

ESPAÑA

Fernando Amérigo

Profesor Titular de la Universidad Complutense de Madrid

Tribunal Constitucional

Matrimonio y Uniones de hecho.

SENTENCIA 81/2013, de 11 de abril de 2013

En la cuestión de constitucionalidad núm. 6760-2003 planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid respecto a los arts. 3, 4, 5, 8 y 9 de la Ley de la Asamblea de Madrid 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho. Han comparecido y formulado alegaciones el Abogado del Estado, el Fiscal General del Estado y la Letrada de la Comunidad de Madrid. Ha sido Ponente el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez, quien expresa el parecer del Tribunal.

(...)

II. Fundamentos jurídicos

1. La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con los arts. 3, 4, 5, 8 y 9 de la Ley de la Asamblea de Madrid 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho, por posible vulneración de los arts. 149.1.8 y 149.1.18 CE.

Como ha quedado expuesto en los antecedentes, el órgano judicial considera que la Comunidad Autónoma no estaría competencialmente habilitada para aprobar una regulación como la que contienen los preceptos cuestionados de la Ley de la Asamblea de Madrid 11/2001. Así, ha señalado, en primer lugar, que los arts. 3, 4 y 5 producen efectos jurídicos generales en la esfera patrimonial de los convivientes que los equiparan a las personas unidas por vínculo matrimonial y son

los propios del Derecho civil, de lo que resulta que entienda vulnerado el primer inciso del art. 149.1.8 CE que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de Derecho civil “sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”. En segundo lugar y relacionado con lo anterior, el carácter constitutivo que atribuye a la inscripción de las uniones de hecho en el registro autonómico hace que considere vulnerada la competencia exclusiva del Estado en relación con la “ordenación de los registros e instrumentos públicos” del ya citado art. 149.1.8 CE. Finalmente, en tercer lugar, el órgano judicial argumenta que en la medida en que los arts. 8 y 9 equiparan la unión de hecho al matrimonio en relación a sus efectos en la función pública y en la normativa de Derecho público de la Comunidad de Madrid, vulneran el art. 149.1.18 CE.

El Abogado del Estado interesa la estimación de la cuestión por entender que los preceptos cuestionados incurren en las vulneraciones competenciales apreciadas por el órgano judicial. Por su parte, el Fiscal General del Estado postula la estimación parcial de la cuestión de inconstitucionalidad, por cuanto entiende que los arts. 4 y 5 introducen una regulación propia del Derecho privado para lo que la Comunidad Autónoma carece de competencias, estimando, por el contrario, que los arts. 3, 8 y 9 pueden entenderse dictados al amparo de las competencias autonómicas. Por último, la Letrada de la Comunidad de Madrid ha defendido la constitucionalidad de los preceptos legales cuestionados, afirmando, sin hacer mención a los arts. 4 y 5, que persiguen establecer garantías para las uniones de hecho en el marco de las competencias autonómicas.

2. Con carácter previo al examen de fondo debemos hacer algunas puntualizaciones en aras a la delimitación del objeto de nuestro enjuiciamiento, pues el Fiscal General del Estado ha considerado que, entre las normas cuestionadas ha de incluirse la disposición final primera, que habilita al Gobierno de la Comunidad de Madrid para, en el plazo de un año contado a partir de la entrada en vigor de la Ley de la Asamblea de Madrid 11/2001, aprobar los reglamentos de desarrollo de la misma.

La propuesta de extensión del objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad no puede ser acogida. En este caso no es posible

revisar el juicio de aplicabilidad que ha formulado el órgano judicial, dado que no puede considerarse notoriamente inconsistente o equivocada la argumentación judicial sobre la aplicabilidad al caso de las normas cuestionadas, en cuanto que dicha habilitación en nada menoscaba o violenta las competencias estatales, vulneración que el órgano judicial residencia en los preceptos que regulan los posibles contenidos de la inscripción de la unión de hecho y sus efectos. No concurre entonces el supuesto en el que, conforme a nuestra doctrina (por todas, STC /2011, de 29 de septiembre, FJ 2), pueda este Tribunal corregir el juicio de aplicabilidad formulado por el órgano judicial.

3. Para encuadrar adecuadamente la duda de constitucionalidad planteada resulta conveniente examinar, siquiera brevemente, la norma autonómica que ha sido parcialmente cuestionada. La exposición de motivos de la Ley de la Comunidad de Madrid 11/2001 afirma que “trata de dar una adecuada solución a la realidad sociológica del incremento en el número de uniones entre personas, difícilmente encuadrables en las categorías jurídicas existentes” encontrando “su justificación, además, en el artículo 7 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, en el artículo 14 de la Constitución Española que garantiza la igualdad de los españoles ante la Ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razones, entre otras, de sexo, opinión o cualquier condición o circunstancia personal o social, el artículo 9 de la Constitución Española relativo a la obligación de los poderes públicos de promover la igualdad evitando situaciones en que pueda producirse discriminación, así como en la Resolución de 8 de febrero de 1994 del Parlamento Europeo, sobre la igualdad de los derechos de los homosexuales y lesbianas en la Comunidad Europea, que reitera la convicción de que todos los ciudadanos tienen derecho a un trato idéntico con independencia de su orientación sexual”.

Con la citada finalidad la norma regula los requisitos de la inscripción de las uniones de hecho en el registro constituido al efecto por la Comunidad de Madrid, así como los beneficios que esta inscripción puede llevar aparejada. Las uniones inscribibles son las de carácter afectivo entre dos personas (“parejas”), una de ellas al menos empadronada en la Comunidad Autónoma, que conviven por decisión libre, de forma pública y notoria, con una antigüedad mínima del

vínculo de doce meses y no incurran en algunas de las excepciones del artículo 2. Se permite también, conforme al art. 5, la inscripción de pactos sobre relaciones económicas entre los miembros de la pareja previstos en el art. 4, pactos formalizados en escritura pública, que sólo tienen efectos entre ellos y con independencia de la inscripción. Los arts. 6 y 7 regulan las causas de extinción de la unión de hecho. Los arts. 8 y 9 equiparan tales uniones a los matrimonios en cuanto a los beneficios concedidos al personal al servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid y a los derechos y obligaciones establecidos en la normativa madrileña de Derecho público, “en especial en materia presupuestaria, de subvenciones y de tributos propios”.

De la regulación que someramente se ha expuesto el órgano judicial cuestiona los efectos que la norma anuda a la formalización de la denominada unión de hecho, pues entiende que tales efectos se producen vulnerando competencias estatales. De hecho, como acertadamente apunta el Fiscal General del Estado, tres son las concretas dudas de constitucionalidad que plantea el órgano judicial en relación con la Ley de la Asamblea de Madrid 11/2001. Las dos primeras se refieren a la posible invasión de las competencias estatales ex art. 149.1.8 CE. En concreto, se entiende vulnerada la competencia estatal en materia de legislación civil, vulneración que se residencia en los arts. 4 y 5 de la Ley 11/2001 relativos a los contenidos de los posibles pactos reguladores de la convivencia y su inscripción en el registro de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid. Igualmente se considera infringida la competencia exclusiva estatal sobre la ordenación de los registros e instrumentos públicos, lo que se reprocha al art. 3, relativo a la inscripción de la propia unión de hecho en el mencionado registro, inscripción que, según ha argumentado el órgano judicial, tiene carácter constitutivo. Por último, el tercer problema de constitucionalidad planteado alude a la contravención de los arts. 8 y 9 con el art. 149.1.18 CE que habilita al Estado para dictar las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos.

4. Centrado en tales términos el objeto del proceso, analizaremos ahora los preceptos legales cuestionados en función de las tres dudas de constitucionalidad que plantea el órgano judicial. Para ello

comenzaremos por los arts. 4 y 5, los cuales disponen, respectivamente, lo siguiente:

“Artículo 4. Regulación de la convivencia

1. Los miembros de la unión de hecho podrán establecer válidamente en escritura pública los pactos que consideren convenientes para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su cese.

2. Los pactos a que se refiere el número anterior podrán establecer compensaciones económicas cuando, tras el cese de la convivencia se produzca un desequilibrio económico en uno de los convivientes con relación a la posición del otro que implique un empeoramiento respecto a la situación anterior. Tales compensaciones habrán de tomar en consideración las mismas circunstancias a que se refiere el artículo 97 del Código civil.

3. A falta de pacto se presumirá, salvo prueba en contrario, que los miembros de la unión contribuyen equitativamente al sostenimiento de las cargas de ésta en proporción a sus recursos.

4. Serán nulos y carecerán de validez los pactos contrarios a las leyes, limitativos de la igualdad de derechos que corresponde a cada conviviente o gravemente perjudiciales para uno de ellos. Asimismo serán nulos los pactos cuyo objeto sea exclusivamente personal o que afecten a la intimidad de los convivientes.

5. En todo caso los pactos a que se refiere este artículo, estén o no inscritos en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, sólo surtirán efectos entre las partes firmantes y nunca podrán perjudicar a terceros.”

“Artículo 5. Inscripción

1. Los pactos a que se refiere el artículo 4 podrán inscribirse en el Registro, siempre que en ellos concurren los requisitos de validez expresados en el mismo artículo.

2. La inscripción podrá efectuarse a petición de ambos miembros de la unión conjuntamente.

3. Contra la denegación de la inscripción, que se hará por resolución motivada, podrá interponerse el recurso administrativo que proceda.”

Examinando ya lo dispuesto en el art. 4 es evidente que describe determinadas prescripciones que han de observar los pactos suscritos por los integrantes de la unión de hecho dirigidos a regir sus relaciones económicas y patrimoniales, tanto constante la convivencia como con ocasión de su cese. Alude así al posible contenido de los pactos, sus límites y efectos, la eventual fijación de una compensación económica y su necesaria sujeción a las circunstancias previstas en el art. 97 del Código civil, así como al sostenimiento de las cargas de la unión de hecho y las consecuencias negativas que, en su caso, pudieran derivarse de sus eventuales contenidos. Es claro, entonces que el precepto, aun cuando solamente sea para las parejas que se hayan inscrito voluntariamente en el registro (art. 1.1), contempla un régimen normativo generador de obligaciones económicas derivadas de dicha situación de hecho que pertenece al ámbito de las relaciones jurídico-privadas de los miembros de la unión de hecho. Así, la ley autonómica regula determinados efectos que atribuye a una situación de hecho, la convivencia en pareja entre dos personas unidas por vínculos de afectividad en los términos de los arts. 1 y 2 de la Ley de la Asamblea de Madrid 11/2001, efectos entre los que se encuentra la posibilidad de regular la convivencia mediante pacto expreso con las condiciones y contenidos previstos en la norma.

El problema constitucional que la regulación descrita plantea es que —como no podía ser de otro modo, atendiendo a la finalidad que persigue— dicho efecto se inserta de lleno en el ámbito de las relaciones personales y patrimoniales de los integrantes de la unión de hecho, teniendo, por tanto, una naturaleza propia de la materia regulada por el Derecho civil. El aludido carácter civil de la regulación que examinamos se ratifica si se tienen en cuenta que determinadas previsiones de este precepto no son sino trasunto de reglas equivalentes contenidas en el Código civil. Así, el art. 4.2 remite expresamente a la regulación de la pensión compensatoria en casos de separación o divorcio establecida en el art. 97 del Código civil, mientras que la presunción del art. 4.3 recuerda en su semejanza al art. 1438 del Código civil, relativo al régimen económico matrimonial de separación de bienes. Por su parte, la necesidad de que los pactos consten en escritura pública del art. 4.1 o las limitaciones a los pactos del art. 4 no son sino traslación de lo dispuesto en los arts. 1327 y 1328 del Código civil.

Las consecuencias del examen de esta regulación desde la perspectiva del orden constitucional de distribución de competencias son claras, pues ya tenemos declarado que las regulaciones relativas a las relaciones interprivatos constituyen reglas de Derecho privado encuadrables en la materia de legislación civil (STC /2012, de 1 de marzo, FJ 5), relaciones interprivatos en las que, indudablemente se integran los pactos de contenido económico y patrimonial a los que se refieren estos preceptos. En dicha materia el Estado ostenta, conforme al primer inciso del art. 149.1.8 CE, la competencia exclusiva sobre “legislación civil; sin perjuicio de la conservación, modificación o desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”. Esta última circunstancia, la previa existencia de un Derecho civil foral o especial, no concurre en el caso de la Comunidad de Madrid, cuyo Estatuto de Autonomía no recoge mención alguna a competencias autonómicas en este ámbito.

Por tanto, como quiera que la Comunidad de Madrid no ostenta competencias sobre Derecho civil foral o especial, la regulación del art. 4 de la Ley 11/2001 se sitúa extramuros de sus facultades legislativas y vulnera las competencias del Estado, tal como las mismas se establecen en el art. 149.1.8 CE, debiendo ser declarado, por ello, inconstitucional y nulo.

Lo mismo sucede con el art. 5, que se halla íntimamente conectado con aquél, hasta el punto de que tiene su razón de ser en lo que dispone el precepto anterior, pues se trata de una norma meramente procedimental relativa a la inscripción en el registro de uniones de hecho de los pactos previstos en el art. 4. Razón por la cual el art. 5 ha de correr la misma suerte y procedente resulta declarar su inconstitucionalidad y nulidad.

5. Enjuiciaremos ahora el art. 3, que dispone lo siguiente:

“Artículo 3. Acreditación

1. Las uniones a que se refiere la presente Ley producirán sus efectos desde la fecha de la inscripción en el Registro de las Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, previa acreditación de los requisitos a que se refiere el artículo 1 en expediente contradictorio ante el encargado del Registro.

2. Reglamentariamente se regulará tal expediente contradictorio. En todo caso, la previa convivencia libre, pública, notoria e ininterrumpida en relación de afectividad, habrá de acreditarse mediante dos testigos mayores de edad en pleno ejercicio de sus derechos civiles.

3. La existencia de la unión de hecho se acreditará mediante certificación del encargado del Registro.”

A este precepto reprocha el órgano judicial que vulnera las competencias estatales relativas a la ordenación de los registros e instrumentos públicos, por lo que deberemos partir de lo afirmado por este Tribunal en torno a la delimitación de dicho título competencial estatal. Los criterios de nuestra doctrina (por todas STC /1999, de 3 de junio, FJ 3) respecto a la delimitación del título competencial estatal relativo a la “ordenación de los registros públicos” lo circunscriben a los relativos a materias de derecho privado, concluyendo que los registros a que dicha ordenación se refiere son, exclusivamente, los de carácter civil. Asimismo, la posibilidad de que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias, creen registros administrativos y, por tanto, distintos de los anteriores, ha sido admitida con naturalidad por la doctrina constitucional desde las SSTC /1983, de 28 de abril y /1985, de 16 de julio.

Descartado ya, de acuerdo con lo razonado en el fundamento jurídico precedente, que el registro despliegue su eficacia en el ámbito de las relaciones personales y patrimoniales de los integrantes de la unión de hecho, pues hemos dejado sentado que la Comunidad Autónoma carece de competencias para establecerlo así, resulta que el mismo se limita a publicitar un hecho, la existencia de la previa unión de hecho a fin de atribuirles determinada eficacia en ámbitos de competencia propia de la Comunidad de Madrid y, por tanto, sin incidir en la legislación civil ni, por lo mismo, en la competencia estatal relativa a la ordenación de los registros del art. 149.1.8 CE. A tal fin la inscripción en el registro que se contempla en el art. 3 tiene por única finalidad, al igual que su antecedente regulado por el Decreto 36/1995, de 20 de abril, la acreditación de una situación de hecho, de modo que resulte posible aplicar el régimen jurídico que, en el ámbito de competencias autonómico, el legislador territorial haya considerado

oportuno establecer, sin afectar a facetas propias de las relaciones personales o patrimoniales de los integrantes de la unión de hecho.

Por ello, delimitados en tales términos los efectos de la inscripción en el registro de uniones de hecho, no es posible apreciar la vulneración competencial que se denuncia, sin que tampoco, a estos efectos, resulte necesario pronunciarse acerca del carácter constitutivo, que sostiene el órgano judicial, o declarativo, como afirma el art. 9 del Decreto 134/2002, de 18 de julio, por el que se aprueba el registro de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid.

6. Restan por examinar los arts. 8 y 9 de la Ley 11/2001, que integrantes del capítulo V, intitulado “Normas administrativas”, disponen, respectivamente, lo siguiente:

“Artículo 8. Beneficios respecto de la Función Pública

En relación con el personal al servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid, los convivientes mantendrán los mismos beneficios reconocidos a las parejas que hayan contraído matrimonio.”

“Artículo 9. Normativa de Derecho Público

Los derechos y obligaciones establecidos en la normativa madrileña de Derecho Público para los miembros de parejas que hayan contraído matrimonio, serán de aplicación a los miembros de la unión de hecho, en especial en materia presupuestaria, de subvenciones y de tributos propios.”

Los artículos 8 y 9, en cuanto que normas administrativas y no reguladoras de relación laboral alguna, resultan ser así los únicos que contemplan consecuencias jurídicas para las uniones inscritas, que consisten básicamente en la equiparación de tales uniones a los matrimonios en cuanto a los beneficios concedidos al personal al servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid y a los derechos y obligaciones establecidos en la normativa madrileña de Derecho público, “en especial en materia presupuestaria, de subvenciones y de tributos propios”.

En cuanto al art. 8, cabe señalar que, sin perjuicio de su mayor o menor acierto técnico, cuestión ajena al enjuiciamiento de este Tribunal, no es posible apreciar la tacha de inconstitucionalidad que se le dirige. La decisión de la Cámara autonómica, formulada con un

elevado grado de generalidad, ha de considerarse adoptada en el ámbito de las competencias autonómicas, tal como la referencia al “personal al servicio de la Comunidad de Madrid” pone de manifiesto, estando el órgano legislativo autonómico capacitado para tomar en consideración, en el ámbito de sus competencias, la existencia en la sociedad actual de la convivencia *more uxorio*. Como recuerda la STC/2010, de 28 de junio, FJ 82, con cita de otras, “el art. 149.1.18 CE reserva al Estado ‘las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos’, incluyéndose en ellas ‘en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción de la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidades de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de cuerpos y escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones públicas.’ (STC /2002, de 14 de febrero, FJ 5 y las allí citadas)”. Por su parte a las Comunidades Autónomas les corresponde la competencia de desarrollo legislativo y de ejecución, de acuerdo con aquella legislación básica, en relación con el estatuto de la función pública autonómica y local (STC /2002, FJ 8).

Siendo esta la delimitación competencial en la materia, resulta que puede entenderse con naturalidad que la previsión legal se vincula, tal como sostienen tanto el Fiscal General del Estado como la Letrada de la Comunidad de Madrid, con las decisiones respecto al personal al servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid que pueden ser legítimamente adoptadas por la Comunidad Autónoma, en el marco de la legislación básica y en ejercicio de sus competencias en relación con el régimen estatutario de sus funcionarios públicos (art. 27.2 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid) y de ejecución de la legislación laboral (art. 28.1.12). Por tanto, la mera previsión de extensión de la aplicación de la normativa autonómica en materia de personal al servicio de la Comunidad Autónoma a los integrantes de la unión de hecho, en el caso de que dicha normativa reconozca determinados beneficios a personas unidas por vínculo matrimonial, que es la finalidad perseguida por el precepto, no puede entenderse vulneradora de las competencias estatales, sin que, por otra parte, se hayan justificado por el órgano judicial los términos en los

que tal vulneración hubiera de producirse, pues muy poco dice el órgano judicial sobre esta tacha de inconstitucionalidad, que apenas si está argumentada en el Auto.

Algo similar sucede con el art. 9, sobre el que, por lo demás, tampoco el Auto de planteamiento expresa los aspectos determinantes de su eventual inconstitucionalidad, por cuanto la referencia expresa a la “normativa madrileña de Derecho público” y a tres ámbitos, como la “materia presupuestaria, de subvenciones y de tributos propios”, en los que la Comunidad Autónoma ostenta competencias permiten entender que dicha norma tampoco incurre en extralimitación competencial.

Fallo

1º. Estimar parcialmente la presente cuestión de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declarar inconstitucionales y nulos los arts. 4 y 5 de la Ley de la Asamblea de Madrid 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho.

2º. Desestimar la cuestión de inconstitucionalidad en todo lo demás.

SENTENCIA 93/2013, de 23 de abril de 2013

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 5297-2000, promovido por ochenta y tres Diputados pertenecientes al Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados contra la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables. Han comparecido el Abogado del Estado, el Parlamento de Navarra y el Gobierno de Navarra. Ha sido Ponente la Magistrada doña Adela Asua Batarrita, quien expresa el parecer del Tribunal.

Antecedentes

Mediante escrito registrado en este Tribunal el 6 de octubre de 2000 ochenta y tres Diputados del Grupo Popular del Congreso interpusieron recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables en la medida en que dicha disposición pudiera contravenir lo previsto en los arts. 9.3, 10.1, 14, 18.1, 32, 39 y 149.1, apartados 1 y 8, CE.

(...)

Fundamentos Jurídicos

1. El recurso de inconstitucionalidad que nos ocupa ha sido promovido por ochenta y tres Diputados pertenecientes al Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados, en el que impugnan la Ley Foral de Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables. Los recurrentes fundamentan el recurso, en síntesis, en los siguientes motivos: a) La citada norma legal ha sido dictada en relación con una materia perteneciente al marco de las competencias que corresponden al Estado; concretamente, las referidas a la regulación de “las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio” (art. 149.1.8 CE), razón por la que debe ser declarada inconstitucional en bloque. b) La Ley 6/2000 incurre en el vicio formal de no indicar que se trata de una ley foral de mayoría absoluta. c) La Ley compromete los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad personal y familiar y a no casarse (arts. 10.1, 18.1 y 32.1 CE), en la medida en que impone determinados efectos jurídicos a personas que no han expresado su deseo de casarse. d) Por último, argumentan que los distintos preceptos en los que se articula la Ley Foral incurren en diversos motivos de inconstitucionalidad; que en algunos casos son un mero

reflejo de las alegaciones ya realizadas y en otros supuestos resultan de otras consideraciones suplementarias. Así, entre otros aspectos, estiman que el art. 2.3, que establece una norma conflictual, invade la competencia exclusiva del Estado central referida a las “normas para resolver los conflictos de leyes” (art. 149.1.8 CE); que el art. 8, en la medida en que permite la adopción a las parejas estables homosexuales, sería inconstitucional por vulnerar el art. 39.2 CE; o que los arts. 12 y 13, referidos a los efectos fiscales o a la materia “función pública”, deben ser declarados inconstitucionales por incluirse en una ley foral de mayoría absoluta.

El Abogado del Estado comparte, en lo sustancial, la posición mantenida por los recurrentes al impugnar la totalidad de la Ley Foral 6/2000 pues entiende que vulnera el art. 149.1.8 CE por los motivos ya reseñados y que la constitución forzosa del matrimonio constriñe la libertad de sus integrantes.

El Asesor Jurídico-Letrado de la Comunidad Foral y la Letrada del Parlamento autonómico han defendido la constitucionalidad de la Ley Foral cuestionada. Ambos mantienen que se ha dictado en el ejercicio de competencias propias de Navarra referidas al Derecho civil foral y a ámbitos fiscales y de función pública. Afirman que, en todo caso, la legislación controvertida no regula una forma de matrimonio, sino que se limita a atribuir consecuencias jurídicas al fenómeno social de las parejas estables. Por lo que se refiere a la extensión de beneficios fiscales o a las normas sobre función pública, sostienen que no solamente no pueden considerarse inconstitucionales, sino que se inscriben en el marco de las posibilidades que la jurisprudencia constitucional abre en el campo regulador de las consecuencias de la convivencia more uxorio. En definitiva, afirman que el régimen de la Ley navarra no trata sino de proteger un nuevo tipo de familia de hecho, y no de regular un nuevo género de matrimonio.

La Letrada del Parlamento de Navarra señala, además, que la Ley Foral no lesiona el derecho de los integrantes de las parejas estables a no casarse, ni incide sobre los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad personal y familiar al imponer una serie de obligaciones hacia el otro conviviente. Tales responsabilidades son consecuencia, a su entender, del propio ejercicio responsable de la libertad de los componentes de las parejas estables. La regla del art.

2.3 tampoco vulnera el art. 149.1.8 CE, ya que el Código civil no contempla una regla conflictual para resolver conflictos como los contemplados en el citado precepto legal. Asimismo, no cabe apreciar que se haya incurrido al promulgar la Ley Foral en vicios formales con trascendencia constitucional pues entiende que es irrelevante que la Ley Foral no explicita que se trata de una ley de mayoría absoluta, ya que se han cumplido los trámites precisos para su aprobación (siguiendo, en este punto, el acuerdo de la Mesa del Parlamento de 12 de junio de 2000, en el que se determinaban qué materias precisan de tal mayoría). Ello supone que la denuncia de que los arts. 12 y 13 de la Ley incurren en inconstitucionalidad porque no precisan de tal mayoría es inconsistente, y su admisión solamente permitiría aclarar que dichos preceptos pueden ser modificados por una ley foral que no precise de mayoría absoluta para su aprobación.

2. Antes de entrar en el examen de las impugnaciones planteadas en el presente recurso de inconstitucionalidad hemos de reparar en que durante la pendencia del presente proceso constitucional algunos de los preceptos de la Ley Foral 6/2000 han sido derogados, lo que obliga ahora a analizar los cambios acaecidos a fin de determinar su incidencia sobre la pervivencia de la controversia planteada. Así, resulta que el art. 10, relativo al régimen de guarda y visitas de los hijos ha sido derogado por la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, de custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, si bien este precepto no fue objeto de impugnación en el presente recurso; por otro lado, el Decreto Foral Legislativo 250/2002, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones del impuesto sobre sucesiones y donaciones, ha derogado el art. 12.2. Asimismo, el Decreto Foral Legislativo 4/2008, de 2 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Foral del impuesto sobre la renta de las personas físicas, ha derogado íntegramente la Ley Foral 22/1998, de 30 de diciembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas, por lo que ha de entenderse derogado también el art. 12.3 de la Ley Foral 6/2000, pese a su no mención expresa, ya que el contenido del mismo se ceñía a introducir diversas modificaciones en la citada Ley Foral 22/1998. Queda vigente, por consiguiente, el apartado 1 del art. 12, que fue impugnado en su totalidad. Finalmente, se ve afectado también por derogaciones el art. 13.3, ya que en el mismo se modificaba el art. 75 del texto

refundido del estatuto del personal al servicio de las Administraciones públicas de Navarra, que fue derogado por la Ley Foral 10/2003, de 5 de marzo, sobre régimen transitorio de los derechos pasivos del personal funcionario de los montepíos de las Administraciones públicas de Navarra, de forma que sólo quedan vigentes, a los efectos de nuestro examen, los apartados 1 y 2 del art. 13 de la Ley Foral impugnada.

Es evidente que tales cambios no afectan a la pervivencia del objeto del proceso, constituido, en los términos que se han expuesto, por la totalidad de la Ley Foral 6/2000, si bien no sucede lo mismo con las tachas de carácter no competencial formuladas respecto a los apartados citados del art. 12 y del art. 13, sobre las que ya no procede pronunciarse al haber perdido objeto por la referida derogación (así, SSTC /2011, de 5 de julio, FJ 10 in fine; /2005, de 15 de diciembre, FJ 4; y /2004, de 22 de julio, FJ 3).

Señalado lo anterior, aun cuando no se hayan visto afectados los preceptos concernidos en el presente proceso cumple también advertir que la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra (en adelante, LORAFNA) ha sido modificada en dos ocasiones por las Leyes Orgánicas 1/2001, de 26 de marzo, y 7/2010, de 27 de octubre, si bien tales modificaciones no han afectado a los preceptos relativos a las competencias de la Comunidad Foral que son los aquí concernidos.

3. A efectos de llevar a cabo el enjuiciamiento de la constitucionalidad de la Ley es conveniente un previo examen de su finalidad y de los rasgos básicos de su contenido.

La finalidad de la Ley Foral 6/2000 queda explicitada en el último párrafo de su exposición de motivos, al afirmar que “pretende eliminar las discriminaciones que por razón de la condición o circunstancia personal o social de los componentes de la familia... perduran en la legislación, y perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de protección social, económica y jurídica de la familia, adecuando la normativa a la realidad social de este momento histórico”. Como punto de partida, alude la exposición de motivos a la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, según postula el art. 39.1 CE, señalando que, como dicho precepto no contiene una referencia a un

modelo de familia determinado o predominante, se hace necesario realizar una interpretación amplia de este término, consecuente con la realidad social y con el resto del articulado del texto constitucional, en especial con los arts. 9.2 y 14 CE. “Nuestro ordenamiento jurídico [se añade] ha recogido ya algunos casos en los que se reconoce a las parejas unidas de forma estable en una relación de afectividad análoga a la conyugal una situación equiparable a los matrimonios”; aunque todavía “permanecen en el ordenamiento distintas disposiciones legales que discriminan negativamente los modelos de familia distintos del tradicional, basado en el matrimonio” a pesar de que el art. 32 CE incluye el derecho a no contraerlo. Finalmente, se fundamenta la regulación en la competencia exclusiva en materia de Derecho civil foral que Navarra tiene, así como en la que ostenta sobre otras materias que afectan a la situación de las parejas estables.

En cuanto a la estructura de la Ley y su contenido, el capítulo I contempla las “Disposiciones Generales” sobre su objeto y ámbito de aplicación, comenzando con una declaración de principios relativa a que “nadie puede ser discriminado por razón del grupo familiar del que forme parte” (art. 1). El régimen establecido se aplicará “a las parejas estables cuando, al menos, uno de sus miembros tenga la vecindad civil navarra” (art. 2.3), y se extiende incluso a las parejas estables constituidas con anterioridad a su entrada en vigor (disposición transitoria).

El art. 2 de la Ley ofrece la definición de pareja estable fijando en el apartado 1 el concepto de pareja, y en el apartado 2 los criterios que permiten presumir la estabilidad de la misma. Concretamente, el tenor del apartado 1 es el siguiente:

“A efectos de la aplicación de este ley Foral se considera pareja estable la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona.”

En cuanto a la estabilidad, se contemplan tres criterios alternativos en el citado apartado 2 con el siguiente tenor:

“Se entenderá que la unión es estable cuando los miembros de la pareja hayan convivido maritalmente como mínimo un período ininterrumpido de un año salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que hayan expresado su voluntad de constituir una pareja estable en documento público.

En el caso de que un miembro de la pareja o ambos estén ligados por vínculo matrimonial, el tiempo de convivencia transcurrido hasta el momento en que el último de ellos obtenga la disolución o, en su caso, la nulidad, se tendrá en cuenta en el cómputo del período indicado de un año.”

La comprobación de la concurrencia de los requisitos o criterios referidos, según establece el art. 3, podrá acreditarse “a través de cualquier medio de prueba admitido en Derecho”. En la disposición adicional se establece, además, que “[e]l Gobierno de Navarra y los Ayuntamientos podrán crear Registros de Parejas Estables para facilitar a través de su inscripción voluntaria la prueba de su constitución”, y se afirma igualmente que, si “la legislación del Estado previera la inscripción en el Registro Civil de las uniones reguladas por la presente Ley Foral, los efectos que ésta les otorgara han de entenderse referidos a las parejas que se inscriban en el mismo”.

Contempla también la Ley Foral las causas de disolución de la pareja estable, que podrá tener lugar, a tenor de lo previsto en su art. 4, por muerte, declaración de fallecimiento, matrimonio o voluntad unilateral de uno de sus integrantes, notificada fehacientemente al otro, o de mutuo acuerdo. Asimismo, se considerará disuelta en el caso de cese efectivo de la convivencia por un período superior a un año, o en los demás supuestos acordados por sus miembros en escritura pública. En todo caso los “miembros de una pareja estable no podrán establecer otra pareja estable con tercera persona mientras no se haya producido su disolución” (art. 4.3).

El capítulo II de la Ley, referido al contenido de la relación de pareja, contiene, por un lado, normas que regulan aspectos de la convivencia mientras esta perdura, y, por otro, normas que establecen consecuencias del cese de la convivencia, si bien se admite pacto en contrario respecto a algunas de estas previsiones. Como regla general, las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia pueden ser reguladas por los miembros de la pareja estable mediante

documento público o privado. Cabe igualmente que se acuerden “compensaciones económicas... para el caso de disolución de la pareja, respetando, en todo caso, los derechos mínimos contemplados en la presente Ley Foral, los cuales son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles” (art. 5.1). Por otra parte, no admite la Ley “la constitución de una pareja estable con carácter temporal” o sometida a condición (art. 5.2). En cuanto a los gastos, el art. 5.3 establece lo siguiente:

“En defecto de pacto los miembros de la pareja estable contribuirán, proporcionalmente a sus posibilidades, al mantenimiento de la vivienda y de los gastos comunes, mediante aportación económica o trabajo personal. Se considerará contribución a los gastos comunes el trabajo doméstico, la colaboración personal o profesional no retribuida o insuficientemente retribuida a la profesión o a la empresa del otro miembro, así como los recursos procedentes de su actividad o de sus bienes, en proporción a sus ingresos respectivos y, si éstos no fueran suficientes, en proporción a sus patrimonios.

No tendrán la consideración de gastos comunes los derivados de la gestión y la defensa de los bienes propios de cada miembro, ni, en general, los que respondan al interés exclusivo de uno de los miembros de la pareja.”

Igualmente, los miembros de la pareja estable conforme al art. 7 de la Ley son “responsables solidariamente frente a terceras personas de las obligaciones contraídas por los gastos necesarios para el mantenimiento de la casa y la atención de los hijos comunes”.

En cuanto al cese de la relación de pareja estable, la Ley establece determinados efectos que se proyectan especialmente sobre la esfera patrimonial de los convivientes, ya que “cualquiera de los miembros” puede reclamar del otro una pensión periódica si la necesitara para atender adecuadamente a su sustento: si la convivencia restringió su capacidad de obtener ingresos, durante un periodo máximo de tres años, hasta que contraiga nuevo matrimonio o viva maritalmente con otra persona, o si se produce la concurrencia de una de las causas de extinción del derecho de alimentos; o, si el cuidado de los hijos comunes a su cargo le impidiera o dificultara para la realización de actividades laborales, hasta que la atención de éstos cese por cualquier motivo o alcancen la mayoría de edad o sean emancipados, salvo los

supuestos de incapacidad. La pensión alimenticia periódica “será disminuida o extinguida en la medida en que el desequilibrio que compensa disminuya o desaparezca” (arts. 5.4 y 6.2 y 4). Igualmente se prevé que, en defecto de pacto, aquel de los convivientes que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro, pueda reclamar una compensación económica si por dicho motivo se hubiese generado una situación de desigualdad entre el patrimonio de ambos que implique un enriquecimiento injusto. La compensación deberá abonarse en el plazo máximo de tres años (arts. 5.5 y 6.3). Todas estas reclamaciones deben realizarse en el plazo de un año a contar desde el cese de la convivencia (art. 6.1).

Asimismo, los miembros de una pareja estable se equiparan a los cónyuges unidos por matrimonio en lo que atañe a las disposiciones “relacionadas con la tutela, la curatela, la incapacitación, la declaración de ausencia y la declaración de prodigalidad” (art. 9) y se les reconoce, asimismo, la posibilidad de adoptar, previéndose la adecuación de la normativa foral sobre adopciones y acogimiento para contemplar el modelo de familia formado por parejas estables (art. 8).

El capítulo III de la Ley regula el régimen sucesorio, fiscal y en materia de función pública aplicable a las parejas estables. En el campo sucesorio se modifican diversas leyes de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra con el fin de equiparar la posición de miembro de una pareja estable con la que se asigna al cónyuge. Tal asimilación se establece igualmente en el plano fiscal (art. 12) y de función pública (art. 13), introduciéndose asimismo las correspondientes modificaciones en la normativa fiscal y de función pública de la Comunidad Foral de Navarra.

4. Como ha quedado expuesto anteriormente, los Diputados recurrentes justifican la inconstitucionalidad, en todo o en parte, de la Ley Foral 6/2000 con diversos motivos, unos de carácter formal y otros sustanciales. Abordaremos en primer lugar el examen de los motivos procedimentales y, a continuación, los de índole competencial y aquellos otros que, a juicio de los recurrentes, deben conducir, al igual que los primeros, a que este Tribunal declare la nulidad de la Ley Foral 6/2000 en su conjunto, para, en caso de resultar procedente, analizar posteriormente las tachas singulares que, respecto de cada grupo de motivos de impugnación, se plantean en el presente recurso

de inconstitucionalidad en relación con concretos preceptos de la Ley Foral 6/2000.

El primer motivo que podría justificar, a juicio de los recurrentes, la inconstitucionalidad del conjunto de la Ley Foral 6/2000 deriva de vicios procedimentales. Se alega, en este sentido, que la Ley Foral, que ha sido aprobada por mayoría absoluta en virtud de lo previsto en el art. 20.2 LORAFNA, no explicita este dato ni identifica los preceptos que se incluyen en ella que no precisaban de tal mayoría. Tales omisiones comprometerían, a juicio de los recurrentes, los principios de publicidad y de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

No comparten este enfoque los Letrados del Gobierno y del Parlamento de Navarra. Ambos recuerdan, en primer lugar, que la Ley Foral cumple con las exigencias que, para su aprobación, imponen la LORAFNA y el Reglamento del Parlamento de Navarra. Hacen notar, por otra parte, que no hay dos tipos de leyes en el ordenamiento navarro ni paralelismo alguno entre la aprobación y promulgación de las leyes navarras y la aprobación y promulgación de las leyes orgánicas y las leyes ordinarias en el Estado. La Letrada del Parlamento navarro sostiene, en particular, que la necesidad de que la Ley Foral impugnada se apruebe por mayoría absoluta se contiene en el acuerdo de la Mesa del Parlamento de 12 de junio de 2000, por incidir en el Derecho civil foral, tal y como dispone expresamente el art. 20.2 LORAFNA, en relación con el art. 48.2 del mismo cuerpo normativo, por lo que es evidente que no se produce ningún tipo de “congelación” en las normas contenidas en la Ley Foral referibles a otros ámbitos competenciales, como son el fiscal o el que corresponde a materias propias de la función pública. En todo caso, la eventual estimación del recurso solamente podría dar lugar, a su juicio, al pronunciamiento de una sentencia interpretativa, en la que el Tribunal Constitucional aclarase que las normas que regulan las materias que se acaban de citar pueden ser modificadas por mayoría simple.

Con independencia de las similitudes y diferencias que puedan establecerse entre los distintos instrumentos normativos que suponen las leyes orgánicas y las leyes forales de mayoría absoluta, si lo que se presume vulnerado son los principios de publicidad y seguridad jurídica (art. 9.3 CE) es obvio que tal denuncia no puede acogerse puesto que resulta claro que la Ley Foral 6/2000 ha cumplido con

todos los trámites previstos en la LORAFNA y en el Reglamento de la Cámara para desplegar, válidamente, sus efectos jurídicos. Así, en el “Boletín Oficial del Parlamento Navarro” núm. 51 de la V Legislatura, de 21 de junio de 2000, se recoge el acuerdo de la Mesa del Parlamento de Navarra en el que se indica, expresamente, que la proposición de la ley foral para la igualdad jurídica de las parejas estables requiere mayoría absoluta para su aprobación porque “recoge la modificación expresa de determinados preceptos de la vigente Compilación civil foral de Navarra”. Desde el momento en que este dato aparece publicado en un “Boletín Oficial” no pueden oponerse, en contra de la validez de la norma, los principios citados en el art. 9.3 CE. Y, si bien es indudable que pudiera resultar conveniente que las leyes forales de mayoría absoluta que incluyen preceptos que no precisan de tal requisito los identificaran, lo cierto es que, como han apuntado las representaciones procesales de las instituciones forales, no existen en el ordenamiento navarro dos tipos de leyes forales en función de la mayoría necesaria para su aprobación, por lo que “al margen del juicio que merezca desde el punto de vista de la técnica legislativa, no incluido en el juicio de constitucionalidad (STC /1987, de 29 de junio)” [STC /2003, de 19 de junio, FJ 8 b)], del modus operandi seguido para su aprobación y promulgación no puede derivarse la inconstitucionalidad de la Ley Foral 6/2000.

En suma, por lo expuesto, este primer motivo de inconstitucionalidad ha de ser desestimado.

5. El segundo motivo por el que se impugna el conjunto de la Ley Foral 6/2000 es el de que dicho texto normativo invadiría la competencia estatal referida a las “relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio” (art. 149.1.8 CE), argumentando los Diputados recurrentes, como fundamento exclusivo de su queja, que se produce tal vulneración de la competencia exclusiva del Estado porque la norma impugnada no hace otra cosa que introducir en el ordenamiento jurídico navarro una nueva forma de matrimonio, para lo que la Comunidad Foral de Navarra carece de competencias. Las representaciones procesales del Gobierno y del Parlamento de Navarra defienden la constitucionalidad de la normativa impugnada, que se inscribe, a su parecer, en el art. 48.1 LORAFNA, precepto en el que se dispone que “Navarra tiene competencia exclusiva en materia de

Derecho civil foral”, sin que con la misma se pretenda regular una forma de matrimonio, ni, por tanto, vulnerar la competencia estatal.

El exceso competencial que se imputa a la Ley impugnada se ciñe a la denuncia de la vulneración de la competencia estatal sobre las “relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio”, por lo que debemos comenzar precisando el significado de la reserva ex art. 149.1.8 CE “en todo caso” al Estado de determinadas regulaciones, entre ellas la referida a las relaciones jurídico-civiles relativas a las “formas de matrimonio”. Lo cual implica la exclusión de cualquier competencia autonómica, como ya señalamos en la STC /1993, de 12 de marzo, FJ 1, al afirmar: “El sentido de esta, por así decir, segunda reserva competencial en favor del Legislador estatal no es otro, pues, que el de delimitar un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible, por tanto, de conservación, modificación o desarrollo, Derecho civil especial o foral alguno, ello sin perjuicio, claro está, de lo que en el último inciso del art. 149.1.8 se dispone en orden a la determinación de las fuentes del Derecho.”

A los efectos que ahora interesan, la extensión de dicha competencia puede definirse por su relación con el art. 32.2 CE. Dicho precepto constitucional dispone que “la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”. De esta suerte, hemos de considerar que, siquiera por relación con el citado precepto constitucional, la competencia estatal ex art. 149.1.8 CE se extiende al sistema matrimonial (requisitos materiales y formales y causas de extinción) y al contenido personal del matrimonio, esto es, el régimen de derechos y deberes de los cónyuges con exclusión del régimen económico matrimonial en los territorios con competencias propias en Derecho civil especial o foral, lo que, por otra parte, coincidiría con lo dispuesto en el art. 13.1 del Código civil.

Por su parte, la competencia exclusiva de Navarra en materia de Derecho civil foral encuentra cobertura constitucional en el art. 149.1.8 CE, precepto en el que se alude a “la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”, lo que ha de interpretarse en los términos de nuestra reiterada doctrina (por todas,

STC /1993, de 6 de mayo, FJ 1). En similares términos se pronuncia el art. 48 LORAFNA. Es indudable, a la vista de la expresión que acaba de verse, que Navarra “goza de una amplia libertad de configuración legal” en el ejercicio de su competencia en materia de Derecho civil foral (STC /2000, de 16 de octubre, FJ 3).

Ahora bien, el declarado objeto de la regulación del legislador foral no es el matrimonio sino la convivencia estable *more uxorio* desarrollada al margen del matrimonio, según la definición establecida en el art. 2.1 de la Ley Foral 6/2000. Importa en este momento destacar que, como afirmamos en la STC /1990, de 15 de noviembre, FJ 3, en la Constitución, el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por nuestra norma suprema, y el derecho a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la ley por mandato constitucional (art. 32.2) mientras que “nada de ello ocurre con la unión de hecho *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento”.

En el caso que ahora analizamos se aborda la regulación de una realidad social, la de las parejas estables unidas por una relación afectiva que se desarrolla al margen del matrimonio, cuya existencia puede reconocer el ordenamiento jurídico desde diversas perspectivas, pero sin que ello implique, *per se*, una equiparación con el matrimonio constitucionalmente garantizado.

En relación con la denunciada pretensión del legislador navarro de equiparar la unión estable que regula en la Ley Foral 6/2000 con el matrimonio, lo que lleva a los recurrentes a entender vulnerada la competencia estatal, procede advertir que equiparar, en cuanto supone tomar como modelo determinados aspectos de una realidad preexistente para aplicarla a un supuesto de hecho distinto y en un ámbito de competencia propia, es algo conceptualmente distinto a regular una institución, en este caso el matrimonio, y se conecta, por el contrario, con la atribución de ciertas consecuencias jurídicas a la existencia de la situación de hecho que constituiría el sustrato o fundamento de la pareja estable.

En efecto, constatado que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones jurídicamente equivalentes, el

legislador, dentro de su libertad de decisión, puede deducir razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida (SSTC /1990, de 15 de noviembre, FJ 3; /1991, de 14 de febrero, FJ 2; y /2004, de 15 de noviembre, FJ 4, entre otras). En el caso que examinamos, el supuesto de hecho regulado no es, evidentemente, el matrimonio, pues el vínculo matrimonial genera ope legis una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre quienes mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio (STC /1990, FJ 3). Así como la competencia estatal en relación con el art. 32.2 CE se refiere en todo caso al matrimonio, la Ley Foral 6/2000 disciplina una realidad social diferente, ceñida a las parejas de hecho que reúnan determinados requisitos. Y aun cuando pueda encontrarse cierta conexión o paralelismo entre ambas realidades, su regulación difiere, entre otros aspectos sustanciales, en el relativo a los requisitos y formalidades que, para la celebración del matrimonio exige la formalización solemne de la prestación del consentimiento al efecto ante funcionario o autoridad, o, en su caso, en la forma prevista por la correspondiente confesión religiosa (Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, firmado el 3 de enero de 1979, y las Leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992, de 10 de noviembre), resultando insuficientes otros ritos étnicos o culturales no reconocidos por el Estado (STC /2007, de 16 de abril, FJ 4). Estas evidentes diferencias, que se ponen de relieve desde la esencia misma de una y otra realidades jurídicas, impiden su equiparación conceptual, por lo que no se produce invasión alguna de la competencia exclusiva estatal sobre las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio por el hecho de que la Comunidad Foral de Navarra haya decidido regular las parejas estables y atribuir determinadas consecuencias jurídicas a las uniones de hecho. Se trata, en definitiva, de situaciones que reciben un tratamiento específico y diferenciado, también a efectos competenciales que son los que, en este momento, interesan.

Por otra parte, no altera esta conclusión el hecho de que la Ley Foral impugnada discipline un fenómeno social (la pareja estable), con el fin expresamente reconocido de eliminar las discriminaciones en función del grupo familiar del que se forme parte, con independencia de que tenga su origen en el matrimonio o en una unión afectiva análoga,

pues, aparte de que se trata de una pretensión que se funda en el art. 39 y no en el art. 32 CE, tal pretensión se consigue articulando un régimen jurídico diferente y específico para las relaciones familiares establecidas a partir de las parejas estables, a las que, cumpliendo determinados requisitos, se otorga un concreto estatuto jurídico, compuesto de derechos y deberes, en ocasiones estatuidos ex lege. Y, en este sentido, el Parlamento Foral de Navarra, que ciertamente no puede regular el matrimonio, sí se encuentra facultado para valorar el fenómeno que las parejas estables suponen en el marco de sus competencias, y para extraer, en el campo específico de la realidad correspondiente a las mismas, las consecuencias que estime procedentes dentro de su ámbito competencial. Pero ello no incide en la competencia exclusiva que corresponde al Estado para regular la institución matrimonial de acuerdo con el art. 149.1.8 CE.

Resulta indudable, por consiguiente, que la valoración de conjunto de la Ley permite rechazar la impugnación global que los Diputados recurrentes dirigen contra la misma por vulneración de la competencia del art. 149.1.8 CE, pues resulta claro que el legislador foral no está creando una forma de matrimonio distinta de las previstas por el legislador estatal. Y, por otra parte, aquél puede regular determinados efectos jurídicos derivados de la relación entre los que conviven de hecho, en el ejercicio de las competencias de que dispone, atendiendo a las previsiones de la LORAFNA, en materia de derecho civil (art. 48), función pública [49.1 b)] o régimen tributario (art. 45.3).

En suma, por todo lo expuesto, este motivo de impugnación de índole competencial ha de ser desestimado.

6. También tiene naturaleza competencial la concreta queja que los recurrentes dirigen contra el art. 2.3, precepto al que dedican un apartado específico, por entender que incurre en una particular vulneración competencial. Dicho artículo dispone que la regulación establecida en la Ley Foral resultará de aplicación “a las parejas estables cuando, al menos, uno de sus miembros tenga la vecindad civil navarra”.

Los recurrentes consideran que este precepto se ha dictado en el marco de una competencia netamente estatal, en concreto, la referida al establecimiento de reglas sobre la aplicación y eficacia de las normas jurídicas así como para resolver los conflictos de leyes, lo que

desconocería, además del art. 149.1.8 CE, los arts. 14 y 149.1.1 CE. La Letrada del Parlamento de Navarra entiende que el precepto en ningún caso afectaría a las normas tributarias y de función pública así como que, ante la ausencia de norma estatal, es susceptible de ser interpretado de modo conforme con el orden constitucional de distribución de competencias por constituir una norma material de derecho navarro que resultaría de aplicación cuando así resultase de lo dispuesto en las normas estatales.

A fin de responder a la cuestión planteada hemos de partir de nuestra consolidada doctrina, establecida ya en la STC /1983, de 29 de julio, FJ 6, la cual recoge, a su vez, lo dispuesto por la Constitución para los supuestos de conflictos de leyes y, en consecuencia, la competencia exclusiva reservada al Estado por el art. 149.1.8 CE en cuanto a las normas para resolver tales conflictos y, por tanto, la facultad de determinar cuál es la norma válida —estatal o autonómica aplicable en cada caso. De acuerdo con ello en las SSTC /1993, de 6 de mayo, y /1993, de 8 de julio, determinamos que la reserva competencial a favor del Estado para dictar “normas para resolver los conflictos de leyes” ex art. 149.1.8 CE implicaba que se integraba en todo caso en ella la adopción de las normas de conflicto y la definición de cada uno de sus elementos, entre los que se cuenta, y con la mayor relevancia, la determinación de los puntos de conexión que lleven a la aplicación, en supuestos de tráfico jurídico interregional, de uno de los ordenamientos civiles que coexisten en España. Así, en el fundamento jurídico 3 de la primera de las citadas destacamos que “[l]a Norma fundamental —siguiendo en esto el precedente del art. 15.1 de la Constitución republicana— optó, inequívocamente, por un sistema estatal y, por tanto, uniforme de Derecho civil interregional y excluyó, en la misma medida, que pudieran las Comunidades Autónomas establecer regímenes peculiares para la resolución de los conflictos de leyes, ya por la vía de articular puntos de conexión diversos a los dispuestos en la legislación general ya, en otra hipótesis, por medio de la redefinición, alteración o manipulación de tales puntos de conexión. Esta es, en definitiva, una materia enteramente sustraída por el art. 149.1.8 a la acción normativa de las Comunidades Autónomas y atribuida ‘en todo caso’ a la legislación del Estado”.

De este modo, como recalcamos en la STC /1993, de 8 de julio, FJ 6, “es a las Cortes Generales a quien corresponde el establecimiento de las normas de conflicto para la resolución de supuestos de tráfico interregional y, antes aún, la definición y regulación, en general, de los puntos de conexión conforme a los cuales han de articularse aquellas reglas. Debe, por consiguiente, el Estado regular el modo de adquisición y régimen jurídico de la vecindad civil (que es criterio para la sujeción al Derecho civil común o al especial o foral y punto de conexión para la determinación de la ley personal: arts. 14.1 y 16.1.1 del Código) y disponer, también, cuál sea la ley aplicable a las relaciones y actos jurídicos en que intervengan sujetos con vecindad civil diversa. Es del todo claro, por ello, que las normas estatales de Derecho civil interregional delimitarán el ámbito de aplicación personal de los varios ordenamientos civiles que coexisten en España, delimitación para la cual no ofrece la Constitución, ciertamente, pauta o criterio positivo alguno”.

Conforme a la doctrina expuesta, la adopción de normas unilaterales o de extensión delimitadoras de los respectivos ámbitos de aplicación espacial y personal de la norma en tanto que técnica de solución de conflictos de leyes, es, por tanto, una tarea que, en principio, resulta vedada a la actuación del legislador autonómico. Quiere ello decir que, en este caso, es al legislador foral a quien corresponde determinar el ámbito de aplicación de las normas que aprueba si bien tal labor no puede ser realizada al margen del principio de territorialidad que limita las normas autonómicas. El propio art. 43 LORAFNA expresa esta idea cuando afirma que “[t]odas las facultades y competencias correspondientes a Navarra se entienden referidas a su propio territorio, sin perjuicio de la eficacia personal que, en los supuestos previstos en los Convenios para materias fiscales entre Navarra y el Estado o en la legislación estatal, puedan tener las normas dictadas por las Instituciones Forales” pues enuncia un principio general —la eficacia territorial de todas las normas forales— y excepciona del mismo, restringiendo de ese modo las previsiones relativas a la eficacia personal de las normas forales, las decisiones relativas al ámbito fiscal derivado del régimen de Convenio económico con el Estado así como a lo específicamente dispuesto por el legislador estatal.

Sin embargo, es patente que el art. 2.3 de la Ley Foral 6/2000 se aparta de esta doctrina, pues, al establecer su aplicación al supuesto en que uno de los dos miembros de la pareja estable tenga vecindad civil navarra, determina el ámbito personal de aplicación de una norma integrada en el ordenamiento navarro y dispone unilateralmente, por tanto, la eventual aplicación de la normativa de la Comunidad Foral al miembro de la pareja que no tenga la vecindad civil antes citada. Al definirse el ámbito de aplicación de la Ley Foral 6/2000 en función de la ley personal de uno de los miembros de la pareja estable se contiene así una norma de solución de conflicto con otras leyes (aplicación de la Ley Foral 6/2000 en función del criterio de la vecindad civil foral de uno de los miembros de la pareja estable) que expresa la preferencia por el propio ordenamiento foral, cuando la competencia de dictar normas para resolver los conflictos de leyes se halla reservada al Estado con carácter exclusivo por el art. 149.1.8 CE, según hemos ya señalado.

En tal sentido, con la utilización del criterio de la vecindad civil y al constituir ésta el punto de conexión para la determinación del estatuto personal, es claro que se viene a incidir sobre las “normas para resolver los conflictos de leyes”. Determinar cuál es la ley personal aplicable en los conflictos interregionales derivados de la potencial concurrencia de legislaciones diversas en la regulación de una situación, es una materia que se sitúa extramuros de las competencias autonómicas en tanto que la Constitución ha optado por que sea al Estado al que corresponda, en su caso, el establecimiento de las normas de conflicto en estos supuestos.

La anterior conclusión no puede ser alterada por los argumentos aducidos de contrario por la representante de la Cámara autonómica. Así, la interpretación que propone la Letrada del Parlamento Foral se basa en que la norma no supone otra cosa que la aplicación de la norma foral siempre que dicha aplicación sea posible si lo permiten las eventuales normas estatales previstas para resolver los conflictos de leyes o, dicho de otra manera, cuando no vulneren lo previsto en estas últimas. Sin embargo, dicha interpretación, de no fácil compatibilidad con los parámetros de certeza y seguridad jurídica reclamados por nuestra doctrina en esta materia (STC/1993, de 6 de mayo, FJ 2), es también contradicha por el imperativo e

incondicionado tenor literal del precepto (“se aplicarán”). Tampoco la igualmente argumentada ausencia en la legislación estatal de regla específica al respecto autoriza al legislador foral para invadir una materia que, conforme a la Constitución y la propia LORAFNA, se halla reservada al Estado pues ello sería contrario al orden constitucional de distribución de competencias y al carácter indisponible de las mismas pues es evidente que las competencias no decaen por el hecho de no haber sido ejercitadas.

Por todo ello el art. 2.3 de la Ley Foral 6/2000 ha de ser considerado inconstitucional y nulo por invadir las competencias que corresponden al Estado.

7. Examinaremos ahora el último de los reproches de inconstitucionalidad, que se dirige contra la totalidad de la Ley Foral 6/2000 y, subsidiariamente, contra la mayor parte de sus preceptos, referido a la lesión de los derechos de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), a la intimidad personal (art. 18.1 CE), y a la libertad de elección de no contraer matrimonio que deriva del art. 32 CE.

Según afirman los recurrentes, tal vulneración se produce porque la norma establece una serie de condiciones objetivas cuya concurrencia produce ex lege, no solo la identificación de lo que se considera “pareja estable”, sino también la asignación correspondiente de un estatuto jurídico compuesto de derechos y deberes que, en general, operan con independencia de la propia voluntad de los miembros de la pareja. La Letrada del Parlamento de Navarra niega las vulneraciones aducidas, considerando que la norma contiene unas mínimas previsiones de Derecho necesario en relación con los aspectos más básicos que se derivan de una relación de pareja, y que se encuentran plenamente justificados por tratarse de supuestos de responsabilidad que han de asumir las personas como consecuencias necesarias de sus propios actos.

Comenzaremos por examinar la imputación relativa a la vulneración del art. 32.1 CE. Ciertamente este Tribunal ha reconocido que del derecho a contraer matrimonio consagrado en dicho precepto constitucional se puede extraer la libertad de no contraerlo. Así, en la STC/2012, de 6 de noviembre, FJ 10, afirmamos: “El derecho a contraer matrimonio, o a no contraerlo, ‘se limita a asegurar la

capacidad de elección, a impedir el mandato o la imposibilidad absoluta, pero no a asegurar a quien la ejercita en un determinado sentido los mismos efectos que se atribuyen a quien lo hace en otro’, añadiendo que ‘pese a la identidad de los sujetos titulares de la libertad, el contenido de la libertad positiva y negativa no (tiene) por qué ser homogéneo, y que el legislador ordinario (puede) atribuir ... consecuencias a una y a otra manifestación’, de manera ‘que la primera se constituya en un auténtico derecho subjetivo, mientras que la segunda no sea más que una mera libertad jurídica, integrada en el mismo derecho fundamental, y cuyo contenido se ciñe a la posibilidad de optar o a la existencia de una alternativa de acción’ (ATC /2003, de 16 de junio, FJ 3)”.

Ahora bien, puesto que los recurrentes centran su alegato en que la aplicación de la Ley Foral supone la vulneración del derecho a no contraer matrimonio, debemos rechazar la argumentación de la demanda, ya que, según hemos señalado en el fundamento anterior, la Ley Foral no regula una forma de matrimonio, sino las consecuencias que el legislador foral ha querido atribuir a una situación de hecho que se diferencia claramente del matrimonio, por lo que en modo alguno puede verse comprometido el derecho consagrado en el art. 32.1 CE en su vertiente negativa. Por el contrario, el establecimiento de alguna regulación de una situación de hecho resulta incluso acorde con dicho precepto, porque, como indicamos en la citada STC /2012, de 6 de noviembre, la interpretación efectuada por este Tribunal del contenido esencial del art. 32 CE deja un amplio margen al legislador no sólo para configurar todo lo relativo al matrimonio, “sino también para establecer regímenes de convivencia *more uxorio* paralelos al régimen matrimonial, pero con un reconocimiento jurídico diferenciado, lo que ha sido realizado, hasta la fecha, por el legislador autonómico” (FJ 10).

8. En cuanto a la queja relativa a la vulneración del libre desarrollo de la personalidad y del derecho a la intimidad personal, resulta pertinente comenzar su examen con una aproximación a la noción de unión de hecho y a las notas esenciales que se derivan de la misma.

Bajo el concepto de unión de hecho se agrupa una diversidad de supuestos de parejas estables que, no obstante su heterogeneidad, comparten ciertas notas comunes que permiten conformar una noción

general unitaria. En efecto, la unión de hecho puede caracterizarse, en principio, como una relación estable de convivencia *more uxorio*, cuyo elemento definitorio común queda cifrado en la voluntad libremente configurada de permanecer al margen del Derecho en cuanto a las consecuencias jurídicas inherentes a la institución matrimonial a que se refiere el art. 32 CE. Debe matizarse que, si bien, como regla general, esa exclusión viene dada por la libre y voluntaria decisión de los integrantes de la pareja de no acceder a la formalización del vínculo matrimonial conforme a las previsiones legales, es notorio que históricamente se han producido situaciones de parejas que, pese a su voluntad explícita de contraer matrimonio, se encontraban con impedimentos legales para llevarlo a cabo, situaciones a las que la jurisprudencia de este Tribunal ha tratado de dar respuesta en algunos casos. Tal es el supuesto de las uniones estables que tuvieron su causa en la imposibilidad de contraer matrimonio como consecuencia de la legislación anterior a la Ley 30/1981, de 7 de julio, en la que el divorcio no se admitía legalmente como causa de disolución del matrimonio. A ellas se refieren, entre otras, la STC /1990, de 15 de noviembre, sobre la denegación en tales supuestos de pensiones de viudedad, y la STC/1998, de 13 de julio, relativa a un supuesto de resolución de un arrendamiento por no haber mantenido la recurrente una relación matrimonial, sino una unión de hecho con la persona arrendataria de la vivienda. Y en la misma situación se encontraban las parejas estables de personas del mismo sexo, que hasta la modificación introducida en el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio por la Ley 13/2005, de 1 de julio (cuya constitucionalidad fue declarada por la STC /2012, de 6 de noviembre), no tenían la posibilidad legal de contraer matrimonio con los efectos anejos al mismo. No obstante, las citadas reformas han supuesto la eliminación de los impedimentos legales que podían afectar a esos determinados grupos de uniones de hecho estables.

Elemento esencial de la constitución de la pareja de hecho es, por tanto, su conformación extramuros de la institución matrimonial por decisión propia de sus integrantes, adoptada en ejercicio de su libertad personal, y que “se vincula con sus convicciones y creencias más íntimas” (STC /1993, de 8 de febrero, FJ 4). Dado que la posibilidad de elegir una u otra opción —matrimonio o pareja de hecho— se encuentra íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad

(art. 10.1 CE), el Estado no puede imponer una opción o limitar las posibilidades de elección salvo en virtud de los condicionamientos que pudieran resultar de las normas de orden público interno (SSTC /1990, de 15 de noviembre, FJ 3; y /2011, de 14 de abril, FJ 8). El libre desarrollo de la personalidad quedaría afectado tanto si los poderes públicos trataran de impedir o de reprimir la convivencia *more uxorio*, como si trataran de imponer el establecimiento, contra la voluntad de los componentes de la pareja, de un determinado tipo de vínculo no asumido de consuno por éstos, “de manera que aquel tipo de convivencia no formalizada se viera expuesta a una gravosa y penosa suerte o a soportar sanciones legales de cualquier índole” (STC /1990, de 15 de noviembre, FJ 2). Y esa libertad, así como la paralela prohibición de interferencia en su lícito ejercicio por parte de los poderes públicos, no queda limitada a la dimensión interna, “sino que alcanza también la expresión de las propias libertades a tener una actuación coherente con ello y a no sufrir sanción o injerencia de los poderes públicos por su ejercicio” (STC /1994, de 28 de febrero, FJ 3; y ATC/2003, de 16 de junio, FJ 2).

Consustancial a esa libertad de decisión, adoptada en el marco de la autonomía privada de los componentes de la pareja, es el poder de gobernarse libremente en la esfera jurídica de ese espacio propio, ordenando por sí mismos su ámbito privado, el conjunto de derechos, facultades y relaciones que ostenten, si bien dentro de ciertos límites impuestos por el orden social, ya que la autonomía privada no es una regla absoluta. Así, el art. 1255 del Código civil plasma el principio de autonomía de la voluntad en las relaciones contractuales privadas, y dispone que los contratantes pueden establecer todos los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, “siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”. Pues bien, este respeto a la autonomía privada de quienes han decidido conformar una unión de hecho se traduce en el reconocimiento de que, en aras a su libertad individual, pueden desarrollar sus relaciones — antes, durante y al extinguirse esa unión— conforme a los pactos que consideren oportunos, sin más límites que los impuestos por la moral y el orden público constitucional; y esta libertad debe ser respetada por el ordenamiento jurídico en todo caso, salvo que su ejercicio concreto pudiera entrar en conflicto con valores constitucionales superiores que justificaran su constricción.

Por otra parte, la unión de hecho puede conducir, aunque no necesariamente, a la constitución de una familia, consecuencia que nuestra jurisprudencia ha vinculado en el caso de tales uniones a su materialización efectiva por la existencia de hijos o la existencia de una efectiva voluntad de crearla, a diferencia de lo que ocurre con la familia que se constituye jurídicamente en el momento de contraer matrimonio, sin perjuicio de afirmar que la protección que garantiza el art. 39.1 CE se extiende en su caso a ambas. En efecto, hemos dicho en relación con la noción de familia a la que se refiere este precepto constitucional que, si bien “no es discutible que tal concepto incluya sin duda la familia que se origina en el matrimonio, que es en todo caso la que especialmente toman en consideración tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos ... como los Tratados sobre derechos fundamentales suscritos por España” (STC/1989, de 20 de febrero, FJ 4), nuestra Constitución “no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio”, no sólo por la regulación diferenciada de ambas instituciones, sino también por el carácter tuitivo con el que la Constitución trata a la familia, “protección que responde a imperativos ligados al carácter ‘social’ de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen. El sentido de estas normas constitucionales no se concilia, por lo tanto, con la constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura —en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales— esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural” (STC/1992, de 11 de diciembre, FJ 5). Y esa familia, distinta a la que se constituye mediante el matrimonio, concebida como realidad social a la que se extiende la protección constitucional, ha sido entendida por este Tribunal como “la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, afectiva y estable, de una pareja” (STC/1993, de 8 febrero, FJ 3).

La unión de hecho, en cuanto realidad social relevante, sí puede ser objeto de tratamiento y de consideración por el legislador respetando determinados límites, ya que supondría una *contradictio in terminis*, convertir en “unión de derecho” una relación estable puramente fáctica integrada por dos personas que han excluido voluntariamente

acogerse a la institución matrimonial, con su correspondiente contenido imperativo de derechos y obligaciones. No es irrelevante, en este sentido, como hemos señalado en anteriores resoluciones “el dato de que la relación *more uxorio* se basa, precisamente, en la decisión libre y, en principio, no jurídicamente formalizada de los convivientes de mantener una relación en común que, también en principio, no produce el nacimiento de ningún derecho u obligación específicos entre ellos (STC /1990, fundamento jurídico 3)” (STC /1998, de 13 de julio, FJ 3). El problema queda, por tanto, cifrado en los límites que la propia esencia de la unión de hecho impone al legislador cuando éste decide supeditar su reconocimiento a ciertas condiciones o atribuir determinadas consecuencias jurídicas a tal unión. Obviamente, el límite principal con el que se tropieza es la propia libertad de los integrantes de la pareja y su autonomía privada, por lo que una regulación detallada de los efectos, tanto personales como patrimoniales, que se pretendan atribuir a esa unión, puede colisionar con la citada libertad, si se impusieran a los integrantes de la pareja unos efectos que, precisamente, los sujetos quisieron excluir en virtud de su decisión libre y constitucionalmente amparada de no contraer matrimonio. Por ello, el régimen jurídico que el legislador puede establecer al efecto deberá ser eminentemente dispositivo y no imperativo, so pena de vulnerar la libertad consagrada en el art. 10.1 CE. De manera que únicamente podrán considerarse respetuosos de la libertad personal aquellos efectos jurídicos cuya operatividad se condiciona a su previa asunción por ambos miembros de la pareja.

La restricción referida lógicamente no opera respecto a medidas legales que tutelen derechos fundamentales de los dos o de alguno de los componentes de la pareja de hecho, supuesto en el que se deberán tomar en cuenta los criterios generales sobre la necesidad, adecuación y proporcionalidad de las medidas atendiendo a los intereses en juego, de manera que el sacrificio del libre desarrollo de la personalidad sea el estrictamente indispensable.

No cabe soslayar tampoco la incidencia que una regulación detallada de las uniones de hecho pueda tener sobre el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE) de quienes las integran, en la medida en que éste “se configura como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin ningún género de

dudas, de la dignidad de la persona que el art. 10.1 CE reconoce” (STC /2011, de 14 de abril, FJ 8), y, por ello, es patente la conexión entre ese derecho y la esfera reservada para sí por el individuo, en los más básicos aspectos de su autodeterminación como persona (STC /1994, de 9 de mayo, FJ 6). Así, hemos señalado que el derecho a la intimidad, al igual que los derechos fundamentales a la integridad física y moral y a la inviolabilidad del domicilio, ha adquirido también “una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a la plena efectividad de estos derechos fundamentales. En efecto, habida cuenta de que nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos (STC/1994, de 17 de enero, FJ 6), se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada” (STC /2001, de 24 de mayo, FJ 5). Como ha venido manifestando este Tribunal, el objeto del derecho a la intimidad personal hace referencia a un ámbito de la vida de las personas excluido tanto del conocimiento ajeno como de las intromisiones de terceros, debiendo hacerse la delimitación de este ámbito en función del libre desarrollo de la personalidad (STC /2001, FJ 6). Y es que este derecho “implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana (SSTC /1996, de 16 de diciembre, FJ 3; /2000, de 10 de julio, FJ 5; /2004, de 15 de noviembre, FJ 2; /2007, de 24 de septiembre, FJ 4; y /2009, de 29 de junio, FJ 3). De forma que ‘lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuales sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio’ (SSTC /2003, de 30 de junio, FJ 7 y /2006, de 27 de marzo, FJ 5)” (STC /2011, de 7 de noviembre, FJ 2). Obviamente, ese derecho no es absoluto, pudiendo ceder y producirse una inmisión en el mismo, por una parte, en virtud del consentimiento eficaz del sujeto particular, en la medida en que corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (SSTC /2002, de 22 de abril, FJ 5 y /2006, de 3

de julio, FJ 5), y, por otra, cuando la injerencia se fundamenta en la necesidad de preservar el ámbito de protección de otros derechos fundamentales u otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos (STC /2009, de 29 de junio, FJ 3).

9. Partiendo de las anteriores premisas, podemos abordar ya el análisis de la última tacha de inconstitucionalidad que se dirige contra el conjunto de la Ley Foral 6/2000. Para resolver si, como afirman los recurrentes, dicha Ley vulnera los derechos consagrados en los arts. 10.1 y 18.1 CE, debemos determinar si el régimen que en la misma se establece es de aplicación imperativa a las parejas estables o si, por el contrario, éstas pueden optar voluntariamente por someterse o no a esa regulación. En este sentido, los recurrentes apoyan su argumento, en primer lugar, en las previsiones del art. 2, especialmente en el contenido de su apartado 2, para llegar a la conclusión de que se impone la regulación a las parejas estables que se encuentren en cualquiera de las dos primeras situaciones contempladas en dicho apartado, indicando que sólo en el caso de la tercera (expresión en documento público de la voluntad de constituir una pareja estable) se respetaría la voluntad de los integrantes de la pareja, único supuesto en el que podría decaer el motivo de impugnación. A ello añaden la mención de ciertos efectos imperativamente impuestos, como los establecidos en los arts. 5 y 7, lo que, en conjunto, convierte a la unión libre, a su juicio, en una unión reglada, sujeta a normas imperativas e irrenunciables, lo que constituiría un atentado frente al libre desarrollo de la personalidad así como al derecho a la intimidad personal y familiar.

La clave para dar respuesta a esta impugnación global de la Ley Foral reside en determinar si los efectos en ella establecidos se imponen a los integrantes de la pareja estable prescindiendo de su voluntad de asumirlos, o si, por el contrario, se condicionan a su aceptación de forma voluntaria por ambos integrantes. Aunque es evidente que la propia existencia de la unión de hecho implica una voluntad de convivir, ésta no es suficiente para entender que se asumen los efectos jurídicos previstos por la Ley para las parejas estables. Ya hemos señalado anteriormente que la relación *more uxorio* se basa precisamente en una decisión libre de los convivientes de mantener una relación en común, no necesariamente formalizada jurídicamente,

que, como regla de principio, excluye el estatus jurídico imperativo de derechos y obligaciones característicos de la institución matrimonial. Debemos analizar, por tanto, si las reglas contenidas en el articulado de la Ley Foral determinan que el régimen que en la misma se establece resulta imperativo para las parejas estables o, por el contrario, es de carácter meramente dispositivo, esto es, abierto a su asunción voluntaria por ambos integrantes de aquéllas.

Para efectuar tal análisis hemos de acudir a las normas que establecen el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, contenidas esencialmente en su art. 2 donde, tras recoger una definición de pareja estable “a efectos de la aplicación de esta Ley Foral” (apartado 1), se ofrece en el párrafo primero del apartado 2 una especificación de dicha definición, señalando en qué supuestos asigna el legislador navarro a una pareja la condición de estable ipso iure. Los dos primeros supuestos —un año de convivencia o hijos en común— conducen a la atribución ex lege de la condición de pareja estable por la mera concurrencia de alguna de tales circunstancias, dando lugar a una calificación jurídica de determinadas situaciones de hecho, a la que se asociará la aplicación del contenido de derechos y obligaciones incluido en la regulación legal, prescindiendo de la voluntad conjunta de los integrantes de la unión de hecho de someterse a las previsiones de la Ley Foral. Lo cual es claro que no resulta respetuoso del derecho fundamental consagrado en el art. 10.1 CE. Únicamente resultaría acorde con tal derecho y respetuoso de la libre voluntad de los integrantes de la pareja, una regulación de carácter dispositivo, como es la que se acoge en el tercero de los supuestos enunciados en párrafo primero del art. 2.2 de la Ley Foral, referido a las parejas que hayan expresado en documento público su voluntad de constituirse como pareja estable; supuesto que los propios recurrentes entienden que respeta la libre voluntad de los sujetos.

Ahora bien, la Ley, evidentemente, no restringe su aplicación a las parejas estables que hubieran formalizado documentalmente su situación, porque también tienen la consideración de parejas estables aquéllas que reúnan los requisitos establecidos en la definición del art. 2.1, si bien, tal concurrencia deberá ser acreditada por sus integrantes a través de cualquier medio de prueba admitido en Derecho (art. 3). Entre estos medios de prueba adquiere especial relevancia la

inscripción, en su caso, en los registros de parejas estables a que se refiere la disposición adicional de la Ley Foral, al disponer que el Gobierno de Navarra y los ayuntamientos podrán crear tales registros “para facilitar a través de su inscripción voluntaria la prueba de su constitución”. En tanto tales parejas se acojan libremente a la previsión de la Ley, nada puede objetarse. Conclusión que no empece que puedan declararse inconstitucionales los preceptos de la Ley que por su naturaleza imperativa prescinden de la exigencia de verificación de la asunción voluntaria de sus efectos por los miembros de la pareja.

Y, en este sentido, como venimos señalando, el contenido del conjunto de la regulación de la Ley Foral presenta un marcado carácter imperativo, que se manifiesta ya en los dos primeros supuestos del art. 2.2 a los que acabamos de referirnos. Asimismo, el enunciado del apartado 3 del mismo art. 2 (que ya hemos declarado inconstitucional por motivos competenciales), evidencia el modelo preceptivo de la Ley al contemplar su aplicación con independencia de si sus integrantes han manifestado o no de consuno su sometimiento a dicha regulación.

Únicamente carecen de naturaleza preceptiva algunas previsiones concretas de la Ley, las cuales —a pesar de no contemplar expresamente la necesidad de la asunción previa de su contenido— sólo serán de aplicación, por su propia naturaleza, cuando los integrantes de la pareja estable expresamente lo soliciten [caso de las normas relativas a la posibilidad de adopción (art. 8) y al régimen de función pública (art. 13)], salvo estos supuestos, el resto de las reglas recogidas a lo largo del articulado de la Ley Foral prescinde de la asunción voluntaria por los dos integrantes de cada unión, del régimen de las parejas estables. Y, por ello, se puede adelantar ya que vulneran la libertad de decisión consagrada en el art. 10.1 CE.

Así ocurre claramente respecto al art. 5 que, en su apartado 1, establece el carácter irrenunciable de los derechos mínimos contemplados en la Ley en cuanto a las compensaciones económicas para el caso de disolución, imponiéndose incluso a lo que puedan pactar los miembros de la pareja estable para regular sus relaciones personales y patrimoniales. Y el apartado 2 impone, en defecto de pacto, la obligación de contribuir, proporcionalmente a las respectivas

posibilidades, al mantenimiento de la vivienda y de los gastos comunes. La misma naturaleza imperativa es patente en la disposición del art. 7 en cuanto a la responsabilidad patrimonial, en la prescripción del art. 11 sobre el régimen sucesorio, donde se equipara la pareja estable al matrimonio sin prever la posibilidad de que se pacte un régimen distinto; o, finalmente, en el art. 12.1, conforme al cual los miembros de la pareja estable “serán considerados como cónyuges a los efectos previstos en la legislación fiscal de Navarra a la hora de computar rendimientos y de aplicar deducciones o exenciones”, regla cuya aplicación tampoco depende de la voluntad de la pareja.

En consecuencia, hemos de concluir que la regulación discutida responde básicamente a un modelo imperativo, bien alejado del régimen dispositivo que resultaría acorde a las características de las uniones de hecho, y a las exigencias del libre desarrollo de la personalidad recogido en el art. 10.1 CE. El carácter preceptivo implica que el régimen estatuido se impone obligatoriamente a las parejas estables que reúnan las condiciones previstas en los dos primeros supuestos del párrafo primero del art. 2.2, lo cual debe conducirnos, sin duda, a reiterar aquí la inconstitucionalidad de tales supuestos; asimismo debemos declarar la inconstitucionalidad del párrafo segundo de dicho art. 2.2, en cuanto que se refiere al cómputo del plazo de un año de convivencia previsto en el párrafo anterior.

Sin embargo, esta conclusión, no conlleva, de manera necesaria, la declaración de inconstitucionalidad del conjunto de la Ley, pues los efectos que se contemplan en sus distintos preceptos para las parejas estables no tienen un carácter homogéneo. En efecto, si bien una buena parte del contenido legal se refiere a derechos y obligaciones privados, que se imponen imperativamente a los miembros de la pareja, otra parte se refiere a derechos de carácter público, reconocidos por el legislador en ámbitos propios de su competencia, que implican unos beneficios para uno o los dos miembros de la pareja estable, lo que apriorísticamente no conlleva tal vulneración, porque su aplicación requiere —como ya hemos señalado— la previa y voluntaria solicitud de los integrantes de la pareja. Por consiguiente, habrá que atender al contenido concreto de cada precepto para

dilucidar si merece o no un pronunciamiento de inconstitucionalidad por la causa que aquí estamos examinando.

Finalmente, se ha de descartar la queja relativa a la vulneración del derecho a la intimidad consagrado en el art. 18.1 CE, que los recurrentes argumentan afirmando que la materia regulada es, en sí misma, constitutiva de un ámbito ordinariamente reservado a la discreción y sustraído a lo público, penetrándose en lo más íntimo de la persona y favoreciendo la exposición pública de tales situaciones. Sin embargo, esa tesis no puede ser admitida. La Ley Foral ha sido respetuosa con la intimidad de quienes integran una unión de hecho, ya que, al definir la pareja estable a efectos de su aplicación, la ha caracterizado no sólo como unión libre, sino también “pública”, adjetivo que implica que quienes integran la pareja han realizado profesión públicamente de su condición de pareja estable, llevando a cabo actos externos demostrativos de la existencia entre ellos de una relación de afectividad análoga a la conyugal. No se puede entender, por tanto, vulnerado el derecho a la intimidad personal porque esa manifestación pública de la existencia de la pareja estable implica, de acuerdo con la doctrina que ya ha quedado expuesta en el fundamento anterior, un consentimiento por parte de éstos en cuanto a permitir el conocimiento ajeno de una parte de su intimidad, lo que excluye la vulneración del art. 18.1 CE por injerencias ilícitas en la misma.

10. Concluido el estudio de las anteriores impugnaciones, debemos examinar ahora las restantes alegaciones del recurso que se refieren a los distintos preceptos de la Ley.

En cuanto a las impugnaciones que se proyectan sobre el capítulo I de la Ley Foral 6/2000 (arts. 1 a 4, definición de pareja estable, acreditación y disolución) es de señalar que guardan directa relación con la queja global relativa a la vulneración de la competencia estatal en materia de formas de matrimonio, queja que ha sido desestimada en los términos del fundamento jurídico 5. La única excepción a este planteamiento genérico se refiere —aparte del art. 2.3, ya examinado— a los arts. 3 y 4, sobre los que se desarrolla por los recurrentes una fundamentación específica de sus tachas de inconstitucionalidad.

a) El art. 1 recoge un principio de no discriminación en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico navarro por

razón del grupo familiar del que se forme parte, regla que no es sino un trasunto de las establecidas en el art. 14 CE y en el art. 6 LORAFNA, en relación con el mandato que el art. 39.1 CE dirige a los poderes públicos en orden a la protección social, económica y jurídica de la familia. Por sí mismo no supone la regulación de un aspecto directamente atinente a las uniones estables, sino el recordatorio de un principio que debe inspirar todo el ordenamiento navarro, por lo que no se le puede achacar ningún exceso competencial.

b) Al art. 3 se le reprocha que, al permitir que la existencia de la pareja estable pueda ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en derecho, vulnera, por su inconcreción, el principio de seguridad jurídica. Nuestra doctrina respecto a este principio la sintetiza la STC/2011, de 13 de septiembre, FJ 9, en los términos siguientes: “Hemos dicho, con relación al principio de seguridad jurídica previsto en el art. 9.3 CE que ha de entenderse como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STC/1986, de 31 de enero, FJ 1), como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho (STC/1991, de 14 de febrero, FJ 5), o como la claridad del legislador y no la confusión normativa (STC /1990, de 15 de marzo, FJ 4). De tal modo, que si en el Ordenamiento jurídico en que se insertan las normas, teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica (SSTC /1990, de 4 de octubre, FJ 8; /1993, de 22 de abril, FJ 4; /1996, de 19 de diciembre, FJ 15; /2000, de 13 de abril, FJ 7; /2002, de 25 de abril, FJ 5; y /2007, de 13 de diciembre, FJ 5).”

Conforme a dicha doctrina es claro que el reproche formulado no puede ser admitido, ya que la norma no genera incertidumbre de ninguna clase que contraría el principio de seguridad jurídica previsto en el art. 9.3 CE, pues se trata de una previsión legal clara en sus términos que, por lo demás, no resulta desconocida en numerosos

ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico. En todo caso, parece que lo que preocupa a los recurrentes es el mal uso que se pueda hacer de esa norma y que pueda dar lugar a situaciones de fraude, argumento que en modo alguno puede justificar su inconstitucionalidad, correspondiendo a su aplicador, y, en último término, a los Tribunales de justicia, determinar si los medios de prueba de que intenten valerse los interesados resultan o no admisibles, y si de ellos se puede concluir la presencia efectiva de una unión estable.

No obstante lo anterior, sí debemos declarar la inconstitucionalidad del inciso “y el transcurso del año de convivencia” del art. 3, ya que se trata de una regla ligada al criterio temporal de presunción de estabilidad fijado en el art. 2.2, cuya inconstitucionalidad ha quedado argumentada en el fundamento jurídico anterior. El resto del precepto, sin embargo, no resulta afectado por tacha alguna de inconstitucionalidad desde la perspectiva del art. 10.1 CE. Como ya hemos señalado anteriormente al realizar el examen del art. 2.2, el elenco de uniones estables, susceptibles de quedar sometidas a la aplicación de la Ley Foral, no puede entenderse limitado a aquellas parejas que se hubiesen constituido en documento público (pese a haber sido declarados inconstitucionales los otros dos supuestos del párrafo primero del art. 2.2). Hemos de entender que serán parejas estables todas aquellas que reúnan las condiciones del art. 2.1, cuya existencia, llegado el caso, deberá ser acreditada por sus integrantes. Pues bien, el art. 3 se limita a permitir dicha acreditación, estableciendo que podrá llevarse a cabo por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, sin restringir esos medios de prueba, de modo que el aplicador de la norma pueda apreciar en cada supuesto su suficiencia. La propia Ley Foral ofrece en su disposición adicional un instrumento destinado a probar la existencia de la pareja estable, al contemplar la facultad de creación de registros de parejas estables que faciliten, a través de la inscripción voluntaria, la prueba de su constitución, previsión que se cohonesta claramente con lo establecido en el art. 3.

c) Las quejas que se dirigen al art. 4 —relativas a la disolución de la pareja estable— son tanto de naturaleza competencial, por remisión a la queja general más atrás examinada sobre vulneración del art. 149.1.8 CE, como de naturaleza sustancial, referidas a la vulneración

del art. 10.1 CE. Por lo que se refiere al primer aspecto, establecido que la presente Ley Foral no regula una nueva forma de matrimonio, no se puede considerar desatendido el primer precepto constitucional reseñado.

En cuanto al otro aspecto, estiman los recurrentes que la libertad de opción personal queda mediatizada por una regulación de pareja estable que se impone a quien convive de hecho como tal, prescindiendo de su voluntad de someterse a tal regulación. Tal objeción no puede ser admitida en relación con el apartado 1, pues se limita a recoger los supuestos normales de disolución de la pareja estable, siempre a los efectos de la aplicación de la Ley, dejando a salvo lo que puedan acordar los integrantes de la pareja, tal y como se explicita en el párrafo f) de dicho apartado 1. Es decir, este apartado no presenta en sí mismo ninguna regulación sino que constituye un mero presupuesto para la aplicación, concretamente para la no aplicación, por cese de la pareja, de las reglas previstas en los posteriores capítulos de la Ley.

A la misma conclusión debemos llegar en cuanto al apartado 2, que impone la obligación de dejar sin efecto el documento público que se hubiese otorgado, ya que si tal otorgamiento pudo servir para demostrar la existencia de la unión estable (art. 2.2) a los efectos de la aplicación del régimen de la Ley Foral, una vez extinguida la pareja es razonable exigir que sus integrantes hagan constar el cese de aquella situación a los propios efectos de la misma Ley.

Asimismo, en cuanto al apartado 3, no puede decirse que resulte vulnerada la libertad personal por la delimitación que establece el legislador foral de los supuestos de constitución de una nueva pareja estable al condicionar su reconocimiento a la previa disolución de la unión de hecho anterior. Al establecer dicho apartado que: “no podrán establecer otra pareja estable con tercera persona mientras no se haya producido su disolución mediante alguno de los supuestos descritos en el primer apartado”, debe entenderse que la prohibición se proyecta “a los efectos de la ley” como impedimento para el reconocimiento de la nueva relación en cuanto a la posibilidad de acogerse a las consecuencias jurídicas que en ella se establecen. Por ello, esta previsión constituye propiamente un complemento de los requisitos fijados en el art. 2, apartados 1 y 2, donde se define el concepto de

pareja estable “a efectos de la aplicación de esta Ley”, y en realidad no hace sino precisar aquel impedimento establecido en el art. 2.1 último inciso, referido a que uno de los miembros de la pareja “esté unido por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona”.

En cambio debe apreciarse la vulneración denunciada por los recurrentes en cuanto al apartado 4, en la medida en que se impone una consecuencia automática de revocación de los poderes que se hubieran otorgado los miembros de la pareja, lo cual colisiona frontalmente con la libertad consagrada en el art. 10.1 CE.

11. El capítulo II de la Ley Foral —que regula el contenido de la relación de pareja— es objeto de varias impugnaciones que analizaremos siguiendo el mismo orden en el que han sido planteadas.

a) La primera de ellas se refiere de nuevo a la vulneración de la competencia estatal ex art. 149.1.8 CE en relación con las formas de matrimonio. Así, a los tres primeros apartados del art. 5, se les achaca que serían inconstitucionales por establecer un régimen económico paralelo al del matrimonio totalmente disponible para las partes, y a los apartados 4 y 5 la creación ex novo de pensiones que constituyen, a juicio de los recurrentes, un régimen discriminatorio frente al matrimonio civil regulado en el Código civil. Al respecto cabe señalar, en primer lugar, que conforme al propio art. 5, el capítulo II de la Ley Foral 6/2000 contiene en realidad dos tipos de normas. Unas, de contenido imperativo para los miembros de la pareja estable, y otras que admiten pacto entre los miembros de la pareja, siendo, por tanto, modalizables. Señalado lo anterior, es claro, como ya se ha adelantado, que la queja ahora planteada respecto a los distintos apartados del art. 5 se vincula a la que se ha formulado de modo principal respecto a toda la Ley Foral 6/2000, y que se ha analizado en el fundamento jurídico 5, razón por la cual la conclusión desestimatoria que ya hemos alcanzado ha de ser ahora reiterada. Excluida la identidad entre la unión de hecho y el matrimonio, tampoco es posible apreciar discriminación alguna con respecto al matrimonio civil, tal como han alegado los recurrentes.

A igual conclusión debemos llegar en cuanto al art. 6, relativo a la reclamación de pensión periódica y de compensación económica, y al art. 7, regulador de la responsabilidad patrimonial de los miembros de

la pareja estable, a los cuales se les reprocha que escapan de la competencia foral en materia de Derecho civil, por el mismo motivo que el art. 5, imputación que debe decaer igualmente por los motivos expuestos en el fundamento 5.

Asimismo, se denuncia que estos dos últimos preceptos vulneran el art. 14 CE, al establecer ante situaciones no desiguales consecuencias jurídicas distintas, lo que dotaría a esta regulación de un carácter arbitrario. Tal queja se vincula por los recurrentes directamente con la relativa a la alegada identidad entre la institución matrimonial y las parejas estables que regula la Ley Foral. Rechazado ya anteriormente dicho planteamiento, la imputación ha de decaer, pues es claro que lo regulado en la Ley Foral 6/2000 es algo distinto a la institución matrimonial, y, por tal razón, el legislador no está obligado a otorgarles tratamientos iguales, pudiendo deducir razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida tal y como ha afirmado este Tribunal (por todas, STC/1990, de 15 de noviembre, FJ 3). Lo mismo sucede con la tacha relativa al carácter arbitrario de estos preceptos, ya que, en este caso, nuestro enjuiciamiento ha de quedar limitado a examinar que una determinada norma legal posea una finalidad legítima y racional, y que el medio adoptado no sea discriminatorio (STC /2012, de 5 de junio, FJ 6, con cita de otras). Al respecto se constata que los preceptos cuestionados no se muestran desprovistos de fundamento “aunque pueda legítimamente discreparse de la concreta solución, entrar en un enjuiciamiento de cuál sería su medida justa supone discutir una opción tomada por el legislador que, aunque pueda ser discutible, no resulta arbitraria ni irracional (en sentido idéntico, STC/1988, de 22 de marzo, FJ 13)” (STC /2000, de 13 de abril, FJ 8).

b) Queda por analizar la tacha referida a la vulneración de la libertad personal (art. 10.1 CE), que los recurrentes dirigen contra el conjunto del capítulo II de la Ley Foral, formulada ésta por remisión a los argumentos deducidos al articular la queja global contra el conjunto de la Ley.

Concretamente, al desarrollar esa impugnación general se refieren a los dos primeros apartados del art. 5 como claramente vulneradores de dicha libertad, por el carácter imperativo de la regulación, que llega a establecer una prohibición en el apartado 2. En efecto, el apartado 1

parece asentarse inicialmente en el principio de libertad de pactos entre los integrantes de la pareja, pero, al referirse a las compensaciones económicas establecidas en los apartados 4 y 5 del propio art. 5 para el caso de disolución de la pareja, establece que habrán de respetarse, “en todo caso, los derechos mínimos contemplados en la propia Ley Foral, los cuales son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles”. Esto es, los derechos mínimos que la Ley establece en este punto se imponen sobre los pactos que puedan alcanzar los integrantes de la unión de hecho y, por tanto, sobre la libre voluntad de éstos, por lo que se produce efectivamente la vulneración de la libertad consagrada en el art. 10.1 al imponerles unos efectos patrimoniales que no han asumido voluntariamente mediante el correspondiente pacto.

En el caso del apartado 2, que impone una prohibición de pactar la constitución de la pareja someténdola a condición o a plazo, podría pensarse que dicha regla resulta lógica en la medida en que se refiere a una relación presidida por la *affectio*, que difícilmente podría quedar sometida a semejantes cláusulas sin desvirtuar la propia naturaleza de la unión de hecho. No obstante, tampoco puede negarse que la concreta prohibición coarta la libertad de pactos de los miembros de la pareja, que en la medida en que no atenten a principios constitucionales no podrán excluirse en una relación de estas características. De suerte que debe reconocerse que dicho apartado vulnera la libertad consagrada en el art. 10.1 CE.

Por su parte, el apartado 3 contempla la obligación de los miembros de la pareja estable de contribuir proporcionalmente a sus posibilidades al mantenimiento de la vivienda y de los gastos comunes, “en defecto de pacto”. A primera vista podría pensarse que la norma resulta respetuosa con la voluntad de los integrantes de la pareja estable, en la medida en que sólo se les aplicaría si no hubieran pactado al respecto. Sin embargo, esta primera apreciación decae si consideramos que, en el caso de que los miembros de la pareja no hubieran pactado nada sobre el particular, resulta imperativa la aplicación de la norma prescindiendo de exigencia alguna de constatación de su voluntad de aceptarla; voluntad que, por tal razón, se ve violentada, con la consiguiente infracción del art. 10.1 CE.

Debemos examinar, a continuación, los apartados 4 y 5 del art. 5, en conexión con la queja que se formula respecto al art. 6, en la medida en que aquellos apartados regulan la pensión periódica y la compensación económica a cuya reclamación se refiere el art. 6, por lo que el análisis separado de la impugnación referida a unos y otro preceptos no sería sistemáticamente adecuado.

El primero de ellos, el art. 5.4, contempla la posibilidad de reclamar una pensión periódica (que es calificada de alimenticia en el art. 6.4) si la convivencia hubiera disminuido la capacidad del solicitante de obtener ingresos o si el cuidado de los hijos e hijas comunes a su cargo le impidiera la realización de actividades laborales o las dificultara seriamente. El art. 5.5, en relación con el 6.3, regula la posible existencia de una compensación en caso de ruptura de la pareja estable.

Hemos de precisar que, declarada la inconstitucionalidad del inciso del art. 5.1, que supone el otorgamiento de la condición de normas de carácter necesario a las previsiones de los apartados 4 y 5 del propio art. 5, debería desaparecer, en hipótesis, cualquier atisbo de vulneración del art. 10.1 CE por parte de éstos y, por extensión, del art. 6, cuyo contenido se encuentra estrechamente imbricado al de aquéllos. Ahora bien, el hecho de que dejen de constituir un Derecho mínimo irrenunciable, no otorga automáticamente a las previsiones de ambos apartados la consideración de normas dispositivas, pues una cosa es que tales previsiones no puedan ya imponerse a los integrantes de la pareja en el momento de regular sus relaciones patrimoniales como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad del señalado inciso del apartado 1, y otra bien distinta es que dichas normas dejen de aplicarse en ausencia de pacto sobre el particular. Además, debe distinguirse la operatividad temporal de ambas previsiones. El apartado 1 del art. 5 se refiere a la “regularización de la convivencia” mientras ésta permanece, y los apartados 4 y 5 al cese de la misma. En efecto, el apartado 4 resulta terminante al establecer que “[a]l cesar la convivencia, cualquier de los miembros de la pareja podrá reclamar del otro una pensión periódica si la necesitara para atender adecuadamente su sustento”. De tal redacción fácilmente se deduce que el referido apartado no sujeta su aplicación a la aceptación voluntaria de consuno por ambos integrantes de la pareja, sino que

permite la exigencia de la pensión periódica a cualquiera de ellos aunque no hubieran acordado nada sobre el particular. Se trata, por consiguiente, de una norma que se impone a los miembros de la pareja, quebrantando por ello su libertad de decisión, y que por tal motivo resulta inconstitucional.

También debe recaer la declaración de inconstitucionalidad sobre el art. 5.5, ya que reconoce el derecho a recibir una compensación económica, “en defecto de pacto”, en caso de que se hubiera generado una situación de desigualdad entre el patrimonio de los convivientes que implique un enriquecimiento injusto. Independientemente de que las reglas generales de responsabilidad por enriquecimiento injusto puedan tener su proyección en determinados supuestos, y de que los miembros de la pareja puedan libremente establecer los pactos que tengan por convenientes al respecto, lo que resulta inconstitucional es la imperatividad de la previsión en los términos referidos, al igual que sucedía con el apartado 3 del mismo art. 5.

Como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de los apartados 4 y 5, debe efectuarse igual pronunciamiento en cuanto al art. 6, en la medida en que se refiere a la reclamación y condiciones de pago y extinción de la pensión periódica y la compensación económica a que se refieren los citados apartados 4 y 5.

c) En el caso de la regla de imputación de responsabilidad del art. 7, aunque pudiera considerarse como una consecuencia necesaria de la convivencia libre y voluntariamente asumida, evitando que la misma pudiera producir perjuicios a terceros, lo cierto es que merece igualmente la declaración de inconstitucionalidad, ya que se impone de manera absoluta a los integrantes de la pareja, sin permitirles siquiera el establecimiento voluntario de un régimen distinto, por lo que vulnera el art. 10.1 CE.

d) Tampoco es compatible con la Constitución el art. 9, en la medida en que equipara a los miembros de la unión de hecho a los cónyuges en aspectos referidos a las acciones relacionadas con la tutela, la curatela, la incapacitación, la declaración de ausencia y la declaración de prodigalidad. Tales materias están reguladas en la ley 62 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra que, a su vez, se remite a lo establecido en el Código civil, y aunque lo que hace el legislador foral es extender un régimen jurídico preexistente al

supuesto de hecho constituido por las uniones estables, sin embargo, realiza esa extensión sin contar con la voluntad de ambos integrantes de la pareja estable, que son quienes deben asumir esa extensión de régimen jurídico, de modo que también en este caso se contraría el art. 10.1 CE.

12. Mención especial y separada dentro del capítulo II, por su particular temática, merece el art. 8. Este precepto reconoce a los miembros de una pareja estable la posibilidad de adoptar de forma conjunta, para lo que se adecuará la normativa foral sobre adopciones y acogimiento. Los recurrentes, sin aludir expresamente a la orientación sexual de los adoptantes, plantean que dicho artículo hace posible la adopción conjunta de menores por parejas estables homosexuales, entendiendo que tal previsión resulta contraria al mandato de protección integral de los hijos (art. 39.2 CE), puesto que antepondría al interés del menor el de las parejas homosexuales en adoptar.

Partiendo de que la Comunidad Foral ostenta competencias para regular la adopción (art. 48 LORAFNA y ley 73 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra), hay que señalar que esta cuestión ha quedado resuelta por este Tribunal, y de manera muy clara en la reciente STC/2012, de 6 de noviembre, FJ 12, en la que se ha hecho hincapié en el fundamental dato de la preponderancia del interés del menor sobre el de quienes pretendan adoptarlo, interés que ha de ser preservado en todo caso y que se tutela mediante el escrutinio al que se somete a los eventuales adoptantes con independencia de su orientación sexual. En este sentido, se citaba la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 26 de febrero de 2002 (asunto Frette c. Francia), en la que se “recuerda que ‘La adopción es dar una familia a un niño, y no un niño a una familia y el Estado debe asegurarse de que las personas elegidas como adoptantes sean las que puedan ofrecerle, desde todos los puntos de vista, las condiciones de acogida más favorables’ (§ 42) y, a este respecto, no existe certeza que permita afirmar actualmente que esas condiciones no puedan ser proporcionadas por una pareja homosexual”. Y añadimos a continuación que “[e]l ordenamiento jurídico, que no reconoce un derecho fundamental a adoptar, prevé mecanismos suficientes en las disposiciones que regulan la adopción

nacional (arts. 175 y ss. CC y disposiciones autonómicas equivalentes, y Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor) e internacional (Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional), como para garantizar la preservación del interés superior del menor en el proceso de adopción, garantía contemplada también en el art. 21 de la Convención de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990, como fin primordial por el que deben velar los Estados. Nuestra propia jurisprudencia ya ha establecido que, en los procedimientos de adopción, ‘se configura como prevalente el interés superior del menor. Principio que con carácter general proclama la mencionada Convención, al disponer que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño (art. 3.1). Y que nuestra legislación en materia de menores define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionadas con el niño, tanto administrativas como judiciales (exposición de motivos, arts. 2, 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil; arts. 172.4, 173.3 y 4, y 173 bis CC; arts. 1826 y 1827 LEC).’ (STC /2002, de 20 de mayo, FJ 4)”.

De acuerdo con ello podemos afirmar que el deber de protección integral de los hijos que se deriva del art. 39.2 CE no queda afectado por lo previsto en el art. 8 de la ley Foral 6/2000, pues “[l]a eventual lesión del art. 39.2 vendría dada si la legislación no garantizase que, en el procedimiento de adopción, el objetivo fundamental fuese la preservación del interés del menor” (STC/2012, FJ 12), circunstancia que no concurre en este caso, en el que la normativa del Código civil, a la que remite la legislación foral en lo no previsto en ella (leyes 73 y 74 de la Compilación), determina que la resolución judicial que constituya la adopción tendrá siempre en cuenta el interés del adoptando, y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad, idoneidad que nada puede tener que ver con su orientación sexual (art. 176 del Código civil). Además, como se precisa en la misma Sentencia, con cita de la STC/2002, de 20 de

mayo, “el juez que conoce del proceso de adopción tiene la facultad de denegarla cuando sea contraria al interés del menor, sea cual sea el motivo y después de su correcta valoración, que se realiza mediante el procedimiento reglado pertinente”.

Desde otro punto de vista no ha de prosperar el alegato de los recurrentes, porque, si bien parte de la incontrovertible preponderancia del interés del menor sobre el de quienes pretendan adoptarlo, llega a unas conclusiones que no pueden ser demostradas (como la de que la crianza en el entorno de una pareja homosexual resulta, per se, perjudicial o nociva), pues ya dijimos en la STC/2008, de 22 de diciembre (FJ 7), “que lo que en modo alguno resulta constitucionalmente admisible es presumir la existencia de un riesgo de alteración efectiva de la personalidad del menor por el mero hecho de la orientación sexual de uno u otro de sus progenitores”, criterio reiterado en la STC /2012, FJ 12.

13. El capítulo III de la Ley Foral toma en consideración el fenómeno de las parejas estables en determinados ámbitos competenciales propios de la Comunidad Foral, como son los referidos al régimen sucesorio, al régimen fiscal y al régimen de función pública.

La impugnación de los preceptos contenidos en dicho capítulo se basa, en primer lugar, en motivos formales —la no especificación del carácter de la Ley de mayoría absoluta—, que ya han sido desestimados en el fundamento jurídico 4. Por otra parte, se insiste en que estos preceptos son proyección de un nuevo tipo de matrimonio que no puede ser regulado por el Parlamento de Navarra. Ya hemos descartado esta vulneración y hemos advertido que el órgano legislativo autonómico sí está capacitado para tomar en consideración, en el ámbito de sus competencias, la realidad social de las uniones de hecho. Hemos de entender, por este motivo, que la actuación del Parlamento de Navarra, referida a los arts. 11, 12 y 13 de la Ley Foral, encuentra suficiente apoyo en los arts. 48.1, 45.3 y 49.1, párrafo b), LORAFNA.

En particular, debemos reseñar que la previsión del art. 13, en cuanto referida al personal al servicio de las Administraciones públicas de Navarra, se adopta claramente dentro de las competencias propias de la Comunidad Foral, donde su Parlamento, en el marco de sus competencias, ha decidido atribuir ciertas consecuencias jurídicas a

las uniones de hecho, atinentes, en este caso, al régimen del personal al servicio de las Administraciones públicas. Como hemos recordado en el fundamento jurídico 6 de la reciente STC /2013, de 11 de abril (con cita de la STC /2010, de 28 de junio, FJ 82), al examinar la constitucionalidad de una norma de similar tenor, contenida en la Ley de la Comunidad de Madrid 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho, “El art. 149.1.18 CE reserva al Estado ‘las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos’, incluyéndose en ellas ‘en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción de la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidades de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de cuerpos y escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones públicas.’ (STC /2002, de 14 de febrero, FJ 5 y las allí citadas).”. Por su parte a las Comunidades Autónomas les corresponde la competencia de desarrollo legislativo y de ejecución, de acuerdo con aquella legislación básica, en lo que se refiere a los funcionarios al servicio de la Comunidad Autónoma y al servicio de las corporaciones locales radicadas en su ámbito territorial (STC /2002, FJ 8).

Peculiar es, sin embargo, la posición de la Comunidad Foral de Navarra en esta materia, merced a su consideración como una Comunidad Autónoma de régimen específico que accedió a su autonomía en virtud de la disposición adicional primera de la Constitución. Y esa peculiaridad ha sido reconocida, entre otras, en las SSTC /1990, de 20 de septiembre, FJ 3 y/2006, de 11 de mayo, FJ 6. Así, en la primera de ellas señalamos que “[l]a competencia atribuida por el art. 49.1 b) LORAFNA, incluirá, por tanto, las competencias que sobre el régimen estatutario de los funcionarios ejercía Navarra en el momento de la promulgación de la LORAFNA [art. 39.1 a)], teniendo, sin embargo, como límites, en primer lugar, el que las mismas no afecten a las competencias estatales inherentes a la unidad constitucional (arts. 2.2 y 3.1 LORAFNA) y, en segundo lugar, el respeto de ‘los derechos y obligaciones esenciales que la legislación básica del Estado reconozca a los funcionarios públicos’ [art. 49.1 b) LORAFNA]”. Por tal razón, la aplicación del estatuto básico del empleado público (Ley 7/2007, de 12 de abril) a la Comunidad Foral

de Navarra, de acuerdo con su disposición adicional tercera, apartado 1, se realizará en los términos previstos en el art. 149.1.18 y disposición adicional primera CE, y en la LORAFNA.

Pues bien, la previsión del art. 13 de la Ley Foral que supone la aplicación a los miembros de las parejas estables de la normativa relativa al personal al servicio de las Administraciones públicas de Navarra sobre licencias, permisos, situaciones administrativas, provisión de puestos de trabajo, ayuda familiar y derechos pasivos, encuentra legítimo acomodo en la competencia establecida en el art. 49.1 b) LORAFNA, sin que con ello resulten afectados los derechos y obligaciones esenciales de los funcionarios públicos establecidos en la legislación básica del Estado.

Por lo demás, tampoco se produce la vulneración de los arts. 14 y 9.3 CE, a los que se remiten los recurrentes en su argumentación respecto al capítulo II, argumentación que ya ha sido rechazada en el fundamento jurídico 11 a), cuyos razonamientos debemos dar aquí por reproducidos.

Nos queda por atender la impugnación por vulneración del art. 10.1 CE que, como ya se ha señalado, al ser dirigida por los recurrentes contra todo el contenido de la Ley, nos obliga a examinar ahora bajo ese prisma los preceptos del capítulo III.

El art. 11 introduce ciertas modificaciones en tres Leyes de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra, referidas al régimen sucesorio. El apartado 1 añade un párrafo a la ley 253 equiparando a la situación del cónyuge viudo al miembro sobreviviente de una pareja estable a efectos del usufructo de fidelidad sobre todos los bienes y derechos que pertenecían al fallecido en el momento de su muerte. Por su parte, el apartado 2 modifica la ley 304.5 incluyendo a la pareja estable junto con el cónyuge viudo en el orden de llamamientos de la sucesión legal en bienes no troncales. Finalmente, el apartado 3 modifica la ley 341, disponiendo que el miembro sobreviviente no puede ser contador-partidor, al igual que el heredero, el legatario de parte alícuota y el cónyuge viudo. Pues bien, las dos primeras modificaciones de leyes de la Compilación no se limitan a prever la posibilidad de que al miembro sobreviviente de la pareja estable se le reconozcan determinados derechos sucesorios, lo que hubiera dotado a la regulación de un carácter dispositivo, sino que establecen

preceptivamente tales derechos, prescindiendo de la voluntad de los integrantes de la pareja, únicos legitimados para regular sus relaciones personales y patrimoniales y, en consecuencia, para acordar entre ellos los derechos que pueden corresponder a cada uno en la sucesión del otro. Si la constitución de una unión estable se encuentra fundada en la absoluta libertad de sus integrantes, que han decidido voluntariamente no someter su relación de convivencia a la regulación aparejada ex lege a la celebración del matrimonio, no resulta razonable que esa situación de hecho sea sometida a un régimen sucesorio imperativo, al margen de su concreta aceptación o no por los miembros de la pareja. Máxime cuando la Compilación de Derecho civil foral de Navarra ofrece una amplia regulación que permite instrumentar la sucesión de los integrantes de la pareja que, partiendo de la libertad de disposición declarada en la ley 149, cuentan con las opciones que les ofrecen las donaciones mortis causa (leyes 165 a 171), los pactos o contratos sucesorios regulados en el título IV del libro II o, finalmente, el testamento de hermandad a que se refieren las leyes 199 y siguientes.

Por tal razón, los apartados 1 y 2 del art. 11, al desconocer la libertad de decisión de los componentes de la pareja estable, incurren en inconstitucionalidad por vulneración del art. 10.1 CE. Igual declaración ha de efectuarse en cuanto al apartado 3, por su directa conexión con aquéllos, ya que viene a establecer una consecuencia inherente a los derechos sucesorios reconocidos, que es la incapacidad para ser contador-partidor, debido al evidente conflicto de intereses existente.

En el caso del art. 12, referido al régimen fiscal, debemos limitar nuestro examen al apartado 1, ya que, como señalamos en el fundamento jurídico 2, el apartado 2 fue derogado por el Decreto Foral Legislativo 250/2002, de 16 de diciembre, y el apartado 3 ha de considerarse derogado por el Decreto Foral Legislativo 4/2008, de 2 de junio.

El apartado 1 establece de manera imperativa que los miembros de una pareja estable “serán considerados como cónyuges a los efectos previstos en la legislación fiscal de Navarra a la hora de computar rendimientos y de aplicar deducciones o exenciones”. No se concede, pues, a los miembros de las parejas estables la opción de suscribirse o

no a dicho régimen, sino que se les impone con todas sus consecuencias, sean beneficiosas o perjudiciales. Lo cual supone, una vez más, que la Ley Foral ha prescindido de la libre voluntad de los integrantes de la pareja para decidir sobre un aspecto que afecta a su relación, produciendo nuevamente una infracción del art. 10.1 CE.

Quedan por examinar, desde la perspectiva que ahora tratamos, los apartados 1 y 2 del art. 13 (ya que el apartado 3 ha de considerarse derogado), relativo al régimen de la función pública. El primero de ellos determina que los miembros de una pareja estable serán considerados como cónyuges a los efectos previstos en el estatuto del personal al servicio de las Administraciones públicas de Navarra en todo lo relativo a licencias, permisos, situaciones administrativas, provisión de puestos de trabajo, ayuda familiar y derechos pasivos. El apartado 2 modifica el art. 50.1 a) del citado estatuto de personal previendo que se pueda abonar una ayuda familiar a los funcionarios por la pareja estable que no perciba ingresos. Pues bien, en ninguno de los dos casos puede apreciarse vulneración del art. 10.1 CE, pues, a pesar de la formulación imperativa del tenor normativo, su aplicación requiere de la expresa solicitud del integrante de la pareja que esté sometido al régimen funcional navarro, de tal manera que su disfrute dependerá en todo caso de su voluntad de acogerse o no a la previsión legal.

14. Nos resta por determinar, finalmente, el alcance en el tiempo de nuestra declaración de inconstitucionalidad, a cuyo efecto no podemos soslayar la existencia de situaciones personales y patrimoniales de distinta índole consolidadas al amparo de la Ley Foral impugnada durante el tiempo transcurrido en la sustanciación del presente recurso de inconstitucionalidad. Dotar de eficacia *ex tunc* a nuestra declaración de inconstitucionalidad podría producir importantes perjuicios a las parejas estables cuya relación se haya desarrollado durante este tiempo de conformidad con las previsiones de dicha Ley, por lo que hemos de seguir la doctrina recogida, entre otras, en las SSTC /2002, de 27 de febrero, FJ 9, /2006, de 21 de diciembre, FJ 8, y /2012, de 20 de septiembre, FJ 7, en las que declaramos que, en supuestos como el que ahora nos ocupa, y atendiendo a la pluralidad de valores constitucionales que concurren, se ha de traer a colación el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), al que responde la

previsión contenida en el art. 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC). Conforme a este precepto las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes “no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada”, en los que se haya hecho aplicación de las leyes inconstitucionales. Ahora bien, como establecimos en la STC /2006, en su fundamento jurídico 8 “la modulación del alcance de nuestra declaración de inconstitucionalidad no se limita a preservar la cosa juzgada. Más allá de ese mínimo impuesto por el art. 40.1 LOTC debemos declarar que el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) también reclama que —en el asunto que nos ocupa— esta declaración de inconstitucionalidad sólo sea eficaz pro futuro, esto es, en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme”, puesto que “el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) reclama la intangibilidad de las situaciones jurídicas consolidadas; no sólo las decididas con fuerza de cosa juzgada, sino también las situaciones administrativas firmes”.

Fallo

1º Estimar parcialmente el presente recurso de inconstitucionalidad y, en su virtud:

Declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del art. 2, apartado 2, párrafo primero, inciso “hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que” y párrafo segundo, y apartado 3; del art. 3, inciso “y el transcurso del año de convivencia”; del art. 4, apartado 4; del art. 5, apartado 1, inciso “respetando, en todo caso, los derechos mínimos contemplados en la presente Ley Foral, los cuales son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles”, y apartados 2, 3, 4 y 5; del art. 6; del art. 7; del art. 9; del art. 11; y del art. 12.1 de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, con el alcance determinado en el fundamento jurídico 14.

2º Desestimar el recurso en todo lo demás.

SENTENCIA 185/2012, de 17 de octubre de 2012

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 8912-2006, promovida por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, en relación con el art. 92.8 del Código civil, en la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por posible contradicción con los arts. 14, 24, 39 y 117.3 CE. Han intervenido y formulado alegaciones el Fiscal General del Estado y el Abogado del Estado. Ha sido ponente la Magistrada doña Encarnación Roca i Triás, quien expresa el parecer del Tribunal.

Antecedentes

1. Mediante oficio registrado en este Tribunal el 27 de septiembre de 2006, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, remitió testimonio del Auto de 13 de septiembre, por el que se acordaba plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 92.8 del Código civil, así como testimonio de los autos correspondientes al juicio de divorcio contencioso núm. 1039-1995 y testimonio del rollo de apelación núm. 291-2006.

(...)

Fundamentos jurídicos

1. Es objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad el art. 92.8 del Código civil (CC), en la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código civil y la Ley de enjuiciamiento civil en materia de nulidad, separación y divorcio, que dispone: “Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.”

Hay que advertir que, como ha quedado expuesto, en los antecedentes, en el Auto de planteamiento se suscita la duda sobre la violación de los derechos constitucionales contenidos en los arts. 24, 39 y 117.3 CE, al exigir el art. 92.8 CC el informe favorable del Ministerio Fiscal para que el juez pueda acordar la guarda y custodia compartida cuando la pide uno solo de los progenitores.

El Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado han solicitado la desestimación de la cuestión. Se centran, abordando conjuntamente las posibles vulneraciones de los arts. 24 y 117.3 CE, en que el ejercicio de la jurisdicción no puede entenderse como algo absoluto y carente de limitación, siendo posible que el legislador establezca determinadas medidas que pueden acotar la decisión del órgano judicial. Consideran que la Ley ha establecido una serie de cautelas en la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la guarda compartida, que debe regir con mayor fuerza en aquellos supuestos en los que sólo uno de los progenitores lo solicita con la oposición del otro. Estiman que la intervención del Ministerio Fiscal, como se prevé en el precepto cuestionado, no limita en absoluto la potestad jurisdiccional, ya que el Fiscal actúa con las funciones que tiene encomendadas constitucionalmente de defensa de la legalidad y velando por el interés superior del menor. Tampoco, a su juicio, el precepto lesiona los arts. 14 y 39 CE.

2. Siguiendo el orden de alegaciones realizadas, la primera, formulada en el Auto de planteamiento de la presente cuestión, se refiere a la posible infracción del art. 117.3 CE en relación con el art. 39 CE. Recordemos que el primero de ellos dispone que “el ejercicio de la potestad jurisdiccional, en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales, determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”. El segundo, por su parte, es el primer principio rector de la política social y económica que debe presidir la actuación de todos los poderes públicos, a cuyo tenor:

“1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”

Dos reglas se desprenden de los preceptos citados en cuanto al ejercicio de la potestad jurisdiccional por parte de los Juzgados y Tribunales. La primera es la plenitud de su ejercicio, conforme a las normas de competencia y procedimiento. La segunda, la exclusividad, que se traduce en que sólo los Jueces y Tribunales son titulares de la potestad jurisdiccional, por lo que ninguna otra autoridad pública que no forme parte del Poder Judicial está investida constitucionalmente de dicha potestad, sin perjuicio de la jurisdicción del Tribunal de Cuentas y la propia jurisdicción constitucional en los ámbitos que le son propios. Si bien esto es indudable, cabe hacer una consideración más. La función de los Jueces y Magistrados es la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, aplicando las normas de procedimiento que las leyes establezcan. Y en la cuestión constitucional sometida a este Tribunal, la norma de procedimiento es la que establece que, para que excepcionalmente el Juez pueda acordar la guarda y custodia compartida cuando la solicite sólo uno de los progenitores, debe concurrir un informe favorable del Ministerio Fiscal. Si tal garantía — establecida como requisito sine qua non— no se da, el órgano jurisdiccional no puede libremente adoptarla.

Establecido lo anterior, habrá que recordar que tan reiterada es la doctrina de este Tribunal en virtud de la cual el ejercicio de la potestad de juzgar se ha de ejercer con absoluta independencia, lo que “vale decir con plena libertad de criterio, solamente sometidos al imperio de la ley y el Derecho, sin interferencia alguna” (STC 116/1997, de 23 junio, FJ 1), como igualmente lo es la de que todos los poderes públicos —incluido el judicial— deben velar por el superior interés y beneficio de los menores de edad. Así, hemos afirmado que, cuando se analizan los procesos judiciales de familia, como es el caso, no cabe calificarlos como “un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente dentro de los límites objetivos y subjetivos propuestos por los litigantes, como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara” (STC 4/2001, de 15 enero, FJ 4).

En este sentido, la Sala que presenta la cuestión estima, en primer término, que su exclusiva potestad jurisdiccional aparece menoscabada o limitada, tal como se halla configurada por el art.

117.3 CE. Tal invasión se produciría porque la regulación cuestionada ha sustituido lo que es la genuina función jurisdiccional de aplicación del Derecho positivo al caso concreto, por la decisión legislativa de que sea el Ministerio Fiscal quien estime la improcedencia de que sea impuesta judicialmente la custodia compartida cuando sólo la solicite un progenitor, al margen del examen de cada situación personal por quienes están llamados a efectuar la ponderación y estimación correspondiente según lo alegado y probado.

El órgano proponente basa su argumentación en dos razones. La primera es que el automatismo de la denegación de la guarda compartida a causa de un dictamen emitido por el Ministerio Fiscal es incompatible con la plenitud y exclusividad de que gozan los Jueces y Tribunales en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, conforme establece el art. 117.3 CE. La segunda, que no existe ninguna otra norma civil, sea estatal, sea autonómica, de Derecho de familia o protectora de los intereses de los menores e incapaces que haya establecido el informe vinculante del Ministerio público que limite el poder de decisión de los Jueces y Tribunales.

Pues bien, que la norma haya establecido como requisito procedimental que el Ministerio Fiscal dictamine favorablemente sobre la idoneidad de la imposición judicial de una custodia conjunta a pesar de la oposición de una de las partes, nos sitúa en el ámbito de los denominados informes vinculantes. Hay que subrayar que, por lo general, y en relación con los dictámenes emitidos por un órgano diferente al que tiene la competencia atribuida para decidir, el legislador no ha atribuido a los mismos el carácter vinculante en ninguno de los ámbitos judiciales en que interviene el Ministerio Fiscal; es decir, no les otorga un valor prevalente a la convicción judicial, ni ha supeditado el pronunciamiento del Juez a la conclusión alcanzada por el Ministerio público. Y todo ello, a pesar de que no cabe duda del valor de dichos informes, junto al resto del conjunto probatorio para contribuir a la toma de decisión del juez. En el caso de la norma enjuiciada, sin embargo, son dos —Juez y Fiscal— los órganos a los que el legislador ha confiado la función de velar para que excepcionalmente se obligue a los progenitores a compartir la guarda de sus hijos en contra de la voluntad de uno de los progenitores. Ha de analizarse, por tanto, no sólo si estamos en

presencia de una limitación de la potestad jurisdiccional provocada por la vinculación del Juez al informe del Ministerio Fiscal, sino, en el caso de que efectivamente lo sea —como opina el órgano que presenta la cuestión—, si es o no razonable en términos constitucionales.

3. Para solventar el interrogante formulado debe recordarse que el precepto cuestionado se enmarca dentro de la regulación de un procedimiento específico en el que, a pesar de su naturaleza civil, el principio dispositivo se limita no solamente porque están en juego los derechos e intereses de las partes, sino porque el resultado del litigio afecta directamente a un tercero que no es parte procesal (el hijo menor de edad) y al que el ordenamiento jurídico otorga una especial protección dadas sus circunstancias personales. Precisamente al estar en juego los derechos de los menores de edad, el legislador ha previsto la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal en el proceso que, en la mayor parte de las ocasiones, actúa como garante de los derechos de los menores y bajo los principios de imparcialidad y de defensa de la legalidad [arts. 749 y 779 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC)].

4. Conviene poner de manifiesto, antes de entrar de lleno en el análisis de la constitucionalidad del art. 92.8 del Código civil, una idea íntimamente ligada a la anterior que se refiere a la existencia de un interés público evidente en la protección de la familia. Recordemos que el art. 39 CE establece el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, así como la protección integral de los hijos.

La discrecional actuación del Juez a favor de la protección de los hijos, destacada ya por la legislación precedente, cobra todavía mayor relevancia en el texto legislativo actual. Cuando está en juego el interés de los menores, sus derechos exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a tener una consideración más cercana a los elementos de *ius cogens* que la STC 120/1984, de 10 de diciembre (FJ 2), reconoce que concurren en los procedimientos judiciales relativos a la familia, a partir de que el art. 39.2 CE sanciona una protección integral de los hijos por parte de los poderes públicos.

Como hemos tenido ocasión de señalar en materia de relaciones paterno-filiales (entre las que se encuentran las relativas al régimen de guarda y custodia de los menores), el criterio que ha de presidir la

decisión judicial, a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, debe ser necesariamente el interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no resulta desdeñable por ello (SSTC 141/2000, de 29 mayo, FJ 5; 124/2002, de 20 mayo, FJ 4; 144/2003, de 14 julio, FJ 2; 71/2004, de 19 abril, FJ 8; 11/2008, de 21 enero, FJ 7). El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a valorar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de su guarda y custodia. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores no resulta nunca preferente. Y de conformidad con este principio, el art. 92 CC regula las relaciones paterno-filiales en situación de conflictividad matrimonial, con base en dos principios: a) el mantenimiento de las obligaciones de los padres para con sus hijos y b) el beneficio e interés de los hijos, de forma que la decisión del Juez sobre su guarda debe tomarse tras valorar las circunstancias que concurren en los progenitores, buscando siempre lo que estime mejor para aquéllos.

Para el adecuado análisis del contenido del art. 92.8 CC debemos considerar que ni la Constitución Española, ni el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal determinan la naturaleza de la intervención del Fiscal ante la jurisdicción civil, ya que el art. 124 CE atribuye al Ministerio público la función de “promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio, o a petición de los interesados, y, la de procurar ante los Tribunales la satisfacción del interés social”. Y los arts. 3.6 y 3.7 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal añaden que le corresponde “tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley” y “asumir o, en su caso, promover la representación y defensa en juicio y fuera de él, de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal no puedan actuar por sí mismos”. Por su parte, la Ley de enjuiciamiento civil advierte ya en el art. 749 sobre la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal, siempre que en el proceso de disolución del matrimonio existan menores, ya se inste la separación o el divorcio de común acuerdo (art.

777.5 y 8), ya por la sola voluntad de uno de los cónyuges (arts. 770 a 775).

Del tenor de estas normas se desprende la especial vinculación del Ministerio Fiscal con los procesos de familia y con los intereses de los menores que en ellos se sustancian y la necesidad de su intervención cuando se estén ventilando cuestiones fundamentales para su desarrollo integral, pues si su actuación debe estar dirigida a la defensa de la legalidad y del interés público, también debe garantizar la protección integral de los hijos, que consagran estos textos legales. Su actuación está en estos procesos orientada por los principios de imparcialidad, defensa de la legalidad e interés público o social, lo que se manifiesta en la posición que ocupa, en defensa siempre y exclusivamente del interés de los menores. Y si la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos civiles de familia resulta siempre obligada, es precisamente por su posición de garante *ex lege* del interés del menor, ya actúe unas veces como parte formal y otras como dictaminador o asesor (*amicus curiae*).

Del análisis de las normas introducidas por la reforma del año 2005 referentes al papel que cumple el Ministerio Fiscal en la concesión judicial de la guarda y custodia, se deduce su importancia a través del informe que emite, pues, siendo uno de los intervinientes en el proceso, los intereses que defiende son totalmente objetivos y sólo van encaminados a proteger al menor. La Fiscalía debe, pues, velar por los derechos de los hijos y, a tal fin, durante el procedimiento puede solicitar las pruebas que tenga por conveniente, asistir a las exploraciones de los menores y, en definitiva, realizar cuantas actuaciones le conduzcan a un conocimiento directo de la situación a fin de ponderar objetivamente las circunstancias concurrentes en cada caso (por ejemplo, relación usual entre padres e hijos, distancia de los domicilios, períodos de alternancia, etc.) y emitir un dictamen fundado sobre la idoneidad de la guarda compartida solicitada. No puede caber duda, por tanto, que el papel del Ministerio Fiscal, en este sentido, consiste en una valoración de las circunstancias concretas —de control del interés general— sobre la conveniencia para el menor de determinadas formas de guarda. El juez, en este caso, está facultado ya sea para acordar la medida consensuada, ya para denegarla incluso en el caso de que el Ministerio público haya dictaminado favorablemente,

porque finalmente, a la vista del conjunto probatorio practicado, ha valorado que puede resultar lesiva.

5. Situado en el contexto expuesto, no se puede dudar de que el número 8 del art. 92 del Código civil es una norma de carácter excepcional, como expresamente lo advierte el precepto, porque la custodia compartida descansa en el principio general de existencia de acuerdo entre los progenitores (número 5 de ese mismo art. 92), de modo que cuando no exista dicho consenso únicamente podrá imponerse si concurren los presupuestos normativos. Es decir, que hayan quedado acreditados los siguientes extremos: la petición de un progenitor, el informe favorable del Ministerio Fiscal y el beneficio del menor. El legislador del año 2005, lejos de establecer en estos casos una norma prohibitiva, ha autorizado al Juez para que, a pesar de la oposición de uno de los progenitores (y, por tanto, con quiebra del principio general de pacto que inspira la reforma), pueda imponer la custodia compartida, pero sometida al cumplimiento de aquellos requisitos. El primero de ellos —como se ha dicho— es que medie solicitud de uno de los padres, por lo que no puede imponerse nunca de oficio. En segundo lugar, que el Ministerio público informe favorablemente respecto de la adecuación de la medida solicitada para la correcta protección del interés superior del menor, es decir, respecto de la bondad de una posible imposición judicial de la guarda conjunta con oposición de un progenitor. El tercero, y no es una obviedad subrayarlo, es el interés del menor (favor filii) que debe regir cualquier actuación de los poderes públicos dirigida a la adopción de cuantas medidas conduzcan al bienestar y protección integral de los hijos.

Con la introducción de estos requisitos se establecen concretas garantías, que aseguran que el único fundamento de la ruptura del principio de la autonomía de la voluntad de los progenitores, es el de la prevalencia del interés del menor. Y siendo ello así, parece razonable que la exigencia de un informe del Ministerio Fiscal adquiera una verdadera dimensión protectora de los intereses de los menores dada su condición de defensor legal de los mismos (arts. 124 CE y 3.7 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal). Ahora bien, adviértase que la efectividad de dicho dictamen se sitúa en un momento anterior al ejercicio de la potestad jurisdiccional y sólo

dándose las garantías establecidas en la norma, el Juez mantiene sus opciones de decisión. Quiere ello decir que únicamente en el caso de que el dictamen de la Fiscalía sea favorable, podrá acordar la guarda compartida porque es a lo que le faculta el precepto. Sensus contrario, tal como está redactada la norma, si no concurre tal dictamen, el órgano judicial no está legitimado para acordarla o establecerla.

Y es en este último supuesto donde quiebra, en términos constitucionales, la razonabilidad de la norma enjuiciada (arts. 24, 39 y 117 CE). Precisamente porque una custodia compartida impuesta judicialmente debe ser excepcional conforme a la normativa vigente o, lo que es igual, porque debe obligarse a los progenitores a ejercerla conjuntamente sólo cuando quede demostrado que es beneficiosa para el menor, de modo que dicha decisión no puede quedar sometida al parecer único del Ministerio Fiscal, impidiéndose al órgano judicial valorar sopesadamente el resto de la prueba practicada.

Con todo lo dicho hasta aquí, no es difícil deducir que, en aquellos casos en los que el Ministerio público emita informe desfavorable, no puede impedir una decisión diversa del Juez, pues ello limita injustificadamente la potestad jurisdiccional que el art. 117.3 CE otorga con carácter exclusivo al Poder Judicial.

Ningún argumento o motivo de peso existe que justifique, en consecuencia, la inserción por el legislador de este límite a la función jurisdiccional al haber otorgado un poder de veto al Ministerio Fiscal. A ello cabe añadir que la imposición de ese dictamen obstativo, entra igualmente en contradicción con la regulación procesal y civil de las facultades del juez para la adopción de cuantas medidas considere beneficiosas para el menor. Así, y sólo a título de ejemplo, pueden ser citadas las normas contenidas en el art. 158 CC, que faculta al juez, de oficio, a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, para adoptar las disposiciones que considere necesarias para apartar al menor de un peligro o de evidentes perjuicios. En el mismo sentido, el art. 752 LEC, donde se le desvincula del acuerdo de las partes para fijar las medidas necesarias, como igualmente lo está por el convenio regulador ex art. 777.7 LEC, o cuando se declara en el art. 774.5 LEC la eficacia no suspensiva de las sentencias dictadas en procesos de separación o divorcio.

6. Tampoco el mandato del art. 39 CE otorga razonabilidad y proporcionalidad a la norma cuestionada, pues aun siendo cierto que todos los poderes públicos —Jueces y Ministerio Fiscal— deben asegurar la protección integral de los hijos, tal como se ha razonado en el fundamento de derecho anterior, existe una invasión del Ministerio Fiscal en las competencias jurisdiccionales. La Fiscalía no limita su intervención a llevar a cabo una valoración de los presupuestos normativos, en un estadio precedente y con una funcionalidad distinta de la desarrollada por el titular del órgano jurisdiccional, sino que tiene la facultad de vetar la decisión discrepante del Juez, bastándole para ello con no informar, hacerlo neutralmente o desfavorablemente. Es cierto que no puede obviarse que el Ministerio público, en virtud del propio texto constitucional (art. 124 CE), actúa sometido a los principios de legalidad e imparcialidad para promover la acción de la justicia y, en especial, que tiene la misión de velar por la defensa de los derechos de los menores (art. 3.7 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal), de manera que su dictamen previsto en el art. 92.8 del Código civil encaja con naturalidad y razonabilidad en la posición constitucional y en las funciones propias del Ministerio Fiscal. Sin embargo, ello no puede llevar a afirmar que el órgano jurisdiccional no está facultado para imponer el régimen de custodia que estime más adecuado, porque hacerlo sería tanto como vaciar de contenido la norma excepcional y dejar al arbitrio del Ministerio público la elección del mismo. El interés prevalente de los hijos menores, así como la inexistencia de un acuerdo entre los progenitores son motivos con suficiente peso constitucional como para afirmar que el informe del Ministerio Fiscal, sea o no favorable, no puede limitar la plena potestad jurisdiccional; todavía con mayor motivo, cuando el propio legislador no lo limita cuando hay acuerdo entre los progenitores (art. 92.5 CC).

En conclusión, ha de afirmarse que la previsión normativa que exige el informe favorable del Ministerio Fiscal ex art. 92.8 CC debe ser declarada contraria a lo dispuesto en el art. 117.3 CE, pues corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar el régimen excepcional y, en el caso de que así sea, valorar si, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, debe o no adoptarse tal medida.

7. A la misma conclusión se llega examinando la alegación recogida en el Auto de planteamiento relativa a la supuesta colisión de la disposición impugnada con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, por condicionarse —a juicio de la Sala— el derecho de la parte a obtener un pronunciamiento sobre el fondo al requisito de que el Fiscal informe favorablemente sobre su pretensión.

La denegación del ejercicio de la guarda compartida debida a la vinculación del Juez al dictamen del Fiscal, conforme al procedimiento establecido en la Ley 15/2005, de 8 de julio, supone la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, pues aunque la actuación del Ministerio público está prevista para asegurar el bienestar de los hijos menores, el hecho de que el pronunciamiento judicial se haga depender de tal dictamen, menoscaba de facto el derecho a obtener una resolución sobre el fondo. La tacha de inconstitucionalidad planteada ha relacionado adecuadamente el derecho a obtener una resolución judicial motivada, puesto que, en la práctica, y aunque se obtenga una Sentencia, el pronunciamiento sobre el fondo queda irremediabilmente vinculado al dictamen del Fiscal. Al igual que el acuerdo entre los progenitores (art. 92.5 CC) conlleva una Sentencia judicial sobre el fondo, en el supuesto del art. 92.8 CC, aunque también se obtiene una resolución judicial sobre el fondo, lo cierto es que ya viene predeterminada por la decisión del Ministerio público y, como ya se ha dicho, la función de administrar justicia reside con carácter exclusivo en los Jueces y Tribunales y no en el Ministerio público (art. 117.3 CE).

En este mismo sentido, cabe realizar una nueva consideración. No es lo mismo que sea el Ministerio Fiscal quien posea la facultad de decisión en régimen de guarda y custodia, cuando no hay acuerdo entre los progenitores, a que la tenga el Juez, pues la diferencia entre ambas actuaciones radica, entre otras, en que la de este último puede ser revisada, modificada o revocada a través de los recursos oportunos y, sin embargo, el dictamen desfavorable del Ministerio Fiscal es irrecurrible. Ello provoca no sólo que las Audiencias Provinciales y el Tribunal Supremo tampoco puedan valorar y decidir si el interés del menor requiere esa guarda y custodia compartida, es decir, de nuevo su función jurisdiccional queda impedida por la previa decisión del Ministerio público, sino también que el derecho a la tutela judicial

efectiva (art. 24.1 CE) se vea gravemente comprometido. Todo lo dicho hasta aquí lleva, a juicio de este Tribunal Constitucional, a afirmar que no sólo la norma cuestionada conculca la función jurisdiccional garantizada en el art. 117 CE.

8. Resta por analizar la posible inconstitucionalidad del art. 92.8 del Código civil por vulneración del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) y, en particular, el derecho a la igualdad de los niños (art. 10.2 CE en relación con el art. 2 de la Convención de los derechos del niño y art. 39.2 CE), así como el principio de protección de los niños que debe orientar a todos los poderes públicos (art. 39.3 y 4 y art. 53.3 CE).

Se afirma en el Auto de planteamiento que carece de justificación exigir el informe favorable del Fiscal para que el Juez pueda otorgar la custodia compartida en el caso de que no exista acuerdo entre los padres y, en cambio, no exigir con este carácter el informe del Ministerio público en el supuesto de que los padres estén de acuerdo en compartir la custodia. Considera el órgano judicial cuestionante que la discrepancia entre las partes del proceso no justifica de manera razonable un tratamiento jurídico distinto sobre el carácter vinculante o no para el Juez del dictamen del Ministerio Fiscal. También se sostiene que, pese a la oposición procesal, puede existir una común voluntad, material o de fondo, en que ambos progenitores compartan su tiempo con el hijo común. Por todo ello, considera el Auto que este tratamiento desigual en el régimen de atribución de la guarda conjunta puede lesionar lo dispuesto en los arts. 14 y 39 CE.

Dado que en los anteriores fundamentos jurídicos hemos declarado el carácter inconstitucional del término “favorable” referido al dictamen del Ministerio Fiscal en el supuesto contemplado en el art. 92.8 CC, y a los efectos que ahora importan de obtener una resolución judicial sobre la guarda y custodia con idénticas garantías para los interesados y con igual libertad y discrecionalidad para el órgano judicial en todos los supuestos, el hecho de que el Ministerio público emita uno u otro informe pierde ya su relevancia en relación con la posible vulneración del art. 14 CE. El motivo de que este Tribunal Constitucional realice tal afirmación no es otro que el de constatar que, en cualquier caso, la alegada vulneración procedería en definitiva, no de la regulación de situaciones distintas, que lo son, sino de la circunstancia de que el

órgano judicial vea limitada, dependiendo de cada supuesto, su función jurisdiccional.

A juicio de este Tribunal Constitucional, el régimen de custodia, sea o no compartida y exista o no acuerdo parental, debe adoptarse siempre, considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño; y si bien se confiere a los progenitores la facultad de autorregular tal medida y el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, sólo al órgano judicial le corresponde la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional.

9. Finalmente, e incidiendo en lo expuesto anteriormente, hemos de afirmar que no procede entrar a examinar si la disposición cuestionada vulnera o no el derecho de los niños a la igualdad ante la ley (arts. 14 y 39.2 CE), puesto que el art. 92.8 del Código civil hace descansar el distinto tratamiento en lo que a su guarda se refiere en la existencia o no de acuerdo entre los progenitores respecto de la adopción de la medida de custodia compartida (art 39.2 y 4 CE) y en la existencia o no de un informe favorable del Ministerio Fiscal.

Es cierto que en la STC 183/2008, de 22 de diciembre, FJ 3, tuvimos ocasión de poner de manifiesto que “el derecho de los menores que estén en condiciones de formarse un juicio propio a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que les afecte, ya sea directamente o por medio de representante o de un órgano apropiado, aparece recogido en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (art. 12) y que en nuestro ordenamiento, el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor reconoce su derecho a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en el que esté directamente implicado y del que se deba derivar una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (art. 9.1 CE; por todas, STC 22/2008, de 31 de enero, FJ 7). Además, cabe citar aquí el art. 24.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, publicada en el ‘Diario oficial de la Unión Europea’ de 14 de diciembre de 2007 e íntegramente reproducida en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se

autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, en que se establece que ‘[l]os niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez’.” En armonía con la normativa citada, la regulación del Código civil sobre la guarda compartida, como hemos visto en los fundamentos precedentes, prevé la audiencia del menor en estos procesos (art. 92.6 del Código civil), al disponer que “en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia”, el órgano judicial debe “oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor”. Y así, a este Tribunal, no le alberga duda de que la regulación contenida en el art. 92.8 del Código civil y en sus concordantes de la ley procesal en nada impide el derecho de los menores a ser oídos, porque lo serán, aunque su parecer en definitiva quede, como ocurre con el del órgano judicial, postergado por el informe vinculante del Ministerio público.

10. En definitiva, como consecuencia de lo argumentado en los fundamentos anteriores, procede estimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria y declarar la inconstitucionalidad del inciso “favorable” contenido en el art. 92.8 del Código civil, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por ser contrario a los arts. 117.3 y 24 CE.

Fallo

Estimar la presente cuestión de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declarar inconstitucional y nulo el inciso “favorable” contenido en el art. 92.8 del Código civil, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio.

Votos particulares

1. Voto particular que formula el Magistrado don Manuel Aragón Reyes, al que se adhieren los Magistrados don Pablo Pérez Tremps, doña Adela Asua Batarrita y don Andrés Ollero Tassara, respecto de la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 8912-2006.

En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y con pleno respeto a la opinión de la mayoría del Pleno, formulo el presente voto particular, al discrepar del fallo y de la fundamentación jurídica de la Sentencia que ha estimado la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, en relación con el art. 92.8 del Código civil (CC), declarando inconstitucional y nulo el inciso “favorable” contenido en dicho precepto, según la redacción dada al mismo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por ser contrario a los arts. 24.1 y 117.3 de la Constitución.

A mi entender, en virtud de los argumentos que defendí en la deliberación del Pleno y que resumidamente expongo a continuación, la cuestión de inconstitucionalidad debió ser desestimada.

La Sentencia entiende que la exigencia legal, contenida en el art. 92.8 CC, de informe favorable del Ministerio Fiscal para que el juez pueda acordar la guarda y custodia compartida cuando la pide uno solo de los progenitores, carece de razonabilidad y proporcionalidad, al otorgar un “poder de veto” (sic) al Ministerio Fiscal que limita injustificadamente —se afirma— la potestad jurisdiccional que el art. 117.3 CE reserva con carácter exclusivo a los Jueces y Tribunales integrantes del poder judicial; y también supone la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues el hecho de que el pronunciamiento judicial acordando la guarda y custodia compartida en caso de discrepancia de los progenitores se haga depender del dictamen favorable del Ministerio Fiscal “menoscaba de facto el derecho a obtener una resolución sobre el fondo” (sic).

No puedo compartir tales conclusiones, basadas en un entendimiento erróneo, a mi juicio, tanto de la reserva de jurisdicción garantizada por el art. 117.3 CE, como de la posición institucional del Ministerio Fiscal (art. 124 CE), particularmente en los procesos en los que están en juego los derechos de menores de edad.

2. Por lo que se refiere al principio de exclusividad jurisdiccional (art. 117.3 CE), íntimamente conectado con el principio de independencia judicial (art. 117.1 CE), conviene recordar que, como ya dijimos en la STC 37/2012, de 19 de marzo, FJ 5, “a diferencia de lo que acontece con los poderes legislativo y ejecutivo, que disponen legítimamente de un amplio margen (siempre dentro del ordenamiento jurídico, como

advierte el art. 9.1 CE) para adoptar de manera discrecional decisiones políticas, los Jueces y Tribunales integrantes del poder judicial no pueden ejercer su función jurisdiccional con discrecionalidad política ni según su libre albedrío, sino que han de juzgar sometidos al imperio de la ley, con sujeción al sistema de fuentes establecido. ... Bien puede afirmarse por todo ello que, en el ejercicio de su función constitucional, el juez es libre en cuanto que sólo está sujeto al imperio de la ley”.

Por eso, como también afirmamos en la STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 19, “del principio de exclusividad de Jueces y Magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE) no puede inferirse la existencia de una correlativa prohibición impuesta al legislador, por la que se condicione su libertad de configuración para elegir el nivel de densidad normativa con que pretende regular una determinada materia.”

En consecuencia, el legislador democrático está constitucionalmente legitimado para imponer límites al ejercicio de la función jurisdiccional por los Jueces y Tribunales integrantes del poder judicial, sin que el nivel de densidad normativa en la regulación de una determinada materia en nada afecte, en principio, a la exclusividad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE), salvo que la concreta configuración legal considerada se revele como irrazonable, desproporcionada o arbitraria, tachas que, desde luego, no cabe apreciar, en mi opinión, en el supuesto del cuestionado art. 92.8 CC, como luego diré.

En efecto, son numerosos los supuestos en los que el legislador introduce reglas que limitan la libertad del juez en el ejercicio de su función constitucional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, sobre algunos de los cuales este Tribunal ha tenido incluso oportunidad de pronunciarse ratificando su legitimidad.

Así, en la ya citada STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 19, descartamos que la mayor o menor densidad de contenidos normativos que, en lo que atañe a la valoración y cuantificación de los daños personales ocasionados por la circulación de vehículos a motor, presenta el sistema legal de baremación introducido por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, se derive restricción alguna de las facultades

pertenecientes a los Jueces y Tribunales para el ejercicio exclusivo de la potestad jurisdiccional ex art. 117.3 CE.

Y, por referirnos a supuestos en los que la decisión judicial resulta vinculada por las posiciones adoptadas por las partes en el marco del proceso, cabe señalar, a mero título de ejemplo, que hemos declarado que el principio dispositivo en nuestro sistema procesal rige también en la segunda instancia civil y configura las facultades de conocimiento del órgano ad quem, que, en virtud del principio *tantum devolutum quantum appellatum*, sólo puede entrar a conocer sobre aquellos extremos de la Sentencia de instancia que hayan sido objeto de impugnación por las partes en el recurso de apelación (por todas, SSTC 9/1998, de 13 de enero, FJ 5; 212/2000, de 18 de septiembre, FJ 2; 120/2002, de 20 de mayo, FJ 4; y 250/2004, de 20 de diciembre, FJ 3); o también, en relación con el alcance del deber de congruencia entre la acusación y el fallo en lo que respecta en concreto a la posible pena a imponer como manifestación del principio acusatorio, hemos declarado que el Juez o Tribunal no puede imponer pena que exceda, por su gravedad, naturaleza o cuantía, de la pedida por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de proceso por el que se sustancia la causa, aunque la pena en cuestión no transgreda los márgenes de la legalmente prevista para el tipo penal que resulte de la calificación de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso (STC 155/2009, de 20 de junio, FFJJ 6 y 7).

Añádase a lo anterior, sin ánimo de exhaustividad y sin salirnos del ámbito del proceso civil, los diversos supuestos de ejercicio del derecho de disposición de las partes sobre el proceso y sus pretensiones, con efectos vinculantes para el órgano judicial, previstos en los arts. 19 y ss. de la Ley de enjuiciamiento civil (renuncia, desistimiento, allanamiento, transacción), cuya conformidad con lo establecido en el art. 117.3 CE (y en el art. 24.1 CE) no creo que pueda ponerse en duda.

3. En el caso del cuestionado art. 92.8 CC estamos justamente, en mi opinión, ante un supuesto en el que, por una determinación del legislador que obedece a una justificación razonable y resulta proporcionada a la finalidad que se persigue (asegurar la mejor protección del interés prevalente de los menores), la libertad de decisión del Juez resulta (en alguna medida) legítimamente vinculada

por las posiciones adoptadas por las partes en el marco del proceso, concretamente por la postura adoptada por el Ministerio Fiscal, que actúa ope iuris en defensa del interés superior del menor.

El régimen jurídico sobre la guarda y custodia de los hijos menores de edad ha sido reformado por la mencionada Ley 15/2005, de 8 de julio, introduciéndose como principal novedad la regulación expresa de la guarda y custodia compartida, que se decretará en caso de que los que los dos progenitores acuerden el ejercicio compartido de la misma (art. 92.5 CC), quedando el juez vinculado, por tanto, por esta decisión de las partes. Frente a esta regla general el cuestionado art. 92.8 CC, prevé, con carácter excepcional, a falta de mutuo acuerdo de las partes, que la guarda y custodia compartida pueda ser acordada por el juez a instancia del progenitor que la solicita, siempre que exista informe favorable del Ministerio Fiscal y que se fundamente la adopción de la medida en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

De lo expuesto se deduce sin dificultad una conclusión irrefutable: el informe favorable del Fiscal sobre la custodia compartida, en caso de discrepancia de los progenitores al respecto, no obliga al juez a acordar dicha medida. El juez, atendiendo al interés superior del menor, podrá decidir si acuerda o no la custodia compartida; no existe, pues, atisbo alguno de vulneración del art. 117.3 CE en este supuesto.

Por el contrario, si el informe del Ministerio Fiscal no es favorable a la guarda y custodia compartida, el Juez no podrá acordarla, aunque deseara hacerlo. En este caso, el criterio desfavorable del Ministerio Fiscal sí vincula al juez, obviamente, pues le impide acordar la custodia compartida; al igual que resulta vinculado el juez, en sentido contrario, por el acuerdo de las partes sobre la custodia compartida (art. 92.5 CC: “se acordará”).

Pero tampoco en este supuesto (informe desfavorable del Ministerio Fiscal) la norma cuestionada puede considerarse lesiva del art. 117.3 CE (como tampoco lo es la regla general establecida en el art. 92.5 CC).

Conviene advertir (como por otra parte se recuerda en la propia Sentencia de la que discrepo), que el precepto cuestionado se enmarca dentro de la regulación de un proceso específico en el que, a pesar de

su naturaleza civil, se limita el consustancial principio dispositivo de tal jurisdicción porque no solo están en juego los derechos e intereses de las partes sino que el resultado del litigio puede llegar a afectar directamente a un tercero (el hijo menor de edad) que no es parte procesal y al que el ordenamiento jurídico (ya desde el art. 39 CE) le otorga una especial protección dadas sus circunstancias personales. Justamente por estar afectados en este tipo de procesos civiles los derechos concernientes a menores de edad el ordenamiento ha dispuesto la preceptiva participación del Ministerio Fiscal (art. 749.2 de la Ley de enjuiciamiento civil) como garante de los derechos de los menores, con sujeción en su actuación a los principios de imparcialidad y defensa de la legalidad (art. 124.1 y 2 CE), debiendo precisarse que la dependencia jerárquica del Ministerio Fiscal (art. 124.2 CE) no significa pérdida de imparcialidad de los miembros de la Fiscalía en su actuación procesal en defensa de los derechos e intereses que les están encomendados.

El art. 92.8 CC configura la custodia compartida decretada a instancia de uno de los progenitores, con la oposición del otro, como una situación excepcional, de ahí la cautela del informe favorable del Ministerio Fiscal a la que se somete la toma de esta decisión por el juez, pues, como acertadamente señala el Abogado del Estado en sus alegaciones, la aplicación judicial de una custodia compartida no querida por una de las partes lleva consigo el riesgo de que las disensiones de los progenitores puedan acabar perjudicando a los hijos menores en cuyo beneficio se pretende establecer la medida.

Dicho de otro modo, la circunstancia de que uno de los progenitores no desee compartir la guarda y custodia de sus hijos menores podría incluso haber sido considerada por el legislador como suficiente para excluir que se pudiera acordar por el Juez en estos casos la custodia compartida. Sin embargo, precisamente porque la finalidad perseguida en estos procesos no es sólo satisfacer las pretensiones de las partes, sino, sobre todo, salvaguardar los derechos de los menores, el legislador, actuando en el ámbito de su legítima libertad de configuración normativa, ha previsto la posibilidad de que el Juez acuerde la custodia compartida pese a la oposición de uno de los progenitores, pero sujetando la toma de esta decisión a la cautela simultánea del criterio favorable del Ministerio Fiscal, institución a la

que el ordenamiento ha encargado, entre otras, la función de velar por la defensa de los derechos de los menores (art. 3.7 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal) y la primacía del interés prevalente de éstos (art. 2 de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor), como hemos recordado en la STC 17/2006, de 30 de enero, FJ 5. Lo que evidencia, como pone de relieve el Fiscal General del Estado en sus alegaciones, que en absoluto resulta comprometido el principio de exclusividad jurisdiccional de Jueces y Magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE) por el hecho de que el legislador añade a la pretensión unilateral de custodia compartida la necesidad de un informe favorable del Ministerio Fiscal, de igual manera que tampoco queda comprometido dicho principio cuando el juez decreta la custodia compartida en el supuesto de que así soliciten ambos progenitores de común acuerdo (art. 92.5 CC).

Huelga, por lo demás, acudir —como se hace en el fundamento jurídico segundo de la Sentencia de la que discrepo— a la técnica de los informes vinculantes, propia del Derecho administrativo, para explicar la intervención del Ministerio Fiscal en el supuesto enjuiciado. Con mayor o menor acierto en su redacción, que no nos corresponde enjuiciar, la referencia del cuestionado art. 92.8 CC al “informe favorable del Ministerio Fiscal” no tiene más (ni menos) alcance que el de expresar la forma que adopta la toma de postura del Ministerio Fiscal en el proceso, como parte cualificada que asume por imperativo constitucional y legal la defensa de los derechos e intereses del menor, ante una decisión tan grave como es la adopción de la medida de custodia compartida no querida por uno de los progenitores.

No puedo, en definitiva, compartir la afirmación de la Sentencia de la que discrepo en el sentido de que la exigencia legal de informe favorable del Ministerio Fiscal para acordar la custodia compartida, en caso de discordancia entre los progenitores, limita injustificadamente la potestad jurisdiccional que el art. 117.3 CE otorga con carácter exclusivo a los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, porque no es cierto que no exista “ningún argumento o motivo de peso” que justifique la imposición por el legislador de ese límite a la función jurisdiccional. Como creo haber expuesto ya con detenimiento, la imposición de la custodia compartida a instancia de

una de las partes se configura como una medida excepcional, lo que justifica plenamente la determinación del legislador de someter esta decisión judicial a la garantía adicional de que una institución cualificada como es el Ministerio Fiscal, al que el ordenamiento jurídico encarga la misión de velar por los derechos de los menores en este tipo de procesos (y muy especialmente en el caso de discrepancia entre los progenitores), preste su apoyo a la adopción de tal medida, atendiendo a la mejor protección del interés superior del menor, como establece el art. 92.8 CC. Una opción del legislador que resulta, pues, constitucionalmente irreprochable.

Por lo mismo, rechazo categóricamente que la exigencia legal de informe favorable del Ministerio Fiscal establecida en el art. 92.8 CC entre en contradicción con la regulación procesal y civil de las facultades del Juez para la adopción de cuantas medidas considere beneficiosas para el menor, como también se afirma en la Sentencia. Ni las leyes son parámetro de control de las leyes, ni los supuestos contemplados en las distintas normas legales que a título de ejemplo cita la Sentencia en apoyo de su aserto (art. 158 CC y arts. 752, 774.5 y 777.7 de la Ley de enjuiciamiento civil) evidencian ningún tipo de contradicción entre dichos supuestos y la regla excepcional prevista en el art. 92.8 CC.

4. Debo manifestar, asimismo, mi discrepancia con la Sentencia en cuanto considera que el cuestionado art. 92.8 CC no solo infringe la reserva jurisdiccional garantizada por el art. 117.3 sino que también conculca el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, porque aunque se obtenga una Sentencia, lo cierto es que el pronunciamiento del Juez sobre el fondo queda irremediadamente predeterminado por el dictamen del Ministerio Fiscal, lo que compromete la exclusividad de la potestad jurisdiccional. A lo que se añade que, al ser irrecurrible el informe favorable del Ministerio Fiscal, las Audiencias Provinciales y el Tribunal Supremo tampoco pueden, en su caso, valorar y decidir si el interés del menor requiere adoptar la guarda y custodia compartida, es decir, de nuevo la función jurisdiccional queda impedida por la previa decisión del Ministerio Fiscal.

Sin perjuicio de advertir como cuestión previa que considero no sólo innecesario, sino conceptualmente impropio que, una vez

apreciada la inconstitucionalidad del precepto legal cuestionado por infracción del art. 117.3 CE, la Sentencia se adentre a examinar si, además, el art. 92.8 CC incurre en otras tachas añadidas de inconstitucionalidad, debe señalarse que, en cualquier caso, la supuesta colisión del precepto cuestionado con el derecho a la tutela judicial efectiva art. 24.1 CE se reconduce, en realidad, a la pretendida infracción de la reserva de jurisdicción garantizada por el art. 117.3 CE, sin que se justifique, por tanto, una tacha de inconstitucionalidad autónoma dirigida al precepto cuestionado en relación con el derecho reconocido por el art. 24.1 CE.

Debo, pues, remitirme a lo anteriormente expuesto en cuanto al rechazo de la pretendida infracción del art. 117.3 CE, si bien no me resisto a llamar a la atención sobre la inexactitud en que incurre de nuevo la Sentencia de la que discrepo al afirmar que el pronunciamiento del juez sobre el fondo (se entiende de la decisión de acordar la custodia compartida en el supuesto del art. 92.8 CC) viene irremediabilmente predeterminada por el informe del Ministerio Fiscal. Valga de nuevo recordar que esto no es así necesariamente: en el supuesto del art. 92.8 CC el juez necesita el informe favorable del Ministerio Fiscal para acordar la custodia compartida, pero puede no acordarla aun cuando ese informe sea favorable.

Por lo demás, me parece obvio que el derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto garantiza el derecho de la partes en el proceso a obtener un pronunciamiento sobre el fondo de su pretensiones, no resulta menoscabado por la exigencia de informe favorable del Ministerio Fiscal para que el Juez pueda acordar la custodia compartida en el supuesto excepcional del art. 92.8 CC (negativa de uno de los progenitores a la custodia compartida). Como es sobradamente sabido, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) se satisface con la obtención, cuando se cumplan los requisitos procesales correspondientes, de una resolución judicial de fondo que se pronuncie, y lo haga de manera razonable, motivada y fundada en Derecho, sobre las pretensiones deducidas oportunamente en el proceso (por todas, STC 196/2005, de 18 de junio, FJ 3; 40/2006, de 13 de febrero, FJ 2; y 67/2007, de 27 de marzo, FJ 2), y este pronunciamiento judicial de fondo no resulta impedido por la regulación contenida en el art. 92.8 CC, pues, solicitada la guarda y

custodia compartida por uno de los progenitores, el juez podrá acordarla si cuenta con el informe favorable del Ministerio Fiscal y estima que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor, o denegarla (con independencia de cual sea en este caso la postura manifestada por el Ministerio Fiscal).

5. Por la misma razón antes señalada, estimo improcedente que la Sentencia entre a examinar si el art. 92.8 CC es contrario al derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) y al principio de protección de los menores por los poderes públicos (art. 39 CE), aunque sea para descartar tales vulneraciones. Apreciada —a mi juicio, como ya he dicho, infundadamente— la inconstitucionalidad del precepto legal cuestionado no solo por infracción del art. 117.3 CE, sino también, de manera redundante, por el art. 24.1 CE, huelga pronunciarse a renglón seguido acerca de sí, además, la exigencia de informe favorable del Ministerio Fiscal para acordar la guarda y custodia compartida en caso de discrepancia de los progenitores puede contradecir lo dispuesto en los arts. 14 y 39 CE.

6. En suma, por las razones que han quedado expuestas, considero que la exigencia contenida en el art. 92.8 CC de informe favorable del Ministerio Fiscal para que el juez pueda acordar la guarda y custodia compartida cuando uno de los progenitores se opone a la adopción de esta medida, constituye una opción del legislador que resulta constitucionalmente irreprochable, pues obedece a una justificación razonable y resulta proporcionada a la finalidad pretendida por la norma cuestionada, que no incurre en infracción alguna del principio de exclusividad de Jueces y Magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE), ni tampoco, claro está, de los arts. 14, 24.1 y 39 CE, lo que debió conducir a la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria.

Y en este sentido emito mi Voto particular.

Universidades de la Iglesia católica

SENTENCIA 131/2013, de 5 de junio de 2013

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 1725-2002, promovido por sesenta y cuatro Diputados del Grupo Parlamentario Socialista, ocho del Grupo Federal de Izquierda Unida y seis del Grupo Mixto, todos ellos en el Congreso de los Diputados, contra los artículos: 4.3, 6.5, 9.2, 15.2, 23, inciso segundo, 27.1, 32, 42.3, 46.3, inciso segundo, 50 último inciso, 51, 52 in fine, 72, 83.2, 84, inciso primero; disposiciones adicionales cuarta.2 y séptima; y disposición final cuarta de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de universidades. Ha intervenido la Abogada del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez, quien expresa el parecer del Tribunal.

Antecedentes

(...)

e) Alegaciones sobre la inconstitucionalidad de la disposición adicional cuarta, apartado segundo LOU por contradicción con el art. 14 CE.

Se denuncia, por parte de los recurrentes, el establecimiento de un régimen especial de creación de las universidades de la Iglesia católica sustentado en un tratamiento desigual absolutamente injustificado y cuya característica más notoria es la exención de ley de reconocimiento para dichas universidades. Esta exención exige a las universidades favorecidas por la misma de toda comprobación de que cumplen los requisitos establecidos por el legislador para su creación y reconocimiento. Pues bien, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, no se impide que el legislador incorpore eventualmente diferencias de trato, pero sí que su establecimiento o existencia debe justificarse en la persecución de fines lícitos. Así las cosas, no es posible encontrar justificación a dicho trato ni en el art. 16.3 CE, que se refiere a relaciones de cooperación en materia de libertad religiosa, lo que no es el caso. Tampoco es posible acudir al Acuerdo de 3 de enero de 1979 suscrito entre el Estado español y la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales, pues los tratados internacionales no son parámetro de constitucionalidad sino que, antes bien, están sujetos a la propia Constitución, de tal suerte que, en su caso, la declaración

de inconstitucionalidad de una norma amparada en un tratado que le presta cobertura podría derivar, incluso, en la inconstitucionalidad del propio tratado internacional. Pero es que, ni siquiera una recta interpretación del citado acuerdo permite colegir que las universidades de la Iglesia puedan quedar eximidas por el legislador del cumplimiento del requisito general del reconocimiento de las universidades privadas, que por cierto fue la norma y no excepción hasta 1979. Se concluye, en consecuencia, la inexistencia de causa razonable para el trato desigual denunciado y se postula la inconstitucionalidad de la disposición adicional cuarta LOU, en su apartado segundo, por vulnerar el art. 14 CE.

Fundamentos jurídicos

(...)

10. Concluye el recurso con la impugnación de la disposición adicional cuarta LOU por cuanto introduce un régimen discriminatorio a favor de las universidades de la Iglesia católica en relación con el resto de las universidades privadas en lo que respecta al reconocimiento de las mismas. Así, si con carácter general el art. 4.1 LOU ha previsto la necesidad de una ley de reconocimiento para las universidades privadas, la disposición adicional cuarta, apartado segundo, en su párrafo primero dispone: “Las Universidades establecidas o que se establezcan en España por la Iglesia católica con posterioridad al Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, quedarán sometidas a lo previsto por esta Ley para las Universidades privadas, a excepción de la necesidad de Ley de reconocimiento”.

Antes de acometer el análisis de la disposición impugnada es necesario advertir que no podremos remitirnos, ahora, a la consideraciones contenidas en la precedente STC /2012, de 29 de noviembre, en la que se resolvía el primero de los recursos planteados contra la Ley Orgánica 6/2001, aun habiéndose impugnando entonces la disposición adicional cuarta LOU. Allí, la controversia sobre la exención de ley de reconocimiento para las universidades creadas por la Iglesia católica se sustentaba estrictamente en términos competenciales, sin que la escueta mención a un trato desigual de este tipo de universidades con el resto de las privadas, desprovista de toda argumentación, posibilitara el enjuiciamiento de la disposición desde

la perspectiva de la igualdad, del art. 14 CE, que es la que habrá de ocuparnos a continuación, pues en el presente recurso sí se encuentra exhaustivamente fundamentada.

En el apartado primero, la disposición contempla que la aplicación de la ley a las universidades de la Iglesia católica se ajustará a lo recogido en los acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede. Precisamente, en la interpretación del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales, firmado en la Ciudad del Vaticano el 3 de enero 1979, se centra la discrepancia, ya que los recurrentes niegan que la norma convencional proporcione sustento para el tratamiento diferenciado, mientras que la Abogada del Estado llega a la conclusión contraria, sosteniendo igualmente que el art. 16.3 CE proporciona base para la diferencia en virtud de las tradicionales relaciones de cooperación entre nuestro país y la Iglesia católica, que justifican que la aptitud y capacidad acreditadas en la materia haya llevado a la ley a eximir las de una ley de autorización, lo cual no implica que para su funcionamiento no deban someterse al resto del ordenamiento.

La lectura del citado Acuerdo de 1979 revela que en el mismo no se contiene exención expresa del requisito de la ley de reconocimiento para las universidades creadas con posterioridad al mismo. Realmente el artículo X se remite a lo que disponga la legislación aplicable en cuanto al modo de ejercer las actividades y en cuanto al reconocimiento de los estudios realizados en dichas universidades:

“1. Las universidades, colegios universitarios, escuelas universitarias y otros centros universitarios que se establezcan por la Iglesia católica se acomodarán a la legislación que se promulgue con carácter general, en cuanto al modo de ejercer sus actividades.

2. Para el reconocimiento a efectos civiles de los estudios realizados en dichos centros se estará a lo que disponga la legislación vigente en la materia en cada momento.”

Esa remisión podría dar a entender que habrá que estar a lo que discrecionalmente disponga el legislador nacional que, en este caso, ha optado por la exención de la ley de reconocimiento a favor de las universidades de la Iglesia católica. Sin embargo, en lo que ahora importa, no es esa la conclusión a la que ha de llegarse, ya que no es

claro que pueda atribuirse al término “establecer” el significado de que implícitamente supone el reconocimiento de las universidades creadas por la Iglesia católica; creación que, por su parte, emana de la libertad contenida en el art. 27.6 CE. Y no lo es por cuanto dicho Acuerdo utiliza el término reconocimiento en otros casos, como cuando, con respecto de las universidades de la Iglesia establecidas en nuestro país en la fecha de la adopción del Acuerdo, indica que “[e]l Estado reconoce la existencia legal de las universidades de la Iglesia establecidas en España en el momento de entrada en vigor de este Acuerdo, cuyo Régimen Jurídico habrá de acomodarse a la legislación vigente, salvo lo previsto en el artículo XVII, 2”. Más bien, habrá de concluirse, entonces, en la absoluta neutralidad del Acuerdo en lo referente a la exigencia del reconocimiento de las universidades de la Iglesia católica, que es cuestión que conforma exclusivamente el legislador interno en los términos ya señalados.

En segundo lugar porque “el modo de ejercer las actividades”, que junto con el reconocimiento de efectos civiles a los estudios realizados en este tipo de centros al que pretende constreñirse la remisión al legislador interno, implica desde luego el cumplimiento de los requisitos establecidos sobre el particular. Y es que aunque, como quedó expuesto en la STC /2012, de 29 de noviembre, a diferencia de lo que sucede con la ley de creación de universidades públicas, con un marcado componente fundacional, la ley de reconocimiento de las universidades privadas carece de carácter constitutivo y “tiene la naturaleza de una autorización, y esta naturaleza no se ve alterada por la intervención del legislador” (FJ 10), la exención de ley de reconocimiento para las universidades creadas por la Iglesia católica desvirtúa en buena medida el procedimiento administrativo de autorización de comienzo de las actividades del ente universitario. Procedimiento administrativo que no sólo se sustancia a través de la verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en la propia Ley Orgánica y normas de desarrollo en la materia (singularmente el Real Decreto 557/1991, de 12 de abril, sobre creación y reconocimiento de universidades y centros universitarios), sino de aquellos contenidos en la propia ley de reconocimiento (art. 4, apartados 4 y 5, LOU).

Resulta de todo ello que esa decisión del legislador entraña una real y efectiva diferencia de trato entre las universidades privadas en razón de que hayan sido creadas o no por la Iglesia católica. Ciertamente, el trato desigual por sí mismo considerado no es necesariamente contrario a la Constitución, pues “no toda desigualdad de trato legislativo en la regulación de una materia entraña una vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la Ley del art. 14 C.E., sino únicamente aquellas que introduzcan una diferencia de trato entre situaciones que puedan considerarse sustancialmente iguales y sin que posean una justificación objetiva y razonable. Por lo que dicho precepto constitucional, en cuanto límite al propio legislador, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación objetiva y razonable. A lo que cabe agregar que también es necesario, para que la diferencia de trato sea constitucionalmente lícita, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal diferenciación sean proporcionadas a la finalidad perseguida por el legislador, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. Exigiendo el principio de igualdad, por tanto, no sólo ‘que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida por el legislador’ (STC/1993, fundamento jurídico 4).” [STC /1993, de 16 de noviembre, FJ 4 c)].

Llegados a este punto resulta que ni del tenor de la norma cuestionada, tomada aisladamente o leída de forma sistemática con el resto de preceptos de la Ley Orgánica de universidades, ni de la exposición de motivos —primero— de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, que introduce la exención, ni del preámbulo —después— de la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, que deja inalterada la citada disposición adicional, es posible encontrar finalidad objetiva y razonable que justifique el establecimiento del tratamiento diferenciado al que se ha hecho referencia entre las distintas universidades privadas.

Conviene tener presente que la exigencia de una ley de reconocimiento no es, ni mucho menos, una cuestión baladí, ya que, como ha establecido el propio legislador orgánico, el reconocimiento

sirve para garantizar la calidad de la docencia e investigación y, en general, del conjunto del sistema universitario, así como para asegurar que las universidades disponen de los medios y recursos adecuados para el cumplimiento de las funciones que, en relación con la educación superior, les ha asignado ese mismo legislador orgánico y que se detallan en el art. 1.2 LOU. Igualmente conforme a dicha ley de reconocimiento ha de ser autorizado el comienzo de las actividades de la universidad por el órgano competente de la Comunidad Autónoma, tal como disponen el art. 4.5 en relación con el 4.4 LOU, y, finalmente, la ley de reconocimiento integra, junto a la LOU y las normas que dicten el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus respectivas competencias, el bloque normativo que, añadido a sus propias normas de organización y funcionamiento, ha de regir este tipo de universidades.

Así pues, el resultado de la exención establecida por la disposición adicional impugnada, en lo atinente a la ley de reconocimiento, es la introducción de un trato diferenciado entre universidades privadas pues todas ellas, salvo las establecidas por la Iglesia católica, están sometidas a esa exigencia de ley de reconocimiento, con las implicaciones que acabamos de detallar. Diferencia que carece de la justificación objetiva y razonable que toda diferenciación normativa, por imperativo del art. 14 CE, debe poseer para ser considerada legítima, lo que conduce a la declaración de inconstitucionalidad de la disposición adicional cuarta impugnada en cuanto exime a las universidades de la Iglesia católica de ley de reconocimiento. Declaración de inconstitucionalidad que queda contraída al inciso final del párrafo primero, del apartado segundo, de la disposición adicional cuarta: “a excepción de la necesidad de Ley de reconocimiento”.

Finalmente hemos de precisar el alcance en el tiempo de nuestra declaración de inconstitucionalidad, siguiendo en este punto la doctrina recogida, entre otras, en las SSTC/2002, de 27 de febrero, FJ 9; y /2006, de 21 de diciembre, FJ 8. En ellas declaramos que “en supuestos como el que ahora nos ocupa y atendiendo a la pluralidad de valores constitucionales que concurren ‘debemos traer a colación ... el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), al que responde la previsión contenida en el art. 40.1 LOTC, según el cual las sentencias

declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes ‘no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada’ en los que se haya hecho aplicación de las leyes inconstitucionales. Ahora bien, la modulación del alcance de nuestra declaración de inconstitucionalidad no se limita a preservar la cosa juzgada. Más allá de ese mínimo impuesto por el art. 40.1 LOTC debemos declarar que el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) también reclama que —en el asunto que nos ocupa— esta declaración de inconstitucionalidad sólo sea eficaz pro futuro, esto es, en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme ... El principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) reclama la intangibilidad de las situaciones jurídicas consolidadas; no sólo las decididas con fuerza de cosa juzgada, sino también las situaciones administrativas firmes”.

Fallo

1º Declarar que ha perdido objeto la impugnación de los arts. 9.2, 15.2 y 27.1 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de universidades.

2º Estimar parcialmente el recurso de inconstitucionalidad y declarar la inconstitucionalidad y nulidad, en los términos del fundamento jurídico 10, del inciso “a excepción de la necesidad de ley de reconocimiento” de la disposición adicional cuarta, apartado segundo, párrafo primero in fine.

3º Desestimar el recurso en todo lo demás.

Votos particulares

1. Voto particular que formula el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas respecto a la Sentencia del Pleno de fecha 6 de junio de 2013 dictada en el recurso de inconstitucionalidad 1725-2002.

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y con el pleno respeto a la opinión de la mayoría, expreso mi discrepancia con la Sentencia que fundo en lo siguiente:

1. El art. X del Convenio entre la Santa Sede y el Estado español, al decir que “Las universidades, colegios universitarios, escuelas

universitarias y otros centros universitarios que se establezcan por la Iglesia Católica se acomodarán a la legislación que se promulgue con carácter general, en cuanto al modo de ejercer sus actividades”, lo que reconoce a la Iglesia católica, en el marco de un tratado internacional, es exclusivamente la facultad de establecer universidades, partiendo, evidentemente, de una presunción de solvencia económica y capacidad académica, que está incluso al margen de su condición de confesión religiosa.

En aplicación de dicho Acuerdo, y dentro de su libertad de configuración, el legislador democrático (al que en otras ocasiones tanto se atiende por este Tribunal buscando incluso hasta interpretaciones conformes, que aquí no se han querido aceptar), en la disposición adicional cuarta, apartado 2 de la Ley 6/2001, de 21 de diciembre, de universidades, al decir que “Las Universidades establecidas o que se establezcan en España por la Iglesia Católica con posterioridad al Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, quedarán sometidas a lo previsto por esta Ley para las Universidades Privadas, a excepción de la necesidad de Ley de reconocimiento”, se ha limitado a excluir de la exigencia de ley formal la autorización de establecimiento de universidades a la Iglesia católica, en aplicación de aquella presunción, reconocida en un tratado, aunque fuera implícitamente, pues el hecho de que no se diga expresamente en un momento en el que ni siquiera eran necesarias las leyes de reconocimiento no puede conducir razonablemente, contra lo que se dice en el fundamento jurídico 10 de la Sentencia de la que discrepo, a afirmar que el acuerdo de 1979 no contiene “exención expresa del requisito de la ley de reconocimiento para las Universidades creadas con posterioridad al mismo”, cuando lo que sí es expreso es que “se acomodarán a la legislación que se promulgue con carácter general, en cuanto al modo de ejercer sus actividades”, subrayo que el sometimiento a la legislación general sobre universidades lo es en cuanto al modo de ejercer sus actividades que, lógicamente, no se han iniciado, ni se pueden físicamente iniciar, antes del establecimiento de la universidad.

2. Esta distinción respecto de la Iglesia católica en cuanto a las demás universidades privadas y que tiene puro carácter formal, no está

carente de fundamento objetivo, contra lo que también se afirma en la Sentencia de la mayoría, pues aparte de que absolutamente nadie, fuera del presente recurso, ha protestado por ello, tiene su origen en la doble condición del singular estatus internacional de la Iglesia, del que carece cualquier otra confesión religiosa, u otros eventuales promotores de universidades privadas, y de la circunstancia, históricamente contrastada, de que precisamente fue aquélla la creadora de las primeras universidades y de las que mantienen el máximo prestigio en la actualidad.

No es posible adivinar en qué puede afectar al principio de igualdad una mínima diferencia formal entre quienes son evidentemente desiguales.

3. Por último, el art. 16.3 CE cuando, después de establecer que ninguna confesión tendrá carácter estatal, proclama que “los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones” no cita expresamente a la Iglesia católica como un ejemplo de confesión, como parece latir en algún pasaje de la Sentencia de la que me aparto, si no que ha de ponerse en relación con el mandato a los poderes públicos de tener en cuenta las creencias religiosas de los españoles, mayoritariamente asentadas en dicha institución religiosa, lo que también sirve de objetiva justificación para esa mínima consideración formal que ahora se anula, con innecesario agravio.

Y en este sentido emito mi Voto particular porque, a mi parecer y reiterando el respeto que me merece la opinión contraria, debió desestimarse íntegramente el recurso.

2. Voto particular que formula el Magistrado don Manuel Aragón Reyes, al que se adhiere el Magistrado don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, respecto de la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1725-2002.

En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), y con pleno respeto a la opinión de la mayoría del Pleno, formulo el presente Voto particular, al discrepar de parte de la fundamentación jurídica, y en consecuencia también, parcialmente, del fallo, de la Sentencia que ha

resuelto el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta Diputados [art. 162.1 a) CE y art. 32.1 c) LOTC] contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de universidades (en adelante, LOU).

1. Mi discrepancia se circunscribe al enjuiciamiento que se realiza en el fundamento jurídico 10 de la Sentencia del segundo apartado de la disposición adicional cuarta LOU, en relación con el régimen específico de reconocimiento de Universidades de la Iglesia Católica, enjuiciamiento que conduce a la declaración de inconstitucionalidad y nulidad del inciso “a excepción de la necesidad de ley de reconocimiento” que se contiene en el párrafo primero in fine del referido apartado segundo.

A mi entender, en virtud de los argumentos que defendí en la deliberación del Pleno y que resumidamente expongo a continuación, el recurso de inconstitucionalidad debió ser desestimado también en este punto, y ello por las razones que siguen.

La Sentencia de la que discrepo sostiene en su fundamento jurídico 10 que la exención a las Universidades de la Iglesia Católica del requisito de la ley de reconocimiento, previsto con carácter general en el art. 4.1 LOU para las Universidades privadas, supone una diferencia de trato entre Universidades privadas, a favor de las Universidades de la Iglesia Católica, que “carece de la justificación objetiva y razonable que toda diferenciación normativa, por imperativo del art. 14 CE debe poseer para ser declarada legítima, lo que conduce a la declaración de inconstitucionalidad de la disposición adicional cuarta en cuanto exime a las Universidades de la Iglesia Católica de ley de reconocimiento”. Sin embargo, tal razonamiento y conclusión me parecen desacertados.

Ciertamente, no cabe duda de que el segundo apartado de la disposición adicional cuarta LOU introduce una diferencia de trato entre Universidades privadas, al eximir a las Universidades de la Iglesia Católica del requisito de la ley de reconocimiento (estatal o autonómica), previsto con carácter general en el art. 4.1 LOU para el reconocimiento de las Universidades privadas, pero ni esa diferencia de trato carece de justificación objetiva y razonable, ni las consecuencias derivadas de esa diferenciación resultan desproporcionadas al fin perseguido por el legislador.

2. Así, en primer lugar es necesario determinar el alcance real de esa diferencia normativa de trato entre Universidades privadas, que se contrae estrictamente al contenido necesario de la ley de reconocimiento de las Universidades privadas, destinado a constatar que las personas e instituciones privadas que pretenden crear centros para impartir enseñanzas universitarias cuentan para ello con la necesaria solvencia económica y profesional (esto es, con los “medios y recursos adecuados para el cumplimiento por las Universidades de sus funciones”, arts. 4.3 y 5.1 LOU), sin extenderse a otros contenidos eventuales que esa ley, estatal o autonómica, según corresponda, pueda establecer (art. 6 LOU). En efecto, de acuerdo con lo previsto en el segundo apartado de la disposición adicional cuarta LOU, en cumplimiento de lo establecido en los arts. X y XVII, 2 del Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español sobre enseñanza y asuntos culturales, de 3 de enero de 1979, a las Universidades establecidas en España por la Iglesia Católica se les exime del requisito del reconocimiento (art. 4.1 LOU), pero en todo lo restante “quedarán sometidas a lo previsto en esta Ley para las Universidades privadas”.

Ello supone que las Universidades de la Iglesia Católica en España, establecidas de acuerdo con el principio de libertad de creación de centros docentes que garantiza el art. 27.6 CE, se registrarán por lo dispuesto en la propia LOU y por las normas que dicten el Estado y las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus respectivas competencias y por sus propias normas de organización y funcionamiento (art. 6.1 y 5 LOU), normas estas que han de incluir las previsiones derivadas de lo dispuesto en el art. 2.2 LOU, en relación con el contenido de la autonomía universitaria garantizado por el art. 27.10 CE. Es decir, excluido el requisito de la ley de reconocimiento en su contenido necesario, las Universidades de la Iglesia Católica quedan sujetas en todo lo restante, como cualquier otra Universidad privada, a las exigencias establecidas por la ley.

Por tanto, que las Universidades de la Iglesia Católica en España queden exentas del requisito formal de la ley de reconocimiento, por decisión del legislador estatal en aplicación del Acuerdo de 1979 entre la Santa Sede y el Estado español sobre enseñanza y asuntos culturales, no significa, en primer lugar, que no estén sujetas a la exigencia de contar con los medios y recursos adecuados para el

cumplimiento de las funciones al servicio de la sociedad que a todas las Universidades, públicas y privadas, impone el art. 1.2 LOU, y para garantizar la calidad y docencia de la educación (art. 4.3, párrafo primero, LOU), de tal suerte que el comienzo de las actividades de las Universidades será autorizado por el órgano competente de la Comunidad Autónoma una vez comprobado el cumplimiento de los referidos requisitos (art. 4.4 LOU). En este sentido conviene recordar que, como ya dijimos en la STC /2012, de 29 de noviembre, FJ 10, “La ley de reconocimiento no tiene, pues, naturaleza constitutiva, en cuyo caso no podría prescindirse de ella, sino que propiamente tiene la naturaleza de una autorización, y esta naturaleza no se ve alterada por la intervención del legislador. En efecto, es el Gobierno estatal quien establece los requisitos básicos necesarios para la creación y reconocimiento de las Universidades públicas y privadas (art. 3.2 LOU) que, en la actualidad, están regulados en el Real Decreto 557/1991, de 12 de abril, sobre creación y reconocimiento de universidades y centros universitarios, siendo, en todo caso, necesaria para Universidades públicas y privadas la preceptiva autorización que, para el comienzo de sus actividades, otorgan las Comunidades Autónomas una vez comprobado el cumplimiento de los requisitos normativamente establecidos (art. 4.4 LOU)”.

No puedo, en consecuencia, compartir la afirmación que se contiene en el fundamento jurídico 10 de la Sentencia de la que discrepo en cuanto a que la “la exención de ley de reconocimiento para las Universidades creadas por la Iglesia Católica desvirtúa en buena medida el procedimiento administrativo de autorización de comienzo de las actividades del ente universitario”. No hay tal desvirtuación, en modo alguno. Las Universidades de la Iglesia Católica, exentas del legislador del requisito formal de la ley singular de reconocimiento, carente de naturaleza constitutiva (STC/2012, FJ 10), quedan en todo caso sometidas, como el resto de Universidades privadas, a la exigencia de autorización de comienzo de las actividades por la Comunidad Autónoma una vez comprobado el cumplimiento de los requisitos referidos a contar con los medios y recursos adecuados para el cumplimiento de las funciones que a todas las universidades impone el art. 1.2 LOU y para garantizar la calidad y docencia de la educación (art. 4.4 LOU).

En segundo lugar, las Universidades de la Iglesia Católica que deseen implantar en sus centros enseñanzas conducentes a la obtención de títulos de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional habrán de atenerse, como el resto de Universidades, al catálogo de títulos universitarios oficiales que apruebe el Gobierno, así como a las directrices generales de los planes de estudios que deban cursarse para su obtención u homologación, aprobadas igualmente por el Gobierno, previo informe del Consejo de Coordinación Universitaria o a propuesta del mismo (arts. 4.3, 12.2, 34 y 35 LOU).

En fin, pero sin ánimo de exhaustividad, las Universidades de la Iglesia Católica, al igual que el resto de Universidades privadas, han de establecer en sus normas de organización y funcionamiento los órganos de gobierno y representación de la Universidad, así como los procedimientos para su designación y remoción (art. 27 LOU).

En suma, la exención de la intermediación legislativa en cuanto al reconocimiento de las Universidades de la Iglesia Católica no significa en modo alguno que estas Universidades puedan desarrollar sus actividades docentes e investigadoras sin someterse al régimen jurídico establecido en la propio LOU y las restantes normas que dicten el Estado y las Comunidades Autónomas en materia universitaria en el ejercicio de sus respectivas competencias. Ello resulta, por lo demás, plenamente conforme con las previsiones contenidas en el Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español sobre enseñanza y asuntos culturales, de 3 de enero de 1979, cuyo art. X,1, primer párrafo, determina que “Las Universidades, Colegios universitarios, Escuelas universitarias y otros Centros universitarios que se establezcan por la Iglesia Católica se acomodarán a la legislación que se promulgue con carácter general, en cuanto al modo de ejercer estas actividades”.

3. Además, esa mínima diferenciación normativa de trato entre Universidades privadas, reducida estrictamente a la exención del requisito de la ley de reconocimiento para las Universidades de la Iglesia Católica, ha sido adoptada válidamente por el legislador estatal, que es el competente para ello (STC /2012, FJ 10), en desarrollo de las previsiones contenidas en los citados arts. X y XVII.2 del Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español sobre enseñanza y asuntos culturales, de 3 de enero de 1979.

En efecto, que en este Acuerdo, que forma parte del ordenamiento interno español al igual que cualquier otro tratado internacional válidamente celebrado y publicado en el “Boletín Oficial del Estado” (art. 96.1 CE), no se establezca de manera expresa una exención del requisito formal de la ley de reconocimiento para las Universidades de la Iglesia Católica, como se señala en la Sentencia de la que discrepo, no significa que el legislador estatal no pueda, en una legítima interpretación de las previsiones contenidas en el Acuerdo, eximir a las Universidades de la Iglesia Católica del requisito de la ley de reconocimiento establecido con carácter general para las Universidades privadas (art. 4.1 LOU).

Esa exención encuentra, desde luego, plena cobertura en el propio Acuerdo de 3 de enero de 1979 respecto de las Universidades de la Iglesia Católica que ya estaban establecidas en España antes de firmarse este Acuerdo, por cuanto su art. X,2 determina que “El Estado reconoce la existencia legal de las Universidades de la Iglesia establecidas en España en el momento de entrada en vigor de este Acuerdo, cuyo régimen jurídico habrá de acomodarse a la legislación vigente, salvo lo previsto en el artículo XVII,2” (precepto este que establece a su vez que “Quedan asegurados, no obstante, los derechos adquiridos de las Universidades de la Iglesia establecidas en España en el momento de la firma del presente Acuerdo, las cuales, sin embargo, podrán optar por su adaptación a la legislación general sobre Universidades no estatales”).

Pero igualmente resulta una opción legislativa constitucionalmente válida la exención del requisito de la ley de reconocimiento para las Universidades de la Iglesia Católica que se establezcan en España con posterioridad a la firma del Acuerdo de 3 de enero de 1979, toda vez que es al legislador estatal al que le corresponde interpretar los términos concretos del Acuerdo, en el marco del mandato a los poderes públicos, contenido en el art. 16.3 CE junto a la proclamación de la aconfesionalidad del Estado, de mantener relaciones de cooperación con la Iglesia Católica, en coherencia con la inexcusable toma en consideración de las creencias religiosas que el mismo precepto constitucional exige. Esa especial referencia a la Iglesia Católica (a la que también se remite el Abogado del Estado para defender la constitucionalidad de la exención contenida en el segundo

apartado de la disposición adicional cuarta LOU), le ha conducido en el pasado a este Tribunal a considerar constitucional ni más ni menos que la existencia del cuerpo de capellanes castrenses, razonando que “el hecho de que el Estado preste asistencia religiosa católica a los individuos de las Fuerzas Armadas no sólo no determina lesión constitucional, sino que ofrece, por el contrario, la posibilidad de hacer efectivo el derecho al culto de los individuos y comunidades” (STC /1982, de 13 de mayo, FJ 4). Resulta cuanto menos sorprendente que, ahora, una diferencia de mucha menor entidad que aquélla se reputé inconstitucional.

La diferencia de trato entre Universidades privadas que establece el apartado segundo de la disposición adicional cuarta LOU, limitada a eximir a las Universidades de la Iglesia Católica del requisito de ley de reconocimiento, con el contenido estrictamente necesario que esta ley ha de tener, obedece a una justificación objetiva y razonable, pues constituye una opción legislativa que interpreta las previsiones contenidas en los citados arts. X y XVII, 2 del Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español sobre enseñanza y asuntos culturales, de 3 de enero de 1979, y resulta acorde con el deber de cooperación del Estado con la Iglesia Católica (art. 16.3 CE). Siendo notoria la experiencia docente y la solvencia económica y profesional de las Universidades creadas en nuestro país por la Iglesia Católica desde hace siglos, no puede discutirse la razonabilidad y proporcionalidad de la dispensa de ley de reconocimiento a las Universidades de la Iglesia Católica que se contiene en el primer párrafo del apartado segundo de la disposición adicional cuarta LOU y que se refiere exclusivamente, como queda dicho, al contenido necesario (que no eventual) de la ley de reconocimiento. Las Universidades privadas creadas por otras instituciones o personas físicas en virtud de la libertad garantizada en el art. 27.6 CE no cabe presumir que gocen, por principio y en todo caso, de esa misma tradición secular de experiencia y solvencia en la impartición de enseñanzas universitarias que acreditan las Universidades de la Iglesia Católica, lo que explica y justifica la exigencia para esas otras Universidades privadas de una ley de reconocimiento, que, como ya se dijo, “no tiene naturaleza constitutiva ..., sino que propiamente tiene la naturaleza de una autorización” (STC /2012, FJ 10), mediante la que se pueda constatar que esas Universidades cuentan con la solvencia económica financiera

y profesional que resulta necesaria para garantizar la calidad de las enseñanzas universitarias que pretenden impartir.

En suma, el tratamiento diferenciado entre Universidades privadas que introduce el apartado segundo de la disposición adicional cuarta LOU responde a una finalidad objetiva y razonable, y las consecuencias jurídicas derivadas de tal distinción resultan proporcionadas a la finalidad perseguida, lo que permite descartar que el precepto en cuestión entre en contradicción con la cláusula general de igualdad ante la ley del art. 14 CE (por todas, SSTC /1981, de 2 de julio, FJ 3; /1982, de 14 de julio, FJ 2; /1993, de 16 de noviembre, FJ 4; /1998, de 2 de junio, FJ 8; y /2001, de 4 de octubre, FJ 4, por todas). Así debió ser declarado por nuestra Sentencia, desestimando la impugnación de los Diputados recurrentes en este extremo.

Y en este sentido emito mi Voto particular.

3. Voto particular que formula el Magistrado don Francisco José Hernando Santiago a la Sentencia que resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 1725-2002.

Con el respeto que siempre profeso al parecer de la mayoría, creo necesario hacer uso de la facultad establecida en el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de formular Voto particular, por disentir parcialmente de la Sentencia que resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 1725-2002, en la medida en que declara inconstitucional el inciso de la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de universidades, que dispensa de la necesidad de aprobación por una ley autonómica o estatal la creación o reconocimiento de universidades establecidas por la Iglesia católica.

1. Mi primera discrepancia surge de que, así como para los seis Magistrados que han conformado la mayoría esa dispensa no está contemplada en el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979 sobre enseñanza y asuntos culturales, entiendo, por el contrario, que de su art. X.1 se deduce sin esfuerzo tal exención.

Como reconoció la STC /1991, de 3 de octubre, FJ 1, el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales es “un Tratado Internacional cuyo texto ha sido aprobado por las Cortes Generales y publicado oficialmente (‘Boletín Oficial del

Estado' de 15 de diciembre de 1979), lo que significa, en virtud de lo dispuesto en el art. 96 de la CE, que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno" (en el mismo sentido, STC/1982, de 12 de noviembre, FJ 5).

Pues bien, la libertad de creación de centros docentes, como específica manifestación de la libertad de enseñanza, es un derecho que, por venir reconocido constitucionalmente a las personas físicas y jurídicas (art. 27.6 CE) puede también ejercer, como es natural, la Iglesia católica. Es por esto que si el mencionado acuerdo internacional incorpora una disposición en la que se fija que "la Iglesia Católica podrá establecer Universidades, Colegios Universitarios, Escuelas Universitarias y otros Centros Universitarios, sin perjuicio de que los mismos se acomodarán a la legislación que se promulgue con carácter general, en cuanto al modo de ejercer estas actividades" (art. X.1), es razonable entender que tal precepto obedece a un designio más relevante que el de repetir lo que el artículo 27.6 de la Constitución ya dice, esto es, que existe libertad de creación de centros docentes. No en vano una de las manifestaciones de la regla de la buena fe, en cuanto principio de interpretación de los tratados internacionales, consiste en que, en la duda, "se supone que las partes hayan querido significar algo en vez de nada". En el presente caso lo que el precepto aporta como contenido jurídico que justifica su existencia es precisamente que "sin perjuicio" de que estas universidades se acomodarán a la legislación que se promulgue con carácter general, la Iglesia Católica tiene la facultad de establecerlas.

Este es el recto entendimiento que el Estado español ha venido dando al mencionado Acuerdo suscrito con la Santa Sede, como lo demuestra que ya se hayan constituido tres universidades católicas sin previa ley de autorización: las universidades católicas de Santa Teresa de Jesús de Ávila, San Antonio de Murcia y San Vicente Mártir de Valencia. Que así haya venido entendiéndose de modo reiterado no es jurídicamente irrelevante, pues, con arreglo al art. 31.3 del convenio de Viena, en la interpretación de los tratados "habrá de tenerse en cuenta: b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado". Si ésta es la aplicación que mediante actos inconcusos ha venido dando el Estado español al art. X.1 del Acuerdo,

llegando incluso a fijar en ley interna tal interpretación (la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de universidades), no deja de ser preocupante que la Sentencia ahora aprobada modifique unilateralmente la interpretación del tratado internacional, obviando que con arreglo al artículo XVI del Acuerdo “la Santa Sede y el Gobierno español procederán de común acuerdo en la resolución de las dudas o dificultades que pudieran surgir en la interpretación o aplicación de cualquier cláusula del presente Acuerdo, inspirándose para ello en los principios que lo informan”.

Es cierto que el art. 27.2 c) LOTC atribuye al Tribunal Constitucional competencia para examinar la posible contradicción con la Constitución Española de los tratados internacionales, incluso de los ya celebrados, pero acaso debiera sopesarse, como ha hecho la doctrina, que nuestra Ley Orgánica es anterior a la fecha de entrada en vigor en España, el 27 de enero de 1980, del convenio de Viena sobre el derecho de los tratados, cuyo artículo 27 dispone que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

2. Una segunda discrepancia con la Sentencia estriba en que aun cuando, a efectos meramente dialécticos, la dispensa de autorización legislativa no fuese consecuencia directa del cumplimiento de un acuerdo internacional, sino decisión libre del legislador orgánico español, resulta difícil compartir que la disposición impugnada vulnere el principio de igualdad.

Con relación al alcance de este principio, la jurisprudencia constitucional ha venido reiterando que “las diferencias normativas son conformes con la igualdad cuando cabe discernir en ellas una finalidad no contradictoria con la Constitución y cuando, además, las normas de las que la diferencia nace muestran una estructura coherente, en términos de razonable proporcionalidad con el fin así perseguido”, de tal modo que “este Tribunal ha venido exigiendo para permitir el trato dispar de situaciones homologables la concurrencia de una doble garantía: a) La razonabilidad de la medida, pues no toda desigualdad de trato en la Ley supone una infracción del artículo 14 CE, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse

iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) La proporcionalidad de la medida, pues el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato sino sólo aquellas desigualdades en la que no existe relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, pues para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos” (SSTC /2002, de 25 de abril, FJ 7; /2004, de 21 de octubre, FJ 5; /2012, de 15 de febrero, FJ 5; o en términos próximos, SSTC/2009, de 20 de abril, FJ 7; y /2010, de 29 de noviembre, FJ 4).

Para la Sentencia de la que discrepo el legislador estableció una diferencia de trato entre las universidades privadas que es incompatible con el art. 14 CE, pues no es posible “encontrar finalidad objetiva y razonable que justifique el establecimiento del tratamiento diferenciado entre las distintas universidades privadas”. A mi juicio, la Sentencia no acierta en la elección del término de comparación, pues la norma anulada no contemplaba “un trato diferenciado entre Universidades privadas”, como se insiste repetidamente en la Sentencia; antes al contrario, lo que se establece es que las universidades de la Iglesia Católica “se acomodarán a la legislación que se promulgue con carácter general, en cuanto al modo de ejercer estas actividades” (art. X.1 de Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede). En realidad, lo que la disposición contempla es un trato diferenciado de los promotores de universidades privadas, de modo que la comparación debió establecerse entre la Iglesia Católica y el resto de personas, físicas o jurídicas, eventualmente promotoras de universidades privadas.

Sí, como recuerda la propia Sentencia, la “ley de reconocimiento” no tiene carácter constitutivo sino que posee propiamente la naturaleza de una autorización que “sirve para garantizar la calidad de la docencia e investigación y, en general, del conjunto del sistema universitario, así como para asegurar que las Universidades disponen de los medios y

recursos adecuados para el cumplimiento de las funciones que, en relación con la educación superior, les ha asignado el legislador”, la consecuencia que debió obtenerse es que la dispensa tiene una justificación objetiva tan notoria como lo es la larga tradición de la Iglesia Católica en el campo de la enseñanza superior —hasta el punto de que la universidad como tal nace en el seno de la Iglesia— que le ha llevado a constituir múltiples universidades en numerosos países, pudiéndose afirmar que la Iglesia católica es, mundialmente, la institución con mayor dedicación a la educación universitaria. Esta especial cualificación ha sido obviada en la Sentencia, que no advierte ninguna diferencia en este campo entre la Iglesia Católica y cualquier particular que pretenda alumbrar una universidad. Pero puesto que la diferencia existe, debió aplicarse nuestra reiterada jurisprudencia según la cual “lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables según criterios o juicios de valor generalmente aceptados”.

Al anterior elemento diferencial se une otro, de no menor relevancia constitucional y que la Sentencia también soslaya, cual es la explicitación en el art. 16.3 CE del deber de los poderes públicos de mantener relaciones de cooperación con la Iglesia Católica. Así lo pusimos de manifiesto en la STC /1982, de 13 de mayo, a propósito de la asistencia religiosa a las fuerzas armadas, quedando esclarecido que no hay situación de privilegio, sino de cooperación con las instituciones públicas del Estado, por el hecho de que se contemple y regule una determinada y singularizada participación de la Iglesia en el ámbito público.

Por cuanto antecede, entiendo que debió desestimarse la impugnación de la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de universidades.

Y en este sentido emito mi Voto particular.

4. Voto particular que formula el Magistrado don Andrés Ollero Tassara, respecto a la Sentencia del Pleno de fecha 5 de junio de 2013 dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1725-2002.

En ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y con el máximo respeto a la

opinión de la mayoría del Pleno, dejo constancia de mi opinión discrepante, puesta ya de manifiesto durante su deliberación, de la Sentencia que ha resuelto el recurso de inconstitucionalidad promovido por sesenta y cuatro Diputados del Grupo Socialista, ocho del Grupo Federal de Izquierda Unida y seis del Grupo Mixto, todos ellos en el Congreso de los Diputados, contra los artículos: 4.3, 6.5, 9.2, 15.2, 23, inciso segundo, 27.1, 32, 42.3, 46.3, inciso segundo, 50 último inciso, 51, 52 in fine, 72, 83.2, 84, inciso primero; disposiciones adicionales cuarta.2 y séptima; y disposición final cuarta de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de universidades.

1. Inevitablemente me veo ante todo obligado a lamentar muy profundamente que este Tribunal haya debido pronunciarse, más de once años después de su interposición, sobre este recurso de inconstitucionalidad. Añádase a ello que, para mayor espanto, el acontecimiento se produce más de seis años después de que la Ley impugnada se haya visto “ampliamente modificada”, por no decir sin más sustituida, por otra posterior. Ello explica que, como ya ocurrió en la no muy lejana Sentencia 223/2012, de 29 de noviembre, haya perdido objeto la impugnación de buena parte de los preceptos sometidos a nuestra consideración.

Entre las causas que explican dicha circunstancia, gravemente atentatoria al prestigio de este Tribunal, se encuentra la evidente falta de respeto hacia él de las Cámaras a las que nuestra Constitución atribuye la responsabilidad —que no el privilegio— de proceder a renovar en tiempo y forma los miembros del Tribunal y cubrir las vacantes que entre ellos puedan producirse. Como es bien sabido, el fallecimiento de uno de sus miembros, ocurrido en este lapso de tiempo, mermó el número de Magistrados durante estos años; el Congreso de los Diputados, por razones ajenas a toda consideración institucional, no se consideró obligado a proceder como es preceptivo a su inmediata sustitución, dilatándola incluso hasta año y medio después del término de su mandato.

2. Mi discrepancia se centra en el fundamento jurídico 10 de la Sentencia, que considera inconstitucional la disposición adicional cuarta de la Ley recurrida. Se argumenta que habiéndose “previsto la necesidad de una ley de reconocimiento para las universidades privadas”, este precepto dispone en el apartado segundo, párrafo

primero: “Las Universidades establecidas o que se establezcan en España por la Iglesia Católica con posterioridad al Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, quedarán sometidas a lo previsto por esta Ley para las Universidades privadas, a excepción de la necesidad de Ley de reconocimiento”.

Debo reconocer mi dificultad para establecer el objeto de mi discrepancia, ya que a lo largo de diversos borradores se ha convertido en un blanco móvil apoyado en una sucesiva y versátil argumentación. Como luego podrá apreciarse, si aludo a ello no es por un descartable interés en desvelar aspectos de dicha deliberación, sino porque permitirá entender con más claridad mi postura. Lo normal en una deliberación suele ser que la ponencia vaya enriqueciéndose con las aportaciones argumentales de los Magistrados, mientras que en esta se ha producido más bien un sucesivo abandono de los argumentos sometidos a crítica, para sustituirlos por otros de alcance y fundamento bien distinto.

Como es bien sabido, cuando en 1979 se suscriben los acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede nuestro ordenamiento jurídico no contemplaba todavía la existencia de otras universidades privadas que las creadas por la Iglesia Católica. En consecuencia no podía producirse aún desigualdad alguna de trato respecto a tales entidades. Quizá por ello inicialmente se sugirió en la ponencia —apuntando ya a dictaminar una rechazable desigualdad en favor de la confesión mayoritaria en nuestro país— que tal discriminación se habría producido al contemplarse la exención del trámite legislativo solo para la Iglesia Católica y no para las “demás confesiones” a que alude el artículo 16.3 CE.

Se ignoraba con ello paladinamente la doctrina sentada por la temprana Sentencia 24/1982, de 13 de mayo, relativa al recurso planteado por Diputados del Grupo Socialista del Congreso, que detectaban similar desigualdad de trato en la existencia de un confesional cuerpo de funcionarios, integrado por capellanes castrenses al servicio de los miembros de las fuerzas armadas. La Sentencia, rechazando toda “inconstitucionalidad por omisión”, recordaba que “el principio de igualdad es consecuencia del principio de libertad en esta materia”; descartaba en consecuencia todo previo

condicionamiento de la libertad por razones de igualdad, como la que se argumentaba al sugerir que solo la existencia de otros cuerpos similares de diferente signo confesional haría admisible el ya existente. La Sentencia recordaba en lo relativo al principio de igualdad que “frente a su eventual vulneración, pueden los ciudadanos titulares de los mencionados derechos acudir en demanda de amparo ante este Tribunal”. No se presentó demanda en aquella ocasión por confesión religiosa alguna, como tampoco se ha producido en el último decenio por parte de ninguna universidad privada, de las muchas que —con bien conocida facilidad— han obtenido respaldo legal.

3. La Sentencia de la que ahora discrepo renunció a replantear esta nítida doctrina del Tribunal, para pasar a sugerir que la desigualdad discriminatoria habría surgido en realidad respecto a las universidades privadas. Parecía apuntarse en esta segunda etapa a dictaminar la inconstitucionalidad sobrevenida de un bien conocido aspecto de uno de los Acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede.

También esta posibilidad acabó sin embargo pareciendo demasiado arriesgada y se opta sorprendentemente por proceder a una “lectura” del citado Acuerdo que lleve al no menos sorprendente resultado de que en realidad “en el mismo no se contiene exención expresa del requisito de la ley de reconocimiento para las universidades creadas con posterioridad”.

Mi primera sorpresa deriva de la existencia de un claro epígrafe en el Acuerdo examinado, en el que se atribuye la eventual interpretación de su contenido a las partes que lo suscriben. En efecto, el artículo XVI del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales, firmado en Ciudad del Vaticano en 3 de enero de 1979, establece que “La Santa Sede y el Gobierno español procederán de común acuerdo en la resolución de las dudas o dificultades que pudieran surgir en la interpretación o aplicación de cualquier cláusula del presente Acuerdo, inspirándose para ello en los principios que lo informan”. Doy por aceptado que la dirección de nuestras relaciones internacionales es competencia del Gobierno de la Nación, que puede sin duda —como ha hecho con ocasión de tratados europeos— solicitar de este Tribunal una Declaración sobre el alcance constitucional de sus previsiones. Así ha ocurrido también cuando ha

solicitado al Consejo de Estado, en varias ocasiones, que dictamine sobre el alcance de la exención de trámite legislativo para la creación de universidades por la Iglesia Católica. Con motivo de la creada en Ávila, por ejemplo, el citado Consejo no tuvo particular dificultad para “leer” que “de la propia dicción literal del párrafo primero del artículo X apartado 1 de referencia, cabe razonablemente deducir el reconocimiento en favor de la Iglesia Católica de la capacidad para ‘establecer’ Centros Universitarios en general. En otras palabras, la Iglesia Católica podrá, en efecto, crear Centros Universitarios de acuerdo con sus normas propias, siendo así que a efectos civiles el Estado Español, a través de la interpretación de referencia del artículo X, reconoce tales Centros Universitarios. Ello equivale, por tanto, a que, desde un punto de vista estrictamente formal, sea innecesaria la aprobación de una Ley autonómica o estatal para la creación o reconocimiento de una Universidad ‘establecida’ por la Iglesia Católica, sino que se reconoce su existencia misma por virtud del artículo X del Acuerdo citado de 3 de enero de 1979, que constituye con rigor un Tratado Internacional suscrito por dos sujetos de derecho internacional, que como tal forma parte del ordenamiento jurídico interno español y es, por tanto, de obligado cumplimiento”. El Tribunal, sin embargo, parece discutir ahora al Gobierno sus competencias, al proceder —sin previa solicitud— a imponer su propia interpretación del Acuerdo, inaudita parte en lo que a la Iglesia Católica se refiere.

Mi segundo motivo de sorpresa —que justifica alusiones anteriores aparentemente ajenas al caso— deriva del decidido propósito de la Sentencia de entender que lo que no hubiera constituido discriminación alguna para las “demás confesiones religiosas” sí cobra tal carácter respecto a las demás universidades privadas. Es obvio que las confesiones religiosas con significativo reflejo en las creencias de la sociedad española tienen derecho a beneficiarse de la “consiguiente” cooperación de los poderes públicos a que insta el art. 16.3 CE. No es fácil encontrar en el mismo texto constitucional pasaje alguno que dote de similar derecho a las universidades privadas. Lo que en el caso contemplado en la Sentencia anterior no daba pie a constatar un objetivo y razonable fundamento sobre la existencia de discriminación en favor de la Iglesia Católica se convierte ahora, de modo para mí misterioso, en fundamento de la por tantas vías

argumentales sucesivamente perseguida discriminación de unas universidades privadas ajenas al recurso.

No me parece quepa duda de que la “cooperación” con la Iglesia Católica, “consiguiente” a su presencia en las creencias de la sociedad española, reconocida en su momento como capaz de justificar la existencia de un cuerpo de funcionarios confesional, habilita con creces para reconocer solvencia para crear universidades a quien las inventó. Comprendo sin embargo que, desde la seráfica neutralidad propia de un laicismo ingenuamente neutralizador, se considere víctima de inconsciente parcialidad a quien sugiera que la existencia de un expreso mandato constitucional sea fundamento suficientemente objetivo y razonable como para descartar toda discriminación. Algo dejó escrito mi paisano Antonio Machado sobre “el celo sacerdotal de los incrédulos”.

Como ya se indicó, ninguna universidad privada se ha considerado discriminada por el hecho de que “junto a las Universidades públicas y privadas aparece una tercera categoría de Universidades, las de la Iglesia Católica”. Tal sugerencia parece derivar del Informe que —a petición de la conferencia de rectores realizó en febrero de 2002 un conjunto de profesores de la Universidad Carlos III. No falta en los trabajos doctrinales que han abordado la cuestión quien haya señalado que ese texto, junto a otro informe elaborado por el Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, es el que sirvió de falsilla al recurso ahora resuelto. El intento de la Sentencia de ignorar toda distinción entre la posibilidad de “establecer” autónomamente una universidad y la heterónoma regulación de su “modo de funcionamiento” me parece tan voluntarista como ajeno al ya citado Acuerdo. Quizá por ello, después de apuntar la Sentencia que la diferencia de trato debería ser —además de justificada— proporcional, no se encuentra en ella argumento alguno que permita considerar desproporcionada la diferencia impugnada.—Como ya se indicó, ninguna universidad privada se ha considerado discriminada por el hecho de que “junto a las Universidades públicas y privadas aparece una tercera categoría de Universidades, las de la Iglesia Católica”.

Partiendo de estas reflexiones, me veo obligado a emitir mi Voto particular.

5. Voto particular que emite el Magistrado don Juan José González Rivas en el recurso de inconstitucionalidad 1725-2002, respecto de la declaración de inconstitucionalidad de la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica de universidades.

Con pleno respeto a la posición mayoritaria y partiendo de la reiterada doctrina constitucional que concreta la idea fundamental consistente en subrayar que no toda desigualdad de trato legislativo en la regulación de una materia entraña una vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la ley del art. 14 C.E., sino únicamente aquella que introduzca una diferencia de trato entre situaciones que puedan considerarse sustancialmente iguales y sin que posean una justificación objetiva y razonable, en el caso examinado no comparto la existencia de un trato diferenciado, prohibido por la Constitución Española, ante la exención de ley de reconocimiento para las universidades establecidas o que se establezcan en España por la Iglesia Católica, basándome en los siguientes razonamientos:

1. La previsión que se contiene en el apartado segundo de la disposición adicional cuarta LOU al subrayar que “Las Universidades establecidas o que se establezcan en España por la Iglesia Católica con posterioridad al Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, quedarán sometidas a lo previsto por esta Ley para las Universidades privadas, a excepción de la necesidad de Ley de reconocimiento” no es, en mi opinión, un privilegio constitucionalmente prohibido, porque responde a una justificación objetiva y razonable que, además, tiene apoyo directo en el art. 16.3 CE, al reconocer que el Estado entable relaciones especiales de cooperación con la Iglesia Católica en atención a las singularidades que la caracterizan y distinguen del resto de confesiones religiosas con las que el Estado colabora.

Esta posición de la Iglesia Católica, partiendo del dato histórico de la presencia principal de las universidades de la Iglesia Católica en la gestación y transmisión del conocimiento, determina la existencia de elementos diferenciales, suficientemente válidos, que introducen una justificación objetiva y razonable del trato legal diferente.

2. En efecto, el Estado español, atendiendo a esta nota propia de las universidades fundadas por la Iglesia Católica y en uso de la amplia discrecionalidad que el art. 16.3 CE atribuye a los poderes públicos

para mantener con ella las relaciones de cooperación que consideren oportunas, convino con la Iglesia Católica en el artículo X de los Acuerdos suscritos el 3 de enero de 1979 entre la Santa Sede y el Estado español integrados en un tratado internacional (art. 94 CE) que “1. Las Universidades, Colegios Universitarios, Escuelas Universitarias y otros Centros Universitarios que se establezcan por la Iglesia Católica se acomodarán a la legislación que se promulgue con carácter general, en cuanto al modo de ejercer estas actividades. Para el reconocimiento a efectos civiles de los estudios realizados en dichos Centros se estará a lo que disponga la legislación vigente en la materia en cada momento”.

En suma, la creación de las universidades establecidas por ella o que establezca con posterioridad tendrían validez automática en Derecho español, debiendo acomodarse éstas a la legislación universitaria que se promulgue con carácter general solo en cuanto al modo de ejercer sus actividades y, en especial, a lo que se disponga en materia de reconocimiento a efectos civiles de los estudios realizados.

Por eso, y con directa incidencia en la cuestión examinada, al interpretar el artículo X del Acuerdo de 1979, precisamente por ser plenamente conforme con la ponderación de la posición especial de la Iglesia Católica, el Consejo de Estado en su dictamen de 16 de octubre de 1997 distingue como planos distintos, de un lado, la creación de la universidad, en el que se atribuye plenos efectos civiles conforme al Derecho canónico recalcando, así, tal acto canónico de creación, conforme a su ordenamiento propio y de otro, su funcionamiento, en el que las universidades de la Iglesia Católica se sujetan enteramente, como cualquier otra universidad, a la legislación que promulgue el Estado con carácter general.

3. De esta forma, la creación de una universidad de la Iglesia Católica, en la medida que se acomoda a las reglas del Derecho canónico, tiene virtualidad en el Derecho español sin necesidad de la ley de reconocimiento que el art. 4.1 LOU requiere para el resto de universidades privadas, habida cuenta de su solvencia y capacidad de gestión, todo ello sin perjuicio de las exigencias que le son de aplicación para su funcionamiento y, muy en especial, para el reconocimiento de los títulos por ellas expedidos.

Sobre este punto, estimo que es cierto que el art. 27.6 CE reconoce a la Iglesia Católica, como al resto de personas físicas o jurídicas, el derecho a constituir centros universitarios, pero ésta no es la perspectiva de enjuiciamiento que corresponde al Tribunal Constitucional en el seno de un recurso de inconstitucional como el presente, que ha de limitarse a examinar si, por no estar sostenida en una justificación objetiva y razonable, la diferencia de trato en cuanto a su creación entre las universidades de la Iglesia Católica y las promovidas por otros sujetos privados vulnera el derecho a la igualdad ante la ley, ex art. 14 CE, diferencia injustificada que ya hemos visto que no se da, pues concurre un elemento singular suficientemente válido para excluir la discriminación reconocida en la Sentencia.

4. Estimo que es función indeclinable del Estado la de garantizar la calidad de la docencia e investigación y, en general, el conjunto del sistema universitario, así como la de asegurar que las universidades dispongan de los medios y recursos adecuados para el cumplimiento de las funciones que, en relación con la educación superior, les ha asignado el legislador orgánico. Pero esta función, a mi juicio, y en esto disiento de la mayoría, la cumple el Estado plenamente con el sometimiento de las universidades de la Iglesia Católica a la legislación general que rige el funcionamiento de los centros universitarios, no siendo necesario a estos efectos que la intervención del Estado se proyecte sobre el momento de su creación.

5. En conclusión, cuando la disposición adicional cuarta LOU exceptúa a las universidades de la Iglesia Católica de la ley de reconocimiento que requiere a las demás universidades privadas no está más que trasladando al ordenamiento jurídico la especial colaboración que consagra, con la cobertura del art. 16.3 CE, el artículo X del acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, sobre enseñanza y asuntos culturales, por lo que ese trato desigual respecto del resto de universidades privadas no es un privilegio constitucionalmente prohibido, como ya reconociera este Tribunal en la precedente Sentencia 24/1982, de 13 de mayo, lo que hubiera determinado la constitucionalidad de la referida disposición y en este sentido formulo mi Voto particular.

Tribunal Supremo.

Símbolos religiosos.

STS 693/2013 de 14 de febrero de 2013.

Visto por la Sala Tercera (Sección Séptima) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen, el recurso de casación número 4118/2011, que pende ante ella de resolución, interpuesto por la Procuradora D^a M^a María Luz Albacar Medina, en representación de LA ASOCIACIÓN WATANI POR LA LIBERTAD Y LA JUSTICIA, contra la sentencia de la Sección 2^a de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de junio de 2011 dictada en el recurso número 394/2010 , interpuesto al amparo de lo previsto en los artículos 114 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de Julio , para la protección de los derechos fundamentales de la persona.

Ha sido parte recurrida el Procurador D. Adolfo Morales Hernández Sanjuan, en representación del AYUNTAMIENTO DE LLEIDA; y el MINISTERIO FISCAL, en defensa de la legalidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección 2^a de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia el 7 de junio de 2011 en el recurso número 394/2010 , para la protección de los derechos fundamentales de la persona, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«PRIMERO.- DESESTIMAR el recurso especial de protección de derechos fundamentales interpuesto por la Asociación recurrente contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Lleida de fecha 8 de octubre de 2010.

SEGUNDO.- No efectuar pronunciamiento especial en materia de costas.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes en la forma prevenida por la Ley, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación a preparar ante esta Sala dentro de los diez días siguientes a su notificación.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al presente procedimiento, lo pronunciamos, mandamos y firmamos».

SEGUNDO. - Contra la citada sentencia anunció recurso de casación la Procuradora D^a M^a María Luz Albacar Medina, en representación de LA ASOCIACIÓN WATANI POR LA LIBERTAD Y LA JUSTICIA, que la Sala de instancia tuvo por preparado por diligencia de 4 de julio de 2011, acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a este Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones, por la recurrente se presentó escrito de interposición del recurso de casación, en el que, después de formular sus motivos, terminó suplicando a la Sala que *«(...) acuerde revocar la sentencia recurrida en casación, anulándola por los motivos contenidos en el presente escrito, dictando resolución que case y declare que la sentencia impugnada no se ajusta a Derecho, y estime la demanda del recurso contencioso-administrativo interpuesto en autos por esta representación procesal, y declarando nula la modificación de la ordenanza municipal aprobada por el Ayuntamiento de LLeida objeto del recurso de autos y sus actos y normas complementarias o declarando su ineficacia por los motivos que constan en el procedimiento y condenando en costas procesales a la parte demandada»*

CUARTO.- Comparecido el recurrido, se admitió a trámite el recurso por providencia de 14 de octubre de 2011, concediéndose, por diligencia de ordenación de 23 de enero de 2012, un plazo de treinta días al recurrido para que formalizara escrito de oposición, que tuvo entrada el día 23 de marzo de 2012, y en el que se suplicaba a la Sala que *«(...) se sirva dictar Sentencia por la que se desestime el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de fecha 7 de junio de 2011 , confirmando la misma en todos sus extremos, con costas a la recurrente».*

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Fundamento de Derecho Primero .-

El objeto del presente recurso de casación es la impugnación de la Sentencia de la Sección 2^a de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de

junio de 2011, que desestimó el recurso contencioso- administrativo nº 394/2010 interpuesto por la Asociación Watani por la Libertad y la Justicia, por la vía del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona (art. 114 y ss de la LJCA), contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Lleida de 8 de octubre de 2010, por el que se aprueba definitivamente la modificación de tres artículos de la Ordenanza Municipal de Civismo y Convivencia, añadiéndoles nuevos apartados y aprueba inicialmente la modificación de los Reglamentos que regulan el Archivo municipal, el servicio de transporte urbano de pasajeros y el de funcionamiento de los centros cívicos y locales sociales municipales.

El recurso de casación, interpuesto por la Procuradora Doña María Luz Albacar Medina en representación de la Asociación Watani por la Libertad y la Justicia, contiene en principio dos motivos de casación, respectivamente amparados en las letras c) y d) del artículo 88.1 LJCA , si bien cada uno de ellos, a su vez, se desglosa en varios submotivos, en los términos que después detallaremos.

Los derechos fundamentales cuya tutela pretendía la recurrente eran los de la libertad ideológica y religiosa, contenidos en el artículo 16 CE , el derecho a la igualdad, del artículo 14 CE y el derecho de participación en los asuntos públicos, que la recurrente consideraba vulnerados por el acuerdo recurrido.

Para la adecuada comprensión de lo cuestionado en el proceso, utilizando al respecto la facultad atribuida al Tribunal por el artículo 88.3 LJCA , es conveniente en este momento inicial traer a colación en su literalidad (traduciéndolos al castellano, pues los preceptos en cuestión están redactados en catalán sin versión oficial en paralelo en castellano) los preceptos que la recurrente considera vulneradores de sus derechos.

Dichos preceptos disponen:

Art. 26.2 «La normativa reguladora de los servicios y del uso de los edificios y equipamientos municipales (reglamentos, normas de funcionamiento, instrumentos, etc.) podrá limitar o prohibir acceder o permanecer en los espacios o locales destinados a tal uso, a las personas que porten velo integral, pasamontañas, casco integral u

otras vestimentas o accesorios que impidiesen o dificulten la identificación y la comunicación visual de las personas.

Estas limitaciones o prohibiciones, que podrán afectar tanto a los prestadores de los servicios públicos como a los usuarios, habrán de ser motivadas y podrán prever excepciones en razón del ejercicio de determinadas profesiones, por seguridad e higiene en el trabajo, por determinadas festividades o por otros motivos justificados. Los encargados de los servicios informarán a las personas afectadas sobre la prohibición de acceder y permanecer en los espacios o locales portando estos elementos que impidiesen o dificulten la identificación y la comunicación visual. Si no obstante eso, la persona o personas persistiesen en su actitud, se procederá a requerir la actuación de los agentes de la autoridad. Estos podrán impedir que las personas accedan o permanezcan en los citados espacios, utilizando los medios permitidos por la normativa aplicable y formularán, si es preciso, la correspondiente denuncia, procediéndose posteriormente a la incoación del expediente sancionador» .

Art. 27.9 «Acceder o permanecer en los espacios o locales destinados al uso o servicio público, a las personas que porten velo integral, pasamontañas, casco integral u otras vestimentas o accesorios que impidan la identificación y la comunicación visual de las personas, siempre que esté prohibido o limitado por la normativa reguladora específica»

Art. 102.25 «Acceder o permanecer en los espacios o locales destinados al uso o servicio público, a las personas que porten velo integral, pasamontañas, casco integral u otras vestimentas o accesorios que impidan o dificulten la identificación y la comunicación visual de las personas, siempre que esté prohibido o limitado por la normativa reguladora específica».

El acuerdo impugnado en el proceso incluye además la aprobación inicial de la modificación de tres Reglamentos municipales para adaptarlos a la modificación referida de la Ordenanza añadiendo un nuevo párrafo en el art. 57 del Reglamento del Archivo Municipal y otro con el mismo contenido en el art. 37.2 del Reglamento de Funcionamiento de los Centros Cívicos y Locales Municipales con la siguiente redacción literal:

«Queda prohibido acceder o permanecer en los edificios o dependencias del Archivo Municipal, portando velo integral, pasamontañas, casco integral u otras vestimentas u accesorios que impidan o dificulten la identificación y la comunicación visual. Esta prohibición es de aplicación a las personas usuarias, al personal municipal y al personal que preste servicios o desenvuelva sus tareas o actividades en estos espacios».

Modificación del párrafo segundo del art. 21 del Reglamento de Servicio de Transportes de viajeros de Lleida:

«El uso de las diferentes tarjetas de tarifa social o de precio reducido en función de colectivos especiales, habrá de estar debidamente acreditado. El personal del servicio podrá demandar la acreditación de la personalidad a los beneficiarios y comprobar la concordancia con las fotografías de los títulos de transporte. Ningún usuario podrá hacer uso de estas tarjetas si se niega a identificarse para hacer estas comprobaciones».

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. En ésta en su Fundamento de Derecho Primero se concreta el objeto del proceso con precisa referencia al acuerdo impugnado y a los motivos de la impugnación.

En el Fundamento de Derecho Segundo se refiere a la alegada vulneración del artículo 16 CE , y aceptando que el uso del velo integral "es o puede ser manifestación de una creencia o convicción ideológica o religiosa, y por tanto un signo de tal carácter" , da respuesta a la alegación de la recurrente de la falta de competencias legislativas del Ayuntamiento en materia de derechos fundamentales. Al respecto dice:

«Debemos examinar por tanto si para establecer una prohibición como la que nos ocupa (con la correlativa infracción y sanción por incumplimiento) resulta exigible una norma con rango de Ley, estatal

o autonómica no bastando, como se afirma por la recurrente una disposición de carácter reglamentaria como es la Ordenanza» .

Tras referirse a la evolución de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo desde una inicial posición de vinculación positiva de la normativa municipal a una vinculación negativa, sobre la base de los principios de autonomía local (art. 140 CE), interpretada de acuerdo con la Carta Europea de la Autonomía Local (art. 4. 2), y con referencia en cuanto a la potestad sancionadora en esa línea a la STS de 23 de junio de 2003 (se entiende que la aludida es la dictada con esa fecha por la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en el Recurso de casación en interés de Ley nº 2029/2001) y a la modificación operada en la Ley de Bases de Régimen Local por la Ley 57/2003, se enfrenta ya de modo concreto a la prohibición cuestionada, diciendo:

«La prohibición que se tipifica como infracción por el Ayuntamiento demandado va referida a cualquier vestimenta o accesorio que oculte el rostro, y es una prohibición limitada a determinados espacios y servicios municipales, cuando su respectiva reglamentación así lo prevea».

Tras afirmar la inexistencia de norma estatal o autonómica que establezca tal *«prohibición o infracción»*, la sentencia plantea si puede encontrar sustento en los arts. 139 y 140 de la Ley de Bases de Régimen Local , tras la modificación por la Ley 57/2003.

Sobre la base de dichos preceptos se articula el centro de la argumentación en los siguientes términos:

«Tales preceptos, como criterios de antijuridicidad, se remiten además del daño a los bienes públicos -municipales- a la posible perturbación que a la tranquilidad o al ejercicio de derechos legítimos -de otras personas- puedan producir las conductas infractoras. Dependiendo de la intensidad de la perturbación, las infracciones podrán ser muy graves, graves o leves, restringiendo el precepto la clasificación de las infracciones como muy graves a los casos en que la perturbación sea relevante y afecte de manera general, inmediata y directa a dicha tranquilidad o ejercicio de derechos legítimos, y al resto de supuestos, la clasificación de graves o leves, en función de la intensidad de la perturbación.

En nuestra cultura -occidental- el ocultamiento del rostro en la realización de actividades cotidianas produce perturbación en la tranquilidad, por la falta de visión para el resto de personas de un elemento esencialmente identificativo cual es la cara de la persona que lo oculta. Ello sin perjuicio de que, por diversas razones, no se produzca tal efecto perturbador en otras situaciones, como el ejercicio de determinadas profesiones, seguridad e higiene en el trabajo, festividades o climatología; situaciones que la Ordenanza ahora impugnada ya contempla como posibles excepciones a la prohibición (art. 26.2, párrafo segundo de la Modificación).

En consecuencia, teniendo encaje la infracción en uno de los criterios de antijuridicidad contemplados en la LBRL, perturbación de la tranquilidad del resto de personas usuarias del servicio o espacio público municipal, el Ayuntamiento ostenta plenas competencias para, de forma limitada a esos espacios municipales, establecer la prohibición de acceder a los mismos o permanecer en su interior con vestimentas o accesorios tales como velo integral, pasamontañas, casco integral u otros que oculten el rostro y tipificar como infracción leve su incumplimiento».

Y ello aún cuando tal prohibición pueda incidir (en el caso de determinadas prendas como burka, chador, niqab) en un derecho fundamental, pues en reiteradas ocasiones, esta misma Sala, Sección 5ª, ha dicho que más allá de su carácter reglamentario, una ordenanza sí puede incidir en la regulación municipal de derechos fundamentales y libertades públicas, ya que el criterio general es que puede regular materias accesorias de esos derechos fundamentales, sobre todo lo concerniente a las manifestaciones de la convivencia o vida colectiva dentro del término municipal a los que se dirige, donde la esfera protectora del derecho fundamental no alcanza a los aspectos accesorios, accidentales o circunstanciales. En este caso se prohíbe el uso de tal prenda (en tanto que oculta el rostro) en aspectos referidos a la convivencia o vida colectiva y únicamente en espacios municipales».

A esa justificación, clave en la fundamentación de la sentencia, se agrega en el propio fundamento la competencia en materia de mantenimiento de la seguridad de los lugares por la perturbación que ocasiona la ocultación del rostro, pues independientemente de las

facultades de identificación, indagación y prevención por parte de los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 20 de la Ley de Protección de la Seguridad ciudadana), *«el mantenimiento continuado de la seguridad en espacios municipales corresponde al Ayuntamiento»* .

Por último, el fundamento apela al límite del mantenimiento del orden público protegido por la Ley respecto a la manifestación de las creencias religiosas, con arreglo al artículo 2.1 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa , en referencia a las sentencias de este Tribunal Supremo de 11 de febrero y 11 de mayo de 2009 y a las de 25 de enero de 1983 y 13 de octubre de 1981 sobre equiparación del orden público a *"paz social"*, *"paz pública"* y *"convivencia social"* , y a la Sentencia de la Sección 5ª de la propia Sala Tercera del Tribunal Superior de Justicia que lo ha equiparado a *"paz y sosiego de los ciudadanos"* , cuyo mantenimiento en espacios públicos municipales es competencia del Ayuntamiento.

El Fundamento de Derecho Tercero, iniciado con el rechazo de la falta de competencia municipal y de la vulneración del artículo 16 CE , se dedica al análisis de la alegada vulneración del art. 9 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas, suscrito en Roma en 1950. Atendiendo, dice, a las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el uso del velo no integral en los asuntos *Leyla Sahin vs. Turquía*, de 29 de junio de 2004 y *Kervanci vs. Francia* , de 4 de diciembre de 2008 , analiza las exigencias fijadas en el art. 9.2 del Convenio para poder establecer restricciones al ejercicio de la libertad religiosa, afirmando que en el caso enjuiciado se cumplen todas. Al respecto argumenta:

«a) Prevista por la Ley. El Tribunal Europeo recuerda que ello significa que la medida debe tener una base de derecho interno, accesible y de formulación lo suficientemente precisa. De acuerdo con la jurisprudencia constante del Tribunal, la noción de "ley" debe ser entendida en su acepción material y no formal. En consecuencia, incluye el conjunto formado por el derecho escrito, incluidos los textos de rango infralegislativo, como es en este caso una Ordenanza (De Wilde, Ooms y Versyp vs. Bélgica, TEDH de 18 de junio de 1971 ; Kruslin vs. Francia de 24 de abril de 1990, y las ya citadas de 29 de

junio de 2004, asunto Liela Sahin vs. Turquía y la de 4-12-2008, asunto Kervanci vs. Francia, así como las citadas en estas, singularmente la del asunto Dahlab vs Suiza).

b) Finalidad legítima. Ya hemos razonado que el sustento, y por tanto la finalidad que se persigue son la protección de los derechos y libertades ajenas y del orden público.

c) Necesaria en una sociedad democrática. El uso del burka o similar, portado exclusivamente por mujeres (es un hecho notorio y por tanto exento de la necesidad de ser probado), resulta difícilmente conciliable con uno de los valores y principios irrenunciables en nuestra sociedad, y del cual España es un país pionero en la defensa promoción y efectividad, cual es el de la efectiva igualdad entre mujeres y hombres, y ello con independencia de que su uso sea voluntario o no».

El fundamento concluye con el rechazo de la vulneración del artículo 9 del Convenio.

Finalmente el Fundamento de Derecho Cuarto rechaza la vulneración del art. 14 CE por falta de alegación de un término de comparación y la del art. 23 por falta de indicación de a cuál de los apartados se refiere y de un mínimo desarrollo de la alegada vulneración.

Fundamento de Derecho Segundo .-

Antes de la exposición del desarrollo argumental de los motivos de casación y de la correspondiente respuesta a los mismos estimamos conveniente, como pórtico para su ulterior examen, hacer unas consideraciones de carácter general, para delimitar adecuadamente el alcance de nuestra sentencia, habida cuenta 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.

Procede por ello que nos detengamos en unas reflexiones previas en un triple sentido:

1).- Referencia global al problema genérico en el que se inserta el hoy sometido a nuestra consideración, que no es otro que el del uso de

determinados atuendos por motivos religiosos, principalmente por mujeres, aunque no sólo.

2).- Consideración global del sentido de los preceptos de la Ordenanza municipal impugnados en el proceso.

3).- Delimitación del sentido propio de nuestra sentencia.

1).- En cuanto al problema genérico referido se trata sin duda de un problema de marcado sentido político, suscitado en tal plano en los distintos países, en el que su tratamiento jurídico, que es al que debe atenderse en exclusiva un Tribunal de Justicia, dista mucho de haber obtenido un mínimo consenso en razón de sus diferentes marcos constitucionales y culturales.

1.1).- Limitándonos al problema del velo islámico, y sin dejar de resaltar la diferencia entre las distintas modalidades del mismo según oculte o no el rostro de la mujer, habida cuenta de que a los elementos en juego en el caso del simple pañuelo (que se refieren fundamentalmente a la libertad religiosa) se añaden otros diferentes en el caso de los que ocultan el rostro (que pueden concernir a la seguridad y al orden público y a la seguridad), es oportuno referirse en primer lugar a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como posible marco de convergencia en el tratamiento jurídico de la cuestión.

A los efectos que ahora interesan, debe destacarse que la citada jurisprudencia se ha pronunciado en relación con el pañuelo, sin que se hayan encontrado decisiones relativas al velo integral, que, como ya se ha advertido, tiene junto a los de aquel, otros factores en juego a añadir. A su vez, las distintas sentencias se refieren a problemas suscitados en concretos ámbitos, (enseñanza primordialmente) y no a casos de prohibiciones generalizadas.

Pueden citarse las sentencias de los casos *Dahlab contra Suiza* (número 42393/1998); *Leyla Sahin contra Turquía* de 29 de Junio de 2004 (citada por la sentencia recurrida) y la dictada sobre el mismo caso por la Gran Sala de 10 de noviembre de 2005; la del caso *Kervanci contra Francia* de 4 de diciembre de 2008 (asimismo citada por la sentencia recurrida) y la del caso *Ahmet Arslam y otros contra Turquía* de 23 de febrero de 2010 (aunque ésta referida a hombres).

De estas sentencias pueden extraerse como datos a considerar desde nuestra actual posición los siguientes:

a) El relato sobre las diferencias en el derecho comparado (Sentencia Leyla Sahin de 10 de noviembre de 2010, párrafos 55 a 65 y 109 a 111) evidenciador de la inexistencia de un consenso jurídico entre las distintas naciones, que es elemento atendido en otros casos a la hora de la aplicación del Convenio.

b) La marcada primacía reconocida en las sentencias a las distintas regulaciones nacionales, en función de sus distintos marcos jurídicos y constitucionales (Sentencia Leyla Sahin, de 10 de noviembre de 2010, antes citada, párrafo 109 y la del mismo caso de Sala de 29 de junio de 2004, párrafos 101 y 102).

c) El especial énfasis marcado respecto de los casos de Turquía y Francia, sobre la consagración del laicismo en las respectivas Constituciones, lo que relativiza en grado sumo el valor jurisprudencial de la solución de dichos casos en el marco de otros modelos constitucionales, en los que el laicismo no sea objetivo constitucional y en concreto en España, dado lo dispuesto en el art. 16.3 de nuestra Constitución y en especial en su inciso segundo.

No cabe así encontrar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos una pauta segura e inequívoca para el tratamiento jurisdiccional del problema que abordamos

En el ámbito de Naciones Unidas, en concreto en el del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, suscrito por España, puede citarse el Dictamen de 5 de noviembre de 2004 respecto de la reclamación de una estudiante de Uzbekistán, en donde el 15 de mayo de 1998 entró en vigor una nueva ley de libertad de conciencia y organizaciones religiosas, que prohibía a las musulmanes uzbekas usar atuendo religioso en lugares públicos. Dicha estudiante que usaba pañuelo islámico (hiyab) fue expulsada de su Universidad por no atender la referida prohibición, y después de agotar sin éxito la vía interna impugnando su expulsión, acudió al Comité de Derechos Humanos, que en el referido dictamen acogió su reclamación, razonando en el apartado 6.2:

«...El Comité considera que la libertad de manifestar la propia religión comprende el derecho a llevar en público un atuendo que esté

en consonancia con la fe o la religión de la persona. Además, considera que impedir a una persona que porte prendas religiosas en público o en privado puede constituir una violación de párrafo 2 del artículo 18 del Pacto, que prohíbe toda medida coercitiva que pueda menoscabar la libertad de una persona de tener o adoptar una religión.. el Comité recuerda que la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias no es absoluta y puede estar sujeta a limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral pública o los derechos o libertades fundamentales de los demás (párrafo 3 del artículo 18 del Pacto de...».

El apartado del que se ha reproducido el contenido precedente acaba afirmando que no se invocó en el caso ninguno de los motivos específicos para justificar la restricción y declara que se produjo la violación del párrafo 2 del artículo 18.

1.2).- Pasando del limitado plano en que dicha jurisprudencia se ha desenvuelto al del tratamiento jurídico del uso del velo integral en los distintos países, y de modo más concreto al de la posible prohibición generalizada de su uso en los espacios públicos (en el que subyace el muy árduo problema que suscita en un mundo cada vez más globalizado el fenómeno de la inmigración y con él de las tensiones provocadas por el pluralismo cultural ideológico y religioso y la necesidad de la adecuada conciliación de las diferencias en armonía cívica), debe destacarse que en nuestro entorno occidental no existe en general dicha prohibición, pese a que en distintos países han surgido propuestas de posible prohibición, que, sin embargo, los respectivos Parlamentos en general no la han llevado a cabo.

Las únicas excepciones, por el momento, son las de Francia con la Ley de 11 de octubre de 2010 (que, aún no explícitamente referida al velo islámico integral, es indudable que lo incluye) y la de Bélgica con la Ley de 1 de junio de 2011. Conviene advertir el factor de laicismo constitucionalmente consagrado en el caso de Francia.

En el marco del Consejo de Europa debe citarse la Recomendación 1927(2010) sobre Islam, Islamismo e Islamofobia en Europa, en la que la Asamblea Parlamentaria pide que el Comité de Ministros adopte determinadas actuaciones entre las que en el apartado 3.13 dice:

«Exhortar a los Estados miembros a no establecer una prohibición general del velo completo o de cualquier otra ropa religiosa o especial sino cuando esta prohibición sirva para proteger a las mujeres de toda coacción física y psicológica. Exhortarles asimismo a proteger la libre elección de estas mujeres para usar ropa religiosa o especial y garantizar la igualdad de oportunidades para las mujeres musulmanas a participar en la vida pública y llevar a cabo actividades de educación y profesionales. Restricciones legales a esta libertad pueden estar justificadas, cuando sea necesario en una sociedad democrática en particular, por motivos de seguridad o cuando las funciones públicas o profesionales de los individuos requieran su neutralidad religiosa o que su cara pueda verse.»

1.3).- Por lo que hace a España, es oportuno traer a colación, como dato significativo, el hecho de que, habiéndose planteado en sede parlamentaria, en concreto en el Senado, una moción instando al Gobierno "a realizar las reformas legales y reglamentarias necesarias para prohibir el uso en espacios o acontecimientos públicos que no tengan una finalidad estrictamente religiosa, de vestimentas o accesorios en el atuendo que provoquen que el rostro quede completamente cubierto y dificulten así la identificación y la comunicación visual, al suponer esa práctica una discriminación contraria a la dignidad de las personas y lesivas de la igualdad real y efectiva de los hombres y mujeres" (BOCG. Senado. Serie 8 núm. 484 de 21 de junio de 2010), moción aprobada en sesión de 23 de Junio de 2010 (Diario de Sesiones de la propia fecha), es el caso que nuestro legislativo nacional no ha adoptado la solución legislativa solicitada en dicha moción. Tal hecho es revelador, tanto de la transcendencia política de la cuestión (en cuanto simple hecho extrajurídico de referencia, de por sí no determinante en el orden jurisdiccional; pero sí atendible en cuanto dato de realidad social del momento, ex art. 3.1 CC) como del hecho jurídico (este sí determinante en el plano jurisdiccional) de la inexistencia actual de una Ley estatal que establezca la prohibición del uso del velo integral, como tal limitadora de uno de los contenidos del ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa (art. 16 CE y art. 3 LO 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa). A su vez, en el ámbito de Cataluña se sometió a su Parlamento (Diario de sesiones de 5 de abril de 2011) una moción de similar sentido a la referida del Parlamento Nacional, que,

asimismo aprobada, no ha sido seguida de elaboración y aprobación al respecto de la Ley instada.

2).- En cuanto al sentido de los preceptos de la Ordenanza cuestionados, y al de la aprobación inicial de los Reglamentos municipales a que se refiere el Acuerdo impugnado en el recurso, sobre cuyo particular la sentencia resalta en el Fundamento de Derecho 2º el carácter de *"prohibición limitada a determinados espacios municipales cuando su respectiva reglamentación así lo prevea"*, no resulta compartible el sentido limitativo que la sentencia asigna a la modificación de la ordenanza, pues el concepto *"espacios o locales destinados al uso o servicio público"* es de por sí lo suficientemente abarcador, como para entender que todo el espacio municipal, que es en el que se desenvuelve primariamente la vida de los ciudadanos, resulta concernido por la prohibición. El análisis de la legitimidad de ésta no puede así partir del carácter limitado de sus efectos, sino que, por el contrario, debe atender a sus reales efectos comprensivos de todo el espacio municipal. En todo caso, y aunque se partiese del carácter limitado y singularizado de los ámbitos afectados, y según se razonará en su momento, tal limitación no sería de por sí bastante para prescindir de las exigencias precisas para la limitación del ejercicio del derecho fundamental.

En otro orden de consideraciones, y en cuanto elemento valioso de interpretación del sentido real de la modificación normativa impugnada, es oportuno destacar que la prohibición del uso del velo integral en la ordenanza no es algo simplemente consecencial, derivado de una prohibición inespecífica de atuendos que oculten el rostro, sino que, no sólo tiene singularidad propia en la ordenanza, al referirse expresamente a ella, y como primero de los atuendos aludidos en la prohibición, sino que en la propia génesis de la modificación ha sido precisamente el velo integral y el contraste cultural que el mismo plantea en el ámbito del Municipio de Lleida y su proclamada apreciación de lo que se considera que representa desde la posición de la mujer, elemento clave determinante de la modificación. Baste al respecto la lectura en el expediente de los términos de la moción presentada al Pleno del Ayuntamiento de 28 de mayo de 2010 por los grupos municipales de CIU, PSC Y PP.

3º). Por último en este capítulo inicial, en cuanto a la delimitación del sentido propio de nuestra sentencia, (que inevitablemente se relacionará con el genérico problema social y político referido en 1), debe advertirse que esta sentencia no tiene en modo alguno el sentido de respuesta del Tribunal a sí 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.

Fundamento de Derecho Tercero .-

1) El recurso de casación (de costosa lectura por su extensión y de cuestionable técnica por la reiteración en sus distintos motivos de planteamientos expuestos en otros, así como de dificultosa expresión gramatical en muchos pasajes) se estructura, como ya se dijo en su momento, en dos motivos, respectivamente amparados en las letras c) y d) del art. 88.1 LJCA , a su vez divididos en varios submotivos. El desarrollo argumental del motivo del art. 88.1.c) contiene un doble planteamiento, alusivo a la motivación y a la incongruencia extra petita.

En esencia y bajo esa doble vertiente, con reiterada alegación en cada una de ellas a la vulneración de los arts. 67 LJCA , 24.1 y 120.3 CE y 218 LEC , se denuncia que la sentencia ha introducido en su fundamentación en el Fundamento de Derecho Tercero, apartado c), la consideración del derecho fundamental de igualdad entre hombres y mujeres, no alegado por el Ayuntamiento demandado, citando las sentencias de esta Sala de 16 de diciembre de 2010 (Sección 5ª), 16 de marzo de 2009 (Sección 6ª), de 4 de mayo de 2010 (Sección 4ª) y 13 de octubre de 2010 (Sección 4ª), y reproduciendo selectivamente distintos pasajes de las mismas.

El motivo culmina con la afirmación de que en la ordenanza no existe como motivo de su aprobación la igualdad entre hombres y mujeres y sí solo la seguridad, y en cuanto a esta se centra en la crítica del pasaje de la sentencia referente a la perturbación de la tranquilidad que en la cultura occidental produce la ocultación del rostro.

2).- El motivo formulado bajo la cobertura de la letra d) del art. 88.1 se divide en cinco apartados distintos, epigrafiados, respectivamente, con las letras A a D, subdividiéndose, a su vez, el A en cuatro subapartados: A.1 a A.4.

El apartado A en su planteamiento global se enuncia como *«infracción de la Competencia en materia legislativa, al no haber tenido en cuenta la sentencia la inexistencia de norma legal preexistente con cobertura para establecer sanciones e infracciones»*.

En el apartado A.1 se censura la argumentación de la sentencia referida a la interpretación de los arts. 139 y 140 LBRL como base de la proclamada competencia del Ayuntamiento al respecto, diciendo, en esencia, que *«obvia el objeto primordial del procedimiento judicial, que no es otro que la prohibición planteada por primera vez en democracia en nuestro país, procede a legislar sobre las sanciones de una tipificación sobre infracciones preexistentes, sino [sic] que directamente describe nuevas infracciones y por tanto la sanción es posterior a la infracción y no al revés»*, y que el contenido de la sentencia en el que se afirma que la vestimenta puede atentar a la tranquilidad de otros, es *«totalmente desacertado y sobre el cual esta parte discrepa abiertamente ya que entra dentro del campo de la opinión y no del derecho, y por tanto vulnerando el principio de legalidad por ser discriminatoria y desproporcionada»*.

En apoyo de su tesis crítica trae a colación, con reproducción selectiva de pasajes, las sentencias de esta Sala Tercera de 2 de febrero de 2002 (Sección 2ª) Recurso 7533/1996; 8 de abril de 2002 (Sección 2ª) Recurso 1246/1996; 9 de diciembre de 2002 (Sección 3ª), Recurso 136/2001; y la del Tribunal Constitucional 131/2010 , de 2 de diciembre.

En el apartado A.2 (de confusa redacción), hasta donde es comprensible, aduce la vulneración de la reserva legal del art. 81.1 en relación con el 149 CE, y la de los artículos 65 y 84 del Estatuto de Cataluña, al no existir delegación competencial expresa en la materia, con cita de las sentencias del Tribunal Constitucional 173/1998 y 37/1981.

En el apartado A.3 se alega la *«infracción del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las libertades Fundamentales*

(nº 177 del Consejo de Europa) hecho en Roma el 4 de noviembre de 2000, aprobado y ratificado por las Cortes Generales, y prevista [sic] en el artículo 94.1 de la Constitución Española, el 25 de enero de 2008» . Se aduce la vulneración del convenio y la del artículo 94.1 CE. En esencia se viene a sostener que la sentencia *«mediante su motivación ampara la discriminación de la autoridad pública individualizada en el Ayuntamiento de Lleida, una discriminación basada en prejuicios sociales, dado que al manifestar que el derecho de igualdad prima sobre el derecho individual a elegir libremente, está directamente apuntando a la discriminación religiosa, a la islamofobia o bien sino [sic] fuera así, o no fuese es [sic] la intención, simplemente, extralimitándose del debate legal y judicial se iría a concluir que directamente la opinión personal prima sobre la aplicación del principio de legalidad por causa que desconocemos »*.

En el apartado A.4 se dice que *«infringe la sentencia la Ley 7/1985 reguladora de las Bases Locales [sic] (artículos 25 , 26 y 28) y la ley 33/2003 sobre el patrimonio de las administraciones publicas, por extralimitación de las facultades concedidas legalmente, dado que la excepción que plantea el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en su jurisprudencia en el Fundamento Segundo, página 7, párrafo tercero de la sentencia sobre la posibilidad de que en temas accesorios se puedan regular los derechos fundamentales, cuando el contenido mismo de la ordenanza no es un tema accesorio sino crucial y fundamental de la propia esencia del derecho a la libertad religiosa y al uso de espacios públicos y que a mayor abundamiento debían ir relacionados directamente con la seguridad en los mismos, cuando como refleja la ordenanza no existe perturbación o problema de convivencia alguno ni riesgo para la seguridad»* . Se cita en apoyo de la tesis la sentencia de esta Sala (Sección 4ª) de 14 de octubre de 2009, Recurso 5229/2007, y se insiste en la necesidad de una ley previa inexistente.

El apartado B del motivo, (en realidad un motivo distinto de propia entidad singularizada) se enuncia como *«infracción del artículo 16 de la Constitución Española y de los artículos 1 y 2.1 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa y de la aplicación del concepto de orden público alegado en la sentencia recurrida... Normativa preexistente*

suficiente (Art. 20 de la Ley de protección de la seguridad ciudadana)»

En esencia el motivo alude a la concepción del concepto de orden público aplicado en el Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia, que considera contrario a los artículos 6 , 12 ó 1255 del Código Civil en relación con los arts. 544 y ss. del Código Penal , destacando la diferente concepción al respecto utilizada en el Auto dictado en la pieza de medidas cautelares, en que se acordó la suspensión de la Ordenanza. Se dice que se infringe la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre perturbación del orden público, pues la sentencia *«confunde los términos legales bien diferenciados, la seguridad, el orden público y la tranquilidad o paz social, extremos que no han sido justificados en el procedimiento»* , quejándose la recurrente de la inadmisión de la prueba para acreditar la falta de expedientes acreditativos de posibles perturbaciones de la convivencia, tachando a la Sentencia de expresar una motivación basada *«en apreciaciones subjetivas en opiniones no amparadas ni en una Ley ni en la Jurisprudencia, y que solo se sustentan en creencias personales que no son suficientes para coartar el ejercicio de Derechos Fundamentales»* .

En apoyo de la tesis expuesta cita, con reproducción selectiva de contenidos, las Sentencias de la Sala Segunda 1154/2011 de 12 de enero, de la Sala Primera 602/2010, de 8 de octubre, Recurso 313/2007, de la misma Sala Primera 222/2010, de 19 de abril, Recurso 2079/2005; sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Ivanova contra Bulgaria* , sentencia de 12 de abril de 2007 ; 2007/86 , caso *Perry contra Letonia* , sentencia de 8 de noviembre de 2007 con reproducción selectiva de contenidos de las dos , y SSTDH2006/54 , caso *Delegación de Moscú del Ejército de Salvación contra Rusia* , de 5 de octubre de 2006 ; 2004/100 , caso *Santo Consejo Supremo de la Comunidad Musulmana contra Bulgaria* , sentencia de 16 de diciembre de 2004, 2001/859, caso *Iglesia Metropolitana Bessarabia y otros contra Moldavia* , de 13 de diciembre de 2001 ; y 1/2007, caso *Kuznetsov y otros contra Rusia* , Sentencia de 11 de enero de 2007 .

Se censura en el motivo que la sentencia admite la prohibición cuestionada, a pesar de la existencia de legislación sobradamente

suficiente para comprobar la identidad, sobre la base de una opinión subjetiva de la tranquilidad, sin que exista cobertura legal para la Ordenanza, y rechazando que las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos invocadas en la sentencia tengan que ver con el caso, dado que en ellas *«se trata de un tema de menores en recintos de la educación, y no del libre ejercicio de los derechos que la Ley reconoce a las personas»* .

El apartado C del motivo global amparado en la letra d) de art. 88.1 LJCA aduce la *«infracción del artículo 14 de la Constitución Española y del artículo 14 del Convenio Europeo para la protección de los derechos fundamentales y Libertades Fundamentales (prohibición de discriminación) y del protocolo nº 12 del Convenio para la protección de los derechos fundamentales de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y a [sic] la jurisprudencia del TEDH»*.

Tras referir el motivo el contenido del art. 9.3 del Convenio, y el del art. 5 del Protocolo, y aludir a la Sentencia del TEDH sobre la noción de discriminación del art. 14 del Convenio, con cita al respecto de la STEDH de 28 de mayo de 1985 en caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra el Reino Unido* , apartado 72, afirma que *«la medida es discriminatoria porque no existe relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido, dado que manifestar que la finalidad perseguida es el orden público y la seguridad sin justificar la necesidad de dicha medida y cuando existe [sic] normas aplicables suficientes para garantizar ambas [sic], no procede, sin contar con otro argumento insostenible y totalmente discriminatorio que es el contenido en la página 9 de la sentencia, apartado c "necesaria para una sociedad democrática", la cual [sic] no solo no es ajustado [sic] a Derecho sino que el concepto de igualdad puesto por encima del derecho de elegir, con la afirmación "... ello con independencia de que su caso voluntario o no" a [sic] convierte a la sentencia en impugnabile, al haber resuelto de forma incongruente con la fundamentación jurídica del procedimiento que se sustenta en la motivación jurídica de la ordenanza impugnada y no en una supuesta igualdad que además, supone un juicio de valor subjetivo no aplicable a ningún caso concreto sino a una opinión personal no jurídica que da por hecho*

que existe desigualdad entre hombre y mujer por el hecho de que ciertas mujeres decidan indumentarse de una manera determinada, el derecho constitucional referido al artículo 14 de la CE ha sido claramente vulnerado en la sentencia impugnada» .

Tras referirse en apoyo de la tesis, con reproducción de un pasaje, a la Sentencia de esta Sala y Sección de 2 de Julio de 2008, recurso 3103/2005 , reproducir el pasaje de la sentencia recurrida en el que se declara que el porte del velo integral *"es un acto motivado o inspirado por una religión o una convicción"* , y afirmar que la sentencia se basa en excluir tal vestimenta de la libertad religiosa simplemente por el hecho de que pueda molestar a terceros, se afirma que *«claramente está discriminándose a estas personas impidiéndoles el uso de espacios públicos solo por el motivo de ir vestidos de forma diferente al cubrirse el rostro con velo»*, sin que haya existido problema de convivencia alguno.

Se afirma a continuación que *«este recurso de casación responde a la necesidad que el debate se traslade a sedes o instituciones más representativas capaces de poder determinar sobre este respecto y evitar el denominado efecto dominó que puede conllevar algo que ahora no existe, es decir un conflicto social, derivando la norma en un problema en lugar de una solución»*.

Se alude finalmente en el apartado del motivo que analizamos al informe de la Secretaria del Ayuntamiento en el expediente administrativo en el que se afirma *«no existe en este momento alteración suficiente relevante de la convivencia ciudadana»* , y al Auto de la pieza de medidas provisionales que acordó la suspensión, del que transcribe su pasaje esencial, en el que se admite la posibilidad de producción de perjuicios irreparables a los afectados y la inexistencia de perjuicios para el interés público, pues *«la obligación de todo ciudadano de identificarse al requerimiento de las autoridades o funcionario legitimado viene impuesta por la legislación vigente, y por tanto el mantenimiento del orden público y de la seguridad ciudadana en nada se ven afectados por la suspensión»* , argumentación del Auto que la recurrente considera idéntica a la suya, considerando infundado el cambio de criterio sobre tal extremo en la Sentencia respecto al Auto.

El apartado D, último del motivo alega *«infracción de los artículos 10 de la Constitución Española y 23 de la Ley Electoral y de la Directiva Comunitaria 93/100 CE»*.

Censura que la sentencia rechazase la alegada infracción, amparándose en que la parte no desarrollaba claramente la motivación. La parte se refiere a los arts. 2 , 3 , 155 y 211 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General referida, para concluir afirmando que *«la Sentencia impugnada ha vulnerado toda la normativa electoral sobre derecho de sufragio recogido en el artículo 10 [sic] y 23 de la Constitución Española , al prohibir la entrada en los recintos públicos donde deberán ejercer los cargos electos si para ello fueran escogidos, sin que pueda limitarse dicho derecho por la ordenanza municipal impugnada...»*, *«dado que un efecto colateral de la ordenanza sería la imposibilidad de que si alguna de estas personas accediese a algún cargo público de forma electa, no podría acceder al recinto municipal para poder cumplir su mandato, extremo que por si solo ya debería implicar la nulidad de la ordenanza, y de la resolución judicial recurrida, al afectar, invadiendo sus competencias, a una Ley Orgánica y a la Carta fundamental de nuestra sociedad»*.

A continuación se refiere el motivo a las opiniones cualificadas en contra de la prohibición del velo.

Fundamento de Derecho Cuarto .-

El Ayuntamiento de Lleida en su oposición al recurso sale al paso de cada uno de los motivos.

En cuanto al primero sostiene que la sentencia recurrida está suficientemente motivada, invocando la Sentencia de la Sección 5ª de esta Sala de 30 de junio de 2011, con transcripción selectiva de un pasaje sobre la extensión exigible de la motivación, afirmando que la sentencia explica suficientemente los criterios jurídicos de su decisión, y lo ha hecho dentro de los propios límites planteados por las partes en cuanto a las cuestiones propuestas.

Contesta a continuación a la alegación de contrario en la que se impugna el pronunciamiento de la Sentencia contenido en el Fundamento de Derecho Tercero c), resumiendo lo que en esta y en la alegación impugnatoria de la recurrente se dice, alegando que *«la*

recurrente está confundiendo, al alegar la incongruencia de la Sentencia, la pretensión con los argumentos jurídicos en que se basa la misma» y que «son solo las pretensiones en si misma consideradas las que exigen con [sic] respuesta congruente» , citando en abono de la tesis, con reproducción selectiva contenidos, la sentencia de esta Sala, de su Sección 4º de 11 de octubre de 2011 .

Se afirma que «el principio de congruencia viene siempre referido a lo pedido por las partes (pretensiones), no a la argumentación jurídica utilizada para sostener la pretensión» ; «el principio de congruencia no se vulnera por el hecho de que los Tribunales basen sus fallos en fundamentos jurídicos distintos de los aducidos por las partes (STS 17 de julio de 2005, recurso de casación 7.943/2000)» ; que la sentencia «no ha omitido resolver las pretensiones formuladas ni ha resuelto sobre pretensiones no formuladas» , y que «tampoco se ha producido indefensión en el sentido expuesto por la recurrente ya que se trata de un fundamento, el analizado [se refiere obviamente al Fundamento de Derecho 3ª de la Sentencia y a su apartado c, objeto de la censura de contrario] que la misma recurrente ha traído al proceso para fundar su pretensión , siendo por ello lógico que la sentencia analizase el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales».

Se concluye afirmando que la Ordenanza no ha violado el Convenio.

En su oposición al motivo segundo del recurso comienza enfrentándose al apartado A del mismo, sintetizando los enunciados de los apartados A.1 a A.4 y mostrando globalmente su disconformidad a ellos.

En síntesis y para defender la competencia del Ayuntamiento, y tras reconocer como afectante al contenido de la libertad religiosa la prohibición cuestionada, y que la prohibición cuestionada «se ha de justificar en la necesidad de resolver un conflicto con otro derecho» , se afirma que «esto no justifica que los Ayuntamientos no tengan ninguna posibilidad de intervención en este ámbito ya que pueden hacerlo en el ejercicio de diferentes títulos competenciales» ; que «el Ayuntamiento actúa ejerciendo competencias propias y las reconocidas por la normativa vigente y la jurisprudencia que incluso prevé que las ordenanzas municipales regulen, además de las competencias propias, aspectos accesorios de los derechos

fundamentales» [el subrayado del escrito de la parte], invocando en abono de sus tesis, con transcripción selectiva de contenidos de la misma, la sentencia nº 331/2010 de 7 de Abril de 2010 de la Sala de lo Contencioso-administrativo (Sección Quinta) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña , en relación con la propia Ordenanza impugnada en este proceso. Pasa a continuación el Ayuntamiento a relacionar los títulos competenciales del Ayuntamiento citando como tales:

a).- La seguridad, con referencia y transcripción del art. 2.2 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero de Seguridad Ciudadana, del art. 1.3 de la Ley Orgánica 2/1986 de 15 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y del art. 25.2 de la LBRL y sentencia precitada 331/2010 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

b).- La ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de los servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y servicios públicos, con cita y reproducción del art. 139 de la Ley 7/1985 LBRL , y de los artículos 4 y 8 de la Ordenanza recurrida, y cita de los artículos 84 de la LBRL, 247 y 248 del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril que aprueba el Texto Refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña (TRLMRLC) y el «87 de la LPPAP» que *«reconocen a los Ayuntamientos competencias para regular la prestación de servicios y el uso de los espacios y equipamientos municipales»* , añadiendo a dicha cita que *«esta regulación deberá ser congruente con los motivos y finalidades sobre la que se justifica»* .

c).- Otros ámbitos de intervención municipal. Se cita al respecto los arts. 25, 26 y 28 LBRL y 66, 67 y 71 TRLMRLC que *«atribuyen de forma genérica competencias para promover cualquier tipo de actividades y prestar aquellos servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la Comunidad vecinal»* , haciendo una descripción de las diferentes áreas sociales que puedan ser concernidas.

Las consideraciones anteriores llevan al Ayuntamiento a establecer estas conclusiones:

1).- que en el *«marco legal actual los Ayuntamientos no tienen atribuidas expresamente competencias para prohibir, con carácter general indiscriminado, que en la vía pública cualquier persona*

utilice el velo integral o otros elementos que imposibiliten su identificación (pasamontañas, casquetes, cascos integrales, máscaras, etc...), en tanto que estas actuaciones forman parte del ejercicio de diferentes derechos fundamentales reconocidos a todas las personas por la Constitución» , citando en este sentido la STC 132/2001 .

2).- que *«los artículos 26.2, 27.9 y 102.25 de la OMCyC no contempla ninguna prohibición general ni indiscriminada de la utilización del velo integral o de otros elementos que imposibiliten la identificación de las personas, sino que regula unas situaciones específicas y concretas en unos ámbitos perfectamente determinados, como se puede observar en la redacción de los mismos» .*

3).- que *«los Ayuntamientos tienen reconocidas competencias en materias como la seguridad, la integración social y cultural y la convivencia ciudadana», que «podrían tener relación con la adopción de medidas relativas al uso del velo integral» , y que en este ámbito «los Ayuntamientos pueden regular e incluso restringir el ejercicio de derechos fundamentales, mediante ordenanzas municipales, siempre que se trate de regulación de aspectos accesorios y no fundamentales de estos derechos» .*

4).- que *«la regulación contenida en los artículos 26.2, 27.9 y 102.25 de la OMCyC tienen en cuenta esos perjuicios y limitaciones y es respetuosa con la normativa nacional y comunitaria, en contra del criterio sostenido por la recurrente en casación» , y que «la jurisprudencia mencionada por la recurrente no es aplicable a la regulación que se discute en este proceso» , afirmando que las sentencias de este Tribunal de 1999 y 2002 citadas «contienen una doctrina ya superada por posteriores sentencias del TC STS 30-11-2010)» .*

Tras reproducir los contenidos de la sentencia recurrida atinentes a la cuestionada competencia del Ayuntamiento, entre los que destaca la afirmación de ésta según la cual *«en nuestra cultura occidental el ocultamiento del rostro en la realización de actividades cotidianas produce perturbación de la tranquilidad, por falta de visión para el resto de las personas de un elemento esencialmente identificativo cual es la cara de la persona que lo oculta» , criterio que el Ayuntamiento dice compartir totalmente, cierra el apartado con amplia reproducción*

literal del contenido conclusivo de la sentencia sobre el tema de la competencia, afirmando que lo comparte.

Se opone al apartado B del motivo segundo del recurso, negando la vulneración del art. 16 CE y de la LO 7/1985, de Libertad Religiosa, centrándose sus alegaciones al respecto en la contestación a la demanda.

En esencia el desarrollo de la oposición a este apartado se concreta en los siguientes puntos:

a) que las limitaciones de la Ordenanza se refieren a cualquier elemento que obstaculice la visión del rostro e impida la identificación y comunicación visual.

b) cita de las competencias del Ayuntamiento establecidas en los arts. 25 y 28 LBRL y 66, 67 y 71 TRLMRLC, reiterando consideraciones expuestas en el apartado de respuesta al apartado A.

c) remisión al documento de trabajo redactado por el Senado de Francia el mes de diciembre de 2009, denominado "*Le port de la burqua dans les lieux publics - LC 201*", obrante en el expediente administrativo.

d) reproducción de los contenidos de la sentencia recurrida alusivos a la alegada vulneración del art. 16 CE, que en ellos se rechaza, y que el Ayuntamiento dice que comparte.

Especialmente rechaza el Ayuntamiento: a) la interpretación del término orden público que sostiene la recurrente; b) la afirmación de ésta de que la sentencia vulnera mediante "*la desigualdad y la discriminación...*" el "*ejercicio de un derecho fundamental de acceso a los lugares públicos...*"; pues el art. 16 CE no ampara el derecho a comportarse en todas las circunstancias de la vida con arreglo a las propias creencias, que es lo que parece que defiende la recurrente; c) la atribución a la sentencia de la confusión de los términos seguridad, orden público y perturbación de la tranquilidad pública, afirmación que, dice el Ayuntamiento, la motivación no fundamenta.

En su oposición al apartado C del motivo segundo del recurso, respecto a la vulneración del art. 14 CE y del art. 14 del Convenio Europeo dice que en ese apartado la recurrente aborda la regulación contenida en el art. 9 del Convenio. El Ayuntamiento insiste en que la

Ordenanza no tiene por objeto la regulación exclusiva del velo integral, sino de los elementos que obstaculicen la visión del rostro, diciendo que la recurrente insiste en centrar el debate en el burka o niqab, lo que no ha hecho el Ayuntamiento en la Ordenanza, reproduciendo a continuación el contenido esencial del Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia.

Finalmente en su oposición al apartado D del motivo segundo del recurso el Ayuntamiento alude a que en su escrito de contestación a la demanda exponía que la modificación de la Ordenanza no impide a ningún cargo electo acceder a los espacios públicos por el hecho de llevar un signo de vestimenta religioso, insistiendo en su planteamiento de otros apartados anteriores de la prohibición de cualquier elemento que obstaculice la visión del rostro y la comunicación visual. Y afirma que *«la regulación municipal referida a la utilización de aquellos equipamientos y servicios que no son de recepción obligatoria puede contemplar, como requisito de acceso, permanencia y uso, así como el propio ejercicio de las actividades que se desarrollan, la no utilización de los elementos citados»*.

Niega la fundamentación de las afirmaciones de la recurrente y reproduce en lo esencial el contenido del Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia, que dice compartir, pidiendo finalmente la desestimación del motivo y del recurso.

Fundamento de Derecho Quinto .-

El Ministerio Fiscal, en relación al primer motivo del recurso, cuya fundamentación dice que *«no resulta fácil de entender»*, afirma que *«basta la lectura de la sentencia para comprobar la inexactitud de la denunciada "falta TOTAL de motivación"»*, refiriéndose sintéticamente al respecto al contenido de los distintos fundamentos de la sentencia, para afirmar que *«hay motivación, muy abundante por cierto»*. Y en cuanto a la alegada incongruencia por el contenido del Fundamento de Derecho Tercero in fine, niega que pueda considerarse como incongruencia, pues en su apreciación *«no es sino un puro y simple razonamiento al hilo de la jurisprudencia del TEDH»*. Destaca la contradicción de esa alegación con la de ausencia total de motivación de la sentencia, y afirma por último que *«el debate sobre la igualdad de la mujer fué introducida por el Fiscal en sus alegaciones»*, y que *«la respuesta dada en la sentencia se mantiene,*

sin duda, en los términos del debate procesal tal cual ha sido planteado» . En lo que hace al motivo segundo, que, dice el Fiscal, contiene en realidad cuatro motivos, responde el Fiscal en otros tantos apartados A a D, correlativos a los de la misma signación del motivo. En el apartado A, tras sucinta referencia a la impugnación del recurrente, alusiva a la fundamentación por la Sala de la competencia dada en los art. 139 y 140 de la LBRL, el Fiscal afirma que *«es este el verdadero núcleo de la cuestión, tal como viene planteado desde la instancia (aunque no se explicitaba entonces la invocación formal del artículo 25.1 de la CE, que es, sin embargo, la esencia de la decisión que ahora se combate) y en el que hemos de dar la razón al recurrente»*. El Fiscal sostiene *«que el Ayuntamiento de Lleida carece de competencia para regular la materia, no amparable en los art. 139 y 140 de la LBRL»*.

Tras referirse el Fiscal a la regulación de la Ordenanza, y destacando que *«se tipifica, pues, una nueva infracción de carácter leve, a la que se anuda la correspondiente sanción»*, el Fiscal sintetiza la argumentación de la sentencia al respecto y entra a exponer su propia tesis crítica del razonamiento de la sentencia, en estos términos:

«Cree el Fiscal que: 1) El debate no puede ser la mayor o menor implantación del uso del velo integral, pues resulta evidente que difiere según los países y, sobre todo, depende de decisiones personales, como corresponde a un ámbito, el religioso, en que lo subjetivo prima sobre lo objetivo. 2) Lo indubitado -la sentencia no lo niega- es que el uso de tal prenda afecta a un ámbito de indudable transcendencia religiosa lo que supone la afectación al artículo 16 de la Constitución Española. 3) Cabe aceptar, a consecuencia de aquella diversidad, que no se trata de un elemento esencial en el credo islámico. Ello supone a priori la genérica posibilidad de regulación por la autoridad local, sin perjuicio de ulteriores matizaciones. 4) Resulta en todo caso imprescindible la presencia de cobertura legal habilitante, lo que, en opinión del Fiscal, no existe» .

Se refiere después el Fiscal a la afirmación de la sentencia alusiva a la perturbación de la tranquilidad, que ésta atribuye al ocultamiento del rostro en la cultura occidental, y afirma:

«No creemos aceptable, en el momento histórico que vivimos, semejante afirmación con el carácter de objetividad y generalidad

que requiere para integrar el injusto administrativo a que se refiere al artículo 140 de la LBRL. Resulta muy difícil aceptarlo en una sociedad globalizada y multicultural, en que imágenes y noticias permiten compartir -a través de los medios audiovisuales y de internet- el día a día de otros países y culturas, presentes además en la vida cotidiana debido a la intensidad del proceso migratorio.

Solamente desde la objetiva constatación de la intranquilidad, del desasosiego de la generalidad de los ciudadanos ante un determinado fenómeno, cabría considerar respaldada legalmente la prohibición, y no cree el Fiscal que el uso del velo integral produzca ese efecto, ni que exista dato objetivo alguno en todo el proceso normativo, ni en el judicial, que permita afirmarlo.

Cree el Fiscal que la perturbación de la convivencia a que la norma se refiere ha de tener un mínimo de relevancia en cualquiera de sus modalidades, siendo luego la intensidad de su afectación a la tranquilidad (o al ejercicio de derechos legítimos de otros, que evidentemente no es el caso) lo que permitirá calificar la conducta como muy grave, grave o leve. Negar esta afirmación supondría aceptar la tipicidad de perturbaciones irrelevantes de la convivencia, lo que no parece de recibo.

Y es que es de esencia a la convivencia la general aceptación de innumerables perturbaciones (de la tranquilidad, esto es del sosiego y quietud individuales) que, por su naturaleza, son socialmente considerados irrelevantes....

Al no tratarse de conductas que produzcan consecuencias físicamente evaluables (como el ruido, las emanaciones de gases o fluidos, la emisión de ondas magnéticas, el ornato de la edificación, juegos, animales, que están sin duda en la génesis de la reforma de 2003 que alumbró los artículos 139 y 140 de la LBRL) resulta un puro ejercicio de voluntarismo reconocer en aquellas conductas la posibilidad perturbadora que permita encuadrarlas en el concepto legal - perturbación de la convivencia que afecta a la tranquilidad- aun cuando no se aceptara que lo irrelevante está fuera de la norma».

Aduce a continuación el Fiscal que «para afirmar la existencia de cobertura legal, olvida la sentencia la necesidad de interpretar restrictivamente el derecho sancionador y hacerlo a la luz de los

instrumentos internacionales: primero cuando limita la exigencia de relevancia a las infracciones muy graves (aceptando así la tipicidad de perturbaciones irrelevantes), después, al obviar, con sacrificio de la necesaria proporcionalidad, las limitaciones que la prohibición genera (y que hemos enumerado en el apartado 2 de los Antecedentes), obligando a quien no quiera renunciar a la expresión religiosa que el velo integral supone, a un apartamiento de los espacios administrativos, de ocio, culturales y comerciales, tan contrario al espíritu que anida en los instrumentos internacionales, y tan contrario a preceptos básicos...» , refiriéndose a continuación con indicación de sus respectivos contenidos al artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 , al artículo 3 de la Declaración de Naciones Unidas sobre minorías, a la Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad (Saint Denise, 18 de mayo de 2000), a la Carta Europea de Autonomía Local y, sin fuerza vinculante, a la Recomendación 1927 del Consejo de Europa (Asamblea Parlamentaria de 23 de Junio de 2010), sobre Islam, islamismo e islamofobia en Europa.

Respecto a la justificación de la prohibición que la sentencia refiere al art. 20 de la Ley de Protección ciudadana, *«dado que "el mantenimiento continuado de la seguridad de espacios municipales corresponde al Ayuntamiento»* dice el Fiscal que:

«Soslaya la sentencia que ese precepto legal en modo alguna regula la libertad de acceso o uso de entorno alguno, sino algo distinto como el deber ciudadano de identificarse ante los agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones de protección de la seguridad, Tal deber existe legalmente y ningún problema existiría si la Ordenanza se hubiera limitado a proclamar su vigencia, con los posibles matices, en los espacios a que se refiere. Pero lejos de ello, la Ordenanza prohíbe y permite sancionar el acceso o permanencia de personal con velo, aunque hubieran sido perfectamente identificadas, esto es, aunque el parámetro de seguridad que la ley 1/92 establece hubiera sido satisfecho. A partir de ahí, carece de sentido pretender amparar en tal precepto limitaciones que nada tienen que ver con el valor que el mismo protege. Lo que no alcanza, como antes dijimos, al Reglamento de Transporte Urbano de Viajeros, que se limita a

regular la identificación de los viajeros para el uso de las tarjetas de precio reducido o tarifa social».

En cuanto a la apelación en la sentencia, como justificación, al límite del orden público, concepto *«siempre difícil de aprehender»*, dice el Fiscal, afirma este que *«lo que la sentencia debiera haber explicado, y deja sin explicación convincente alguna, es en qué modo el uso del velo integral altera el orden público, esto es, la "paz social", la "paz pública", a nuestro juicio inmune al uso de semejante prenda, por muy ajena a nuestra cultura que esta sea».*

Concluye el Fiscal proponiendo la estimación del motivo, salvo en lo que al Reglamento de Transporte Urbano de Viajeros se refiere.

En lo atinente al apartado B, correlativo al de la misma letra del motivo, referente a la vulneración del art. 16 CE, y tras aludir a la argumentación contenida en el Fundamento Derecho Tercero de la Sentencia, dice el Fiscal:

«No resulta fácil comprender la referencia al derecho a la igualdad para justificar la necesidad de la medida, visto que la finalidad legítima que se señala no es tal, sino, genéricamente, la protección de los derechos y libertades ajenas y del orden público. Tampoco comprende bien el Fiscal la referencia a "la protección de los derechos y libertades ajenas", que aparecen por primera vez como concepto habilitador pues en el fundamento segundo fue "la tranquilidad" por la falta de visión de la cara, no "el ejercicio de derechos legítimos", en verdad difícilmente defendible (salvo que construyamos un derecho a ver el rostro de otro, que supone la negación del derecho de cada cual a exhibirlo) el factor habilitador»

Concluye el Fiscal diciendo que *«en cualquier caso, no cabe aceptar la precisión legal, de conformidad con el derecho interno, como hemos razonado al examinar el motivo anterior, lo que ha de provocar también la de éste».*

Acepta el Fiscal en esencia en el apartado C correlativo al de la misma letra del motivo el razonamiento de la sentencia en torno a la alegada vulneración del art. 14 CE.

Por último, en el apartado D, correlativo al de la misma letra del motivo, alusivo a la infracción de los arts. 10 CE y 23 de la Ley Electoral y de

la Directiva Comunitaria 93/100/CE , el Fiscal viene a aceptar el razonamiento de la sentencia al respecto, y añade que:

«No parece necesario recordar, en cualquier caso, que entre los espacios a que la prohibición afecta... no aparecen los Colegios Electorales (que, en cuanto tales, no pueden ser considerados dependencias municipales) y que el derecho a "acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 de la CE) no se ve en principio afectado por la normativa impugnada, sin que pueda pretenderse ahora una suerte de amparo cautelar o preventivo, ante eventuales limitaciones hoy por hoy inexistentes.»

Propone el rechazo del motivo.

Fundamento de Derecho Sexto.-

Expuestos con la amplitud necesaria los términos del debate en esta casación, en cuanto al motivo del art. 88.1, c), se impone su desestimación, por las razones que coincidentemente aducen tanto al Ayuntamiento demandado como al Ministerio Fiscal.

Ante todo debe observarse que la recurrente, a parte de la contradicción que el Fiscal denuncia entre la afirmación de una total falta de motivación y la argumentación crítica contra uno de los contenidos de la fundamentación de la sentencia, mezcla en el motivo consideraciones que, en su caso, podrían tener encaje en el motivo legal en que se ampara, con otras relativas a la crítica de fondo de la sentencia, cuyo marco de amparo debe ser el del art. 88.1.d), siendo esa confusión de contenidos en el motivo causa de inadmisibilidad de este según continua jurisprudencia de esta Sala, de innecesaria cita individualizada (por todas STS de 19 de diciembre de 2012, Rec. cas. n.º 4510/2010).

En todo caso, y respecto a la alegada falta total de motivación de la sentencia, la sola lectura de ésta evidencia lo incierto de la alegación, sin que sea preciso que nos refiramos aquí en detalle, reiterándolo, al contenido de su motivación, bastando simplemente con referirnos a lo expuesto al respecto en el Fundamento de Derecho Primero de esta nuestra Sentencia, donde queda reflejada con suficiente precisión la fundamentación de la recurrida, y a la doctrina de este Tribunal sobre el alcance de la exigencia de motivación, correctamente aludida por el

Ayuntamiento recurrido en su oposición, con la cita de la Sentencia de esta Sala, de su Sección 4ª, de 11 de octubre de 2011 , cuya doctrina, aplicada al caso actual, justifica el rechazo de la alegación de la recurrente al respecto.

Y, en cuanto a la alegada incongruencia, merece el mismo rechazo. Primero, porque, habida cuenta de que la alegación relativa a la igualdad de la mujer se trajo al proceso por el Ministerio Fiscal, como indica éste en su escrito, es visto que se encuentra en el marco de las cuestiones controvertidas en el que el Tribunal, conforme a lo dispuesto en los arts. 33.1 y 67.1 LJCA , debe resolver, no tratándose así de una cuestión de las referidas en el art. 33.2, de la propia Ley.

Después, porque traída la cuestión al proceso por la propia recurrente, aunque sea para impugnarla, ya por ello se inserta en el elenco de cuestiones a decidir, sin que sea aceptable la que estimamos consideración implícita en la alegación de la recurrente, según la cual es sólo al Ayuntamiento al que correspondía suscitar en el proceso tal cuestión, de modo que, al no haberlo hecho, quede vedada al Tribunal el tratamiento de la misma y su utilización en la fundamentación de la sentencia, a no ser por el cauce del referido art. 33.2 LJCA , planteamiento que la Sala no comparte.

Y, finalmente, porque lo que cuenta a efectos del motivo del art. 88.1.c) LJCA , es que en la infracción a que el motivo se refiere "*se haya producido indefensión para la parte*" ; y mal puede alegarse indefensión, cuando es la propia parte la que ha suscitado la cuestión en el proceso, a la que la Sentencia responde, aunque sea para desestimar la tesis de quien la propone. Se impone así, como ya se dijo al principio, la desestimación de este primer motivo.

Fundamento de Derecho Séptimo .-

El motivo segundo, amparado en el art. 80.1 d), como ya se dijo, incluye cuatro submotivos distintos, resumidos en el Fundamento de Derecho Tercero de esta nuestra sentencia.

Antes de darles respuesta individualizada es preciso destacar la íntima relación entre los contenidos que se exponen bajo los apartados A y B del motivo, e incluso del C, que aconsejan de entrada una consideración conjunta de los mismos con carácter previo a referirnos individualizadamente a cada apartado del motivo.

Al respecto debe indicarse que la alegación de incompetencia del Ayuntamiento depende en definitiva de lo que se aprecie sobre la alegada vulneración de la libertad religiosa y de las exigencias constitucionales para su posible limitación, de modo que, sin adentrarse en el tratamiento de éstas, no es posible determinar si, al hacer el Ayuntamiento recurrido lo que hizo, se extralimitó o no en sus competencias.

Sólo si en la prohibición cuestionada en el proceso la Ordenanza recurrida (la ordenanza misma, no los razonamientos que en su salvaguarda se exponen en la Sentencia y en los escritos del Ayuntamiento recurrido en la instancia y en la casación) invocase como título competencial el de la regulación del ejercicio de la libertad religiosa, el tema competencial tendría en sí singularidad para ser considerado aisladamente del tema de fondo de la vulneración del derecho fundamental; pero ese no es el caso, pues la Ordenanza se autoencuadra en otros títulos competenciales, que, en principio, no resultan cuestionables en cuanto tales.

Consideramos por ello que el orden lógico de examen deba ser primero, el del análisis de la alegada vulneración del art. 16 CE, de lo que se derivará si el Ayuntamiento, al hacer lo que hizo, era o no competente para hacerlo. Por tanto acometeremos nuestro análisis con ese planteamiento sistemático, aunque procurando dar respuesta a las argumentaciones que desde otro criterio sistemático de ordenación han expuesto las partes.

Conviene, no obstante, aislando el planteamiento competencial, dar respuesta a una afirmación de la sentencia contenida en el Fundamento Segundo, y sobre la que insiste el Ayuntamiento en su escrito de oposición, y que hasta cierto punto comparte el Ministerio Fiscal en el suyo, que consideramos constitucionalmente inaceptable.

Tal vez pudiéramos entender que en realidad dicha afirmación quizás no pretenda tener el alcance que sus términos sugieren, sino que acaso quisiera decir otra cosa. Estimamos, no obstante, que es necesario detenernos en ella, ajustándonos a los concretos términos en que se formula.

Nos referimos a la afirmación contenida en el Fundamento de Derecho Segundo, en la que, para obviar la inexistencia de ley previa respecto a

la prohibición cuestionada, se dice, invocando lo dicho por la Sección 5ª de la propia Sala en alusión a lo que una ordenanza puede regular, que *«el criterio general es que puede regular materias accesorias de esos derechos fundamentales, sobre todo lo concerniente a las manifestaciones de la convivencia o vida colectiva dentro del término municipal a las que se dirige, donde la esfera protectora de los derechos fundamentales no alcanza a los aspectos accesorios, accidentales o circunstanciales»* .

Es necesario diferenciar entre lo que es regulación de *"aspectos accesorios, accidentales o circunstanciales"* del derecho fundamental, en la que el objeto directo de la regulación sean elementos del derecho fundamental o de su ejercicio, (por muy accesorio que pueda ser), y lo que sea regulación de materias propias de los títulos competenciales de los Ayuntamientos, que, en su caso, puedan incidir en el ejercicio del derecho fundamental, aunque no tengan por objeto la regulación directa de aspectos del derecho fundamental.

La pretendida atribución a los Ayuntamientos de competencia para regular aspectos accesorios de los derechos fundamentales resulta contraria a lo dispuesto en el art. 53 CE , que dispone que *"sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regular el ejercicio de tales derechos y libertades..."* . El hecho de que el referido precepto constitucional diga que *"en todo caso deberá respetar su contenido esencial"* , no implica, como la expresión de la sentencia que analizamos pudiera sugerir, (y de ahí la conveniencia de su aclaración), que sea el contenido esencial del derecho fundamental lo exclusivamente reservado a la regulación de la ley, de modo que en lo que no sea contenido esencial pueda quedar abierto un espacio de regulación a otros poderes públicos distintos del legislador y por medio de otros vehículos normativos diferentes de la ley. Por el contrario, según el referido precepto constitucional, todo el ejercicio del derecho fundamental está reservado a la Ley, y no puede por ello ser objeto directo de regulación por una Ordenanza municipal. De ahí la transcendencia que en este caso tiene el problema de la existencia o inexistencia de ley previa que permita establecer el límite al ejercicio del derecho fundamental de la libertad religiosa que la prohibición cuestionada establece.

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 esa 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.

La tesis de la sentencia defendida por el Ayuntamiento recurrido parte de que la potestad normativa del Ayuntamiento está constitucionalmente fundada en el principio de autonomía local consagrado en el art. 140 CE, principio de autonomía que debe interpretarse de acuerdo con la Carta Europea de la Autonomía Local (art. 4. 2), y sobre la base de la consideración democrática de los poderes del Ayuntamiento, de cuyos principios deriva sólo una vinculación negativa a la ley, y no una vinculación positiva, como pudo entenderse en el pasado, superada por la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo que confiere a la potestad normativa de los Ayuntamientos una amplitud muy diferente de la genérica de los reglamentos.

Tal planteamiento no podemos por menos que compartirlo sin reservas.

Pero de ahí no puede extraerse la consecuencia de que el Ayuntamiento, pese a la inexistencia de Ley, pueda por sí mismo establecer limitaciones al ejercicio de un derecho fundamental en los espacios municipales, siendo ahí donde deben entrar en juego el análisis del derecho de libertad religiosa (art. 16 CE) y el de los límites de su ejercicio. En definitiva, el paso desde un principio de vinculación positiva de las Ordenanzas municipales a la Ley, (superado hoy por las razones antes expuestas), a un principio de vinculación negativa, no autoriza a prescindir del hecho de que tal vinculación negativa existe, vinculación que comienza por la Constitución (art. 9.1 y 53.1 CE); y ello sentado, si la Constitución exige para poder limitar el ejercicio de un derecho fundamental (como lo es el de libertad religiosa, del art. 16 CE) la existencia de una ley (art. 53.1 inciso segundo), no se atiene a ese principio de vinculación negativa una Ordenanza que directamente prescinde de la exigencia

del art. 53 CE , arrogándose la potestad de regular lo que la Constitución reserva a la Ley.

Para justificar la competencia del Ayuntamiento la sentencia utiliza un recurso dialéctico, que consideramos artificioso, fundándola en los arts. 139 y 140 de la Ley de Bases de Régimen Local . Dicho recurso consiste en centrar la cuestión referente a la competencia del Ayuntamiento en la que le corresponde *"en materia de potestad sancionadora"* (Fundamento de Derecho Segundo, párrafo octavo), hablando de *"la prohibición que se tipifica como infracción"* (párrafo siguiente) y de *"una prohibición o infracción"* (párrafo siguiente), pasos argumentales conducentes al del análisis de la previsión del art. 139 de la LBRL, cuando prohibición o infracción son conceptos necesariamente diferenciables, siendo el primero presupuesto, en su caso, del segundo.

Un planteamiento tal no lo consideramos aceptable, pues con él se oculta en realidad lo que constituye el auténtico centro de gravedad del problema, que es el de la justificación constitucional de la prohibición del velo integral, dado el carácter del uso de este como manifestación del ejercicio de la libertad religiosa, y no la infracción consecuente a la inobservancia de la prohibición. Al razonar como lo hace la sentencia, se produce una rechazable inversión de los términos del problema, pues se antepone la consideración de la infracción, pretendiendo justificarla con base en el art. 139. y 140 LBRL, deduciendo de la legitimidad de la infracción la legitimidad de la prohibición.

Hasta que no quede justificada (si es que se puede) la legitimidad constitucional de la prohibición del velo integral en los términos en que lo hace la Ordenanza, (lo que, como se indicó más detrás, está condicionado al análisis de la alegada vulneración del art. 16 CE), no debe suscitarse el problema de la legitimidad constitucional de la infracción ligada a la prohibición. La sentencia razona adecuadamente, como hemos dicho, la existencia de un cambio en la jurisprudencia respecto a la concepción de las Ordenanzas municipales desde una vinculación positiva a ley a una vinculación negativa, que, añadimos nosotros, producido en el pasado inmediatamente anterior a la modificación de la LBRL, justificó respecto de la regulación de la potestad sancionadora de los entes

locales una modulación y amplitud jurisprudencial en cuanto a las exigencias del art. 25.1 CE , según las venía interpretando con carácter general el Tribunal Constitucional. En la actualidad la cuestión ha dejado de ser problemática tras la modificación de la LBRL por la Ley 57/2003, que establece directamente en sede de la ley las bases de la ordenación de la potestad sancionadora de los entes locales, con lo que la regulación de tal potestad se sujeta hoy, sin necesidad ya de modulación alguna, a las estrictas exigencias del art. 25 CE, en la interpretación del mismo por el Tribunal Constitucional.

En todo caso, por muy amplia que sea la potestad de los Ayuntamientos para la regulación de infracciones y sanciones, no puede olvidarse que el art. 139 LBRL se refiere a "*las relaciones de convivencia de interés local* " [subrayado nuestro], lo que de por sí obliga a suscitar la cuestión de si la limitación de un derecho fundamental, que por definición constitucional corresponde a todos los ciudadanos de la nación, puede considerarse como concerniente al interés local, para así poder atribuir a los gestores democráticos de ese interés la posibilidad de emanar regulaciones, que, al circunscribirse al ámbito espacial del ente, no resultan coextensas con el ámbito propio del derecho, de modo que el derecho resulte limitado en una parte del territorio nacional y no en otras.

Hechas estas precisiones, singularmente referidas a la invocada competencia del Ayuntamiento para regular aspectos accesorios del derecho fundamental, y todavía antes de pasar al examen de la alegada vulneración de la art. 16 CE , es preciso volver a la observación hecha al principio de este fundamento entre los contenidos del motivo expuestos bajo los apartados A, B y C, para referirnos a la relación del B con el C; ésto es, a las alegadas vulneraciones del art. 16 CE y del 14 CE .

Sobre el particular debe indicarse, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, que cuando la pretendida vulneración de derecho de igualdad viene unida a la de un derecho fundamental sustantivo, la de éste subsume la vulneración del derecho de igualdad, doctrina que el Tribunal Constitucional reitera respecto de los derechos establecidos en los artículos 23 y 28 CE en relación con el de igualdad (por todas, respectivamente, SSTC nº 78/2007 de 23 de abril, F.J. 2 º y nº 179/2008 de 22 de diciembre F.J. 1º), que, "*mutatis mutandis*", puede

trasladarse en este caso a la relación entre el art. 16 y 14 CE . De este modo, analizada y resuelta la alegada vulneración del art. 16 CE , no debe entrarse, como algo diferenciado en la del art. 14 CE , pues restablecido el ejercicio de la libertad religiosa, queda ya por eso eliminada por la apreciación de su vulneración, la que, en su caso, se produciría en el de igualdad por la discriminación por motivos religiosos.

Fundamento de Derecho Octavo .-

Entramos ya en la alegada vulneración del art. 16 CE , verdadero centro neurálgico de este caso, partiendo de la correcta apreciación de la Sentencia (Fundamento de Derecho Segundo), cuando dice que *«utilizando palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo por el velo no integral, se puede considerar que en parte es un acto motivado o inspirado por una religión o una convicción»* ; y que *«sin pronunciarnos sobre si este acto constituye en todos los casos un cumplimiento de un deber religioso, si que es o puede ser manifestación de una creencia o convicción ideológica o religiosa, y por tanto, un signo de tal carácter»* .

Aceptamos sin reserva tal planteamiento inicial, que, por lo demás, comparten las partes en esta casación.

Aunque no sea estrictamente necesario, no está de más observar para reforzar el planteamiento de la sentencia recurrida, que es el elemento subjetivo de la motivación de la conducta de vestir un determinado atuendo por motivos religiosos el dato a considerar desde la óptica del principio de libertad religiosa, que no puede sustituirse por un hipotético debate, a decidir con carácter previo por el Tribunal, acerca de si objetivamente las fuentes auténticas de la religión islámica consideran o no como deber el uso del velo integral por las mujeres, o se trata de un simple elemento cultural.

Consideramos así absolutamente correcta la reserva de la sentencia a pronunciarse *«sobre si este acto constituye en todos los casos un cumplimiento de un deber religioso»* .

En primer lugar, porque, dado la neutralidad del Estado en cuanto a la Religión, no cabe que se pueda inmiscuir en debates de carácter estrictamente dogmáticos o de moral religiosa. En tal sentido se expresa la reciente sentencia del TEDH de 15 de enero de 2013, del

caso Eweida y otros contra el Reino Unido , cuando en sus párrafos 80 y 81 dice:

«80. La libertad religiosa es primordialmente una cuestión de pensamiento individual y de conciencia...».

«81. El derecho a la libertad, de conciencia y de religión denota puntos de vista que alcanzan un determinado nivel de fuerza, seriedad, coherencia o importancia Siempre que esta se cumple, el deber del Estado de neutralidad e imparcialidad, será incompatible con cualquier tipo e iniciativa por parte del Estado para evaluar la legitimidad de las creencias religiosas o las formas en que esa creencias se expresan (Ver Manounsakis y otras contra Grecia, Sentencia de 26 de septiembre de 1996. Informes 1996-IV p. 1365§47; Hasan y Chaush contra Bulgaria [GC], no 30985/96, §78 TEDH 2000 XI, Defah Partis (El partido del Bienestar) y otros contra Turquía [GC], nu, 41340/98, 413242/98, 41343/98 §d. CEDH 2008-I».

Y en segundo lugar, porque desde el punto de vista del art. 16.1 CE , la hipótesis, planteada a los meros efectos dialécticos, de que se cuestionase el estricto carácter religioso de la vestimenta, no se le podría negar su carácter de expresión de una determinada ideología que, en cuanto libertad constitucional, tiene el mismo tratamiento que la libertad religiosa.

Fundamento de Derecho Noveno .-

Partiendo, pues, de que el uso de velo integral constituye una manifestación de ejercicio de libertad religiosa, regulada en el art. 16.1 CE y en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, respecto a cuyo contenido, ejercicio y límites ha de estarse a lo dispuesto en los arts. 81 y 53 CE, debemos adentrarnos en el examen de cuáles sean las exigencias de la Constitución para poder limitar el ejercicio de tal derecho, acudiendo para ello a la doctrina del Tribunal Constitucional, como interprete supremo de la Constitución (art. 1.1 LOTC y art. 5.1 LOPJ).

Sobre el particular existe una rica doctrina de éste, cuyo estudio a los efectos que aquí interesan (y aunque inevitablemente incidamos en reiteraciones sobre lo dicho en el fundamento anterior), podemos iniciar con la alusión a la sentencia nº 154/2002, del Pleno, de 18 de julio, ampliamente expresada, en concreto en sus fundamentos

jurídicos 6 a 8, con abundante cita en ellos de sentencias precedentes.

Es especialmente destacable en la misma la afirmación, como contenido del derecho (F.J. 6) de «*una dimensión externa de "agere licere" [que es precisamente la que en el caso actual está en cuestión] que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros (SSTC 19/1985, F. 2 ; 120/1990, F. 10 , y 137/1990 F. 8)*». Este reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de «*agere licere*» lo es «*con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales*» (STC 46/2001, F. 4, y, en el mismo sentido, las SSTC 24/1982, de 13 de mayo, y 166/1996, de 28 de octubre ». [lo subrayado nuestro].

Especialmente relevante como doctrina general sobre a la regulación del contenido y límites de los derechos fundamentales es la Sentencia del Tribunal Constitucional, de su Pleno, nº 292/2000, de 30 de noviembre, que, aún referida a un derecho fundamental distinto del que está en liza en el actual proceso, resume en términos muy precisos y contundentes una doctrina alusiva a los restantes derechos fundamentales, contenida en su F. J. 11. Se dice al respecto sobre los límites a los mismos que: «*no cabe duda de que han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución (SSTC 11/1981, de 8 de abril, F. 7; 196/1987, de 11 de diciembre [RTC 1987\196], F. 6...)*. Esos límites o bien pueden ser restricciones directas del derecho fundamental mismo... o bien pueden ser restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental. En el primer caso, regular esos límites es una forma de desarrollo del derecho fundamental. En el segundo, los límites que se fijan lo son a la forma concreta en la que cabe ejercer el haz de facultades que compone el contenido del derecho fundamental en cuestión, constituyendo una manera de regular su ejercicio, lo que puede hacer el legislador ordinario a tenor de lo dispuesto en el art. 53.1 CE . La primera constatación que debe hacerse, que no por evidente es menos capital, es que la Constitución ha querido que la Ley, y sólo la Ley, pueda fijar los límites a un derecho fundamental. Los derechos fundamentales pueden ceder, desde luego, ante bienes, e incluso intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que experimenten sea necesario para lograr el fin legítimo previsto,

proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental restringido (SSTC 57/1994, de 28 de febrero, F. 6; 18/1999, de 22 de febrero, F. 2). » [los subrayados nuestros].

La esencialidad de la ley y su insustituibilidad por cualquier otra fuente normativa para poder establecer el límite al ejercicio del derecho de libertad religiosa que entraña la prohibición que se cuestiona en el proceso, resulta así en nuestro marco constitucional inequívoca según esa sentencia.

Además, en cuanto a la relación entre el derecho fundamental y sus límites y al posible alcance de estos, es bueno acudir a la STC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 4, en la que podemos leer:

«...queremos destacar la máxima amplitud con que la libertad ideológica está reconocida en el art. 16.1 de la Constitución , por ser fundamento, juntamente con la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, según se proclama en el art. 10.1, de otras libertades y derechos fundamentales...»

Y más adelante:

«d) Finalmente, hemos de recordar que, si bien es cierto que los derechos y libertades fundamentales no son absolutos -como recuerda la STC 159/1986, de 16 de diciembre -, «tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos y libertades». Toda vez que, como dice esta Sentencia, «tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción». Hay, pues, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión «de tal modo que tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción -añade esta Sentencia-, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con

criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos » . [lo subrayado, una vez más, nuestro].

Puede completarse este recorrido por la doctrina del Tribunal Constitucional, refiriéndonos a cómo en ella se consideran el orden público y la seguridad, en cuanto límites al derecho fundamental de libertad religiosa, al ser la alusión a uno y otra en la sentencia recurrida uno de los elementos constitucionales considerados en ella para justificar la prohibición. Al respecto podemos referirnos a la sentencia del Pleno del Tribunal nº 46/2001. F.J. 11, en el que se dice:

«El ejercicio de la libertad religiosa y de culto, como declara el art. 3.1 de la Ley Orgánica 7/1980 , en absoluta sintonía con el art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos , «tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguarda de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática». Ahora bien, en cuanto «único límite» al ejercicio del derecho, el orden público no puede ser interpretado en el sentido de una cláusula preventiva frente a eventuales riesgos, porque en tal caso ella misma se convierte en el mayor peligro cierto para el ejercicio de ese derecho de libertad. Un entendimiento de la cláusula de orden público coherente con el principio general de libertad que informa el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales obliga a considerar que, como regla general, sólo cuando se ha acreditado en sede judicial la existencia de un peligro cierto para «la seguridad, la salud y la moralidad pública», tal como han de ser entendidos en una sociedad democrática, es pertinente invocar el orden público como límite al ejercicio del derecho a la libertad religiosa y de culto. ».

Fundamento de Derecho Décimo.-

El recorrido por la doctrina constitucional que precede, volviendo desde él al análisis de la sentencia recurrida, pone de manifiesto que su fundamentación no tiene encaje posible en el marco de ella.

Empezamos por la exigencia indeclinable de una ley previa que establezca el límite para el ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa, que la prohibición del velo integral supone. Visto en

este caso que tal ley no existe, basta sólo con ello, para afirmar que la prohibición establecida al respecto en la Ordenanza así como en los Reglamentos provisionales aprobados en ese punto por el Acuerdo recurrido (salvo el de transporte urbano, que deberá analizarse separadamente) vulneran el citado derecho fundamental.

La insuperable exigencia constitucional de la necesidad de la ley para limitar el ejercicio del derecho fundamental, no puede sustituirse, como ya se razonó en el fundamento octavo, por las posibilidades normadoras de las Ordenanzas municipales.

En especial, y complementando lo que en el referido fundamento quedó dicho, debe rechazarse la argumentación del Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia, en la que, partiendo de la cita del asunto *Leyla Sahin vs. Turquía* y del asunto *Kervanci vs. Francia.*, al enfrentarse al requisito del art. 9.2 del Convenio Europeo respecto de la exigencia de que la limitación esté "prevista por la ley", se intenta justificar dicho requisito en el apartado a) del Fundamento a la luz de la doctrina del TEDH expresada en las sentencias que en dicho apartado se citan, en vez de, como es obligado, a la de nuestro ordenamiento constitucional. Tal modo de proceder, aparte de resultar contrario a lo dispuesto en el art. 53.1 CE, ni tan siquiera se ajusta a la propia sentencia del caso Sahin, que en sus párrafos 100 y 101 (lo mismo que en otras muchas sentencias de innecesaria cita individualizada) antepone a la apreciación del Tribunal la que en cada país se acomode a sus parámetros constitucionales.

A partir de ahí, y puesto que en nuestra Constitución no queda la más mínima duda de la exigencia de una Ley propiamente tal al respecto, como con especial énfasis se razona en la STC antes citada 292/2000, no cabe sustituir la inequívoca exigencia constitucional por la apelación a la jurisprudencia del TEDH, para desde ella eludir dicha exigencia.

En modo alguno puede entenderse que el Convenio Europeo aludido rebaje las exigencias de nuestra Constitución, lo que, sin decirlo, parece considerar la sentencia recurrida en el punto que nos ocupa.

El propio Convenio Europeo, en el que se pretende apoyar la Sentencia, en su art. 53 («*Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar*

aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier parte contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte») cierra el paso al expediente dialéctico utilizado en la sentencia, de intentar medir las exigencias para la limitación del derecho fundamental con el parámetro del Convenio y de su interpretación jurisdiccional por el TEDH, en vez de con el de la Constitución.

Es ya, después de razonada la vulneración del derecho fundamental, como puede aceptarse, según se anticipó en el Fundamento Octavo, la tesis de la incompetencia del Ayuntamiento, alegada, tanto por la recurrente como por el Ministerio Fiscal, o mas bien, según nuestra propia apreciación, de la extralimitación de la competencia que tiene atribuida por los títulos competenciales que invoca, al hacer lo que no podía hacer.

Por otra parte, desde la perspectiva actual pierde ya valor, como también se anticipó en su momento, el alcance general de la prohibición, afirmado por nuestra parte y razonado en el F.D. Segundo, o limitado a sólo algunos servicios, pues aunque, a los meros efectos dialécticos, aceptáramos esa limitación del alcance de la prohibición, también para establecerla en esos servicios sería necesaria la previa existencia de ley.

La competencia del Ayuntamiento para regular sus servicios y la convivencia en el ámbito del Municipio: incontestable, (y es ahí donde entran en juego como normas habilitantes las de LBRL -Art. 4.1.f, 25 y 25- y de la Carta Europea de la Autonomía local - art. 4.2-, citadas en sentencia), no puede suponer que, al ejercitar las competencias que dichas normas le confieren, pueda hacerlo prescindiendo de los límites constitucionales que le impone el respeto del derecho fundamental de libertad religiosa, proclamado en el art. 16.1 CE .

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 Tribunal Supremo desde la superior posición constitucional en que el art. 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.

Pero es necesario que nos detengamos en los extremos clave de la sentencia en los que expresa la justificación de la Ordenanza impugnada en relación con los fines indicados en el art. 9.2 del Convenio Europeo , que cita, para dar respuesta a las alegaciones cruzadas al respecto entre las partes; lo que en modo alguno podrá verse como un imposible análisis anticipado de si los fines que la sentencia invoca para justificar la medida cuestionada, pueden habilitar al legislador para regular tal prohibición, sino exclusivamente como el enjuiciamiento de lo que en relación con ellos dice la sentencia.

Esta se refiere a la perturbación de la tranquilidad que en nuestra cultura occidental produce el ocultamiento del rostro en la realización de las actividades cotidianas. Tal alegada perturbación se rechaza por la recurrente, según se ha dejado constancia en el Fundamento Tercero de esta nuestra sentencia, calificando con reiteración tal apreciación de la sentencia recurrida de juicio de valor subjetivo o de prejuicios personales, sin base probada. A su vez, el Ministerio Fiscal en su escrito, del que queda hecha amplia referencia en nuestro Fundamento de Derecho Quinto, hace objeto de especial censura esa misma apreciación.

Compartimos por nuestra parte sobre el particular las críticas coincidentes del Ministerio Fiscal y de la recurrente.

La realidad de esa perturbación de la tranquilidad en nuestra cultura occidental, a que alude la sentencia, carece de una demostración convincente en cuanto simple constatación sociológica, con lo que la base esencial sobre la que la sentencia se sustenta se desvanece.

Por lo demás, la perturbación en nuestra cultura occidental afirmada en la sentencia, si es que en realidad existiera, no podría justificar que un órgano del poder público, cual es sin duda un Ayuntamiento, dado el papel que constitucionalmente le atribuye el art. 9.2 CE , solventase la fricción cultural que esa perturbación manifestase, en el sentido en que lo hace la sentencia recurrida.

Al respecto la sentencia del TEDH de la Gran Sala, de 10 de noviembre de 2005, citada en otro lugar, se manifiesta de modo

inequívoco en sus párrafos 106, 107 y 108, sobre el papel del Estado para «*conciliar los intereses de diversos grupos y garantizar el respeto de todas creencias (106).*» .

Los párrafos 107 y 108 dicen:

«107. El Tribunal ha acentuado con frecuencia el papel del Estado como organizador neutral o imparcial del ejercicio de las distintas religiones, credos y creencias, y afirma que este papel contribuye a garantizar el orden público, la paz, y la tolerancia religiosa en una sociedad democrática... y considera que la obligación del Estado es asegurar la tolerancia que los grupos que compiten entre sí (Partido Comunista de Turquía y otros C.V. Turkey, sentencia de 30 de enero de 1998 , Informe 1998 §8 y §57). Por tanto, el papel de las autoridades en tales circunstancias no es eliminar la causa de la tensión eliminando el pluralismo, sino garantizar que los grupos de oposición se toleren mutuamente» (Serif contra Grecia, nº 38179/97 §53 TEDH 1999-IX). » .

«108. El pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura son características de una sociedad democrática. A pesar de que en ocasiones subordina los intereses individuales a los de un grupo, la democracia no se limita a apoyar a la mayoría, sino a establecer un equilibrio que debe lograrse para garantizar el trato justo a las personas pertenecientes a minorías y evita cualquier abuso de posición dominante (véase, mutatis mutandis, Young, James y Webster v. Reino Unido, sentencia de 13 de agosto de 1981, Serie A n.º. 44 p. 25 §63 y Chassauos et al Francias [GC., n.ºs. 2.088/94, 28331/95 y 28443/95 §112, TEDH 1999- III)».

Las alusiones de la sentencia a la seguridad y al orden público protegidos por la Ley (contenidas en el apartado b del F.D. tercero) en exceso sumarias y carentes de desarrollo, una vez rechazada la referencia a la perturbación de la tranquilidad pública, adolecen de una total falta de base, siendo igualmente compatibles por esta Sala las tesis críticas que en relación a dichas alusiones de la sentencia exponen en sus respectivos escritos la recurrente y el Ministerio Fiscal a tales elementos.

Conviene recordar aquí la referencia que líneas atrás hacíamos a la STC 46/2001 , y a lo que en ella se dice al respecto, para rechazar la argumentación de la sentencia recurrida que analizamos.

No puede olvidarse que entre los elementos del orden público protegidos por la ley, en el que se integran los derechos y libertades fundamentales que la Constitución consagra, uno de ellos es, precisamente, el de libertad religiosa.

Respecto de la alusión en el Fundamento de Derecho 3º apartado b) de la sentencia recurrida a la protección de los derechos y libertades fundamentales ajenos, hemos de precisar que, en este caso, la afirmada protección de esos derechos y libertades ajenos no se justifica, pues los derechos y libertades a considerar no deben ser los de la persona afectada por la medida limitativa, sino los de terceros, que pudieran resultar perturbados por la actuación de la persona a la que, para evitar tal perturbación, se le limita su derecho.

La finalidad de proteger derechos y libertades ajenos, no puede así justificar la limitación de un derecho constitucional de una persona que tenga como finalidad la protección de los derechos de ésta, pues éstos no son derechos y libertades ajenos.

Consideración especial merece la argumentación contenida en el apartado c) del Fundamento de Derecho Tercero respecto al tercero de los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la interpretación del Art. 9.2 del Convenio Europeo : «necesaria en una sociedad democrática».

Al respecto la sentencia, en vez de justificar, como la titulación del epígrafe sugiere, la necesidad de la imposición de la medida, lo que hace es expresar lo que, en su criterio, es la dificultad de conciliar el uso del burka o similar con *«uno de los valores y principios irrenunciables en nuestra sociedad»* , haciendo al respecto unas contundentes afirmaciones, que, en suma, consisten en la incompatibilidad del uso del *«burka o similar portado exclusivamente por mujeres»* , con la *«efectiva igualdad entre mujeres y hombres, y ello con independencia de que su uso sea voluntario o no»* .

En primer lugar, por grande que sea, y lo es, el choque de esa vestimenta con las concepciones culturales de nuestro país, no resulta

aceptable prescindir, como hace la sentencia, de que ese uso sea voluntario o no.

Partiendo de que la medida en cuestión (en cuanto sin duda tiene como referente subjetivo a mujeres adultas) se establece en un ámbito de libertad, como es el propio de nuestra sociedad en el marco de nuestra Constitución, y de que la mujer en él tiene a su disposición medidas adecuadas por optar en los términos que quiera por la vestimenta que considere adecuada a su propia cultura, religión y visión de la vida, y para reaccionar contra imposiciones de las que, en su caso, pretenda hacerse víctima, obteniendo la protección del poder público, no consideramos adecuado que, para justificar la prohibición que nos ocupa, pueda partirse del presupuesto, explícito o implícito, de que la mujer, al vestir en nuestros espacios públicos el velo integral, lo hace, no libremente, sino como consecuencia de una coacción externa contraria a la igualdad de la mujer, que es la base subyacente de la argumentación de la sentencia recurrida, que no podemos compartir.

Frente a tal visión, partiendo de la idea del ejercicio libre de una opción religiosa, lo que debe contar es la garantía respecto a ella de la inmunidad de coacción a que se refiere al STC 154/2000 antes citada.

No consideramos así justificado el requisito de la necesidad a que la sentencia recurrida se refiere.

Para medir la necesidad o no de la medida en una sociedad democrática, no está de más aludir a los textos internacionales que se indican en el Fundamento Segundo.

Por otra parte, en los estudios doctrinales sobre la justificación de una prohibición de tal tipo no es infrecuente resaltar el riesgo del efecto perverso que pueda derivarse de la misma: el enclaustramiento de la mujer en su entorno familiar inmediato, si decide anteponer a otras consideraciones sus convicciones religiosas; lo que a la postre resultaría contrario al objetivo de integración en los diferentes espacios sociales, y en suma, en vez de servir a la eliminación de discriminaciones, pudiera contribuir a incrementarlas, si a la mujer concernida se le cierran esos espacios. Las consideraciones precedentes conducen en definitiva al rechazo de la argumentación

contenida en el apartado c del Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia.

En conclusión, como se ha anticipado, hemos de afirmar que la sentencia recurrida, al rechazar que la Ordenanza impugnada vulnera el Art. 16.1CE , es contraria a derecho e incide en la vulneración que niega, debiendo por tanto estimar el motivo segundo de casación en lo atinente a la vulneración de ese concreto derecho, con la salvedad que hacemos de inmediato.

Fundamento de Derecho Undécimo .-

Se refiere esa salvedad a la aprobación inicial de la modificación del Art. 21 del Reglamento del Servicio de Transportes Urbanos de Viajeros de Lleida, aceptando al respecto lo que el Ministerio Fiscal propone en su escrito.

Es indudable que el sentido de esa modificación se diferencia con claridad de las demás analizadas, pues no impiden el uso del velo integral, ni por tanto puede equipararse en su valoración jurídica respecto a la vulneración del Art. 16.1 CE a la que merece la prohibición analizada en los fundamentos precedentes

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, lo que impone la desestimación del recurso de casación y la confirmación de la sentencia desestimatoria en lo concerniente a ese concreto y limitado contenido del recurso.

Fundamento de Derecho Duodécimo.-

Por lo que hace a la alegada vulneración aludida en el apartado D del segundo del Recurso, en el que se invoca la «*infracción de los artículos 10 de la Constitución Española y 23 de la Ley Electoral y de la Directiva Comunitaria 92/100 CE*» , si bien en su desarrollo se hace alusión breve al Art. 23.CE , debe ser desestimada.

Es, en primer lugar, compartible la argumentación del Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia sobre la ausencia de un mínimo

desarrollo de la vulneración del Art. 23.CE, que en la instancia se invocaba.

En la casación, en contradicción con las exigencias técnicas de la misma, según nuestra constante jurisprudencia, se traen a colación argumentos y citas legales no expuestas en la instancia, lo que nuestra citada jurisprudencia considera contrario a las exigencias de la casación, cuyo objeto de impugnación debe ser la sentencia de instancia y no el acto administrativo sobre cuya impugnación esta se pronuncia (por todas, STS de 19 de diciembre de 2012, Rec. cas. nº 4510/2010). Lo que ha hecho en este caso la recurrente, es exponer la argumentación que omitió en la instancia, y eso en la casación no es aceptable, bastando tal consideración para la desestimación del motivo.

En todo caso no está de más destacar que, así como la prohibición del velo integral constituye directamente una limitación del ejercicio de la libertad religiosa, según ha quedado ampliamente razonado en los fundamentos precedentes, en relación con la participación electoral no es igualmente directa, tratándose a lo más de una incidencia derivada de la limitación del derecho de libertad religiosa; por lo que, eliminada dicha limitación, desaparece la eventual incidencia en el derecho que el motivo que analizamos invoca.

Se impone así la desestimación del motivo en este punto.

Fundamento de Derecho Decimotercero .-

La estimación del recurso de casación, según lo dispuesto en el Art. 95.2 de la LJCA, nos obliga a resolver lo que corresponda dentro de los términos en que está planteado el debate, que en este caso no difiere del suscitado en la casación, por lo que todo lo dicho para fundar la estimación de ésta basta para la estimación sustancial del recurso contencioso-administrativo, y la anulación del acuerdo recurrido y textos normativos en él ordenados por vulneración del art. 16.1 CE (Art. 26.2 y 27.9 y 102.25 de la Ordenanza, debiéndose precisar que, razonada la ilegalidad de la prohibición, de ella se deriva de modo inmediato la de la infracción), excepto en lo relativo a la modificación del Reglamento del servicio de Transporte Urbano, lo que determina de nulidad de pleno derecho dichos acuerdos y normas, conforme a lo dispuesto en el Art. 62.1.a) de la Ley 30/1992 .

Fundamento de Derecho Decimocuarto .-

Resumiendo todo lo razonado y como conclusión final, procede la estimación del recurso de casación por vulneración del derecho de libertad religiosa, art. 16.1 CE , al no existir Ley previa con base a la que pudiera limitarse el ejercicio de tal libertad en lo relativo al uso del atuendo cuestionado, siendo rechazable la argumentación de la sentencia recurrida, tanto en cuanto al reconocimiento de la competencia del Ayuntamiento de Lleida para establecer tal limitación, como a las razones materiales para aceptar dicha limitación.

Anulada la Sentencia, procede la estimación en lo sustancial del recurso contencioso-administrativo, excepto en lo referido al Reglamento del Servicio de Transporte Urbano.

Fundamento de Derecho Decimoquinto .-

En cuanto a costas no existen motivos para una especial imposición con arreglo a lo dispuesto en el Art. 139 LJCA , ni en la casación, según lo dispuesto en el apartado 2 del citado precepto, al ser estimado el recurso, ni en la instancia, conforme al apartado 1 según el texto anterior a la modificación por la Ley 37/2011, que es el aplicable al caso, al no apreciarse mala fe o temeridad.

FALLAMOS

1º) Que debemos estimar, y estimamos, en lo sustancial el recurso de casación interpuesto por la Procuradora D^a M^a María Luz Albacar Medina, en representación de LA ASOCIACIÓN WATANI POR LA LIBERTAD Y LA JUSTICIA, contra la sentencia de la Sección 2^a de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictada en el recurso nº 394/201 para la protección de los derechos fundamentales de la persona, sentencia que casamos, dejándola sin efecto, excepto en el contenido desestimatorio de la misma atinente a la modificación del Reglamento del Servicio de Transporte Urbano de Viajeros de LLeida, en cuyo singular y limitado contenido confirmamos la sentencia.

2º) Que debemos estimar, y estimamos, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora D^a M^a María Luz Albacar Medina, en representación de LA ASOCIACIÓN WATANI POR LA LIBERTAD Y LA JUSTICIA, contra el Acuerdo del Pleno

del Ayuntamiento de Lleida de 8 de octubre de 2010, por el que se aprueba definitivamente la modificación de los art. 26.2 , 27.9 y 102.25 de la Ordenanza Municipal de Civismo y Convivencia e inicialmente la modificación de los arts. 57 del Reglamento del Archivo Municipal y 37 del Reglamento de funcionamiento de los Centros Cívicos y locales municipales, acuerdo y textos normativo por él aprobados, que declaramos contrarios a derecho y anulamos.

3º) Que debemos desestimar, y desestimamos, el referido recurso en cuanto al contenido del Acuerdo municipal citado, referido a la modificación del art. 21 del Reglamento del Servicio de Transportes Urbano de Viajeros , y respecto a este texto normativo, que estimamos conforme a derecho.

STS 1798/2013 de 4 de marzo de 2013.

Visto por la Sala Tercera (Sección Séptima) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen el recurso de casación número 4280/2011, que pende ante ella de resolución, interpuesto por la Procuradora Doña Mónica Paloma Fuente Delgado, en nombre y representación de la ASOCIACION PREEMINENCIA DEL DERECHO, Doña María Purificación y Don Moises , contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recaída en el recurso contencioso-administrativo número 117/2010, de fecha 20 de mayo de 2011 , interpuesto contra la desestimación presunta de su solicitud formulada en fecha 15 de enero de 2010 de la retirada de símbolo religioso, el denominado " *Cristo de Monteagudo* ".

Ha efectuado sus alegaciones en defensa de la legalidad el Ministerio Fiscal y han comparecido como parte recurrida Don Víctor, la Administración del Estado, la Comunidad Autónoma de Murcia, y la asociación LETRADOS POR EL DERECHO Y LA CULTURA a través de la representación a que se hará referencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia de fecha 20 de mayo de 2011, cuya parte dispositiva dispone lo siguiente: "*FALLAMOS*."

Que desestimando el presente recurso contencioso- administrativo interpuesto por la vía del Procedimiento Especial de Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona por la Procuradora de los Tribunales Sra. Fuente Delgado en nombre y representación de la Asociación Preeminencia del Derecho, D^a Doña María Purificación y Don Moises , contra la desestimación presunta de la solicitud formulada en fecha 15 de enero de 2010 de retirada de símbolo religioso denominado "Cristo de Monteagudo", debemos declarar y declaramos que la misma no infringe los arts. 16.3 y 14 CE . Sin costas".

Según se recoge en la sentencia impugnada la solicitud en su día formulada por la recurrente era del tenor literal siguiente:

"Que en cumplimiento de la jurisprudencia derivada de la sentencia del TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS en el caso

LAUTSI C. ITALIA, de 3 de noviembre de 2009 , la cual configura el derecho de libertad religiosa en el CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS obligatorio en España, así como en cumplimiento del derecho fundamental a la aconfesionalidad del Estado, del artículo 16 de la Constitución , se proceda a la RETIRADA DE LA ESTATUA DEL FUNDADOR DEL CRISTIANISMO que desde la década de los años 50 y como reliquia del totalitarismo católico impuesto por el régimen de Franco, sobrevive sobre el castillo musulmán de Monteagudo, cuya belleza destroza, dicho sea de paso, ya que el Estado es propietario del citado monte, castillo y estatua de la confesión católica.

La citada estatua, aparte de constituir una enfermiza incrustación que profana al castillo hispano musulmán del último rey islámico, patrimonio histórico, está ubicada en terrenos de propiedad del Estado, por lo que proyecta la identificación de este con el credo católico del cual dimana.

En septiembre de 1936, bajo la Constitución Republicana que proclamaba, como esta de ahora, la aconfesionalidad de Estado, otra parecida que allí existía, fue demolida con muy buen criterio por orden del Ayuntamiento de Murcia.

En pleno totalitarismo franquista, en 1951, bajo el régimen dictatorial y confesional de generales y obispos, fue colocada la que ahora se encuentra sobre el castillo de Monteagudo."

SEGUNDO . - Contra dicha sentencia interpone recurso de casación la Procuradora Doña Monica Paloma Fuente Delgado, en nombre y representación de la "ASOCIACION PREEMINENCIA DEL DERECHO", Doña María Purificación y Don Moises. El recurso de casación se fundamenta en dos motivos.

El primero, al amparo del artículo 88.1. d) LJCA , denuncia la vulneración del derecho fundamental a la aconfesionalidad del Estado a que se refiere el artículo 16.3 CE porque entienden que el Estado ha vaciado de contenido el principio de separación entre confesiones y Estado, vulnerando el indicado derecho al haber infringido el deber de neutralidad religiosa de los entes públicos con respecto a cualesquiera confesiones religiosas, privando al citado derecho de consecuencias prácticas como la de "...la necesidad de desalojar un espacio de todos

los símbolos netamente religiosos... ". A tal fin y en apoyo de sus pretensiones invoca la STEDH (Gran Sala) de 18 de marzo de 2011, en el caso Lautsi contra Italia , que, con fundamento en el artículo 20 del Protocolo I en relación con el artículo 9 del CEDH , obliga a los Estados signatarios a un deber de neutralidad e imparcialidad.

El segundo, con fundamento también en el artículo 88.1 d) LJCA , denuncia la vulneración del principio de igualdad reconocido en el artículo 14 CE porque entiende que la permanencia de la estatua en un lugar público constituye un trato discriminatorio favorable a la Iglesia Católica por parte del Estado en detrimento de los símbolos propios de otras religiones o creencias.

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Entrando en el análisis del primer motivo de casación, la sentencia recurrida analiza la cuestión en los fundamentos jurídicos siguientes:

"SEXTO .- Como hemos dicho, la alegación esencial de la parte actora es la de la infracción por la actuación administrativa denegatoria por silencio administrativo de su solicitud de retirada de la estatua del Cristo de Monteagudo del principio de aconfesionalidad del Estado amparado por el art. 16.3 CE y que fundamenta jurídicamente en la infracción de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional y por la sentencia del TEDH de fecha 3 de noviembre de 2009 en el caso "LAUTSI C. ITALIA ", y tal es la cuestión que desde el citado punto de vista jurídico ha de examinarse a continuación con exclusión de las restantes consideraciones históricas, culturales o religiosas que extensamente ponen de manifiesto todas las partes y que esta Sección necesariamente debe respetar.

Comenzando por el valor de referencia que para la presente cuestión supone a juicio de la actora la doctrina sentada por el TEDH en su sentencia de fecha 3 de noviembre de 2009, caso "LAUTSI C. ITALIA ", han de rechazarse forzosamente las alegaciones de la recurrente teniendo en cuenta que dicha sentencia ha sido en definitiva revocada por la sentencia de la Gran Sala de dicho Tribunal de fecha 18 de marzo de 2011.

Dicha sentencia concreta en cuanto al ámbito de la cuestión sometida a su enjuiciamiento lo siguiente:

"57. En primer lugar, el Tribunal precisa que la única cuestión que se le ha sometido es la de la compatibilidad, a la vista de las circunstancias del asunto, de la presencia de crucifijos en las aulas de las escuelas públicas italianas con las exigencias de los artículos 2 del protocolo nº 1 y 9 del Convenio.

Así, en este caso, por un lado no debe examinar la cuestión de la presencia de crucifijos en lugares distintos a las escuelas públicas. Por otro lado, no le corresponde pronunciarse sobre la compatibilidad de la presencia de crucifijos en las aulas de las escuelas públicas con el principio de laicidad tal y como se encuentra consagrado en derecho italiano."

Delimitado el ámbito de enjuiciamiento del Tribunal, de cuya lectura se desprende claramente su diferencia con el caso presente, sí debe precisarse que a la hora de examinar los principios generales aplicables efectúa las siguientes consideraciones que sí resultan conexas con las planteadas aquí, y así establece:

*"59. El Tribunal recuerda que en materia de educación y enseñanza, el artículo 2 del protocolo nº 1 es un principio *lex specialis* con respecto al artículo 9 del Convenio. Ello es así cuando, como en este caso, se encuentra en juego la obligación de los Estados contratantes - que impone la segunda frase de dicho artículo 2 - de respetar, en el marco del ejercicio de las funciones que asumen en este terreno, el derecho de los padres de garantizar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas (sentencia Folgero y otros c. Noruega de 29 de junio de 2007, nº 15472/02, TEDH 2007-VIII, 84). Conviene por tanto examinar la queja principalmente bajo el ángulo de la segunda frase del artículo 2 del Protocolo nº1 (ver también Appel-Irrgang y otros c. Alemania (dec.), nº 45216/07, 6 de octubre de 2009, TEDH 2009-...).*

60. Hace falta sin embargo leer esta disposición no solo a la luz de la primera frase del mismo artículo, sino también, principalmente a la luz del artículo 9 del Convenio (ver, por ejemplo, la mencionada sentencia Folgero, 84), que garantiza la libertad ideológica, de conciencia y religión, en la que se incluye la de no pertenecer a

ninguna religión y pone a cargo de los Estados contratantes el "deber de neutralidad e imparcialidad".

A este respecto, conviene recordar que los Estados tienen la misión de garantizar, permaneciendo neutros e imparciales, el ejercicio de diversas religiones, cultos y creencias. Su papel es el de contribuir a garantizar el orden público, la paz religiosa y la tolerancia en una sociedad democrática, principalmente entre grupos opuestos (ver, por ejemplo, la sentencia Leyla Sahin c. Turquía [GS] de 10 de noviembre de 2005, nº 44774/98, TEDH 2005-XI, 107). Conciérne a las relaciones entre creyentes y no creyentes y a las relaciones entre los adeptos de diversas religiones, cultos y creencias.

61. La palabra "respetar", a la que reenvía el artículo 2 del protocolo nº 1, significa más que reconocer o tener en cuenta; en lugar de un compromiso más bien negativo, este verbo implica una obligación positiva a cargo del Estado (sentencia Campbell y Cosans, 37).

Así, las exigencias de la noción "respeto", que se encuentra también en el artículo 8 del Convenio varían mucho de un caso a otro, vista la diversidad de prácticas y condiciones existentes en los Estados contratantes. Implica también que dichos Estados gozan de un amplio margen de apreciación para determinar, en función de las necesidades y recursos de la comunidad y de los individuos, las medidas a adoptar para garantizar el cumplimiento del Convenio. En el contexto del artículo 2 del Protocolo nº 1, esta noción significa en particular que esta disposición no debe interpretarse como una autorización a los padres de exigir al Estado la organización de una determinada enseñanza (ver Bulski c. Polonia (dec.), nos 46254/99 y 31888/02)."

Finalmente la sentencia, tras examen de la cuestión planteada, concluye en la inexistencia de violación del art. 2 del Protocolo nº 1 y que no se plantea cuestión distinta en el terreno del art. 9 del Convenio, sin que haya lugar a examinar la queja relativa al art. 14 del Convenio.

SÉPTIMO .- Examinando ya la cuestión planteada a la luz de nuestro ordenamiento jurídico, el art. 16 CE dispone:

"1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus

manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones."

Tal precepto, y en concreto la interpretación y alcance de su apartado 3) en que la actora fundamenta su pretensión, ha sido examinado en diversas resoluciones por el Tribunal Constitucional, considerando la Sección que debe citarse concretamente la Sentencia del TC 101/04, de 23 de junio de 2004, por su consideración más extensa del mismo.

Dicha sentencia establece, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

"En su dimensión objetiva, la libertad religiosa comporta una doble exigencia, a que se refiere el art. 16.3 CE : primero, la de neutralidad de los poderes públicos, ínsita en la aconfesionalidad del Estado; segundo, el mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos con las diversas iglesias. En este sentido, ya dijimos en la STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4, que "el art. 16.3 de la Constitución, tras formular una declaración de neutralidad (SSTC 340/1993, de 16 de noviembre, y 177/1996, de 11 de noviembre), considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener - las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones-, introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva que -veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales- (stc 177/1996, de 11 de noviembre)".

En cuanto derecho subjetivo, la libertad religiosa tiene una doble dimensión, interna y externa. Así, según dijimos en la STC 177/1996, de 11 de noviembre, FJ 4, la libertad religiosa "garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual", y asimismo, "junto a esta dimensión interna, esta libertad ... incluye

también una dimensión externa de agere licere que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros (SSTC 19/1985, de 13 de febrero , FJ 2 ; 120/1990, de 27 de junio, FJ 10 , y 137/1990, de 19 de julio , FJ 8)". Este reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de agere licere lo es "con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales" (STC 46/2001, de 15 de febrero , FJ 4, y, en el mismo sentido las SSTC 24/1982, de 13 de mayo , y 166/1996, de 28 de octubre) y se complementa, en su dimensión negativa, por la prescripción del art 16.2 CE de que "nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias".

La dimensión externa de la libertad religiosa se traduce, demás, "en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso" (STC 46/2001, de 15 de febrero), tales como las que se relacionan en el art. 2.1 de la Ley Orgánica 7/1980 , de libertad religiosa (LOLR), relativas, entre otros particulares, a los actos de culto, enseñanza religiosa, reunión o manifestación pública con fines religiosos, y asociación para el desarrollo comunitario de este tipo de actividades".

OCTAVO .- Así pues, nos encontramos en presencia de un principio establecido en la Constitución Española de aconfesionalidad del Estado en el sentido de aconfesionalidad o laicidad positiva partiendo de una declaración de neutralidad en el ámbito de la libertad religiosa.

En el ámbito de dicha actuación del Estado necesariamente neutral, la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional resulta coincidente con la exigencia formulada en la mencionada sentencia del TEDH del deber de neutralidad e imparcialidad que ha de exigirse al Estado en materia de libertad ideológica, de conciencia y religión amparado por el art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos , y tal deber de neutralidad se inserta en nuestra Constitución en la proclamación de un principio de aconfesionalidad del Estado, no establecido lógicamente en el art. 9 del Convenio por cuanto el Derecho que éste proclama tiene vigencia al margen del carácter aconfesional o no del Estado y así el propio TEDH hace concreta referencia a la diversidad de prácticas y condiciones existentes en los Estados contratantes.

Pues bien, las consecuencias de lo expuesto comportan un tratamiento igual por parte del Estado con respeto a la pluralidad de opciones ante lo religioso y necesariamente neutral, sin que comporte un rechazo del hecho religioso en todas sus manifestaciones públicas, actuando bajo la idea bien del desconocimiento o bien del destierro del hecho religioso, como se expone en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León de 14 de diciembre de 2009 recaída en asunto similar al contemplado por la sentencia citada del TEDH, consideraciones que esta Sala comparte.

En dicha sentencia se establece textualmente:

"Tal es el mandato inequívoco que establece nuestro artículo 10.1 de la Constitución , in fine "1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden público y de la paz social". Si se adoptan posiciones radicales o maximalistas no es posible hallar un marco de tolerancia y ejercicio de derechos satisfactorio. Ni se puede imponer a (alumnos y sus padres) no conformes la presencia de crucifijos o símbolos religiosos en las aulas, ni se puede exigir la desaparición total y absoluta de los símbolos religiosos en todos los espacios públicos, sea en centros educativos, en la calle o, en general, en aquellos lugares en que se desarrolle la vida en sociedad."

Tras concretar la tradición, ascendencia e historia especialmente cristiana de nuestro país, lo que reconoce la Constitución Española mencionando expresamente a la Iglesia Católica al lado de otras confesiones, expone la variedad de circunstancias en las que se pone de manifiesto, nombres, festividades, ritos religiosos, procesiones religiosas ante las cuales una pretensión de supresión supondría una confrontación de derechos temporal y objetivamente ilimitada, por lo que sólo mediante las limitaciones recíprocas de los derechos de todos se podrá hallar un marco necesario de convivencia.

NOVENO .- En nuestro país, como en tantos otros de similares tradiciones culturales y religiosas a que se ha hecho referencia, se aprecia en multitud de lugares públicos la presencia de símbolos de carácter religioso como crucifijos, monumentos o estatuas representativas de la figura de Cristo similares al que ahora nos ocupa, cuyo mantenimiento no es sino manifestación del respeto a

dichas tradiciones y no imposición de unas particulares creencias religiosas, y en tal sentido no pueden entenderse como representativos de posturas de intolerancia hacia el no creyente en las mismas y así debe entenderse cuando de su mantenimiento se trata.

En definitiva, la neutralidad e imparcialidad del Estado exigida por el art. 16.3 CE no es en forma alguna incompatible con la presencia de símbolos religiosos en lugares públicos que como el presente no son sino expresión de la historia y cultura de nuestro país (al margen lógicamente de las consideraciones que deban merecer sus valores artísticos o estéticos) que inevitablemente está cargada de elementos religiosos e ideológicos perfectamente compatibles con el principio de laicidad positiva exigido por la Constitución Española y así, si conforme a la sentencia del TEDH la muestra de símbolos religiosos en aulas de educación es compatible con los derechos de libertad religiosa en sus vertientes positiva y negativa, con mayor razón lo será en espacios en los que en principio no se desarrolla una actuación del Estado más allá del mantenimiento en su caso de un patrimonio histórico, artístico o cultural preexistente".

Cita el Fiscal la Sentencia del Tribunal Constitucional 34/2011, de 28 de marzo) que identifica dentro de la denominada "*dimensión objetiva*" de la libertad religiosa el deber del Estado de observar una estricta imparcialidad y neutralidad en relación con las confesiones religiosas que figuren legalmente inscritas en el Registro de Entidades Religiosas correspondiente. Al respecto, señala la Sentencia citada (FJ 3) que "*en su dimensión objetiva, la libertad religiosa comporta una doble exigencia, a que se refiere el art. 16.3 CE: primero, la de neutralidad de los poderes públicos, insita en la aconfesionalidad del Estado; segundo, el mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos con las diversas confesiones. En este sentido, ya dijimos en la STC 46/2001, de 15 de febrero que «el art. 16.3 de la Constitución , tras formular una declaración de neutralidad, considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener "las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones " introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva que veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales»...*".

Comparte esta Sala el criterio del Fiscal cuando sostiene que la queja que formulan los recurrentes tiene su encaje en esta dimensión objetiva del derecho a la libertad religiosa, por cuya virtud se impone a todas las instituciones públicas el deber de observar una exquisita neutralidad en relación con la permanencia de símbolos religiosos en el entorno social, lo que, puesto en relación con la cuestión que ahora se debate, necesariamente ha de suscitar la pregunta de si resulta compatible o no con dicho deber de neutralidad la presencia en lugar público de un símbolo que sea expresión o manifestación paradigmática de una determinada religión como es en este caso la católica, consistente en la presencia en terrenos de titularidad pública de una estatua que representa la figura esencial de dicha religión, en este caso la del "*Cristo de Monteagudo*".

Recuerda el Fiscal que esta sentencia, que cita su anterior doctrina al respecto, sostiene que "*no puede desconocerse que la materia sensible del símbolo (...) trasciende a sí misma para adquirir una relevante función significativa. Enriquecido con el transcurso del tiempo, el símbolo... acumula toda la carga histórica de una comunidad, todo un conjunto de significaciones que ejercen una función integradora y promueven una respuesta socioemocional, contribuyendo a la formación y mantenimiento de la conciencia comunitaria, y, en cuanto expresión externa de la peculiaridad de esa Comunidad, adquiere una cierta autonomía respecto de las significaciones simbolizadas, con las que es identificada; de aquí la protección dispensada a los símbolos... por los ordenamientos jurídicos*" (F. 7). Y continúa la sentencia diciendo que "*...la configuración de estos signos de identidad puede obedecer a múltiples factores y cuando una religión es mayoritaria en una sociedad sus símbolos comparten la historia política y cultural de ésta, lo que origina que no pocos elementos representativos de los entes territoriales, corporaciones e instituciones públicas tengan una connotación religiosa. Esta es la razón por la que símbolos y atributos propios del Cristianismo figuran insertos en nuestro escudo nacional, en los de las banderas de varias Comunidades Autónomas y en los de numerosas provincias, ciudades y poblaciones; asimismo, el nombre de múltiples municipios e instituciones públicas trae causa de personas o hechos vinculados a la religión cristiana; y en variadas festividades, conmemoraciones o actuaciones institucionales resulta reconocible su procedencia religiosa*". Por ello, señala el Tribunal

que "... es obvio que no basta con constatar el origen religioso de un signo identitario para que deba atribuírsele un significado actual que afecte a la neutralidad religiosa que a los poderes públicos impone el art. 16.3 CE . La cuestión se centra en dilucidar, en cada caso, si ante el posible carácter polisémico de un signo de identidad, domina en él su significación religiosa en un grado que permita inferir razonablemente una adhesión del ente o institución a los postulados religiosos que el signo representa ". Por ello, sigue destacando la sentencia citada que "... todo signo identitario es el resultado de una convención social y tiene sentido en tanto se lo da el consenso colectivo; por tanto, no resulta suficiente que quien pida su supresión le atribuya un significado religioso incompatible con el deber de neutralidad religiosa, ya que sobre la valoración individual y subjetiva de su significado debe prevalecer la comúnmente aceptada, pues lo contrario supondría vaciar de contenido el sentido de los símbolos, que siempre es social". Y, a los efectos que ahora interesan, el Tribunal, con cita precisamente en la STEDH (caso Lautsi contra Italia) que invocan los recurrentes para el sostenimiento de sus pretensiones que "...en este ámbito, la percepción subjetiva del reclamante por sí sola no basta para caracterizar una violación del derecho invocado".

De esta sentencia se desprende que no basta simplemente con un planteamiento subjetivo de la aconfesionalidad del Estado para entender que la mera presencia de un símbolo religioso pueda vulnerar el derecho subjetivo a la libertad ideológica o religiosa, sobre todo aquellos que son verdaderos signos identitarios y resultado de una convención social, fruto del consenso colectivo. Ni basta con la mera referencia a que en determinado lugar existan tales símbolos religiosos para entender que su permisividad por parte de las instituciones públicas compromete la aconfesionalidad del Estado si, están tan arraigados en la comunidad social que son consensuadamente aceptados y enmarcados dentro de la propia tradición cultural y asumidos como tales por el pueblo.

SEGUNDO.- Pues bien, esta Sala no puede sino aplicar esta doctrina y confirmar en consecuencia la acertada sentencia recurrida, pues como afirma el Fiscal, de los sucesivos informes periciales y de los escritos de las partes comparecidas es posible llegar a la conclusión de

que la estatua del Cristo de Monteagudo forma parte, no sólo ya de la simbología religiosa tradicional de la ciudad de Murcia sino además de su propia fisonomía cultural, porque así lo ha querido el consenso social, que, no sólo se remonta como dice la parte actora, al tiempo de la Dictadura del General Franco y de la etapa predemocrática, sino que sus orígenes son anteriores, situados concretamente en los inicios del siglo XX (aunque la estatua actual no sea la original) cuando fue erigida en buena parte por suscripción popular, lo que revela su arraigo popular y su incardinación dentro de la propia tradición cultural y social de Murcia.

Como sostiene la sentencia del Tribunal Constitucional 34/2011 , en estos casos, ha de tomarse "... en consideración no tanto el origen del signo o símbolo como su percepción en el tiempo presente, pues en una sociedad en la que se ha producido un evidente proceso de secularización es indudable que muchos símbolos religiosos han pasado a ser, según el contexto concreto del caso, predominantemente culturales aunque esto no excluya que para los creyentes siga operando su significado religioso "... *...cuando una tradición religiosa se encuentra integrada en el conjunto del tejido social de un determinado colectivo, no cabe sostener que a través de ella los poderes públicos pretendan transmitir un respaldo o adhesión a postulados religiosos* ".

En el caso concernido, participamos de la opinión del Fiscal y de la sentencia recurrida que entienden que la estatua del Cristo de Monteagudo cuyo derribo se solicitó a la Administración General del Estado por los recurrentes, es un monumento que, además de constituir un símbolo religioso propio del catolicismo, forma parte de la tradición cultural de Murcia y de su entorno, tratándose de un símbolo profundamente arraigado en aquella población, porque así lo ha considerado el consenso social, de ahí que, al igual que lo señalado por el Tribunal Constitucional para el caso que se enjuiciaba en la sentencia citada y también en otros que se citaban en la misma, no pueda entenderse que la persistencia de tal símbolo religioso comprometa la aconfesionalidad del Estado ni su neutralidad.

Hay que tener en cuenta que cuando el recurrente formaliza su solicitud lo hace alegando la primera sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Lautsi, recaída sobre la existencia de

simbolos religiosos en el ámbito educativo. Sin embargo, y pese a que el supuesto de la educación es distinto, aunque en el precisamente la neutralidad religiosa debería ser mayor, que en el caso de meros símbolos externos, que no implican la toma de posición del poder público, sino la preexistencia histórica de un arraigo religioso determinado, lo cierto es que la primera sentencia de dicho Tribunal fue revocada por otra de la Gran Sala, que se produce precisamente durante la tramitación del recurso contencioso-administrativo y que es tenida en cuenta precisamente por la sentencia recurrida.

El recurrente sostiene que en dicha sentencia de 18 de marzo de 2011 la Gran Sala no se pronuncia sobre la posible violación del artículo 9 de la Convención, al afirmar en su parte dispositiva que no existe violación del artículo 2 del Protocolo número 1, y que no se ha planteado otra cuestión distinta sobre el artículo 9. Sin embargo la sentencia que se anula de 3 de noviembre de 2009, concluyó con la existencia de una violación del artículo 2 del Protocolo número 1, examinado conjuntamente con el artículo 9 de la Convención.

En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.

TERCERO.- El segundo motivo de casación denuncia la vulneración del principio de igualdad reconocido en el artículo 14 CE y sostiene que, en el caso de autos, el Estado ha privilegiado a la religión católica en detrimento de otras creencias o confesiones por permitir la existencia de la estatua en lugar de titularidad pública y no hacerlo así con los símbolos de otras confesiones.

El motivo rechaza correctamente la sentencia de la Sala de instancia en su Fundamento Jurídico Décimo, por no haber sido aportado término válido de comparación para apreciar dicha infracción. Los recurrentes se han limitado ahora a reproducir con los mismos argumentos que ya sostuvieron en la instancia la invocada vulneración de este derecho, sin agregar ninguna otra consideración que poder valorar.

Por otra parte como sostiene el Fiscal, si parte de que la neutralidad e imparcialidad del Estado no se ha visto comprometida por no haber sido vulnerado el principio de aconfesionalidad que entraña la dimensión objetiva del derecho reconocido en el artículo 16.3 CE, habrá que concluir que no es posible aludir a la existencia del trato

discriminatorio que se denuncia porque, la tradición cultural del símbolo que supuestamente habría determinado esa falta de neutralidad prima sobre su connotación religiosa, de tal manera que es principalmente por aquella razón y no por ésta por la que dicho símbolo debe ser, no sólo respetado sino preservado también por el Estado, al igual que cualesquiera otros símbolos, sean o no religiosos, que formen parte de la cultura tradicional y del arraigo del pueblo español. Igualmente el motivo ha de ser desestimado.

CUARTO.- En consecuencia, no procede dar lugar al presente recurso de casación, con expresa imposición de las costas procesales a la recurrente hasta la suma máxima de 3000 euros, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa .

FALLAMOS

1.- No ha lugar recurso de casación número 4280/2011, interpuesto por la Procuradora Doña Mónica Paloma Fuente Delgado, en nombre y representación de la ASOCIACION PREEMINENCIA DEL DERECHO, Doña María Purificación y Don Moises , contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recaída en el recurso contencioso-administrativo número 117/2010, de fecha 20 de mayo de 2011 , interpuesto contra la desestimación presunta de su solicitud formulada en fecha 15 de enero de 2010 de la retirada de símbolo religioso, el denominado " *Cristo de Monteagudo* " .

(...).

