

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO SALA DE LO CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 4069/97 DE PROTECCIÓN  
JURISDICCIONAL**

**SENTENCIA NÚMERO 15/98**

ÍLMOS. SRES.

PRESIDENTE:

- D. ENRIQUE TORRES Y LÓPEZ DE LACALLE

MAGISTRADOS:

- D. RAMÓN CASTILLO BADAL
- D. ROBERTO SAIZ FERNÁNDEZ

En la Villa de BILBAO, a dieciséis de enero de mil novecientos noventa y ocho.

La sección PRIMERA de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número 4069/97 y seguido por el procedimiento PROTECCIÓN JURISDICCIONAL, en el que se impugna: la denegación presunta por silencio administrativo de la solicitud formulada por Dña. Ixabel Alkain Etxebarria, Dña. Rosario Iraola Martínez y Dña. Maite Arizaga Errazkin, en fecha 7 de julio de 1997, al Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Hondarribia, en su doble condición de miembro nato de la Junta del Alarde y de máximo representante del Ayuntamiento de esa ciudad, en el sentido de que tuviera a bien declarar su derecho a participar en el Alarde de Hondarribia en condiciones de igualdad respecto de sus conciudadanos varones, admitiendo su incorporación en las referidas condiciones a las compañías que corresponden a sus respectivos barrios.

Son partes en dicho recurso: como recurrente ASOCIACIÓN "JOANA MUGARRIETAKOA", representada por la Procuradora D<sup>a</sup> ISABEL QUINTANA CANTERO y dirigido por la Letrada D<sup>a</sup> SONIA ORIBE CANTERO.

Como demandada AYUNTAMIENTO DE HONDARRIBIA, representado por el Procurador D. GERMÁN APALATEGUI CARASA y dirigido por el Letrado.

Y EL MINISTERIO FISCAL por corresponderle "ope legis" la representación pública y la defensa de la legalidad.

Siendo Ponente el iltmo. Sr. D. ROBERTO SAIZ FERNÁNDEZ, Magistrado de esta Sala.

**I. ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Él día 11 de Agosto de 1997 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que D<sup>a</sup> ISABEL QUINTANA CANTERO actuando en nombre y representación de la ASOCIACIÓN "JOANA MUGARRIETAKOA", interpuso recurso contencioso-administrativo contra la denegación presunta por silencio administrativo de la solicitud formulada por Dña. Ixabel Alkain Etxebarria, Dña. Rosario Iraola Martínez y Dña. Maite Arizaga Errazkin, en fecha 7 de julio de 1997, al Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Hondarribia, en su doble condición de miembro nato de la Junta del Alarde y de máximo representante del Ayuntamiento de esa ciudad, en el sentido de que tuviera a bien declarar su derecho a participar en el Alarde de Hondarribia en condiciones de igualdad respecto de sus conciudadanos

varones, admitiendo su incorporación en las referidas condiciones a las compañías que corresponden a sus respectivos barrios; quedando registrado dicho recurso con el número 4069/97.

El presente recurso, por disposición legal, se reputa de cuantía indeterminada.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ella expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia estimándose íntegramente este recurso, declarando la infracción por parte de la resolución presunta del Ayuntamiento de Hondarribia desestimatoria de la solicitud de 7 de julio de 1997 sobre la incorporación de las mujeres al Alarde de Hondarribia, en condiciones de igualdad respecto a sus conciudadanos varones, de lo dispuesto en los artículos 1.1 y 9.2 de la Constitución y se declare la misma nula de pleno derecho y sin efectos, así como todas las actuaciones y actos que de aquélla traigan causa, imponiendo si fuera preciso las medidas positivas que estimare oportunas para un efectivo cumplimiento del artículo 14 CE.

TERCERO.- Por el Ministerio Fiscal en el escrito de contestación, interesa de la Sala la estimación de la presente demanda, en razón a lo expuesto entendiendo que el acto recurrido vulnera el Dº a la igualdad establecido en el art. 14 (en relación con el art. 1-1 y 92).

CUARTO.- El procedimiento se recibió a prueba, practicándose con el resultado que obra en autos.

QUINTO.- En la substanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales.

## **II FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo, número 4069 de 1997, que interpone la Procuradora de los Tribunales, Dña. Isabel Quintana Cantero, en representación de la Asociación JOANA MUGARRIETA de Hondarribia, y seguido bajo las reglas del procedimiento judicial de Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales de la Persona que regula la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, la denegación presunta por silencio administrativo de la solicitud formulada por Dña. Ixabel Alkain Etxebarría, Dña. Rosario Iraola Martínez y Dña. Maite Arizaga Errazkin, en fecha 7 de julio de 1997, al Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Hondarribia, en su doble condición de miembro nato de la Junta del Alarde y de máximo representante del Ayuntamiento de esa ciudad, en el sentido de que tuviera a bien declarar su derecho a participar en el Alarde de Hondarribia en condiciones de igualdad respecto de sus conciudadanos varones, admitiendo su incorporación en las referidas condiciones a las compañías que corresponden a sus respectivos barrios.

Funda la parte recurrente su pretensión anulatoria en la infracción que dicha presunta resolución denegatoria supone del principio de igualdad que proclama y garantiza el artículo 14 de la Constitución española, en su vertiente de proscripción de toda discriminación por razones de sexo.

El Ministerio Fiscal emitió el Informe a que se refiere el apartado 4 del artículo 8 de la citada Ley 62/1978, de 26 de diciembre, en el sentido de apreciar la infracción constitucional denunciada e interesar la estimación del recurso interpuesto.

SEGUNDO.- Planteada la cuestión que ha de resolverse en este pleito en la forma en que ha quedado expuesta, ante la omisión de objeciones o matices a que da lugar la incorporación tardía al proceso de la Administración demandada, ha de comenzarse el debate, en una primera aproximación al problema suscitado, con la conmemoración de lo que ha dicho con reiteración el Tribunal Constitucional, y ha quedado consagrado como doctrina, respecto del artículo 14 de la Constitución que, al consagrar el principio llamado de "igualdad ante la ley", ha impuesto un límite a la potestad del legislador y ha otorgado un derecho subjetivo en los términos expresados en la sentencia 76/83, de 5 de agosto

(Fundamento Jurídico 2.A) (RTC/1983/76). Consistente el primero en que las normas legales no creen entre los ciudadanos situaciones desiguales o discriminatorias, y, el segundo, en el poder de poner en marcha los mecanismos jurídicos idóneos para establecer la igualdad rota. También ha sido dicho por el mismo Tribunal que la igualdad ante la Ley consiste en que cuando los supuestos de hecho sean iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan de tales supuestos de hecho han de ser, asimismo, iguales. Y que deben considerarse iguales los supuestos de hecho cuando la introducción en uno de ellos de un elemento o factor que permita diferenciarlo del otro hay de considerarse falta de un fundamento racional - y sea, por ende, arbitraria- por no ser tal factor diferencial necesario para la protección de bienes y derechos, buscada por el legislador. De esta suerte, dos situaciones consideradas como supuestos de hecho normativos son iguales si el elemento diferenciador debe considerarse carente de la suficiente relevancia y fundamento racional", según se expresa en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de noviembre de 1983, que, ahondando aún más en la cuestión, afirma que: "El artículo 14 de la Constitución, además, establece una serie de supuestos de discriminaciones que pueden considerarse como típicas, entre las cuales se encuentra sin ningún género de dudas la diferenciación o discriminación del trato jurídico que deriva del sexo de la persona, estableciendo, así, también el Tribunal Constitucional la doctrina de que: "...el principio de igualdad encierra una prohibición de discriminación, de tal manera que ante situaciones iguales deben darse tratamientos iguales" (sentencia de 10 de julio de 1981) (RTC/1981/23), pero no supone ni "prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso que pueda incluso venir exigido en un Estado social y democrático de derecho para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento... Lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación... es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable" (sentencia de 12 de noviembre de 1981) (RTC/1981/36); sentencia que se reitera en la de 26 de febrero de 1982 (RTC/1982/7), en la que, tras recordar que "el referido principio de igualdad ..., vincula a todos los poderes públicos porque así lo afirma taxativamente el artículo 53.1 de la CE...", vuelve a insistir en la idea de que "... el referido artículo 14 de la Constitución es el relativo al derecho de igualdad jurídica que prohíbe la discriminación o, dicho de otro modo, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable...". Precisamente por esta exigencia de que la desigualdad, para que no se oponga al principio reconocido en el artículo 14 del texto constitucional, debe ser justificada y razonable; el Tribunal estima que debe utilizarse " ... un especial rigor a la hora de considerar justificada una desigualdad..." (sentencia de 5 de mayo de 1982) (RTC71982719).

Y en la Sentencia del TC, de 14 de noviembre de 1991, resolviendo una cuestión anudada a un supuesto de discriminación por razón del sexo, se observa que: "... la igualdad que el art. 1.1 de la Constitución proclama como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico -inherente, junto con el valor justicia, a la forma de Estado Social que ese ordenamiento reviste, pero también, a la de Estado de Derecho- no sólo se traduce en la de carácter formal contemplada en el art. 14 y que, en principio, parece implicar únicamente un deber de abstención en la generación de diferenciaciones arbitrarias, sino asimismo en la de índole sustancial recogida en el art. 9.2, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la de los individuos y de los grupos sea real y efectiva. Y continúa: "La incidencia del mandato contenido en el art. 9.2 sobre el que, en cuanto se dirige a los poderes públicos, encierra el artículo 14 supone una modulación d este último, en el sentido, por ejemplo, de que no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida -antes al contrario- la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial. Así lo viene entendiendo este Tribunal constantemente SS TC 128/1987 (RTC/1987/128), 166/1988 (RTC719887166), 19/1989 (RTC/1989/19) y 145/1991 (que versan precisamente sobre pretendidas

discriminaciones por razón de sexo y a cuya doctrina en este punto procede remitirse)". Insistiendo en que: "...la modulación aludida además de llevar a la calificación de no discriminatorias, en los términos del art. 14, a las acciones diferenciadas semejantes, exige de los poderes públicos enfrentados a una situación de desigualdad de origen histórico, la adopción de una actitud positiva y diligente tendente a su corrección; de tal modo que, si bien no cabe, por lo general, mesurar *ex Constitutione* la falta de celo y presteza del legislador en la procura de aquella corrección cuando una desigualdad de hecho no se traduce en una desigualdad jurídica, la concurrencia de esta última por la pervivencia en el ordenamiento de una discriminación no rectificadas en un lapso de tiempo razonable habrá de llevar a la calificación como inconstitucionales de los actos que la mantengan". Para concluir con que: "En el presente caso, los poderes públicos -el legislador parlamentario, el Gobierno y la Administración- heredan de la etapa preconstitucional una situación de desigualdad consistente en que las mujeres encontraban vedado su acceso a las Academias Militares, exclusión a todas luces inconstitucional, pues, como se dice en la STC 207/1987 (RTC/1987/207), "el sexo en sí mismo no puede ser motivo de trato desigual, ya que la igualdad entre ambos sexos está reconocida expresamente por el art. 14 de la Constitución". Prohíbe tal precepto constitucional de manera explícita el "mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 de la CE. En este sentido no debe ciertamente olvidarse que la expresa exclusión de la discriminación por razón de sexo halla su razón concreta, como resulta de los mismos antecedentes parlamentarios del art. 14 CE. y es unánimemente admitido por la doctrina científica, en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina...". (STC 128/1987).

TERCERO.- Por ello no es impropio recordar que, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cuando frente a situaciones iguales o aparentemente iguales se produzca una impugnación fundada en el artículo 14, corresponde a quienes asumen la defensa de la legalidad impugnada y, por consiguiente, la defensa de la desigualdad creada por tal legalidad la carga de ofrecer el fundamento de esa diferencia que cubra los requisitos de racionalidad y de necesidad en orden a la protección de los fines y valores constitucionalmente dignos y, en su caso, propuestos por el legislador a que antes hemos hecho referencia.

Es el caso, sin embargo, que la Administración demandada, no obstante quedar debidamente emplazada mediante la providencia dictada en 12 de agosto de 1997, formalizó su comparecencia en el proceso mediante escrito presentado en 6 de noviembre de 1997, teniéndosele por personada en providencia del día 10 de dicho mes y año, precluída ya, por tanto, la fase alegatoria de contestación a la demanda y en pleno período probatorio, trámite que había sido acordado por auto de 27 de octubre de 1997.

No es óbice lo anterior para, en cumplimiento del mandato constitucional *-in extenso-* de procurar para todas las personas una tutela judicial efectiva (ex artículo 24 C.E.), atender, en beneficio también del debate jurídico, a las razones que, en el escrito de alegaciones, suscrito por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Hondarribia y aprobado por su Comisión de Gobierno, en sesión celebrada en 18 de agosto de 1997, y presentado ante este Tribunal en 19 de agosto de dicho año, ofrece la administración demandada en defensa de la legalidad del acto administrativo presunto objeto de impugnación.

Objeta primeramente la Administración la falta de legitimación pasiva en el proceso, con fundamento en que el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento no es órgano constituyente declarativo de Derechos Fundamentales (sic), pues su función reside en el gobierno y Administración de su municipio y en que no tiene competencia decisoria alguna para determinar quién o quiénes y en qué condiciones pueden ser actores en la representación del Alarde. Razones que no pueden tener acogida favorable, de un lado, por

la ablación que suponen de los efectos y consecuencias del mandato constitucional que se contiene con carácter general en el artículo 9.2 y 14 C.E. como consecuencia del valor superior de la igualdad que adopta el Estado para su ordenamiento jurídico, al cual inspira, por virtud del artículo 1 C.E., y cuyos efectos alcanzan a todos los poderes públicos y a la plenitud de sus actuaciones desde la doble vertiente de promover las condiciones que la hagan real y efectiva como de remover los obstáculos que la impidan o dificulten. No constituye el respeto de los derechos fundamentales de la persona, por tanto, una facultad que el ordenamiento atribuya a la Administración sino un imperativo constitucional cuyo incumplimiento comporta las consecuencias jurídicas más drásticas que prevé el ordenamiento, esto es, la radical nulidad del acto o disposición administrativa -artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre-; y, de otro, porque no parece sostenible la ausencia de vinculación eficiente del Ayuntamiento de Hondarribia con el acto de celebración del Alarde, no ya sólo por el papel protagonista que ha asumido, desde el año de 1639 y a lo largo del tiempo hasta nuestros días, en el ámbito de la ordenación normativa del evento, según justifica la parte recurrente en la documentación que aporta, bajo el número 12 de los que acompañan al escrito de demanda, y obra en los folios 258 a 284 de los presentes autos, sino, también, por la directa participación del Sr. Alcalde, como miembro nato, en la Junta del Alarde, que es el órgano encargado de velar por el buen desarrollo del Alarde y de todo aquello que directa o indirectamente está relacionado con él, y como órgano fundamental que es del propio Ayuntamiento, que actúa como ente decisor de las cuestiones del Alarde -Reglamento de la Junta del Alarde, aprobado por el Ayuntamiento de Hondarribia, en sesión plenaria de 5 de octubre de 1995-; vinculación que queda reforzada por la intervención que, en el ejercicio de sus competencias, lleva a cabo la Entidad Local demandada en la materia relativa a la actividad cultural en el municipio -(artículo 25, 2, m) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local- y que se materializa, entre otros aspectos, en la subvención, mediante fondos públicos, de los gastos que la celebración del Alarde conlleva -2.084.000 pesetas, según consta en el Presupuesto General aprobado para el año 1996-, circunstancia suficientemente acreditada por la parte actora en los presentes autos (folios 137 y siguientes).

CUARTO.- Niega, seguidamente, la Administración demandada la vulneración de derechos fundamentales de la persona por el hecho de que las mujeres no desfilen en el Alarde de Hondarribia como soldados, desempeñando el mismo papel que los hombres, estableciendo una distinción semántica entre los términos desfilan y participar, atribuyendo a éste un carácter más amplio en el que queda subsumido el primero y estimando que la imposibilidad de desfilan, justificada en el carácter de representación histórica que atribuye al Alarde, no comporta la negación de participar en dicho acto.

Sin que pueda tenerse a esta sede jurisdiccional como ámbito adecuado para la discusión lingüística, ni estemos ante la necesidad de una interpretación gramatical del precepto aplicable, debe señalarse, en primer lugar, que el hecho infractor en el supuesto que se examina atañe a la no participación de las mujeres en el desfile que se lleva a cabo con motivo del Alarde de Hondarribia, en las mismas condiciones y con el mismo rol en que lo hacen los ciudadanos varones, es decir, como soldados; en segundo lugar, la participación prevista para las mujeres, desfilando exclusivamente como cantineras - con las connotaciones de secundariedad y desprestigio que subliminalmente de dicho rol pudieran derivarse-, en número muy inferior al de los varones -alrededor de veinte cantineras frente a varios miles de soldados- y en unas condiciones mucho más restrictivas -"las elegidas podrán desfilan en el Alarde una sola vez" (art. 23 de la Ordenanza)- que, además, afectan a su estado civil -"será condición indispensable ser soltera (art. 23 de la Ordenanza)- y sin que consten en la Ordenanza del Alarde criterios de selección objetivos, supone un trato desigual para ellas respecto de los hombres de dicho municipio que, por no aparecer justificado por elementos de razonabilidad bastantes, bien al amparo de circunstancias históricas -si se tiene en consideración la firme participación de las mujeres de

Fuenterrabía en la defensa activa y final alzamiento del sitio que padeció la fortaleza durante sesenta y nueve días del año 1638, con fuerte derrota de las fuerzas sitiadoras -Moret, SJ, en "Empeños de valor y bizarros desempeños o sitio de Fuenterrabía", "Informe Histórico relativo a la participación de las mujeres en la Defensa de Fuenterrabía de 1638", de Euzko Ikaskuntza y otros documentos que aporta la parte recurrente al proceso (folios 258 a 284 de los autos)-, bien con fundamento en la propia naturaleza del acto conmemorativo, que no parece ser fiel representación del hecho histórico -defensa del sitio de Fuenterrabía-, ni de los actos cívico-militares que sucedieron al levantamiento del sitio en 1638, ni, asimismo, representa la escenificación del Alarde tradición histórica, en cuanto a las formas, por cuanto que a lo largo del tiempo ha venido sufriendo modificaciones en la vestimenta de los intervinientes y en la propia composición del Alarde -creación y supresión de compañías, mujeres cantineras con montura y sin ella, armadas de escopeta y desarmadas-, que se alejan en lo formal del hecho histórico, en favor de intereses o conveniencias -de tipo económico, promocional, político o meramente cultural- de cada momento (a lo que, ejemplificativamente, parece responder la creación de una compañía, llamada Mixta, compuesta de veraneantes de la localidad)- "Informe sobre las mujeres y los Alardes", de Idoia Estornés Zubizarreta (folios 186 a 199 de los autos) y Florentino Portu, en "Hondarribia, Notas históricas y curiosidades", págs. 446 y 447, 1989, (folio 96 de los autos), resulta discriminatorio.

Si, como ha quedado expuesto, resulta, cuando menos, dudoso que las razones que, en justificación del trato desigual, se alegan por la Administración demandada, y buscan amparo en el respeto a las tradiciones propias de aquella localidad, guarden la exigible conexión directa, tanto en lo sustantivo como en lo adjetivo, con el hecho histórico que pretenden conmemorar, tales motivos, aún aceptándolos hipotéticamente como presupuesto en sí mismo válido, no pueden integrar el elemento de razonabilidad que legitima la desigualdad y menos aún la discriminación, pues como ha dicho recientemente el Tribunal Constitucional, en Sentencia 126/1997, de 3 de julio: "...el carácter histórico de una institución no puede excluir, por sí sólo, su contraste con la Constitución. Pues si los principios y valores de ésta informan la totalidad de nuestro ordenamiento, la consecuencia es que la Norma Fundamental imposibilita el mantenimiento de instituciones jurídicas (aún con probada tradición) que resulten incompatibles con los mandatos y principios constitucionales", con cita de otras sentencias, entre ellas, la STC 76/1988 (RTC 1988, 76), F.J. 3º. Y, con mayor contundencia, declara el Tribunal Constitucional, en la citada Sentencia 126/1997, de 3 de julio, que: "De este modo, si el principio de igualdad no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato, las prohibiciones de discriminación, en cambio, imponen como fin y generalmente como medio la parificación de trato legal, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica (STC 229/1992 [RTC 1992, 229], F.J. 4ª). Lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto y que implica un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad (SSTC 75/1983, F.J. 4º, 209/1988 [RTC 1988, 209], F.J. 6º)".

QUINTO.- Consecuencia de lo anteriormente expuesto y razonado será la estimación del recurso interpuesto, con declaración de radical nulidad del acto administrativo impugnado, por infracción del artículo 14 de la Constitución, en cuanto que resulta discriminatorio para las recurrentes por razón de sexo.

Estimación que comporta la imposición de las costas procesales a la Administración demandada, de conformidad con lo establecido en el artículo 10.3 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre.

En consideración a los anteriores fundamentos jurídicos, este Tribunal dicta el siguiente

## **FALLO**

QUE DEBEMOS ESTIMAR, COMO ASÍ ESTIMAMOS, EL PRESENTE RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, NÚMERO 4069 DE 1997, INTERPUESTO POR LA PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES, DÑA. ISABEL QUINTANA CANTERO, EN REPRESENTACIÓN DE LA ASOCIACIÓN "JOANA MUGARRIETA" DE HONDARRIBIA, Y SEGUIDO BAJO LAS REGLAS DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LA PERSONA, QUE REGULA LA LEY 62/1978, DE 26 DE DICIEMBRE, CONTRA LA DENEGACIÓN PRESUNTA POR SILENCIO ADMINISTRATIVO DE LA SOLICITUD FORMULADA POR DÑA. IXABEL ALKAIN ETXEBARRIA, DÑA. ROSARIO IRAOLA MARTÍNEZ Y DÑA. MAITE ARIZAGA ERRAZKIN, EN FECHA 7 DE JULIO DE 1997, AL SR. ALCALDE-PRESIDENTE DEL AYUNTAMIENTO DE HONDARRIBIA, EN SU DOBLE CONDICIÓN DE MIEMBRO NATO DE LA JUNTA DEL ALARDE Y DE MÁXIMO REPRESENTANTE DEL AYUNTAMIENTO DE ESA CIUDAD, EN EL SENTIDO DE QUE TUVIERA A BIEN DECLARAR SU DERECHO A PARTICIPAR EN EL ALARDE DE HONDARRIBIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD RESPECTO DE SUS CONCIUDADANOS VARONES, ADMITIENDO SU INCORPORACIÓN EN LAS REFERIDAS CONDICIONES A LAS COMPAÑÍAS QUE CORRESPONDEN A SUS RESPECTIVOS BARRIOS, QUE DECLARAMOS NULO DE PLENO DERECHO, POR INCURRIR EN LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DEL SEXO QUE PROHIBE EL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. CON IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS PROCESALES DEVENGADAS EN ESTA INSTANCIA AL AYUNTAMIENTO DE HONDARRIBIA.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se dejará certificación literal en los autos, con encuadernación de su original en el libro correspondiente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Íltmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario doy fe en Bilbao a dieciséis de enero de mil novecientos noventa y ocho.

**SENTENCIA del 17 de enero de 1998 TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 774/97 DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL SENTENCIA Nº 16/98**

ILMOS. SRES.PRESIDENTE:

- DON ENRIQUE TORRES Y LÓPEZ DE LACALLE

MAGISTRADOS:

- DON LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANIA
- DON RAMÓN CASTILLO BADAL
- 

En la Villa de BILBAO, a diecisiete de Enero de mil novecientos noventa y ocho.

La Sección PRIMERA de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número 774/97 y seguido por el procedimiento ESPECIAL DE LA LEY 62/1979, de 26 de Diciembre, en el que se impugna: la Resolución del Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Irún de 31 de Enero de 1997, que desestima la solicitud planteada sobre reconocimiento a las recurrentes del derecho a ejercer su ciudadanía, participando en igualdad de condiciones que sus conciudadanos varones, desfilando en el próximo alarde de San Marcial sin recibir un trato diferenciado ni ser discriminadas por razón de sexo.

Son partes en dicho recurso: como recurrentes DOÑA MARÍA DEL ROSARIO ARRIBAS DIEZ, DOÑA MARÍA TERESA ASEGUINOLAZA MONTES, DOÑA MARÍA ROSARIO AYESA BRAVO, DOÑA MARÍA ROSARIO CAMPO MÜLLER, DOÑA MIREN ITZIAR ECHEVERRIA PADULES, DOÑA MARÍA CRISTINA ESTOMBA MINCHERO, DOÑA MIREN ITZIAR GONZALEZ LASA, DOÑA MARÍA DOLORES IÑIGO SÁNCHEZ, DOÑA MARÍA AMAYA JUNCAL LOREA CUEVAS, DOÑA MARÍA PILAR MOREIRO FERNANDEZ, DOÑA ANA JAYONE OCHOA FERNANDEZ, DOÑA MARÍA VICTORIA PRIETO BELTRAN Y DOÑA MERCEDES TRANCHE IPARAGUIRRE, representadas por la Procuradora de los Tribunales DOÑA ISABEL QUINTANA CANTERO y dirigidas por la Letrada DOÑA SONIA ORIBE.

Como demandada AYUNTAMIENTO DE IRUN, representado por el Procurador DON ALFONSO LEGORBURU ORTIZ DE URBINA, y dirigido por el Letrado DON MIKEL BADIOLA GONZÁLEZ.

Como parte coadyuvante, LA ASOCIACIÓN IRUNGO- BETIKO ALARDEAREN ALDEKOAK, representada por el Procurador DON XABIER NUÑEZ IRUETA, y dirigida por el Letrado D. JUAN M<sup>º</sup> ARRUE SALAZAR.

Y el Ministerio Fiscal por corresponderle "ope legis" la representación pública y la defensa de la legalidad.

Siendo Ponente el Magistrado de esta Sala, Iltmo. Sr. D. Luis Javier Murgoitio Estefanía, quien expresa el parecer de la misma.



## **I. ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El día 21 de febrero de 1997 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que D<sup>a</sup> Isabel Quintana Cantero, en representación de las recurrentes interpuso recurso contencioso-administrativo especial de Protección Jurisdiccional de los derechos Fundamentales contra la resolución del Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Irun de 31 de Enero de 1997, que desestima la solicitud planteada sobre reconocimiento a las recurrentes del derecho a ejercer su ciudadanía, participando en igualdad de condiciones que sus conciudadanos varones, desfilando en el próximo alarde de San Marcial sin recibir un trato diferenciado ni ser discriminadas por razón de sexo: quedó registrado dicho recurso con el número 774/97.

La cuantía del recurso se señaló por dicha parte como indeterminada.

**SEGUNDO.-** En el escrito de alegaciones de la parte recurrente presentado en fecha de 15 de Marzo de 1997, invocándose infracción de los artículo 1.1, 9.2 y 14 CE, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ella expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que se estime el presente recurso, y se declare nula de pleno derecho la resolución recurrida con restablecimiento del derecho constitucional violado, así como que se declaren nulos los artículos 23 y 24 de la Ordenanza Municipal del Alarde de San Marcial, así como el artículo 14 de la misma, si la única interpretación del mismo fuese excluyente de las mujeres.

**TERCERO.-** En los escritos alegatorios de las partes codemandada y coadyuvante, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ellos expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que declarada la conformidad a derecho de la resolución impugnada, se inadmita o se desestime el presente recurso.

El Ministerio Fiscal, por su parte, interesó la estimación del recurso por medio de escrito que tuvo entrada en esta Sala el día 11 de Junio de 1997.

**CUARTO.-** Ya con anterioridad, por Auto de 30 de Abril de 1997, la Sala, previa audiencia específica de la partes acordada por Providencia de 30 de Marzo, declaró la competencia del orden jurisdiccional contencioso administrativo para conocer del presente proceso.

**QUINTO.-** El proceso se recibió a prueba por Auto de 11 de Junio, al solicitarlo todas las partes, formándose ramo separado para cada una de ellas. Propuestas por la parte recurrente los medios documental y testifical, rechazándose de esta última la a cargo del Ararteko, la Directora del Instituto Vasco de la Mujer (Emakunde), y Doña Ane Lasa Garmendia, practicándose la testifical a cargo de DOÑA MARÍA ISABEL CASTELLÓ GOIENETXEA ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Irun de fecha de 29 de Julio de 1997, formulándose por la representación de la asociación coadyuvante tacha de testigos mediante escrito de 3 de Setiembre de este año, oponiéndose a la misma la parte recurrente por escrito de 22 de Setiembre, con práctica de diligencia de prueba.

**SEXTO.-** En el remo de prueba de la parte coadyuvante se propusieron y unieron a los autos diversos documentos y publicaciones, -tomo IV de los autos-, y en el de la parte demandada se propusieron pruebas documentales, testificales y periciales, no admitiéndose la testifical mediante Providencia de 30 de Junio, que vino a ser confirmada más tarde por Auto de 19 de Setiembre, y acordándose la pericial a cargo de tres peritos Titulados en Historia, y designados por insaculación los mismos, ninguno de ellos aceptó el cargo,-folios 158 y 160 del ramo de la parte demandada-, acordándose por Providencia de 19 de Noviembre último sustituir la designación de otros nuevos por un informe colegiado a cargo del departamento procedente de la facultad de Filología y Geografía e Historia de la UPV, recibándose dicho

informe en fecha de 30 de Diciembre último, y acordándose la unión del mismo a los autos y, sin más trámites dada la naturaleza del procedimiento, el señalamiento para votación y fallo para el pasado día 14 de Enero de 1998.

El día 13 de Enero la representación del Ayuntamiento de Irun presentó escrito en que pide se tengan por hechas diversas manifestaciones acerca de no haberse conferido trámite del artículo 75.4 LJCA sobre dicho informe, ni de petición de aclaraciones al perito, acordándose su unión a los autos a los oportunos efectos.

**SÉPTIMO.-** Se han observado en lo esencial las formalidades y plazos previstos por las leyes procesales en la sustanciación del presente proceso.

## **II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.-** En el presente recurso contencioso administrativo especial de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona de la Ley 62/1.978, de 26 de Diciembre, pretenden las recurrentes la declaración de nulidad de pleno derecho por infracción de los artículos 1.1, 9.2 y 14 de la CE, de la resolución de la Alcaldía de Irun de 31 de Enero de 1997 que según la formulación actora, desestimaba la solicitud planteada en fecha de 19 de Diciembre de 1.996 de "reconocimiento de su derecho a ejercer plenamente la ciudadanía participando en la fiesta principal de la ciudad de Irun en iguales condiciones que sus conciudadanos varones, desfilando en el Ararde de San Marcial que había de tendrá lugar el día 30 de Junio de 1997", e igualmente la declaración de nulidad de los preceptos contenidos en los artículos 23 y 24, y en su caso 14, de la vigente Ordenanza del Ararde de San Marcial de Irun, de Mayo de 1.980.

El Ministerio Fiscal en su preceptiva alegación propone la estimación del presente recurso.

A todo ello, opone primeramente la representación en el proceso del Ayuntamiento demandado diversos **motivos de inadmisibilidad** de preferente examen y decisión respecto de los demás motivos en que la oposición de fondo se vertebra, pero antes incluso de acometer el examen de dichos óbices procesales es conveniente para la mayor claridad inicial de las actuaciones procedimentales hacer rápida mención de otros dos extremos a que han dado lugar iniciativas de los litigantes de distinto signo.

Por una parte, y como refleja la resultancia fáctica de esta sentencia, protestó la representación de la Administración demandada la omisión del trámite de alegaciones previsto por el artículo 75.4 de la Ley Jurisdiccional en relación al artículo 631 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y por no darse lugar a la petición de aclaraciones al perito. Hay que señalar al respecto que al hacer su manifestación de disconformidad no se formalizó recurso de súplica al amparo del artículo 92.1 LJCA, por lo que no se le cabe a la Sala otra providencia que la simple unión a los autos del escrito, tal como se le solicita, a no ser que se considerase de oficio por el órgano jurisdiccional la concurrencia de una infracción determinante de nulidad de actuaciones de conformidad con el artículo 240.2 LOPJ, redactado en este punto por Ley Orgánica 5/1997, de 4 de Diciembre, lo que no es el caso. Cabe decir así al respecto que el trámite previsto por el artículo 75.4 de la LJ está por su misma naturaleza en función exclusiva de aquellos procesos en que se da el trámite de vista, (o conclusiones), pero es un contrasentido tenerlo por aplicable en aquellos procedimientos especiales en que como el presente no cabe concluir a las partes sobre ninguna de las pruebas practicadas, pues, por la sumariedad del mismo, se ha prescindido legalmente de articular un trámite semejante, de suerte tal que de otorgarse dicho plaza de alegaciones podrían las partes, en demérito de aquella sumariedad, hacer conclusiones sobre una prueba tardíamente traída al proceso, mientras que no han podido antes formularlas respecto del grueso de la prueba practicada en plazo.

El otro aspecto, el de las aclaraciones o preguntas al perito, es ajeno igualmente al tipo excepcional de medio probatorio empleado, artículo 631 LEC-, y que no puede confundirse con la prueba pericial ordinaria. Esta última admite la posibilidad de que las partes, por conducto judicial, soliciten al perito las "**explicaciones oportunas para el esclarecimiento de los hechos**",-artículo 628 LEC-, posibilidad que está asociada a las característica general de oralidad en la evacuación del dictamen, (bajo forma de declaración) , o bien a la ratificación jurada del dictamen cuando éste es escrito.-artículo 627 LEC-. Sin embargo, si el dictamen se sustituye por el informe de Academia, Colegio o Corporación oficial del artículo 631, (como lo es el solicitado por esta Sala, independientemente de que un profesor o especialista estampe su firma en el mismo), lo que previene la ley procesal es que dicho informe "**se unirá a los autos**", cualquiera sea el momento en que se reciba, sin prevenir por tanto trámite alguno de ratificación, lo que en buena lógica se explica si se tiene presente que un Colegio o colectivo profesional no puede ser sometido a juramento ni ofrecer aquellas "explicaciones oportunas" a presencia judicial propias de la vertebración procesal de la prueba ordinaria de peritos.

El segundo particular digno de mención es el referente a la **tacha de testigo**, cuyo trámite procesal no contempla previo ni especial pronunciamiento o siquiera tratamiento separado dentro de la sentencia, ("se tendrá presente a su tiempo" dice el artículo 664 LEC, o "para los efectos que procedan en definitiva", el artículo 666), quedando la suerte de las alegaciones y pruebas practicadas en el incidente deferida al momento de la apreciación de la prueba, pues como dice entre otras la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 6 de Octubre de 1.994, (Ar. 7.804), respecto de la tacha del testigo, "*...ésta no impide su valoración , porque a diferencia de la inhabilidad del testigo, la tacha no es sino una circunstancia del mismo que ha de apreciarse en concurrencia con las demás*", razón ésta por la que en el presente caso la tacha opuesta a la testigo presentada por la parte recurrente será objeto de examen, sólo en su caso, si su testimonio hubiese de tenerse en cuenta para fundamentar el fallo.

SEGUNDO.- Dicho lo anterior, el primero de los **motivos de inadmisibilidad** sostiene que al no haberse incorporado expresamente el régimen de los actos presunto de la nueva Ley de Procedimiento Administrativo común 30/1.992, de 26 de Noviembre, a la mecánica de la Ley 62/1.978, de 26 de Diciembre, como la solicitud de las actoras se formuló el día 19 de Diciembre y hasta el 29 de Enero de 1997 no pidieron la certificación de acto presunto, o bien se entiende que había transcurrido treinta y dos días hábiles, es decir, más de los veinte días más diez días a que se ciñe el artículo 8.1 LPJDF, siendo extemporánea la interposición del recurso contencioso, o bien se considera que la certificación se solicitó antes de transcurrir los tres meses previstos por la Ley 30/1.992 de 26 de Noviembre, con un planteamiento igualmente inadmisibile.

Sin embargo, como la Sala ha de pronunciarse nada más sobre aspectos procedimentales imprescindibles para determinar si el acceso a la cuestión de fondo es o no posible y no sobre cuestiones puramente teóricas, lo que resplandece es que en este proceso se combate una actuación expresa de la Administración demandada, -el acto de la Alcaldía de 31 de Enero de 1997, notificado el día 11 de Febrero de 1997, (Folio 19 de los autos)-, y que si el proceso se interpuso dentro de los diez días siguientes a la notificación del mismo, 21 de Febrero de 1.991, según folio 1),-artículo 8º Ley 62/78-, y nada tienen que decir sobre la admisibilidad del mismo los plazos previstos para el caso de silencio administrativo, pues no concurre tal figura, ni la actual institución de los actos presuntos.

El segundo motivo de inadmisibilidad afirma que el acto impugnado es una comunicación de la Alcaldía que tiene carácter de mero acto de certificación carente de todo contenido decisorio y que como "acto de conocimiento" y no de voluntad, sería solo examinable en cuanto a la declaración de conocimiento que incorpora y la fidelidad de ésta al acto que refleja, lo que aquí no se plantea, pero no en cuanto al

contenido del acuerdo de la Junta del Ararde que el Alcalde comunica, que en este proceso no es ni siquiera específicamente combatido.

No obstante,-y ya tuvo ocasión de anticipar esta Sala en alguna medida esta reflexión son motivo de dictarse el Auto de 30 de Abril de 1997 sobre competencia de este Orden Jurisdiccional para conocer del asunto, (folios 243 a 246)-, tal enfoque se adapta linealmente a una de las facetas que a la Alcaldía de Irun le incumbe en esta materia, que es la de ser Presidente de la Junta del Ararde, como órgano interpretativo, siendo normal que desde ella le corresponda certificar los acuerdos de aquella y trasladarlos a los eventuales interesados.

Pero el juicio contencioso administrativo no es un "**proceso al acto administrativo**",-STS. de 20 de Febrero de 1997, (Ar. 1.854)-, sea éste cual sea, sino, como ya afirmaba la Exposición de Motivos de la Ley Jurisdiccional de 1.956 un auténtico juicio, similar al que se desarrolla ante otros órdenes Jurisdiccionales, que tiene por función resolver sobre la acomodación o no al orden jurídico de las pretensiones deducidas frente a las Administraciones Públicas, y lo que resulta relevante para que el proceso sea admisible es verificar la existencia de una pretensión ejercitada con carácter previo y el surgimiento del presupuesto procesal del acto revisable, cuyo contenido y naturaleza no vendrán determinados por la particular articulación y fundamentación del mismo, (que es su caso, puede tomar la apariencia de un acto de juicio o de conocimiento, y no de voluntad), sino por la pretensión de los interesados, del mismo modo que, en un orden paralelo, la sentencia judicial no es declarativa o constitutiva en función de la opción voluntarista del órgano jurisdiccional, sino como correlato ineludible de cual sea la naturaleza de la pretensión ejercitada por los litigantes. No es, por tanto, el acto o la resolución recurridos el verdadero objeto del proceso de que las declaraciones del Tribunal no puedan extraviarse, ni el "**módulo o patrón constriñente**" del mismo, en palabras de sentencias del Tribunal Supremo, como las de 17 de Diciembre de 1.990, (Ar. 10.211), o 4 de Febrero de 1.992, (Ar. 454), por citar solo algunas.

En consecuencia de lo anterior, si un órgano de una concreta Administración pública decide resolver una pretensión de reconocimiento de situación jurídica de los administrados y/o de restablecimiento de la misma mediante el dictado de una resolución formulada como acto de conocimiento de una resolución formulada como acto de conocimiento de una resolución o actividad anterior, ello no impide que las pretensiones de los recurrentes sean examinadas como lo que realmente son, y que se deba entender que lo que el órgano administrativo ha manifestado es su voluntad frente a tales pretensiones, sea estimatoria o desestimatoria, y no su simple conocimiento de otros acuerdos o interpretaciones generales previas surgidas de su propio ámbito.

En suma, el acto emitido por la Alcaldía de Irun en fecha de 31 de Enero de 1997, que es presupuesto de este proceso, resulta ser, y enseguida se volverá sobre ello, una declaración de voluntad desestimatoria de las pretensiones que a dicho órgano municipal se le planteaban, con total independencia y abstracción hecha de que el contenido explícito del acto consista en remitirse a, o transcribir como respuesta a lo pretendido, el acuerdo dictado unos meses antes por la Junta del Ararde.

**TERCERO.-** La falta de contenido justificativo de un pronunciamiento de fondo sobre materias constitucionales que aquejaría el acto recurrido, según el planteamiento tendente a la inadmisibilidad del recurso que propone el Ayuntamiento de Irun en relación con el artículo 50 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, es materia conexas con la anterior invocación de inadmisibilidad del recurso que tampoco merece favorable acogimiento.

Entiende la parte demandada no sólo que se ja recurrido un acto de comunicación efectuado por la Alcaldía que no puede por tanto vulnerar el artículo 14 CE, sino que no toda instancia dirigida a cualquier

órgano para obtener un pronunciamiento genérico sobre igualdad constitucional, innecesario de suyo, basta para poder causar un acto administrativo rescindible ante la Jurisdicción y merecedor de cualquier pronunciamiento de fondo. Añade que de haberse pretendido otra cosa, se trataría de incidir sobre un sistema como el del Alarde que tiene su referencia en la Ordenanza y en el Pleno municipal, ambos distintos del Alcalde.

Ahora bien, para resolver el obstáculo procesal así planteado se debe tomar como punto de partida que son impugnables por este cauce especial de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales los actos de la Administración pública que afecten al ejercicio de tales derechos fundamentales, -artículo 6º LPJDF-, mientras que, en términos complementarios, el artículo 41.2 de la LOTC ampara frente a violaciones originadas por "disposiciones, actos jurídicos o simples vías de hecho" de los Poderes Públicos que menciona. Como es sabido, dando gran amplitud a esta formulación, la jurisprudencia ha establecido al respecto que en el proceso especial y sumario tienen cabida incluso los **actos de trámite** en tanto supongan violación o percutan sobre un derecho fundamental de los protegibles por este cauce, -por todas STS. de 27 de Septiembre de 1.989, (Ar. 6.410), o 26 de Febrero de 1.996, (Ar. 1629). A ello se añade también que la jurisprudencia describe dentro de la amplitud de actos que tienen cabida en el margen del proceso de la Ley 62/1.978, todo aquellos, **"ya sean tácitos o presuntos, de acción o de omisión, porque, como dice la Sentencia de 27 de Marzo de 1.987 (RJ 3.951), lo que ha de buscarse en la voluntad real de la Administración; y en la de 4 de Noviembre de 1.987 (RJ 7.967), al afirmar que la actuación material, calificada por los recurrentes "vía de hecho" hay que estimarla comprendida en la expresión "actos de la Administración Pública" utilizada por el artículo 6 de la Ley 62/78"**. De la STS. de 17 de Octubre de 1.988, (Ar. 7.696).

Para confirmar entonces que el acto recurrido puede afectar realmente al derecho fundamental a la igualdad invocado se debe presuponer en efecto que existe una relación de causa-efecto entre el contenido del acto, (entendiendo como ha quedado dicho más arriba), y la privación del ejercicio del derecho constitucional, y ésta es la característica que parece poner en cuestión en este caso el motivo de inadmisibilidad que se examina.

Ya se ha adelantado que el Alcalde de Irun preside la Junta del Alarde, más con carácter fundamental es el órgano unipersonal que preside, dirige el gobierno y la administración municipal y representa a la Corporación Local que ordena el Alarde por medio del ejercicio de competencias normativas y de ejecución amplísimas, -artículo 21.1 Ley de Bases de Régimen Local 7/1.985, de 2 de Abril. Desde ambas perspectivas las atribuciones que le adornan resultan de la máxima relevancia a la hora de posibilitar la intervención de personas o grupos en el acto público conmemorativo de que se trata y de sintetizar la posición del poder público local al respecto y ante la solicitud de las administradas podía haber adoptado distintas opciones, ninguna de las cuales tachables de incompetencia o abuso de sus facultades, capacidades y atribuciones. Podrá decirse acaso que, por su sola autoridad no estaba facultada la Alcaldía para derogar preceptos de una Ordenanza hipotéticamente opuestos a la pretensión, ni para interpretar y aplicar sin preceptivas consultas la misma de manera satisfactoria para el ejercicio del derecho. Pero este mismo fenómeno se concita con carácter muy frecuente respecto de la actividad normal de ejecución y aplicación de las disposiciones de carácter reglamentario por parte de cuantos órganos de la Administración están llamados a hacerlo, y no por ello se puede desconocer la afección de sus resoluciones denegatorias a los mencionados derechos fundamentales.

De otra parte, el esquema de organización competencial de la Administración local lleva a que órganos inferiores o distintos al Pleno o al Alcalde solo pongan fin con sus actos a la vía administrativa cuando actúan por delegación o lo establezca una **disposición legal**, -artículo 52 Ley de Bases de Régimen Local de 2 de Abril de 1.985-, y no consta así que la Junta del Alarde cuente con atribuciones activas o

directamente ejecutivas ni que pueda poner fin a la vía administrativa, (por más que se le atribuya una facultad de revisión o examen de decisiones y de solventar dudas que lo es, por hipótesis respecto de la **interpretación y aplicación** que hacen otros órganos), mientras que materias con un sentido análogo, como la formación de nuevas compañías, quedan a la aprobación del Ayuntamiento, que resuelve "**a la vista del informe que al respecto emita la Junta Municipal del Alarde**",-artículo 15-. De ahí deducimos que ningún otro órgano municipal distinto de la Alcaldía o del Pleno podría haber sido estrictamente competente para dictar un pronunciamiento último sobre la cuestión sometida a debate, y no es preciso extenderse demasiado sobre la amplitud competencial de los Alcaldes, tanto por enunciación expresa como por la cláusula de cierre del artículo 21 m) LBRL -STS. de 10 de Noviembre de 1.992, (Ar. 8.664), o de 27 de Febrero de 1997, (Ar. 1.298).

Lo que singulariza entonces la afcción del ejercicio del derecho fundamental invocado por parte de la Resolución o acto recurrido en este proceso, que requiere el citado artículo 6º LPJDF, es que "a limine" y sin siquiera otros trámites, iniciativas, razonamientos o exposición de obstáculos procedimentales que pudieran embargar su actuación, la Alcaldía, tomando y asumiendo implícitamente el contenido de una previa interpretación general de la Ordenanza respecto a la exclusiva participación de varones, responde de manera tal que el ejercicio del derecho fundamental queda frustrado o rechazado, en lo que es un acto de aplicación implícita pero concluyente y eficaz del criterio, normativo o interpretativo, contrario a la participación de las mujeres en dicha manifestación popular. Y esa resulta ser la voluntad de la Administración demandada, manifestada a través de quien la dirige y ejerce representación de la misma, que se combate en el presente recurso.

**CUARTO.**- En lo que si merece prosperidad innegable a la alegación del Ayuntamiento demandado en materia de obstáculos procesales al acceso de fondo del asunto, es en lo que afecta a la impugnación y pedimiento de declaración de nulidad de determinados preceptos de la vigente Ordenanza municipal del Alarde.

Esto es así por no tener cabida como impugnación directa de los respectivos preceptos,-artículo 39.1-, tanto por razones de "**desviación procesal**" en relación con lo pedido previamente a la Administración demandada, como incluso por razones de una evidente extemporaneidad de la impugnación, tratándose como se trata de norma jurídica local promulgada en el año de 1.980, (que es lo que se corresponde más estrictamente con la impugnación intentada de los artículos 23 y 24 referentes a las "**cantineras**"), como por no responder al esquema de la impugnación indirecta de reglamentos y demás disposiciones normativas que la hipotética desadecuación a la ley de los mismos, desemboque en un pronunciamiento específico de anulación.

Dicen así, sentencias del Tribunal Supremo como la de 30 de Noviembre de 1.996, (Ar. 8.330), que "**en el recurso indirecto, es decir, aquel cuya exclusiva finalidad es la anulación del acto de aplicación, la nulidad de la disposición que sirve a este de obligado antecedente, funciona sólo como motivo de la pretensión anulatoria de aquel**". En consecuencia, dentro de la técnica general del recurso indirecto, la apreciación de ese motivo de la pretensión funcionará como mero fundamento de la anulación del acto de aplicación, pero sobre la disposición ilegal no se hace pronunciamiento alguno de nulidad.

De otra parte, si bien la Jurisprudencia ha venido reconociendo con naturalidad la posibilidad de aplicar el proceso de la Ley 62/1.978, de 26 de Diciembre, la lógica de la impugnación indirecta, en sentencias como las del 13 de Octubre de 1.980, (Ar. 2.950), 11 de Marzo de 1.988, o 21 de Abril de 1997, (Ar. 3.009), la propia dinámica de este proceso, que contrasta sin mediaciones el acto recurrido con la norma constitucional, tampoco se detiene particularmente en la cuestión de si aquel acto cuenta con soporte en una disposición general de la que sea ejercicio o aplicación singular,-pues ya supondría en cierto modo el

examen de una cuestión de legalidad ordinaria, notoriamente excluida de contemplación en este proceso, por lo que, como conclusión, no es susceptible este procedimiento jurisdiccional de hacer pronunciamiento expreso sobre la validez de ninguno de los preceptos que de la Ordenanza se indican, - artículos 14, 23 y 24-, y ni siquiera ha de ser objetivo del mismo determinar si cualquiera de ellos, especialmente el primero, ha sido o no debidamente interpretado a la hora de dictarse el acto que es materia de impugnación. Dice así la STS. de 30 de Abril de 1.993, (Ar. 2.876), como exponente de una reiteradísima línea doctrinal que: *"Esta Sala tiene reiteradamente declarado [por todas, SSTs 19-12-1.984 (RJ. 6.439) (...), 15-12-1.992 (RJ.10.035)], en concordancia con el Tribunal Constitucional (STC 31/1.984, FJ 2º 1) que el proceso contencioso-administrativo ordinario y el especial y sumario de la Ley 62/1.978, de 26 de Diciembre, no son procesos de opción alternativa, de posibilidades indistintas para promover uno y otro. Es consecuencia de ello que el seguimiento de la vía procesal de la Ley 62/1.978 - en contraste con el procedimiento ordinario-, no permite examinar cualquier infracción del ordenamiento jurídico, entrando a declarar la legalidad del acto y su adecuación al ordenamiento general, sino que su marco jurídico propio se circunscribe a su incidencia en los derechos fundamentales a que se refiere el art. 53.2 CE, excediendo de su ámbito cuando para poder presentar la situación aparentemente violadora de los derechos constitucionales invocados se ha de analizar, previamente, la legalidad del propio acto a la luz de preceptos legales de inferior rango jerárquico."*

La consecuencia procesal de lo que antecede es, si no la inadmisibilidad completa y decisiva del recurso, sí necesariamente la dejación al margen de las cuestiones de validez de la Ordenanza que la parte accionante plantea, con desestimación apriorística de este apartado.

**QUINTO.-** Superados en tales términos las cuestiones de procedimiento que en el curso del proceso se han suscitado y han debido de ser resueltas con carácter previo, procede ya entrar a examinar el fondo del asunto, que ha de nuclearse con exclusividad en torno a la pretendida infracción del artículo 14 CE, y todo vez que los demás preceptos invocados, 1.1 y 9.2-, quedan fuera de la garantía contencioso administrativa de la Ley 62/1.978, de conformidad con la Disposición Transitoria Segunda .2. de la Ley Orgánica 2/1.979, de 3 de Octubre.

La principal objeción de fondo que formula tanto la representación del Ayuntamiento de Irun como la asociación coadyuvante es que no toda diferencia de trato comporta infracción del artículo 14 de la CE, sino aquellas que no tengan una causa **objetiva y razonable**, destacando que en el caso del Alarde a efectos de tal diferenciación, "el punto de referencia no es el sexo, **sino los imperativos de escenificación del hecho histórico a conmemorar**", (Ayuntamiento de Irun), o que se trata de la "reconstrucción de un determinado hecho histórico", (Asociación "Irungo Betiko Alardearen Alde), y a ello nos referimos seguidamente.

Como encuadre general del tema a decidir hay que destacar que el artículo 14 CE contiene una cláusula o principio genérico de igualdad y además una prohibición de discriminación de carácter específico por causa de las condiciones humanas o culturales que cita, y entre cuyos supuestos se encuentra el **sexo**, que como dice la jurisprudencia constitucional, **"en si mismo no puede ser motivo de trato desigual"**- STC.75/1.983, 128/1.987, 166/1.988, de 26 de Septiembre, 216/1.991, de 14 de Noviembre, o 126/1997, de 3 Julio-.

Son prohibiciones específicas estas que representan **"una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas, y que han situado, tanto por la acción de los Poderes Públicos, como por la práctica social, a sectores de población en posición no sólo desventajosa, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona"**.- De las SSTC 128/87 o 166/88, entre otras-. De esta suerte, **"si el principio de igualdad no postula ni como fin ni**

como medio la paridad, y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato, las prohibiciones de discriminación, en cambio, imponen como fin y generalmente como medio la parificación de trato legal, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica", - STC 229/1.992 o 126/97-, "lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto y un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad". - STC. ultimamente citada, que a su vez invoca las SSTC. 75/83 y 209/88-, hablando la STC. 317/1.994, de 28 de Noviembre, de la necesidad de una "justificación reforzada" cuando pretenda basarse en ella una diferencia de trato, lo que lleva incluso a analizar si las medidas tutelares de la mujer o que se presentan como protectoras o con apariencia favorable no ocultan "un resultado contrario a la igualdad sustancial".

Ciertamente, no todo trato diferenciador resulta desde la perspectiva del artículo 14 de la C.E., discriminatorio, empero, casuísticamente rechaza la jurisprudencia constitucional cuantas justificaciones se ofrecen, bien desde el prisma de "una realidad social que no cabe desconocer" o bien "las diferencias de orden fisiológico", - Sentencia 216/1.991-, o bien, en fin, en todo aquello que no enlace con la imposición del artículo 9.2 de promoción de las condiciones para que la libertad e igualdad de los individuos y grupos sea efectiva. Así, "cabe claramente deducir la legitimidad constitucional, desde las exigencias del principio de igualdad, de una normativa o de decisiones y actos de dichos Poderes Públicos, que, contemplando condicionamientos diferenciales, como puede ser en ciertos supuestos el sexo o el embarazo, regule o reconozca requisitos, efectos o consecuencias jurídicas diversas o específicas favorecedoras, en su caso, de una equiparación material..." - de la STC 166/1.988, de 26 de Septiembre-.

La consecuencia de esta primera aproximación de que no son estrictamente aplicables el caso las doctrinas constitucionales que se invocan por dichas partes procesales, como las contenidas en las SSTC. de 11 de Abril de 1.994, y 9 de Junio de 1.995, pues se refieren al mencionado principio genérico **desigualdad en la Ley o en la aplicación de la Ley**, mientras que lo que se enjuicia en este proceso es un hipotético caso de **discriminación** por razón de sexo, y lo que el artículo 14 de la Constitución impone al respecto es sustancial y no formal, es decir, que toda norma jurídica trate a los sujetos de derechos y obligaciones de modo idéntico cualquiera que sea el sexo, o en todo caso, como medio de alcanzar un trato equiparado.

De ahí que la aportación de un **término válido de comparación** que acredite la igualdad del presupuesto de hecho, tal como echan en falta las partes procesalmente demandadas en el planteamiento actor, sea totalmente innecesaria por encontrarse ya dada y embebida esa identidad de supuestos de hecho y de situación entre hombres y mujeres en la enunciación constitucional prohibitiva, y de ahí, de otra parte, que la justificación objetiva y razonable de todo trato diferencial no se limite a depurar de mera arbitrariedad los distintos regímenes y consecuencias jurídicas que el legislados o cualquier Poder Público considere pertinente estableces, (que es lo característico del principio genérico de igualdad), sino que la eventual diferenciación ha de responder a un imperativo que resulte también sustancial y se inscriba validamente en el horizonte de la desaparición efectiva de la desigualdad material y no el de su perpetuación.

Complementariamente a todo lo anterior, la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1.988, de 26 de Abril, vino a declarar que el carácter histórico de una institución no puede excluir, por sí sólo, su contraste con la Constitución, que, por el contrario, "imposibilita el mantenimiento de instituciones jurídicas, (aún con probada tradición) que resulten incompatibles con los mandatos y principios constitucionales".



Y por último, el artículo 10.2 CE establece que los preceptos constitucionales relativos a derechos fundamentales y libertades públicas se interpretarán de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España. Y se destaca de este modo que la Convención de Nueva York de 18 de Diciembre de 1.979 sobre "eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer", ratificada en fecha de 16 de Diciembre de 1.983, (BOE de 21 de Marzo de 1.984), en sus medidas apropiadas, "*para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basadas en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombre y mujeres*", y a fin de asegurar, "**el derecho a participar en actividades de esparcimiento, deportes y en todos los aspectos de la vida cultural**". (subrayado nuestro).

**SEXTO.-** Sobre la base del encuadre que de las anteriores doctrinas y preceptos se deriva, con absoluta y directa vinculación para esta Sala,-artículo quinto.1 de la LOPJ-, se puede pasar ya a examinar seguidamente si, dentro del marco de las alegaciones de las partes demandadas, existen características en el Alarde de San Marcial que justifiquen constitucionalmente la exclusión de toda participación femenina que no sea la reducida participación de menos de veinte mujeres a título de "cantineras" frente a los aproximadamente 8.000 varones que intervienen en el desfile, y en particular, si debe prescindirse del contraste constitucional de dicha institución cultural en esta materia por tratarse, según se afirma, de la reproducción o representación de un hecho o acontecimiento histórico que impone la más fiel repetición y puesta en escena a título de conmemoración de la batalla de la Peña de Aldabe acaecida el día de San Marcial, (30 de Junio) de 1.522, en que las milicias forales o populares de Irun se encontrarían constituidas exclusivamente por varones de entre 18 y 60 años, más allá de la relevante aportación indirecta que a la victorias hiciesen grupos de mujeres y de menores.

Sin embargo, cuando sostiene la representación del Ayuntamiento de Irun que la conmemoración de la victoria de San Marcial de 1.522 se realiza mediante la "**escenificación del hecho histórico tal como fue**" (que supondría tanto como la representación fiel de los participantes de la victoria, que fueron las milicias forales o populares de Irun, y que sí lo probaría el contenido de todas las sucesivas Ordenanzas, la configuración de las compañías, los atuendos, las armas, etc...), ha de objetarse enseguida que ni siquiera la Ordenanza vigente respalda dicho punto de vista, pues su artículo primero establece que "**el Alarde de San Marcial es la conmemoración de la Muestra de Armas y Revista de Gentes de la Milicias Forales**", sin mención alguna expresa a la batalla de 1.522, cuya última referencia se atisba en el prólogo de la Ordenanza aprobada por el Gobernador Civil de Guipúzcoa el día 21 de Julio de 1.964, ("...victoria alcanzada por las armas españolas sobre las francesas en la batalla que se comenzó en la peña Aldabe...").

No concurren así justificados imperativos de puesta en escena rigurosa y fiel de aquella batalla acaecida en los albores de la Edad Moderna tal como lo pretende la parte demandada, pero, aún más, de la prueba practicada en el proceso se viene a la conclusión de que ni siquiera la conmemoración de la parada o histórica Muestra de Armas a cargo de las milicias forales a que se remite la disposición que rige el Alarde, incorpora elemento alguno de reproducción mimética o rigurosa escenificación, a contrario de lo que sostiene la asociación que es parte coadyuvante.- folios 339 y ss-.

Así, sin olvidar que ya gramaticalmente "conmemorar" no equivale a repetir o reproducir hechos del pasado histórico tal como fueron, el informe pericial finalmente unido a los autos y practicado por la Facultad de Filología y Geografía e Historia de la Universidad del País Vasco, -folios 181 a 190 de remoción de prueba de la parte demandada-, hace al respecto apreciaciones relevantes, y así si ya en relación con la batalla de 1.522 propiamente dicha el punto A del informe destaca que la reconstrucción debería de abarcar los hechos y parajes descritos por Esteban de Garibay, con nocturnidad, desfile de mujeres y niños,

representación de las gentes de Lapurdi, Behenafarroa, simulantes de tropas castellanas, lansquenetes alemanes, etc..., añade el apartado B que, **"la conmemoración de esta batalla y el voto formulado después por los cabildos eclesiástico y secular de Irun de acudir procesionalmente todos los años el día de San Marcial desde el pueblo al santuario, como se practica todavía, acompañados de un escuadrón de mosqueteros, constituye la base de la fiesta hasta su folklorización en 1.883"**, a ello se une, en coincidencia con la afirmación del artículo 1º de la Ordenanza, la incorporación a partir de 1.804 del alarde de armas que se efectuaba la víspera, que poco a poco va eclipsando el elemento nuclear, votivo, de la celebración. En respuesta al punto C se separa a las milicias forales del origen y causa expresos del Alarde, hasta, como antes decíamos, la reciente Ordenanza de 1.980.

Pero a partir de finales del Siglo XIX, tras la desaparición del sistema de milicias forales, después de la II Guerra Carlista, (1.872-76), destaca el informe nuevamente la "folklorización de las fiestas que tiene lugar en Euskal Herria entre los siglos XIX y XX", y de ello deduce que, **"la composición actual del Alarde poco tienen que ver con los Alardes históricos en los que los paisanos acudían con las armas que poseían, fueran o no de fuego", o que, "tampoco la indumentaria actual tiene mucho que ver con la anterior a 1.876. Los paisanos armados anteriores a la disolución de las milicias forales acudían con la indumentaria habitual de cada momento, lejos del tipismo y vistosidad de tipo folklórico que reviste la actual vestimenta de mandos y tropas"**.

Luego, al folio 188 se detalla igualmente que **"diversos elementos, -cantineras uniformadas, general, música, recorrido, caballería, etc.-, son producto de la sincretización folklórica aludida"**, y en otro punto, comentando la obra de Antonio de Aramburu de 1.987 ("Orígenes del Alarde de San Marcial. Las milicias forales"), página 184, indica que **"la fiesta renovada que surge en 1.881, llamada "alarde" no tiene por qué conmemorar a las milicias forales, ya que se produce con carácter festivo durante el siglo XIX"**.

**SÉPTIMO.**- No puede descartarse que algunas de las apreciaciones y juicios que incorpora el informe pericial procesal, como siempre ocurre en las ciencias sociales, estén abiertos a la polémica de los especialistas y estudiosos, pero sin embargo, resultan esencialmente convincentes desde las reglas de la sana crítica que al juzgador la propone el artículo 632 LEC, bien lo sean a veces por su notable evidencia para el entendimiento común de quien observe el Alarde de Irun de estos últimos años, (como ocurre con las características de las indumentarias actuales que por el corte de los trajes, empleo de la corbata y "txapelas", etc... aún teniendo carácter "de época" más o menos acentuado, por hipótesis diferenciando de la vestimenta de los ejércitos actuales, remiten a tiempos menos remotos que los anteriores a la abolición foral y no se diga a los tiempos casi medievales en que la batalla del día de San Marcial se desarrolló. Incluso, dentro de la sucesión de alardes desarrollados en el siglo presente se perciben diferencias entre las vestimentas que porta el grupo fotografiado en 1.909, de la página 179 del libro de Aramburu Peluaga, -folio 131-, y los intervinientes de 1.977 y 1.978 cuyas fotografías aparecen en las páginas 239 y 242. -folio 161 y 162-) bien lo sea en otros casos porque vienen a ser corroborados por otros elementos de convicción que se encuentran incorporados a las actuaciones de este proceso. Así a los folios 135 a 137 el informe aportado por la parte actora y confeccionado por la sección de Historia de Eusko-Ikaskuntza- Sociedad de estudios vascos, después de mencionar el carácter conmemorativo de las Revistas de Armas forales que llamaba a los varones comprendidos entre las edades de 18 y 60 años, y de conmemoración de la batalla de San Marcial y después de dejar constancia del relato hecho por Garibay y recogido por el historiador Serapio Múgica sobre aquella batalla, se centra en la no participación de las mujeres en el alarde tanto en su fase de revista militar, **"como cuando perdió ese carácter"**, situación que caracteriza seguidamente el informe en términos de que **"pasó a convertirse en una tradición festiva que vertebrando las fiestas de esta ciudad, conserva la memoria de lo que**

**fue en el pasado, aunque experimentando ciertas transformaciones y nuevas incorporaciones como son la figura del General y la de las propias cantineras, entre otras".**

El punto de vista de la obra de Antonio de Aramburu que en ejemplar completo acompaña la parte coadyuvante y se encuentra unida a los autos, -folios 41 a 186 del ramo de prueba correlativo-, tampoco desmiente las anteriores conclusiones, cuando examina el que denomina "nuevo alarde de San Marcial", al que según se lee en la página 185, den forma los irundarras para el año de 1.881, y que según dicho autor, **"es un alarde folklórico, más lleno de vistosidad y contenido histórico"**, añadiendo en la misma página, **"no está concebido tal como fueron los alardes de antaño, es decir, formando una sola compañía. No obstante, recoge otros aspectos de las formaciones de las milicias forales"**.

La consecuencia que se obtiene es que, siempre desde el mayor de los respetos y consideración a la manifestación popular y social de que se trata, de cuyo arraigo y calado entre los naturales de Irun son buen exponente los más de mil folios que componen este proceso "sumario", decae plenamente a efectos del examen de la participación igualitaria de hombres y mujeres toda noción de que, en la actualidad el alarde reproduzca o recree con precisión un acontecimiento histórico ocurrido en 1.522 o siquiera una secuencia a lo largo de siglos pasados de régimen foral de muestras de armas por parte de los antiguos vecinos de la ciudad. Como hemos dicho antes, y como colofón, la propia Ordenanza vigente indica no que reproduce, sino que "rememora" tales muestras de Armas y Revista de Gentes.

Aunque hubiese sido de otro modo, cabría poner en duda ya si en una auténtica escenificación histórica rigurosa que convocase a varios miles de figurantes a título de conmemoración pública de un acontecimiento pasado de la vida local, la exclusión de la voluntaria participación de las mujeres no entraría en conflicto por sí sola con la necesaria proporcionalidad y sustancialidad que a toda exclusión en principio discriminatoria debe acompañar, en relación con principio rectores de la vida social y cultura, como los de participación y generalidad que se desprenden, entre otros de los artículos 44 y 48 CE, pues difícilmente se sostendría ya dicha preterición sin la interposición de una disciplina normativa excluyente, y sobre ella se proyectaría el mandato de eliminación de las diferencias de trato con plasmación jurídica positiva que con eficacia directa aborda el artículo 14 de la Constitución. En tal hipótesis cabría acaso examinar, ante el necesario contraste con la Constitución, las exigencias de preservación de la **"imagen de la foralidad"**, bajo postulado de "garantía institucional" traída de la Disposición Adicional Primera de la Constitución, en el sentido en el que la ha definido el Tribunal Constitucional en ocasiones como la de la Sentencia 76/1.988, de 26 de Abril, abriéndose otra dimensión del debate, ya prefigurado por las reflexiones del Ararteko que aparecen al folio 94, centrando la identidad en los rasgos de lugar, tiempo y coreografía.

Pero siendo como es el actual Alarde, con caracteres rememorativos seguramente ciertos pero también con una significación social, festiva y participativa insoslayable, la exclusión de esa participación pública por razón de sexo a través de decisiones de los Poderes públicos entra en conflicto abierto con la prohibición de discriminación constitucional antes desarrollada.

**OCTAVO.-** Respondiendo finalmente a otros argumentos de la oposición y dando por supuesto en cuanto antecede la imposibilidad de acoger cuanto razona la Administración demandada respecto de la improcedencia de apelar a los valores constitucionales vigentes, se hace por dicha parte especial mención de diversos particulares, tales como la situación de las **cantineras**, problema de las mujeres músicas, la opinión social dominante, etc...

Poco es lo que puede añadirse ya desde la exclusiva perspectiva jurídico constitucional con la que en sede judicial tales ingredientes pueden abordarse. Ha quedado más arriba sentado que no es este el proceso en que se ha de tratar de cuanto en la Ordenanza municipal versa sobre la figura de las

cantineras, -artículos 23 y 24-, y por tanto se abstiene la Sala de todo enjuiciamiento al respecto. Lo que si es afirmable en términos constitucionales relevantes al objeto de este proceso es que la participación de un reducido número de mujeres a calidad de cantineras no enerva cuantas consideraciones se han venido haciendo con anterioridad ni satisface el canon de legitimidad constitucional aplicable a la decisión excluyente de la participación común de las misma, o como "soldado". A contrario de lo que señala la parte demandada en su escrito de alegaciones, -folio321-, la presencia actual en el Alarde de Irun de las mujeres como cantineras supone vincular efectivamente toda su participación a dicha figura, y dicho papel, tenga la significación que quieran darle cualquiera de las partes, no satisface la legítima participación en condiciones de igualdad por razón de sexo en un fenómeno social y popular, calificable sin duda como "de masas", ni por número, ni por los criterios restringidos de selección o la peculiaridad simbólica de la figura, una vez que, como hemos razonado con insistencia, no concurre un imperativo histórico de sentido prevalente que excluya tal participación común como criterio objetivo que justifique el trato diferencial.

Y por último, y dada la falta de enlace directo con la pretensión ejercitada de otros de los aspectos comentados, (banda de música), no es posible responder desde el discurso del derecho a cuanto argumenta la Administración demandada sobre la opinión social mayoritaria puesta de relieve por el estudio sociológico universitario traído a los autos, -folios 362 a 390-, titulado "investigación sobre el Alarde de San Marcial para el Ayuntamiento de Irun al introducir este capítulo que "un derecho fundamental no depende de una opinión social",- folio 324-, todo lo que dijera el órgano jurisdiccional resultaría, -resulta ya-, ocioso, y ajeno al mandato de precisión y congruencia del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**NOVENO.**- Procede, en consecuencia, la estimación parcial del recurso interpuesto con reconocimiento a las actoras de su derecho fundamental a no ser discriminadas por razón de sexo con motivo de la participación en el Alarde de San Marcial de Irun, haciéndolo en igualdad de condiciones que los varones y con declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la resolución de la Alcaldía de Irun impugnada, sin hacer pronunciamiento sobre la validez de los preceptos de la Ordenanza municipal que también se combaten.

Respecto de las costas, no procede hacer preceptiva imposición de las mismas de conformidad con el artículo 10.3 LPJDF, al no haber sido aceptadas o rechazadas todas las pretensiones.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso del pleito, la Sala emite el siguiente,

## **FALLO**

**QUE ESTIMAMOS PARCIALMENTE EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ESPECIAL Y SUMARIO DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA INTERPUESTO POR LA PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES DOÑA ISABEL QUINTANO CANTERO EN REPRESENTACIÓN DE DOÑA MARIA DEL ROSARIO ARRIBAS DIEZ, Y OTRAS YA IDENTIFICADAS EN EL ENCABEZAMIENTO DE LA PRESENTE SENTENCIA, Y EN CONSECUENCIA, CON RECONOCIMIENTO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A NO SER DICRIMINADOS POR RAZÓN DE SEXO, PARTICIPANDO EN LA FIESTA PRINCIPAL DE LA CIUDAD DE IRUN EN IGUALDAD DE CONDICIONES QUE SUS CONCIUDADANOS HOMBRES, DECLARAMOS NULA DE PLENO DERECHO POR INFRINGIR EL ARTÍCULO DECIMOCUARTO DE LA CONSTITUCIÓN LA RESOLUCIÓN DE LA ALCALDÍA-PRESIDENCIA DEL AYUNTAMIENTO DE IRUN DE 31 DE ENERO DE 1997, DESESTIMANDO EL RECURSO EN LO DEMÁS, Y NO HACIENDO IMPOSICIÓN DE COSTAS.**

Así por esta nuestra sentencia, de la que se dejará testimonio en los autos con encuadernación del original en el modo dispuesto por el artículo 265 de la LOPJ, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Illmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario doy fe en Bilbao a diecisiete de Enero de mil novecientos noventa y ocho.