

«Deje que vaya desnudo».

Regulación de las prácticas nudistas por los entes locales españoles

DARÍO BADULES IGLESIAS¹
Universidad de Zaragoza

1. Introducción

2. Naturismo y nudismo, ¿una ideología?

- 2.1. La falta de análisis del presupuesto por parte del Tribunal Supremo
- 2.2. Las prácticas nudistas: ideología, expresión o manifestación
- 2.3. Las «ideologías» y sus límites según el Tribunal Constitucional

3. La prohibición de las prácticas nudistas en nuestro ordenamiento

- 3.1. La despenalización del mero exhibicionismo
- 3.2. Intentos regulatorios municipales previos a la modificación de la Ley de Bases del Régimen Local
 - 3.2.1. La (in)competencia en materia de Costas
 - 3.2.2. La inadecuación del bando como instrumento regulatorio
- 3.3. Las ordenanzas de civismo
 - 3.3.1. Sobre su necesidad y oportunidad
 - 3.3.2. Las «relaciones de convivencia de interés local» y otros (presuntos) bienes jurídicos protegidos
 - 3.3.3. El nudismo como comportamiento constitutivo de infracción
 - 3.3.4. Posibles sanciones administrativas

4. La impugnación contenciosa de las prohibiciones de comportamientos nudistas por las ordenanzas

- 4.1. La afectación de derechos fundamentales: la analogía con la libertad religiosa
- 4.2. El nudismo como concepto jurídico indeterminado

Artículo recibido el 21/09/2017; aceptado el 13/10/2017.

1. Graduado en Derecho y en Ciencias Políticas por la Universidad Carlos III de Madrid, ha sido becario de colaboración (Ministerio de Educación, Cultura y Deporte) en el Departamento de Derecho Público de la Universidad de Zaragoza bajo la dirección del Prof. Dr. ANTONIO EMBID IRUJO, en cuyo marco se encuadra esta investigación, a quien muestra su agradecimiento.

4.3. Las prácticas nudistas como libertad de expresión y de manifestación: referencia a las eventuales autorizaciones

4.4. Consecuencias penales derivadas de la infracción de estas prohibiciones

5. Consideraciones finales

5.1. Sanciones sociales y morales, mas no jurídicas

5.2. El régimen competencial como cuestión clave

6. Bibliografía

Resumen

Desde la despenalización del mero exhibicionismo, la práctica del nudismo ha sido tolerada como atípica, al menos hasta su reintroducción como infracción administrativa en las conocidas como ordenanzas locales de civismo, a partir del año 2004. El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 23 de marzo de 2015 y otras posteriores considera que el nudismo no puede ser manifestación de ninguna ideología y, consecuentemente, su prohibición puede no darse por ley orgánica. Avala así su prohibición por ordenanzas municipales. Contrasto en este artículo las incongruencias de la citada línea jurisprudencial con la desarrollada por la STS de 14 de febrero de 2013 sobre la prohibición del uso del velo islámico y su consideración como manifestación de la libertad religiosa. También critico la transmutación que, *de facto*, se ha producido de determinadas infracciones administrativas en otras penales por vía judicial.

Palabras clave: *nudismo; ayuntamientos; ordenanzas de convivencia; potestad reglamentaria; potestad sancionadora.*

«Let me to be naked». The regulation of naked practices by local entities

Abstract

From the decriminalization of exhibitionism, the practice of nudism has been tolerated as an atypical conduct, at least until the reintroduction of an administrative sanction in municipal regulations since 2004. The Supreme Court, through the judgment of 23 March 2015 and subsequent decisions, understood that nudism is not an expression of an ideology and, consequently, its prohibition can be articulated by a source of law different from an organic law. The Supreme Court validated the regulation

of nudism through municipal regulations. I contrast in this article the incoherencies of this case law with the Supreme Court judgment of 14 February 2013 on the prohibition of the Islamic veil and its treatment as an expression of freedom of religion. The article also criticizes that, de facto, some administrative sanctions have been transformed into criminal sanctions in the context of judicial processes.

Keywords: nudism; municipalities; municipal regulations on civility; rulemaking power; sanction powers.

1

Introducción

Quién le iba a decir a Hans Christian Andersen que el pobre emperador al que vistieron con aquel traje nuevo de delicados y transparentes materiales, y que desfiló desnudo ante sus súbditos, se podría enfrentar a la severidad de las ordenanzas de civismo que pueblan nuestras ciudades de unos años a esta parte. Por fortuna para este emperador y para desgracia del resto de mortales, su inviolabilidad aplacaría el poder sancionador de los entes locales en esta materia.

Sin embargo, como el mostrarse desnudo en público no es consecuencia exclusiva de la inocencia o del engaño sino, en ocasiones –acaso todas–, muestra pública de una libre voluntad, voy a plantear en este artículo algunas situaciones que, a mi juicio, son representativas del ejercicio de determinados derechos fundamentales. Adelanto ya que mi posición es discrepante con la solución que el Tribunal Supremo (en adelante, TS) ha propuesto en sus recientes sentencias sobre este asunto (por todas, la Sentencia [STS] de 11 de mayo de 2016, y las que cita): en mi opinión, el nudismo sí puede ser manifestación de derechos fundamentales y, en particular, del derecho a la libertad ideológica y de expresión (artículos 16 y 20 de la Constitución española, CE).

Discutiré, en estas líneas, la que considero una solución sesgada si se ponen en relación estas prácticas con las de naturaleza religiosa. En concreto, considero que el camino a seguir debería haber sido el emprendido en la STS de 14 de febrero de 2013, sobre la prohibición por las ordenanzas locales del uso del burka o velo integral islámico. Mientras que en esta última el TS entra a valorar, como presupuesto, la eventual afectación del derecho a la libertad religiosa (de nuevo, art. 16 CE), en las anteriores rechaza de plano cualquier disquisición preliminar acerca de la naturaleza de las prácticas nudistas, lo

que imposibilita su adecuado análisis y produce, además, una discriminación de las creencias de carácter no trascendente —esto es, meramente ideológicas— frente a las religiosas.

Por otra parte, la atención que ha merecido la práctica del nudismo sin componente sexual alguno (y por lo tanto, atípica penalmente) ha sido más bien escasa a lo largo del tiempo, no solo por parte de la doctrina y la jurisprudencia, sino también de parte de los propios legisladores e instituciones políticas. Así, esta investigación pretende llenar un vacío en la materia, cuestionando los escasos y recientes pronunciamientos judiciales.

2

Naturismo y nudismo, ¿una ideología?

2.1

La falta de análisis del presupuesto por parte del Tribunal Supremo

La decisión jurisprudencial que aquí se critica, que viene a resolver la impugnación de una ordenanza municipal de convivencia y, en particular, la legalidad de la prohibición del nudismo en las ciudades, ventila el paso previo que, sin embargo, sí se llevó a cabo en la STS del burka, con una afirmación cuando menos discutible, contenida en el fundamento jurídico (FJ) 3 de la STS de 23 de marzo de 2015:

No es función de los órganos jurisdiccionales resolver en Derecho las pretensiones que ante ellos se suscitan acudiendo a disquisiciones filosóficas o a argumentos no estrictamente jurídicos sobre todo si, como sucede con las cuestiones que aquí se suscitan, no puede afirmarse con certeza que exista un estado de opinión unánime e indiscutido sobre el thema decidendi. Por eso no compartimos la argumentación contenida en el fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida sobre la inclusión (al parecer, a efectos dialécticos) de la práctica del nudismo en el derecho a la libertad ideológica que contempla el artículo 16 de la Constitución.

El debate sobre la conformidad o disconformidad a Derecho de la Ordenanza municipal recurrida no puede centrarse exclusivamente en determinar si el nudismo constituye una verdadera ideología o si, por el contrario, nos hallamos ante prácticas, actitudes o formas de relacionarse con la naturaleza más o menos admitidas o discutidas socialmente.

Digo que es discutible teniendo en cuenta que en el caso del velo islámico sí procedió el Alto Tribunal a preguntarse, con carácter previo, cuál

era la naturaleza de dicho atuendo; es opinión de quien suscribe que, para poder analizar adecuadamente si el nudismo o naturismo es o puede ser manifestación de una determinada ideología, debe determinarse primero su envergadura. El distinto rasero empleado por el Tribunal a la hora de analizar uno y otro supuesto se desprende de la cita del FJ 8 de la STS de 14 de febrero de 2013²:

El dato a considerar desde la óptica del principio de libertad religiosa, que no puede sustituirse por un hipotético debate, a decidir con carácter previo por el Tribunal, acerca de si objetivamente las fuentes auténticas de la religión islámica consideran o no como deber el uso del velo integral por las mujeres, o se trata de un simple elemento cultural. Consideramos así absolutamente correcta la reserva de la sentencia a pronunciarse «sobre si este acto constituye en todos los casos un cumplimiento de un deber religioso».

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

El contraste entre una sentencia y otra es evidente. Efectivamente, no es misión de los tribunales el realizar un juicio acerca de la realidad empírica que sustenta las pretensiones jurídicas que se sustancian en su sede, y menos cuando estamos en presencia de ámbitos sobre los que no existe un consenso científico o doctrinal al respecto. Pero no es menos cierto que el planteamiento, en palabras del propio Tribunal, siquiera sea «a efectos dialécticos» de la naturaleza de las prácticas que se enjuician debe producirse en aras del respeto al principio *in dubio pro libertate*, muy singularmente cuando se podría estar en presencia de derechos fundamentales (HENRÍQUEZ SALIDO *et al.* 2014, 21).

2.2

Las prácticas nudistas: ideología, expresión o manifestación

Merece, por lo tanto, plantearse aquí, con carácter previo, cuál es la real naturaleza de las prácticas nudistas y del naturismo: ¿estamos ante una ideología, ante una manifestación de la libertad de expresión, del libre desarrollo de la

2. Un comentario crítico de esta STS en GARCÍA URETA, 2013.

personalidad, o ante una práctica aislada e independiente de todo derecho fundamental?

Existe una cierta confusión terminológica y conceptual entre los dos términos citados: «nudismo» y «naturismo», pues suelen ser empleados como sinónimos. Quizás se deba al hecho de que estas prácticas, incluso en países vecinos, resultan todavía minoritarias, pero lo cierto es que, a diferencia de cualquier otra práctica pretendidamente ideológica, las referencias bibliográficas e incluso jurisprudenciales que al respecto se pueden encontrar son más bien escasas.

Parece que los orígenes de este movimiento se remontan a la Alemania de principios del siglo XX. El naturismo podría clasificarse, desde una perspectiva doctrinal, como una corriente o variante del ecologismo radical, que propugna un retorno a las formas de vida más simples y en armonía con la naturaleza, con despojo de todo tipo de elementos artificiales, y que fomenta, por lo tanto, el nudismo como práctica saludable y respetuosa con uno mismo, con el resto y con el medio ambiente; en este sentido apuntan las definiciones del Diccionario de la Lengua Española (DLE) y la propia Federación Naturista Internacional. Dicho de otro modo, el nudismo consistiría en una práctica de la ideología naturista consistente en mostrarse desnudo en público, no solo con el propósito de actuar conforme a la propia ideología, sino incluso con ánimo prosélito («mostrar respeto hacia el resto»). Aunque es cierto que estas prácticas³ suelen y solían realizarse en grupos y *clubs* privados, así como espacios alejados de la vista del resto de ciudadanos (FRIEDMAN 2016, 10).

Pero no parece que el nudismo sea exclusivamente una manifestación de esta ideología. Destaca LINCOLN (2016, 8), citando a Barcan, que históricamente el nudismo gira en torno a los siguientes propósitos: combatir la vergüenza y la modestia, conexión del cuerpo con la naturaleza, relaciones armónicas entre sexos, importancia de la luz solar, contribución a la salud y belleza, y eliminación de las distinciones de clase. Como se puede ver, algunos de estos propósitos sí podrían reconducirse a la ideología naturista; otros, sin embargo, parecen propios de otras corrientes tales como el liberalismo anticonservador o, incluso, el socialismo.

3. Hay quien ya discute el propio uso del término «prácticas», por dar a entender que se trata de una excepción a la hipotética norma que, a juicio de estos críticos, deberá ser el «estar desnudo». Como quiera que sea, y dado que la práctica social habitual es el ir vestido, en este artículo se empleará semejante expresión para referirse a estas conductas. Además, dentro del mismo movimiento nudista o naturista podrían identificarse distintas corrientes, como la «nudactividad», ámbito que excede el objeto de este estudio y que queda abierto a otros.

Se antojan posibles, incluso, otras prácticas nudistas al margen de las citadas⁴: así, aquellas llevadas a cabo en espacios con gran afluencia de público por espontáneos que sienten el placer de mostrarse desnudos en tales circunstancias (comportamiento que, en la lengua inglesa, incluso dispone de un término específico, «*streaking*»); o aquellos que, unidos al ejercicio del derecho de manifestación o de libre expresión, no buscan una relación armoniosa con la naturaleza sino, simplemente, captar la atención para sus consignas mediante la muestra de su cuerpo. Por ejemplo, las SSTSJ de Navarra de 23 de junio de 2005 y de 27 de junio de 2006 se refieren a la aparición de manifestantes desnudos en una protesta contra los festejos taurinos en las fiestas de San Fermín (en Pamplona); y, por su parte, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Cádiz, de 3 de junio de 2015, anula una sanción impuesta en aplicación de la ordenanza de civismo que prohíbe el nudismo, dado que este se enmarcó, claramente, en el ejercicio del derecho fundamental de manifestación y de expresión. Volveré a estas cuestiones más adelante.

Finalmente, y a diferencia de todas las prácticas citadas hasta el momento, existen otras en las que se identifica, claramente, un componente sexual que está ausente en las anteriores: la exhibición obscena, delito castigado por el Código Penal; la exhibición obscena no constitutiva de delito y sancionada por la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana; y la pornografía. En este sentido, parecen superadas aquellas posturas que consideraban todo tipo de desnudez indecorosa, indecente, impúdica o escandalosa, relacionada necesariamente con componentes de carácter sexual (Friedman 2016, 8). Así, la definición que proporciona la propia Federación Española de Naturismo (en adelante, FEN) en uno de los recursos contra las ordenanzas locales (el resuelto por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, STSJ de Andalucía de 19 de diciembre de 2013, FJ 3) hace énfasis en este aspecto: «el nudismo [es] una ideología que considera positiva la desnudez propia y de los demás, que sirve para su crecimiento personal y social y no tiene carácter sexual».

4. Incluso el famoso y reciente caso *Rita Maestre* de asalto a una capilla, resuelto en apelación por la SAP de Madrid de 16 de diciembre de 2016, es interesante desde esta óptica, puesto que refleja un interesante conflicto entre los bienes jurídicos protegidos por los arts. 16 y 20 CE, teniendo como forma de expresión la muestra del torso femenino desnudo en un lugar sagrado para el culto católico. En este sentido también se enmarcan las protestas del grupo feminista Femen, que, como es de todos sabido, hacen de la muestra de los senos femeninos un signo de protesta. Me resisto, en todo caso, a considerar tal exhibición de los pechos como una forma de nudismo, dado el clima de aceptación y tolerancia que en nuestra sociedad reina acerca de tal práctica, por ejemplo, en las playas y piscinas.

2.3

Las «ideologías» y sus límites según el Tribunal Constitucional

Se desprende de lo dicho hasta el momento que el nudismo puede ser manifestación de una ideología, la naturista, que preconiza lo natural como beneficioso para el ser humano y sus relaciones con la naturaleza. Bien es cierto que no siempre el aparecer desnudo en público –esto es, toda práctica nudista– tiene que tener un componente ideológico, pero –y esto es lo relevante– *puede tenerlo*.

El Tribunal Constitucional (TC) ha tenido la ocasión de pronunciarse en distintas ocasiones acerca de lo que debe entenderse, en el ámbito de aplicación del art. 16 CE, por «ideología». Como señala Rollnert, «el Tribunal Constitucional adopta un criterio amplio sobre el objeto de la libertad ideológica incluyendo en el mismo la totalidad de las creencias de cualquier índole que puedan ser profesadas» (1998, 237). Entre otras, el Tribunal acepta como integrantes de las ideologías a las *ideas, criterios y sentimientos, personales convicciones, al mundo de la axiología, a las concepciones distintas del sentido de la vida humana o a una posición intelectual ante la vida (ib.)*. Por consiguiente, estamos ante un concepto amplio en el que prácticamente toda idea cabría. Incluso aquellas no estrictamente políticas, teniendo como único límite la trascendencia religiosa (pues nos trasladaríamos entonces al terreno de la libertad religiosa, como señala este mismo autor).

En cuanto a los caracteres de esta libertad, son fundamentalmente dos: por una parte queda prohibida toda interferencia o coacción en la esfera interna de configuración de las propias creencias, y por otra se han de tolerar y no sancionar las manifestaciones externas de dicha libertad (el *agere licere*) que no incurran en infracciones del ordenamiento jurídico, por atentar contra otros bienes jurídicos protegidos. Recuérdese, en este último aspecto, que la libertad ideológica consagrada en el art. 16 CE tiene como exclusivo límite, en sus manifestaciones, el «mantenimiento del orden público protegido por la ley».

De hecho, el TC ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la relación entre las manifestaciones externas de la libertad ideológica, el *agere licere*, y los derechos configurados en el art. 20 CE, singularmente el de la libre expresión. El apartado 4 de ese mismo artículo establece como límites el respeto a los derechos fundamentales de los demás, los preceptos legales de desarrollo y, especialmente, el honor, la intimidad, la propia imagen y la protección de la juventud y de la infancia. Por consiguiente, la protección dispensada a las manifestaciones externas de la libertad religiosa, a juicio del TC, es mayor

que la de la libertad de expresión, en tanto que el único límite de la primera es el orden público (Rollnert 1998, 252).

También tiene que considerarse, por ser aplicable *ex art.* 10.2 CE en cuanto a la interpretación de los derechos fundamentales, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Este, en su art. 9.2, fija como límites de la libertad de pensamiento, conciencia y religión las restricciones que, «previstas por la ley, constituyan 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», y en el 10.2, como límites de la libertad de expresión, las «formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial». También el CEDH parece dispensar una mayor protección a la libertad ideológica frente a la de expresión, pues las listas de bienes jurídicos protegidos que pueden actuar como límites en uno y otro caso son diversas.

Como se desprende de la lectura de estos preceptos, la ley puede imponer limitaciones a las manifestaciones externas de los mismos, como resulta obvio y natural. Pero es precisamente ese el instrumento que habrá de imponer los límites: *la ley*, que en el caso de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución, deberá ser orgánica por mandato del art. 81.1 CE; en ningún caso podrán ser desarrollados por un reglamento ni, por consiguiente, por una ordenanza municipal, aunque cuestión distinta es que la norma de rango legal empodere a la ordenanza para regular algunos aspectos concretos de su aplicación (Embido Irujo 2010, 130 y 136). Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con la libertad religiosa, libertad fundamental que sí ha sido reglada por una norma con rango de ley orgánica, no sucede lo mismo con la libertad ideológica, a la que solo podrán aplicársele principios de la anterior por analogía, con las limitaciones que ello conlleva.

3

La prohibición de las prácticas nudistas en nuestro ordenamiento

3.1

La despenalización del mero exhibicionismo

Una vez analizada la posible naturaleza de las prácticas nudistas, se ha de realizar un repaso, siquiera sea somero, por el devenir histórico-normativo de las prohibiciones de mostrarse desnudo en público en nuestro sistema jurídico durante las últimas décadas.

Conviene empezar señalando que el ya pretérito y derogado delito de «escándalo público», recogido en el art. 431 del Código Penal (CP) de 1973 y que penaba la ofensa al «pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia», fue ya duramente criticado por la doctrina por la vaguedad e imprecisión de los conceptos jurídicos indeterminados contenidos en el tipo (por todos, MUÑOZ CONDE 2010, 247). Con este delito se penaba la mera exhibición del cuerpo desnudo en lugares públicos, y era deudor de corrientes de pensamiento que consideraban dicha exhibición –por supuesto desligada de todo comportamiento sexual– indecorosa y atentatoria contra la moral y las buenas costumbres. En ocasiones, incluso, el TS llegó a confirmar la condena por escándalo público a unos bañistas que practicaban el nudismo en una playa a la vista de otras personas, por considerar que el resto de usuarios no tenían por qué «presenciar un espectáculo indeseado» y que estas prácticas «perturbaban la vida cotidiana, el uso de la playa y hasta las tareas agrícolas», aunque aceptaba que la que denomina «filosofía nudista» pudiera inspirar estas prácticas, pero en lugares destinados al efecto o en parajes apartados y solitarios (Considerandos [Cdos.] 2 y 3, STS de 2 de mayo de 1984, por todas).

Idéntica suerte que el delito de escándalo público corrió la antigua falta de bañarse «faltando a las reglas de decencia o de seguridad establecidas por la autoridad» (art. 577.1.º del CP de 1973). Una vez destipificadas completamente estas conductas mediante la reforma del CP de 1988, subsisten en el vigente CP de 1995, sin embargo, otros tipos entre los que destaca el delito de exhibicionismo, regulado en su art. 185, que implica la ejecución de «actos de exhibición obscena ante menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección», siendo en este caso el bien jurídico protegido la libertad e indemnidad sexual, pues el comportamiento «obsceno» (también criticado por la doctrina) implica prácticas libidinosas de carácter sexual (por todos, BOLDOVA 2010, 14). Sin embargo, una conducta que resultaba impune como es la exhibición obscena frente a sujetos pasivos distintos de los especialmente protegidos por el tipo es, desde la aprobación de la Ley Orgánica de

Seguridad Ciudadana⁵ (LOSC) en 2015, considerada una falta administrativa leve (art. 37.5). De nuevo, al implicar tal contenido sexual quedan estas conductas fuera del objeto de análisis.

3.2

Intentos regulatorios municipales previos a la modificación de la Ley de Bases del Régimen Local

Así las cosas, desde el año 1988, puede considerarse que, en España, no existe precepto legal que prohíba, específicamente, el mero desnudismo⁶ entendido como mostrarse desnudo en público⁷, sin propósito exhibicionista (sea este obsceno o no). O, al menos, no existía hasta la aprobación de determinadas ordenanzas municipales.

Hay quien intentaba encuadrar estas prácticas en el tipo infractor del antiguo art. 23.h de la derogada Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (en su redacción dada por la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto), que establecía como infracción grave «la provocación de reacciones en el público que alteren o puedan alterar la seguridad ciudadana» (citado por COTINO 2007, 489-490). Sin embargo, ante la ambigüedad y falta de concreción del precepto, la nueva LOSC de 2015, como se vio antes, configura el exhibicionismo obsceno no constitutivo de delito como infracción administrativa, dejando impune, por lo tanto, las conductas no obscenas.

3.2.1

La (in)competencia en materia de Costas

Un primer y frustrado intento (no de restringir sino, precisamente, de permitir estas prácticas) lo constituyó la Resolución del Ayuntamiento de Sagunto de

5. No afectaría aquí la LOSC al ámbito competencial de las ordenanzas, según refiere ORDUÑA (2016: 330).

6. Aunque en ocasiones se emplean como sinónimos, hay una sutil distinción entre *exhibicionismo* y *nudismo*, para lo que conviene recordar cuáles son las acepciones del primer término, según el DLE: 1. Prurito (deseo) de exhibirse. 2. Perversión consistente en el impulso a mostrar los órganos genitales. Por consiguiente, la principal distinción entre uno y otro residiría en el deseo de ser visto desnudo o en la ausencia o indiferencia de tal deseo.

7. Una pregunta con profunda significación es la de qué entendemos por «mostrarse desnudo en público»: ¿llevar el torso descubierto? ¿quizás de cintura para abajo? ¿los genitales? ¿los pectorales? ¿del hombre, de la mujer, de ambos...? Sobre estas ideas habrá necesariamente que volver.

31 de julio de 1996, que pretendía destinar una zona de playa para usos nudistas. Con tal propósito, como señala la STSJ de Valencia de 22 de febrero de 1999, que resuelve la impugnación de este acuerdo, el mismo fue remitido al Ministerio de Obras Públicas, Transporte y Medio Ambiente – Demarcación de Costas de Valencia, «a los efectos oportunos por poder considerarse un uso especial», y posteriormente, ante la alegada incompetencia de oficio por esta, a la Delegación del Gobierno en tal Comunidad Autónoma. El propósito del Ayuntamiento, y así lo entiende la Sentencia, era el de formular una mera comunicación sobre su decisión y, por consiguiente, no un mero acuerdo de iniciación del procedimiento de autorización de tales usos ante la Delegación del Gobierno.

Entiende el Tribunal que tal decisión, en tanto que las playas son bienes de dominio público estatal (*ex constitutione* y reiterado por la Ley de Costas de 1988), así como las autorizaciones contenidas en los artículos 51 a 55 de dicha Ley, solo pueden ser otorgadas por la Administración del Estado. La inmediatamente posterior STSJ de Valencia de 2 de diciembre del mismo año se refiere al mismo caso y, de hecho, reitera semejante argumentación. Por lo tanto, anula la Resolución del Ayuntamiento de Sagunto por considerar manifiestamente incompetente al órgano que adoptó tal decisión.

Esta solución jurisprudencial no gozó de amplio recorrido, si bien fue criticada por la doctrina. Considera VERA FERNÁNDEZ-SANZ (2002, 3) que estas prácticas no pueden encuadrarse en las «actividades en que concurren circunstancias especiales de intensidad, peligrosidad o rentabilidad», sino que estamos en presencia de «usos comunes», como lo es el estar, pasear, bañarse... con o sin ropa y, por consiguiente, no susceptibles de autorización estatal. Aunque pudiese dudarse que la práctica del nudismo se trate de un uso común, lo que parece evidente es que no se trata de una actividad en la que concurra ninguna de las características mencionadas antes, que han de ser entendidas de manera restringida.

Además de lo anterior, ha sido recientemente enmendada con acierto por decisiones de otro TSJ, en este caso, el de Cataluña. Como señala en su STSJ de 11 de febrero de 2013 (en su FJ 2), no puede confundirse la titularidad sobre un determinado bien –en este caso, las Costas– con el título competencial sobre dicho bien:

El hecho de que la titularidad demanial sobre las playas corresponda al Estado no puede hacer olvidar que aquellas forman parte igualmente del término municipal correspondiente, lo que da lugar al ejercicio compartido sobre un mismo espacio de las competencias respectivas por parte de cada una de las Administraciones que inciden sobre dicho ámbito. En consecuencia, debe concluirse que la consideración de las playas como

zona de dominio público marítimo-terrestre no excluye que los ayuntamientos ejerzan en ese espacio las competencias que tienen atribuidas legalmente, en cuanto se trata de lugares abiertos al uso público.

Parece superada, pues, esta concepción equivocada del dominio público marítimo terrestre no como atribución de titularidad demanial sino, pretendidamente, competencial. Ahora bien, en opinión de quien suscribe, y siguiendo la línea argumental de VERA FERNÁNDEZ-SANZ, ni de la Ley de Costas, ni de su Reglamento, pueden derivarse competencias municipales sobre los usos nudistas de las playas, pues no se aprecia cómo el nudismo puede afectar a la limpieza, higiene o salubridad de las zonas playeras (2015, 3), pero tampoco de la Administración del Estado, para regular estos usos, que no actividades especialmente peligrosas.

3.2.2

La inadecuación del bando como instrumento regulatorio

No es este lugar en el que describir con detalle la denominada «vinculación negativa» de las ordenanzas respecto de la ley, ni del (re)surgir de la potestad sancionadora de los entes locales, a raíz de la STC 132/2001 y sucesiva modificación de la Ley de Bases del Régimen Local (LBRL) por la Ley 57/2003, que introdujo el Título XI, con la rúbrica «tipificación de las infracciones y sanciones por las entidades locales en determinadas materias»⁸, pero sí conviene destacar este hito como punto de inflexión que permite analizar las propuestas reglamentadoras municipales antes y después del mismo.

A la vista de ausencia de todo título competencial que permitiese a las corporaciones locales prohibir las prácticas nudistas, sendas proposiciones no de ley (PNL) fueron defendidas y aprobadas en el Parlamento de Cataluña en los años 1997 y 1999 (resoluciones 245/V y 899/V), instando la supresión de los obstáculos reglamentarios que impidiesen la práctica del nudismo y solicitando al Gobierno de la Generalidad, en la segunda de estas proposiciones, que recordarse a los entes locales la necesidad de suprimirlos⁹. No es baladí

8. Para un análisis detallado y comprehensivo a este respecto puede acudirse a obras generales sobre la potestad reglamentaria de los entes locales; por todos, EMBID IRUJO (*op. cit.*).

9. Otra PNL en términos similares fue defendida más tarde –en 2005 (por lo tanto, una vez ya en vigor la modificación de la LBRL que aquí se trata)– en el Parlamento de Navarra, con resultado, sin embargo, infructuoso, pues fue rechazada (*Moción por la que se insta al Gobierno de Navarra a suprimir los obstáculos que impidan la práctica del nudismo*, Boletín Oficial del Parlamento de Navarra, núm. 44, 9 de mayo de 2005, pp. 7-8).

recordar que estas proposiciones, por descontado, carecen de valor jurídico vinculante alguno y de ellas no pueden desprenderse más efectos que los derivados de la interpretación de las normas (*ex art. 3.1 del Código Civil, CC*), pero no es menos cierto que su aprobación implica un determinado posicionamiento del legislador autonómico, digno de ser, cuando menos, considerado.

Otro intento de normar los comportamientos nudistas en un municipio y, en particular, en las playas del mismo, lo constituyó el Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Getxo, de 12 de julio de 2001, por el cual se disponía que la Policía Municipal debía apercibir y, en caso de incumplimiento del requerimiento, imponer una «multa coercitiva» a los pretendidos «infractores» de la orden de no practicar el nudismo en determinadas playas y campas municipales.

Con buen criterio, los servicios jurídicos municipales determinaron que un bando municipal no es instrumento adecuado ni competente para establecer prohibiciones ni mucho menos para imponer sanciones, por falta de habilitación legal suficiente, e informaron desfavorablemente este bando que, sin embargo, acabó dictándose. Así, fue planteada queja ante el Ararteko (Defensor del Pueblo vasco), quien emitió una recomendación de anulación del mismo sobre la base de los siguientes fundamentos jurídicos: en primer término, se cuestiona la competencia municipal para reglamentar estos comportamientos, especialmente sobre la pretendida intervención para la preservación de la «moralidad ciudadana», a la que me referiré en seguida; se plantea, además, la inadecuación del instrumento utilizado para imponer sanciones; y, en último término, se recuerda que las «multas coercitivas» no son admisibles como forma de sanción, sino recordatorio de la obligación de un determinado comportamiento exigible al ciudadano (Recomendación 33/2001).

Esta intervención del alcalde pretendía hallar una justificación al amparo de lo dispuesto en el art. 1.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 (RSCL), todavía vigente, que establece que «los ayuntamientos podrán intervenir la actividad de sus administrados (...) en el ejercicio de la función de policía, cuando existiere perturbación o peligro de perturbación grave de la tranquilidad, seguridad, salubridad o moralidad ciudadanas, con el fin de restablecerlas o conservarlas». Algunos de los Considerandos de este Decreto expresamente admitían que los intereses que se pretendían proteger se situaban «en el ámbito de la ética antes que en el del Derecho»¹⁰ (Cdo. 3), y que las personas afectadas «se ven obligadas a presenciar un espectáculo indeseado por estos involuntarios espectadores que

10. Sobre el papel de las normas morales en este asunto y su coerción tendré ocasión de volver más adelante.

pueden verse heridos en sus sentimientos de recato, morigeración y decencia» (Cdo. 18). Además, definía la práctica del nudismo como «no apropiada» (*ib.*), y lo califica de actividad «molesta o al menos conturbadora de una normal convivencia, y no requerida ni deseada por la inmensa mayoría de los vecinos de Getxo» (Cdo. 8).

Lo que resulta del todo patente es que no se aporta justificación alguna de los improprios moralistas que esta disposición municipal dispensa hacia el nudismo; además, parece acercarse bastante a la antigua y predemocrática Circular de la Dirección General de Seguridad que prohibía «cualquier manifestación de desnudismo o de incorrección en el mismo aspecto que pugne con la honestidad y el buen gusto tradicionales entre los españoles» (Circular 320, de 6 de julio de 1957, del Ministerio de la Gobernación) o a la extinta «policía de moralidad» de la antigua Ley de Costas de 1969.

Para VERA FERNÁNDEZ-SANZ, no podría considerarse la «moralidad» a la que alude el RSCL como de inspiración religiosa, sino, siguiendo a LÓPEZ PELLICER, como protección de intereses generales para evitar que «ciertas conductas que han sido despenalizadas no pueden ser corregidas por falta de cobertura legal» (2015, 3-4). Pero lo cierto es que, antes de la STC citada al inicio de este apartado, no era admisible la tipificación por ordenanzas municipales de infracciones objeto de sanción por contravención de las mismas, más aún si lo que se pretendía reglamentar era una actuación que podía implicar el ejercicio de derechos fundamentales. En definitiva, de lo que no cabe duda es de que el bando no es instrumento apto para la reglamentación de estas cuestiones, pues la creación de normas jurídicas está reservada al Pleno municipal y vedada al alcalde (Embido 2010, 69 y 71).

3.3

Las ordenanzas de civismo

Como se ha señalado ya, la STC 132/2001, de 8 de junio, sirve como punto de inflexión en torno al cual el legislador hubo de modificar la LBRL para adecuarla a la exigencia de reserva de ley, según criterio del TC, en materia sancionadora. La principal conclusión a la que llega el TC la encontramos en el FJ 6 y es que del artículo 25.1 CE se desprenden dos exigencias: primero, que la «fijación de los criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones» ha de realizarse por ley; y segundo, que «la ley reguladora de cada materia establezca las clases de sanciones que pueden establecer las ordenanzas municipales».

Al amparo y como consecuencia de esta STC, y como se ha dicho, se introdujo el Título XI en la LBRL y, en concreto, se establecieron los nuevos arts. 139 y 140, que ofrecen una cobertura suficiente para la determinación y tipificación de infracciones y sanciones por parte de las ordenanzas municipales, siempre «en defecto de normativa sectorial específica»¹¹. Estos artículos han servido de cauce y habilitación necesaria y suficiente para la promulgación de las conocidas como «ordenanzas de civismo»¹², normas nacidas al abrigo de las «insatisfacciones que crea la contemplación de un régimen local basado en la cláusula de la autonomía local, pero con profundas limitaciones en su capacidad de actuación» (EMBID 2010, 57).

Así pues, han sido numerosos los ayuntamientos que aprobaron a partir del año 2004 este tipo de ordenanzas que, como señala CASINO, «tienen idéntica o parecida estructura y contienen prácticamente las mismas previsiones» (2011, 745). Todas hallan, como es evidente, fundamento jurídico en los citados artículos de la LBRL. Aquí, por cuestión de interés y espacio, solo me voy a centrar en las ordenanzas de estas características de algunas capitales de provincia, y aquellas que han dado lugar a pronunciamientos jurisprudenciales de importancia, por ejemplo (por orden cronológico de aprobación, de 2004 a 2012) las de San Sebastián, Castillo-Playa de Aro (Gerona), Cádiz, Barcelona y Valladolid. Todas ellas contienen alguna mención de las conductas nudistas que son aquí objeto de estudio, ya sea *ab origine* o como consecuencia de una posterior modificación de su articulado. Entremos en detalle sobre sus contenidos y oportunidad.

3.3.1

Sobre su necesidad y oportunidad

Alabadas y criticadas por la doctrina casi a partes iguales¹³, estas ordenanzas no han pasado desapercibidas: a favor de las mismas se argumenta que carecía de todo sentido que los ayuntamientos pudiesen reglamentar determinadas conductas y, sin embargo, no sancionar su infracción, o que el hecho de que

11. El problema que aquí se plantea, y que aprecia HERNÁNDEZ (2005, 176 y 198-199), es el de si es suficiente esta referencia o se trata de una habilitación en blanco insuficiente, más próxima al régimen sancionador preconstitucional. Sin embargo, MERINO (2006, 488) no comparte esta postura: no es una remisión «en blanco», sino que quedan establecidos claramente unos «criterios de antijuridicidad».

12. O «de convivencia». Sobre la distinción de ambos términos, véase GRACIA RETORTILLO (2008, 100) y ORDUÑA (2016, 285).

13. Me remito al análisis de las distintas posturas que realiza GRACIA RETORTILLO (2008, 119 y 128).

se hayan despenalizado ciertos comportamientos antes constitutivos de faltas deje sin sanción actos incívicos que afectan a la convivencia en los municipios (por todos: EMBID 2010; PEMÁN 2007 y 2010). Además, se favorece la adaptación democrática de la normativa local a los diversos intereses municipales de las distintas poblaciones del país, entendiendo que pueden tener «perfiles propios en función de los objetivos y valores que quieren realzar» (PEMÁN 2010, 47). Así, por ejemplo, la STSJ de Cataluña de 25 de marzo de 2013 considera que «el Ayuntamiento ha de valorar cuáles son los valores de convivencia social que hay que preservar de acuerdo con su particular visión, en un ejercicio esencialmente político, articulando las pautas de comportamiento» (FJ 2).

Pero, en el sentido contrario, se enfatiza el hecho de que estas ordenanzas son, en realidad, «fruto de una determinada ideología o, lo que es peor, manifestación de una simple moda de nuestros días» (CASINO 2011, 756). Tratan de regular la vida privada de los vecinos con un «afán desmedido» (*ib.*, 754). Además, la prohibición de algunas conductas da lugar a que nos encontremos ante comportamientos que en una parte del territorio nacional se encuentren prohibidos y en otra no, dando lugar a una disgregación normativa contraria a la seguridad jurídica y a la igualdad ante la ley (en este sentido, por ejemplo, el voto particular a la STSJ de Castilla y León, de 18 de octubre de 2013, del magistrado Picón). Finalmente, dado que el abanico de conductas prohibidas es tan amplio y, en ocasiones, desmedido, se produce una discrecionalidad administrativa en la persecución de estos ilícitos, rayana en la arbitrariedad, con las eventuales consecuencias de responsabilidad patrimonial de los ayuntamientos por falta de persecución de actos sancionables (CASINO 2011, 749 y 752).

De momento, con alguna salvedad, la «batalla» parece que la van ganando los partidarios de este tipo de ordenanzas, especialmente respaldados por los pronunciamientos jurisprudenciales del TS. En todo caso, no hay que olvidar que la competencia municipal para la reglamentación de determinadas conductas es el presupuesto básico para su sanción: «es antes la posibilidad de regular que la posibilidad de sancionar»¹⁴ (FJ 3 del citado voto particular), o, dicho de otro modo, si falta tal competencia estaremos ante una sanción manifiestamente ilegal e inconstitucional (en la misma dirección: CASINO 2011, 759 y FERNÁNDEZ-MIRANDA¹⁵ 2015, 261).

14. Como apuntaba NIETO (2007, 10).

15. Señala este último autor, citando la STC 132/2001 (FJ 6), que la facultad de normar para los entes locales es presupuesto para su facultad de sancionar las conductas que infrinjan tales prohibiciones, pero no es condición suficiente para ello.

3.3.2

Las «relaciones de convivencia de interés local» y otros (presuntos) bienes jurídicos protegidos

PEMÁN identifica con acierto tres bloques a los que se pueden reconducir los ámbitos materiales de protección del art. 139 LBRL: i) las relaciones de convivencia de interés local; ii) el uso de los servicios, equipamientos, infraestructuras e instalaciones locales; y iii) el uso del espacio público (2007, 25).

CASINO, citando la Ordenanza de Barcelona, recuerda que el objetivo último pretendido por estas normas municipales es el de «preservar el espacio público como lugar de convivencia y civismo, en el que todas las personas puedan desarrollar en libertad sus actividades de libre circulación, de ocio, encuentro y recreo con pleno respeto a la dignidad y a los derechos de los demás y a la pluralidad de expresiones y de formas de vida diversas de la [correspondiente ciudad]» (2011, 746).

Como en tantas otras ocasiones, merece la pena acudir al DLE para definir el concepto que nos ocupa con suficiente precisión. *Civismo* se refiere al comportamiento respetuoso del ciudadano con las normas de convivencia pública. PEMÁN lo describe como la «libertad individual de cada uno [que] se ejerce en el espacio urbano de manera respetuosa con los derechos de los demás y con las cosas que son de todos» (2007, 9).

Se ha criticado, con acierto a mi juicio, la indeterminación del concepto «relaciones de convivencia de interés local», pues prácticamente todo podría ser, de una u otra forma, subsumible al mismo¹⁶. Como ha tenido ocasión de señalar el TS (en su Sentencia de 30 de noviembre de 2010), será la vía jurisprudencial la que determine, casuísticamente, si cada ordenanza particular puede hallar encaje en este concepto (CASINO 2011, 762; idea que ya avanzaba años antes MERINO [2006, 504]). Puede entenderse que la «convivencia» se referiría, en este aspecto, al «respeto a ciertas normas que imponen el cuidado de los bienes comunes, de las infraestructuras públicas o las reglas de utilización y presencia en los servicios públicos» (EMBED 2010, 137).

Como señala PEMÁN, las ordenanzas de civismo hacen un esfuerzo mayúsculo e incluso «reiterativo e innecesario» (2007, 32) a la hora de identificar los bienes jurídicos protegidos por las mismas. En todo caso, parece que los comportamientos incívicos irían en la línea de «causar molestias importantes a los vecinos y perjuicios serios en sus derechos e intereses legítimos,

16. MERINO (2006, 490) dice que resulta necesaria cierta flexibilidad y adaptación, dejando el control a los tribunales, *ex post*, postura no poco controvertida.

así como dañar de forma notoria los bienes públicos y, de modo especial, el mobiliario urbano» (*ib.*, 27).

En esta dirección, recuerda la STS de 14 de febrero de 2013 –citada al comienzo y que anula la prohibición del uso del velo islámico por la ordenanza de Lérida– que en la génesis de la reforma de la LBRL están determinadas conductas que producen «consecuencias físicamente evaluables», y a modo ilustrativo enumera algunas: el ruido, las emanaciones de gases y fluidos, la emisión de ondas magnéticas, el ornato de la edificación, juegos, animales, etc. (FJ 5). Por lo tanto, no se refiere a meras interferencias o perturbaciones irrelevantes que, en nuestro día a día, nos vemos obligados a soportar. Añade esta STS que la «base esencial sobre la que la sentencia se sustenta se desvanece» (FJ 8), pues existe una falta de constatación sociológica por parte de la STSJ por ella casada de la eventual perturbación producida por los comportamientos ahí enjuiciados.

Sin embargo, la STS de 23 de marzo de 2015 –sobre la prohibición del nudismo, también citada al comienzo– ofrece una respuesta distinta: califica las prácticas nudistas como «actividades», y, sin más justificación, sostiene que no se «ha alcanzado la unánime e indiscutida aceptación» por la sociedad de las mismas (FJ 3). Además, señala que el régimen de autorizaciones, en determinados casos y espacios, que la ordenanza impugnada permite para las prácticas nudistas, modula la prohibición mediante el principio de proporcionalidad. Por lo tanto, el régimen de autorizaciones para el nudismo parece estar más próximo al de las actividades nocivas insalubres y peligrosas que al de un mero uso del dominio público –andar o transitar por las calles y playas–. También la STS de 30 de marzo de 2015, sobre el mismo asunto, equipara el nudismo a «otras prácticas, condicionándolas a la correspondiente autorización expresa, como el reparto de propaganda, o el acceso con animales domésticos, o la acampada, o la práctica de ciertos deportes, o el uso del fuego» (FJ 3).

Hay conductas que, a juicio de cualquier ciudadano, deben ser sancionadas por las consecuencias indeseadas que se producen sobre la *res publica*. Ensuciar las vías, contaminar, producir destrozos en el mobiliario urbano, emitir ruidos molestos, no cuidar del comportamiento de los animales domésticos..., son todos ellos ejemplos en los que la unanimidad en su sanción parece patente. Sin embargo, las ordenanzas de civismo han tipificado algunos comportamientos (como el que aquí nos ocupa, la práctica del nudismo; y otros como el uso del velo islámico) que han resultado controvertidos hasta el punto de alcanzar la casación ante el TS, por una eventual afectación de derechos fundamentales.

Parece que, al fin y al cabo, lo que está en juego en estas relaciones de interés local es el «orden público», concepto jurídico indeterminado al que

parecen reconducirse tanto las ordenanzas de civismo como la jurisprudencia que las analiza.

«Por su natural y lógica indeterminación, el catálogo de medidas destinadas a lograr su restablecimiento no se presta fácilmente a una descripción individual y cerrada» (CASINO 2011, 758), por lo que parece que el orden público, a pesar del gran esfuerzo tipificador de las conductas infractoras por parte de estas ordenanzas, podría verse alterado incluso fuera de los tipos en ellas contenidos. Además, de acuerdo con este autor, el «orden público», a diferencia de la «seguridad pública», no sería un título de atribución de competencias normativas sino meramente ejecutivas o administrativas de policía (*ib.*, 767), por lo que el fundamento último de estas ordenanzas no podría encontrarse en la cláusula de salvaguardia de tal orden público.

En todo caso, conviene recordar lo que la STC 59/1990, de 29 de marzo, señala acerca del orden público: «El orden público no puede ser interpretado en el sentido de una cláusula preventiva frente a eventuales riesgos, porque en tal caso ella misma se convierte en el mayor peligro para el ejercicio de[l] derecho de libertad». Además, como señala Ríos (2007, 13), determinadas imposiciones moralistas pueden, por este medio, justificarse «como una cuestión de autoprotección y no como una cuestión de defensa de una moral hipotética», amparando así una limitación de derechos por vía de la defensa de un hipotético orden público. En el caso de la STS de 14 de febrero de 2013, entiende el fiscal que para que el orden público se vea comprometido, debe producirse «objetiva constatación de la intranquilidad, del desasosiego de la generalidad de los ciudadanos ante un determinado fenómeno» (citado en el FJ 5).

En esta línea, el TSJ de Cantabria tuvo la ocasión de pronunciarse acerca de la ilegalidad de una ordenanza municipal por la imprecisión y vaguedad de algunos conceptos jurídicos indeterminados, como «debido civismo y compostura» o «tranquilidad pública» (STSJ de Cantabria de 13 de julio de 2007, FJ 5). Considera el Tribunal que sí son interpretables estos conceptos y que equivalen al «comportamiento exigible a una persona consciente de sus deberes de ciudadano y acord[e] en su dignidad externa». A mi entender, poco aclara esta definición...

Con determinadas prohibiciones, lo que veladamente se está configurando es un «derecho a no ver y no oír lo que a uno desagrade», como han alegado en sus recursos los recurrentes frente a algunas de estas ordenanzas (argumento, sin embargo, rechazado sin excesiva explicación por el Alto Tribunal: SSTS de 23 de marzo de 2015 y de 9 de mayo de 2016). Es más, algún TSJ no ha podido evitar calificativos moralistas hacia estas prácticas, llegando a decir que lo que se ve alterado son «las buenas costumbres ciudadanas» (FJ 6, STSJ de Navarra de 23 de junio de 2005).

El problema reside, a mi juicio, en la eventual voluntad de la mayoría de configurar un «orden público» a la carta, donde cualquier disidencia con los comportamientos socialmente admitidos sea considerada contraria al mismo. En otras palabras, que las acciones de algunos ciudadanos que no dañan más que la moral individual de otros, puedan ser objeto de prohibición y sanción de las normas jurídicas. ¿Se entendería, acaso, admisible que se expulsase de los transportes públicos de viajeros a todas aquellas personas que «huelan mal», por atentar contra la tranquilidad de sus compañeros de viaje? ¿O acaso se podría prohibir a alguien hablar en la playa porque molesta en la hora de la siesta a quien tiene al lado?

3.3.3

El nudismo como comportamiento constitutivo de infracción

Conviene recordar que el fundamento general (por lo tanto, más allá del exclusivamente sancionador) de la intervención municipal mediante ordenanzas se encuentra en el art. 84 LBRL, el cual establece que esta deberá ajustarse, «en todo caso, a los principios de igualdad de trato, necesidad y proporcionalidad con el objetivo que se persigue»¹⁷.

Por su parte, el art. 140 LBRL se refiere a la clasificación de las infracciones —en muy graves, graves y leves— atendiendo a la afectación que pueda producirse sobre la tranquilidad o el ejercicio de los derechos legítimos de otras personas, sobre el desarrollo normal de actividades de toda clase o sobre la salubridad u ornato públicos, atendiendo al criterio de intensidad en la perturbación ocasionada sobre los bienes jurídicos protegidos.

Corresponde al órgano democrático municipal, el Pleno, establecer, concretar y ponderar los bienes jurídicos a proteger, así como las infracciones y sanciones correspondientes. Como señala la STS de 9 de mayo de 2016: «la determinación de qué debe entenderse por convivencia pacífica y en qué medida debe protegerse y asegurarse la tranquilidad, el ejercicio de los derechos y el buen uso de los espacios públicos corresponde al órgano democrático que tiene atribuida la correspondiente potestad, con las limitaciones que se siguen de aquellos preceptos legales, constituidas fundamentalmente por el respeto al principio de igualdad y por la proporcionalidad de la medida en relación con el objetivo que se pretende conseguir» (FJ 6).

17. Para un análisis detallado del devenir histórico de la potestad sancionadora local, hasta su configuración actual, véase ORTUÑO RODRÍGUEZ, 2009 (*op. cit.*).

Como dije con anterioridad, por razones de espacio y economía, en esta investigación solo me he centrado en aquellas ordenanzas municipales, de la gran cantidad de ellas aprobadas en los últimos años, que han alcanzado la vía jurisdiccional dados los recursos contra las mismas que se han podido interponer. Así, un breve repaso por las conductas nudistas tipificadas en estas infracciones daría el siguiente resultado.

La primera de las ordenanzas de civismo (al menos, de las aquí estudiadas) que sancionan la práctica del nudismo es, quizás, la única que superaría además, a mi entender, el juicio de taxatividad exigible a toda tipificación de una conducta infractora¹⁸. Se trata de la Ordenanza de San Sebastián de 2004, la cual establece en su art. 8.2 que «nadie puede, con su comportamiento en la vía pública, menospreciar los derechos de las demás personas, ni su libertad de acción, ni ofender las convicciones ni las pautas de convivencia generalmente admitidas, *no permitiéndose las actitudes exhibicionistas de los genitales*» (el énfasis es mío).

Sin embargo, a pesar de configurar en su art. 48 todas las contravenciones de las normas contenidas en la Ordenanza como «infracción», no la incluye en ninguna de las referidas en el art. 49, por lo tanto, ni como leve, grave o muy grave. Tan solo se configura como «grave» la «desobediencia a una orden dada por los Agentes de la Autoridad con relación a la exigencia de cumplimiento de las determinaciones de la presente Ordenanza, siempre que la misma no reúna la cualidad de infracción de carácter penal» (art. 49.4.4.º), tipo en el que podría encuadrarse, subsidiariamente, la conducta de mostrar los genitales en público, si se es requerido para cesar en ello. Ahora bien, merece desde estas líneas un claro reproche el hecho de que no se especifique qué tipo de infracción supone la vulneración de la prohibición estudiada¹⁹.

La Ordenanza de Cádiz, de 2009, prohíbe en su art. 14, párrafos 2.º y 3.º, «la práctica del nudismo en las playas que tengan la consideración de urbanas; en las playas clasificadas como naturales sin protección especial, se podrá practicar el nudismo siempre y cuando exista una zona habilitada para ello»; la contravención de esta prohibición es considerada, según lo dispuesto en el art. 30 de esa misma Ordenanza, una infracción leve. Otra normativa que ha tenido cierto recorrido jurisprudencial ha sido la aprobada en el municipio gerundense de Castillo-Playa de Aro, del mismo año 2009, y cuyo art. 9 establece que «las playas del municipio de Castillo-Playa de Aro *son de uso familiar* y no se permiten las actividades naturistas u *otras actividades que*

18. HERNÁNDEZ 2005, 174-179.

19. Técnica criticable, según GRACIA (2008, 120), además de atentatoria contra el principio de legalidad sancionadora del art. 25.1 CE (ORDUÑA 2016: 334).

fomenten, favorezcan o desarrollen el nudismo a menos que el Ayuntamiento lo indique expresamente» (las cursivas son mías). En este sentido, la correlativa sanción aparece establecida en el art. 37, con la categoría de grave, para la práctica del «nudismo en las playas donde no haya sido autorizada explícitamente».

Por su parte, algunas ordenanzas que en origen no contaban con una tipificación de estas conductas incluyeron con posterioridad modificaciones a las mismas en tal sentido. Las que siguen son un ejemplo de ello.

Así, la famosa Ordenanza de Barcelona de 2006 incluyó, en su modificación de 2011, una prohibición expresa de «andar desnudo o desnuda o casi desnudo o desnuda por los espacios públicos, salvo autorización para lugares públicos concretos, mediante Decreto de la Alcaldía» (74 bis), configurando la infracción de esta prohibición como leve (*ex art.* 74 ter). También la de Valladolid de 2004, siguiendo los pasos de la anterior (y parece que calcando su contenido), en el año 2012 incluyó una modificación, y su artículo 16 pasó a tener el siguiente tenor: «ninguna persona podrá estar desnuda o semidesnuda en los espacios y vías de uso público, salvo que cuente con autorización expresa del Ayuntamiento o realice actividades formalmente amparadas en el ejercicio de derechos fundamentales». A diferencia de la Ordenanza barcelonesa, la vallisoletana configura estas conductas como infracciones graves (art. 24).

Podemos agrupar estas prohibiciones, por lo tanto, en tres grupos distintos: i) aquellas que prohíben el exhibicionismo de los genitales; ii) las que prohíben la práctica del nudismo en las playas, y iii) las que prohíben el nudismo en toda la ciudad. Algunas establecen la posibilidad de que la autoridad municipal permita estas prácticas en determinados espacios o momentos, por ejemplo en determinadas playas.

Además, al configurar como infracción de las ordenanzas este tipo de conductas, algunas de las corporaciones municipales hacen un esfuerzo añadido a la hora de justificar el bien jurídico objeto de protección. De esta forma, las dos últimas ordenanzas incluyen expresamente lo que consideran título de justificación para la prohibición de estar desnudo en público: «atendiendo a las pautas mínimas de convivencia generalmente admitidas respecto a la forma de vestir de las personas que permanecen o transitan por los espacios públicos y a la protección del derecho de quienes comparten estos espacios a no sufrir molestias o perjuicios que sean consecuencia de la falta de respeto de las mismas, ninguna persona podrá estar desnuda» (art. 16.6 de la Ordenanza de Valladolid y, prácticamente en los mismos términos, art. 74 bis de la de Barcelona). Así, la Ordenanza de Barcelona no solo prohibía el nudismo, sino también el transitar en bañador o «pieza de ropa similar», salvo en los lugares donde este comportamiento sea habitual (playas, piscinas...).

3.3.4

Posibles sanciones administrativas

El art. 141 LBRL solo se refiere a los límites económicos de las eventuales sanciones de carácter pecuniario que puedan imponerse como consecuencia de la infracción de las ordenanzas locales. Por su parte, el legislador autonómico puede, en ejercicio de sus competencias sobre materias no básicas, configurar otras sanciones distintas como, de hecho, ha sucedido en el caso de Calviá, cuya ordenanza permite en su art. 84.3.º, respecto de la prostitución, una sanción de cesación de la conducta infractora, con la eventual imposición de multas coercitivas para hacer ejecutar tal sanción²⁰. Esta posibilidad deberá, no obstante, materializarse en cada una de las ordenanzas, indicando con precisión cuál será, en su caso, la consecuencia jurídica (sanción) derivada del incumplimiento de la prescripción normativa de tal ordenanza municipal.

Con la excepción de la Ordenanza de San Sebastián, única en la que no existe como tal, según se ha explicado, una consideración de infracción leve, grave o muy grave del mero hecho de estar desnudo (en particular, mostrar los genitales), el resto de las ordenanzas estudiadas sí determinan tal graduación.

Por lo tanto, la sanción que habrá de imponerse en los casos de práctica del nudismo en estas ciudades será la económica que, según la gradación correspondiente, sea determinada en el procedimiento sancionador que se instruya al efecto. Solo subsidiariamente, en caso de incumplimiento de la sanción, o de reiteración de esta, podría, si así lo prevé la ordenanza, imponerse un medio de ejecución forzosa. En caso de incumplimiento, sí quedaría expedita la vía penal. Este planteamiento tiene relevancia, pues la respuesta a algunos de estos comportamientos en ocasiones ha alcanzado, desproporcionadamente a mi juicio, la jurisdicción penal, como veremos más adelante.

4

La impugnación contenciosa de las prohibiciones de comportamientos nudistas por las ordenanzas

Así las cosas, retornamos al principio de esta historia. Si el lector recuerda, al comienzo de esta investigación, criticaba la distinta solución que el TS ofrece a lo que, a mi juicio, es un problema semejante. La FEN y otras asociaciones naturistas y nudistas de nuestro país, ante la aprobación de estas ordenan-

20. Sobre la admisibilidad de este tipo de sanciones de carácter no pecuniario, véase el FJ 1 de la SAP de Palma de Mallorca de 22 de julio de 2008.

zas municipales, decidieron en su momento impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa la legalidad de las mismas, pues consideraban que estas infringían la reserva de ley orgánica para la regulación del derecho fundamental contenido en el art. 16 CE y que debía aplicarse, por analogía, la doctrina contenida en la STS de 23 de marzo de 2015 (relativa a la libertad religiosa).

Mas, como se comentó ya al inicio, el TS ventiló la cuestión previa acerca de la posibilidad de que el nudismo sea o pueda ser una manifestación de la libertad ideológica sin mayores discusiones y bajo una aparente simplicidad: «lo que hace la Ordenanza en este particular *es mucho más simple* [que condenar, restringir o limitar creencias y opiniones de los ciudadanos]: prohíbe la desnudez en los lugares de uso público general del territorio municipal y tipifica como infracción leve el incumplimiento de esa prohibición» (STS de 23 de marzo de 2015, FJ 3). Sin embargo, como ya se especificó, sí se planteó, como presupuesto, tal análisis en el caso del uso del velo islámico, aceptando incluso el hipotético caso de que, aunque no constituyese una manifestación de la libertad religiosa, sí lo sería de la ideológica (STS de 14 de febrero de 2013, FJ 8)²¹.

4.1

La afectación de derechos fundamentales: la analogía con la libertad religiosa

Aunque no es objeto de análisis en este estudio, dado el contraste que se realiza con las prácticas nudistas y la prohibición del velo islámico integral, es conveniente recordar que la Ordenanza de Lérida de 2007 fue modificada en 2010 para incluir, en los arts. 26 y 27, la prohibición de cubrirse completamente –antítesis de la conducta nudista–, especialmente con el «velo integral» islámico, a lo que hay que añadir la correspectiva sanción por infracción leve. Como sabemos y ya se ha comentado, el Alto Tribunal, en su STS de 23 de marzo de 2015²², anuló el inciso «velo integral», por considerar que este atuendo, aunque no necesariamente tenga que ser siempre y en todo lugar ex-

21. Podría haber argumentado en el primero de los casos en la misma forma simplista: «No se prohíbe una determinada manifestación religiosa sino algo más simple: llevar el rostro cubierto». Esta argumentación no fue empleada para el caso del velo islámico.

22. PARICIO (2014, 165) califica esta sentencia de «retroceso significativo», al limitar las competencias municipales. Ello no sería llamativo si este autor no fuera, además, magistrado del TSJ de Cataluña y, a la postre, ponente de la STSJ de Cataluña sobre el nudismo en Barcelona.

presión de una determinada creencia, sí que puede serlo y, por consiguiente, es una manifestación de la libertad religiosa consagrada en el art. 16 CE y solo limitable, *ex art.* 81 de la misma, por ley orgánica²³.

Respecto del nudismo, en una primera instancia, los TSJ de las distintas comunidades autónomas ofrecieron soluciones diversas. El de Cataluña, en su STJS de 11 de febrero de 2013, no tuvo ocasión de pronunciarse acerca de la eventual afectación del derecho a la libertad ideológica porque este no fue alegado por los recurrentes, y, por lo tanto, consideró simplemente un conflicto entre usos distintos de un mismo bien (las playas del municipio)²⁴. Pero en su posterior Sentencia de 25 de marzo de 2013 sí considera el Tribunal, lisa y llanamente, que estas prácticas podrían ser manifestaciones externas (el ya explicado *agere licere*) de una determinada creencia: «Sea como fuere, se puede admitir que, en efecto, se trata de una manifestación de la libertad de creencias amparada por el art. 16 CE; un derecho que incluye la libre expresión de la personalidad que el art. 10 CE reconoce [y que está] directamente vinculado a la misma dignidad humana», y concluye que «no hay duda que el nudismo es una creencia plenamente respetable como tal» (FJ 3)²⁵.

Sin embargo, y a pesar de esta contundente conclusión —a mi juicio, acertada—, el TSJ sostiene que no puede ser de aplicación la doctrina de la STS del

23. Durante la redacción de esta investigación, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha dictado sendas sentencias como respuesta a cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales belgas y franceses acerca de la admisibilidad en derecho de prohibir el uso de determinados «signos políticos, filosóficos o religiosos» por la normativa interna de las empresas (asuntos C-157/15, *G4S Secure Solutions*, y C-188/15, *Boungaoui y ADDH*, ambas dictadas el 14 de marzo de 2017). Considera el TJUE que no constituye, *per se*, una discriminación directa, si bien es competencia del juez nacional su examen en el caso concreto. Este pronunciamiento va a plantear serios problemas en cuanto a su articulación en el ordenamiento jurídico español, especialmente como consecuencia de la interpretación del TS en la Sentencia citada: si solo la ley orgánica puede entrar a regular estos aspectos y, por lo tanto, no una ordenanza municipal, ¿será admisible que una norma empresarial de ámbito interno o incluso un convenio colectivo prohíba esta manifestación externa de la libertad religiosa? Parece que ahora, más que nunca, se hace necesaria una acción por parte del legislador orgánico que clarifique esta situación y otorgue o restrinja, en su caso, competencias no solo a los entes locales sino, hipotéticamente, a las empresas.

24. En este caso, los argumentos de la parte recurrente giran en torno a los artículos 9, 14 y 103 CE, así como a la hipotética falta de competencia por tratarse del dominio público marítimo terrestre y, en concreto, las playas. Este último argumento ya ha sido discutido antes, a lo que me remito. Sin embargo, sí conviene referirse al pretendido «uso mayoritariamente familiar». Parece desconocer la Sentencia de instancia, y también la del TS que la confirma, que pueden existir y, de hecho, existen familias que practican el nudismo en comunidad y educan así a sus hijos. Efectivamente, comparto con la Sentencia el argumento de que no se está discriminando a un tipo de familia en concreto, pero no es menos cierto que este tipo de referencias excluyentes son, a mi juicio, carentes de toda oportunidad y reprochables desde un punto de vista de oportunidad.

25. El propio ponente reconoce en un artículo doctrinal (PARICIO 2014) que la cuestión era dudosa, a raíz de la STS del burka.

burka, citada antes: «no se puede considerar que el citado precedente vincule la resolución del caso que nos ocupa puesto que las situaciones y los valores en juego son de naturaleza e intensidad diversas» (FJ 3). De la conclusión primera debería haberse derivado, por analogía, que las ordenanzas locales no son instrumento normativo adecuado para la regulación del régimen de ejercicio de un (hipotético) derecho fundamental. Es más, la STS que casa esta del TSJ de Cataluña critica abiertamente esta solución: «si realmente fuera así [que el nudismo sea expresión del derecho contenido en el art. 16 CE], el Ayuntamiento de Barcelona no podría establecer la prohibición que nos ocupa, ni tipificar como tipo infractor la conducta que contraviene dicha prohibición, pues la manifestación externa de aquel derecho fundamental solo podría regularse por ley formal, que habría en todo caso de ser respetuosa, por exigencias constitucionales, con el núcleo esencial de tal derecho» (FJ 3 de la STS de 23 de marzo de 2015).

El TSJ de Castilla y León, en su STSJ de 8 de octubre de 2013, tampoco entra a determinar si la prohibición por la Ordenanza de Valladolid de transitar desnudo o semidesnudo atenta contra la libertad ideológica, pues el recurso se basa en la contravención del art. 10 CE. Sin embargo, la STSJ de Castilla y León de 18 de octubre de 2013 sí que tiene, entre los motivos de impugnación, la vulneración de tal derecho a la libertad ideológica. A pesar de ello, transita este Tribunal por tal cuestión simplemente indicando que «la referida doctrina [de nuevo, la relativa al uso del velo islámico], no [es] linealmente extrapolable al caso que hoy se juzga» (FJ 1, citando el FJ 12.7 de la STSJ citada inmediatamente antes). Ahora bien, ¿por qué no es «linealmente extrapolable»? No se argumenta en ninguna de las dos SSTSJ.

Merecen aquí destacarse los votos particulares que ante sendas SSTSJ formuló el magistrado Picón Palacio. Hace hincapié en su voto discrepante en el hecho de que, si bien la Administración local puede tipificar conductas como infractoras de sus ordenanzas, ello no implica que pueda tipificar todo lo no ya sancionado en un ámbito distinto: «la potestad reglamentaria se halla sometida a la competencia de la propia Administración (...); es antes la posibilidad de regular que la posibilidad de sancionar» (FJ 3). Continúa argumentando que existen limitaciones de orden no jurídico a la forma de aparecer en público, sobre lo que volveré después, para alcanzar el punto clave de su discrepancia al afirmar que «cuando una persona, pues, se muestra hacia fuera, se autodetermina, se desenvuelve en su personalidad, se desarrolla y ejercita la misma, así como su libertad individual» (FJ 4); y continúa diciendo que el hecho de que «la autoridad diga a un particular qué debe llevar o cómo debe ir no deja de ser una clara limitación en su libertad (...); con ello se inciden en su libertad, en su integridad física y moral y en su libertad de pensamiento que se reconocen en

los artículos 14 y siguientes de nuestra Carta Magna (...): porque determinar cómo debe aparecer, o cómo no, una persona afecta a sus derechos fundamentales» (FJ 5). De toda la argumentación que antecede y de los motivos adicionales que enumera en su voto, concluye este magistrado que solo podrá el legislador regular esta materia, *ex art. 53 CE*: «la Administración [local] quiere, cuando no puede, incidir en la libertad individual» (FJ 7).

Finalmente, la última de las SSTSJ que se refieren al nudismo en cuanto que eventual expresión del derecho a la libertad ideológica es la STSJ de Andalucía de 19 de diciembre de 2013. Reconoce este TSJ que «el hecho de estar en la playa desnudo, *puede o no ser un planteamiento ideológico, filosófico o moral*» (la cursiva es mía, FJ 2). Mismo comentario que la STSJ de Cataluña antes citada merecería esta otra sentencia: si, siquiera sea como posibilidad, el nudismo puede ser expresión de una ideología, la respuesta del TSJ debería haber sido, por analogía con la STS del burka, la declaración de nulidad de la Ordenanza o, cuando menos, una adecuada justificación de por qué no estamos ante una cuestión semejante. Reconoce esta STSJ que se pueden imponer límites a estas prácticas —«el creyente no puede pretender, amparado en la libertad de creencias del art. 16.1 CE, que todo límite a ese comportamiento constituya sin más una restricción de su libertad infractora del precepto constitucional citado (...) mantener el orden público protegido por la Ley», FJ 3—, conclusión esta que no merece reproche alguno; lo que, a mi juicio, no es adecuado, es que de esa premisa no se derive, sin justificación, que estas prácticas solo pueden ser reguladas por ley orgánica. De nuevo dice que la STS del burka «no cabe [ser] considera[da] de aplicación al caso por estar concernida a la libertad religiosa» (FJ 4), pero no trata de justificar esta pretendida distinción.

Impugnadas estas SSTSJ en casación ante el TS, el Alto Tribunal emitió en los años 2015 y 2016 las correspondientes sentencias anulando algunos preceptos que se explicarán después, pero sosteniendo que la consideración del nudismo como expresión de una ideología no es admisible ni siquiera a efectos dialécticos, fundamentalmente siguiendo la argumentación detallada antes y contenida en el FJ 3 de la STS de 23 de marzo de 2015. Sin embargo, se desprende del contenido de estas sentencias que ni el propio TS tiene del todo claro que no pueda ser el nudismo expresión de una ideología. Así, encontramos expresiones, como por ejemplo: «No puede compartirse la idea de que “estar desnudo” en cualquier espacio público constituya, *sin más*, la manifestación externa de la libertad de pensamiento, ideas o creencias o que la desnudez misma deba ser entendida como un auténtico derecho ejercitable en todo lugar público» (FJ 3 de la STS de 23 de marzo de 2015; el resalte es mío); y también cuando dice que «el acto personal consistente en la desnudez

pública no puede considerarse, *en los términos propuestos*, una manifestación de la libertad ideológica» (FJ 5 de la misma STS; resalte propio). De lo expuesto se deduce, *sensu contrario*, que el propio TS considera, en palabras del magistrado ponente, que a pesar de que «sin más» o «en los términos propuestos» el nudismo no sea manifestación de una libertad ideológica, en otros términos y en supuestos distintos sí podría serlo.

Como vengo discutiendo desde el principio, no se atisba a comprender las razones que llevan al Alto Tribunal a ofrecer una solución distinta en un caso y otro, admitiendo para el velo integral la eventual hipótesis de que no fuese expresión de una libertad religiosa y admitiendo, aun así, que en tal caso sería expresión de una libertad de creencias, mas no procediendo de la misma forma para el caso de las expresiones nudistas, cortando de plano cualquier intento argumental en tal sentido. Este es, en definitiva, el principal reproche que aquí se plantea²⁶.

4.2

El nudismo como concepto jurídico indeterminado

A pesar del argumento principal que, a juicio de quien suscribe, debería haber implicado la casación de plano de las SSTSJ impugnadas, fue otro el principal motivo que prosperó: el de la indeterminación de determinados conceptos, que producía una inseguridad jurídica flagrante y que respondía a la pregunta básica de *qué es estar desnudo*.

El TS considera que las expresiones «casi desnudo», «otra prenda de ropa similar» al bañador (FJ 7 de la STS de 23 de marzo de 2015) y «semidesnuda» (FJ 7 de la STS de 9 de mayo de 2016), que contenían algunas de estas ordenanzas (en concreto, las de Barcelona y Valladolid, respectivamente), vulneraban la seguridad jurídica exigible a toda norma sancionadora, dada su laxitud, y, por lo tanto, debían ser anuladas. Ello es así puesto que, según sostiene el TS, no se puede «dejar al aplicador del precepto tan extraordinario margen de apreciación», y considera que se podría haber acudido a reglas

²⁶. Además, mientras que para el caso del burka acepta el TS como prueba de la realidad social del momento (*ex art. 3.1 del Código Civil*) el hecho de que no existan normas prohibitivas de tales conductas, amén de la aprobación por algún Parlamento autonómico de mociones a su favor o en su contra (FJ 2, apartado 1.3 de la STS de 14 de febrero de 2013), no parece que, en el caso del nudismo, los mismos hechos –a saber, la falta de norma estatal prohibitiva y las proposiciones no de ley aprobadas por los Parlamentos autonómicos– sean muestra de la misma realidad social en la que han de interpretarse las normas. En adición, PRIETO aboga por considerar estas prácticas manifestación de un derecho fundamental (PRIETO 2002, 102).

ejemplificativas o enunciativas que facilitasen la debida concreción (FJ 7). Solo este motivo casacional obtuvo una respuesta favorable por parte del TS.

En este sentido, como señalé antes, solo la Ordenanza de San Sebastián tipificaba abierta y directamente la conducta exhibicionista de los genitales, mientras que el resto condenaban las prácticas denominadas «nudistas» sin definir qué se había de entender por tales. Como señalé, la Ordenanza de San Sebastián es la única que superaría, desde una óptica estricta exigible a las normas de carácter sancionador, el principio de taxatividad, pues configura sin ambages cuál es la conducta prohibida. Para el resto de situaciones, ¿podríamos considerar que una persona que cubre todo su cuerpo con excepción de los órganos genitales o, en el caso de las mujeres, los pechos, está practicando el nudismo? Y viceversa, aquella persona que cubre exclusivamente sus genitales pero no su trasero, ¿está desnuda?

Insisto en que la única de las ordenanzas que deja meridianamente clara la conducta tipificada es la de San Sebastián y, a pesar del esfuerzo de concreción que supuso la anulación de los preceptos indicados antes por parte del TS, la seguridad jurídica sigue, a mi juicio, comprometida con el concepto jurídico indeterminado «estar desnudo». En todo caso, el genitalismo de que adolecen estas normas deja patente que, en realidad, se pretende reintroducir una concepción superada de nocividad –por el componente pretendidamente «inmoral» de determinadas partes del cuerpo y, singularmente, los órganos genitales–.

4.3

Las prácticas nudistas como libertad de expresión y de manifestación: referencia a las eventuales autorizaciones

Aun si se admitiese que las prácticas nudistas no son ni pueden ser una manifestación de la libertad ideológica y de creencias consagrada en el art. 16 CE, se plantearía la hipótesis de que estas fuesen encuadrables, en algunas ocasiones (o incluso todas), en el régimen del art. 20.1 CE, relativo a la libertad de expresión, y hasta en el del art. 21 CE, de la libertad de reunión y manifestación.

Como adelanté al principio, las SSTSJ de Navarra de 23 de junio de 2005 y de 27 de junio de 2006 resolvían sendos recursos especiales en materia de protección del derecho de reunión, al amparo de lo dispuesto en el art. 122 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA). Concluían estas SSTSJ que, a pesar de no existir «normas legales impositivas o que sancionen su uso» (en referencia al nudismo,

FJ 2 de la primera sentencia), ello podría dar lugar a una alteración del orden público, dada la presencia de numeroso público infantil en tales fiestas de San Fermín, y, por consiguiente, procede autorizar solo la manifestación propuesta siempre que esta se realice en ropa interior, de suerte que «no afecte a las buenas costumbres ciudadanas y puedan provocar reacciones en las personas que vean esta manifestación ni en la población infantil, no preparada para escenas de esa naturaleza en la calle» (FJ 6 de la misma), entendiendo que esta eventual alteración del orden público no es una mera sospecha sino una clara convicción de que esta alteración se va a producir, dados los datos objetivos (FJ 3 de la segunda sentencia).

Al margen de la referencia moralista a las «buenas costumbres ciudadanas», no se llega a comprender ni de las sentencias se puede concluir de qué elementos de juicio objetivos se desprende la conclusión de que tal alteración del orden público, con eventuales riesgos para personas y bienes (según el tenor del art. 21 CE), vaya a producirse. No aplica, por lo tanto, el principio *in dubio pro libertate* (o *favor libertatis*) que el propio TSJ recuerda que es aplicable a estos casos. Ahora bien, dada la naturaleza de este proceso especial, y puesto que no cabe ulterior recurso (122.2 LJCA), no se pudo cuestionar en vía jurisdiccional ordinaria esta solución y ninguna de las partes interpuso, tampoco, recurso de amparo, concluyendo así esta causa.

Por otro lado, la STSJ de Castilla y León de 8 de octubre de 2013 anuló el inciso «salvo que cuente con autorización expresa del Ayuntamiento» (ninguna persona podrá estar desnuda en los espacios y vías de uso público) de la Ordenanza de Valladolid. Merece la pena reproducir aquí el esclarecedor tenor de dicha Sentencia (FJ 12):

Si se trata de una manifestación o reunión amparada en ese ejercicio [de un derecho fundamental] no cabe someterla a régimen de autorización, y fuera de este supuesto el ayuntamiento no puede autorizar a las personas a estar desnuda o semidesnuda en los espacios y vías de uso público, pues carece de competencia para ello y además vulneraría la Constitución Española, como se ha dicho.

Este tipo de autorizaciones, que contempla también la Ordenanza municipal de Barcelona, lo que persiguen es atribuir al ayuntamiento la potestad de autorizar eventualmente las prácticas nudistas en determinados y puntuales lugares y momentos. Ahora bien, como la propia STSJ de Castilla y León comprueba, existen auténticos problemas a la hora de incardinar esta pretendida potestad en cualquiera de las competencias que los entes locales tienen atribuidas por ley.

Sin embargo, incluso en el ejercicio de derechos fundamentales, este criterio del TSJ de Castilla y León parecería oponerse al adoptado por el TS

en una Sentencia posterior. La Ordenanza de Castillo-Playa de Aro, como he comentado ya, estableció la prohibición de llevar a cabo no solo «actividades naturistas», sino incluso «otras actividades que fomenten, favorezcan o desarrollen el nudismo a menos que el Ayuntamiento lo indique expresamente» (art. 9). A este respecto, la STS de 30 de marzo de 2015 confirmó la legalidad de tal precepto expresando, contra el criterio del recurrente, lo siguiente (FJ 2):

El discutido artículo 9.2 solo puede ser interpretado en el sentido de que la limitación, la restricción o la prohibición de las actividades a las que se refiere, o de su favorecimiento, fomento o difusión, únicamente pueden anudarse a que los interesados las realicen desnudos, pues este es el exclusivo comportamiento que el Ayuntamiento considera verdaderamente reprochable. Y, desde luego, no cabe entender que la necesidad de que el Ayuntamiento autorice esas prácticas afecte, derogue o deje sin efecto en las playas de su municipio el régimen general de los derechos de libre expresión de las ideas u opiniones, de reunión y de manifestación tal y como aparecen configurados en la Constitución y en las leyes orgánicas de desarrollo.

Efectivamente, estas prohibiciones de actos de proselitismo, expresión, manifestación o protesta («fomento, favorecimiento o desarrollo», según el tenor literal de la Ordenanza), solo pueden entenderse limitadas en tanto que se desarrollen «desnudo».

Ahora bien, a mi entender, esta interpretación del Alto Tribunal estaría desconociendo el hecho de que precisamente la desnudez en algunas protestas o expresiones públicas puede constituir, de hecho, una parte fundamental de las mismas, y dado que, con carácter general, la desnudez en público es una conducta atípica y no es ilícita, si esta está unida intrínsecamente al ejercicio de un inequívoco (en este caso sí) derecho fundamental, la protección de estas conductas debería ser la norma. En caso contrario, estaríamos permitiendo que el poder local regulase una parte sustancial del ejercicio de un derecho fundamental, que es precisamente el «cómo» no se puede ejercer tal derecho, siendo, sin duda, esta normativa inconstitucional. Por lo tanto, yerra a mi juicio el TS también en esta ocasión.

Hay que traer aquí a colación la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) de 28 de octubre de 2014, caso *Gough contra Reino Unido*²⁷. En ella se sustancia la pretensión del recurrente, el ciudadano británico Gough, que considera vulnerado por el Reino Unido su derecho a

²⁷. Entre nosotros, y en el mismo sentido, la STC 177/2015, de 22 de julio, sobre la quema de retratos de los reyes (FJ 3.b).

la libertad de expresión dado que ha sido arrestado en distintas ocasiones por transitar desnudo en público, comportamiento penado por la ley de tal Estado. Este ciudadano, según se desprende del caso, «se adhiere a la firme y mantenida creencia de la inofensividad del cuerpo humano» (§ 6). A este respecto, y en lo que se refiere a si el mostrarse desnudo en público constituye o no una manifestación del derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), el Tribunal hace las siguientes consideraciones:

El término «expresión» ha sido ampliamente discutido por el Tribunal de tal forma que cubra variadas y diferentes formas de expresión, incluyendo la expresión a través de palabras, imágenes, vídeo y conductas que tengan la intención de transmitir una idea o información. En el caso de este ciudadano, la decisión de no portar prendas fue una expresión directa de su visión y principios acerca del cuerpo humano. Su queja, por lo tanto, entra dentro del ámbito del art. 10 del CEDH (§ 147).

La protección del art. 10 se extiende no solo a la sustancia de las ideas e información expresadas sino también a la forma en que son transmitidas (Jersild c. Dinamarca, 23 de septiembre de 1994, § 31, serie A, núm. 298). El Tribunal acepta que el derecho a la libertad de expresión puede incluir el derecho de la persona a expresar sus ideas mediante su modo de vestir o su conducta (§ 149).

Su arresto, enjuiciamiento, condena y detención constituyen una medida represiva tomada como reacción a tal forma de expresión de las opiniones del recurrente. Por lo tanto, ha habido una interferencia en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión (§ 150).

Cuestión distinta es si –y en qué medida– se puede restringir tal derecho a la libertad de expresión. Recuértese, como se dijo al principio de este estudio, que solo por ley, de acuerdo tanto con el CEDH como con la CE, podrán establecerse límites. Es más, el TEDH considera que, a pesar de que efectivamente estamos ante una manifestación de tal libertad, su limitación por la ley británica cumplía los requisitos del Convenio y, por consiguiente, era ajustada a derecho.

Lo que resulta relevante a los efectos que aquí nos importan es que, siguiendo la interpretación del TEDH cuya jurisprudencia vincula a nuestros tribunales²⁸: i) el nudismo puede ser manifestación externa de un derecho

28. El TC ha tenido la ocasión de pronunciarse acerca del discutido valor de la jurisprudencia del TEDH en alguna ocasión. Así, por ejemplo, sostiene en su STC 303/1993, de 25 de octubre, que la jurisprudencia del TEDH (toda ella, es decir, no únicamente aquella recaída en procesos donde nuestro país haya sido parte) «no solo ha de servir de criterio interpretativo en la aplicación de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamenta-

fundamental como es el de la libertad de expresión, y ii) solo por ley podrán regularse los límites a tal derecho, límites que, por supuesto, existen. Como corolario de lo anterior, siguiendo esta línea argumentativa, las ordenanzas municipales tendrían vedada la reglamentación de estas conductas, dada la reserva de ley existente.

Sin embargo, el TS tuvo ya conocimiento de la existencia de esta STEDH en el año 2015. Ante el mismo, fue planteado incidente de nulidad previo al recurso de amparo por la representación de la Asociación para la Defensa del Derecho a la Desnudez, tratando de incluir en el debate procesal del recurso resuelto por la STS de 23 de marzo de 2015 la eventual conculcación del art. 20 CE. Considera el TS que, dado que ninguno de los recursos se había fundamentado en la vulneración de dicho precepto constitucional, no procedía pronunciarse al respecto, señalando además que la recurrente no había puesto en conocimiento esta STEDH antes de la votación y fallo de la STS citada (ATS de 21 de mayo de 2015, FJ 2). En idéntico sentido y con los mismos motivos rechaza tal alegación en los autos de las posteriores SSTS de 9 y 11 de mayo de 2016 (nudismo en Valladolid y Barcelona).

Es cierto que los recursos planteados ante el TS y, antes, en sede de los TSJ, no se fundamentan en la vulneración de dicho art. 20 CE y, por consiguiente, constituiría una incongruencia *extra petita* el pronunciamiento por parte de las salas de lo contencioso-administrativo de dichos tribunales. No menos cierto es que algunos de estos recursos se referían a las libertades de los «artículos 14 y siguientes CE». Si el TS no se ha pronunciado acerca de la eventual vulneración del art. 20 CE es, precisamente, por la deficiente técnica de estos recursos. En todo caso, sí deja vislumbrar que, en su opinión, no nos hallamos ante supuestos semejantes, pues mientras las ordenanzas se refieren a una mera aparición desnudo en público, el caso resuelto por el TEDH implica una manifestación externa de ideas o pensamientos con un carácter comunicativo.

Estaríamos en presencia de una interpretación restrictiva del derecho a la libertad de expresión. Una extensiva, implicaría que «la conducta de estos naturistas se puede argumentar que sea “auto-expresiva”, dado que está imbuido de significado para sus identidades individuales» (Lincoln 2016, 21)²⁹. Al mostrarse desnudo en público se está manifestando una personalidad in-

les», sino que también «resulta de aplicación inmediata en nuestro ordenamiento» (GARBERÍ 2013). Sin embargo, y a pesar de la vinculación del art. 10.2 CE, el TC no siempre acoge con criterio pacífico esta doctrina. Por consiguiente, a pesar de que a mi juicio la misma sería plenamente aplicable, debe tomarse con reservas para el caso español.

29. Como dice el TC: «conducta expresiva» (STC 177/2015, FJ 3.b).

cluso cuando no existe un receptor externo de tal expresión³⁰. A pesar de que esta doctrina ha sido fundamentalmente desarrollada por los tribunales canadienses y, consecuentemente, es de difícil traslado al sistema español, sí que conectaría, a mi juicio, esta libertad de expresión con el libre desarrollo de la personalidad, añadiendo argumentos a favor de su conexión con la expresión de derechos fundamentales y, consecuentemente, su necesaria normación a través de la ley.

También en el año 2015, los tribunales han podido ya pronunciarse acerca de la compatibilidad de las ordenanzas municipales y las expresiones de derechos fundamentales desarrollados desnudos. Así, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Cádiz, de 3 de junio de 2015, traída aquí a modo de ejemplo, viene a anular una sanción impuesta en aplicación de la Ordenanza de civismo de tal ciudad. La práctica nudista aquí enjuiciada se enmarcaba en una convocatoria nacional de la FEN para celebrar el «Día Internacional sin Bañadores» y protestar, precisamente, contra la Ordenanza sancionadora de tales conductas. Cabe destacar que esta anulación se produjera antes de la resolución del recurso de casación ya comentado, contra la STSJ de Andalucía que ratificaba la legalidad de la misma; ahora bien, la juzgadora trae ya a debate la doctrina sentada en las primeras SSTS sobre la prohibición del nudismo por las ordenanzas municipales. A pesar de todo, concluye que no puede sancionarse esta conducta por estar amparada por el «derecho de manifestación y expresión» (FJ 2) y, estimando el recurso contencioso-administrativo planteado por el sancionado, anula la sanción impuesta al recurrente y condena en costas al Ayuntamiento de Cádiz. No podemos conocer tampoco aquí (como sucedió en el caso de las manifestaciones de Pamplona) cuál sería la eventual respuesta en sede de recurso a esta solución, pues la sentencia es firme y contra ella no cabía recurso alguno (*ex art. 81.1.a LJCA*, al ser la cuantía del proceso de tan solo 200 euros). Lo que sí es cierto es que se aprecia una cierta incompatibilidad entre esta solución del Juzgado, correcta desde mi punto de vista, y la ofrecida por el TS para el caso de las prohibiciones en el municipio de Castillo-Playa de Aro, criticada antes.

Estar desnudo como tal, según la interpretación del TS puede no ser expresión de una determinada ideología (conclusión esta no compartida), pero lo que sí puede ser, en su caso, es expresión de otros derechos fundamentales como los aquí señalados. Se da, por lo tanto, la particularidad de que si una persona, en ejercicio de estos derechos de expresión y manifestación, protesta contra las ordenanzas municipales prohibitivas de estas conductas portando,

30. En sentido semejante, sobre el potencial expresivo de la mendicidad, véase MELERO 2016, 18.

por ejemplo, una pancarta, y se le sanciona por ello en aplicación de tales ordenanzas, es bastante probable que dicha sanción sea anulada por implicar el ejercicio de derechos fundamentales, materia vedada a la regulación local, a pesar de que el TS ha considerado que sí se pueden prohibir los actos que «fomenten, favorezcan o desarrollen el nudismo».

En todo caso, tampoco resulta extraño presenciar, con recurrencia anual en la mayor parte de los casos, manifestaciones ciclounudistas en nuestras ciudades, que, por otra parte, no suponen en modo alguno alteración del orden público, aun llevándose a cabo en lugares céntricos y en los que las personas no suelen mostrarse desnudas de manera habitual (por no decir nunca). De nuevo, estas expresiones nudistas resultarían, a mi juicio, atípicas en lo que se refiere a las ordenanzas municipales.

4.4

Consecuencias penales derivadas de la infracción de estas prohibiciones

El último de los argumentos en torno a los que giraban algunos de los recursos de casación interpuestos contra estas SSTSJ se refería a la reintroducción, *de facto*, del escándalo público a través de la desobediencia a estas ordenanzas, lo que algunos recurrentes han denominado «nuevo derecho consistente en “no ver lo que a uno no le gusta, como forma eufemística de referirse al escándalo público”» (FJ 6 de la STS de 23 de marzo de 2015). Sin embargo, continúa esta STS, «la Ordenanza que nos ocupa n[o] califica la desnudez como “escandalosa”» (*ib.*) y, por consiguiente, no se puede admitir el pretendido argumento, que desestima.

Comoquiera que sea y una vez admitida la potestad sancionadora de los entes locales en esta materia, aparecen los efectos derivados de la aplicación de estas ordenanzas y, en particular, sus consecuencias para los infractores que persisten en su comportamiento contrario a aquellas.

En virtud de la Ordenanza municipal de San Sebastián de 2004 que, como vimos, prohíbe la exhibición de los genitales, los policías locales ordenaron a distintos ciudadanos que se cubriesen, siendo desobedecidos por estos. Dos casos independientes llegaron en apelación a la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, la cual, en sus sentencias (SAP) de 26 de marzo y 21 de septiembre de 2010, determinó que en ninguno de los dos supuestos concurrían los elementos del tipo delictivo de exhibición obscena (ni siquiera en uno de los casos en el que hubo un comportamiento de «realce de sus nalgas y genitales» dada la expectación generada por su desnudo), pues no se apreciaba

comportamiento sexual alguno. Sí condenó, en ambos casos, a los acusados como responsables de un ilícito penal (delito y falta, en uno y otro caso) de una desobediencia a la autoridad, puesto que considera la AP que sí existen los elementos objetivos suficientes para tal condena (en particular: un mandato expreso legítimo, una orden convenientemente notificada y una resistencia del requerido a su cumplimiento).

Algo más complicado se plantea el panorama en la aplicación de la Ordenanza de Barcelona de 2006 que, recordemos, hasta 2011 no incluía el nudismo como tipo infractor de la misma.

La SAP de Barcelona de 14 de mayo de 2008 absuelve a un ciudadano que se encontraba desnudo en la citada ciudad de la falta de desobediencia a la autoridad por no cumplir la orden de la guardia urbana de cubrirse; considera la AP, a mi juicio acertadamente, que la orden no era legítima, pues no existía entonces norma prohibitiva alguna de la conducta llevada a cabo por el acusado, no pudiendo ser considerada subsumible la actitud de mostrarse desnudo en público en los conceptos jurídicos indeterminados que sí protegía (y protege) la norma municipal: «menospreciar los derechos de las demás personas» o «atentar contra su dignidad».

Sin embargo, la SAP de Barcelona de 19 de noviembre de 2009, a pesar de llegar a semejante conclusión que la anterior (a saber, la absolución de la falta de desobediencia por carecer la orden de legitimidad al no existir la prohibición expresa de ir desnudo), contiene argumentos sutilmente diferentes. Plantea, efectivamente, que «puede entenderse justificada la denuncia administrativa en tanto en cuanto practicar nudismo en las calles de la ciudad pudiera infringir las ordenanzas municipales»; sin embargo, concluye el Tribunal, «una vez formulada la denuncia administrativa, no cabe exigir al nudista otro comportamiento, basta sancionarlo conforme a las ordenanzas» (FJ 1).

Para terminar de enmarañar la situación, la SAP de Barcelona de 25 de enero de 2011 (por consiguiente, también esta anterior a la introducción del tipo infractor del «nudismo» en la Ordenanza) confirma la condena por desobediencia a la autoridad por hechos similares a los anteriores (aquí, el ciudadano rechaza cubrirse con una manta cuando los agentes de la autoridad se lo indican).

La situación que se plantea en este punto reviste más trascendencia de la que, a simple vista, pudiera parecer que tiene. Si bien *de iure* la potestad reglamentaria y sancionadora de los entes locales y la función legislativa penal y su coerción operan en planos distintos, en este caso asistimos, *de facto*, a una *transmutación* de una infracción administrativa en otra penal.

A este respecto la línea jurisprudencial emprendida por la AP de Palma de Mallorca a partir del año 2008 y continuada por otras es, a mi entender, la

adecuada. Las SSAP de Palma de 22 de julio de 2008 y de 18 y 21 de diciembre de 2009 son las pioneras en este sentido (seguidas, entre otras, por las de 11 de mayo de 2010 y 30 de marzo de 2011, que se refieren a las primeras). En todas ellas se plantea el caso de la eventual comisión por unas prostitutas de una falta o delito de desobediencia, por negarse a cesar en tal actividad. En primer lugar, el Tribunal se plantea la legitimidad de la orden de cesación como sanción frente al incumplimiento de la Ordenanza. Concluye que, a pesar de que la LBRL no contempla sino sanciones de carácter pecuniario, la Ley autonómica sí ofrece cobertura legal suficiente para la configuración de esta medida como sanción en la Ordenanza.

Una vez superado este presupuesto, la AP considera el segundo y fundamental motivo de apelación, a saber, que el incumplimiento de la sanción impuesta a las recurrentes (en concreto, su no cesación en la conducta llevada a cabo) es, o debería ser a juicio de estas, penalmente irrelevante. Da la razón en todas estas sentencias la AP a las apelantes sobre la base de los siguientes argumentos, que, por su importancia, merecen ser transcritos (FJ 1, SAP de Palma de Mallorca de 22 de julio de 2008):

Se corre el riesgo o peligro de que a través de la infracción administrativa de determinadas conductas y su encaje a través del tipo penal de la desobediencia cuando el sujeto sancionado no la cumpla voluntariamente y persista en su actitud de no acatamiento, se busque y persiga su punición, pese a que el legislador penal no ha querido contemplarlas expresamente como un tipo penal autónomo e independiente (...). No pasa de constituir más que el incumplimiento de una sanción administrativa, sin alcanzar la consideración de desobediencia a la autoridad ni a sus agentes y por tanto no es merecedora de reproche penal, por cuanto ha de precisarse que el Ayuntamiento para ejecutar dicha sanción de cesación no agotó los mecanismos de intervención directa que frente a la administrada sancionada preveía la propia Ordenanza infringida, la cual contempla la posibilidad de establecer multas coercitivas (...). Resulta a todas luces contrario al principio de mínima intervención del derecho penal, que la Administración municipal pretenda derivar el incumplimiento de una sanción administrativa a la órbita penal, cuando ella misma en vía administrativa no ha agotado, ni hecho efectivos, los mecanismos de ejecución e incluso de sanción directa que la propia norma incumplida establece para el restablecimiento de la legalidad infringida.

De seguirse hasta el extremo el criterio municipal llegaríamos al absurdo de que cualquier incumplimiento de una sanción administrativa por ejemplo estacionar un vehículo en vado reservado en va-

rias ocasiones, tirar la basura fuera del horario que establezca la Ordenanza o incumplir la normativa en materia de venta ambulante o del botellón, por la sola y única circunstancia de que la sanción impuesta fuera la de cesación de dicho comportamiento, supondría su transmutación en un ilícito penal, aunque el legislador penal ha huido de castigar dicha conducta a través de un tipo penal autónomo, dándose la paradoja circunstancia de que la multa coercitiva, que pudo y debió de haberse establecido por el Ayuntamiento denunciante para forzar la ejecución forzosa de dicha sanción y evitar así su no acatamiento, finalmente sea declarada por un tribunal penal y no por el órgano administrativo sancionador, a quien en su caso le competía y correspondía hacerlo.

Sin embargo, otras Audiencias vienen siguiendo un criterio más ambiguo. Así, hacen depender la existencia de un ilícito penal de desobediencia del tiempo transcurrido entre la orden de cesación y la reiteración de la conducta contraria a las ordenanzas: «el problema surge cuando el denunciado en un primer momento parece hacer caso a la orden y deja de aparcar pero vuelve al poco rato» (FJ 3 SAP de Cádiz de 10 de junio de 2004, posteriormente reiterado por SAP de Alicante de 23 de febrero de 2012).

En definitiva, la STS de 23 de marzo de 2015 tiene razón en cuanto que afirma que no se tachan de escandalosas estas conductas, si bien yerra en el hecho de que, *de facto*, la infracción de estas ordenanzas se está persiguiendo penalmente, como acabamos de ver en los ejemplos. La solución que los juzgados de lo penal y las Audiencias Provinciales deberían dar en respuesta a las acusaciones de desobediencia ante la negativa a cumplir una ordenanza municipal no ha de ser penal, sino la de su reenvío al ámbito administrativo sancionador, para evitar la peligrosa transmutación de una infracción administrativa en otra penal, línea interpretativa iniciada por la AP de Palma; en caso contrario, además, estaríamos dando carta de naturaleza al poder local para actuar como legislador orgánico tipificando veladamente comportamientos delictivos, competencia que, palmariamente, excede de sus potestades regulatorias.

Además, frente a la contravención de una ordenanza municipal, el poder local va a contar con medios coercitivos, como son la imposición de sanciones pecuniarias y otras previstas en cada una de ellas, que permitirán castigar tales infracciones. Lo que resulta inadmisibles es que, ante la mínima infracción de una ordenanza, se den órdenes en un determinado sentido, cuando tales órdenes exceden de las competencias municipales.

5

Consideraciones finales

5.1

Sanciones sociales y morales, mas no jurídicas

¿Cabe el establecimiento de límites a las prácticas nudistas? En mi opinión, como he argumentado a lo largo de todo el artículo, debe ser el legislador orgánico el que los establezca, siempre dentro de los límites de los arts. 16 CE y 9 CEDH, teniendo en cuenta que estamos ante un caso semejante al del uso del velo islámico. Ahora bien, si seguimos la argumentación del TS y consideramos que no pueden ser consideradas estas prácticas expresión de una ideología y, consecuentemente, aceptamos que los ayuntamientos pueden normarlas mediante ordenanzas municipales, ello no implicará que este poder local no esté sujeto a los principios de la potestad sancionadora consagrados por el ordenamiento (legalidad, irretroactividad, tipicidad, responsabilidad y proporcionalidad, según los arts. 25 a 29 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público).

Pero hay que recordar que, si bien la inmoralidad es un presupuesto necesario para establecer una sanción –penal, administrativa, disciplinaria, etc.–, no es condición suficiente para tal hipotética penalización (Ríos 2007, 3-4). En otras palabras, no toda inmoralidad merece una sanción por parte del Estado de derecho. Además, hay que tener en cuenta que el bien jurídico protegido en estos casos es el «sentimiento individual del espectador en cuanto es obligado a percibir lo que no quiere ni acepta, atentándose a su libertad individual, lo cual a la manera de ver (...) del individualismo sería insuficiente para punir una conducta (...) porque no hay daño relevante» (Ríos, citando a HART, *ib.*, 6). En efecto, el pudor o las buenas costumbres, *per se*, no parecen bienes jurídicos que deban ser antepuestos a eventuales expresiones de derechos fundamentales o, si no se acepta este extremo, al menos a la libre voluntad de ir vestido o desvestido como se quiera en los lugares que son de todos.

Además, el ánimo de regular la vida privada de los ciudadanos que estas ordenanzas parecen tener implica un cierto desconocimiento del sistema moral como ámbito normativo: existen sanciones morales que son o pueden ser tan potentes o más que las jurídicas. «La sanción de las normas de moral social tiene carácter externo (repulsa social, pérdida de prestigio, etcétera), pero carece en general de la posibilidad de recurrir a la fuerza física (aunque en ocasiones la otra fuerza pueda ser incluso más persuasiva)», según ATIENZA (2012, 77). En el caso del nudismo, es paradigmático el argumento del voto particular ya comentado del magistrado Picón Palacio:

En la forma de mostrarse ante los demás –recuérdese que se está hablando en términos generales, no en supuestos concretos– hay limitaciones; límites que se imponen por razones térmicas, de moda, de sentir social, etc., pero son límites incoercibles y por ello no estrictamente jurídicos. (...) Cuando una persona, pues, se muestra hacia fuera, se autodetermina, se desenvuelve en su personalidad, se desarrolla y ejercita la misma, así como su libertad individual (FJ 4 del voto particular a la STSJ de Castilla y León de 18 de octubre de 2013).

No puede desconocerse que la realidad social en la que vivimos acepta con ciertos reparos la muestra del cuerpo desnudo; si bien la permisividad de estas conductas es infinitamente superior a la de hace no muchos años, no es ni de lejos una práctica generalizada. De ahí que ante un eventual comportamiento en este sentido, el rechazo moral fuese comprensible (lo cual no quiere decir que el que suscribe este artículo lo comparta), si bien estas conductas no pueden suponer mayor reproche que el ético. La AP de Barcelona reconoció, en este sentido, para el caso de un ciudadano que hacía uso de prestaciones de carácter social y, después, fue acusado de desobediencia por ir desnudo, lo siguiente (la redonda es mía; FJ 2.2 de la SAP de Barcelona de 14 de mayo de 2008):

Lo que no es aceptable éticamente, si se ha asumido el hecho de vivir en sociedad, es aprovecharse de esos beneficios sociales y rehusar al propio tiempo el cumplimiento de los compromisos concomitantes. (...) Por cuanto antecede, se podría formular un claro reproche ético al denunciado, hoy recurrente, por su escaso compromiso con la sociedad que le alberga y tutela.

En definitiva, dado que el bien jurídico que se pretende tutelar no parece vencer, en un juicio de proporcionalidad, la eventual autodeterminación pacífica y sin graves perjuicios a terceros, solo caben, a mi juicio, eventuales reproches morales que no han de superar el plano de lo ético para llegar al terreno de lo jurídico.

Además, y siguiendo con los argumentos expuestos en apartados anteriores acerca de la oportunidad y necesidad de estas restricciones por las ordenanzas municipales, me pregunto si superarían estos reglamentos el test de oportunidad de la nueva regulación de la actividad normativa incluida en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en concreto, los arts. 127 y ss., ya vigentes anteriormente en otra Ley). ¿Es tan imperativa una regulación en este sentido? ¿Acaso es una práctica tan generalizada? Incluso si lo fuese, ¿afectaría tanto a nuestros sentimientos el ver un cuerpo desnudo? Parece que algunos preceptos de estas ordenanzas, por otra parte, no han sido del gusto de todos,

pues en fechas recientes se ha hablado de la posibilidad de modificar algunas de estas controvertidas prohibiciones³¹.

Un problema añadido, que fue argüido en los distintos recursos, admitido para el caso del velo islámico mas no así para el del nudismo, es el de la variable delimitación de los derechos a lo largo del territorio nacional, teniendo hasta ocho mil posibles regulaciones sobre una misma materia (FJ 7, STS de 14 de febrero de 2013). Si aceptamos la argumentación del TS, no habrá objeciones a que cada uno de los ayuntamientos de este país regule del modo que estime adecuado lo que ha de entender por convivencia, en tanto que estamos ante una manifestación democrática (PEMÁN 2010, 47). Ahora bien, dado que aquí se discute la postura del TS, considero que esta variable anatomía de las prohibiciones de las prácticas nudistas solo perjudica a los propios ciudadanos, en este caso a los profesos de esta ideología o filosofía, pues parece que, si desean desarrollar los postulados de su pensamiento en un punto u otro de la geografía nacional, habrán de consultar previamente la normativa local.

5.2

El régimen competencial como cuestión clave

En definitiva, y concluyendo, si dejamos al margen todo contenido sexual de estas conductas –pues en tal caso estaríamos ante una eventual conducta delictiva si hay presentes menores o incapaces, o de seguridad ciudadana, en el resto de los casos–, no parece claro que en la sociedad actual la muestra de los órganos genitales en público suponga atentado alguno contra bienes jurídicos dignos de protección.

Si tenemos en cuenta, además, que estas prácticas pueden constituir, como he tratado de demostrar, actos subsumibles en el ejercicio de derechos fundamentales (el de libertad ideológica, expresión o manifestación), no parece que la postura del TS de rechazar de plano esta posibilidad sea adecuada, máxime si tenemos en cuenta que, para un caso similar (el de la STS del burka), apreció sin ambages tal posibilidad.

31. A la fecha de redacción de este artículo, el Ayuntamiento de Valladolid está desarrollando una consulta pública sobre la necesidad y oportunidad de modificación de la ordenanza de civismo de tal capital castellana, «con fines de actualizar la regulación e introducir una perspectiva más integradora y social» (*Documento informativo para la consulta pública previa*, Ayuntamiento de Valladolid). En el mismo sentido, se han podido leer en prensa idénticas pretensiones para otros ayuntamientos, como el de Barcelona, aunque todavía no han alcanzado, hasta donde sé, la efectividad del caso de Valladolid.

En todo caso, dos son las eventuales soluciones que el ordenamiento permite: por una parte, la derogación de los preceptos más controvertidos y, en buena medida, innecesarios de estas ordenanzas; y, por otra, la eventual clarificación del orden competencial y, especialmente, la problemática derivada de la regulación de aspectos accesorios de los derechos fundamentales por los entes locales, superando así la denominada «pereza legislativa» (EMBID 2010, 138). Lo que no creo que sea conveniente ni ajustado a derecho es que sean los ayuntamientos los que regulen cuestiones que afectan directamente a los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos. Estamos ante dos soluciones alternativas: o bien se reconoce que las ordenanzas pueden incidir en la regulación incidental y accesorio de los derechos fundamentales, o bien, como dice el TS, esta regulación está, en todo caso, reservada a la ley orgánica. Desde una perspectiva garantista de los derechos fundamentales como principal razón del Estado de derecho, me inclino por la segunda.

6

Bibliografía

- ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2014). «Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre derecho penal y derecho administrativo sancionador». *Revista de Administración Pública* (195), 135-167.
- ANTELO MARTÍNEZ, A. R. (2016). «Elaboración de disposiciones de carácter general en la Administración Local, tras la entrada en vigor de la Ley 39/2015». *REALA* (6), 105-121.
- ARROYO JIMÉNEZ, L. (2009). «Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo». *InDret - Revista para el análisis del Derecho* (2), 1-32.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M. (2012). *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel Derecho.
- BOLDOVA PASAMAR, M. Á. (2001). El delito de exhibicionismo. *Revista de Derecho Penal y Criminología* (8), 11-35.
- CASINO RUBIO, M. (2011). Las nuevas y discutibles ordenanzas municipales de convivencia. *Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici* (4), 743-771.
- COTINO HUESO, L. (2007). *Derecho constitucional II: derechos fundamentales*. Valencia: Universidad de Valencia.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M.^a (2008). *Sistema de Derechos Fundamentales*. Madrid: Civitas.
- EMBID IRUJO, A. (2010). *La potestad reglamentaria de las Entidades Locales*. Madrid: Iustel.

- FERNÁNDEZ-MIRANDA FERNÁNDEZ-MIRANDA, J. (2015). El principio de legalidad, la vinculación negativa y el ejercicio de la potestad reglamentaria local. *Revista de Administración Pública* (196), 229-269.
- FRIEDMAN, L. (2016). Law, Technology, and the Butterfly Effect. *REDES - Revista eletrônica Direito e Sociedade*, 4 (1), 1-20.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J. (2013). La ejecución en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Diario La Ley* (8178).
- GARCÍA URETA, A. (2013). Signos religiosos, autonomía municipal y derechos fundamentales: comentarios sobre la STS de 14 de febrero de 2013 (prohibición de uso del velo integral). *Revista de Administración Pública* (191), 201-221.
- GRACIA RETORTILLO, R. (2008). Convivencia ciudadana, prostitución y potestad sancionadora municipal. El caso de Barcelona. *Cuadernos de Derecho Local* (17), 99-133.
- HENRÍQUEZ SALIDO, M. DO C., ALAÑÓN OLMEDO, F., ORDÓÑEZ SOLÍS, D., OTERO SEIVANE, J., & RABANAL CARBAJO, P. F. (2014). La fórmula *in dubio* en la jurisprudencia actual. *Revista de Lengua i Dret* (62), 5-22.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L. (2005). La reserva de ley en materia sancionadora. Avances, retrocesos y contradicciones de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista de Administración Pública* (166), 169-199.
- IBÁÑEZ PICÓ, M. (2008). Municipio y civismo. Las ordenanzas municipales como instrumento para la convivencia. *REALA* (307), 143-181.
- LINCOLN, L. (2016). Public nudity and the right to freedom of expression: balancing competing interests. *Victoria University of Wellington Legal Research Papers*, 1-53.
- MELERO ALONSO, E. (2016). Las ordenanzas locales como instrumento de exclusión social: la regulación que afecta a las personas sin hogar es derecho administrativo del enemigo. *REALA* (6), 7-26.
- MERINO ESTRADA, V. (2006). Las nuevas Ordenanzas municipales reguladoras de la convivencia ciudadana. *REALA* (300-301), 485-510.
- MUÑOZ CONDE, F. (2015). *Derecho Penal. Parte Especial*. Madrid: Tirant lo Blanch.
- NIETO, A. (2007). Régimen sancionador de las administraciones públicas: últimas novedades. Pasos recientes del proceso sustantivizador del Derecho Administrativo Sancionador. *Cuadernos de Derecho Local* (14), 7-13.
- ORDUÑA PRADA, E. (2016). *Ordenanzas Municipales de Convivencia Ciudadana, Sanciones y Democracia Local*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ORTUÑO RODRÍGUEZ, A. E. (2009). La potestad sancionadora de las entidades locales. Especial referencia a las ordenanzas cívicas. *Cuadernos de Derecho Local* (20), 23-52.

- PARICIO RALLO, E. (2014). Las ordenanzas municipales y la jurisprudencia reciente. *Cuadernos de Derecho Local* (36), 161-173.
- PEMÁN GAVÍN, J. M.^a (2010). La política de civismo en los Ayuntamientos españoles. Entre policía, acción social y educación cívica. *Revista Aragonesa de Administración Pública* (36), 11-51.
- PEMÁN GAVÍN, J. M.^a (2007). Ordenanzas municipales y convivencia ciudadana. Reflexiones a propósito de la Ordenanza de civismo de Barcelona. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)* (305), 9-55.
- PÉREZ SÁEZ, R. (2016). Ordenanzas. Competencia municipal. Nudismo en playas urbanas. La determinación de qué debe entenderse por convivencia pacífica y su protección corresponde a la Corporación municipal, como órgano democrático, al no estar en liza ningún derecho fundamental. *La Administración Práctica* (7), 121-128.
- QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. de la (2013). Ley, derechos fundamentales y libertades económicas: la intervención local en servicios y actividades. *Revista de Administración Pública* (192), 53-97.
- RÍOS VEGA, L. E. (2007). Moralidad sexual y Derecho: moralismo, individualismo y garantismo. *Universitas - Revista de Filosofía, Derecho y Política* (6), 3-27.
- ROLLNERT LIERN, G. (1998). Ideología y libertad ideológica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista de Estudios Políticos* (99), 227-256.
- SÁNCHEZ SÁEZ, A. J. (2006). El principio democrático en la Administración Local: la elección directa del alcalde y las potestades de autoorganización y sancionadora. *REALA* (302), 185-2010.
- VERA FERNÁNDEZ-SANZ, A. (2002). El uso común y libre del litoral. Playas nudistas y competencia municipal (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, 22 de febrero de 1999). *Práctica Urbanística* (7), 38.
- VERA FERNÁNDEZ-SANZ, A. (2015). Playas, nudismo... y Ayuntamientos (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2015). *El Consultor de los Ayuntamientos* (21), 2587.