



Edita Fundació Paulino
Torras Domènech 1970

ITINERA DIGITAL

Gaceta sobre Derechos Humanos y Migraciones

JULIO-AGOSTO 2011

I. INMIGRACIÓN Y MUJER

El presente número de *Itinera digital* publica tres textos (legislativos y jurisprudenciales) que resultan especialmente importantes y que podrían encuadrarse bajo el tema general de Inmigración y mujer.

Se trata, en primer lugar, de la modificación de la Ley de extranjería para introducir dos artículos nuevos – arts. 31 bis y 59 bis – cuyo objeto es ampliar las medidas de protección que dicha Ley reconoce a las mujeres víctimas de violencia de género y a las víctimas de trata de seres humanos que decidan denunciar al maltratador o explotador, respectivamente. Esta modificación legislativa (Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio, de modificación de los artículos 31 bis y 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social) ha sido publicada en el BOE el día 28 de julio de 2011 y supone en buena medida el desarrollo legislativo exigido por el Convenio número 197 del Consejo de Europa, de 16 de mayo de 2005, de lucha contra la trata de seres humanos.

En segundo lugar, reproducimos la Sentencia dictada el 15 de junio de 2011 por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (ponente: J.M. Bandrés

Sánchez-Cruzat) que reconoce el derecho de asilo a una mujer argelina víctima de la violencia de género. Se trata de una Sentencia importante que realiza una interpretación extensiva de los sujetos a quienes se les puede otorgar el reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo; una interpretación novedosa que se realiza tomando en consideración los textos de Derecho internacional en la materia.

Por último, *Itinera digital* publica la Sentencia dictada el 7 de junio por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del TSJ de Cataluña con motivo del asunto sobre el Acuerdo aprobado por el Ajuntament de Lleida sobre el velo islámico en los espacios públicos.

Todos estos temas han sido objeto de consideración en nuestra revista: ver los números *Itinera digital* septiembre de 2010 (Recepción en España del convenio del Consejo de Europa contra la trata de seres humanos), *Itinera universitas* abril de 2011 (El derecho de asilo por motivos de género); *Itinera universitas* febrero y abril de 2011 (Debate sobre el burka en el Senado y De nuevo sobre el burka).

II.- LEY ORGÁNICA 10/2011, DE 27 DE JULIO, DE MODIFICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 31 BIS Y 59 BIS DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000, DE 11 DE ENERO, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL.

PREÁMBULO

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, establece en su artículo 31 bis, apartado dos, que las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género que estén en situación de irregularidad y denuncien a su agresor serán objeto de un expediente administrativo sancionador por encontrarse de forma irregular en nuestro país, que quedará suspendido hasta la

resolución del procedimiento penal.

Asimismo, se establece en los siguientes apartados que la mujer extranjera en situación de irregularidad podrá solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias extraordinarias. Dicha autorización no se resolverá hasta que concluya el procedimiento penal, sin perjuicio de que las autoridades competentes puedan conceder mientras tanto una autorización provisional.

LEY ORGÁNICA 10/2011, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 4/2000	1-3
STS 15 DE JUNIO DE 2011. RECONOCIMIENTO DERECHO DE ASILO A VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO	4-8
STSJ DE CATALUNYA 7 DE JUNIO DE 2011. VELO ISLÁMICO EN ESPACIOS PÚBLICOS	8-12



También establece el mismo artículo que, cuando del procedimiento penal concluido no pudiera deducirse la situación de violencia de género, continuará el expediente administrativo sancionador inicialmente suspendido.

Sin embargo, el hecho de que una mujer extranjera que se encuentre en situación de irregularidad denuncie a su agresor y se le abra un procedimiento administrativo que puede acabar en expulsión, desincentiva que las mujeres extranjeras vayan a denunciar. El 40% de las mujeres muertas por violencia de género en el año 2009 fueron extranjeras. Por ello, con el fin de protegerlas, se hace necesario establecer unas condiciones legales más propicias a que las mujeres inmigrantes se atrevan a denunciar a sus agresores. Se debe primar la protección de los derechos a la integridad física y moral de la mujer, cuando padece situaciones de violencia de género, así como su derecho a la tutela judicial efectiva, frente a una sanción por estar en situación de irregularidad.

Por otro lado, en el caso de las víctimas de trata de seres humanos, la suspensión del expediente de expulsión deriva de la apertura de un período de restablecimiento y reflexión, con una duración mínima de 30 días, durante el cual la víctima debe decidir si coopera con las autoridades en la investigación del delito y, en su caso, en el proceso penal subsiguiente. En este caso, también se pretende perfeccionar la coherencia normativa con el Convenio número 197 del Consejo de Europa, de 16 de mayo de 2005, de lucha contra la trata de seres humanos, que exige brindar asistencia integral a las víctimas de trata, independientemente de si colaboran o no y de su situación administrativa.

En muchas ocasiones la víctima de trata no tiene información suficiente sobre sus explotadores o, por simple miedo, no se atreve a denunciar. Es en ese tipo de situaciones cuando -desde la Administración- debe garantizarse una adecuada protección a la víctima. En este sentido, es necesario asumir la condena que el Estado español recibió en la Sentencia 2009/143/TJCE, de 14 de mayo, por no aplicar la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes.

Atendiendo a las circunstancias descritas, esta Ley consta de dos artículos en los que se introducen modificaciones que afectan a los artículos 31 bis y 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, que regula los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

La voluntad que el legislador persigue mediante la modificación de los artículos 31 bis y 59 bis de la Ley de referencia se concreta en ampliar las medidas de protección que dicha Ley reconoce a las mujeres víctimas de violencia de género y a las víctimas de trata de seres humanos que decidan denunciar al maltratador o explotador, respectivamente. Las nuevas medi-

das tratan de mejorar las posibilidades de la víctima para ejercer su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva; tales medidas se resumen en los siguientes extremos:

Respecto a las mujeres víctimas de violencia de género que denuncien al maltratador se posibilita que la solicitud de una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales que la mujer maltratada puede pedir para sí misma pueda, también, hacerse extensiva a sus hijos (la autorización de trabajo para los hijos, solamente si cumplen el requisito de edad mínima de 16 años que exige el Estatuto de los Trabajadores). En la misma línea se contempla la concesión automática -ya no potestativa- de una autorización provisional de residencia y trabajo para la mujer maltratada y sus hijos, que resuelva interinamente su situación hasta que se emita la resolución judicial relativa a la denuncia por violencia machista.

Respecto a las víctimas de trata de seres humanos la Ley pretende facilitar que éstas cooperen con las autoridades en la investigación e incriminación de quienes cometen esta clase de delitos. A tal fin, se amplía a los hijos de la víctima que se encuentren en España el derecho que asiste a ésta para solicitar de la Administración Pública competente las medidas que correspondan para garantizar su seguridad. También se amplía ese derecho a cualquier otra persona que mantenga vínculos familiares o de cualquier otra naturaleza con la víctima, con el fin de que las redes de trata no puedan bloquear la cooperación de la víctima mediante amenazas graves a sus allegados. En otro orden de cuestiones, se especifica en esta Ley que la resolución de denegación o revocación del período de restablecimiento y reflexión deberá ser motivada, así como que el derecho a interponer recurso administrativo contra dicha resolución se sujetará a las normas que regulan el procedimiento administrativo común.

Artículo 1.

Se modifica el artículo 31 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que queda redactado del siguiente modo:

“Artículo 31 bis. Residencia temporal y trabajo de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género.

1. Las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen garantizados los derechos reconocidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, así como las medidas de protección y seguridad establecidas en la legislación vigente.

2. Si al denunciarse una situación de violencia de género contra una mujer extranjera se pusiera de manifiesto su situación irregular, no se incoará el expediente administrativo sancionador por infracción del artículo 53.1.a), y se suspenderá el expediente administrativo sancionador que se hubiera incoado por la comisión de dicha infracción con anterioridad a la denuncia o, en su caso, la ejecución de las órdenes de expulsión o de devolución eventualmente acordadas.

3. La mujer extranjera que se halle en la situación descrita en el apartado anterior, podrá solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales a partir del momento en que se hubiera dictado una orden de protección a su favor o, en su defecto, Informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género. Dicha autorización no se resolverá hasta que concluya el procedimiento penal. En el momento de presentación de la solicitud, o en cualquier otro posterior a lo largo del proceso penal, la mujer extranjera, por sí misma o través de representante, también podrá solicitar una autorización de residencia por circunstancias excepcionales a favor de sus hijos menores de edad o que tengan una discapacidad y no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, o una autorización de residencia y trabajo en caso de que fueran mayores de 16 años y se encuentren en España en el momento de la denuncia.

Sin perjuicio de lo anterior, la autoridad competente para otorgar la autorización por circunstancias excepcionales concederá una autorización provisional de residencia y trabajo a favor de la mujer extranjera y, en su caso, las autorizaciones de residencia provisionales a favor de sus hijos menores de edad o con discapacidad, o de residencia y trabajo si fueran mayores de 16 años, previstas en el párrafo anterior, que se encuentren en España en el momento de la denuncia. Las autorizaciones provisionales eventualmente concedidas concluirán en el momento en que se concedan o denieguen definitivamente las autorizaciones por circunstancias excepcionales.

4. Cuando el procedimiento penal concluyera con una sentencia condenatoria o con una resolución judicial de la que se deduzca que la mujer ha sido víctima de violencia de género, incluido el archivo de la causa por encontrarse el imputado en paradero desconocido o el sobreseimiento provisional por expulsión del denunciado, se notificará a la interesada la concesión de las autorizaciones solicitadas. En el supuesto de que no se hubieran solicitado, se le informará de la posibilidad de concederlas, otorgándole un plazo para su solicitud.

Si del procedimiento penal concluido no pudiera deducirse la situación de violencia de género, se incoará el expediente administrativo sancionador por infracción del artículo 53.1.a) o se continuará, en el supuesto de que se hubiera suspendido inicialmente.”

Artículo 2.

Se modifican los apartados 2 y 3 del artículo 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que quedan redactados del siguiente modo:

“2. Los órganos administrativos competentes, cuando estimen que existen motivos razonables para creer que una persona extranjera en situación irregular ha sido víctima de trata de seres humanos, informarán a la persona interesada sobre las previsiones del presente artículo y elevarán a la autoridad competente para su resolución la oportuna propuesta sobre la concesión

de un período de restablecimiento y reflexión, de acuerdo con el procedimiento previsto reglamentariamente.

Dicho período de restablecimiento y reflexión tendrá una duración de, al menos, treinta días, y deberá ser suficiente para que la víctima pueda decidir si desea cooperar con las autoridades en la investigación del delito y, en su caso, en el procedimiento penal. Tanto durante la fase de identificación de las víctimas, como durante el período de restablecimiento y reflexión, no se incoará un expediente sancionador por infracción del artículo 53.1.a) y se suspenderá el expediente administrativo sancionador que se le hubiere incoado o, en su caso, la ejecución de la expulsión o devolución eventualmente acordadas. Asimismo, durante el período de restablecimiento y reflexión, se le autorizará la estancia temporal y las administraciones competentes velarán por la subsistencia y, de resultar necesario, la seguridad y protección de la víctima y de sus hijos menores de edad o con discapacidad, que se encuentren en España en el momento de la identificación, a quienes se harán extensivas las previsiones del apartado 4 del presente artículo en relación con el retorno asistido o la autorización de residencia, y en su caso trabajo, si fueran mayores de 16 años, por circunstancias excepcionales. Finalizado el período de reflexión las administraciones públicas competentes realizarán una evaluación de la situación personal de la víctima a efectos de determinar una posible ampliación del citado período.

Con carácter extraordinario la Administración Pública competente velará por la seguridad y protección de aquellas otras personas, que se encuentren en España, con las que la víctima tenga vínculos familiares o de cualquier otra naturaleza, cuando se acredite que la situación de desprotección en que quedarían frente a los presuntos traficantes constituye un obstáculo insuperable para que la víctima acceda a cooperar.

3. El período de restablecimiento y reflexión podrá denegarse o ser revocado por motivos de orden público o cuando se tenga conocimiento de que la condición de víctima se ha invocado de forma indebida. La denegación o revocación deberán estar motivadas y podrán ser recurridas según lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.”

DISPOSICIÓN FINAL

La presente Ley Orgánica entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”.

3. La mujer extranjera que se halle en la situación descrita en el apartado anterior, podrá solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales a partir del momento en que se hubiera dictado una orden de protección a su favor o, en su defecto, Informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género. Dicha autorización no se resolverá hasta que concluya el procedimiento penal. En el momento de presentación de la solicitud, o en cualquier otro posterior a lo largo del proceso penal, la mujer extranjera, por sí misma o través de representante, también podrá solicitar una autorización de residencia por circunstancias excepcionales a favor de sus hijos menores de edad o que tengan una discapacidad y no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, o una autorización de residencia y trabajo en caso de que fueran mayores de 16 años y se encuentren en España en el momento de la denuncia.

Sin perjuicio de lo anterior, la autoridad competente para otorgar la autorización por circunstancias excepcionales concederá una autorización provisional de residencia y trabajo a favor de la mujer extranjera y, en su caso, las autorizaciones de residencia provisionales a favor de sus hijos menores de edad o con discapacidad, o de residencia y trabajo si fueran mayores de 16 años, previstas en el párrafo anterior, que se encuentren en España en el momento de la denuncia. Las autorizaciones provisionales eventualmente concedidas concluirán en el momento en que se concedan o denieguen definitivamente las autorizaciones por circunstancias excepcionales.

4. Cuando el procedimiento penal concluyera con una sentencia condenatoria o con una resolución judicial de la que se deduzca que la mujer ha sido víctima de violencia de género, incluido el archivo de la causa por encontrarse el imputado en paradero desconocido o el sobreseimiento provisional por expulsión del denunciado, se notificará a la interesada la concesión de las autorizaciones solicitadas. En el supuesto de que no se hubieran solicitado, se le informará de la posibilidad de concederlas, otorgándole un plazo para su solicitud.

Si del procedimiento penal concluido no pudiera deducirse la situación de violencia de género, se incoará el expediente administrativo sancionador por infracción del artículo 53.1.a) o se continuará, en el supuesto de que se hubiera suspendido inicialmente.”

Artículo 2.

Se modifican los apartados 2 y 3 del artículo 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que quedan redactados del siguiente modo:

“2. Los órganos administrativos competentes, cuando estimen que existen motivos razonables para creer que una persona extranjera en situación irregular ha sido víctima de trata de seres humanos, informarán a la persona interesada sobre las previsiones del presente artículo y elevarán a la autoridad competente para su resolución la oportuna propuesta sobre la concesión

de un período de restablecimiento y reflexión, de acuerdo con el procedimiento previsto reglamentariamente.

Dicho período de restablecimiento y reflexión tendrá una duración de, al menos, treinta días, y deberá ser suficiente para que la víctima pueda decidir si desea cooperar con las autoridades en la investigación del delito y, en su caso, en el procedimiento penal. Tanto durante la fase de identificación de las víctimas, como durante el período de restablecimiento y reflexión, no se incoará un expediente sancionador por infracción del artículo 53.1.a) y se suspenderá el expediente administrativo sancionador que se le hubiere incoado o, en su caso, la ejecución de la expulsión o devolución eventualmente acordadas. Asimismo, durante el período de restablecimiento y reflexión, se le autorizará la estancia temporal y las administraciones competentes velarán por la subsistencia y, de resultar necesario, la seguridad y protección de la víctima y de sus hijos menores de edad o con discapacidad, que se encuentren en España en el momento de la identificación, a quienes se harán extensivas las previsiones del apartado 4 del presente artículo en relación con el retorno asistido o la autorización de residencia, y en su caso trabajo, si fueran mayores de 16 años, por circunstancias excepcionales. Finalizado el período de reflexión las administraciones públicas competentes realizarán una evaluación de la situación personal de la víctima a efectos de determinar una posible ampliación del citado período.

Con carácter extraordinario la Administración Pública competente velará por la seguridad y protección de aquellas otras personas, que se encuentren en España, con las que la víctima tenga vínculos familiares o de cualquier otra naturaleza, cuando se acredite que la situación de desprotección en que quedarían frente a los presuntos traficantes constituye un obstáculo insuperable para que la víctima acceda a cooperar.

3. El período de restablecimiento y reflexión podrá denegarse o ser revocado por motivos de orden público o cuando se tenga conocimiento de que la condición de víctima se ha invocado de forma indebida. La denegación o revocación deberán estar motivadas y podrán ser recurridas según lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.”

DISPOSICIÓN FINAL

La presente Ley Orgánica entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”.

III.- SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO (SECCIÓN 3ª) DEL TRIBUNAL SUPREMO 4013/2011, DE 15 DE JUNIO DE 2011, QUE DESESTIMA EL RECURSO DE CASACIÓN 1789/2009 PLANTEADO POR EL ABOGADO DEL ESTADO CONTRA LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN 8ª DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LA AUDIENCIA NACIONAL, DE 13 DE ENERO DE 2009

Excmos. Sres.:

Presidente: D. Pedro José Yagüe Gil

Magistrados:

D. Rafael Fernández Montalvo

D. Manuel Campos Sánchez Bordona

D. Eduardo Espín Templado

D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat

En la Villa de Madrid, a quince de Junio de dos mil once.

VISTO el recurso de casación número 1789/2009, interpuesto por el Abogado del Estado, contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 13 de enero de 2009, que estimó el recurso contencioso-administrativo número 1528/2007, interpuesto por la representación procesal de Doña Alejandra, seguido contra la resolución del Ministerio del Interior de 27 de julio de 2007, que acordó denegar el reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo a la referida ciudadana nacional de Argelia. Ha sido parte recurrida Doña Alejandra, representada por la Procuradora Doña Celia Fernández Redondo.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo número 1528/2007, la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 13 de enero de 2009, cuyo fallo dice literalmente:

«Estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora Doña Celia Fernández Redondo, en nombre y representación de Doña Alejandra, contra la resolución del Ministro del Interior de 27 de julio de 2007, que anulamos por ser contraria a Derecho, declarando el derecho de la recurrente a que le sea otorgado el asilo solicitado, sin que proceda hacer mención expresa acerca de las costas procesales causadas, al no haber méritos para su imposición.»

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó el Abogado del Estado recurso de casación, que la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado mediante providencia de 5 de marzo de 2009 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, el Abogado del Estado recurrente, compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, y con fecha 28 de abril

de 2009, presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, concluyó con el siguiente SUPPLICO:

«que tenga por formalizado el presente recurso de casación y, previos los trámites legales, dicte sentencia por la que se case la recurrida y se produzca nuevo fallo más ajustado a Derecho.»

CUARTO.- La Sala, por providencia de 5 de junio de 2009, admitió el recurso de casación.

QUINTO.- Por providencia de la Sala de fecha 13 de julio de 2009, se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (Doña Alejandra) a fin de que, en el plazo de treinta días, pudiera oponerse al recurso, lo que efectuó la Procuradora Doña Celia Fernández Redondo en escrito presentado el día 24 de septiembre de 2009, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y concluyó con el siguiente SUPPLICO:

«Que teniendo por presentado este escrito, junto con sus copias, se sirva admitirlo, TENGA POR FORMULADA OPOSICIÓN AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto contra la sentencia referida en el presente escrito, dictándose sentencia por la que se desestime el recurso de casación interpuesto, manteniendo y confirmando la sentencia recurrida en todos sus términos, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.»

SEXTO.- Por providencia de fecha 31 de enero de 2011, la Sección Quinta de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Supremo acordó, de conformidad con las normas de reparto, remitir las actuaciones a esta Sección Tercera. Recibidas las actuaciones en la Sección Tercera y, visto el estado en que las mismas se encuentran, por providencia de 16 de febrero de 2011 se acuerda que queden pendientes de señalamiento para votación y fallo cuando por turno corresponda.

SÉPTIMO.- Por providencia de fecha 1 de abril de 2011, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 8 de junio de 2011, fecha en que tuvo lugar el acto, continuando la deliberación el día 13 de junio de 2011.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS

PRIMERO.- Sobre el objeto del recurso de casación.

El recurso de casación que enjuiciamos se interpone por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-

Administrativo de la Audiencia Nacional de 13 de enero de 2009, que estimó el recurso contencioso-administrativo promovido por la representación procesal de Doña Alejandra contra la resolución del Ministerio del Interior de 27 de julio de 2007, que acordó denegar el reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo a la referida ciudadana, nacional de Argelia, y autorizar su permanencia en España en el marco de la legislación general de extranjería

SEGUNDO.- Sobre la fundamentación de la sentencia recurrida.

La Sala de instancia fundamenta la decisión de estimación del recurso contencioso-administrativo con base en las siguientes consideraciones:

« [...] Sentado lo anterior, nos corresponde examinar si la persecución invocada consistente en malos tratos físicos y psíquicos infligidos a la actora (y a sus hijos) por parte del que era su marido que persistieron tras la separación matrimonial se encuentran relacionados con el género de la solicitante y la necesidad de protección. La realidad de los malos tratos físicos soportados durante largo tiempo se encuentra documentada mediante abundantes certificados médicos incorporados a autos que demuestran el sufrimiento continuado por causa de diversas lesiones que precisaron atención y tratamiento médico, como así se reconoce expresamente en la propia resolución administrativa impugnada en la que no se pone en duda la realidad y certeza de los malos tratos padecidos por la actora en el ámbito de su relación conyugal que continuaron y persistieron a pesar de la primera separación del matrimonio y el ulterior divorcio en el año 1993. En el informe emitido por la Instrucción del expediente (folios 5.1 y siguientes) se parte del hecho de que <<nos hallamos ante una mujer que ha sido víctima de violencia doméstica>> y por lo que se refiere a la documentación aportada la Instrucción considera que acredita la realidad de los malos tratos físicos y psíquicos sufridos por la demandante y también por los hijos menores de edad que evidencian numerosos episodios de violencia, así concluye de forma categórica la Instrucción <<nos encontramos ante una realidad innegable: una familia compuesta por madre y niños menores que ha sido sometida a malos tratos por parte del marido y padre durante años, incluso después de haberse roto el vínculo matrimonial>>. Situación que lleva a la Administración a autorizar la permanencia de la actora en España al amparo de lo dispuesto en el art. 17.2 y de la Ley de Asilo y su Reglamento de aplicación.

Pues bien, entiende la Sala que con abstracción de la supuesta mejora de la situación de las mujeres en Argelia que se expone por la Instrucción ha resultado acreditado los continuos y prolongados malos tratos padecidos por las agresiones de índole física y psíquica por razón de género que originan, obviamente, un grave trastorno a la mujer que la padece y la ausencia de protección real y eficaz ante dicha situación.

Por consiguiente, establecida la realidad de los malos tratos y su prolongación en el tiempo, parece plenamente fundado el temor y el riesgo real de sufrir un trato inhumano o degradante proscrito en el art. 3 del

Convenio Europeo de Derechos Humanos según la interpretación realizada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el art. 3 de la Declaración sobre eliminación de la violencia sobre la mujer (Resolución de la Asamblea general 48/104, de 20 de diciembre de 2003). En efecto, la vuelta al entorno social y familiar que propició tal situación constituyen un claro indicio de que la integridad física y moral puedan ser en el futuro nuevamente afectadas mediante actuaciones ciertamente graves como las contempladas en autos y que no fueron adecuadamente evitadas por las autoridades del país que no dispensaron la oportuna protección a la demandante y su familia que pueden determinar un grave atentado a su integridad y dignidad moral reconocida en el art. 15 CE.

Las consideraciones realizadas por la Instrucción carecen de entidad y trascendencia por cuanto no dejan de referirse a aspectos accesorios de la realidad examinada que acreditan una persecución sufrida por motivos de género. No resultan asumibles las consideraciones expuestas por la Instructora en su Informe, que parece apreciar pasividad en la actuación de la demandante -como si se tratara de una aceptación tácita de la realidad descrita- en orden a la solicitud de protección a las autoridades, dada la explicación ofrecida sobre la posición social del ex marido, a la continuidad de los malos tratos en el tiempo y a la situación de las mujeres en el entorno cultural de procedencia que se evidencia en el Informe de Naciones Unidas de 2005 e Informes incorporados a autos sobre la situación de la mujer en Argelia redactados por el Observatori Solidaritat de la Fundació Solidaritat de la Universitat de Barcelona, y por el Comité contra la mujer en Naciones Unidas Observaciones finales:

Argelia. Tampoco cabe aceptar la afirmación sobre el cese de las agresiones que parece elucubrar la Instructora pues se trata de una simple hipótesis que se contradice con la realidad y continuidad de las agresiones de forma muy prolongada que permiten deducir una actitud en el agresor consciente y duradera en el tiempo. En suma, como se sostiene en la demanda, consideramos que la recurrente ha sido objeto de una grave persecución por motivos de género por su pertenencia a un grupo social, y en atención a lo expuesto, es procedente la concesión del derecho de asilo al concurrir una situación de persecución que se integra en las causas contempladas en la legislación en materia de asilo con arreglo a la interpretación realizada por el ACNUR.

En consecuencia, la Sala estima que en este caso aparece con toda evidencia la necesidad de protección de la recurrente ante la realidad y vigencia de una persecución personal en su país de origen, Argelia, por una causa prevista en la legislación aplicable en materia de asilo, sin que frente a esta conclusión quepa oponer el criterio de la Administración que a pesar de aceptar la existencia de un temor razonable de agresión contra la actora en su país se limita a autorizar la permanencia de la demandante en España por razones humanitarias, pero sin reconocer en todo su alcance el derecho de la recurrente a obtener la protección a través del asilo.» .

Administrativo de la Audiencia Nacional de 13 de enero de 2009, que estimó el recurso contencioso-administrativo promovido por la representación procesal de Doña Alejandra contra la resolución del Ministerio del Interior de 27 de julio de 2007, que acordó denegar el reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo a la referida ciudadana, nacional de Argelia, y autorizar su permanencia en España en el marco de la legislación general de extranjería

SEGUNDO.- Sobre la fundamentación de la sentencia recurrida.

La Sala de instancia fundamenta la decisión de estimación del recurso contencioso-administrativo con base en las siguientes consideraciones:

« [...] Sentado lo anterior, nos corresponde examinar si la persecución invocada consistente en malos tratos físicos y psíquicos infligidos a la actora (y a sus hijos) por parte del que era su marido que persistieron tras la separación matrimonial se encuentran relacionados con el género de la solicitante y la necesidad de protección. La realidad de los malos tratos físicos soportados durante largo tiempo se encuentra documentada mediante abundantes certificados médicos incorporados a autos que demuestran el sufrimiento continuado por causa de diversas lesiones que precisaron atención y tratamiento médico, como así se reconoce expresamente en la propia resolución administrativa impugnada en la que no se pone en duda la realidad y certeza de los malos tratos padecidos por la actora en el ámbito de su relación conyugal que continuaron y persistieron a pesar de la primera separación del matrimonio y el ulterior divorcio en el año 1993. En el informe emitido por la Instrucción del expediente (folios 5.1 y siguientes) se parte del hecho de que <<nos hallamos ante una mujer que ha sido víctima de violencia doméstica>> y por lo que se refiere a la documentación aportada la Instrucción considera que acredita la realidad de los malos tratos físicos y psíquicos sufridos por la demandante y también por los hijos menores de edad que evidencian numerosos episodios de violencia, así concluye de forma categórica la Instrucción <<nos encontramos ante una realidad innegable: una familia compuesta por madre y niños menores que ha sido sometida a malos tratos por parte del marido y padre durante años, incluso después de haberse roto el vínculo matrimonial>>. Situación que lleva a la Administración a autorizar la permanencia de la actora en España al amparo de lo dispuesto en el art. 17.2 y de la Ley de Asilo y su Reglamento de aplicación.

Pues bien, entiende la Sala que con abstracción de la supuesta mejora de la situación de las mujeres en Argelia que se expone por la Instrucción ha resultado acreditado los continuos y prolongados malos tratos padecidos por las agresiones de índole física y psíquica por razón de género que originan, obviamente, un grave trastorno a la mujer que la padece y la ausencia de protección real y eficaz ante dicha situación.

Por consiguiente, establecida la realidad de los malos tratos y su prolongación en el tiempo, parece plenamente fundado el temor y el riesgo real de sufrir un trato inhumano o degradante proscrito en el art. 3 del

Convenio Europeo de Derechos Humanos según la interpretación realizada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el art. 3 de la Declaración sobre eliminación de la violencia sobre la mujer (Resolución de la Asamblea general 48/104, de 20 de diciembre de 2003). En efecto, la vuelta al entorno social y familiar que propició tal situación constituyen un claro indicio de que la integridad física y moral puedan ser en el futuro nuevamente afectadas mediante actuaciones ciertamente graves como las contempladas en autos y que no fueron adecuadamente evitadas por las autoridades del país que no dispensaron la oportuna protección a la demandante y su familia que pueden determinar un grave atentado a su integridad y dignidad moral reconocida en el art. 15 CE.

Las consideraciones realizadas por la Instrucción carecen de entidad y trascendencia por cuanto no dejan de referirse a aspectos accesorios de la realidad examinada que acreditan una persecución sufrida por motivos de género. No resultan asumibles las consideraciones expuestas por la Instructora en su Informe, que parece apreciar pasividad en la actuación de la demandante -como si se tratara de una aceptación tácita de la realidad descrita- en orden a la solicitud de protección a las autoridades, dada la explicación ofrecida sobre la posición social del ex marido, a la continuidad de los malos tratos en el tiempo y a la situación de las mujeres en el entorno cultural de procedencia que se evidencia en el Informe de Naciones Unidas de 2005 e Informes incorporados a autos sobre la situación de la mujer en Argelia redactados por el Observatori Solidaritat de la Fundació Solidaritat de la Universitat de Barcelona, y por el Comité contra la mujer en Naciones Unidas Observaciones finales:

Argelia. Tampoco cabe aceptar la afirmación sobre el cese de las agresiones que parece elucubrar la Instructora pues se trata de una simple hipótesis que se contradice con la realidad y continuidad de las agresiones de forma muy prolongada que permiten deducir una actitud en el agresor consciente y duradera en el tiempo. En suma, como se sostiene en la demanda, consideramos que la recurrente ha sido objeto de una grave persecución por motivos de género por su pertenencia a un grupo social, y en atención a lo expuesto, es procedente la concesión del derecho de asilo al concurrir una situación de persecución que se integra en las causas contempladas en la legislación en materia de asilo con arreglo a la interpretación realizada por el ACNUR.

En consecuencia, la Sala estima que en este caso aparece con toda evidencia la necesidad de protección de la recurrente ante la realidad y vigencia de una persecución personal en su país de origen, Argelia, por una causa prevista en la legislación aplicable en materia de asilo, sin que frente a esta conclusión quepa oponer el criterio de la Administración que a pesar de aceptar la existencia de un temor razonable de agresión contra la actora en su país se limita a autorizar la permanencia de la demandante en España por razones humanitarias, pero sin reconocer en todo su alcance el derecho de la recurrente a obtener la protección a través del asilo.» .

TERCERO.- Sobre el planteamiento del recurso de casación.

El recurso de casación, interpuesto por el Abogado del Estado, se articula en la formulación de un único motivo de casación, fundado al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción, por interpretación indebida, del artículo 3, en relación con el artículo 8, de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, y con el artículo 1.A.2 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Ginebra el 28 de julio de 1951.

En el desarrollo argumental del motivo de casación se arguye que la sentencia impugnada considera que no satisface una correcta aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, que se permita tan sólo la permanencia en España por razones humanitarias de la interesada, pues tiene derecho a obtener la protección a través de la concesión de asilo, porque ello supone interpretar las normas internacionales y nacionales en materia de asilo «en el sentido de que las mujeres maltratadas de todo el mundo constituyen un grupo social que se integra en el más amplio concepto jurídico de personas con derecho al asilo» (sic).

CUARTO.- Sobre la improsperabilidad del recurso de casación.

El recurso de casación, en los estrictos términos planteados, no puede ser acogido, porque consideramos que la Sala de instancia ha realizado una interpretación aplicativa coherente y razonable del artículo 3.1 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, en relación con el concepto de refugiado a que alude el artículo 1.A.2 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados hecho en Ginebra el 28 de julio de 1951, y el Protocolo hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967, al apreciar, atendiendo a las circunstancias particulares del supuesto enjuiciado, que la situación prolongada de sufrimiento que ha padecido la recurrente Alejandra, nacional de Argelia, y sus hijos menores de edad María del Pilar y Lucas, de nacionalidad argelina, como consecuencia de los malos tratos físicos y psíquicos infringidos por su marido, que se califican, por su especial intensidad y gravedad, de trato inhumano o degradante, en razón de su naturaleza y reiteración, es incardinable como persecución por motivos de género, lo que determina que, ante la falta de protección eficaz de las autoridades del país de origen, resulte procedente la concesión del derecho de asilo.

En efecto, cabe significar que la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada en Ginebra el 28 de julio de 1951, modificado por el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967, pretende garantizar a aquellas personas consideradas refugiados, conforme a lo dispuesto en el artículo 1, apartado A.2, por padecer fundados temores de ser perseguidas por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas y no quieran acogerse a

la protección de su país de origen, un estatuto personal específico conforme a la Ley del país de refugio que asegure el ejercicio mas amplio de los derechos y libertades fundamentales que les permita vivir en condiciones de dignidad, con la finalidad de evitar que sean expulsados a aquel territorio donde su vida o su libertad estuvieran amenazadas.

En este sentido, procede valorar que, como acertadamente advierte la Sala de instancia, el legislador español ha manifestado su designio inequívoco de incluir en los supuestos de persecución a que alude el artículo 3.1 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, «a las mujeres extranjeras que huyen de sus países de origen debido a un temor fundado a sufrir persecución por motivos de género», al introducir en la disposición adicional vigésima novena de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, una disposición adicional tercera a la referida Ley 5/1984, con el siguiente tenor:

« Se añade una nueva disposición adicional tercera a la Ley 5/1984, de 26 de marzo, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, en los siguientes términos: «Disposición adicional tercera. Lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 será de aplicación a las mujeres extranjeras que huyan de sus países de origen debido a un temor fundado a sufrir persecución por motivos de género».».

De este modo, la regulación legal del derecho de asilo, a que se refiere el artículo 13.4 de la Constitución, en desarrollo de los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 9.2, 10.1, 14 y 15 de la Constitución, se integra con el reconocimiento del derecho de asilo respecto de ciudadanas de otros países que sufren persecución por razón de género, con la finalidad de proyectar en éste ámbito el valor esencial de la dignidad humana y los principios jurídicos de igualdad de mujeres y hombres y de protección del derecho de la mujer a desarrollar libremente su personalidad, que proscribe toda clase de tratos inhumanos o degradantes procedentes de los poderes públicos o de particulares.

Asimismo, estimamos que la decisión de la Sala de instancia es acorde con la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que ha estimado en las sentencias de 15 de febrero de 2007 (RC 9036/2003) y de 11 de mayo de 2009 (RC 3155/2006), que en aquellos supuestos en que se acredite la existencia de «indicios suficientes», según las circunstancias de cada caso, de que una mujer sufre persecución por su pertenencia al género femenino, que le ha supuesto la imposición de prácticas contrarias a la dignidad humana, como el matrimonio forzoso o la mutilación de un órgano genital, y que el régimen legal del país de origen no ofrece una protección jurídica eficaz, procede la concesión del derecho de asilo a la luz de lo dispuesto en los artículos 3 y 8 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado.

En la sentencia de 11 de mayo de 2009, dijimos:

« [...] Esta Sala Tercera ya ha tenido ocasión de declarar en distintas ocasiones que una situación de desprotección y marginación social, política y jurídica de las mujeres en su país de origen, que vulnere de forma evidente y grave sus derechos humanos, es causa de asilo (SSTS de 7 de julio de 2005 -RC 2107/2002-, y 8 de julio de 2008 -RC 2316/2005); que la persecución por razón de sexo resulta encuadrable sin duda entre las persecuciones sociales (SSTS de 31 de mayo de 2005 -RC 1836/2002-, 9 de septiembre de 2005 -RC 3428/2002- y 10 de noviembre de 2005 -RC 3930/2002), y más concretamente, que una situación de hostigamiento y amenazas contra una mujer para obligarla a casarse reviste carácter protegible por resultar encuadrable sin duda entre esas persecuciones sociales (SSTS de 28 de febrero de 2006 -RC 735/2003-, 15 de febrero de 2007 -RC 9300/2003- y 31 de enero de 2008 -RC 4773/2004-, referidas, por cierto, a solicitantes de asilo procedentes de Nigeria). [...]

Ahora, dando un paso más, hemos de valorar, a tenor de las consideraciones supra expuestas, si ese relato que inicialmente hemos calificado de verosímil puede entenderse, además, acreditado (al nivel indiciario requerido en esta materia) por los datos obrantes en el expediente y en las actuaciones. Pues bien, si, primero, se tiene en cuenta que, con carácter general, en Nigeria es habitual la práctica de la mutilación genital femenina incluso más allá de la infancia; que también es habitual la práctica de los matrimonios forzados, y que las mujeres no encuentran frente a estas prácticas inhumanas una protección eficaz en el sistema legal de aquel país; segundo, se añade que el relato de la interesada es suficientemente preciso y coherente con ese contexto social del país del que procede y no puede calificarse de inverosímil; y, tercero, se ponen en relación estos datos con el dato cierto e indubitado de que la actora ha sufrido efectivamente esa ablación genital, no puede sino concluirse que todos esos datos, conjuntamente analizados y sopesados con el enfoque casuístico que preside esta materia, hacen aflorar lo único que exige el artículo 8 de la Ley 5/84, de 26 de Marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, para la concesión del derecho de asilo, que son los "indicios suficientes", según la naturaleza de cada caso, para deducir que aquella cumple los requisitos a que se refiere el artículo 3-1 de la misma, es decir, que sufre una persecución por su pertenencia al género femenino que la impone un matrimonio no deseado y le ha mutilado un órgano genital.»

Por ello, la tesis argumental que postula el Abogado del Estado en la formulación del motivo de casación, de que el criterio de la Sala de instancia supone una aplicación indebida del artículo 3 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, en la medida en que «entiende que todas las mujeres maltratadas tienen derecho de asilo en España», al no contemplarse este supuesto como pertenencia a un grupo social en las fuentes aplicables del Derecho internacional, no puede ser compartida, pues la persecución por motivos de género resulta incardinable en las persecuciones sociales, en referencia a la «pertenencia a un grupo social», a las que se

refiere el artículo 3 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, y merece protección al amparo, de esta disposición, cuando se evidencia que la tutela dispensada por las autoridades nacionales del país de origen se revela inútil o ilusoria, de modo que se perpetúa la situación de padecimiento.

En este contexto normativo, la reforma de la Ley española de asilo, introducida por la Ley Orgánica 3/2007, permite identificar como sujetos protegibles a aquellas personas pertenecientes al género femenino que sufren violaciones de sus derechos humanos inderogables, y, concretamente, a aquellas que padecen una grave discriminación en su países de origen, derivada del reconocimiento de un estatuto legal de subordinación, contrario al principio de igualdad de mujeres y hombres, y que no gozan de protección jurídica eficaz frente a actos graves de violencia sexual o de violencia doméstica, atentatorios contra la dignidad y la integridad física y moral.

De acuerdo con lo expuesto, compartimos el criterio de la Sala de instancia, que, con base en una interpretación de la legislación española de asilo, sostiene que es procedente la concesión del derecho de asilo a Doña Alejandra, nacional de Argelia, porque, una vez que se ha acreditado que fue forzada a casarse con su esposo, por un acuerdo familiar, y ha sido objeto de continuas agresiones y vejaciones caracterizables de continuos malos tratos físicos y psíquicos, que ha repercutido en los hijos, víctimas también de malos tratos, lo que no es controvertido por la Administración, y, teniendo en cuenta que las autoridades del país de origen, en este supuesto, no les han dispensado tutela jurídica ante las denuncias formuladas, se revela la necesidad de protegerla de forma efectiva del fundado temor y el riesgo real de continuar padeciendo tratos degradantes, no siendo por ello suficiente, en estos términos, la decisión del Ministerio del Interior de autorizar la permanencia en España por razones humanitarias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo.

En este sentido, cabe consignar que la Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer en el hogar de 21 de diciembre de 2003, destaca que los Estados tienen la obligación de actuar con la diligencia debida para impedir, investigar y castigar a los autores de actos de violencia contra la mujer en el hogar y dar protección a las víctimas, y subraya también que no hacerlo constituye una violación de sus derechos humanos y libertades fundamentales, e impide total o parcialmente el disfrute de esos derechos y libertades.

Asimismo, cabe referir que el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), en la Guía de Protección de las Mujeres Refugiadas, promulgada en 1991, sostiene que las mujeres que temen ser perseguidas o sufrir discriminación debido a su sexo deben ser consideradas como miembro de un grupo social a los efectos de determinar el estatuto de persona, y promueve la aceptación del concepto de "que la violencia sexual contra la mujer es una forma de per-

« [...] Esta Sala Tercera ya ha tenido ocasión de declarar en distintas ocasiones que una situación de desprotección y marginación social, política y jurídica de las mujeres en su país de origen, que vulnere de forma evidente y grave sus derechos humanos, es causa de asilo (SSTS de 7 de julio de 2005 -RC 2107/2002-, y 8 de julio de 2008 -RC 2316/2005); que la persecución por razón de sexo resulta encuadrable sin duda entre las persecuciones sociales (SSTS de 31 de mayo de 2005 -RC 1836/2002-, 9 de septiembre de 2005 -RC 3428/2002- y 10 de noviembre de 2005 -RC 3930/2002), y más concretamente, que una situación de hostigamiento y amenazas contra una mujer para obligarla a casarse reviste carácter protegible por resultar encuadrable sin duda entre esas persecuciones sociales (SSTS de 28 de febrero de 2006 -RC 735/2003-, 15 de febrero de 2007 -RC 9300/2003- y 31 de enero de 2008 -RC 4773/2004-, referidas, por cierto, a solicitantes de asilo procedentes de Nigeria). [...]

Ahora, dando un paso más, hemos de valorar, a tenor de las consideraciones supra expuestas, si ese relato que inicialmente hemos calificado de verosímil puede entenderse, además, acreditado (al nivel indiciario requerido en esta materia) por los datos obrantes en el expediente y en las actuaciones. Pues bien, si, primero, se tiene en cuenta que, con carácter general, en Nigeria es habitual la práctica de la mutilación genital femenina incluso más allá de la infancia; que también es habitual la práctica de los matrimonios forzados, y que las mujeres no encuentran frente a estas prácticas inhumanas una protección eficaz en el sistema legal de aquel país; segundo, se añade que el relato de la interesada es suficientemente preciso y coherente con ese contexto social del país del que procede y no puede calificarse de inverosímil; y, tercero, se ponen en relación estos datos con el dato cierto e indubitado de que la actora ha sufrido efectivamente esa ablación genital, no puede sino concluirse que todos esos datos, conjuntamente analizados y sopesados con el enfoque casuístico que preside esta materia, hacen aflorar lo único que exige el artículo 8 de la Ley 5/84, de 26 de Marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, para la concesión del derecho de asilo, que son los "indicios suficientes", según la naturaleza de cada caso, para deducir que aquella cumple los requisitos a que se refiere el artículo 3-1 de la misma, es decir, que sufre una persecución por su pertenencia al género femenino que la impone un matrimonio no deseado y le ha mutilado un órgano genital.».

Por ello, la tesis argumental que postula el Abogado del Estado en la formulación del motivo de casación, de que el criterio de la Sala de instancia supone una aplicación indebida del artículo 3 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, en la medida en que «entiende que todas las mujeres maltratadas tienen derecho de asilo en España», al no contemplarse este supuesto como pertenencia a un grupo social en las fuentes aplicables del Derecho internacional, no puede ser compartida, pues la persecución por motivos de género resulta incardinable en las persecuciones sociales, en referencia a la «pertenencia a un grupo social», a las que se

refiere el artículo 3 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, y merece protección al amparo, de esta disposición, cuando se evidencia que la tutela dispensada por las autoridades nacionales del país de origen se revela inútil o ilusoria, de modo que se perpetúa la situación de padecimiento.

En este contexto normativo, la reforma de la Ley española de asilo, introducida por la Ley Orgánica 3/2007, permite identificar como sujetos protegibles a aquellas personas pertenecientes al género femenino que sufren violaciones de sus derechos humanos inderogables, y, concretamente, a aquellas que padecen una grave discriminación en su países de origen, derivada del reconocimiento de un estatuto legal de subordinación, contrario al principio de igualdad de mujeres y hombres, y que no gozan de protección jurídica eficaz frente a actos graves de violencia sexual o de violencia doméstica, atentatorios contra la dignidad y la integridad física y moral.

De acuerdo con lo expuesto, compartimos el criterio de la Sala de instancia, que, con base en una interpretación de la legislación española de asilo, sostiene que es procedente la concesión del derecho de asilo a Doña Alejandra, nacional de Argelia, porque, una vez que se ha acreditado que fue forzada a casarse con su esposo, por un acuerdo familiar, y ha sido objeto de continuas agresiones y vejaciones caracterizables de continuos malos tratos físicos y psíquicos, que ha repercutido en los hijos, víctimas también de malos tratos, lo que no es controvertido por la Administración, y, teniendo en cuenta que las autoridades del país de origen, en este supuesto, no les han dispensado tutela jurídica ante las denuncias formuladas, se revela la necesidad de protegerla de forma efectiva del fundado temor y el riesgo real de continuar padeciendo tratos degradantes, no siendo por ello suficiente, en estos términos, la decisión del Ministerio del Interior de autorizar la permanencia en España por razones humanitarias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo.

En este sentido, cabe consignar que la Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer en el hogar de 21 de diciembre de 2003, destaca que los Estados tienen la obligación de actuar con la diligencia debida para impedir, investigar y castigar a los autores de actos de violencia contra la mujer en el hogar y dar protección a las víctimas, y subraya también que no hacerlo constituye una violación de sus derechos humanos y libertades fundamentales, e impide total o parcialmente el disfrute de esos derechos y libertades.

Asimismo, cabe referir que el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), en la Guía de Protección de las Mujeres Refugiadas, promulgada en 1991, sostiene que las mujeres que temen ser perseguidas o sufrir discriminación debido a su sexo deben ser consideradas como miembro de un grupo social a los efectos de determinar el estatuto de persona, y promueve la aceptación del concepto de "que la violencia sexual contra la mujer es una forma de per-

secución", y el reconocimiento de que "puede existir una base para conceder el estatuto de persona refugiada cuando un gobierno no pueda o no quiera proteger a las mujeres que son objeto de malos tratos por transgredir normas sociales".

Y por ello, cabe entender, de acuerdo con el Comité Ejecutivo de ACNUR, que los individuos que ven negado el ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales como consecuencia de los motivos enunciados en la Convención de 1951 y esta negación de sus derechos les genera un daño grave en donde la vida diaria se convierte intolerable puedan solicitar el estatuto de persona refugiada.

En consecuencia con lo razonado, al rechazarse íntegramente el único motivo de casación articulado, debemos declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 13 de enero de 2009, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 1528/2007.

FALLO

Primero.- Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el

Abogado del Estado contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 13 de enero de 2009, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 1528/2007.

Segundo.- Efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso de casación a la parte recurrente. Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-

Pedro José Yagüe Gil.- Rafael Fernández Montalvo.- Manuel Campos Sánchez Bordona.- Eduardo Espín Templado.- José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat.- Rubricados.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.- Alfonso Llamas Soubrier.- Firmado.

IV.- SENTENCIA NÚM. 489, DE 7 DE JUNIO DE 2011, DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO; SECCIÓN SEGUNDA. BARCELONA). RECURSO Nº 394/2010 (ASOCIACIÓN WATANI POR LA LIBERTAD Y LA JUSTICIA C. AYUNTAMIENTO DE LLEIDA)

Ilmos. Sres. Magistrados:

Don Emilio Berlanga Ribelles

Doña Núria Clèries Nerín

Doña M^a Pilar Rovira del Canto

Don Javier Bonet Frigola

Doña M^a Mercedes Delgado López

En la ciudad de Barcelona, a siete de Junio de dos mil once.

VISTO POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA (SECCION SEGUNDA), constituida para la resolución de este recurso, ha pronunciado en el nombre del Rey, la siguientes sentencia en el recurso contencioso-administrativo para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona nº 394/2010, interpuesto por ASOCIACIÓN WATANI POR LA LIBERTAD Y LA JUSTICIA, representada por el Procurador de los Tribunales JAUME CASTELL NADAL y asistida de Letrado, contra AJUNTAMENT DE LLEIDA, representado por el Procurador de los Tribunales JOAQUIN RUIZ BILBAO y defendido por Letrado. Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a MARIA PILAR ROVIRA DEL CANTO, quien expresa el parecer de la SALA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Por la representación de la parte actora, se interpuso recurso contencioso-administrativo contra resolución del Ayuntamiento de Lleida, de 25-10-10, que desestima las alegaciones presentadas en relación a la suspensión de ejecutividad de la aprobación inicial de la modificación de OMCIC y la anulación de la modificación de la ordenanza aprobada y de sus actos complementarios.

SEGUNDO.-Acordada la incoación de los presentes autos, se les dio el cauce procesal previsto por la Ley de esta Jurisdicción, habiendo despachado las partes, llegado su momento por su orden, los trámites conferidos de demanda y contestación; en cuyos escritos respectivos en virtud de los hechos y fundamentos de derechos que constan en ellos, suplicaron respectivamente la anulación de los actos objeto del recurso y la desestimación de éste, en los términos que aparecen en los mismos.

TERCERO.-Se abrió la prueba mediante Auto y, verificada la misma según obra en autos, se continuó el proceso por el trámite de conclusiones sucintas que evacuaron las partes y, finamente se señaló día y hora para votación y fallo que tuvo lugar el 24 de mayo de 2011.

CUARTO.-En la sustanciación del presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-La Asociación Watani para la libertad y la justicia interpone recurso especial de protección de derechos fundamentales contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Lleida de fecha 8 de octubre de 2010 que aprueba definitivamente la modificación de tres artículos de la Ordenanza Municipal de civisme i convivència publicada en el BOP de 13 de marzo de 2007, 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.

La falta de rigor jurídico en la identificación del acto administrativo impugnado ya fue corregido por el Tribunal en la pieza separada de medidas cautelares y ninguna consecuencia más debe tener, pues tanto el Ministerio Fiscal como el propio Ayuntamiento demandado centran sus alegaciones en el acuerdo reseñado, sin confusión alguna.

El Acuerdo del Plano impugnado, introduce las siguientes modificaciones en la Ordenanza:

A) En el Título II, Ús dels béns i serveis públics, Capítulo I, Normes Generals, un punto 2 al art. 26, Utilització, y un punto 9 al art. 27, Prohibicions.

B) En el Título V, Règim sancionador, Capítulo II, Infraccions, art. 102, Infraccions lleus, añade un punto 25.

Tales modificaciones introducen en la Ordenanza de civismo y convivencia la prohibición de acceder o permanecer en los espacios o locales destinados al uso o servicio público, a las personas que lleven velo integral, pasamontañas, casco integral u otras vestimentas o accesorios que impidan la identificación y la comunicación visual de las personas, siempre que así esté prohibido o limitado por la normativa reguladora específica, y la tipificación de una nueva infracción leve (sancionable por Cuidado según el art. 106 con multa de 30 a 600 euros), consistente en infringir la anterior prohibiciones, es decir, acceder o permanecer en los espacios o locales destinados al uso o servicio público, a las personas que lleven 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 así esté prohibido o limitado por la normativa reguladora específica. El Acuerdo impugnado aprueba también inicialmente la modificación de tres Reglamentos, cuales son el del archivo municipal, el del servicio de transporte urbano de viajeros de Lleida y el de funcionamiento de los centros cívicos y locales sociales y municipales, para introducir en tales espacios y servicio la anterior prohibición. La demanda formalizada por la Asociación recurrente alega como motivos de impugnación los siguientes:

1) Falta de competencia del Ayuntamiento de Lleida para legislar en materia de derechos fundamentales.

2) Suficiencia de las leyes estatales para conseguir la identificación de las personas y por tanto innecesariedad de la modificación de la Ordenanza. Falta de diálogo

con los colectivos afectados.

3) Vulneración del art. 16 de la Constitución (derecho a la libertad ideológica y religiosa), así como de la LO de Libertad Religiosa.

4) Vulneración del art. 14 de la Constitución (derecho a la igualdad) y del art. 14 del Convenio Europeo (Roma 4 de noviembre de 1950) para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (prohibición de discriminación).

5) Vulneración de los arts. 10 y 23 de la Constitución, de la ley electoral y de la Directiva comunitaria 93/100/CE.

6) Indefensión por la denegación de pruebas propuestas en el trámite de información pública y falta de motivación de la actuación administrativa.

SEGUNDO.-Los derechos fundamentales que se invocan por la Asociación recurrente como vulnerados son los contemplados en la Constitución en el art. 16, derecho a la libertad ideológica y religiosa, el 14, derecho a la igualdad, y el 23, derecho de participación en los asuntos públicos.

Como hemos visto, la modificación de la Ordenanza viene a establecer una nueva prohibición, con la correlativa tipificación de una nueva infracción, de carácter leve. La cuestión que desde la óptica de los derechos fundamentales se nos plantea es si dicha prohibición vulnera el derecho fundamental consagrado en el art. 16 de la CE, a la libertad ideológica, religiosa y de culto, en la medida en que la prohibición incluye una vestimenta, el velo integral (con denominaciones como burka completo, chador, niqab u otras), que según afirma la demanda, "es propia de las personas que profesan la religión musulmana".

Este Tribunal, atendida la polémica social existente al respecto, únicamente puede afirmar que se trata de una prenda que visten algunas mujeres -no todas- de religión islámica. Utilizando palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo para el velo no integral, se puede considerar que su porte es un acto motivado o inspirado por una religión o una convicción. Sin pronunciarnos sobre si este acto constituye en todos los casos un cumplimiento de un deber religioso, sí que es o puede ser manifestación de una creencia o convicción ideológica o religiosa, y por tanto, un signo de tal carácter.

La Asociación recurrente estima que el Ayuntamiento no tiene atribuidas las competencias legislativas en materia de derechos fundamentales. 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 reglamentario como es la Ordenanza.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido evolucionando desde la inicial doctrina de la vinculación positiva, según la cual la Corporación Local sólo puede reglamentar en la forma en que previamente hubiera sido habilitada por el legislador sectorial, hasta la actual doctrina de la vinculación negativa, que permite a las Corporaciones Locales reglamentar sin previa habi-

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-La Asociación Watani para la libertad y la justicia interpone recurso especial de protección de derechos fundamentales contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Lleida de fecha 8 de octubre de 2010 que aprueba definitivamente la modificación de tres artículos de la Ordenanza Municipal de civisme i convivència publicada en el BOP de 13 de marzo de 2007, 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.

La falta de rigor jurídico en la identificación del acto administrativo impugnado ya fue corregido por el Tribunal en la pieza separada de medidas cautelares y ninguna consecuencia más debe tener, pues tanto el Ministerio Fiscal como el propio Ayuntamiento demandado centran sus alegaciones en el acuerdo reseñado, sin confusión alguna.

El Acuerdo del Plano impugnado, introduce las siguientes modificaciones en la Ordenanza:

A) En el Título II, Ús dels béns i serveis públics, Capítol I, Normes Generals, un punto 2 al art. 26, Utilització, y un punto 9 al art. 27, Prohibicions.

B) En el Título V, Règim sancionador, Capítol II, Infraccions, art. 102, Infraccions lleus, añade un punto 25.

Tales modificaciones introducen en la Ordenanza de civismo y convivencia la prohibición de acceder o permanecer en los espacios o locales destinados al uso o servicio público, a las personas que lleven velo integral, pasamontañas, casco integral u otras vestimentas o accesorios que impidan la identificación y la comunicación visual de las personas, siempre que así esté prohibido o limitado por la normativa reguladora específica, y la tipificación de una nueva infracción leve (sancionable por Cuidado según el art. 106 con multa de 30 a 600 euros), consistente en infringir la anterior prohibiciones, es decir, acceder o permanecer en los espacios o locales destinados al uso o servicio público, a las personas que lleven 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 así esté prohibido o limitado por la normativa reguladora específica. El Acuerdo impugnado aprueba también inicialmente la modificación de tres Reglamentos, cuales son el del archivo municipal, el del servicio de transporte urbano de viajeros de Lleida y el de funcionamiento de los centros cívicos y locales sociales y municipales, para introducir en tales espacios y servicio la anterior prohibición. La demanda formalizada por la Asociación recurrente alega como motivos de impugnación los siguientes:

1) Falta de competencia del Ayuntamiento de Lleida para legislar en materia de derechos fundamentales.

2) Suficiencia de las leyes estatales para conseguir la identificación de las personas y por tanto innecesariedad de la modificación de la Ordenanza. Falta de diálogo

con los colectivos afectados.

3) Vulneración del art. 16 de la Constitución (derecho a la libertad ideológica y religiosa), así como de la LO de Libertad Religiosa.

4) Vulneración del art. 14 de la Constitución (derecho a la igualdad) y del art. 14 del Convenio Europeo (Roma 4 de noviembre de 1950) para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (prohibición de discriminación).

5) Vulneración de los arts. 10 y 23 de la Constitución, de la ley electoral y de la Directiva comunitaria 93/100/CE.

6) Indefensión por la denegación de pruebas propuestas en el trámite de información pública y falta de motivación de la actuación administrativa.

SEGUNDO.-Los derechos fundamentales que se invocan por la Asociación recurrente como vulnerados son los contemplados en la Constitución en el art. 16, derecho a la libertad ideológica y religiosa, el 14, derecho a la igualdad, y el 23, derecho de participación en los asuntos públicos.

Como hemos visto, la modificación de la Ordenanza viene a establecer una nueva prohibición, con la correlativa tipificación de una nueva infracción, de carácter leve. La cuestión que desde la óptica de los derechos fundamentales se nos plantea es si dicha prohibición vulnera el derecho fundamental consagrado en el art. 16 de la CE, a la libertad ideológica, religiosa y de culto, en la medida en que la prohibición incluye una vestimenta, el velo integral (con denominaciones como burka completo, chador, niqab u otras), que según afirma la demanda, "es propia de las personas que profesan la religión musulmana".

Este Tribunal, atendida la polémica social existente al respecto, únicamente puede afirmar que se trata de una prenda que visten algunas mujeres -no todas- de religión islámica. Utilizando palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo para el velo no integral, se puede considerar que su porte es un acto motivado o inspirado por una religión o una convicción. Sin pronunciarnos sobre si este acto constituye en todos los casos un cumplimiento de un deber religioso, sí que es o puede ser manifestación de una creencia o convicción ideológica o religiosa, y por tanto, un signo de tal carácter.

La Asociación recurrente estima que el Ayuntamiento no tiene atribuidas las competencias legislativas en materia de derechos fundamentales. 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 reglamentario como es la Ordenanza.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido evolucionando desde la inicial doctrina de la vinculación positiva, según la cual la Corporación Local sólo puede reglamentar en la forma en que previamente hubiera sido habilitada por el legislador sectorial, hasta la actual doctrina de la vinculación negativa, que permite a las Corporaciones Locales reglamentar sin previa habi-

litación legal, dictando Ordenanzas en toda materia que sea de su competencia, si al hacerlo no contradice ni vulnera la legislación vigente. Ello derivado de la amplitud con que la Constitución concibe la garantía institucional de la autonomía de gobierno y administración de los municipios (art. 140 CE), la cual debe ser interpretada en el terreno competencial de acuerdo con la cláusula de subsidiariedad de la Carta Europea de Autonomía Local de 15-10-1985, ratificada por España mediante Instrumentos de 20-1-1988, contenida en su art. 4.2, según el cual, las Entidades locales tienen, dentro del ámbito de la Ley, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad.

En materia de potestad sancionadora, tal como resume la sentencia del TS de 23-6-2003, su atribución a los entes locales se contiene de modo explícito en el art. 4.1.f de la Ley de Bases de Régimen Local, Ley cuya modificación por la Ley 57/2003 de 16 de diciembre la adecuó a lo que señalaba la sentencia del Tribunal Constitucional 132/2001, de exigencias mínimas que había de reunir la ley que regule la potestad sancionadora municipal en un ámbito concreto de la intervención pública, esto es, 1) fijar los criterios mínimos de antijuricidad conforme a los cuales cada Ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones y 2) preestablecer cuando menos las sanciones que pueden establecer las Ordenanzas municipales.

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. En concreto, se hace referencia (art. 26.2) a "edificis i equipaments municipals", y espais o locals destinats a tal ús".

Una prohibición o infracción de tales características carece de cobertura en norma estatal o autonómica alguna. Debemos plantearnos por tanto, si puede encontrar sustento jurídico en los arts. 139 y 140 de la LBRL tras su modificación en 2003.

El art. 139 de la LBRL posibilita establecer un régimen sancionador por parte de los Entes Locales, cuando tal habilitación no se pueda desprender directamente de la normativa sectorial, para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos".

La sentencia del Tribunal Supremo de 30-11-2010 señala que "los conceptos a cuya protección remite el precepto legal deberán ser objeto de interpretación casuística en vía jurisdiccional, e forma que se pueda llegar al entendimiento, de si, en cada caso, una determinada regulación municipal puede hallar encaje en los mismos.", añadiendo que un elemento de primordial interés interpretativo reside en la consideración de las infracciones previstas en los arts. 139 y 140 de la LBRL.

Tales preceptos, como criterios de antijuricidad, 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 pertur-

bación sea relevante y afecte de manera grave, inmediata y directa a dicha tranquilidad o ejercicio de derechos legítimos, y al resto de supuestos, la clasificación de graves y 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 antijuricidad contemplados en la LBRL, perturbación de la tranquilidad del resto de personas usuarias del servicio o del 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 los derechos fundamentales y libertades públicas, ya que el criterio general es que puede regular materias accesorias de esos derechos fundamentales, y sobre todo los concernientes a las manifestaciones de la convivencia o vida colectiva dentro del término municipal a las 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.

También se ha dicho en anteriores sentencias de la sección 5ª que en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana existen una serie de materias, como son la seguridad de los lugares, cuya competencia no resulta ajena a la Administración Municipal, de acuerdo con los artículos 25 y 26 de la Ley 7/1.985, de 2 de abril (y correlativos del Decret Legislatiu 2/2003), y que justifica la actuación normativa y organizativa municipal materializada en ordenanzas.

En este caso la prohibición halla sustento, como hemos dicho, en la perturbación de la tranquilidad que ocasiona la ocultación del rostro en actividades cotidianas, pero también se justifica en materia de seguridad de los lugares, pues sin perjuicio de la legislación estatal en relación con la obligatoriedad de identificación de las personas, que puede requerirse puntualmente en el ejercicio de las funciones de indagación o prevención de los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 20 Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana), el mantenimiento continuado de la seguridad en espacios municipales corresponde al Ayuntamiento.

La Ley Orgánica de Libertad Religiosa, que regula el desarrollo de este derecho fundamental de un modo nuclear y directo, señala en el art. 2.1 que la libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución, comprende el derecho de toda persona a manifestar libremente sus propias creencias religiosas, y la propia Constitución dice que tales manifestaciones no tendrán más limitación que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

El concepto de orden público (diferente del de seguridad ciudadana o de seguridad pública) es un concepto jurídico indeterminado, pero como dice el Tribunal Supremo, independientemente de la mayor o menor extensión que se le dé, se refiere, por definición, a conductas externas reales y perceptibles, y ello pone de manifiesto para el Alto Tribunal (sentencias 11 de febrero y 11 mayo de 2009) que el constituyente nunca pensó que las personas puedan comportarse siempre según sus propias creencias, sino que tal posibilidad termina, cuanto menos, donde comienza el orden público. En particular, estas sentencias rechazan que el art. 16 de la Constitución ampare el derecho a comportarse en todas las circunstancias de la vida con arreglo a las propias creencias.

Las sentencias el TS de 25-1-1983 y 13-10-1981 equiparan el orden público a "paz social", "paz pública" y "convivencia social" y esta misma Sala, en sentencia de 20-6-94, sección 5ª, lo ha equiparado a "paz y sosiego de los ciudadanos", el mantenimiento del cual, en espacios públicos municipales, es competencia del Ayuntamiento.

TERCERO.-No se aprecia, por tanto, la alegada falta de competencia municipal ni vulneración del art. 16 de la CE, pero tampoco la del art. 9 del Convenio Europeo para la Protección de los derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, suscrito en Roma en 1950 y ratificado por España en el año 1979, según el cual, en redacción vigente desde 1-11-1998: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión, o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás".

Atendiendo a las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo en relación con la prohibición del uso del velo (no integral), especialmente las de 29-6-2004, asunto Leyla Sahin vs Turquía y la de 4-12-2008, asunto Kervanci vs Francia, así como las citadas en éstas, (singularmente la del asunto Dahlab vs Suiza), el Tribunal europeo señala que una restricción de este tipo debe cumplir las exigencias del transcrito apartado 2 del art. 9, esto es, estar prevista por la ley, perseguir una o varias de las finalidades legítimas que enumera el precepto y ser necesaria en una sociedad democrática para alcanzarlas.

A la luz de los pronunciamientos del TEDH, en este caso se cumplen todas y cada una de las exigencias, como pasamos a argumentar:

a) Prevista por la ley. El Tribunal europeo recuerda que ello significa que la medida debe tener una base en 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 18 de junio de 1971; Kruslin vs Francia 24 abril 1990, las ya citadas de 29-6-2004, asunto Leyla Sahin vs Turquía y la de 4-12-2008, asunto Kervanci vs Francia, así como las citadas en éstas, 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.

Por tanto, tampoco se aprecia vulneración del art. 9 del Convenio como afirma la demanda.

CUARTO.-La recurrente estima también vulnerados los también invocados arts. 14 y 23 de la Constitución.

En relación con el derecho de igualdad del art. 14 la demandante de amparo no aporta ni alega término alguno de comparación sobre el que articular un eventual juicio de igualdad y que, por consiguiente, fuera revelador de un supuesto trato desigual lesivo del citado derecho (STC 87/2008, de 21 de julio, FJ 3, por todas).

Por lo que se refiere al art. 23, ni se precisa en cual de sus apartados se invoca (derecho a participar en asuntos públicos o derecho a acceder en condiciones de igualdad a funciones y cargos públicos ni se desarrolla mínimamente la supuesta vulneración. De todas formas, debemos reiterar todo lo anteriormente dicho por no apreciarse tampoco vulneración alguna a este derecho.

Y finalmente, las alegaciones que se realizan en la demanda respecto a denegación de pruebas propuestas (trámite no previsto en la elaboración de disposiciones generales como las Ordenanzas) o falta de diálogo con los colectivos afectados, basta recordar que el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales tiene por objeto otorgar amparo judicial respecto de las vulneraciones imputables a la actividad de las administraciones públicas, con la finalidad de preservar o restablecer los derechos fundamentales y libertades públicas, y está reservado para el examen de los derechos fundamentales especialmente protegidos a que se refiere el artículo 53 de nuestra Constitución.

Ciertamente, en términos de la Exposición de Motivos de la Ley 29/98, se pretende superar la rígida distinción entre legalidad ordinaria y derechos fundamentales por entender que la protección del derecho fundamental o libertad pública no será posible en muchos casos si no se tiene en cuenta el desarrollo legal de los mismos. Pero no podemos olvidar que el marco delimi-

La Ley Orgánica de Libertad Religiosa, que regula el desarrollo de este derecho fundamental de un modo nuclear y directo, señala en el art. 2.1 que la libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución, comprende el derecho de toda persona a manifestar libremente sus propias creencias religiosas, y la propia Constitución dice que tales manifestaciones no tendrán más limitación que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

El concepto de orden público (diferente del de seguridad ciudadana o de seguridad pública) es un concepto jurídico indeterminado, pero como dice el Tribunal Supremo, independientemente de la mayor o menor extensión que se le dé, se refiere, por definición, a conductas externas reales y perceptibles, y ello pone de manifiesto para el Alto Tribunal (sentencias 11 de febrero y 11 mayo de 2009) que el constituyente nunca pensó que las personas puedan comportarse siempre según sus propias creencias, sino que tal posibilidad termina, cuanto menos, donde comienza el orden público. En particular, estas sentencias rechazan que el art. 16 de la Constitución ampare el derecho a comportarse en todas las circunstancias de la vida con arreglo a las propias creencias.

Las sentencias el TS de 25-1-1983 y 13-10-1981 equiparan el orden público a "paz social", "paz pública" y "convivencia social" y esta misma Sala, en sentencia de 20-6-94, sección 5ª, lo ha equiparado a "paz y sosiego de los ciudadanos", el mantenimiento del cual, en espacios públicos municipales, es competencia del Ayuntamiento.

TERCERO.—No se aprecia, por tanto, la alegada falta de competencia municipal ni vulneración del art. 16 de la CE, pero tampoco la del art. 9 del Convenio Europeo para la Protección de los derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, suscrito en Roma en 1950 y ratificado por España en el año 1979, según el cual, en redacción vigente desde 1-11-1998: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión, o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás".

Atendiendo a las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo en relación con la prohibición del uso del velo (no integral), especialmente las de 29-6-2004, asunto Leyla Sahin vs Turquía y la de 4-12-2008, asunto Kervanci vs Francia, así como las citadas en éstas, (singularmente la del asunto Dahlab vs Suiza), el Tribunal europeo señala que una restricción de este tipo debe cumplir las exigencias del transcrito apartado 2 del art. 9, esto es, estar prevista por la ley, perseguir una o varias de las finalidades legítimas que enumera el precepto y ser necesaria en una sociedad democrática para alcanzarlas.

A la luz de los pronunciamientos del TEDH, en este caso se cumplen todas y cada una de las exigencias, como pasamos a argumentar:

a) Prevista por la ley. El Tribunal europeo recuerda que ello significa que la medida debe tener una base en 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 18 de junio de 1971; Kruslin vs Francia 24 abril 1990, las ya citadas de 29-6-2004, asunto Leyla Sahin vs Turquía y la de 4-12-2008, asunto Kervanci vs Francia, así como las citadas en éstas, 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.

Por tanto, tampoco se aprecia vulneración del art. 9 del Convenio como afirma la demanda.

CUARTO.—La recurrente estima también vulnerados los también invocados arts. 14 y 23 de la Constitución.

En relación con el derecho de igualdad del art. 14 la demandante de amparo no aporta ni alega término alguno de comparación sobre el que articular un eventual juicio de igualdad y que, por consiguiente, fuera revelador de un supuesto trato desigual lesivo del citado derecho (STC 87/2008, de 21 de julio, FJ 3, por todas).

Por lo que se refiere al art. 23, ni se precisa en cual de sus apartados se invoca (derecho a participar en asuntos públicos o derecho a acceder en condiciones de igualdad a funciones y cargos públicos ni se desarrolla mínimamente la supuesta vulneración. De todas formas, debemos reiterar todo lo anteriormente dicho por no apreciarse tampoco vulneración alguna a este derecho.

Y finalmente, las alegaciones que se realizan en la demanda respecto a denegación de pruebas propuestas (trámite no previsto en la elaboración de disposiciones generales como las Ordenanzas) o falta de diálogo con los colectivos afectados, basta recordar que el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales tiene por objeto otorgar amparo judicial respecto de las vulneraciones imputables a la actividad de las administraciones públicas, con la finalidad de preservar o restablecer los derechos fundamentales y libertades públicas, y está reservado para el examen de los derechos fundamentales especialmente protegidos a que se refiere el artículo 53 de nuestra Constitución.

Ciertamente, en términos de la Exposición de Motivos de la Ley 29/98, se pretende superar la rígida distinción entre legalidad ordinaria y derechos fundamentales por entender que la protección del derecho fundamental o libertad pública no será posible en muchos casos si no se tiene en cuenta el desarrollo legal de los mismos. Pero no podemos olvidar que el marco delimita

tativo esencial no viene fijado por la Ley sino por la Constitución al prefijar las características del proceso especial de amparo ordinario en el apartado segundo del artículo 53.

Como ya declaró el Tribunal Supremo en sentencia de 14-8-79, el proceso especial no puede extenderse a otro tema que no sea la comprobación de si un acto del poder público influye, daña o infringe dichos derechos fundamentales, debiendo quedar reservada al recuso ordinario cualquier otra cuestión relativa a la legalidad ordinaria del acto (SSTC 37/1982 y 84/1987), por lo que el acto impugnado ha de incidir en la esencia o desarrollo de algún derecho fundamental.

En consecuencia, no excediendo estas últimas cuestiones de la legalidad ordinaria, no procede entrar en su examen.

QUINTO.-No se aprecian motivos suficientes para efectuar un especial pronunciamiento en materia de costas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general

y pertinente aplicación,

FALLAMOS

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.

V. SEMINARIO SOBRE EL REGLAMENTO DE LA LEY DE EXTRANJERÍA

El pasado día 30 de junio entró en vigor el Reglamento de la Ley de Extranjería, un texto muy ambicioso, que aborda de forma prácticamente global el régimen de la extranjería en España. La FPTD, a través de Itínera se ha referido a su aprobación, presentación y debate, publicando asimismo una selección de su articulado.

Para profundizar en el conocimiento de este importante Reglamento, la Fundación Paulino Torras Domènech organizará, en el transcurso del próximo mes de septiembre, un Seminario de estudio que responde a los siguientes criterios:

- Intervención de cuatro ponentes que presentaran las

partes más significativas del Reglamento. Tres de estos ponentes pertenecen a entidades que han participado activamente (presentando informes) en el debate sobre el Reglamento abierto por el Ministerio; el cuarto es un representante del Ministerio (Gabinete de la Secretaría de Estado).

- Participación de un número limitado de invitados, especialistas en Derecho de la extranjería o directores de asociaciones vinculadas con el mundo de la inmigración.

- A las cuatro presentaciones seguirá un debate de una hora aproximadamente.

PROGRAMA

Régimen de entrada y salida del territorio español. Anna Figueras. Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR).

Menores extranjeros y régimen sancionador. Olga Hernández. Associació Catalana de Professionals de l'Estrangeria (ACPE).

La nueva reglamentación de los derechos de defensa. Sergi Santacana. Servicios de extranjería del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.

Objetivos y novedades principales del Reglamento. Santiago Yerga. Gabinete de la Secretaría de Estado sobre Inmigración. Ministerio de Trabajo e Inmigración.

Fundación Paulino Torras Domènech

Observadora no gubernamental de la Organización Internacional de las Migraciones (O.I.M.)
Colaboradora de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.)

Departamento de actividades culturales
dac@fptd.org
www.itinerauniversitas.org



