
Los ayuntamientos y el régimen jurídico de atuendos y vestimentas. Una aproximación

Lorenzo Martín-Retortillo Baquer

Catedrático emérito de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid

1. **Una variada realidad sociológica**
2. **Referencia a una dispersión normativa. El papel de los ayuntamientos**
3. **El sistema constitucional**
4. **Reforzamiento del protagonismo municipal en el sistema constitucional**
5. **Breve referencia a las enseñanzas de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**
6. **El cuádruple contraste a tener en cuenta: competencia, soporte normativo, fines legítimos y proporcionalidad**

1. Una variada realidad sociológica

Si echamos una ojeada a la realidad social, no digamos si se añade una cierta perspectiva histórica, nos encontraremos con una gama muy variada de respuestas en cuanto a modalidades practicadas de vestimentas o atuendos, al margen de los que en cada momento se consideren normales o habituales: los protagonistas de la Administración de Justicia –jueces, abogados y fiscales– suelen usar toga en las sesiones formales y públicas; lo mismo se diga de los doctores en las sesiones solemnes de las Universidades, donde a la toga se añade la muceta y el birrete; los alumnos de determinados colegios van habitualmente con uniforme, que presenta muchas variantes en cada caso, pero que en principio significa algunas prendas que se llevan obligatoriamente mientras otras quedan excluidas; muchos recordamos los ridículos bombachos que debían llevar hace años nuestra jóvenes hermanas para la clase de gimnasia; hay establecimientos de hostelería en los que es obligatorio llevar chaqueta, o corbata, e, incluso, en algunos de ellos, a quienes sirven en la barra se les exige que no lleven barba;¹ los recuerdos de juventud nos representan a las mujeres de la familia –la abuela, la madre, las tías, las hermanas,

1. Recuérdese la sentencia del Tribunal Constitucional 170/1987, de 30 de octubre, ponente Fernando García-Mon.

sus amigas– con mantilla, o siempre cubierta la cabeza cuando iban a la iglesia, a veces se ponían la mantilla en el momento de entrar, pero otras salían ya de casa llevándola. Episodio este del velo o la mantilla para entrar antaño en las iglesias católicas –en cambio, los hombres siempre descubiertos– que me hace recordar que para entrar hoy en la mezquita hay que descalzarse, hay que ponerse el kipá para penetrar en ciertos recintos sagrados del judaísmo –como para acercarse al “Muro de las lamentaciones”–, o, en otro orden de cosas, para entrar en obras, canteras y similares, hay que ponerse el casco, lo mismo que para conducir motocicletas. No pocas profesiones van uniformadas, con atuendos que se supone favorecedores de sus tareas o como modalidad de identificación –los bomberos, los cocineros, los policías, los soldados y militares cuando están de maniobra o en el campo de batalla–, aunque a veces haya un uniforme de especial lucimiento para actos representativos: nada se diga del vistoso uniforme de los diplomáticos cuando acuden a la recepción solemne que da el rey; también tienen uniforme de gala los militares y no pocos cuerpos de la Administración. En determinados días del año en muchas ciudades españolas, a eso del atardecer generalmente, pero acaso hasta la madrugada, pueden contemplarse impresionantes desfiles, integrados por largas filas de personas con túnicas más o menos vistosas, cubierto el testuz con un capirote, con solo un par de agujeros para los ojos, lo que impide saber de quién se trate: son las famosas procesiones de Semana Santa, alarde de organización y buen funcionamiento en torno a unos tronos e imágenes de gran calidad; a veces los cofrades se visten en la iglesia correspondiente, o en la cofradía, aunque otras veces ya salen de casa con la túnica, aunque la testa desnuda y con el capirote en el brazo, y habrá cofradías solo para hombres o solo para mujeres, pero también las hay mixtas. En otros lugares se ha generalizado la práctica salutar de que la gente tome el sol y se bañe tal cual vino al mundo: sería la experiencia que se practica en el espacio acotado de las playas nudistas. No es infrecuente cruzarse en las ciudades españolas con parejas de monjas, con los más variados atuendos, en no pocos casos con la cabeza oculta, descubierta solo la cara, del mismo modo que hay frailes, con variados hábitos, y, en cuanto a los sacerdotes, los hay “de paisano” con algún distintivo, la mayoría con “*clergyman*”, o alzacuellos, pero siempre alguno con sotana. Antaño, los habitantes de algunos pueblos o valles, tanto hombres como mujeres, llevaban habitualmente unos trajes especiales, que de niño nos encantaban: “Mira, ese es ansotano”, “Ese es el sombrero de las solteras, o de las casadas, de Montehermoso”; de pronto, la ciudad se tornaba festiva y todo el mundo iba disfrazado por la calle, no pocos con antifaz, en los jubilosos fastos de Carnaval; se pierde también la costumbre, pero hasta hace no poco había hombres o mujeres que vestían hábitos con colores determinados a lo largo de una serie de días, y no faltaban las tiendas especializadas, algunas quedan aún, ofreciendo todas las disponibilidades: el hábito del

Santo Cristo, el del Sagrado Corazón, el de San Antonio, el de la Inmaculada, etc., o las telas necesarias para elaborarlo, así como los cordones de complemento. Últimamente se dejan ver en pueblos y ciudades hombres, generalmente muy fornidos, que visten habitualmente muy lucidas túnicas, cuya blancura contrasta con el color natural de la tez de los portadores; en algunas partes de España, desde siempre, como en Ceuta y Melilla, y en no pocas ciudades y pueblos desde hace unos años, hay mujeres cuya vestimenta solo deja ver su cara, y hay chicas, de todas las edades, cubriendo de alguna manera sus cabellos. Recuerdo, en la época de mi niñez y adolescencia, el importante complemento que representaba, cuando llegaban los fríos del invierno en Huesca, además del abrigo, guantes y bufanda, esa “montera”, como lo define el Diccionario de la Real Academia, que se designa con el hermoso nombre de pasamontañas, y no es que fuéramos a atravesar los Pirineos; curiosamente, en algunas operaciones delicadas, los policías especializados suelen cubrirse con una prenda similar, aunque no para protegerse del frío. A veces, el fotógrafo de turno, en el seno de la correspondiente operación comercial, intenta batir el record de personas desnudas, que se dejan fotografiar bien apretadas, en la plaza famosa o junto al monumento más representativo; en ocasiones, el esquema funciona en defensa de lo que se llama “causas nobles”, lo que hace que, un buen día, cuando salimos a la calle, encontramos un grupo de apuestos mozalbetes de ambos sexos, desnudos, que dicen estar defendiendo con su exhibición, por ejemplo, la abolición de las corridas de toros, aunque el número puede defenderse en diversos formatos, bien en bicicleta, bien parados, ocupando un punto estratégico de la ciudad, o incluso, tumbados; otras veces, el desnudo no es tan altruista: justo cuando redacto estas líneas separo el recorte de prensa –de 8.I.2011– de una tienda de San Sebastián que, como inicio y promoción de “las rebajas”, inicia la campaña con esta oferta: “entra casi desnudo y sal vestido”, con lo que se premia a los cien primeros que entren en paños menores. Del mismo modo, se puede recordar que en la España agrícola de hace unos años era normal que se llevara una pequeña navaja –que en mi colegio se solía llamar un “cortaplumas”, y no es que escribiéramos todavía con plumas de ave, pero nos era muy útil para “tajar” y sacar punta a los lapiceros–, instrumento con el que a nadie se le ocurriría hoy viajar en avión, pues, o sería rechazado enérgicamente por la autoridad, o debería resignarse a entregar y perder su pequeña pieza, por muy encariñado con ella que estuviera.

Una última referencia, para concluir este punto, que me lleva a una lejana página histórica, pero que cuadra a la perfección en el relato que nos ocupa: recuérdese que las calles centrales de Madrid fueron testigo de un tumultuoso levantamiento los días 23 a 26 de marzo de 1766 –que se extendería también a otras poblaciones, como Zaragoza, Cuenca y diversas localidades de Andalucía, Catalu-

ña, Guipúzcoa y Navarra—, que llevaría a los levantiscos ante el Palacio Real, que forzaría a que el rey se asomara al balcón y asumiera las reivindicaciones, entre las cuales estaba la retirada de la orden que prohibía el uso de “capa larga y sombrero redondo”, que deberían ser sustituidos por “capa corta y sombrero de tres picos”, y que conseguiría que quien había dado tal orden hubiera de abandonar España apresuradamente. Me estoy refiriendo, obviamente, al famoso “Motín de Esquilache”,² que afectó a persona de la mayor confianza de Carlos III, que se lo había traído de Nápoles al venir a suceder a su hermano Fernando VI en el Trono de España, sin dejar de recordar, como se ha señalado, que no se cumplieron todas las promesas y que, de hecho, concluido el motín, los grandes y la corte dieron el ejemplo en el uso de la capa corta y el sombrero de tres picos, que se pusieron de moda rápidamente, acabando el pueblo por adoptarlos.³ Pero quedémonos en la anécdota, prescindiendo ahora de los importantes hilos que estaban detrás de la revuelta.⁴ El dato a retener es el de que la orden de modificar un atuendo tradicional —con cuya supresión se quería evitar además que se llevaran armas debajo, no tan inocuas como los cortaplumas del colegio—, fue la causa directa y aparente de una muy importante asonada.

Como se ve, una enorme variedad de opciones y alternativas, y eso que podríamos seguir tirando del hilo, pues a cualquiera se le ocurrirían muchas otras fórmulas y modalidades similares. Por supuesto que, en general, no he mencionado el vestir cotidiano y habitual que, si tan uniforme y monótono en algunas fases históricas, hoy, en general, y a salvo algunos grupos sociales muy homogéneos —los dieciochoañeros que van a un concierto, por ejemplo—, se caracteriza por una enorme variedad, a gusto del elector, en lo que influyen el clima y las estaciones del año, las oportunidades económicas, la moda, la comodidad, la personalidad y el gusto de cada uno, o el lugar de destino, pues no es lo mismo vestirse para estar vendiendo en unos grandes almacenes o en una tienda, que hacerlo para trabajar en un laboratorio, en una obra o en una oficina, o para salir a dar un paseo por la calle.

2. Tomo todos los datos de Alberto DE LA PUENTE O’CONNOR, voz “Esquilache, motín de”, del *Diccionario de Historia de España*, dirigido por Germán BLEIBERG, I, segunda edición, Editorial “Revista de Occidente”, Madrid, 1968, p. 1317.

3. *Op. cit.*, p. 1318.

4. Para lo que será interesante considerar, además de la voz que se acaba de citar, la anterior, del mismo autor, referida directamente al “Marqués de Esquilache”, p. 1316, donde se deja testimonio de la importante obra reformista y de introducción de disciplina en el funcionamiento del Estado que había protagonizado el ministro siciliano. Siendo de recordar cómo a raíz del motín sería nombrado presidente del Consejo el conde de Aranda, que “recibió del rey unos poderes inusitados para que restableciera la paz y pusiera las cosas en orden”. Véase: Rafael OLAECHEA y José Antonio FERRER BENIMELI, *El Conde de Aranda*, segunda edición, Zaragoza, 1998, p. 282.

2. Referencia a una dispersión normativa. El papel de los ayuntamientos

Habitados a vivir en un mundo ordenancista, y a la vista de tan variadas situaciones como acaban de recogerse, no extrañará que nos formulemos la pregunta de quién determina –si es que hay alguien que lo haga– lo que debe llevarse, lo que puede llevarse o lo que, en cambio, no deba llevarse. Y es que, en efecto, va a interesarnos abordar el rico fenómeno sociológico desde el prisma de su posible disciplina jurídica. De ahí que sea legítimo que nos cuestionemos: ¿Estamos ante un sistema ordenado, con reglas, previsiones o prohibiciones, o estamos ante la espontaneidad que surge de la realidad social? Y, en la medida en que haya un ordenador, ¿quién debiera ser? Antes de indagar en la solución que ofrece hoy el sistema jurídico, bueno será hacer algunas consideraciones referentes al pasado. El último ejemplo recogido del lejano episodio histórico es bien fácil de documentar, dado que la Orden del ministro marqués de Esquilache de 3 de marzo de 1766 fue solemnemente publicada como Real decreto de 10 de marzo de 1766.⁵ Es decir, se trata de una norma específica, clara y directa, del poder superior –Esquilache había sido nombrado por Carlos III secretario de Estado del Despacho de Hacienda, confiriéndosele más tarde las carteras de Guerra y Gracia y Justicia–, con ánimo de imponerse en el territorio de los diversos reinos. Menos lineal resulta, en cambio, la respuesta en relación con otros ejemplos donde confluirán ya la iniciativa y libre espontaneidad social, ya hábitos, costumbres o normas de la más diversa especie, lo que recuerda la nota de heterogeneidad del ordenamiento jurídico, tal y como fue destacado por Santi Romano. Confluirán normas corporativas –como el Estatuto General de la Abogacía–, leyes sobre el sistema educativo, reglamentos de centros escolares, estatutos de Universidades, normas reguladoras de profesiones, ordenanzas militares,⁶ en ocasiones, el que bien podríamos denominar “Código de la Circulación”,⁷ lo mismo que el propio Código Penal: vale la

5. Voz citada, “Motín de Esquilache”, p. 1317.

6. Recuérdese que cuando en 1978 se innovó tan importante sector, las reales ordenanzas militares aprobadas por la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, disponían, entre otras previsiones, que la legislación más reciente se ha cuidado de perfeccionar y poner al día que el militar “Se esforzará en destacar por la corrección y energía militar en el saludo y por vestir el uniforme con orgullo y propiedad” (artículo 40), o que “Los militares tienen derecho a vestir el uniforme; su uso será obligatorio en todo acto de servicio, a no ser que la autoridad militar ordene lo contrario o dispense de su utilización. Con arreglo a las disposiciones vigentes para cada caso se podrá prohibir el uso del uniforme en el ejercicio de actividades ajenas al servicio” (artículo 188, dentro de la regulación de los deberes y derechos).

7. Recuérdese al efecto lo que dispone el artículo 47 del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobada por el Real decreto legislativo 339/1990, de 3 de marzo, bajo el rótulo: “Cinturón, casco y restantes elementos de seguridad”:

pena recordar expresamente cómo el artículo 324 del anterior Código Penal (texto refundido aprobado por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre) se expresaba en estos términos:

“El que usare pública e indebidamente títulos, diploma, nombramiento académico o profesional, uniformes, traje, insignia o condecoración, será castigado con la pena de multa de 30.000 a 150.000 pesetas.

“El uso indebido de hábito eclesiástico o religioso, tanto por seculares como por clérigos y religiosos a quienes estuviere prohibido por resolución firme de la Autoridad eclesiástica oficialmente comunicada al Gobierno, será castigado con la pena de prisión menor.”⁸

Y la lista sigue con un sinfín de fórmulas: a veces se da valor normativo a la incorporación de algún pasaje de los viejos “libros sagrados”, sin que falte espacio para la libre determinación y la espontaneidad, aunque, sobre todo, diría que con carácter muy amplio, tal ha sido un espacio que ha venido siendo encomendado con profusión, por unas y otras leyes, a las autoridades municipales, que han solido desarrollar su competencia a través de las ordenanzas municipales, que hoy, como han destacado los observadores y estudiosos, y como luego se dirá, tienden a espesarse y a ser muy detallistas y minuciosas. Hoy, la búsqueda de seguridad y el amplio reconocimiento de las titularidades individuales, así como el consecuen-

“Los conductores y ocupantes de vehículos a motor y ciclomotores están obligados a utilizar el cinturón de seguridad, el casco y demás elementos protectores en las condiciones que reglamentariamente se determinen”. A continuación, se dice lo mismo para los ocupantes de bicicletas en las vías interurbanas. Y luego, los artículos 116 y 118 del Reglamento general de circulación, aprobado por el Real decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, concretan y puntualizan los supuestos.

Destacaré al respecto dos notas que acreditan la buena factura de la fórmula. De una parte, la regulación asegura una solución unitaria para todo el Estado, con lo que se produce la ventaja obvia de saber a qué atenerse a lo largo de todo el territorio nacional. No en balde, con acierto, “tráfico y circulación de vehículos a motor”, figuran como materia de competencia del Estado, en el artículo 149.1.21.^a

De otra parte, la fórmula respeta con corrección las exigencias del principio de legalidad.

8. Lo que todavía se sigue reflejando en el actual Código Penal, aprobado por la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre –y en tantas ocasiones modificado–, cuyo artículo 637, si bien ahora dentro del libro de “las faltas”, dispone: “El que usare pública e indebidamente uniforme, traje, insignia o condecoración oficiales, o se atribuyere públicamente la cualidad de profesional amparada por un título académico que no posea, será castigado con la pena de arresto de 1 a 5 fines de semana o multa de 10 a 30 días”. Como “delito”, aparece el de quien “utilice indebidamente o de modo pérfido bandera, uniforme”, etc., en una serie de supuestos, “con ocasión de un conflicto armado” (artículo 612.5). Por otro lado, el artículo 554.2, al determinar quiénes “se entenderán por fuerza armada”, explica que serán “los militares que vistiendo uniforme...”.

te valor otorgado al principio de legalidad, tienden a conducir a sistemas muy reglamentistas, con el afán de prever todo en todos sus detalles. Está claro que en otros tiempos no se contemplaban muchas de las conductas referidas porque a nadie se le hubiera ocurrido ponerlas en práctica, aparte de que la libre interpretación por autoridades y agentes era suficiente para asegurar un sistema de prohibiciones allí donde aparecieran conductas consideradas inconvenientes.

Será útil recordar alguna de estas habilitaciones legales que daban pie a un amplio juego. Así, por ejemplo, la anterior Ley de costas, la 28/1969, de 26 de abril –expresamente derogada por la actual Ley 22/1988–, disponía especialmente en su artículo 17 que la policía de moralidad, higiene y seguridad, ornato y limpieza, correspondería a los ayuntamientos. Lo que me lleva a viejos recuerdos personales de mi adolescencia, que cuando viajaba a Bilbao, a casa de mis tíos, si ibas a bañarte a las playas del entorno, había que tener cuidado, pues el traje de baño debía ser con tirantes, de modo que prácticamente cubriera el pecho, algo cuidadosamente vigilado por la Policía municipal.

Por otro lado, y desde una perspectiva más general, se recordará la amplitud de la fórmula de habilitación municipal del artículo 101 de la anterior Ley de régimen local, texto articulado y refundido aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955, tanto del apartado primero –“el gobierno y la administración de los intereses peculiares de los pueblos”– como del inciso final del apartado segundo: “Cualesquiera otras obras y servicios que tengan por objeto el fomento de los intereses y la satisfacción de las necesidades generales y de las aspiraciones ideales de la comunidad municipal”.⁹ Amplitud de fórmula que con todo no impediría, como certeramente apuntó García de Enterría al estudiar “El servicio público de gas”, en su conocida conferencia de Sevilla, el efectivo vaciamiento de las competencias locales que pasaban a ser desempeñadas por órganos de la Administración General del Estado.¹⁰ De todas maneras, la enumeración de “fines” que depara el 101.2,

9. Véase Cirilo MARTÍN-RETORTILLO GONZÁLEZ, *Ley de régimen local (texto refundido de 1955)*, Aguilar, Madrid, 1958, quien advertía cómo, “por otra parte, alguna de las materias que menciona como propias de la competencia municipal están hoy absorbidas por servicios del Estado, de tal forma que el contenido municipal se reduce, en muchos casos, al mero derecho de petición o se concreta en un simple informe que desgraciadamente, en muchos casos, no es tenido en cuenta por los organismos que tienen la función resolutoria” (p. 58).

10. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Problemas actuales de régimen local*, 1.ª edición –en la 2.ª edición de 1986 advierte el autor: “Siento cierta debilidad personal que espero se me disculpe (...) por este pequeño libro que ahora se reedita”, p. 9–, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1956. En concreto, afirmaría: “Estamos ante un caso más, y de la máxima significación general, dada la tradición de este servicio, del parece que fatal proceso de vaciamiento paulatino de la competen-

es bien expresiva. Entre ellos encontraremos: policía urbana y rural, mejora de las costumbres, fiestas religiosas y profanas tradicionales, salubridad e higiene, piscinas y baños públicos y fomento del turismo. Tan amplios conceptos deparaban soporte obvio para nutrir las correspondientes ordenanzas municipales, reguladas con detalle en la propia Ley de régimen local en los artículos 108 y siguientes, con especial referencia a las multas por infracción de las mismas en el artículo 111.

Una vez que, en principio y con todas las reservas, la Ley de régimen local ha cubierto el ámbito normativo y ha diseñado el espacio competencial, creo ofrece especial interés detenerse en el Reglamento de servicios de las corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (lo que nos hace recordar una vez más la calidad de juristas como el profesor don Manuel Ballbé Prunes, que tan activa participación tuvo en su elaboración).¹¹ En sus preceptos iniciales hay una serie de disposiciones del mayor interés, que conviene recordar, en cuanto están pensados para abrir la puerta, de manera racional, a las actuaciones municipales, en el desarrollo de las previsiones legales y en el espacio de sus competencias, y que van a marcar criterios de actuación e interpretación del mayor interés. Con la particularidad, como luego se advertirá, de que si es una vieja norma con ideas modernas, en gran medida continúa en vigor, por lo que puede seguir aportando pautas de interpretación de indiscutible validez.

En una visión sistemática de los preceptos iniciales del Reglamento, que son los que ahora interesan, bajo el expresivo rótulo de “Intervención administrativa en la actividad privada”, que es el que corresponde al título primero, y al abordarse las “Disposiciones generales”, en el capítulo primero, podrían ofrecerse los cinco siguientes puntos destacables.

A) Ante todo una habilitación para que los ayuntamientos puedan intervenir la actividad de los administrados, entre otras diversas circunstancias, “en el ejercicio de la función de policía, cuando existiere perturbación o peligro de perturbación grave de la tranquilidad, seguridad, salubridad o moralidad ciudadanas, con el fin de restablecerlas o conservarlas” (artículo 1.1.º). Entra de lleno, por consiguiente, el viejo título de la policía administrativa, fórmula de tanto arraigo en el

cia municipal, que, no obstante las rotundas fórmulas legales de plena autonomía, va siendo imperterbablemente despojada de su contenido efectivo” (p. 78).

11. Y que tan tempranamente fue objeto de los elogiosos comentarios del profesor don Manuel CLAVERO ARÉVALO, en las páginas del número 19 (1956) de la *Revista de Administración Pública*, bajo el título: *El Reglamento de servicios de las corporaciones locales de 17 de junio de 1955*, p. 287 y ss.

gobierno de “la polis”, con tan variadas opciones para la Administración municipal, como se deduce ya de la amplitud de la fórmula utilizada.

B) Importante también la proclamación inequívoca, que evidencia una modernidad encomiable, que viene a continuación, de que tales intervenciones en la actividad de los administrados “se ajustará, en todo caso, al principio de igualdad ante la ley” (artículo 2).

C) Otro canon que parece imprescindible es el del artículo 4, al recalcar que la competencia para dichas intervenciones “se ejercerá mediante la concurrencia de los motivos que la fundamentan y precisamente para los fines que la determinen”. Ya estaba allí la destacada regla de la “motivación”, sobre la que tanto se ha insistido luego, y que hoy luce de lleno en normas decisivas, y que ha llegado incluso al artículo 41.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. No menos sensibles los autores del precepto a las notables consecuencias que la doctrina del Consejo de Estado francés había venido extrayendo de la noción de “desviación de poder”, que lleva a que, de forma expresa, se recalque la funcionalidad de los fines que orientan toda la actividad administrativa.

Tras la enunciación dogmática de los principios comentados, aún se recalca a continuación (artículo 6.1), en una tónica un tanto reiterativa, que cuando el ejercicio de las competencias se plasme en actuaciones concretas, “El contenido de los actos de intervención será congruente con los motivos y fines que lo justifiquen”. Con lo que se ofrece una interesante mezcla de criterios de funcionamiento, a tener en cuenta por autoridades y funcionarios locales, y a la par de criterios para el posible enjuiciamiento y control de la actividad contemplada. No sin recordar que si en aquella época no era tarea fácil el control de las Administraciones, muy diferente sin duda de lo que lo es ahora, en el ámbito local, en cambio, las opciones de control jurisdiccional ofrecían menos cortapisas que en otros sectores.

D) Se ofrecía igualmente un esquema de “los medios”, o de los instrumentos jurídicos a través de los cuales actuar dicha intervención, apareciendo en el artículo 5 la clásica referencia a: a) ordenanzas, reglamentos y bandos de policía y buen gobierno; b) la técnica de sometimiento a previa licencia, así como, c), la mención a las órdenes individuales.

E) Concluiré este escueto recorrido con otra mención sobresaliente, auténtico adelanto, a la vista de los vientos que corrían, que me lleva a recordar una vez más el auténtico papel de pioneros que algunos administrativistas desempeñaron

a la hora de ir introduciendo, paulatinamente y en la medida en que se podía, las pautas propias del Estado de Derecho. En efecto, una vez que en el apartado primero del artículo 6 se ha insistido en la congruencia de los actos de intervención con los motivos y con los fines, sentenciará el apartado segundo:

“Si fueren varios los admisibles, se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual.”

Tras recalcar, sin cortapisas, esta importante consagración del *favor libertatis*, en el Reglamento de servicios, concluyo esta reconfortante ojeada, un tanto selectiva y casuística, a algunas de las respuestas que venía dando antaño el ordenamiento jurídico a nuestro tema. Pero me interesa recalcar, sobre todo, que en aplicación de dicha legalidad, y por prescindir ahora de otros supuestos, en lo que concierne en concreto a los ayuntamientos, se había asumido con normalidad que en las ordenanzas municipales –desde las distintas denominaciones asumidas, tantas veces como “Ordenanzas de Buen Gobierno”– en numerosas ocasiones se reglamentaba la conducta de los ciudadanos estableciéndose opciones o prohibiciones que tenían que ver con algunas de las prácticas sociales señaladas al comienzo.¹²

3. El sistema constitucional

Lo que se acaba de señalar correspondía al pasado, pero habrá que afrontar el presente. ¿Se seguirán manteniendo las opciones señaladas? ¿Habrá base para seguir afirmando el protagonismo municipal? Lo primero que hay que considerar es que se han producido bien significativos cambios normativos, y es que, obviamente, nuestro análisis tiene que tomar como punto de partida imprescindible la entrada en vigor de la Constitución de 1978. Con su advenimiento, el panorama jurídico se renovó de manera consistente, con el importante efecto escoba de barrer todo lo que resultara incompatible con la misma. A su vez, en ella se hallarán las bases para deducir la respuesta normativa así como la competencial, pero antes de entrar en ello convendrá resaltar inicialmente otro aspecto decisivo de la Constitución, obvio a estas alturas, por lo demás, que va a iluminar de forma determinante el campo que nos interesa estudiar. Si es verdad que apuesta por

12. Sobre la importancia y significado de las ordenanzas municipales, véase Antonio EMBID IRUJO, *Ordenanzas y reglamentos municipales en el Derecho Español*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1978, así como el prólogo que tuve el gusto de poner a dicho libro, recogido ahora en mi reciente libro que cito luego en nota 16.

un sistema de orden para asegurar la convivencia, lo que implica sin duda muy notables consecuencias, lo que es preciso destacar ahora es el lugar descollante que va a ocupar la libertad: a partir de la Constitución, la libertad pasa a presidir sin excusas todo el sistema jurídico del Estado. Recuérdese que el primero de los “valores superiores del ordenamiento jurídico” que proclama el artículo inicial, es la libertad. Nótese, asimismo, el énfasis que se pone en “el libre desarrollo de la personalidad”, cuando el artículo 10.1 abre el título dedicado a los derechos y deberes fundamentales. Y, obviamente, la libertad se realza en sus diversas opciones cuando la famosa sección primera del capítulo segundo del título primero pasa a enumerar los concretos derechos fundamentales y libertades públicas. Recordaré, ante todo, la libertad en general, frente a cualquier variante de privación a través de detenciones (artículo 17), pero no menos importantes para nuestro análisis resultan en concreto el derecho a la intimidad personal (artículo 18), el derecho a la libertad ideológica y religiosa (artículo 16) o el derecho a la libertad de expresión en sus variadas fórmulas (artículo 20).

Se impone, en suma, recalcar el peso que adquiere en el sistema jurídico la libertad, y las variadas y casi incalculables opciones en que se desarrolla. Lo que me lleva a observar de paso el énfasis que, para la mejor defensa de aquella, va a ponerse en “el principio de legalidad”, con sus diversas funcionalidades, que pasa a convertirse en elemento jurídico decisivo de nuestro ordenamiento. Fortalecimiento de la libertad que no nos impide reconocer la conclusión obvia de que derechos y libertades tienen límites y, bajo determinadas condiciones, tienen que estar dispuestos a soportar algunas injerencias.¹³ Salvando las distancias, y a efectos conceptuales, puede ser oportuno recordar el esquema del Convenio Europeo de Derechos Humanos, del Consejo de Europa, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, sin perjuicio de su vigencia directa en España y sin perjuicio de que, como enseguida se dirá, las reglas constitucionales españolas sigan su impronta. En efecto, el Convenio, al codificar muy cualificados derechos y libertades, tras un apartado primero en que se sustentan sus amplias opciones y posibilidades, admite luego un apartado segundo que abre la puerta a injerencias y restricciones, bajo determinados requisitos y circunstancias, como sucede en concreto, entre otros, con los artículos del 8 al 11, al proclamar, respectivamente, el respeto al derecho a la vida privada, la libertad de pensamiento de conciencia y de religión, la libertad de expresión y la libertad de reunión y asociación. A lo largo de los referidos

13. Sobre las limitaciones propias de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, me remito a mi trabajo: “Los derechos fundamentales y la Constitución a los 25 años”, recogido ahora en mi libro: *Los derechos fundamentales y otros estudios sobre derechos humanos*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009, p. 308.

apartados segundos, el Convenio autoriza, excepcionalmente, injerencias en los derechos y libertades, si se cumplen los tres siguientes requisitos (que provienen directamente de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, artículo 29.2): 1) que haya una previsión normativa para la injerencia; 2) que venga justificada por determinados fines concretos, que se enuncian taxativamente, y 3) que se trate, con todo, de medidas necesarias en una sociedad democrática, con lo que se quiere asegurar el canon de la proporcionalidad. Siendo de recordar que entre los fines que se enumeran se incluyen, entre otros, en unos u otros casos, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, así como la protección de los derechos y libertades de los demás.

Similar esquema de opciones y posibles restricciones se ofrece también, como se indicaba, en el orden constitucional español. Se mencionaba antes el libre desarrollo de la personalidad –del artículo 10.1–, lo que no debe hacernos olvidar que inmediatamente a continuación viene “el respeto a la ley y a los derechos de los demás”. Paradigmático resulta al respecto el alcance del apartado 4 del precepto que, con tanta largueza, reconoce las variadas opciones de la libertad de expresión, el artículo 20. Recuérdese dicho apartado:

“Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.”

En sentido similar, el artículo 16, al garantizar la libertad ideológica, religiosa y de culto, recalca que lo hace “sin más limitación en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”.

Valga lo mencionado como muestra, sin perjuicio de reconocer, aunque no nos detengamos ahora en ello, que al codificarse los diversos derechos y libertades no es inusual que se consagren posibles límites y restricciones.

4. Reforzamiento del protagonismo municipal en el sistema constitucional

Por otra parte, y desde otra perspectiva, la Constitución española, como ha sido reiteradamente señalado, dedica especial atención a los municipios en el esquema organizativo del Estado, concediéndoles mención expresa en ese precepto decisivo

a la hora de diseñar la organización territorial del Estado, cual es el artículo 137, para, un poco más adelante, en el artículo 140, conformar minuciosamente su organización, recalcando en ambas ocasiones el dato decisivo de la autonomía. Luego, en desarrollo de las previsiones constitucionales, la Ley reguladora de las bases de régimen local, la 7/1985, de 2 de abril (en adelante, LRBRL), asume la misma tónica de seguir destacando el protagonismo del Ayuntamiento en la gestión de la vida social a lo largo del territorio, contando además con que cualquier punto del Estado va a estar integrado en un municipio. No hay más que comprobar el contenido del artículo primero de la citada Ley para confirmar el significado de la gestión que los ayuntamientos deben realizar de los intereses propios de las diferentes colectividades, como entidades básicas de la organización del Estado.

Hay que tener presente, en todo caso, que, tras la Constitución, el sistema normativo y de organización del Estado resulta hoy más complejo a la vista del importante impulso descentralizador, que hace que las comunidades autónomas ostenten destacadas competencias en el sector estudiado, con la opción también de modular intensamente el sistema de organización local. Advertido lo cual, señalaré que para estas breves reflexiones será suficiente con ceñirnos a la normativa del Estado aplicable a todo el territorio nacional, dado que las especialidades autonómicas van a desarrollarse en general en el marco de aquella.

En el complejo sistema estatal de reparto de competencias, la alambicada fórmula del artículo 25 LRBRL implica que el municipio seguirá ostentando competencias, entre otras, en las siguientes materias: seguridad en lugares públicos, protección civil, salubridad pública, actividades e instalaciones culturales y deportivas, ocupación del tiempo libre, turismo, etc. Previsiones globales, que luego hay que ensamblar con las sectoriales, del Estado o de las comunidades autónomas, como cuando la Ley de costas, la 22/1988, establece en su artículo 115 la competencia municipal en lo referente a limpieza, higiene, salubridad y seguridad. De recordar también, en otra línea, lo que dispone la legislación sobre seguridad pública, en relación con la cual nos bastarán dos muestras:

De una parte, la Ley orgánica de protección de la seguridad ciudadana, 1/1992, de 21 de febrero, al referirse en el artículo 2 a las autoridades competentes en materia de seguridad ciudadana, una vez que el apartado primero se ha referido a las pertenecientes a la Administración General del Estado, puntualiza en el apartado segundo:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, las autoridades locales seguirán ejerciendo las facultades que les correspondan, de acuerdo con la Ley

orgánica de fuerzas y cuerpos de seguridad y la legislación de régimen local, espectáculos públicos y actividades recreativas...”.

De otra parte, en la Ley orgánica de fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, 2/1986, de 13 de marzo, cuando el artículo 53 enumera las funciones de los Cuerpos de Policía Local, se refiere expresamente, entre otras, a “Policía administrativa, en lo relativo a las ordenanzas, bandos y demás disposiciones municipales dentro del ámbito de su competencia”.

Concluiré esta ojeada con una nueva referencia que se añade a la LRBRRL a través de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, en la idea de dotar de soporte normativo suficiente a las modalidades sancionadoras previstas en las ordenanzas municipales. Cuando el nuevo artículo 139 aborda, como dice su rótulo, la “tipificación de infracciones y sanciones” referentes al incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las correspondientes ordenanzas, comienza su exposición aludiendo a “la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local”.

Por otra parte, no será ocioso recordar que, dentro del nuevo panorama, la Constitución resulta respetuosa con el Derecho anterior que pudiera ser útil todavía. Tal sería el ejemplo del Reglamento de servicios de las corporaciones locales de 1955. Los demás reglamentos locales fueron renovados, pero no así el de servicios. Lo que representa que, salvo aquellos preceptos que resultan contradictorios con la nueva legalidad, los demás van a mantener su vigencia. Algunas comunidades autónomas han dictado la norma que viene a sustituirlo, por lo que no será de aplicación en su territorio, pero no así en el resto de comunidades autónomas, donde se puede entender perfectamente que los preceptos antes transcritos mantienen su vigencia.

En resumen, la Constitución ha abierto una etapa con significativas novedades, pero el protagonismo municipal ha sido consolidado, y aún diría potenciado, con la expresa referencia a la autonomía, lo que hace, en concreto, que las ordenanzas municipales continúen jugando un papel muy activo en la vida social.¹⁴

Dentro de ese panorama se puede recordar, por ejemplo, el destacado significado desempeñado recientemente por las ordenanzas municipales en la “política de civismo”, línea tan positiva emprendida en los últimos años por no pocos ayun-

14. Sobre el alcance y significado ahora de las ordenanzas municipales, véase recientemente: Antonio EMBID IRUJO, *La potestad reglamentaria de las entidades locales*, Iustel, Madrid, 2010.

tamientos, como han estudiado agudamente, entre otros, Juan Pemán Gavín y Joan Manuel Trayter Jiménez.¹⁵ Ambos autores han destacado la importancia del citado movimiento, el significado cívico y social que representa y, por decirlo así, el dato relevante de que haya quienes, como los ayuntamientos, asuman lo que venía siendo un destacado vacío en el funcionamiento del Estado. A la patética pregunta: ¿de quién es la calle?, que ha sido objeto de tan diferentes respuestas, entiendo que la contestación más acertada es que, para que la calle sea de todos y no se la apropie nadie, se organiza como un bien de dominio público, de titularidad municipal, destinado al uso común general,¹⁶ y de ahí la responsabilidad municipal para su correcta ordenación. Relieve, así, de las ordenanzas municipales, y significado bien ejemplificador como instrumento para la tan positiva policía de civismo –y sería una pena que la crisis económica viniera a amenguar su fuerza–, pero en relación con la cual los dos autores recién citados han advertido que no se han cuidado con rigor todos sus detalles, apareciendo algunos flancos descubiertos en cuanto a las exigencias del principio de legalidad. Como puntualiza Pemán Gavín, “En algunos temas específicos la legislación estatal debería establecer determinaciones más específicas, en cuya ausencia los ayuntamientos se encuentran muy limitados para abordar la problemática correspondiente”. Y, algo más adelante, muy certeramente: “Estos mayores desarrollos del marco legislativo común tendrían en estos momentos un efecto doble, en ambos casos positivo a mi juicio. Por un lado, limitarían en alguna medida la autonomía local e impondrían cierto grado de homogeneidad a nivel estatal en determinadas cuestiones. Pero a su vez, contribuirían a una mayor ‘armadura’ y clarificación de las potestades municipales, lo que situaría a los municipios en un marco jurídico más perfilado y de mayor seguridad jurídica”.¹⁷ Me parece del mayor interés resaltar este doble aspecto: de una parte, el necesario respeto al principio de legalidad, habilitando adecuadamente lo que sean injerencias de significado, que quedarían así no al

15. Juan PEMÁN GAVÍN, “Ordenanzas municipales y convivencia ciudadana. Reflexiones a propósito de la Ordenanza de civismo de Barcelona”, en el volumen colectivo coordinado por Luis MARTÍN REBOLLO, *Derechos fundamentales y otros estudios sobre derechos humanos*, I, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009, p. 497 y ss.; del mismo Juan PEMÁN, últimamente, *La política de civismo de los ayuntamientos españoles. Entre policía, acción social y educación cívica*, ponencia expuesta en el Seminario “30 años de ayuntamientos democráticos, con especial referencia a los derechos de los ciudadanos”, celebrado en el Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense, en 2010, por cuya versión se cita, aparecida luego en la *Revista Aragonesa de Administración Pública*; Joan Manuel TRAYTER JIMÉNEZ, *Las ordenanzas cívicas: especial referencia a la Ordenanza de convivencia ciudadana de Barcelona*, en el volumen colectivo que se acaba de citar, I, p. 537 y ss.

16. Me remito a lo que exponía en 2006 en el prólogo al libro de Fabio PASCUA, *Derechos políticos y fuerzas armadas*, recogido ahora en mi libro, *Del Derecho Administrativo de nuestro tiempo*, Civitas, Madrid, 2010, p. 383.

17. Juan PEMÁN GAVÍN, *La política de civismo*, cit., p. 28.

albur de lo que diga cada una de las ordenanzas municipales, sino de lo que haya dispuesto el oportuno legislador. Fórmula esta que incide también sobre el otro aspecto a reseñar: el que la situación concreta responda a lo que ha determinado el legislador, más si se trata del legislador nacional, y no a lo que decida cada ordenanza, asegura también una homogeneidad de respuesta, ausplicable en aspectos de cierto significado.

Nuestro país es ciertamente complejo, está experimentando cambios vertiginosos en la convivencia –lo que sucede también en no pocos países de nuestro entorno cultural–, y es un hecho la instalación, a veces masiva, de personas venidas de fuera, que traen sus hábitos y costumbres, sus usos y, en ocasiones, especiales vestimentas, arraigadas, en ocasiones, por pura costumbre, y otras veces, por razones religiosas. Puede suceder que, en algunos casos, no resulte fácil la convivencia, del mismo modo que no resulta sencillo integrar a una población foránea muy populosa, a no ser que se hagan las cosas bien, lo que es complicado, pero tarea en la que es dable observar muy encomiables esfuerzos. Pero a veces salta la chispa y explota el conflicto, sobre todo cuando hay atizadores dispuestos a ello. Acaso se detecten brotes de xenofobia. Aparte de que en ese complejo mosaico de situaciones, a veces, cuando se aproximan los periodos electorales, puede hacer su aparición la demagogia y se producirán extrañas reacciones. En tales tesituras, puede caber la duda de si alguna modificación que se ha llevado sin madurar demasiado a la ordenanza municipal tiene efectiva justificación, de acuerdo con los criterios de que luego se hablará, o es respuesta intencionada para de alguna manera impedir o cercenar algunas de esas costumbres foráneas. Por ejemplo, a veces podemos leer que se ha llevado a la ordenanza municipal un precepto de este tenor:

“La normativa reguladora de los servicios y de los usos de los edificios y equipamientos municipales podrá limitar o prohibir el acceso o la permanencia en los espacios y locales destinados a tal uso a las personas que lleven velo integral, pasamontañas, casco integral u otras vestimentas y accesorios que impidan o dificulten la identificación y la comunicación visual de las personas.”

No sería extraño incluso que la medida y la intención a que responde sea popular o tenga detrás un amplio coro de defensores.¹⁸ Surgirá entonces la duda: ¿Se está ante una norma positiva dictada para garantizar la seguridad y afianzar la convivencia o, en cambio, de manera velada se apunta a la prohibición de alguna vestimenta habitual en lejanas tierras cuya utilización choca aquí? El precep-

18. Recuérdese, en efecto, lo que se dice en la nota siguiente.

to transcrito, que está tomado de una reciente reforma introducida en la Ordenanza municipal de civismo y convivencia de la ciudad de Lleida, aparecida en el correspondiente Boletín Oficial de la Provincia de 13 de noviembre de 2010 (nueva redacción del artículo 26.2 y, en sentido similar, de los artículos 27.9 y 102.25),¹⁹ se halla en términos similares en ordenanzas de otras ciudades y pueblos.

Todo ello está haciendo que el mundo de las ordenanzas locales esté siendo objeto de una cierta contestación, al entenderse por algunos que presenta flancos débiles. No se olvide que, como expresamente prevé el Reglamento de servicios, se trata de intervenir la actividad de los administrados, y que esta intervención puede resultar muy intensa y gravosa: es obvio que las ordenanzas municipales pueden llegar a predeterminar la vida social de manera determinante. De ahí el complemento necesario, y tan sabio, del Reglamento de servicios, en el sentido de que la intervención resulte lo menos restrictiva posible de la libertad individual.

El dato real es, insisto, que la indeterminación que los autores citados advertían, o la reciente oleada a que acaba de hacerse referencia, han puesto en marcha una cierta litigiosidad, lo que está provocando las correspondientes respuestas de los tribunales, algunos de cuyos fallos se ofrecen en los trabajos citados, y de otros da referencia la prensa cotidiana, dada la actualidad del tema. Por ejemplo, cuando estas páginas se escriben, la prensa da noticia de la suspensión cautelar por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por auto de 12 de enero de 2011, tras el correspondiente recurso, del citado acuerdo municipal por el que se aprobaron los preceptos de la Ordenanza de Lleida que se citaban. En efecto, el Tribunal, dejando bien claro que solo se pronunciará en cuanto al fondo en su momento, valora la oportunidad de la suspensión cautelar en los términos siguientes:

“Debemos llevar a cabo por tanto, la necesaria ponderación de los intereses en conflicto en este caso concreto. Entiende el Tribunal que, tal y como alega la [asociación] recurrente, la aplicación de la modificación de la Ordenanza impugnada podría comportar perjuicios si no irreparables, en todo caso de muy difícil reparación para aquellas personas a las que se impidiera el acceso a determinados espacios municipales, como mercados, bibliotecas, medios de transporte o escuelas, si el recurso se viera finalmente estimado, en tanto que la suspensión cautelar

19. La reforma había sido aprobada por el Pleno del Ayuntamiento en sesión celebrada el 8 de octubre de 2010, por 24 votos a favor (de los grupos municipales PSC, CiU, PP y de un concejal no adscrito), un voto en contra (del grupo municipal ICV-EUiA) y dos abstenciones (del grupo municipal ERC).

no genera perjuicio alguno para el interés general o público, pues desde luego la obligación de todo ciudadano de identificarse a requerimiento de autoridad o funcionario legitimado viene impuesta por la legislación vigente, y por tanto el mantenimiento del orden público y de la seguridad ciudadana en nada se ven afectados por la suspensión.”

Con tal motivación, se llega a la conclusión de justificar la suspensión cautelar de la eficacia y ejecutividad del acuerdo del Pleno del Ayuntamiento controvertido, en espera de lo que decida en su día la correspondiente sentencia.

5. Breve referencia a las enseñanzas de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Desde otra perspectiva, no resultará ocioso recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene ocupándose desde hace unos años de la cuestión de los atuendos, sobre todo desde el punto de vista de la libertad religiosa. Del tema me he ocupado con detalle en otras ocasiones, por lo que valdrá una mera remisión genérica a mis trabajos,²⁰ limitándome ahora a una sucinta síntesis de los resultados alcanzados.

Debo decir que cada sentencia del Tribunal Europeo aborda el caso desde el punto de vista de las circunstancias peculiares y de la legislación imperante en cada país, por lo que no resulta lícito querer generalizar sin más las respuestas. Podrán extraerse criterios orientativos, pero cada nuevo caso hay que resolverlo a la luz de sus circunstancias concretas, tanto en lo fáctico como en lo normativo.

Así, en países o territorios donde impera como principio constitucional el de laicidad –como Francia, Turquía o el Cantón de Ginebra en Suiza–, se ha dado por bueno que, en el campo de la educación, ni los docentes ni los alumnos –generalmente se trata de chicas, pero no siempre– lleven prendas ostensibles que acrediten una determinada adscripción religiosa, aunque sí se admiten en cambio pequeños testimonios, como medallas, insignias, etc., lo que ha afectado a mu-chachas de religión musulmana, pero también a varones, en relación con la barba,

20. Véase 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*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2007, en cuyo capítulo III, p. 57 a 90, se aborda precisamente “El problema del velo islámico”; más recientemente, puede verse el trabajo que cito luego en la nota 23.

así como a chicos de creencia sij, en relación con sus turbantes. Es de destacar que en Francia, tras numerosos titubeos e intentos de solución casuística en cada centro, el problema ha sido abordado recientemente por una Ley clara y didáctica, la Ley sobre la laicidad, de 15 de marzo de 2004, que trata de explicar el sistema de integración y convivencia sin marcar distinciones. Solución perfectamente trasladable a otros países en la idea de subrayar la neutralidad que debe imperar en los centros públicos de enseñanza, especialmente en los grados inferiores. También ha justificado dicha jurisprudencia que los mismos criterios prohibitivos se hayan extendido en dichos países a quienes trabajan en la función pública.²¹ La justificación de las restricciones proviene, en general, de la idea que antes se recogió de que derechos y libertades no son absolutos, sino que tienen sus límites. En concreto, la libertad religiosa no ampara cualquier conducta, sino que debe reconocer también límites, cuando estén justificados de acuerdo con los criterios que se señalaban. Y es que, si en general se reconoce un gran impulso a la libertad religiosa, se conviene también en que hay espacios o actividades en que aquella no tiene por qué aparecer.²²

Interesante e inequívoca resulta la jurisprudencia emanada a la vista de las razones de seguridad. Tanto en relación con los controles de seguridad en un aeropuerto –asunto “Phull c. Francia”–, o en el acceso al consulado francés en Marraquech –caso “Fátima El Morsli c. Francia”, 4.III.2008–, se justifica que a una señora de religión mahometana se le haya hecho quitarse el velo. Lo mismo, en relación ahora con hombres, de religión sij, se considera correcto que hayan debido quitarse el turbante para hacerse la fotografía para el carné de conducir –decisión “Shingara Mann Singh c. Francia”, 3.XI.2008–, o ante la necesidad de ponerse el casco obligatorio para poder conducir su motocicleta.²³

La sentencia más reciente atinente a esta problemática, según mi cuenta, ofrece un asunto bien interesante: 117 integrantes de una organización religiosa de reciente creación, en la línea del Islam, confluyen en una mezquita de Ankara para participar en una ceremonia religiosa, ataviados con las vestiduras propias de su

21. Me remito a mi citado libro: *La afirmación de la libertad religiosa en Europa*, p. 65 y ss., y 82 y ss.

22. Recalco que tienen que darse los tres requisitos que antes se señalaban y sobre los que luego se insistirá, pero la afirmación que se acaba de recoger en el texto es una de las conclusiones que aparecen inequívocamente en mi reciente libro: *Estudios sobre libertad religiosa*, Editorial Reus, Madrid, 2011, al contemplar muy variados supuestos.

23. Véase mi trabajo: “Los atuendos de significado religioso según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *El Cronista*, núm. 13, 2010, p. 14 y ss., trabajo recogido ahora en mi libro: *Estudios sobre libertad religiosa*, cit., p. 199 y ss.

religión: túnica y turbante negro, así como un cayado, con lo que dicen imitar la vestidura de los principales profetas, entre ellos, Mahoma. Y a la salida, recorren la ciudad así vestidos, provocando ciertos incidentes. El Gobierno quiso ver en esa salida una provocación de fundamentalistas, y tras privarles de libertad les sancionó. El Tribunal Europeo, al resolver el asunto en la sentencia “Ahmet Arswlan c. Turquía”, 23.II.2010, da un buen varapalo al Gobierno, al considerar que los hechos no evidenciaban una alteración real del orden público, por lo que, en ausencia de circunstancias especiales, al no tratarse ni de profesores en la escuela, ni de funcionarios en su servicio, al no tener además lugar los hechos en un centro público, su libertad religiosa –o simplemente “su libertad” a secas, añadiría yo– les habilitaba para una variedad de opciones, como vestir los hábitos propios de su religión, asunto por el que no deberían ser molestados en absoluto.

En resumen, siempre en tensión en estos casos el enfrentamiento entre la libertad y otros bienes jurídicos que deben ser protegidos sin falta, como la seguridad, el orden público o el respeto a los demás. Este último caso ofrece un claro posicionamiento, decantándose por el criterio del *favor libertatis*, en el sentido de que, en ausencia de circunstancias cualificadas que exijan ser tomadas en cuenta, el panorama estaría presidido por dos reglas decisivas: la opción de los ciudadanos de decantarse en libertad por sus alternativas, y paralelamente, del otro lado, y cuando no estén en juego otros valores, insisto, el viejo criterio liberal de que los órganos públicos permanezcan en un complaciente dejar hacer.

6. El cuádruple contraste a tener en cuenta: competencia, soporte normativo, fines legítimos y proporcionalidad

El actual sistema jurídico del Estado, en general y, desde luego, en cuanto al caso español se refiere, parte de la importancia que debe adquirir el principio de seguridad jurídica: la aspiración de que se clarifiquen las situaciones de manera que unos y otros puedan saber a qué atenerse. De lo que antes se dijo, se deduce con claridad que el municipio ostenta inequívoca competencia en la materia estudiada y aparece dotado de los instrumentos jurídicos necesarios, aunque habrá que verificar en cada caso que la habilitación se desarrolle en los términos permitidos por la ley. Lo que implica que la cuestión de los límites cobra significativo relieve, ese saber qué está permitido y dónde comienza la barrera infranqueable. Lo que se desdoblará en una posible doble operación, dado que el problema de los límites de la habilitación arrastra como corolario hoy inseparable la secuela de los controles. ¿Con qué criterios habrá que contar para intentar dilucidar la situación? Resulta decisivo que autoridades y funcionarios sepan adónde pueden llegar,

adónde deben llegar sin falta y, por lo mismo, cuándo y dónde no deben interferir. Del mismo modo que resulta decisivo que los ciudadanos puedan saber a qué atenerse y reglar así sus conductas, los ciudadanos como tales, en general, o bien según se hallen en determinadas situaciones: los que caminan por las calles de una ciudad, los alumnos de un centro público de enseñanza primaria, los cofrades que piensan desfilar encapuchados en una procesión, quienes desean estar o bañarse desnudos en la playa o en la piscina o, como último ejemplo, quienes por razones religiosas consideren normal vestirse con determinados atuendos. Todo lo que implica que resulta muy importante que se conozcan “las reglas de juego”, pues de su incumplimiento podrían derivar sanciones, siempre enojosas y molestas. Saber, por eso, con claridad, las reglas, para prepararse a respetarlas, o para defenderse en caso de sanción si se sospecha que esta carece de legitimidad. Lo que representa que además de para autoridades y funcionarios y para administrados, las reglas habrán de estar claras también para los jueces, que en tantas ocasiones van a tener la última palabra a la hora de solventar los conflictos que puedan aparecer.

Concretando lo que se viene diciendo, importa de manera cualificada el aliento de libertad para que los ciudadanos puedan “moverse a su aire”, que fue, como se recordará, uno de los fines señeros de la “Transición política”, en el intento decidido de superar tan largo periodo de carencias, pero sin desconocer el relevante papel encomendado a los órganos del Estado a la hora de tutelar y proteger una serie de valores decisivos: la normal convivencia, la vida en seguridad, el respeto a los derechos de unos y otros, el pluralismo, la salubridad, la moralidad ciudadana, el ornato, el medioambiente, etc. Por lo que, en principio, hay que partir del *favor libertatis*, pero sin dejar de reconocer que todas las libertades –también la libertad de expresión o la libertad religiosa– tienen sus límites, y pueden ser por ende objeto de contenciones o legítimas injerencias si se dan determinadas circunstancias.

Cada caso será diferente y resulta inimaginable una solución genérica de validez universal, por lo que habrá que estar muy atentos a la concreta situación fáctica y legal. Se me ocurre que, como criterio metodológico –para que las Administraciones sepan qué se espera de ellas, para que los ciudadanos conozcan sus derechos y deberes o incluso para poder defenderse en el caso de haber sido sancionados, también para que los jueces al controlar tengan acertados criterios de contraste–, resulta útil la realización de un cuádruple contraste, sin perjuicio de que se puedan utilizar otros elementos de verificación. Ante todo, la regla obvia, hoy pan nuestro de cada día del sistema de Derecho Administrativo, de verificar si la Administración que pretende actuar y, más en concreto, si el órgano especí-

fico que toma la iniciativa, resulta competente, es decir, tiene atribuida esa potestad. Una vez resuelto con carácter previo el aspecto competencial, me parece de interés adoptar la metodología que utiliza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con el triple examen a que antes me refería. De forma que, en segundo lugar, habrá que comprobar si la actuación o intervención que se pretende llevar a cabo tiene soporte normativo. En los términos del Tribunal Europeo –y en base al Convenio Europeo de Derechos Humanos–, suele hablarse de “la ley”: injerencias o restricciones “previstas por la ley”, suele decirse. Pero debo advertir que en su metodología el término ley se usa en sentido amplio, que por lo general abre espacio, además de a las leyes en sentido formal, a los reglamentos e, incluso, a la jurisprudencia. Por eso uso el término amplio de “soporte normativo”:²⁴ a veces bastará el Reglamento del centro docente, o los estatutos de la Universidad o la Ordenanza municipal. Habrá que estar a cada caso y a cada situación, incluso, cuando haga falta, a la necesaria conexión con la ley formal. En tercer lugar hay que considerar que la actuación o intervención habrá de estar presidida por unos fines legítimos expresamente previstos por el ordenamiento. Esta importancia de los fines habrá de tener una doble proyección. Ante todo entra en juego el significado tradicional de la destacada noción de desviación de poder: podría suceder que los fines alegados no fueran ciertos o bajo las apariencias se ocultaran otras pretensiones. Pero antes de ello, el relieve que se da a los fines en esta operación es que no basta cualquier fin, como los fines insitos en cada actuación administrativa, sino que los fines que sirvan de soporte han de estar expresamente previstos por el ordenamiento jurídico. Por último, no basta con que haya competencia, soporte normativo y fin legítimo especialmente previsto, sino que es preciso que la intervención o actuación de la autoridad respete también el canon de proporcionalidad.

Entiendo que este cuádruple examen resulta útil, a la par que imprescindible, a unos y otros a la hora de describir la opciones de las Administraciones Públicas,

24. Por cierto que ya a la hora de elaborar la norma será muy útil, y sumamente beneficioso para el desarrollo futuro, que se haya cuidado, a su vez, una operación previa de triple contraste. En esa lucha titánica por asegurar la “calidad de la ley” –tema que tanto interés está despertando, me remito como último testimonio al reciente Cuaderno Civitas de Piedad GARCÍA ESCUDERO, *Técnica legislativa y seguridad jurídica*, 2010–, entiendo que, a la hora de elaborar una norma, los órganos serios, sean Parlamentos, Gobiernos o Consistorios locales, habrán debido realizar un triple contraste para verificar si la norma encaja dentro del sistema de interconexión de ordenamientos jurídicos en que estamos situados: ante todo, si encaja con la Constitución, pero también si resulta adecuada con el Derecho comunitario y, a su vez, si respeta las exigencias del Convenio Europeo de Derechos Humanos. A veces, perdemos el tiempo en tonterías, pero este triple contraste me parece muy beneficioso y muy facilitador de la ulterior vida de la norma. Me remito al respecto a mi libro: *Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos. Perspectivas española y europeas*, Civitas, 2006.

a la hora de contemplar la operación desde el punto de vista de los ciudadanos, pero también como forma de actuar de los jueces en su labor de control.

Cada caso, como digo, tendrá sus exigencias. Puede ser del todo normal que el Reglamento o los estatutos de la Universidad prohíban la entrada en los centros en chancletas, o con pantalón corto, o que el Reglamento de los centros escolares haya previsto un cierto uniforme –exigiendo unas prendas o prohibiendo otras–, o que a la hora de la gimnasia o deporte se lleven o no se lleven algunas determinadas. Habrá que ver en cada caso la respuesta concreta. De hecho, se puede comprobar que están apareciendo en leyes autonómicas en materia educativa preceptos que abordan la problemática apuntada para así dejar resuelta satisfactoriamente la necesaria relación con la ley, en la medida en que sea necesaria. En este sentido, haciéndome eco de las palabras de Juan Pemán que antes se reproducían, entiendo que sería normal que algunos aspectos especialmente polémicos quedaran abordados por la legislación escolar del Estado, marcando criterios firmes y seguros para todos.

Viniendo ahora al campo municipal, es legítimo y normal que las ordenanzas tomen partido acerca de tantas de las cuestiones que encajan en el tema que estudiamos. Es normal así que se contemple la playa, la piscina o el prado, suficientemente acotado y separado para no molestar a los demás, en que se pueda estar desnudo, del mismo modo que resulta del todo lógico que prohíban el desnudo por la calle, o el ir en tanga, o con el dorso descubierto fuera de la zona próxima al mar. Parece que esto no habría ni que decirlo, pero bien sabemos con qué afán pueden aparecer los émulos de Godiva. Recuerdo cómo hará treinta o cuarenta años, cuando empezaron a reivindicarse las playas nudistas, había un profesor de una Universidad del norte, decidido paladín de la idea, que parecía que lo que quería en el fondo era que le sacaran desnudo en la televisión. El exhibicionismo puede ser aspiración legítima, pero hay que pensar siempre si no se estará molestando a los demás. Aparte del respeto a los demás, resulta lógico que, por razones de higiene, en la piscina municipal, además del traje de baño, se exija llevar gorro en la cabeza, con la excepción, claro, de los calvos o rapados.

Parece legítimo que a los cofrades que desfilan en la procesión se les permita ir encapuchados, lo mismo que quienes juegan al juego del carnaval deben poder sacarle todo el partido posible al encanto de ocultar su personalidad con el antifaz, la máscara o cualquier prenda similar. Pero, en principio, parece conveniente que eso suceda en el lugar del baile, y no en calles y plazas. Recuerdo que, hace unos años, esos patriotas vascos de cuya política ha venido formando parte con normalidad la comisión de cualquier tipo de delitos, aprovechando las alegrías del

carnaval, y la facilidad que da llevar el rostro cubierto, atracaron con toda naturalidad una sucursal bancaria a plena luz del día. Entiendo por eso que, salvo excepciones –se hablaba antes de los policías en misión–, es normal que por claras razones de seguridad y de convivencia se exija que quien circule por la calle lleve la cara descubierta. Creo que puede pensarse que el Derecho vigente que antes se mencionó da cobertura a la Ordenanza para actuar en este sentido. Con todo, y a la vista de las dudas, parece razonable que cualquiera de las normas nacionales sobre seguridad –como la citada Ley de protección de la seguridad ciudadana, la 1/1992– incluyera una referencia expresa a la medida, del mismo modo que, por ejemplo, la citada Ley determina de forma inequívoca que en el Documento Nacional de Identidad es preciso respetar “el derecho a la intimidad de la persona, sin que en ningún caso [los datos personales incluidos] puedan ser relativos a raza, religión, opinión, ideología, afiliación política o sindical o creencias” (artículo 9.3). De modo que, en principio, por razones de seguridad –y no para atender otros fines–, rostro descubierta para transitar por las calles –vida familiar y domicilio así como lugares de culto serían otra cosa–, sin que sean obstáculo para ello las exigencias de la libertad religiosa.

Por otra parte, la idea de los fines resulta decisiva, en el sentido de que la medida que se vaya a tomar habrá de estar estrictamente apoyada en un fin legítimo. La infracción del criterio daría lugar a una clara desviación de poder. Valdrán, por eso, la seguridad, la defensa de los derechos de los demás, la defensa, más en concreto, de la libertad de la mujer frente a imposiciones –como parece se ha pronunciado recientemente la titular del defensor del Pueblo–, en suma, todos los fines legítimos, pero con ellos se acaba la habilitación. No vale el querer erradicar costumbres de lejanos países o el intentar poner coto a atuendos de alguna religión. El Estado, en todos sus niveles, incluidos por ende los municipios, tiene que respetar el principio de neutralidad propio del pluralismo que hoy inspira la organización social y que de forma tan clara luce en la Constitución española. Queda abierto, en cambio, todo el espacio para la crítica social. El Estado y, en concreto, el municipio, no han de tomar partido, pero los ciudadanos y sus organizaciones están legitimados para expresar sus ideas y sostener sus aspiraciones y puntos de vista, siempre, claro, que se respeten unos límites, como no insultar, no incurrir en xenofobia, respetar a las personas, etc. Del mismo modo que hoy, dentro de esos límites de respeto también –y de lo importante que resulta la defensa de la libertad de conciencia y de la libertad religiosa–, se pueden discutir y criticar las ideas y prácticas religiosas, o se puede discutir y criticar la política y a los políticos. Pero una cosa es la sociedad y otra el Estado –y por ende el Ayuntamiento–, que debe ser de todos y para todos. Es decir, que las autoridades podrán prohibir que se lleven armas, pero no han de imponer modas en cuanto

a atuendos y vestimentas. ¡Allá cada uno con sus gustos, necesidades y posibilidades! Por lo que quedan muy lejos los tiempos del ilustrado marqués de Esquilache.

Diré por último, por cerrar el círculo, que tomando ejemplo de los jueces de Estrasburgo, me parece del mayor interés que quienes se enfrenten con la problemática que se ha estudiado, tengan muy presente también el contraste de la proporcionalidad. No basta la aspiración, ni la habilitación normativa, ni la finalidad evidente: la respuesta debe ser, además, proporcional y ajustada a la necesidad. Lo que quiere decir que no vale cualquier cosa. Por lo que, en la misma línea en que destacaba cómo la Constitución de 1978 afianza el criterio del *favor libertatis*, me es grato concluir recordando la validez y vitalidad de ese precepto del Reglamento de servicios que antes se mencionaba: que avisa de que una vez establecida la motivación, se imponga la medida menos restrictiva de la libertad individual.²⁵

P. D. En corrección de erratas puedo añadir que, cuando este trabajo estaba concluido, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó sentencia, con fecha 7 de junio de 2011, resolviendo definitivamente las dudas surgidas en torno a la corrección de las ordenanzas municipales de Lleida, apreciando que no había irregularidad jurídica.

25. El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación DER 2008-06077, "La incidencia de la nueva ordenación europea de los derechos fundamentales en los sistemas jurídicos nacionales y la actuación de las Administraciones Públicas en su protección y desarrollo", del que yo mismo soy su director.