya una gran distancia con el desnudo, en los oradores o locutores de fama, en los que importa sí el contenido de sus palabras, pero también el mensaje que suponen sus gestos y ademanes, el énfasis de sus palabras, o los silencios, cómo le cae la melena o, entre otras muchas cosas, el tipo de corbatas que usan, si no se han subido a la moda de los descorbatados. En general, muchos cantantes y músicos modernos administran su atuendo de las diversas maneras que cualquier sabe: ropa de todo tipo, variedad de prendas de cabeza, torso desnudo o casi, los tan elegantes como limpios e higiénicos tatuajes, infinita variedad de peinados, etc., etc. Lo que lleva a que en la sentencia se puntualice en estos términos: “En el presente caso, el recurrente ha elegido el ir desnudo en público como expresión de su opinión de la naturaleza inofensiva del cuerpo humano. El Tribunal queda convencido sin duda de que el desnudo público del recurrente puede ser visto como una forma de expresión que encaja en el artículo 10 del Convenio, por lo que su detención, persecución, condena y privación de libertad constituyen medidas represivas contra tal forma de expresión de sus opiniones. Por lo que ha habido una injerencia en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión” (p. 150). Conclusión radical, que queda así inserta con energía en la jurisprudencia del Tribunal, y que ha de pesar para supuestos futuros. Asumida la injerencia, el paso siguiente consiste, según la regla, en comprobar si está prevista por la ley, si responde a fines legítimos y si es necesaria en una sociedad democrática.

El recurrente niega, sin dar mayores explicaciones, que esté prevista por la ley. Pero el Tribunal entiende, en cambio, que la jurisprudencia aplicativa es suficientemente precisa y previsible, por lo que, de acuerdo con el peso que se otorga a la jurisprudencia en el sistema inglés, no tiene dudas acerca de que esté “prevista por la ley”.

En cuanto a los fines que justifiquen la medida, el recurrente niega también que existan, sin ofrecer ahora tampoco razones. El Gobierno, se apoya en la prevención de desórdenes y de delitos a los fines de evitar que se produzca alarma social, lo que el Tribunal acepta, teniendo en cuenta especialmente la incidencia sobre otros miembros de la sociedad.

El peso del razonamiento va a centrarse así en el tercer aspecto. El recurrente recalca que no había necesidad social alguna para restringir el

desnudo. Insiste en la falta de proporción, dado que la mayoría de Estados no consideran el desnudo en público como un delito penal, y los que lo castigan lo hacen con una multa o con un breve periodo de privación de libertad, mientras él habría estado en la cárcel casi siete años, con todo el conjunto de molestias derivadas de las sucesivas detenciones, incriminaciones, condenas, ingreso en prisión, puesta en libertad y vuelta de nuevo a detenerlo. El Gobierno se defiende manifestando que al configurar el delito de alarma social se era especialmente sensible a los hábitos y costumbres de cada Estado. Recalca que al ejercer la libertad de expresión se asumen deberes y responsabilidades —recuérdese que es expresión del propio artículo 10—, que implican la obligación de evitar expresiones ofensivas a los demás. Puntualiza también que la elevada duración de la privación de libertad no es sino consecuencia de la reiterada repetición de las infracciones, aparte de que en no pocas ocasiones ni siquiera se le condena.

43. El Tribunal inicia su razonamiento, como de habitual, resumiendo los principios generales de su jurisprudencia. Se parte de la conocida y reiterada afirmación de que la libertad de expresión es una de las bases esenciales de la sociedad democrática, así como que se trata de garantizar no sólo las ideas o informaciones que son favorablemente recibidas o que tratan de materias indiferentes o inofensivas, sino también las que ofenden, chocan o molestan: tales serían las exigencias del pluralismo y tolerancia sin los cuales no hay sociedad democrática. Pero también, el artículo 10, en su apartado segundo conoce excepciones, bien que deben ser aplicadas de manera estricta y obedecer a “una necesidad social imperativa”. La amplitud del margen de apreciación de los Estados, dependerá de diversos factores. Así, en materia de moral, a falta de una concepción uniforme en Europa, el margen de apreciación será amplio. Será angosto, en cambio, en relación con los debates o problemas de interés público, cuidando incluso de que los grupos minoritarios puedan propagar sus informaciones e ideas. Sin que se olvide que quien ejerce la libertad de expresión asume deberes y responsabilidades, recalcándose que en el ámbito de las opiniones religiosas y creencias se incluye la obligación de evitar expresiones gratuitamente ofensivas y que no contribuyan en absoluto al progreso de los asuntos humanos. Sin dejar de tener en cuenta la proporcionalidad y severidad de las sanciones previstas.

Entrando ya en el enjuiciamiento del caso, el Tribunal entiende que la discusión acerca de si el desnudo público es aceptable en las modernas sociedades, y en qué circunstancias lo sea, es un asunto de interés público. Por lo que, sin duda, el recurrente estaría habilitado para iniciar y sostener un debate tal. Aunque sin olvidar que el asunto del desnudo público implica consideraciones morales y de orden público. Y que quien ejerce la libertad de expresión se halla en principio sometido a un deber general de respeto a las leyes de su país, así como de tratar que el cambio legislativo o social se haga de acuerdo con ellas. Se constata al respecto que son muchos los caminos para la expresión de su opinión sobre el desnudo o para iniciar un debate público en torno a ello. Y si él —se seguirá dicién-

do—, pretende tolerancia y respeto para su conducta, está en el deber de mostrar tolerancia y sensibilidad para los puntos de vista de otros miembros de la sociedad. “En cambio —se afirma literalmente— el recurrente rechaza cualquier sugerencia de que la aceptación del desnudo público pueda variar dependiendo de la naturaleza, del lugar o de la presencia de otros miembros de la sociedad. Sin la más mínima consideración de sensibilidad para los puntos de vista de otros y de que su conducta pueda considerarse ofensiva, insiste en su derecho de aparecer desnudo en cualquier lugar y a cualquier hora, incluyendo los tribunales, las áreas comunes de la cárcel o los aviones” (p. 175).

En cuanto a la severidad efectiva de la sanción, el Tribunal acepta que se debe a la propia responsabilidad del recurrente, por su contumacia y reiteración, debiendo considerar cada condena individualmente y no la suma de todas, dado incluso que en varias ocasiones no se le sancionó o, incluso, que el juez le había propuesto en algún caso levantarle la sanción si aceptaba vestirse. Se asume que el Estado tiene el deber de proteger a los ciudadanos frente a daños y molestias públicas y por supuesto frente a una conducta antisocial intencionadamente reiterada. Por todo lo cual, el Tribunal entiende que las medidas adoptadas por la policía, las diversas autoridades y los tribunales eran adecuadas y suficientes, y que respondían a una consistente necesidad social como respuesta a la reiterada conducta antisocial del recurrente. De ahí que se decida, por unanimidad, que no hubo violación del artículo 10.

A la vista de lo que se ha dicho, los razonamientos en cuanto al otro motivo, el respeto de la vida privada, son ya más escuetos, en este fallo que, por más que se refiera a un supuesto pintoresco, no ofrecía especiales dificultades y resulta simple, sin necesidad de tener que incorporar grandes aportaciones doctrinales. Es mucho lo que cabe —razona el Tribunal—, en relación con el concepto de vida privada garantizada por el artículo 8 del Convenio, y no sólo en el espacio privado sino también en el público: sin duda las elecciones personales en cuanto a la propia apariencia; también el desarrollo de relaciones con otras personas y todo lo que suponga la autonomía personal. Pero, y llega sin duda el pero, no cualquier actividad que implique relaciones con otras personas habrá de resultar protegida. Ciertamente que el recurrente pretendía dar testimonio público de su creencia en la naturaleza inofensiva del cuerpo humano. Sería sí una forma de expresión protegida por el artículo 10, pero lo mismo que se dice en relación con el ejercicio de la libertad religiosa, hay opciones personales que no pueden ser protegidas. Debe haber, se dice, un nivel “de minimis” de seriedad. Y se asume que en ninguna sociedad democrática conocida del mundo alcanza el nivel de seriedad exigido el aparecer desnudo a cualquier hora en cualquier lugar público. Por lo que, remitiéndose a las razones antes expuestas sobre la libertad de expresión, se asume que las injerencias en relación con la vida privada del recurrente quedaban justificadas, según los límites contemplados en el apartado segundo del artículo 8. Por lo que, en conclusión, también por unanimidad, no habría habido violación del artículo 8 del

Convenio. Lo que equivale a afirmar que se rechaza el recurso en todo su contenido.

44. En suma, la opción de andar desnudo por la calle, a cualquier hora y en cualquier lugar, no se justifica, por mucho que el interesado pretenda manifestar sus ideas–creencias, o lo considere inherente al desarrollo de su vida privada. Juegan con fuerza las excepciones previstas al alcance de los respectivos derecho. Por más que sea un tema vivo, e incluso polémico, las actuales sociedades no están por esa fórmula amplia e indiscriminada de permitir el desnudo en público a cualquier hora y en cualquier lugar. Creo que hay que recalcar que la decisión del Tribunal es respuesta circunscrita a la postura indiscriminada y sin distinguos, es decir, de carácter absoluto, que está empeñado en protagonizar el recurrente. Aparecerá a primera vista la defensa de la moral o el evitar alarma social. En el fondo, lo que se está protegiendo son en realidad los derechos de los terceros que no tienen por qué encontrarse con ese “espectáculo” ni querido ni buscado⁴⁴. Con todo, el Tribunal no deja de manifestar una postura elástica de cierta relativización. Aunque no se aluda expresamente en la sentencia, todo el mundo sabe que existen playas nudistas, clubes o asociaciones nudistas, así como no pocos espectáculos en los que el desnudo figura como algo normal, que se pretende incluso. Pero en estos casos, nadie se sorprenderá dado que se trata de algo querido e, incluso, buscado, y ninguno de quienes los frecuentan, con el afán de complacerse, puede considerarse ofendido. No resultará ociosa tampoco la apelación a la historia: recuérdese, por traer un ejemplo, la intensidad con que se vivía en la Grecia clásica el culto a la belleza del cuerpo humano, así como las reuniones del estadio con tantas variedades de ejercicios y contiendas de atletismo.

⁴⁴ El caso me recuerda, salvadas las distancias, a las circunstancias propias del asunto “Müller y otros c. Suiza”, fallado por el propio Tribunal Europeo el 24.V.1988. Nadie se escandalizará en nuestros días porque un pintor traslade a sus lienzos las escenas eróticas más provocadoras o escabrosas, lo que puede ser expresión de los sentimientos o preocupaciones del artista, o acaso una pose de principiante para ganar notoriedad. El pintor Josef Félix Müller, de 26 años, pintó en tres noches tres cuadros enormes titulados “Drei Nächte, drei Bilder”, es decir, “Tres noches, tres cuadros”. Al parecer eran lienzos altamente escabrosos con muy crudas escenas de sexo duro. El Tribunal de Estrasburgo constataría luego que “provocaban aversión y repugnancia”, “con imágenes vulgares de sodomía, felación entre varones, bestialidad, falos en erección y masturbación” (p. 16). Pero el caso es que los lienzos, sin advertencia o indicación alguna, se situaron en un lugar muy visible en una exposición abierta al público para celebrar en 1981 los quinientos años de la incorporación del Cantón de Friburgo a la Federación Helvética. Libre entrada, digo, lo que hizo que un padre con su niña acudiera a visitar la exposición, y la niña que quedara impresionada ante la visión. Se armó el escándalo, y el caso es que el juez de instrucción, tras acudir a contemplar las pinturas, ordenó retirar y aprehender los cuadros, y algo después acordó su secuestro. Se condenaría al pintor y a los organizadores a una multa de 300 francos suizos, resolviendo entregar los cuadros secuestrados al Museo de Arte y de Historia del Cantón. Más tarde, los cuadros le serían devueltos. Pues bien, el Tribunal de Estrasburgo, decidido defensor de la libertad de expresión, consideraría correcto que en este caso se sancionara. Comenté con detalle este caso en mi participación al homenaje al querido profesor Justino Duque –a quien recuerdo con cariño tras su reciente muerte–, que editó en 1998 la Universidad de Valladolid, y que titulaba, *Libertad artística y de expresión y protección de la infancia y juventud*, Vol. I, 1348. El TEDH garantiza con énfasis la libertad de expresión y, en concreto, la de creación artística, pero también es muy sensible a la protección de los derechos de los demás, no digamos si se trata de niños. Es decir, entiendo que ningún problema hubiera habido de exponerse los cuadros en un lugar no abierto a los menores, o en un ámbito separado en que luciera la advertencia de las características de las pinturas.

Cierto que, como regla, sólo acudían varones, pero el caso es que los atletas realizaban sus ejercicios desnudos, como se acredita en tantísimos testimonios históricos, ya de piedra, ya de cerámica o en las propias obras literarias. Pero cada tiempo tiene sus hábitos y circunstancias, sus opciones y sus límites, y hoy, en nuestras sociedades⁴⁵, no se admite el desnudo inesperado, contando de manera especial con el respeto a los demás.

4.2. También en España interesa el problema: la Ordenanza Municipal de Barcelona y la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2015

45. Pero dejemos las brumas de Escocia y vengamos a nuestro cálido y sugerente Mediterráneo. También en nuestra geografía interesa la cuestión del nudismo y hay quienes, al parecer, aspiran a ir desnudos por la calle. La cuestión ha aflorado especialmente con motivo de la decisión del Pleno del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona, de 6 de mayo de 2011, de modificar la Ordenanza de medidas para fomentar la convivencia ciudadana, introduciendo la prohibición de la práctica del desnudo por las calles de Barcelona. El recurso y la ulterior sentencia del TS han dado una cierta publicidad al asunto. Pero hay que decir que el problema es más general, ha preocupado también en otras ciudades, y no ha sido sólo la Ordenanza de Barcelona la que lo ha afrontado.

En el caso de esta última, se parte de la previsión de su artículo 74, de “la protección del derecho de las personas que utilizan el espacio público a no sufrir molestias como consecuencia de la falta de respeto a las pautas mínimas generalmente admitidas en relación con la forma de vestir de las personas que igualmente están o transitan por el espacio público”. Para lo cual se añade un artículo 74 bis, que prohíbe, en principio, ir desnudo o casi desnudo por los espacios públicos o el ir en bañador u otra prenda de ropa similar. Si bien esta última prohibición no es de aplicación a los paseos marítimos o vías inmediatamente contiguas a las playas y al resto del litoral. Se prevé la consideración de “infracciones leves”, que se sancionan también de forma mesurada: de 300 a 500 euros, en el primer caso, de 120 a 300 euros, en el segundo. Aparte de que, en cuanto a la forma de reaccionar, se ha optado por una respuesta no contundente: los agentes de la autoridad advertirán en su caso a las personas infractoras que su conducta está prohibida “y sólo si la persona persiste en su aptitud se procederá a la formulación de la denuncia pertinente” (art. 74, ter, 3).

⁴⁵ Destaco lo de “en nuestras sociedades” pues es obvio que en otras tierras hay otros hábitos. Y no sólo en los pueblos primitivos. La prensa de 24 de septiembre de 2015 da noticia de una industria, al parecer floreciente, que se desarrolla en la plaza Times Square, de Nueva York, y que ha desbancado a las anteriores “estatuas humanas” que posaban protagonizando las más variadas actitudes o actividades. Ahora se trata de mujeres sin ropa –se supone que esculturales–, pintarrajeadas –las “desnudas”, en español, se hacen denominar–, y cuyo negocio consiste en dejarse fotografiar junto a los turistas a cambio de una propina.

46. El acuerdo, que parece razonable, no sería empero del gusto de todos: sería recurrido ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña por dos asociaciones naturistas y por una organización política, la “Federación Española de Naturismo”, la “Associació per a la defensa del dret a la nuesa” (ADDAN) y la “Candidatura d’Unitat Popular” (CUT). Alegaban que la regulación “carecía de cobertura legal suficiente para establecer la prohibición del nudismo e imponer sanciones, vulneraba la reserva de ley orgánica al estar dicha práctica amparada por los derechos de libertad ideológica y de pensamiento, intimidad y propia imagen e igualdad, infringía el principio de tipicidad al introducir conceptos jurídicos indeterminados en el establecimiento de los tipos infractores, iba en contra de los actos propios y había sido dictada por órgano incompetente” (antecedente segundo de la sentencia del TS). Pero la Sala desestimó el recurso, considerando las alegaciones sin fundamento. Los razonamientos de la Sala del Tribunal Superior de Cataluña parecen razonables y acertados, tal y como se describen en síntesis en la sentencia del TS. Donde se dice, en efecto: “Fundamentan los jueces *a quo* el fallo desestimatorio en cinco proposiciones: a) Aunque la práctica del nudismo puede considerarse una manifestación de la libertad de creencias amparada en el artículo 16 de la Constitución, su proyección externa tiene su límite en la coexistencia de otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos, por lo que puede ser restringido por la necesidad de mantener el orden público y la convivencia pacífica; b) El Ayuntamiento tiene competencias para abordar una regulación como la que nos ocupa en la medida en que la misma repercute en la convivencia local, que puede ser ponderada por la Corporación desde la legitimidad democrática y representativa que le es propia con el consiguiente margen de apreciación razonable; c) La Ordenanza impugnada no vulnera el principio de igualdad en cuanto la restricción de la práctica del nudismo no puede ser reputada irrazonable o desproporcionada, ni tampoco el derecho a la intimidad y a la protección de datos, pues la previsión de un requerimiento anterior a la formulación de una denuncia no implica la incorporación de tal requerimiento a un fichero de datos; d) no infringe el principio de los actos propios, pues los cambios en la percepción de la Corporación municipal sobre el nudismo (expresados en decisiones anteriores) están amparados en su facultad de configuración legal, de modificar la normativa correspondiente; e) La Ordenanza respeta las exigencias de los principios de legalidad y tipicidad en la medida en que los conceptos jurídicos indeterminados que emplea no impiden un suficiente grado de conocimiento previo sobre el alcance de la prohibición y de los ilícitos administrativos asociados a la misma” (fundamento de derecho primero).

La sentencia de la Sala de Barcelona, ponderada y razonable, no logró solventar el problema, dado que dos de las organizaciones mencionadas, en concreto las dos asociaciones, recurrieron en casación ante el TS, lo que dio lugar a la sentencia de 23 de marzo de 2015, de la que fue ponente el magistrado Jesús Cudero Blas. El TS tiene ante sí una difícil papeleta y va a

verse obligado a tener que hacer auténtico encaje de bolillos por una razón muy sencilla: advertía antes de la similitud de esquemas entre la prohibición de ir con la cara tapada y la prohibición de ir desnudo, pues bien, el Tribunal se encuentra ahora con la barrera que la propia Sala del TS había levantado con la sentencia de 14 de febrero de 2013, que antes se comentó, y que obviamente han citado los recurrentes para defender su tesis. Si la incidencia en un derecho fundamental, decía aquella sentencia en relación con la cara tapada y la libertad religiosa, necesita que intervenga una ley orgánica, la prohibición del desnudo, dirán ahora los recurrentes, requeriría también necesariamente de una ley orgánica, por lo que, en ausencia de ella, las ordenanzas municipales no estarían habilitadas para establecer la interdicción. Y es que, como dije, la sentencia de 14 de febrero de 2013 es tajante, demasiado tajante en mi opinión, como traté de explicar, y creaba un precedente demasiado riguroso.

Ello le sitúa ahora a la Sala en una posición difícil: parte del convencimiento de que la solución de la Ordenanza es del todo razonable, pero la barrera levantada pesa mucho. ¿Cómo abordar el problema? La táctica que utilizará ahora el Supremo va a consistir en un brusco “negar la mayor” con toda energía. Y es que, en efecto, en una sentencia muy poco sistemática, se va a repetir reiteradamente que en el supuesto del desnudo no se está ante ningún derecho fundamental o libertad pública. Así, con este tan brusco salto, se va a acudir a la LRBRL renovada, con la amplia habilitación para regular la convivencia y dar por solucionado y zanjado el problema. Se afirma así en la nueva sentencia, incidiendo ahora sí en un criterio razonable y jurídicamente correcto, como antes recalqué: “no podemos olvidar que las Entidades Locales tienen potestad para «la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y el uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos» (art. 139 LRBRL, introducido por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre), sin que pueda negarse, por obvio, que el Ayuntamiento puede ejercitar en relación con los espacios públicos municipales las competencias que el ordenamiento le otorga para garantizar aquellas relaciones de convivencia” (FD cuarto). Parece razonable, y algo así defendía yo en relación con el supuesto de la cara tapada. Pero el que este punto sea acertado, no significa que el anterior lo sea. La sentencia, como digo, es reiterativa en el afirmar que la práctica del desnudo no constituye el ejercicio de ningún derecho. Se dirá así, por ejemplo, en otro pasaje: “Por eso, no compartimos la argumentación contenida en el fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida sobre la inclusión (al parecer, a efectos dialécticos) de la práctica del nudismo en el derecho a la libertad ideológica que contempla el artículo 16 de la Constitución. Si realmente fuera así, el Ayuntamiento de Barcelona no podría establecer la prohibición que nos ocupa⁴⁶, ni tipificar como tipo infractor la conducta que contraviene dicha prohibición, pues la manifestación externa de aquel derecho fundamental sólo podría regularse por ley formal,

⁴⁶ Advuértase como el TS juega fuerte o, casi diría, juega con fuego.

que habría en todo caso de ser respetuosa, por exigencias constitucionales, con el núcleo esencial de tal derecho” (FD tercero). El argumento se va reiterando, así en otro lugar se afirma: ”A juicio de la Sala, cuando el primero de los preceptos citados prohíbe «*ir desnudo o desnuda por los espacios públicos*» y cuando define como infracción leve esa misma conducta no está condenando, restringiendo o limitando las creencias o las opiniones de los ciudadanos en relación con el naturismo. Lo que hace la Ordenanza en este particular es mucho más simple: prohíbe la desnudez en los lugares de uso público general del territorio municipal y tipifica como infracción leve el incumplimiento de esa prohibición” (FD tercero). Y aún se insiste con mayor énfasis en la misma dirección: “Desde esta perspectiva, no entendemos que el derecho a la libertad ideológica contenido en el artículo 16.1 de la Constitución resulte afectado en el supuesto que analizamos ni, por tanto, que la Ordenanza en estudio afecte a la dimensión externa de tal derecho fundamental (es decir, al *agere licere* o facultad de actuar con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción, compulsión o injerencia de los poderes públicos), pues no puede compartirse la idea de que “*estar desnudo*” en cualquier espacio público constituya, sin más, la manifestación externa de la libertad de pensamiento, ideas o creencias⁴⁷ o que la desnudez misma deba ser entendida como un auténtico derecho ejercitable en todo lugar público. Ni qué decir tiene que tampoco puede defenderse la existencia de un derecho fundamental a deambular, transitar o estar en esos lugares “*en bañador*”, pues no se alcanza a entender qué libertad fundamental se ejercita, necesariamente, vestido con esa prenda” (FD tercero)⁴⁸.

Tras tan contundentes como poco fundadas afirmaciones, ya se ha roto el ensalmo y se considera que puede desactivarse la argumentación de la anterior sentencia: “Y por eso mismo –se dirá– no puede defenderse con éxito que resulten de aplicación al caso los argumentos contenidos en la sentencia de este Tribunal de 14 de febrero de 2013, pues en el supuesto analizado por la Sala en dicha sentencia estaba en cuestión el uso de una determinada vestimenta (el velo), que fue considerada expresión directa e indubitada de un determinado sentimiento religioso, claramente conectada con la dimensión externa del derecho fundamental a la libertad religiosa y, por ello, inmune a la limitación, restricción o prohibición de uso que una Ordenanza municipal había establecido, al considerar que solo la ley, respe-

⁴⁷ Recuérdese que, como ya indiqué más arriba, el Tribunal de Estrasburgo, en el caso de Mr. Gough y su desnudo, entendió, al alegarse la libertad de pensamiento, creencias y religión del artículo 9 del Convenio, que sus creencias no alcanzan el grado de seriedad, cohesión o imperatividad para considerarlas incluidas en el citado precepto. Se dice, en efecto, literalmente, “the Court finds that he has not shown that his belief met the necessary requirements of cogency, seriousness and importance to fall within the scope of article 9 of the Convention”. Lo que no impide, en cambio, que sí se considere afectada la libertad de expresión.

⁴⁸ Algo más adelante se afirma: “Por consiguiente, los motivos de casación que denuncian la infracción del artículo 16.1 de la Constitución y, por ello, el artículo 53.1 del mismo texto legal en cuanto exige regulación por ley orgánica de las limitaciones de aquel derecho fundamental deben rechazarse, pues la Sala no considera que la prohibición de estar desnudo en los lugares públicos de la ciudad o transitar por los mismos en bañador, así como la previsión de una infracción por su incumplimiento, conculquen los derechos fundamentales recogidos en aquel precepto constitucional”.

tando el núcleo esencial de ese derecho, podía establecer alguna regulación sobre la materia”. Se insistirá al abordar las alegaciones sobre el principio de igualdad: “En definitiva consideramos que acierta en este punto la sentencia recurrida cuando rechaza la infracción del principio de igualdad dado que la medida controvertida, proporcional y razonable, ha sido aprobada por el órgano que ostenta la legitimidad democrática para ponderar el estado de opinión social y su proyección en la regulación de la convivencia. / A ello cabría añadir que la Ordenanza de convivencia que se modifica por la resolución recurrida en la instancia prohíbe otras prácticas en los espacios públicos (como dormir, hacer tatuajes, practicar el tarot, acampar, vender o comprar alimentos, ofrecer servicios sexuales, realizar actividades que obstruyan el libre tránsito de los ciudadanos). Condicionándolas en muchos casos a la correspondiente autorización expresa. En todos estos supuestos (incluido el nudismo) no se «discrimina» al ciudadano por sus circunstancias personales o porque se quiera impedir el ejercicio legítimo de un derecho sino que, simplemente, se restringen ciertas actividades con una finalidad claramente vinculada al aseguramiento de la pacífica convivencia y con el objetivo de hacer posible el uso compartido de los espacios públicos sin que una parte de la población se sienta perturbada por la práctica de actividades que, como la que ahora nos ocupa, es notorio que no ha alcanzado la unánime e indiscutida aceptación que se defiende por las recurrentes”.

Y ya, para ir concluyendo, transcribiré lo que se razona al abordar el principio de proporcionalidad: “A juicio de la Sala, tales previsiones han de considerarse respetuosas con este último principio, en cuanto se atemperan tanto a las exigencias del uso general de tales espacios públicos (en cuanto destinados al disfrute de todo tipo de personas), como a la intensidad de la perturbación que la Corporación municipal ha considerado a efectos de considerar como leve el comportamiento. Es más: la propia Ordenanza ha dejado abierta la puerta a la posibilidad de practicar el nudismo o de estar en bañador en ciertas circunstancias, al prever eventuales autorizaciones, pues solo se sanciona dicha actividad en los lugares en los que no esté autorizada expresamente o, en el caso del bañador, en los sitios en los que no es habitual vestir esta prenda. De esta forma, la propia Corporación municipal ha tenido en cuenta que puede autorizarse, mediante los sistemas que los representantes municipales entiendan convenientes, la actividad que analizamos, lo que pone de manifiesto que ha contemplado como posible una solución que permita a los defensores del naturismo su ejercicio en los lugares públicos situados en el territorio municipal” (FD quinto).

De todas maneras, la apuesta del TS por la corrección de la Ordenanza resulta inequívoca, como bien puede apreciarse en el siguiente párrafo con el que se responde a la alegación de discriminación: “parece evidente que ha de reconocerse a la Corporación municipal, integrada por los representantes que los ciudadanos han elegido democráticamente, la capacidad de acotar el concepto «*relaciones de convivencia*», estableciendo para ello las medidas que impidan su perturbación con la finalidad última de asegurar la tranquilidad de los ciudadanos y el libre ejercicio de sus derechos. Ese

es el mandato contenido en la ley al que debe atemperarse la actuación municipal, ajustándose en todo caso a los principios de igualdad de trato, necesidad y proporcionalidad con el objetivo perseguido (art. 84.2 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local” (FD cuarto).

En definitiva, se salva la Ordenanza a la par que se apuesta por una situación de cierta elasticidad, al igual que se recalca antes al comentar la sentencia de Estrasburgo. Lo que me lleva a su vez a insistir en un aspecto importante: la libertad o derecho fundamental que pueda estar en uno de los platillos de la balanza, no queda afectada en su contenido esencial, no queda “regulada”, sino que se afecta sólo a una de las posibilidades de su manifestación, pero que no impedirán otras. Todo ello porque pesa más el otro platillo de la balanza, el de las exigencias de la convivencia con el inherente respeto a los derechos de los demás. En suma, el TS deja zanjado el asunto de manera correcta en mi opinión, por más que no esté afortunado en una de las patas de la argumentación”⁴⁹.

47. Llegados a este punto, y antes de concluir, resaltaré un aspecto curioso. Sorprende que tan fiel el Supremo en citar la jurisprudencia del TEDH, no se haga mención en la ocasión presente al asunto “Gough c. Reino Unido”, antes estudiado, en que de forma tan terminante se manifiesta contra la variante del desnudo libre en la calle y a cualquier hora. Recuérdesse que la sentencia del TS es de 23.III.2015 y la de Estrasburgo de 30.X.2014, es decir, una diferencia de casi cuatro meses. Y el Supremo suele estar bien informado de la jurisprudencia de éste, aparte de que

⁴⁹ Por otro lado, para completar la exposición, no quiero dejar de reflejar que la sentencia, que es tajante en cuanto al aspecto principal del asunto, accede, en cambio, a admitir el recurso en uno de los aspectos laterales y marginales. Se había objetado que en la tipificación de los ilícitos se hubieran utilizado conceptos jurídicos indeterminados, apuntándose, en concreto, a las expresiones “casi desnudo”, y, en relación con el bañador, “otra prenda de ropa similar”. El Tribunal objeta tal forma de proceder estimando que “hubiera sido necesario un mayor esfuerzo de la Corporación para acotar este indeterminado concepto (...) y no dejar al aplicador del precepto tan extraordinario margen de apreciación en una materia que, desde luego, no puede afirmarse que se presente con indiscutible claridad”. Por lo que aceptará el recurso en este punto, condenando a suprimir las expresiones de la Ordenanza. Entre los razonamientos, se ofrecen los siguientes: “es llano que el adverbio precedente «casi» indica, gramaticalmente, que no se da, ocurre o existe completamente la desnudez, aunque falta muy poco para ello. La evolución de las costumbres en lo que a la forma de vestir se refiere hace difícil, sin embargo, desentrañar en qué términos puede decirse que una persona está prácticamente desnuda o cuando cabe afirmar que su vestimenta le aproxima a la desnudez. Sin necesidad de descender a casos o ejemplos concretos, están en la mente de todos supuestos, incluso en conocidos y relevantes acontecimientos sociales, en los que están plenamente aceptadas determinadas indumentarias que dejan al descubierto de manera apreciable, prácticamente en su totalidad, la mayoría del cuerpo de la persona, sin que ello suponga reproche alguno desde el punto de vista de la percepción social”.

No estoy de acuerdo con el argumento ni con la solución en este punto. Una cosa es que en una fiesta haya quien haga ostentación de su cuerpo –lo que formaría parte del juego normalmente admitido por los asistentes–, y que no planteará mayores problemas, y otra bien diferente que dicho concepto indeterminado –pensando en su incidencia en la calle, no en una fiesta–, no pueda concretarse. Que sí se puede, obviamente con el correspondiente margen o halo. Concretará el aplicador y, en su caso, puntualizará el juez correspondiente, afianzando la solución la experiencia reiterada. Y es que en tantos campos jurídicos, y sin duda en el ámbito de lo sancionatorio, es imprescindible recurrir en ocasiones a los conceptos jurídicos indeterminados. Nuestro ordenamiento está lleno de ellos. Pero en este caso, es como si el Tribunal hubiera querido compensar la tajante –y acertada– decisión en cuanto al núcleo del problema con esta pequeña concesión.

cuenta con eficaces servicios de apoyo. El tema objeto de enjuiciamiento era bien especializado, y no era de materia que suela repetirse, es decir, se trataba de una sentencia única que destaca en el repertorio. No puedo saber si estamos ante un descuido o ante una omisión intencionada. Y es que si en la solución coinciden ambas sentencias, difieren en cambio en un aspecto clave del razonamiento. El Tribunal Europeo asume con normalidad que el desnudo implica ejercicio de un derecho fundamental, sea la libertad de expresión, sea la vida privada en su proyección exterior, si bien, aun admitida tal constatación, no le supone ningún esfuerzo considerar que el ejercicio del derecho debe ceder para respetar los derechos de los demás. Pero esa primera parte del razonamiento no le convence al TS, o no la puede utilizar, pues si no quedaría afectado por la barrera de la anterior sentencia sobre el ocultamiento de la cara.

V. REFLEXIÓN FINAL

48. Como lo más normal del mundo, y gracias al ambiente de libertad social imperante, de pronto, pueden aparecer, junto a tantas otras opciones, las dos variantes estudiadas, cara tapada o cuerpo desnudo, que constituyen así un ejemplo palmario de la riqueza de comportamientos en nuestras sociedades, pero, a la par, de la situación de tensión a que aludía al comienzo. Exigencias nuevas que demandan respuestas adecuadas, y ya se ha visto la solución que mayoritariamente juzgo satisfactoria, como se razonó. Además, interesante coincidencia en el tiempo de ambas variantes.

Con todo, no quiero dejar de hacer una pequeña observación pues sin mengua de la importancia de la jurisprudencia y de que creo que hay base para dejar certeramente resueltos los problemas, diré, para terminar, que no dejo de observar algún aspecto polémico en tres de las cuatro sentencias que se han estudiado con detenimiento, opiniones personales que se exponen con el máximo respeto a la vieja fórmula de quedar sometidas a cualquier otra mejor fundada en derecho. Creo, en efecto, que lo importante es que se acierte en la solución de los casos, se alcance en cada supuesto la solución más correcta y a la vista de ello se cree firmeza y seguridad para que cada uno pueda saber a qué atenerse.

a) Entiendo así que la sentencia del TS de 14 de febrero de 2013, sobre la Ordenanza de Lérida referente a la ocultación de la cara, es demasiado rigurosa: la Ordenanza de Lérida no entraba a *regular* la libertad religiosa, no la cercena en absoluto, como destaqué. Nada impide manifestar ostensiblemente la propia religión, como hacen tantas mujeres musulmanas con tal variedad de prendas, a modo por ejemplo de variantes de toca, sin necesidad de tener que ocultar la cara. Se trataría de limitar muy coyunturalmente algunas muy concretas modalidades del amplio abanico del ejercicio de la libertad religiosa, a la vista del mayor peso que merece la defensa de la convivencia cívica y del significado que se otorga a la protección de

los derechos de los terceros. No hacía falta en puridad una ley orgánica, era suficiente la LRBRL, con lo cual ya había una ley. Los argumentos sostenidos por el TEDH en la sentencia “S.O.S. c. Francia” avalan certeramente lo que digo. Aparte de que es manifiesta y reiterada la jurisprudencia de dicho Tribunal Europeo que entiende que la libertad religiosa, sin mengua de su virtualidad, en ocasiones tiene que reconocer y soportar injerencias. Me remito así globalmente a lo que indico en mi citado libro “Estudios sobre libertad religiosa”. Por ello entiendo que al ser demasiado rigurosa la posición del TS, no se falló correctamente el caso y se creó un precedente que iba a pesar como una losa. Sin duda, me parecía más acertada la posición del Tribunal *a quo*, que daba por buena la Ordenanza, al considerar suficiente la apoyatura proporcionada por la LBRRL en defensa de la convivencia ciudadana, considerando además la elasticidad que había autorizado el TC al contemplar las respuestas municipales en dicho campo. Sin olvidar a la par la propia elasticidad aconsejada al interpretar la referencia a los derechos fundamentales que se hace al regular las leyes orgánicas y los decretos leyes.

b) No me parece acertado el razonamiento del TS en el supuesto del nudismo, al afirmar tajante y reiteradamente que quien quiere ostentar el desnudo de su cuerpo no está ejerciendo ningún derecho o libertad. El razonamiento del TEDH en el asunto “Gough c. Reino Unido”, constituye argumento decisivo, se tome la libertad de expresión o el derecho a la propia personalidad. Lo que no me impide entender que el TS acierte en el caso sosteniendo la corrección de la Ordenanza de Barcelona. Y es que creo que cabe trasponer las razones que yo mismo daba para sostener la Ordenanza de Lérida: no habría regulación del derecho o libertad pertinente, sino mera incidencia colateral.

c) Por último, no comparto como ya razoné, la opinión del TEDH en el asunto “S.O.S.”, en el sentido de que no quepa traer a colación en el caso el argumento de la seguridad pública como motivo para prohibir el ocultamiento de la cara, en lo que implica de incidencia sobre la libertad religiosa. Ya señalé que hoy la seguridad pública tiene muchas exigencias en nuestras sociedades y puede utilizar muchas alternativas, una de las cuales es la de que se pueda identificar a las personas en cualquier momento, sin más formalidades y sin necesidad de que tenga que aparecer la policía haciendo controles, y aunque ellas no se den cuenta –o, al contrario, haciendo que sepan que van a ser identificadas–, de ahí el significado de las cámaras grabadoras pero también los posibles testimonios de los testigos. Lo que no me impide entender que la sentencia acierte en su solución al dar peso al otro motivo alegado, el de la protección de los derechos de los terceros, como una de las reglas elementales de la convivencia en nuestras sociedades. Por lo que la sentencia constituye muy eficaz apoyo para interpretar la solución del problema en España.

49. Los supuestos contemplados ofrecen ejemplo inmejorable para recalcar la necesidad de exigir que los espacios públicos logren la regulación adecuada para garantizar el uso correcto de lo que sin duda es un “bien es-

caso”: importan mucho las libertades concretas, pero también la defensa de la convivencia, lo que equivale a decir, el respeto a los derechos de terceros. Se exigirá, por tanto, regulación, pero, también, administración y gestión, lo que reclama vigilancia y supervisión y, eventualmente, prohibiciones o incluso sanciones. No vale la pasividad, por más que resulte cómoda. Me permito por eso incluir una seria llamada para que frente al tan frecuente descuido, no deje de actuarse para asegurar la imprescindible compatibilidad de usos⁵⁰. Las autoridades tienen el deber inexcusable de proteger a los ciudadanos y una de sus manifestaciones es la defensa de la fluidez y respeto en el uso de los espacios públicos. Asumiendo que no todo ha de ser obra de los agentes y autoridades, o del Derecho, sino que hay que contar necesariamente con la educación de los ciudadanos para el respeto, en suma, para la convivencia, lo que representa saber exigir, pero también saber ceder cuando corresponda. Tarea no menos ardua, que exige abordar los temas con tiempo y antelación. Porque lo que está claro es que no todo cabe en el ámbito de ese bien escaso. Me agrada por eso esta oportunidad para llamar la atención sobre este tema tan importante en nuestros días cual es el del correcto uso de los espacios públicos. Las dos sentencias del TS y las dos del TEDH han proporcionado sin duda material muy valioso para la reflexión, a la par que evidencian la actualidad de los problemas contemplados así como la presencia de hábitos o aspiraciones similares en unos y otros países. El fluido social hace que las fronteras vayan desapareciendo y así ejemplos como los mostrados, y su coincidencia, van abriéndonos los ojos poco a poco para que advirtamos que estamos viviendo en un mundo diferente. En ese sentido, es muy interesante también corroborar cómo para alcanzar la solución jurídica adecuada importan sin duda los razonamientos de nuestros Tribunales, pero va a jugar también un papel muy destacado el poder contar con el respaldo de la jurisprudencia de Estrasburgo, tan precisa y certera en la ocasión. Al fin y al cabo, este talante de *interconexión* es lo que pretendíamos cuando se insertó en la Constitución española un precepto tan destacado como el artículo 10.2. ¡Y hay que ver el juego que ha dado!

Redes, 12 de septiembre de 2015

⁵⁰ Un interesante alegato en pro de que las autoridades garanticen la compatibilidad de usos del espacio público, puede verse en la reciente sentencia del TEDH en el asunto “Karaahmed c. Bulgaria”, 24.II.2015, bien diferente a los ahora estudiados pero incidiendo de lleno en el uso del espacio público, pues tiene que ver con el comportamiento de miembros del partido “Ataka” —anti musulmán y anti turco, una de esas lacras de la Europa de la convivencia—, en relación con los musulmanes que se han reunido para la oración en el mezquita de Sofía y en sus alrededores. Bulgaria sería condenada por no haber adoptado las medidas necesarias para evitar el enfrentamiento.