

EL SUPREMO AVALA LA ORDENANZA QUE PROHÍBE IR DESNUDO POR BARCELONA

(Comentario a la STS de 23 de marzo de 2015)¹

Javier Fernández-Corredor Sánchez-Diezma

Magistrado

EXTRACTO

El Tribunal Supremo ha declarado conforme a Derecho una ordenanza del Ayuntamiento de Barcelona que prohíbe transitar desnudo, en bañador u otra prenda de ropa similar por las calles de la ciudad y que tipificaba como falta leve la persistencia en tales conductas después de ser advertido por los agentes de la autoridad. Dicha normativa había sido cuestionada por dos entidades defensoras del naturismo. En este sentido el Alto Tribunal considera que la prohibición de la desnudez no lesiona el principio de libertad ideológica del artículo 16 de la CE, al estar habilitada la entidad local para limitar el ejercicio de tal actividad, prohibiéndola y sancionándola administrativamente, por estar habilitada por la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local y por afectar directa e inmediatamente a las relaciones de convivencia. Sin embargo, sí afirma que resultan contrarias al principio de legalidad determinadas expresiones de la ordenanza como «casi desnudo», «casi desnuda» o «con ropa similar al bañador», al considerarlas «excesivamente inconcretas e indeterminadas», y por tanto anula la ordenanza en ese punto concreto, aun manteniendo la validez del conjunto de la norma.

Palabras claves: derechos fundamentales, libertad ideológica y libertad de tránsito.

Fecha de entrada: 28-04-2015 / *Fecha de aceptación:* 25-05-2015

¹ Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com/> (Selección de jurisprudencia de Derecho administrativo del 16 al 30 de abril de 2015).

Vamos a proyectar nuestro comentario mensual sobre una sentencia del Tribunal Supremo que viene a dar respuesta a un asunto que como poco podemos calificar de curioso. En ella se examinan los límites que nuestro ordenamiento jurídico viene a establecer en relación con el derecho de todo ciudadano a ir o no vestido adecuadamente en las vías públicas.

El origen de tal sentencia cabe encontrarlo en la modificación que el Ayuntamiento de Barcelona efectuó de su Ordenanza de Convivencia en el Espacio Público a fin de establecer la prohibición de la conducta consistente en la práctica del nudismo o el «casi nudismo» y del tránsito o permanencia en esos espacios públicos en bañador u otra prenda de ropa similar, introduciendo la tipificación como infracción leve la realización de tales conductas prohibidas en los casos de persistencia en su práctica una vez requerido el infractor con carácter previo por los agentes de la autoridad competentes. De esta manera trataba de responder la citada Administración local ante la cada vez más evidente degradación en las formas de vestir, sobre todo de turistas en la época de verano, en la que la casi ausencia de toda vestimenta era el común denominador.

Pues bien, ante la tipificación de dichas conductas como constitutivas de infracción leve, dos asociaciones de naturistas interpusieron, en primer término, recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC) contra el acuerdo del pleno del Ayuntamiento de Barcelona, modificador de la ordenanza reguladora de la convivencia ciudadana en espacios públicos, concretamente contra la sección tercera de la misma dedicada expresamente a la prohibición del nudismo.

En este sentido las entidades recurrentes afirmaban que la citada norma reglamentaria carecía de cobertura legal suficiente para establecer la prohibición del nudismo e imponer sanciones, vulnerándose con ello la reserva de ley orgánica al estar dicha práctica amparada por los derechos de libertad ideológica y de pensamiento, intimidad y propia imagen e igualdad. Por último, se alegaba la lesión del principio de tipicidad al introducir conceptos jurídicos indeterminados en el establecimiento de los tipos infractores, e iba en contra de los actos propios y que había sido dictada por órgano incompetente respecto de las playas.

La primera respuesta judicial a la cuestión no pudo ser más contundente, ya que el TSJC desestimó todas y cada una de las pretensiones deducidas por las actoras. De esta manera con-

sideraba competente al ayuntamiento para aprobar una norma de esta naturaleza, justificándose la restricción a las prácticas nudistas en espacios públicos, entre las atribuciones que la Ley Reguladora de Bases de Régimen Local tiene relativas a la adecuada regulación de la convivencia pacífica, respetuosa con los derechos fundamentales, no desconociéndose ni los actos propios ni el principio de tipicidad, pues los conceptos jurídicos indeterminados son susceptibles de una concreción razonablemente factible.

Concretamente se razona, de manera sustancial por parte del TSJC, que, aunque la práctica del nudismo pueda considerarse una manifestación de la libertad de creencias amparada en el artículo 16 de la Constitución, su proyección externa tiene su límite en la coexistencia de otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos, por lo que puede ser restringido por la necesidad de mantener el orden público y la convivencia pacífica.

Disconformes con dicha decisión, las dos asociaciones defensoras del nudismo acuerdan interponer recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, recursos que se presentan por separado, circunstancia que no impide al Alto Tribunal, por razones obvias de lógica procesal, examinarlos de manera homogénea, dado que los cinco motivos esgrimidos por una y los dos aducidos por la otra se encuentran claramente conectados entre sí, atendida su evidente identidad.

El hilo conductor de ambos recursos parte de considerar el nudismo como una ideología y una forma de vida cuya práctica ha de estar amparada en el artículo 16 de la CE que proclama el derecho fundamental a la libertad ideológica, ejercicio que no puede ser limitado por los poderes públicos por una mera ordenanza local, que no reviste el rango de ley orgánica, único instrumento legal susceptible de limitar y regular el ejercicio de los derechos fundamentales (art. 53.1 CE).

En este sentido, sostienen que acudir, como lo hace el Ayuntamiento de Barcelona, a un concepto jurídico tan indeterminado como la salvaguarda del orden público, no puede erigirse en título habilitante para prohibir conductas como las sancionadas por la ordenanza cuestionada, pues, insisten, nos encontramos ante una norma de naturaleza reglamentaria que en modo alguno puede sancionar ni prohibir una determinada manera de desenvolverse en cuanto a la vestimenta de las personas en ámbitos públicos.

Una de las asociaciones sí que pone el acento en un motivo impugnatorio que va a necesitar de una detallada respuesta del Tribunal Supremo, al poner sobre la mesa la infracción de los principios de legalidad y tipicidad al admitirse que la ordenanza incorpore conceptos jurídicos indeterminados vagos e imprecisos que no permiten su adecuada concreción, requisito que es inmanente al ámbito sancionador administrativo.

Resulta curioso apreciar como los recurrentes hacen uso de una sentencia del Tribunal Supremo del año 2013, referida al uso del velo integral, entendiendo aquellos que ambos casos presentan una verdadera similitud por cuanto no son sino manifestaciones del derecho a la libertad ideológica, una de carácter religiosa y otra de carácter vital, protegidas ambas por el artículo 16.1

de la CE. Pues bien, partiendo la sala de las dudas que al TSJC le planteó considerar al nudismo como una actividad vital o forma de expresión de la personalidad, o incluso una forma de relacionarse con la naturaleza y que al final les llevó, creemos sin demasiada convicción, a considerar dicha conducta como una «una manifestación de la libertad de creencias amparada en el artículo 16 de la Constitución española, derecho que incluye la libre expresión de la personalidad que el artículo 10 de la Constitución vincula a la dignidad humana», el Tribunal Supremo, entendemos, sitúa el debate en sus justos términos, al rechazar la conclusión a la que llega el TSJC, pues argumenta que no es función de los órganos judiciales introducirse en debates de carácter filosófico, pues su competencia se ha de limitar a cuestiones de índole jurídico, no pudiendo calificarse como tal el considerar que el nudismo sea un estilo o forma de vida.

Y es que si se considerase que la práctica del nudismo se ha de enmarcar en el seno del derecho a la libertad ideológica del artículo 16 de la CE, al Ayuntamiento de Barcelona le estaría vedado establecer vía ordenanza el prohibir o limitar su práctica y mucho menos tipificar como infracción leve la persistencia en tal conducta después de ser advertido por los agentes de la autoridad, pues para ello se precisa una cobertura formal con rango de ley, carácter del que carece una ordenanza local.

Es a partir de este momento cuando el Tribunal Supremo centra la cuestión al excluir que nos encontremos simplemente con el nudismo ante una verdadera ideología, toda vez que lo más relevante a efectos jurídicos y dialécticos con dicha práctica es que estamos frente de unas prácticas, actitudes o formas de relacionarse con la naturaleza más o menos admitidas o discutidas socialmente. Para ello acude directamente a la contemplación de la normativa municipal cuestionada en la que prohíbe ir desnudo o casi desnudo por los espacios públicos, salvo autorizaciones para lugares públicos concretos, mediante decreto de alcaldía, extendiéndose la prohibición al tránsito o permanecer en espacios públicos solo en bañador u otra similar, salvo en lugares habilitados para el baño o próximos a los mismos.

Prevé la vulneración de tal prohibición la imposición de sanciones de multa de 300 a 500 euros para el primero de los supuestos (desnudez o cuasi-desnudez) o de 120 a 300 euros (estar en bañador o similar). Eso sí, con carácter previo a apreciar la comisión de las infracciones leves expuestas, los agentes de la autoridad recordarán en primer lugar a las personas afectadas que su forma de proceder está prohibida y solo si se persiste en su actitud se denunciarán los hechos.

El Tribunal Supremo simplifica, con acierto, la cuestión litigiosa, ya que al prohibirse la desnudez o ir en bañador en lugares públicos, no se está lesionando derecho a la libertad ideológica, pues no se alcanza a comprender cómo el hecho de «ir desnudo por la calle» deba entenderse como una manifestación externa de la libertad de pensamiento y tampoco se puede compartir la existencia de un derecho fundamental a deambular, transitar o estar en esos lugares «*en bañador*», pues no se alcanza a entender qué libertad fundamental se ejerce, necesariamente, vestido con dicha prenda. En definitiva, no resulta válido como término de comparación el aludir a una sentencia sobre la legalidad del uso del velo, pues esto se incardina de una manera evidente y manifiesta en el ámbito de un determinado sentimiento religioso.

Tampoco considera el Alto Tribunal que con estas prohibiciones se vulnere el derecho a la igualdad de aquellos que no comparten lo que los propios recurrentes vienen a denominar «moral pública oficial», pues el Ayuntamiento de Barcelona, al establecer aquellas, no pretende establecer un concepto oficial de moral, ni imponerlo coercitivamente a quienes no lo comparten, ya que en todo caso se trataría de asegurar unas condiciones de uso de los lugares públicos que reúnan unos mínimos de aceptación por los residentes y visitantes de la ciudad.

Es por ello que no podamos hablar de discriminación cuando se prohíbe en los espacios públicos de la ciudad ir desnudo, habida cuenta de que las reglas de convivencia mayoritariamente aceptadas por el común de la población distan muy mucho de tal práctica, por mucho que las entidades recurrentes hablen de que la oposición a tales prácticas sea residual.

Afirma la Sala Tercera la competencia del Ayuntamiento de Barcelona para establecer tales prohibiciones, pues las mismas no son sino consecuencia de la habilitación que el artículo 84 de la LRBRL le atribuye a fin de intervenir en la actividad de los ciudadanos con sujeción a los principios de igualdad de trato, necesidad y proporcionalidad, circunstancia esta última que se viene a preservar en la regulación de la ordenanza cuestionada cuando se permite practicar el nudismo o estar en bañador en algunos supuestos, preservándose en todo caso aquellos lugares en los que o bien no es decoroso ir desnudo o bien no es habitual ir en bañador.

Por último, la sala analiza con detenimiento y profundidad si alguna de las expresiones contenidas en la ordenanza al establecer las prohibiciones a las que nos estamos refiriendo vulneran el principio de tipicidad. Se están refiriendo a expresiones tales como «casi desnudo» o «casi desnuda», «u otra prenda de ropa similar» o «los otros lugares donde sea normal o habitual estar con esta prenda». En este aspecto concreto el Tribunal Supremo viene a dar la razón a los recurrentes, pues afirma, no resulta factible determinar con un mínimo grado de precisión las concretas características de las conductas que se sancionan.

Y es que utilizar el adverbio «casi» indica que algo no se da, aunque falta muy poco para ello, es decir, ir casi desnudo no es ir desnudo pero muy próximo a ello; lo que revela una enorme dificultad para determinar qué cabe considerar por ir casi desnudo, máxime cuando en acontecimientos sociales de relevancia pública están plenamente aceptadas determinadas indumentarias que dejan al descubierto de manera apreciable, prácticamente en su totalidad, la mayoría del cuerpo de la persona, sin que ello suponga reproche alguno desde el punto de vista de la percepción social.

Es por ello que se reproche al Ayuntamiento de Barcelona que no hubiera hecho un mayor esfuerzo para acotar estos conceptos jurídicos indeterminados, habiéndose ayudado de la normativa penal en la que frecuentemente se acude a reglas ejemplificativas o enunciativas que podrían actuar como elementos reductores o limitadores de la descripción típica y que facilitarían al intérprete o al aplicador de la norma su debida concreción, pues les permitiría comparar los supuestos fácticos posibles con los ejemplos previstos en la norma, contrastando la realidad (ciertamente diversa) con el ejemplo típico. En definitiva, el Tribunal Supremo viene a anular las expresiones contenidas en la ordenanza tales como «casi desnudo» o «casi desnuda» y «otra prenda de ropa similar» (al bañador).

Apuntar que nos encontramos con esta sentencia ante una verdadera doctrina jurisprudencial pues apenas una semana después el Tribunal Supremo dictó otra sentencia (Sentencia de 30 de marzo de 2015, al resolver el recurso de casación núm. 1214/2013, en la que venía a examinar la conformidad a Derecho de una ordenanza similar del Ayuntamiento de Playa de Aro, resolución en la que se vienen a reiterar los razonamientos contenidos en la aquí comentada.