ESTUDIOS
QDL

Convivencia ciudadana, prostitución y potestad sancionadora municipal. El caso de Barcelona*

Ricard Gracia Retortillo
Universidad de Barcelona

1. Introducción. El recurso al Derecho Administrativo Sancionador para ordenar la prostitución en el espacio público.
2. La nueva ordenación municipal de la convivencia ciudadana.
2.1. Rasgos principales de las nuevas ordenanzas: objeto e instrumentos. 2.1.1. Objeto. 2.1.2. Instrumentos. 2.2. Factores desencadenantes de las nuevas ordenanzas.
3. Los municipios ante la prostitución: marco jurídico y contexto normativo actual.
3.1. Contexto internacional: modelos y tendencias actuales del Derecho Comparado ante la prostitución. 3.2. La "alegalidad" de la prostitución en el ordenamiento jurídico español. 3.3. La intervención municipal ante la prostitución. Su tratamiento como un problema de convivencia ciudadana. 3.3.1. La regulación municipal de los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución. 3.3.2. La regulación municipal del ejercicio de la prostitución en el espacio público.
4. La tipificación de infracciones y sanciones por ordenanza municipal y la flexibilización del principio de reserva de ley: estado de la cuestión.
4.1. La tensión entre la reserva de ley y la potestad normativa municipal en el ámbito sancionador: evolución doctrinal, jurisprudencial y legislativa. 4.2. El nuevo título XI de la Ley de bases de régimen local.
5. El caso del municipio de Barcelona.
5.1. La regulación de "la utilización del espacio público para el ofrecimiento y demanda de servicios sexuales" en la Ordenanza de convivencia de Barcelona. 5.1.1. Ámbito material de la regulación: bienes jurídicos protegidos. 5.1.2. Tipificación de infracciones y sanciones. 5.2. La Ordenanza de convivencia de Barcelona y el principio de reserva de ley sancionadora. Cobertura legal específica de la regulación sobre "la utilización del espacio público para el ofrecimiento y demanda de servicios sexuales". 5.2.1. Identificación de las normas de cobertura. 5.2.2. Cobertura en la legislación sectorial. 5.2.3. Cobertura en la Ley autonómica de la Carta Municipal de Barcelona. 5.2.4. Cobertura en la Ley estatal del régimen especial del municipio de Barcelona. 5.2.5. Cobertura en la Ley de bases de régimen local. 5.2.6. Cobertura en el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña.
6. Consideraciones finales.

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación "Técnicas de cooperación y gestión de servicios públicos locales. El caso de los servicios sociales", financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología (referencia SEJ2006-15616-C02-01), cuyo investigador principal es el Dr. Alfredo Galán Galán. A él y a la Dra. Ángeles de Palma del Teso agradece el autor sus comentarios en la elaboración de este trabajo

En el trabajo se utilizan las siguientes abreviaturas:

BOCG: Boletín Oficial de las Cortes Generales.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

BOP: Boletín Oficial de la Provincia.

BOPC: Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya.

CE: Constitución española de 1978.

DOGC: Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya.

FJ: Fundamento jurídico.

LBRL: Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local.

LCMB: Ley del Parlamento de Cataluña 22/1998, de 30 de diciembre, que aprueba la Carta Municipal de Barcelona.

LMMGL: Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas de modernización del gobierno local.

LMRLC: Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña.

LREMB: Ley 1/2006, de 13 de marzo, que aprueba el régimen especial del municipio de Barcelona.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TJCE: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

TRRL: Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local.

1. Introducción. El recurso al Derecho Administrativo Sancionador para ordenar la prostitución en el espacio público

La preocupación de los poderes públicos locales por la convivencia ciudadana en los últimos años ha dado como resultado algunas intervenciones normativas dignas de análisis, no sólo por el hecho de su notable repercusión mediática, sino también por sus implicaciones jurídicas. Nos estamos refiriendo a la aprobación de las que han venido a denominarse *ordenanzas cívicas* y que aquí calificaremos como *ordenanzas de convivencia ciudadana*.[1]

Sin duda, el ejemplo paradigmático de todas ellas es la Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Barcelona, aprobada por el Ayuntamiento de Barcelona y en la que centraremos nuestro estudio.[2] Su singularidad reside no sólo en la notoriedad pública que ha alcanzado su aprobación y su proceso de aplicación posterior, sino también en el alcance de su ámbito material, puesto que aborda sectores que hasta el momento no habían sido objeto de regulación expresa en el ámbito municipal.

Particularmente debatido ha sido el tratamiento que la capital catalana hace sobre el ejercicio de la prostitución en los espacios y vías públicas. Por primera vez, el Ayuntamiento de Barcelona afronta, a través de la intervención normativa, la problemática que resulta de la ocupación del espacio público para el ofrecimiento y la demanda de servicios sexuales, en un ámbito en el que ni el Estado ni las comunidades autónomas se han decidido todavía a actuar.

Entre las medidas adoptadas destacan principalmente, en línea con lo que viene a caracterizar la ordenación de la convivencia ciudadana en la mayoría de municipios, las medidas de carácter sancionador. Precisamente este frecuente recurso al Derecho Administrativo Sancionador pone de nuevo sobre la mesa un problema tradicional de nuestro Derecho local: el alcance de la reserva de ley sancionadora impuesta por el artículo 25.1 de la Constitución española (en adelante, CE) en relación con las ordenanzas municipales que tipifican infracciones y sanciones, en un sector en el que, a priori, no existe legislación sectorial específica. A este problema dijo venir a poner solución la reforma de la legislación básica sobre régimen local, introducida por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas de modernización del gobierno local (en adelante, LMMGL), incorporando el nuevo título XI a la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (en adelante, LBRL). El análisis del juego de este principio constitucional en relación con la regulación barcelonesa sobre la prostitución nos va a permitir observar los aciertos y debilidades de dicha reforma y reflexionar en torno a las relaciones que se establecen entre conceptos como convivencia, prostitución y potestad sancionadora en el ámbito municipal.

En este sentido, el trabajo que presentamos a continuación parte de un nuevo contexto político-normativo en la ordenación municipal de la convivencia ciudadana que ha llevado a algunos municipios, con Barcelona al frente, a incluir en sus regulaciones medidas de carácter sancionador en relación con el ejercicio de la prostitución en el espacio público. Analizado el contexto de la convivencia ciudadana, expondremos cuál es el marco legislativo actual de la prostitución en nuestro país, atendiendo a las tendencias y modelos comparados y a una perspectiva exclusivamente administrativista, sin detenernos, por tanto, en el tratamiento penal que recibe este fenómeno. Analizado este doble contexto (de la convivencia ciudadana y la prostitución) plantearemos el problema jurídico de fondo: la clásica tensión entre la exigencia de una reserva de ley en materia sancionadora y el ejercicio de la potestad de ordenanza municipal en el ámbito sancionador. A continuación, nos dispondremos a estudiar las repercusiones de esta problemática en el caso concreto de la regulación barcelonesa sobre el ejercicio de la prostitución en el espacio público. Lo que se pretende analizar es, pues, hasta qué punto la tipificación de infracciones y sanciones establecidas en la Ordenanza en este ámbito concreto respeta los requisitos impuestos por el principio constitucional de reserva de ley a la luz de la vigente jurisprudencia, partiendo a su vez de las peculiaridades que le otorga a Barcelona su régimen municipal especial y de los que son los primeros efectos prácticos de la nueva regulación introducida por la LMMGL.

1. Preferimos esta denominación a la de ordenanzas cívicas, puesto que el término convivencia designa mejor el objeto regulatorio de estas normas, que se refieren no sólo a conductas incívicas o antisociales, sino también a algunas cuestiones relativas a las relaciones entre los vecinos y entre ellos y el medio urbano, que exceden lo que puede entenderse por civismo.

2. Aprobada definitivamente en la sesión del Pleno del Ayuntamiento de Barcelona de 23 de diciembre de 2005 y publicada en el BOP de Barcelona número 20, anexo I, de 24 de enero de 2006. En vigor al día siguiente de dicha publicación.

2. La nueva ordenación municipal de la convivencia ciudadana

2.1. Rasgos principales de las nuevas ordenanzas: objeto e instrumentos

En los últimos años, se viene observando un importante aumento en la aprobación de ordenanzas municipales que tienen por objeto la regulación de ámbitos como la "convivencia ciudadana", el "civismo" o incluso lo que en algunos casos se ha denominado las *buenas costumbres*.[3] Ordenanzas que parecen haber alcanzado una repercusión mediática mucho mayor a la que suele ser habitual en intervenciones normativas de ámbito exclusivamente municipal. Como decimos, el caso paradigmático en este sentido es la Ordenanza de convivencia aprobada por el municipio de Barcelona. No obstante, dicha iniciativa no puede considerarse un hecho aislado en el panorama normativo local español, sino que, aunque la norma barcelonesa presenta algunas importantes singularidades, son muchos los municipios que han aprobado ordenanzas que persiguen, en uno u otro modo, ordenar la convivencia ciudadana. Es, pues, en este contexto donde debemos situar la regulación barcelonesa sobre la convivencia ciudadana en general, y sobre la prostitución en particular. Así, por ejemplo, recientemente han aprobado o están pendientes de aprobar definitivamente ordenanzas en materia de convivencia ciudadana Pamplona, Valladolid, San Sebastián, Valencia, Santander o Leganés. En el ámbito específico de Cataluña, además de Barcelona, L'Hospitalet de Llobregat y Esplugues de Llobregat, Tarragona, Vic, Martorell y Mataró, entre otros.[4]

De hecho, lo novedoso del tema no reside en que los municipios regulen las relaciones de convivencia ciudadana,[5] sino en la concepción que éstos hacen de la misma; o dicho de otro modo, en los ámbitos materiales que se incluyen bajo la regulación de la "convivencia ciudadana", que ha devenido en una suerte de título habilitante a través del cual el gobierno municipal ordena diferentes y múltiples sectores de la vida de los vecinos. Incidiendo en esta idea, a continuación exponemos brevemente los que pueden considerarse como principales rasgos definidores de las nuevas ordenanzas de convivencia: la transversalidad de su objeto y el claro predominio de las medidas sancionadoras entre los instrumentos administrativos previstos.[6]

2.1.1. Objeto

En términos generales, como ya hemos apuntado, todas estas ordenanzas sitúan el objeto de su regulación en torno al civismo y/o a la convivencia ciudadana (o social), si bien ninguna de ellas define expresamente qué entiende por estos términos. En cualquier caso, una definición común a todas estas ordenanzas pasa sin duda por entender la convivencia ciudadana como algo más que las meras relaciones domésticas

3. Denominación que recuerda a las tradicionales ordenanzas de *policía y buen gobierno*, surgidas de los bandos del mismo nombre. Sobre ellas, véase, por todos, EMBID IRUJO, A. *Reglamentos y ordenanzas municipales*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1978, p. 379-416. Y, más recientemente, EMBID IRUJO, A. "Ordenanzas y reglamentos municipales", en Muñoz Machado, S. (dir.). *Tratado de Derecho Municipal*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2003, p. 507-546.

4. Ordenanza municipal sobre promoción de conductas cívicas y protección de los espacios públicos de Pamplona (*Boletín Oficial de Navarra*, 61, de 22 de mayo 2006); Ordenanza municipal sobre protección de la convivencia ciudadana y prevención de actuaciones antisociales de Valladolid (BOP de Valladolid, 76, de 14 de mayo de 2004); Ordenanza sobre el civismo, reguladora del uso y la limpieza de la vía pública y la protección del paisaje urbano de San Sebastián (BOP de Guipúzcoa, 183, de 22 de septiembre de 2004); Ordenanza sobre actuaciones en el espacio público de Valencia (BOP de Valencia, de 31 de enero de 2006, pendiente de aprobación definitiva); Ordenanza municipal sobre protección de la convivencia ciudadana y prevención de actuaciones antisociales de Santander (*Boletín Oficial de Cantabria*, 81, de 27 de abril 2006); Ordenanza de civismo y convivencia ciudadana de Leganés (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid,* 220, de 15 de septiembre de 2006).

En Cataluña, Ordenanza del civismo y la convivencia del Ayuntamiento de L'Hospitalet de Llobregat (BOP de Barcelona, 80, de 4 de abril de 2005); Ordenanza de convivencia ciudadana y uso de la vía pública de Esplugues de Llobregat (modificación BOP de Barcelona, 146, de 18 de junio de 2004); Ordenanza general de convivencia ciudadana y uso de los espacios públicos de Tarragona (BOP de Tarragona, 158, de 11 de julio de 2005); Ordenanza municipal de buen gobierno, civismo, buenas costumbres y convivencia ciudadana de Vic (BOP de Barcelona, 140.1, de 13 de junio de 2006); Ordenanza de convivencia ciudadana y uso de la vía pública de Martorell (BOP de Barcelona, 172.5, de 20 de julio de 2006); Ordenanza de civismo de Mataró (BOP de Barcelona, 28, de 2 de febrero de 2006).

Asimismo, al cerrar esta publicación tenemos noticia de que se han discutido o se encuentran en proceso de tramitación –no exentas de polémica– las ordenanzas de convivencia ciudadana en municipios como Zaragoza, Sevilla o Las Palmas de Gran Canaria. Ver por ejemplo, la edición digital del diario *La Provincia.es. Diario de Las Palmas*, de 23 de enero de 2008 (http://www.laprovincia.es/secciones/ noticia.jsp?pRef=1675_4_126402__LAS-PALMAS-GC-Gobierno-Saavedra-mantiene-cajon-ordenanza-convivencia-elaboro-para-Palmas-Gran-Canaria).

5. En este sentido, cabe recordar que las citadas ordenanzas *de policía y buen gobierno* ya regulaban cuestiones relacionadas con la tranquilidad de los ciudadanos y las buenas costumbres.

6. Un primer estudio que analiza desde una perspectiva de conjunto este nuevo fenómeno es el de MERINO ESTRADA, V. "Las nuevas ordenanzas municipales reguladoras de la convivencia ciudadana", REALA, 300-301, INAP, 2006, p. 485-510. Sobre el caso específico de Barcelona, son imprescindibles las reflexiones de JIMÉNEZ ASENSIO, R. "Potestad normativa municipal y convivencia ciudadana", en Font Llovet, T. (dir.), *Anuario del Gobierno Local 2005*, Fundación Democracia y Gobierno Local-Institut de Dret Públic, Barcelona, 2006, p. 29-90.

entre los vecinos del municipio[7] y situar el espacio público como el ámbito central en el que los ciudadanos llevarán a cabo su socialización, necesitado, por tanto, de cierta protección. Así, las ordenanzas municipales regulan los derechos y fundamentalmente los deberes de conducta de los vecinos (y, en general, de aquellos que se encuentren en la ciudad) en el ámbito de sus relaciones con los demás y con el medio dentro del espacio público urbano.[8] Con ello se viene a configurar una concepción abierta, amplia e incluso excesivamente expansiva de la convivencia ciudadana, que queda patente en el contenido claramente transversal de las diferentes ordenanzas.[9]

En primer lugar, todas las ordenanzas protegen el llamado "paisaje urbano" –que se compone tanto por el mobiliario urbano (edificios, fuentes, estanques, papeleras, bancos y otros elementos ornamentales) como por las zonas de dominio público (parques, jardines, playas, etc.)– de las conductas atentatorias contra él: actos vandálicos, necesidades fisiológicas, degradación visual del entorno, etc. En la mayoría de casos, se hace un especial tratamiento del patrimonio histórico-artístico.

En segundo término, la mayoría de las ordenanzas pretenden proteger la tranquilidad de los vecinos frente a usos impropios del espacio público o como consecuencia del desarrollo de actividades no permitidas: principalmente, la venta ambulante no autorizada, el consumo de alcohol y drogas en las vías públicas, las apuestas y juegos y la mendicidad en general o en algunas de sus expresiones más específicas (limpiaparabrisas, aparcacoches, etc.). En este segundo conjunto de aspectos objeto de regulación podríamos incluir el tratamiento de la "prostitución callejera", si bien, como veremos más adelante, sólo algunos municipios, con Barcelona a la cabeza, han intervenido en este sector.

Por otra parte, el medio ambiente es otro de los ámbitos materiales en los que también inciden las ordenanzas de convivencia ciudadana. En concreto, podemos encontrar intervenciones respecto a las diferentes manifestaciones de la contaminación (acústica, atmosférica e incluso lumínica), el tratamiento de residuos y la limpieza de los espacios y vías públicas en general. En algunos casos, se regula también la tenencia y posesión de animales domésticos.

Un cuarto ámbito sobre el que se extiende la noción de convivencia es lo que podríamos denominar genéricamente la protección de la dignidad de las personas, que frecuentemente se traduce en declaraciones programáticas de prohibición de la discriminación o rechazo de la violencia por parte del respectivo ayuntamiento. En algunos casos, la regulación se refiere específicamente a la protección de los menores de sus situaciones de abandono y desamparo, otorgando a las autoridades y servicios municipales funciones de atención y vigilancia.[10]

Finalmente, debemos apuntar que determinados municipios han optado por incluir en estas ordenanzas de convivencia otros aspectos que tradicionalmente venían requiriendo una ordenanza propia, procediendo así a la refundición de varias normas municipales en su ordenanza de convivencia. En consecuencia, el concepto de convivencia se expande hasta referirse al tráfico de vehículos y tránsito de personas en las vías públicas (en sentido estricto), a la actividad de los establecimientos de pública concurrencia o a las obras públicas municipales.[11]

Esta última consideración nos permite matizar las generalizaciones realizadas respecto a la nota de la transversalidad con la que hemos calificado a estas ordenanzas de convivencia. Así, se hace necesario distinguir, por un lado, aquellas que tienen vocación de globalidad y que, por tanto, pretenden aglutinar en un solo texto toda la normativa municipal relativa a la convivencia ciudadana en los espacios, vías, establecimientos y servicios públicos (por ejemplo, L'Hospitalet de Llobregat, Vic o Mataró). En

7. Merino Estrada, V. "Las nuevas ordenanzas…", *op. cit.*, p. 491-492.

8. En este sentido, la mayoría de estas ordenanzas se refieren al espacio público ya en su primer artículo como el ámbito que debe ser objeto de regulación. Véase, por todas, el artículo 1.1 de la Ordenanza del civismo y la convivencia de L'Hospitalet de Llobregat, que se refiere a la necesidad de alcanzar "un clima de civismo, convivencia social y respeto mutuo".

9. A pesar de que ésta es la tendencia general, hay importantes diferencias en cuanto a la extensión y el alcance de las materias reguladas por las ordenanzas que aquí hemos analizado. Así, por ejemplo, hay ordenanzas como la de Vic que tienen 402 artículos y en cambio otras como la de Valencia que constan únicamente de ocho artículos. Volveremos sobre ello en el texto. En cualquier caso, esta generalización no desvirtúa lo que consideramos una clara evidencia: el carácter transversal con el que se configura la convivencia ciudadana en estas normas municipales. Carácter ya destacado por Jiménez Asensio, R. "Potestad normativa…", *op. cit.*, p. 81 y 89. También, Merino Estrada, V. "Las nuevas ordenanzas…", *op. cit.*, p. 497 y ss.

10. Por ejemplo, los artículos 8 y 9 de la Ordenanza de convivencia ciudadana y uso de la vía pública de Martorell. Sobre la intervención municipal en materia de protección de menores, De Palma del Teso, A. "El derecho de los menores a la asistencia y protección de las administraciones públicas. Las competencias locales en materia de protección de menores", en *Cuadernos de Derecho Local*, 4, febrero de 2004, p. 102 y ss.

11. Sin duda el paradigma de esta tendencia es la Ordenanza municipal de buen gobierno, civismo, buenas costumbres y convivencia ciudadana de Vic. En el caso de Barcelona, la disposición final tercera de la Ordenanza prevé la refundición de esta ordenanza con la vigente Ordenanza sobre el uso de las vías y los espacios públicos (BOP de Barcelona, 13, de 15 de enero de 1999).

cambio, en otros casos, la llamada ordenanza de convivencia se limita únicamente a regular algunas de las vertientes de esa convivencia, fundamentalmente las conductas incívicas o, como las califican las propias normas, "conductas antisociales" (por ejemplo, Valladolid, Pamplona o Santander). Incluso se dan supuestos en que la intervención municipal se dirige específicamente a un ámbito concreto de la convivencia (como sucede en el caso de la ordenanza de Toledo y el fenómeno del *botellón*).[12] Por su parte, la ordenanza de Barcelona –de acuerdo con su exposición de motivos– se define expresamente como una norma que "actúa dentro del ámbito de competencias de que dispone el Ayuntamiento de Barcelona a fin de evitar *todas* aquellas conductas que puedan perturbar la convivencia y minimizar los comportamientos cívicos que se puedan realizar en el espacio público". A priori, pues, esta ordenanza podría incluirse en el primer grupo, entre las ordenanzas con una clara vocación de globalidad, tal y como parecen confirmarlo tanto el amplio y variado catálogo de conductas que recoge su articulado como la disposición final tercera, que prevé la refundición de esta ordenanza con la Ordenanza sobre el uso de las vías y los espacios públicos. Sin embargo, la redacción inicial del proyecto de la Ordenanza de Barcelona, que era mucho más matizada en este punto, parecía situar la opción regulatoria de Barcelona en una posición intermedia entre las dos apuntadas anteriormente.[13]

2.1.2. Instrumentos

Expuesto el ámbito material sobre el que se extienden las ordenanzas de convivencia, nos referimos a continuación a los instrumentos que éstas utilizan para proteger la convivencia ciudadana conforme a los principios y reglas que, según las propias ordenanzas, son recogidos normativamente como expresión de los valores comunitarios. Al respecto, una de las críticas más notorias que se ha hecho a estas ordenanzas es la de su excesivo recurso al Derecho Administrativo Sancionador.[14] Sin negar la evidencia –que no es otra que el claro predominio de las medidas sancionadoras en todas las ordenanzas de convivencia analizadas–, sí pueden adivinarse dos tendencias principales, según estas medidas sean las únicas (o casi) presentes en la regulación municipal de la convivencia o bien combinen las medidas sancionadoras y de policía administrativa con intervenciones de tipo asistencial, formativo o mediador.[15]

Entre las primeras, encontramos las ordenanzas municipales de Valladolid, Santander o Valencia, que centran su atención en el establecimiento de infracciones y sanciones como mecanismo disuasorio[16] ante actuaciones perturbadoras de la convivencia o atentatorias contra los bienes y espacios públicos. En el extremo opuesto, se sitúan las ordenanzas de L'Hospitalet de Llobregat, Mataró o la propia de Barcelona,[17] que incluyen medidas pedagógicas o educativas (difusión de la ordenanza o preocupación por un lenguaje comprensible), de fomento de la convivencia (apoyo del ayuntamiento a iniciativas

12. Ordenanza reguladora del consumo de bebidas alcohólicas, fomento de la convivencia y prevención de actuaciones antisociales de Toledo (BOP de Toledo, 30, de 7 de febrero de 2006).

13. A este respecto, el proyecto (aprobado inicialmente por la Comisión de Presidencia, Hacienda y Equilibrio Territorial, el 9 de noviembre de 2005) establecía que:

"En ningún caso quiere ser una ordenanza agotadora de todas las conductas que, directa o indirectamente, tengan relación con este objetivo. Lo que persigue es, por un lado, hacer frente a aquellos problemas más graves que, por sus nuevas manifestaciones e implicaciones, no estaban hasta ahora recogidos en los textos normativos vigentes (como por ejemplo la ocupación del espacio público por conductas que adoptan formas de mendicidad o la utilización del espacio público para el ofrecimiento y demanda de servicios sexuales), y, por otro, actualizar aquellas regulaciones que necesitan objetivamente ser adaptadas a fin de que la autoridad local pueda ser ejercitada de manera eficaz y eficiente para reaccionar ante conductas antijurídicas que requieren una nueva tipificación o el establecimiento de un régimen de sanciones diferente al actualmente en vigor."

Esta línea es la defendida por el profesor R. JIMÉNEZ ASENSIO, por entonces director de los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento de Barcelona, para quien la calificación de la Ordenanza como "de medidas" responde a esta voluntad no agotadora de las materias y también limitada en el tiempo (en "Potestad normativa municipal…", *op. cit.*, p. 76).

14. No entraremos aquí en juicios de oportunidad, si bien no podemos dejar de constatar algunas consideraciones. Primero, la efectiva protección de los derechos ciudadanos exige la previsión de unos correlativos deberes, que sean asumidos por el conjunto de los destinatarios de la norma; segundo, el incumplimiento de estos deberes puede conllevar el establecimiento de un régimen de infracciones y sanciones; no obstante, la protección de esos derechos y bienes jurídicos debe adoptar las formas de intervención administrativa menos limitativas de derechos, teniendo en cuenta los diferentes intereses en juego; por tanto, no siempre el recurso al Derecho Administrativo Sancionador será la mejor opción.

15. Hecha esta distinción, hay que tener en cuenta que esta clasificación es puramente dogmática y que la casuística hace difícil en muchos casos delimitar la orientación de una u otra normativa municipal. No obstante, sirva como muestra de las diferentes aproximaciones políticas que hasta el momento ofrece la regulación administrativa de la convivencia ciudadana en nuestros municipios. Esta distinción también en JIMÉNEZ ASENSIO, R. "Potestad normativa…", *op. cit.*, p. 73.

16. Ciertamente estas ordenanzas explicitan su finalidad preventiva. Sin embargo, del desarrollo de su regulación entendemos que la única finalidad preventiva existente es la de prevención general, inherente al Derecho Administrativo Sancionador, sin que en ningún caso se establecen en estas ordenanzas medidas preventivas de carácter social o asistencial.

que promuevan la convivencia, creación de órganos específicos de seguimiento), de intervención social específica (apoyo o asistencia a determinados colectivos) y, en algunos casos, de carácter mediador (por ejemplo, artículo 86 de la Ordenanza de Barcelona).

2.2. Factores desencadenantes de las nuevas ordenanzas

Antes de proseguir con nuestro estudio, que obviamente se sitúa en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, no podemos dejar de señalar los principales factores que han motivado la aparición (o modificación) de estas ordenanzas municipales de convivencia ciudadana, lo que, por tanto, supone atender –aunque sea a título meramente testimonial– al marco sociológico en el que se han aprobado.

En términos generales, y atendiendo a las respectivas exposiciones de motivos, la pretensión municipal de regular la convivencia ciudadana en el espacio público urbano responde a la necesidad de afrontar, también (y sobre todo) desde los poderes públicos locales, los nuevos fenómenos derivados de la globalización (inmigración, nuevas formas de turismo, etc.), así como la intensificación y/o transformación de los problemas tradicionales (suciedad, ruido, venta ambulante, vandalismo contra el mobiliario urbano, mendicidad y prostitución…).[18] Podemos decir, pues, que se hacía necesaria la búsqueda de nuevas respuestas ante los nuevos problemas, pero también la adaptación de las respuestas tradicionales (o la cobertura ante la falta de respuesta) ante los problemas ya existentes.

Junto a la voluntad de atender estas necesidades, la actuación de los poderes públicos municipales en este ámbito se deriva de la incidencia de varios factores que coadyuvan a su visualización y a su incorporación en la agenda pública local. En este sentido, cabe destacar: la presión ejercida por los medios de comunicación,[19] el "efecto desplazamiento"[20] y la existencia de un contexto internacional –calificado desde algunos sectores como de "tolerancia cero"– donde la seguridad ciudadana se ha erigido en uno de los principales valores a proteger por los poderes públicos.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, en el caso español, la proliferación de estas ordenanzas en los últimos años debe vincularse necesariamente con un importante cambio en el marco normativo local. En este sentido, la LMMGL pretendió poner fin a uno de los temas más discutidos a nivel doctrinal: el alcance de la reserva de ley sancionadora del artículo 25.1 de la CE en relación con la potestad sancionadora municipal ejercida mediante ordenanza. Hasta entonces, a efectos de cumplir con el artículo 25.1 de la CE, la potestad municipal para tipificar infracciones y establecer sanciones por medio de ordenanza quedaba en manos de que una ley sectorial contuviera una habilitación expresa a través de la predeterminación de las infracciones y sanciones tipificables por ordenanza, siendo nulo el ejercicio de la potestad sancionadora en defecto de dicha habilitación.

La incorporación del título XI a la LBRL viene a amparar la tipificación de infracciones y sanciones por los entes locales, en defecto de legislación sectorial específica, en el ámbito de "las relaciones de convivencia de interés local" y "el uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos" (artículo 139 de la LBRL), siempre de conformidad con los criterios previstos en la misma LBRL. Sin duda, esta previsión ha contribuido a que los ayuntamientos se hayan decidido a aprobar ordenanzas relativas a la convivencia ciudadana, conscientes de este nuevo contexto normativo. En cualquier caso, como veremos, la cobertura legal de

17. Un claro ejemplo de la combinación de medidas preventivas con las sancionadoras a un mismo nivel de relevancia es la Ordenanza de Toledo en relación con el caso particular del consumo de alcohol en las vías públicas. En este sentido, prevé medidas de carácter informativo, orientador y educativo e incluso de fomento asociativo y de participación social, a la vez que establece medidas de policía administrativa (licencias y autorizaciones) y un régimen de infracciones y sanciones (BOP de Toledo, 30, de 7 de febrero de 2006).

18. Jiménez Asensio, R. "Potestad normativa…", *op. cit.*, p. 71-72. Ver, asimismo, la exposición de motivos de la Ordenanza de Barcelona:

"Fiel al modelo de sociedad barcelonesa, la Ordenanza pretende ser una herramienta efectiva para afrontar las nuevas situaciones y circunstancias que pueden afectar o alterar la convivencia y que, igual que en cualquier otra gran ciudad europea, se están produciendo últimamente en Barcelona, en un mundo cada vez más globalizado."

Esta justificación se encontraba mucho más desarrollada, con importantes matices no carentes de polémica, en el proyecto de ordenanza de 9 de noviembre de 2005, que hacía referencia expresa a dos fenómenos: "el crecimiento de la movilidad geográfica y la globalización económica que tiende a mezclar poblaciones diversas" y un "debilitamiento de la consciencia de pertenencia a la comunidad, que contribuye a diluir el sentido de la convivencia".

19. Se ha señalado especialmente la presión ejercida por el diario *La Vanguardia* respecto a los problemas de convivencia en la ciudad de Barcelona, durante la última quincena del mes de agosto de 2005. Así lo reconoce Jiménez Asensio, R. "Potestad normativa…", *op. cit.*, p. 75.

20. Se entiende por tal el desplazamiento de población que se produce de un municipio a otro, como consecuencia del diferente tratamiento normativo por dichos municipios respecto a un ámbito concreto. Así, por ejemplo, se apuntan desplazamientos de grupos que practican la mendicidad de unas ciudades a otras, según la mayor o menor permisividad de sus regulaciones. Como es fácilmente perceptible, este efecto tiene especial relevancia en los núcleos metropolitanos, como el de Barcelona, donde confluyen diferentes municipios limítrofes.

este título XI no permite el ejercicio de la potestad sancionadora de forma ilimitada, extendiendo el alcance de la convivencia ciudadana a cualquier supuesto. Posteriormente, nos adentraremos en esta cuestión y lo haremos atendiendo al caso particular de la regulación que la Ordenanza de convivencia de Barcelona hace del fenómeno de la prostitución ejercida en el espacio público. Es, por ello, que primero debemos apuntar algunas notas sobre el contexto jurídico en el que se enmarca dicha regulación y la situación de la prostitución en nuestro ordenamiento jurídico.

3. Los municipios ante la prostitución: marco jurídico y contexto normativo actual

Uno de los problemas de convivencia ciudadana con el que se están enfrentando los poderes públicos locales es el de la prostitución en el espacio público. A efectos de delimitar el marco jurídico en el que se incardina la concreta regulación establecida por el municipio de Barcelona, y con especial atención a la situación en Cataluña, analizamos a continuación el contexto normativo internacional, estatal y autonómico de la prostitución. Destacamos ya cómo la situación de alegalidad en que, hoy por hoy, se halla la prostitución en nuestro ordenamiento jurídico deja en manos de los municipios la necesidad de afrontar un problema que debiera tener una respuesta mucho más global por parte de las instancias públicas con potestad legislativa (Estado y comunidades autónomas).

3.1. Contexto internacional: modelos y tendencias actuales del Derecho Comparado ante la prostitución

Las experiencias del Derecho Comparado muestran la existencia de diversidad de aproximaciones jurídicas al fenómeno de la prostitución. Tradicionalmente se identifican tres "tipos-ideales" o modelos legislativos, según se propugne la prohibición absoluta de la prostitución (prohibicionismo), su erradicación (abolicionismo) o su reconocimiento y ordenación (reglamentarismo).[21]

En primer lugar, el prohibicionismo entiende la prostitución como una conducta punible en sí misma y que, por tanto, debe ser castigada en todo caso. La única actuación pública al respecto es el establecimiento de infracciones (penales y administrativas) ante cualquier conducta y persona relacionadas con ella (incluyendo no sólo a proxenetas, sino también a clientes y personas que la ejerzan). Esta posición ha tenido amplia implantación en los Estados Unidos,[22] pero parece haberse superado en nuestro entorno legislativo más cercano, puesto que, con carácter general, el ejercicio independiente de la prostitución no es considerado como infracción en ningún ordenamiento europeo.[23] No obstante, algunos estados como Francia o el Reino Unido sí prohíben y sancionan ciertas formas de prostitución como el llamado *racolage* (oferta de servicios sexuales en la vía pública).

Por su parte, el abolicionismo concibe la prostitución como una actividad atentatoria contra la dignidad de la persona que la ejerce y que, por tanto, debe ser erradicada. En consecuencia, este sistema persigue la exclusión de la prostitución del ámbito jurídico y castiga a cualquiera que la promueva, favorezca o se aproveche de la misma, pero no a la persona prostituida, que es considerada una víctima que debe ser reintegrada en la sociedad. El paradigma del abolicionismo en Europa es el modelo sueco, que, si bien tolera el ejercicio individual de la prostitución, prohíbe la compra de servicios sexuales en toda circunstancia.[24]

Finalmente, la posición reglamentarista postula, en términos generales, una ordenación jurídica de la prostitución, puesto que se trata de un fenómeno inevitable que cumple un fin social. En sus orígenes, este posicionamiento se limitaba a la reglamentación de la actividad con fines de control sanitario, de orden público, etc. No obstante, hoy se defiende la necesidad de normalizar la prostitución, reconociéndola como una actividad económica más, que debe dotarse de un régimen jurídico que ordene las relaciones laborales y de seguridad social, las sanitarias y también las de carácter fiscal. De este modo, se

21. Hay que advertir que se trata de modelos que difícilmente hallaremos en la práctica tal y como aquí los exponemos de forma teórica, pero que nos sirven para definir el amplio abanico de posibilidades con el que pueden intervenir los poderes públicos en esta materia. Aquí señalaremos únicamente los rasgos principales que configuran estos sistemas regulatorios. No obstante, para un mayor abundamiento al respecto, puede consultarse Rey Martínez, F., Mata Martín, R. y Serrano Argüello, N. *Prostitución y Derecho*. Thomson Aranzadi/Junta de Castilla y León, Cizur Menor, 2004. También Jareño Leal, Á. "Abolicionismo o legalización: Las opciones legales con respecto a la prostitución", en Orts Berenguer, E. (coord.). *Prostitución y derecho en el cine*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. Más recientemente todavía, las reflexiones de Rey Martínez, F. "La prostitución ante el Derecho: Problemas y perspectivas", en *Nuevas políticas públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las administraciones públicas*, núm. 2 (dedicado a los derechos sociales), Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2006.

22. En los Estados Unidos, la regulación varía en cada Estado. No obstante, la gran mayoría de ellos prohíben la prostitución con carácter general. Sólo en Nevada se permite si se ejerce dentro de una casa de prostitución con licencia. Ver Rey Martínez, F., Mata Martín, R. y Serrano Argüello, N. *Prostitución…, op. cit.*, p. 34.

23. Rey Martínez, F., Mata Martín, R. y Serrano Argüello, N. *Prostitución…, op. cit.,* p. 31-32.

24. En cualquier caso, también se incluyen en las filas abolicionistas países como Francia o Italia.

pretende, por un lado, garantizar los derechos de las prostitutas y también de los propios clientes y, por otro, someter esta actividad a un mayor control por los poderes públicos, que evite prácticas de explotación y de inseguridad ciudadana. El exponente más conocido de este modelo es el holandés,[25] que, desde el año 2000, reconoce la prostitución como una profesión más y asimila los trabajadores sexuales al resto de trabajadores asalariados o autónomos, según el caso. Asimismo, cabe señalar –a los efectos de lo que aquí vamos a tratar– las amplias facultades que se conceden a los entes locales para regular y controlar el concreto ejercicio de la prostitución.

En este contexto y tal y como puede deducirse de lo apuntado en los párrafos anteriores, las legislaciones de los estados europeos de nuestro entorno no presentan una dirección unívoca, aunque sí pueden dibujarse algunas tendencias.[26] En primer lugar, destaca la existencia de un debate social cada vez más patente sobre la necesidad o no de regular/normalizar este fenómeno, debate que, sin embargo, accede lentamente a las agendas de los poderes públicos. En segundo término, si bien parece existir consenso respecto a la insuficiencia de abordar el tema desde una exclusiva posición abolicionista, no hay duda tampoco acerca de las dificultades que implicaría una eventual generalización del modelo reglamentarista.

Si atendemos al contexto comunitario europeo, observamos también la confluencia de estas dos aproximaciones. Así, por una parte, las instituciones comunitarias apuestan decididamente por intensificar las medidas contra la explotación sexual y el tráfico de personas, especialmente de menores y mujeres, así como por el tratamiento de la prostitución como una cuestión de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.[27] Por otra parte, existen también actuaciones que parecen acercar la posición comunitaria a quienes apuestan por una ordenación de los servicios sexuales como actividad económica. En apoyo de esta última dirección, se ha alegado frecuentemente la conocida sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE), de 20 de noviembre de 2001 (ponente: La Pergola), que, al tratar la libertad de establecimiento, reconoció que la prostitución puede ser considerada como una actividad económica de carácter independiente.[28]

En definitiva, lo cierto es que, entre los diferentes modelos de aproximación legislativa a la prostitución, caben múltiples matices y modelos intermedios, tal y como pone de manifiesto la dificultad para armonizar posiciones tan distintas y donde están presentes variables de índole tan diversa (sociales, económicas, laborales, de salud y orden públicos y también éticas, etc.). En consecuencia, cualquier intervención normativa que pretenda atender equilibradamente a los diversos intereses en juego deberá necesariamente partir de una reflexión pausada en la que se dé voz a los diferentes sectores afectados.

25. También se aproximan a este modelo las regulaciones que sobre la prostitución rigen en Alemania (*Prostitutionsgesetz* de 2002), Australia o Nueva Zelanda.

26. Rey Martínez, F., Mata Martín, R. y Serrano Argüello, N. *Prostitución…, op. cit.*, p. 30 y ss.

27. Ver, entre otros documentos, la Comunicación de la Comisión Europea de 20 de noviembre de 1996 relativa a la trata de mujeres con fines de explotación sexual; Declaración ministerial de La Haya de 26 de abril de 1997 que establece las directrices europeas para prevenir y luchar contra la trata de mujeres para su explotación sexual; artículo 3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; Recomendación del Consejo de Europa 11(2000) sobre la trata de seres humanos con fines de explotación sexual; la Decisión 2002/629/JAI, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos; Decisión 803/2004/CE, del Parlamento Europeo, de 21 de abril, que aprueba un Programa Daphne II de acción comunitario (2004-2008) para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre los niños, los jóvenes y las mujeres; Directiva 2004/81/CE, de 29 de abril, que regula la expedición de un permiso de residencia de seis meses a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos y cooperen con las autoridades competentes.

28. Asunto *Aldona Malgorzata Jany y otras contra Staatssecretaris van Justitie* (C-268/99). El Tribunal resuelve una cuestión prejudicial planteada por un juez holandés sobre la interpretación de varios artículos de los acuerdos de asociación de las Comunidades Europeas y sus estados miembros con Polonia y la República Checa, de 1993 y 1994, respectivamente. Esta cuestión prejudicial tiene su origen en el litigio entre dos nacionales polacas y cuatro checas y la Secretaría de Justicia de los Países Bajos, relativo a la denegación de las solicitudes de permiso de residencia para trabajar como prostitutas por cuenta propia en Holanda. El Tribunal concluyó, tras reconocer que las disposiciones de dichos acuerdos tienen efecto directo, que los nacionales polacos y checos tenían derecho de entrada y estancia en los estados miembros para ejercer una actividad de carácter industrial, comercial y artesanal o profesiones liberales, derechos que, a su vez, podían ser limitados por los estados miembros, exigiendo, como hacía Holanda, la disponibilidad de recursos económicos suficientes. En consecuencia, el TJCE aplica la libertad de establecimiento en virtud de estos acuerdos de asociación y, paralelamente, reconoce que la prostitución puede formar parte de las actividades económicas ejercidas de manera independiente (actividades no asalariadas, según los acuerdos de asociación), siempre que el prestador del servicio la ejerza: sin subordinación por lo que respecta a la elección de dicha actividad ni a las condiciones de trabajo y de retribución; bajo responsabilidad propia y a cambio de remuneración que se le paga íntegra y directamente. Como decimos en el texto, esta sentencia es alegada frecuentemente para defender la reglamentación de la prostitución como actividad económica y, en concreto, también como actividad por cuenta propia. Sin embargo, en nuestra opinión, esto no significa que el TJCE se pronuncie sobre el debate entre legalización/abolicionismo de la prostitución. Simplemente se dedica a aplicar las libertades comunitarias y el principio de no-discriminación por razón de nacionalidad al caso concreto. Así, Rey Martínez, F., Mata Martín, R. y Serrano Argüello, N. *Prostitución…, op. cit.*, p. 49-50.

3.2. La "alegalidad" de la prostitución en el ordenamiento jurídico español

Expuesto el contexto comparado, nos adentramos ya en el análisis del ordenamiento jurídico español relativo a la prostitución. Una primera constatación es que, en dicho ordenamiento, el ejercicio de la prostitución se encuentra hoy, en términos generales, en una situación de "vacío normativo" o "alegalidad", en la medida en que dicha actividad "no es ilegal pero tampoco está claramente reconocida como actividad laboral".[27] En otras palabras, se da una situación de tolerancia administrativa de la actividad, que, sin embargo, coexiste con una importante regulación en el orden penal relativa a conductas relacionadas con la prostitución; contexto que parece acercar el modelo español a posiciones abolicionistas moderadas.[30]

Las principales intervenciones legislativas en esta materia se dan, como decíamos, en el ámbito penal y persiguen el castigo de situaciones limitativas de la libertad sexual,[31] dando cumplimiento a los acuerdos internacionales suscritos en materia de protección de los derechos humanos de los menores y de las personas que ejercen el trabajo sexual.[32]

Al margen de la regulación penal –que no es objeto de nuestro estudio–, la normativa sobre la prostitución en el ordenamiento español es muy escasa. No obstante, existen iniciativas parlamentarias e institucionales que instan a los diferentes poderes legislativos (estatal y autonómicos) a adoptar medidas para acabar con esta situación de vacío legal y reglamentar de una manera integral el ejercicio del trabajo sexual.[33] La más reciente y destacada de estas iniciativas es el Anteproyecto de ley de delimitación y ordenación de las actividades relacionadas con la prestación de servicios sexuales retribuidos, elaborado por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña a iniciativa de su Departamento de Interior, en la última etapa de la legislatura 2003-2006.[34]

A pesar de que ninguna de estas iniciativas ha visto todavía la luz, sí han servido para dar muestra de la necesidad de abrir un debate público al respecto, hecho que se tradujo en la constitución de una ponencia parlamentaria en el seno de las Cortes Generales, para la elaboración de un informe sobre la prostitución en nuestro país. Aprobadas el 13 de marzo de 2007, las conclusiones de dicho informe permiten confirmar que la posición española sigue ubicada en las filas abolicionistas, puesto que se considera a la persona prostituida como una víctima, se sigue apostando por abordar el problema desde la lucha contra el tráfico de personas y a favor de la igualdad de oportunidades, y se cierra toda posibilidad a la normalización/reglamentación de la prostitución como una profesión.[35]

29. Apartado 11.3 del "Informe del Síndic de Greuges al Parlament de Catalunya corresponent a l'any 2005", publicado en el BOPC, 306, de 17 de marzo de 2006.

30. No obstante, también se ha defendido la posibilidad de que en España existe hoy una prohibición del ejercicio de la prostitución en virtud del Decreto ley de 3 de marzo de 1956, por el que se ordenó el cierre de las mancebías y casas de tolerancia y que no ha sido objeto de derogación explícita. Este argumento es el esgrimido por VERA FERNÁNDEZ-SANZ, A. "Ejercicio de la prostitución y licencias municipales: Usos económico-mercantil, comercial y urbanístico de locales abiertos al público", en *Actualidad Administrativa*, 2006, 18, p. 2180-2187. Ver también sobre ello y sobre la evolución histórica del tratamiento administrativo de la prostitución en nuestra historia constitucional, TOLÍVAR ALAS, L. "Notas sobre la reglamentación, prohibición y tolerancia administrativa de la prostitución", en *Civitas. Revista de Derecho Administrativo*, 63, 1989, p. 365-393.

31. En concreto, el capítulo V del título VIII del Código Penal (Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) tipifica como delitos: el favorecimiento de la prostitución de menores o incapaces, la determinación a la prostitución mediante violencia, intimidación, engaño o abuso de situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad, utilización de menores o incapaces en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para elaborar material pornográfico, corrupción de menores e incumplimiento de deberes asistenciales. Asimismo, hay que tener en cuenta la reforma introducida por la Ley orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, que tipificó la explotación lucrativa de la prostitución, así como el favorecimiento de la entrada en territorio español de personas con el propósito de su explotación sexual.

32. Ver, entre otros, el Convenio de Naciones Unidas, para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, de 2 de diciembre de 1949 (ratificado por España el 18 de junio 1962 y hasta la fecha no denunciado); la Convención de Naciones Unidas, sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, de 18 de diciembre de 1979; el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, ratificado por España en instrumento de 21 de febrero de 2002 (publicado en el BOE, 296, de 11 de diciembre de 2003), además de los documentos europeos citados *supra*.

33. Así, por ejemplo, la Moción 136/VI del Parlamento de Cataluña sobre la prostitución, de 14 de febrero de 2002, que instaba al Gobierno catalán a hacer las gestiones necesarias ante el Gobierno del Estado para regular las cuestiones laborales del trabajo sexual.

34. Este anteproyecto concebía la prostitución como un arrendamiento de servicios entre el prestador y el demandante de servicios sexuales, prohibía la prostitución en la calle, reglamentaba las condiciones (sanitarias, de seguridad, etc.) de los locales en que se lleve a cabo esta actividad y preveía una serie de prestaciones sanitarias y sociolaborales para los trabajadores sexuales, fomentando además su asociacionismo. Cabrá esperar ahora si el nuevo Gobierno catalán sigue adelante con esta propuesta, impulsada por la anterior *consellera* de Interior (hoy de Justicia) Montserrat Tura.

35. Publicado en el BOCG de 13 de abril de 2007, Serie A, núm. 367. Informe aprobado por la Ponencia sobre el estudio de la prostitución en nuestro país, constituida en el seno de la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades. El informe se aprueba con cincuenta votos particulares. Un comentario a este informe se halla en el reciente trabajo de PEMÁN GAVÍN, J. "El debate sobre la legalización de la prostitución en España. (A propósito del Informe de la Ponencia constituida al efecto en las Cortes Generales)", en *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, 136, 2007, p. 683-726.

Más allá de estas recomendaciones y propuestas de *lege ferenda*, la escasa normativa vigente sobre la prostitución tiene un marcado carácter administrativo y se refiere fundamentalmente a la ordenación de los locales de pública concurrencia donde se ejerce el trabajo sexual. Destaca, en concreto, el Decreto catalán 217/2002, de 1 de agosto, por el que se regulan los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución.[36] En particular, esta norma autonómica establece las características que han de reunir estos locales, así como los reservados anejos[37] donde se desarrolla la prestación de servicios de naturaleza sexual,[38] regulando principalmente sus condiciones de ubicación, de sanidad e higiene, horarios, servicios de vigilancia, así como la concesión de licencia municipal específica y las inspecciones y régimen sancionador al que quedan sometidos. Asimismo, este decreto insta a los ayuntamientos a la aprobación de las necesarias ordenanzas municipales de adaptación al mismo. En consecuencia, a esta norma reglamentaria le han seguido una serie de ordenanzas municipales de alcance diverso que comentaremos seguidamente. No obstante, antes se hace necesario adelantar un par de consideraciones que han de servirnos para comprender el contexto de esta regulación y de la que más tarde estudiaremos (la Ordenanza de convivencia del municipio de Barcelona).

En primer lugar, este decreto autonómico no tiene por objeto la regulación de la prostitución de un modo integral, ni tan siquiera como actividad económica o laboral, sino que su finalidad principal es la de asegurar el orden público y la tranquilidad vecinal, en definitiva, la pacífica convivencia ciudadana.[39] En segundo lugar, este reglamento gubernamental se ampara en la competencia autonómica sobre policía del espectáculo, actividades recreativas y establecimientos públicos, desarrollada en la Ley catalana 10/1990, de 15 de junio,[40] que otorga un papel principal a los municipios en la concesión de licencias y prevé el ejercicio de la potestad sancionadora municipal ante el incumplimiento de dicha regulación.

3.3. La intervención municipal ante la prostitución. Su tratamiento como un problema de convivencia ciudadana

Ante la inactividad de la Administración estatal y la insuficiente intervención de las administraciones autonómicas, son los gobiernos locales y especialmente los municipios, como instancias públicas más próximas al ciudadano, los que se han visto obligados a regular algunos aspectos relativos a la prostitución, como consecuencia de la necesidad de cohonestar los intereses vecinales (tranquilidad y orden públicos) con los intereses de quienes ejercen el trabajo sexual.

Dos son los ámbitos en los que los municipios han intervenido: uno, como ya hemos apuntado, en relación con los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución; otro, en relación con el ejercicio de la prostitución en el espacio público. Señalamos, a continuación, los principales rasgos de estas normativas municipales, con especial atención al ámbito autonómico catalán. En cualquier caso, quede dicho ya en este momento que ambas líneas de intervención tienen su origen en la consideración de la prostitución como un problema de "convivencia ciudadana" y que, en consecuencia, se encaminan a la protección de la tranquilidad y la seguridad de los vecinos, más allá de que se prevea también la protección de otros bienes jurídicos como la salud pública.

3.3.1. La regulación municipal de los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución

En cumplimiento del citado Decreto catalán 217/2002, de 1 de agosto, varios municipios catalanes han aprobado ordenanzas específicas que regulan estos loca-

36. Publicado en el DOGC, 3695, de 8 de agosto de 2002.

37. Es interesante destacar que se excluyen expresamente de la aplicación de este decreto "los domicilios y viviendas particulares donde se prestan servicios de naturaleza sexual y que no tienen la consideración de locales de pública concurrencia" (artículo 4). En este punto es de interés la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 246/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 31 de marzo (ponente: Ilma. Sra. María Pilar Martín Coscolla), que declara ajustada a derecho la orden de cese de la actividad en un chalet, "por más que su propietario tenga en él su domicilio o vivienda habitual" y "habida cuenta de la publicidad […] que pone de manifiesto que se dirige al público en general y que en dicho chalet prestan sus servicios al menos once personas".

38. Hay que advertir que, de acuerdo con el artículo 2 del Decreto, "se entiende por servicios de naturaleza sexual la actividad ejercida de manera libre e independiente por el prestador o prestadora del servicio con otras personas, a cambio de una contraprestación económica, y bajo su propia responsabilidad, sin que haya ningún vínculo de subordinación por lo que respecta a la elección de la actividad, llevada a cabo en reservados anejos a las dependencias principales de determinados locales de pública concurrencia". (La traducción es nuestra.)

39. En apoyo de este argumento, ver Rey Martínez, F., Mata Martín, R. y Serrano Argüello, N. *Prostitución…*, *op. cit.*, p. 120. El propio legislador autonómico es consciente de que la normativa aprobada no es suficiente para resolver globalmente los distintos problemas de este sector. Véase el preámbulo del propio Decreto 217/2002.

40. Publicada en el DOGC, 1308, de 22 de junio de 1990.

les (por ejemplo, La Garriga o Sallent)[41] o bien han adecuado sus ordenanzas vigentes en materia de locales de pública concurrencia, incorporando las especialidades normativas de dichos establecimientos (entre otros, Barcelona, Vilafranca del Penedès, Manresa o Terrassa).[42] Incluso, en algunos casos, la regulación municipal de este tipo de locales se ha llevado a la Ordenanza de convivencia ciudadana (Vic).[43] Paralelamente y de acuerdo con lo previsto por la propia norma autonómica, el Departamento de la Presidencia de la Generalidad de Cataluña aprobó una ordenanza tipo que regirá en aquellos municipios donde no se haya dictado dicha normativa de adaptación, sin perjuicio de que puedan aprobar después su propia ordenanza. De tal manera que todos los municipios catalanes tienen una normativa de referencia en materia de locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución.[44]

En cualquier caso, es de justicia señalar que la actuación municipal pionera en el territorio del Estado en este ámbito fue la llevada a cabo en 1999 por el Ayuntamiento de Bilbao a través de su Ordenanza sobre establecimientos públicos dedicados a la prostitución.[45] A pesar de que se trata de tipos de normas distintas que son el resultado del ejercicio de potestades normativas distintas, no puede obviarse la influencia que esta primera ordenanza municipal tuvo en la elaboración de la norma autonómica. Más allá del alcance material de dicha ordenanza, nos interesa poner de relieve su finalidad. En concreto, esta normativa municipal surgió como medida para "descongestionar" una determinada zona de Bilbao que contaba con una alta concentración de locales dedicados a la prostitución, a lo que se oponía una importante fuerza vecinal.[46] Así, las primeras redacciones de esta normativa municipal muestran cómo su preocupación principal era la de delimitar unas distancias mínimas entre locales de este tipo, para evitar dicha concentración, que era asimilada a una fuente de conflicto entre los intereses de los propietarios de los establecimientos y los vecinos. Más tarde, se añadirían los contenidos relativos a las condiciones sanitarias o de régimen jurídico que debían reunir estos locales. En todo caso, lo que queremos destacar ahora es que este tipo de regulación surgió originariamente para dar solución a la prostitución concebida como un problema de convivencia ciudadana. Lo que se perseguía era, pues, proteger la tranquilidad y seguridad vecinal, pero no reglamentar la actividad ni tampoco proteger los derechos de los trabajadores sexuales (seguramente, porque el municipio no gozaba entonces, como tampoco lo hace hoy, de competencia para ello).

3.3.2. La regulación municipal del ejercicio de la prostitución en el espacio público

La segunda de las dimensiones sobre las que han actuado los municipios en el ámbito de la prostitución tiene que ver con su proyección en el espacio público, en las vías y lugares públicos. Tratamos aquí, pues, la problemática derivada del ejercicio de la conocida como "prostitución callejera". Es fácil comprender el conflicto que se produce entre los diversos bienes jurídicos que aquí entran en contacto: por un lado, la eventual libertad de empresa de quienes buscan sus clientes (o incluso prestan sus servicios) haciendo uso del espacio público, y, por otro, el derecho de los vecinos a la tranquilidad, así como a gozar de un espacio público adecuado.

Las principales actuaciones municipales para hacer frente a esta problemática se producen por medio de intervenciones normativas que tienen por objeto

41. Ver la Ordenanza de La Garriga sobre los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución (BOP de Barcelona, 306, de 23 de diciembre de 2003) y la Ordenanza municipal de Sallent reguladora de las actividades de telecomunicaciones de tipo telefónico para uso público, de locales de culto y de establecimientos donde se ejerce la prostitución (BOP de Barcelona, 38, de 14 de febrero de 2006).

42. Ver la modificación de los artículos 35 y 36 de la Ordenanza municipal de actividades y establecimientos de concurrencia pública de Barcelona (BOP de Barcelona, 10, de 12 de enero de 2004); Ordenanza reguladora de los establecimientos de pública concurrencia de Vilafranca del Penedès (BOP de Barcelona, 188, de 6 de agosto de 2004); Ordenanza municipal de actividades y establecimientos de concurrencia pública de Manresa (BOP de Barcelona, 111, de 10 de mayo de 2006), y Ordenanza de usos y actividades de Terrassa (BOP de Barcelona, 291, de 6 de diciembre de 2006).

43. Ver el título XIV de la Ordenanza municipal de buen gobierno, civismo, buenas costumbres y convivencia ciudadana de Vic.

44. Orden del Departamento de Presidencia de la Generalidad de Cataluña 335/2003, de 14 de julio, por la que se aprueba la Ordenanza municipal tipo sobre locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución (DOGC, 3935, de 29 de julio de 2003). En términos generales, dicha norma viene a concretar las distancias mínimas y las condiciones de ubicación, de acceso, higiénico-sanitarias y de seguridad de estos establecimientos, así como las características y el procedimiento para la condición de la licencia específica. Paralelamente, se prevé la posibilidad de que los municipios sancionen el incumplimiento de esta regulación.

45. BOP de Bizkaia, 105, de 4 de junio de 1999 (corregido por errores el 11 de junio de 1999 y 16 de julio de 1999 y modificado en el BOP de Bizkaia, 137, de 18 de julio de 2002). El propio texto y la crónica sobre el procedimiento de gestación y elaboración de esta ordenanza se pueden encontrar en Arzua Arrugaeta, A. "La Ordenanza del municipio de Bilbao sobre establecimientos dedicados a la prostitución", en *Revista Vasca de Administración Pública*, 56, 2000, p. 335- 348.

46. Arzua Arrugaeta, A. "La Ordenanza del municipio de Bilbao…", *op. cit.*, p. 335-336.

disuadir, restringir o incluso prohibir el ejercicio de la prostitución en todo o en parte del espacio público municipal. En este punto, entran en juego las ya comentadas ordenanzas de convivencia ciudadana, que, como hemos visto, son las que se encargan de regular los usos del espacio público. Son varios los municipios que, al ordenar sus relaciones de convivencia y el uso de sus espacios públicos, se refieren al ejercicio de la prostitución, si bien la orientación y alcance de dicha regulación presentan diferencias dignas de mención. En cualquier caso, todas estas ordenanzas vienen a establecer una serie de prohibiciones y/o deberes de conducta en relación con dicha actividad, cuyo incumplimiento se tipifica como infracción administrativa a la cual se asocia una sanción determinada.

En términos generales, podemos señalar dos tendencias regulatorias:[47] por un lado, aquellas ordenanzas que prevén la prohibición absoluta –sin más– de *toda* actividad vinculada a la prostitución en los espacios y vías públicas (Esplugues de Llobregat y Martorell)[48] y, en segundo lugar, las que impiden o limitan *determinadas* conductas relacionadas con la utilización u ocupación del espacio público para el ejercicio de la prostitución (Barcelona, Valencia y Sant Antoni de Portmany).[49]

El primer grupo de ordenanzas establece una prohibición absoluta de la prostitución; carácter absoluto que se proyecta en dos dimensiones: primera, se prohíbe toda conducta vinculada a la prostitución (ofrecimiento, prestación del servicio e incluso demanda) en cualquier caso, y segunda, la prohibición se extiende a cualquier espacio abierto dentro del término municipal (calles, plazas, parques, carreteras…). Con carácter general, el incumplimiento de esta prohibición se tipifica como infracción muy grave y suele llevar aparejada la sanción máxima, siendo ésta de tipo exclusivamente económico.[50] Así, este conjunto de ordenanzas no contemplan ni medidas alternativas a la multa ni tampoco intervenciones complementarias de carácter social o asistencial.

En el segundo grupo de ordenanzas es notable la influencia de la aprobada por el municipio de Barcelona, pionera en abordar esta cuestión.[51] Puesto que más adelante profundizaremos en el contenido de esta norma, nos limitamos aquí a señalar únicamente algunos de sus rasgos fundamentales en la medida en que son comunes también a otras ordenanzas que la han sucedido en el tratamiento de esta materia. El rasgo característico de estas regulaciones es que no parten de una prohibición general de la prostitución en el espacio público, sino que se limitan a prohibirla en determinados supuestos o en unas concretas circunstancias. Por regla general, estas ordenanzas prohíben conductas como el ofrecimiento, la demanda y la prestación de servicios sexuales retribuidos en el espacio público, pero vinculan dicha prohibición a los casos en que exista una perturbación de la tranquilidad o seguridad vecinal o se afecte al uso común del espacio público.[52] No obs-

47. Otra de las opciones que podrían haberse planteado, pero que hasta el momento quedan –salvo error o desconocimiento por nuestra parte– fuera de las opciones aplicadas por los ayuntamientos en nuestro ordenamiento es la conocida como "zonificación" (siguiendo el modelo de Ámsterdam).

48. Ver la modificación de la Ordenanza de convivencia ciudadana y uso de la vía pública de Esplugues de Llobregat (BOP de Barcelona, 191, de 10 de agosto de 2004), que introduce el artículo 12.bis, que prevé que:

"1. Queda prohibido el ejercicio de actividades de todo tipo vinculadas al ejercicio de la prostitución en todas las vías públicas y espacios abiertos del término municipal. 2. Los agentes de la autoridad impedirán de forma efectiva la realización de las actividades citadas en el punto anterior y procederán a levantar informe o acta de los hechos, solicitando la documentación de los infractores."

En términos idénticos, el artículo 7 de la Ordenanza de convivencia ciudadana y uso de la vía pública de Martorell (BOP de Barcelona, 172.5, de 20 de julio de 2006).

49. Ver los artículos 38 a 41 de la ya citada Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Barcelona, los artículos 4, 5 y 6 de la Ordenanza sobre actuaciones en espacios públicos de Valencia, y los artículos 33 a 36 de la Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia en el municipio de Sant Antoni de Portmany (*Boletín Oficial de las Islas Baleares*, 82, de 8 de junio de 2006).

50. El artículo 22.5 de la Ordenanza de Esplugues establece que el incumplimiento de la prohibición prevista en su artículo 12.bis será falta muy grave y podrá sancionarse con multa desde 300 hasta 3.000 euros. Por su parte, la Ordenanza de Martorell contiene el incumplimiento de la prohibición de su artículo 7 en el apartado 10 del cuadro de infracciones muy graves (artículo 47), que pueden ser sancionadas también entre 300 y 3.000 euros.

51. A pesar de ello, cabe destacar que la Ordenanza de Esplugues es anterior a la de Barcelona. No obstante, es Barcelona quien por primera vez aborda el tratamiento detallado de limitar la prostitución en el espacio público, más allá de una genérica prohibición. En este sentido, Jiménez Asensio, R. "Potestad normativa…", *op. cit.*, p. 57. De todos modos, el mismo autor explica que los primeros borradores de la Ordenanza barcelonesa se referían a una prohibición general de la prostitución en el espacio público "que, posteriormente, fue perdiendo fuerza conforme las posibilidades de consenso entre los grupos políticos municipales se alejaban en este tema" (*op. cit.*, p. 56-57).

52. Sirvan como ejemplo los artículos 4 y 5 de la Ordenanza de Valencia, que definen estas conductas en los siguientes términos:

"Artículo 4. Será sancionable la promoción, favorecimiento o prestación de servicios de naturaleza sexual en espacios públicos (calles, parques, jardines, plazas…) a cambio de contraprestación económica, siempre y cuando altere la tranquilidad y/o seguridad de los ciudadanos, ya sea por la perturbación que imposibilite o dificulte el tránsito de peatones y/o vehículos o por la producción de molestias incompatibles con el descanso de los ciudadanos.

"Artículo 5. Se entiende que promociona o favorece la conducta descrita en el artículo anterior el o la que estando en los espacios públicos donde haya personas que ofrecen sus servicios de naturaleza sexual contrate los mismos."

tante, esta regla se quiebra en algunos supuestos donde la prohibición deviene prácticamente general y no se exige expresamente la perturbación de la convivencia.[53] Respecto a la graduación de las infracciones y sanciones, cabe decir que la diversidad de conductas prohibidas conlleva a su vez la existencia de diferentes grados de infracciones y sanciones, sin que sea fácil afirmar una tendencia clara. En todo caso, sí podemos señalar que, a igual tipo de infracciones, la normativa valenciana contiene multas de inferior cuantía que el resto, aunque se limita exclusivamente a la imposición de sanciones económicas.[54] En cambio, Barcelona y Sant Antoni establecen multas mucho más elevadas, pero en algunos casos exigen el apercibimiento previo de las autoridades y prevén algunas intervenciones complementarias de carácter asistencial.

Para finalizar este marco general sobre la intervención municipal respecto a la prostitución, merece una mención especial la regulación establecida por el municipio de Sant Antoni de Portmany (sito en la isla de Ibiza), cuya ordenanza de convivencia –que, dicho sea de paso, reproduce en muchos aspectos lo establecido por la ordenanza de Barcelona– supedita el ejercicio de la prostitución en el espacio público a la obtención de licencia municipal. La realización de conductas vinculadas a la prostitución (ofrecimiento, demanda, negociación y aceptación) sin la consiguiente licencia está prohibida en el espacio público y su incumplimiento reiterado, tras el previo apercibimiento por los agentes de la autoridad, puede dar lugar a la sanción de desobediencia a la autoridad (artículos 34.1 y 35.1). Sin entrar a valorar ahora la oportunidad política de esta regulación, sí hay que destacar que se trata de una regulación que advertimos sin precedentes en el ordenamiento español, puesto que, hasta el momento, la exigencia de licencia en relación con la prostitución se limitaba únicamente a los establecimientos de pública concurrencia. Tal y como explicita de forma un tanto *sui generis* el artículo 33.1 de la propia ordenanza, el fundamento jurídico de esta previsión pretende ser la ya citada sentencia del TJCE de 20 de noviembre de 2001.[55] No obstante, reiteramos aquí las consideraciones que ya hemos hecho anteriormente respecto a la significación de esta sentencia y la necesidad de limitar su alcance al caso concreto: el ejercicio de la prostitución de forma autónoma e independiente como resultado de aplicar el principio de no-discriminación por nacionalidad en un Estado miembro (Holanda) donde la prostitución sí está reglamentada como actividad.

4. La tipificación de infracciones y sanciones por ordenanza municipal y la flexibilización del principio de reserva de ley: estado de la cuestión

Tras conocer las líneas fundamentales de la regulación de la prostitución en el ordenamiento español, una rápida recapitulación nos permite enfatizar de nuevo algo que hemos ido apuntando ya desde el inicio de nuestro discurso: el escaso tratamiento que el vigente Derecho Administrativo español hace de este fenómeno parte de una aproximación que atiende principalmente a su consideración como un problema de convivencia ciudadana, materia que se define

53. Así, por ejemplo, las ordenanzas de Barcelona y Sant Antoni de Portmany prohíben el mantenimiento de relaciones sexuales en el espacio público, sin que se exija expresamente la perturbación de la convivencia o la limitación del espacio público. No obstante, mientras en Barcelona sólo se prohíbe esta conducta si media retribución, en el municipio balear la conducta será sancionable con independencia de que exista o no dicha contraprestación.

54. El artículo 6 de su Ordenanza establece que:

"Tendrán la consideración de graves las infracciones de los artículos 4 y 5 que se sancionarán con multa entre setenta y seis euros y doscientos euros. Se calificarán de muy graves las conductas descritas en los artículos 4 y 5 cuando la perturbación afecte gravemente a la seguridad ciudadana o al ejercicio de derechos legítimos de otras personas, pudiendo ser sancionada con multa entre doscientos un euros y quinientos euros."

55. Con un planteamiento similar, según www.diariodeibiza.es (junio de 2004), el municipio de Calvià (Illes Balears) ha impuesto también sanciones a las prostitutas por desarrollar su actividad en la calle. En este caso, la Ordenanza de policía y buen gobierno de Calvià no se refiere a la prostitución, sino que prohíbe ejercer cualquier actividad económica en la calle sin licencia municipal. De esta forma, la sanción no es por ejercer la prostitución sino por desarrollar una actividad económica –y así lo es la prostitución según la citada STJCE– sin licencia municipal.

Sobre las posibilidades de someter a licencia municipal la actividad de prostitución, debemos mencionar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 246/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 31 de marzo (ponente: Ilma. Sra. María Pilar Martín Coscolla), la cual admite que la actividad de prostitución es controlable mediante licencia, no sólo por la exigencia del Decreto 217/2002 (en relación con los locales de pública concurrencia), sino también porque "tanto el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, aprobado por el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, como el Reglamento de obras, servicios y actividades, aprobado por el Decreto 179/1995, de la Generalidad de Cataluña, y la Ley 3/1998, sobre intervención ambiental integral, también de esta comunidad autónoma, así como su Reglamento, aprobado por el Decreto 136/1999, no contienen un *numerus clausus* de las actividades que regulan, ni solamente se aplican a las que se enumeran en sus respectivos anexos o nomenclátor", sino que "se trata de normativa dirigida a todo tipo de actividad cuyo ejercicio y sus instalaciones ofrezcan riesgos potenciales de incidir negativamente sobre el entorno y, como consecuencia, de afectar a la tranquilidad, salud o seguridad de las personas". Un comentario a esta sentencia, en VERA FERNÁNDEZ-SANZ, A. "Ejercicio de la prostitución y licencias municipales…", *op. cit.*, p. 2180-2187.

por un marcado carácter transversal. Los municipios han decidido intervenir para ordenar la prostitución en protección de la tranquilidad y la seguridad de los vecinos.

Y lo han hecho, como también ha quedado dicho, a través de ordenanzas municipales que dicen regular la "convivencia ciudadana" y que se caracterizan por su frecuente recurso al Derecho Administrativo Sancionador. Entre otros factores, esta tendencia responde al nuevo contexto legislativo surgido de la LMMGL, que, a través de la adición de un nuevo título XI a la LBRL, ampara la tipificación de infracciones y sanciones por parte de los entes locales para la ordenación, entre otras materias, de las "relaciones de convivencia de interés local" y "el uso de las vías y espacios públicos", mediante la aprobación de ordenanzas.

Este contexto devuelve a la primera plana de la actualidad jurídica el clásico debate sobre el alcance del principio de reserva de ley sancionadora en relación con las ordenanzas municipales; debate que se ejemplifica muy claramente en la regulación sobre la prostitución callejera que aquí hemos expuesto. No en vano en los casos expuestos, los municipios aprueban sus propias ordenanzas en las que se tipifican infracciones y se establecen sanciones, con la finalidad de restringir o prohibir determinadas prácticas relacionadas con la prostitución, sin que a primera vista exista una legislación sectorial que dé cumplimiento al mandato de reserva de ley del artículo 25.1 de la CE.

Con el objeto de situar el estado de la cuestión y contextualizar el problema jurídico que pretendemos analizar, exponemos a continuación una síntesis de la evolución doctrinal, jurisprudencial y legislativa que ha dado lugar a este nuevo contexto de la potestad sancionadora municipal en su vertiente normativa.

4.1. La tensión entre la reserva de ley y la potestad normativa municipal en el ámbito sancionador: evolución doctrinal, jurisprudencial y legislativa

Como concreción en el ámbito sancionador del principio general de sometimiento a la ley del artículo 103 de la CE, el artículo 25.1 de la CE consagra el llamado *principio de legalidad en materia sancionadora*,[56] que, según una consolidada jurisprudencia constitucional, se extiende no sólo al ámbito penal sino también al administrativo, como expresión de un único *ius puniendi* del Estado.[57]

Este principio, configurado a su vez como un derecho fundamental, ha visto definido su contenido esencial principalmente a través de la jurisprudencia constitucional, que ha interpretado que el artículo 25.1 de la CE contiene una doble garantía, siendo su manifestación formal la existencia de una reserva de ley en materia sancionadora y la material el necesario respeto al principio de tipicidad de infracciones y sanciones.[58] Nos centramos aquí en la vertiente formal del principio de legalidad, la cual exige, pues, que la potestad sancionadora de la Administración venga atribuida por una norma con rango de ley[59] y que también por ley se predeterminen las infracciones y san-

56. Para un estudio más detallado del alcance de este principio con carácter general (y no exclusivamente en el ámbito local), la obra de referencia es la de Nieto García, A. *Derecho administrativo sancionador*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2005, p. 201 a 370. Asimismo, ver Suay Rincón, J. "La formulación del principio de legalidad en materia sancionadora y sus exigencias: Una propuesta a partir del estado actual de la cuestión en la jurisprudencia", en *Justicia Administrativa*, núm. extraordinario, 2000, p. 7-27. Y más recientemente, Hernández González, F.L. "La reserva de ley en materia sancionadora. Avances, retrocesos y contradicciones de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Revista de Administración Pública*, 166, enero-abril de 2005, p. 169-199.

57. Esta conclusión se expresa ya en la STC 2/1981, de 30 de enero (ponente: D. Manuel Díez de Velasco Vallejo) y se asienta en la STC 18/1981, de 8 de junio (ponente: D. Rafael Gómez-Ferrer Morant). En esta última, se afirma con claridad que:

"ha de recordarse que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, *con ciertos matices*, al Derecho Administrativo Sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (artículo 25, principio de legalidad), y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (sentencias de la Sala Cuarta de 29 de septiembre, 4 y 10 de noviembre de 1980, entre las más recientes), hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales." (La cursiva es nuestra y pretende destacar que, en cualquier caso, la aplicación de los principios penales no es automática, sino que requiere atender de manera específica a las características del Derecho Administrativo Sancionador.)

58. Es a partir de la STC 42/1987, de 7 de abril (ponente: D. Ángel Latorre Segura), cuando el alto tribunal establece lo que hoy es una consolidada jurisprudencia al respecto de la doble garantía que configura el principio de legalidad sancionadora:

"la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como ley en sentido formal."

59. Se entiende ley en sentido amplio o material. El Tribunal Constitucional acepta que bajo la expresión "legislación vigente" del artículo 25.1 de la CE se incluyen normas con rango de ley, aunque no sean estrictamente leyes, como el decreto ley y el decreto legislativo, y que, por tanto, permiten cumplir con la reserva de ley exigida. En cambio, ha negado la posibilidad de que esta reserva sea de ley orgánica.

ciones que pueden ser tipificadas (potestad normativa-reglamentaria) e impuestas (potestad ejecutiva) por la Administración. Es importante señalar que, para el Tribunal Constitucional, esta exigencia formal tiene su fundamento en el "carácter excepcional que los poderes sancionadores en manos de la Administración presentan", concibiéndose así la reserva de ley como una "forma de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos depende exclusivamente de la voluntad de sus representantes".[60]

Asimismo, es también unánime el alcance relativo de esta reserva en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, sin que sea exigible una reserva absoluta de ley en términos idénticos a los establecidos en el orden penal.[61] En consecuencia, se admite la colaboración reglamentaria en la tipificación de infracciones y sanciones administrativas, siempre que la ley predetermine suficientemente los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer, de tal manera que la norma resultante no constituya una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley.[62]

La traslación de estas consideraciones al ordenamiento jurídico local implica analizar el alcance de la reserva de ley sancionadora en relación con las ordenanzas municipales y, en consecuencia, determinar si es aplicable el esquema tradicional de las relaciones ley-reglamento en los términos en los que acabamos de describirlas o bien éste puede verse modulado por la peculiar configuración de la potestad normativa local.[63] En términos generales, podemos avanzar que, de manera progresiva en el tiempo, el principio de reserva de ley en materia sancionadora local ha sido objeto de flexibilización por parte de la doctrina, primero, y la jurisprudencia, después, de tal manera que finalmente el legislador así lo ha recogido en el título XI de la LBRL. A continuación, apuntamos brevemente algunos de los momentos más destacados en la evolución de este proceso "flexibilizador", para detenernos finalmente en el alcance de dicha flexibilización en la actualidad.[64]

Hasta la aprobación de la LMMGL, han sido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en primer lugar, y la del Constitucional, más tarde, las que han ido definiendo el alcance de la reserva de ley en materia sancionadora en relación con las ordenanzas municipales. Asimismo, es preciso decir que, en buena parte de los casos, los pronunciamientos jurisprudenciales han respondido a las diferentes tendencias doctrinales, que en esta materia han sido notablemente enfrentadas entre sí.

A nivel doctrinal, es sobradamente conocida la polémica, claramente expuesta con motivo de la aprobación del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (Real decreto 1398/1993, de 4 de agosto), entre las posiciones favorables a una concepción estricta de la reserva de ley y aquellas que apuestan por su flexibilización cuando estamos en presencia de ordenanzas municipales.[65] Concretamente, las primeras defienden, a la luz de la vinculación positiva al principio de legalidad, que la tipificación de infracciones y sanciones mediante ordenanza exige la habilitación previa y expresa de una ley. En cambio, el segundo posicionamiento, partiendo del criterio de vinculación negativa de los entes locales al principio de legalidad, aboga porque la reserva de ley se vea "relajada", modulada en el ámbito municipal, en atención al principio de auto-

60. Entre otras, STC 83/1984, de 24 de julio (ponente: D. Francisco Rubio Llorente).

61. "bien por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de potestades públicas como al carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias, bien, por último, por exigencias de oportunidad." (STC 42/1987, FJ 2)

62. En este sentido, la propia STC 42/1987, y, entre muchas otras, la STC 61/1990, de 29 de marzo (ponente: D. Carlos de la Vega Benayas), la STC 60/2000, de 2 de marzo (ponente: D. Pablo Cachón Villar), STC 276/2000, de 16 de noviembre (ponente: D. Tomás S. Vives Antón), STC 25/2002, de 11 de febrero (ponente: D. Javier Delgado Barrio) y STC 161/2003, de 15 de septiembre (ponente: D. Javier Delgado Barrio).

63. Las peculiaridades de la potestad normativa local han ocupado buena parte de los esfuerzos de la doctrina especializada en la última década. Entre los resultados, las siguientes monografías: PAREJO ALFONSO, L. *La potestad normativa local*, Diputació de Barcelona-Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 1998; GALÁN GALÁN, A. *La potestad normativa autónoma local*, Atelier, Barcelona, 2001; BLASCO DÍAZ, J.L. *Ordenanza municipal y Ley*, Diputació de Castelló-Marcial Pons, Madrid, 2001; BELLO PAREDES, S. *Las ordenanzas locales en el vigente Derecho español. Alcance y articulación con la normativa estatal y autonómica*, INAP, Madrid, 2002.

64. Para estudiar con mayor detenimiento este proceso, es forzosa la referencia a la última edición de la obra de NIETO GARCÍA, A. *Derecho administrativo…, op. cit.* Asimismo, puede consultarse la reciente monografía de TOSCANO GIL, F. *Autonomía y potestad normativa local*, Comares, Granada, 2006, que en buena parte apuesta también por la necesidad de flexibilizar la reserva de ley ante la peculiaridad de las normas locales.

65. La polémica enfrentó a los profesores E. García de Enterría y A. Nieto en relación con la posibilidad de que el artículo 2.2 del citado Reglamento contuviese la habilitación para que las ordenanzas tipificasen infracciones y sanciones. En contra, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. "La problemática puesta en aplicación de la LRJ-PAC: El caso del Real decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora. Nulidad radical del Reglamento y desintegración general del nuevo sistema legal", en *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, 80, 1993, p. 657-677. Favorable a la modulación de la reserva de ley, NIETO GARCÍA, A. *Derecho administrativo…, op. cit.* (especialmente en su primera edición de 1993 y la segunda, de 1994).

nomía local y a la legitimidad democrática directa de la asamblea municipal, notas reconocidas y garantizadas por el propio texto constitucional. Con estos argumentos, se dota al principio de reserva de ley de un nuevo fundamento teórico (reserva de procedimiento), según el cual lo que se pretende es garantizar el principio democrático (la transparencia del procedimiento de aprobación de las normas y el respeto a las minorías propio del procedimiento legislativo).[66]

Por su parte, el tratamiento de esta materia por los tribunales contencioso-administrativos había venido enmarcado por la falta de un expreso pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Hasta entonces, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no mostraba una tendencia uniforme respecto a los términos en los que los municipios podían tipificar infracciones y sanciones por medio de ordenanza. Mientras en unos casos se exigía una estricta observancia de la reserva de ley en materia sancionadora local, en otros supuestos, el Tribunal Supremo admitía su flexibilización en atención a diferentes argumentos, tales como la existencia de una relación especial de sujeción, la mera existencia de competencia sectorial en la materia o previsiones genéricas de la normativa básica de régimen local [artículo 4.1.f) o artículo 2.1.f) de la LBRL o artículo 59 del TRRL].[67]

Como hemos apuntado, no fue hasta la STC 132/2001,[68] en que el Tribunal Constitucional se ocupó de la relación entre la reserva de ley en materia sancionadora y las ordenanzas municipales.[69] La pretensión del Tribunal Constitucional fue, pues, la de fijar en esta materia la "doctrina constitucional" y poner fin a la polémica existente sobre la posibilidad de tipificar infracciones y establecer sanciones por parte de las ordenanzas municipales.[70] Para ello, el Tribunal Constitucional trae a colación la STC 233/1999, de 13 de diciembre (ponente: D. Pablo Manuel Cachón Villar), en la que por primera vez había procedido a flexibilizar la reserva de ley en materia tributaria en relación con el establecimiento de los tributos locales por medio de ordenanza municipal. En concreto, dicha flexibilización se fundamenta en dos argumentos que ya venía exponiendo la doctrina: primero, la legitimidad democrática directa que caracteriza las ordenanzas municipales, al ser aprobadas por el Pleno del ayuntamiento, órgano democráticamente elegido; y segundo, la autonomía municipal –constitucionalmente reconocida por los artículos 137 y 140 de la CE– que impide que la ley agote la regulación en una materia donde está "claramente presente el interés municipal". En cualquier caso, esta flexibilización no elimina la exigencia de una previa habilitación legal para establecer tributos locales, ni tampoco permite las remisiones legales en blanco.

Siguiendo esta misma línea argumental, y a pesar de que el Tribunal Constitucional advierte que la reserva de ley sancionadora es más estricta que la tributaria, a través de la referida STC 132/2001, el Tribunal Constitucional admite la existencia de una flexibilización de la reserva de ley en materia sancionadora (artículo 25.1 de la CE) siempre que se trate de "materias donde, por estar presente el interés local, exista un amplio campo para la regulación municipal" y "la norma sea aprobada por el Pleno del ayuntamiento" (FJ 6). En estos casos, la flexibilización supone que el legislador no tenga que definir específicamente cada tipo de ilícito y cada sanción en una norma con rango de ley, si bien no significa que la ley se pueda inhibir en la tipificación de infracciones y sanciones. Seguidamente, el Tribunal Constitucional expone cómo se concreta dicha flexibilización en relación con las infracciones y las sanciones.

En cuanto a la tipificación de infracciones, la ley debe fijar los "criterios mínimos de antijuridicidad según los cuales cada ayuntamiento puede establecer los tipos de infracciones" (FJ 6). No se trata ni tan siquiera de una definición de los tipos genéricos de infracciones a completar después por la ordenanza municipal, sino de "criterios que orienten y condicionen la valoración de cada municipio a la hora de esta-

66. Ver Nieto García, A. *Derecho administrativo…*, *op. cit.*, p. 258-259, y Galán Galán, A. *La potestad normativa…*, *op. cit.*, p. 214 y ss. También, a favor de esta modulación de la reserva de ley y la vinculación negativa de los entes locales al principio de legalidad, ver el Dictamen del Consejo de Estado 1749/94, de 23 de febrero de 1995.

67. Una sistematización de la evolución de la jurisprudencia contenciosa en esta materia antes del pronunciamiento del Tribunal Constitucional en Velasco Caballero, F. y Díez Sastre, S. "Ordenanzas municipales y reserva de ley", *Cuadernos de Derecho Local*, 5, Barcelona, 2004, p. 52-54, y Doménech Pascual, G. "La tipificación de infracciones y sanciones por las entidades locales", *Revista General de Derecho Administrativo. Iustel*, 6, 2005, p. 2-6.

68. STC 132/2001, de 8 de junio (ponente: D. Pablo Manuel Cachón Villar).

69. La importancia de esta sentencia se observa también en la multitud de comentarios doctrinales de los que ha sido objeto. Entre ellos, destacamos, por ejemplo, Orduña Prada, E. "Ordenanza municipal y potestad sancionadora: La sorprendente concisión de la STC 132/2001, de 8 de junio", en *Revista de Estudios de Administración Local*, 286-287, 2001, p. 363-384, y Bello Paredes, S.A. "La reserva de ley en el ámbito sancionador local, ¿estamos ante el comienzo del fin de una larga disputa?", *Revista de Estudios de Administración Local*, 286-287, p. 281-303. Además, también es objeto de interesantes reflexiones, en las obras citadas en la nota anterior y en los diversos artículos que a partir de 2001 tratan el tema de la reserva de ley sancionadora y su proyección en el ámbito local.

70. Esta vocación de establecer doctrina es destacada por Velasco Caballero, F. y Díez Sastre, S. "Ordenanzas municipales y reserva de ley", *op. cit.*, p. 55-56. No obstante, Orduña Prada critica el excesivo laconismo con que el Tribunal Constitucional trata el problema ("Ordenanza municipal y…", *op. cit.*).

blecer los tipos de infracción" (FJ 6). Por otro lado, en cuanto al establecimiento de sanciones, la ley debe prever al menos las clases de sanciones que pueden contener las ordenanzas municipales. No se exige que una ley establezca una clase específica de sanciones, pero sí es necesaria la previsión de una relación de las posibles sanciones que pueda imponer el municipio en función de la gravedad de los ilícitos administrativos que el mismo tipifique.

De acuerdo con esta doctrina, el Tribunal Constitucional concluye que ni el artículo 4.1.f) de la LBRL ni el 59 del TRRL[71] son fundamento legal suficiente para justificar la tipificación de infracciones y sanciones por ordenanza municipal, ya que de estos preceptos no se extrae ningún criterio material que oriente la tipificación de ilícitos administrativos y no se gradúan las sanciones en función de la antijuridicidad de los ilícitos. El Tribunal incide, por tanto, en la necesidad de diferenciar entre la atribución a los municipios de competencias sobre un ámbito sectorial y la atribución de la potestad para tipificar infracciones y sanciones en dicho ámbito, negando expresamente que la mera atribución de competencias sobre una materia contenga la automática atribución de la potestad sancionadora en su vertiente normativa.

Esta doctrina constitucional ha sido reiterada por las sentencias en que posteriormente el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de volver sobre este tema;[72] doctrina que algunos de estos pronunciamientos han venido a concretar, estableciendo ciertas exigencias respecto a la práctica administrativa, que no podemos dejar de mencionar. En este sentido, nos parece relevante destacar la exigencia de que la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento sancionador deba identificar, expresa o implícitamente, ya no únicamente los preceptos de la ordenanza municipal en los que se contiene la sanción, sino también el "fundamento legal" de dicha sanción.[73]

La STC 132/2001 contó con un voto particular del magistrado Garrido Falla, al que se adhirió el presidente del Tribunal (D. M. Jiménez de Parga y Cabrera), que ya permitía adivinar que la vocación de permanencia del criterio adoptado por el Tribunal Constitucional no tardaría en ser cuestionada.[74] E iba a serlo por el propio Tribunal Supremo, que, si bien en un primer momento pareció asumir las líneas definidas por el Tribunal Constitucional,[75] en su STS de 29 de septiembre de 2003 rompió claramente con ellas.[76]

El Tribunal Supremo parte de una detallada exposición del contexto normativo y jurisprudencial en materia de tipificación de infracciones y sanciones por ordenanza municipal. Según el Tribunal Supremo, este contexto conduce a que, en los casos en que, tratándose de una competencia de estricta competencia local, no existe una ley habilitante para tipificar infracciones y sanciones, "las ordenanzas municipales resultan inaplicables y la potestad normativa de los entes locales menoscabada o disminuida" (FJ 3, STS de 29 de septiembre). En consecuencia, se afirma que la privación a los municipios de la posibilidad de tipificar infracciones e imponer sanciones vulnera el principio de autonomía local, de acuerdo con su definición en la Carta Europea de la Autonomía Local, puesto que, si se otorga la potestad reglamentaria a las entidades

71. El artículo 4.1.f) de la LBRL se limita a atribuir al municipio, como administración territorial y en el marco de sus competencias, la potestad sancionadora. Mientras que el artículo 59 del TRRL, tras su modificación por la disposición adicional única de la Ley 11/1999, establecía que:

"Salvo previsión legal distinta en cuanto a sus cuantías, las multas por infracción de ordenanzas no podrán exceder de 300.000 pesetas en municipios de más de 250.000 habitantes, de 150.000 pesetas en los de 50.001 a 250.000 habitantes, de 75.000 pesetas en los de 20.001 a 50.000 habitantes, de 50.000 pesetas en los de 5.001 a 20.000 habitantes, y de 25.000 pesetas en los demás municipios."

72. STC 161/2003, de 15 de septiembre (ponente: D. Javier Delgado Barrio); STC 193/2003, de 27 de octubre (ponente: D. Javier Delgado Barrio); STC 16/2004, de 23 de febrero (ponente D. Manuel Jiménez de Parga); STC 25/2004, de 26 de febrero (ponente: Dª. Elisa Pérez Vera). La más reciente de las sentencias en reiterar la necesidad de cobertura legal, de nuevo ante un caso de licencia de auto-taxi, es la STC 232/2006, de 17 de julio (ponente: D. Javier Delgado Barrio).

73. STC 161/2003, de 15 de septiembre (ponente: D. Javier Delgado Barrio). Una crítica a esta exigencia, por "exageradamente formalista", en JIMÉNEZ ASENSIO, R. "Potestad normativa municipal", *op. cit.*, p. 49.

74. El argumento de fondo de esta posición discrepante se puede resumir en la siguiente idea: el hecho de considerar inaplicable una ordenanza por la falta de cobertura legal cuando se trata de una ordenanza que establece infracciones y sanciones supone que a los posibles infractores les estará todo permitido, ya que "en el Estado de Derecho lo que no está prohibido, está permitido" (voto particular, STC 132/2001). Por eso, se reclama una mayor flexibilización de la reserva de ley tanto en las relaciones especiales de sujeción y las relaciones generales de poder, como en los ámbitos de competencia municipal previstos por el artículo 25 de la LBRL.

75. Así, por ejemplo, la STS de 4 de febrero de 2002 (ponente: Excmo. Sr. M. Baena del Alcázar) (RJ 2002/2911), STS de 6 de junio de 2003 (ponente: Excmo. Sr. M. Baena del Alcázar) (RJ 2003/6857) o la STS de 10 de junio de 2003 (ponente: Excmo. Sr. Antonio Martí García) (RJ 2003/5628).

76. (Ponente: Excmo. Sr. Mariano Baena del Alcázar). Un comentario a esta sentencia, en TOSCANO GIL, F. "La recepción por el Tribunal Supremo de la doctrina de la vinculación negativa de la ordenanza local al principio de legalidad sancionadora", en *Revista Andaluza de Administración Pública*, 54, 2004. Asimismo, es preciso apuntar que el criterio de esta sentencia ha sido reiterado por la STS de 3 de diciembre de 2003 (ponente: Excmo. Sr. M. Baena del Alcázar). Eso viene a confirmar que la doctrina que a continuación expondremos en el texto no es fruto de una sentencia aislada, sino que existe una clara voluntad por parte de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de fijar unos criterios concretos en la tipificación de infracciones y sanciones por ordenanzas municipales.

locales para ordenar los asuntos públicos de su competencia pero no se deduce ninguna consecuencia jurídica del incumplimiento de aquella ordenación, los entes locales no tienen una capacidad efectiva para llevar a cabo dicha ordenación. Se insiste, pues, en la idea del voto particular de la STC 132/2001 acerca de la necesidad de las sanciones para la eficacia de las ordenanzas municipales.[77]

En otros términos, según el Tribunal Supremo, lo que se plantea en esta materia es un conflicto entre la autonomía local y el principio de reserva de ley del artículo 25.1 de la CE. Y ante dicho conflicto, la solución debe ser –siempre según el Tribunal Supremo– la de flexibilizar el principio de reserva de ley, incluso más allá de la modulación establecida por la jurisprudencia constitucional dos años antes. Así, permite que las ordenanzas tipifiquen infracciones y establezcan sanciones, a pesar de la falta de una ley habilitante, siempre y cuando se respeten los límites siguientes: 1) no exista tipificación en una ley estatal o autonómica; las ordenanzas nunca pueden ser contrarias a las mencionadas leyes; 2) debe tratarse de materias que afecten a "la ordenación del uso de bienes o de organización de servicios que supongan potestades implícitas" o aquellos casos de competencia compartida en los que el Estado o las comunidades autónomas no hayan hecho uso de su potestad legislativa con esa finalidad; 3) sólo se pueden regular sanciones pecuniarias (aplicadas según el artículo 59 del TRLL; 4) se deben respetar los principios de proporcionalidad y audiencia al interesado, y 5) "la sanción a imponer debe ponderarse en función de la gravedad del ilícito valorada según las características demográficas, económicas y sociales del municipio" (FJ 4 *in fine,* STS de 29 de septiembre de 2003).

Como puede advertirse fácilmente, la contradicción entre la jurisprudencia constitucional y la contenciosa supuso reavivar de nuevo la polémica respecto al grado de flexibilidad de que debe ser objeto la reserva de ley sancionadora en el caso de las ordenanzas municipales.

En este sentido, la posición del Tribunal Supremo ha sido objeto de críticas doctrinales diversas.[78] En primer lugar, se ha objetado que resolver este conflicto en favor de la autonomía local, eliminando la virtualidad de la reserva de ley, atenta contra el principio de unidad de la Constitución (según el cual la aplicación de un principio determinado no puede dejar sin contenido ni efectos otro principio constitucional). Adicionalmente, se ha dicho que este posicionamiento vulnera el contenido esencial del derecho fundamental a la reserva de ley sancionadora (artículo 25.1 de la CE), puesto que se ha llevado su flexibilización más allá de la operada en otros ámbitos que no tienen dicho carácter (como el ámbito tributario). Finalmente, se ha puesto de manifiesto que la doctrina del Tribunal Constitucional vincula al Tribunal Supremo, con lo cual éste no puede obviar lo establecido por el máximo intérprete constitucional a partir de su STC 132/2001.

En contraposición, la tesis del Tribunal Supremo tiene también sus defensores, que argumentan que la reserva de ley exigida por el artículo 25.1 de la CE puede ser cumplida por cualquier otra norma democráticamente producida en aquellos órganos que carecen de una asamblea con potestades legislativas, como sería el caso de las ordenanzas aprobadas por el Pleno municipal. Y en consecuencia, propugnan una flexibilización absoluta de este principio que permita hacer efectiva la autonomía municipal.[79]

4.2. El nuevo título XI de la Ley de bases de régimen local

En el marco del contexto doctrinal, jurisprudencial y legislativo que acabamos de exponer, las modificaciones operadas por la LMMGL surgen con el objetivo de zanjar definitivamente la cuestión.[80] En concreto, se modifican, por un lado, los artículos 127.1 y 129.1 de la

77. Velasco Caballero, F. y Díez Sastre, S. "Ordenanzas municipales…", *op. cit.,* p. 59.

78. Las más recientes, en Velasco Caballero, F. y Díez Sastre, S. "Ordenanzas municipales…", *op. cit.*; Doménech Pascual, G. "La tipificación de infracciones…", *op. cit.,* y Hernández González, F.L. "La reserva de ley en materia sancionadora…", *op. cit.*

79. Al frente de esta defensa, Nieto García, A. *Derecho administrativo…, op. cit.* También, recientemente, Jiménez Asensio, R. "Potestad normativa…", *op. cit.,* y Carro Fernández-Valmayor, J.L. "Sobre la potestad sancionadora municipal", en *Cuadernos de Derecho Local*, 6, 2004, p. 131-142. Trabajo también publicado en Carro Fernández-Valmayor, J.L. (coord.), *La modernización del gobierno local*, Atelier, Barcelona, 2005, p. 149-168.

80. La exposición de motivos de la LMMGL lo deja bien claro:

"el nuevo título XI de la LRBRL viene a tratar otro aspecto ineludible del régimen jurídico de las entidades locales, al regular la tipificación de las infracciones y sanciones por las entidades locales en determinadas materias. En efecto, no podía demorarse por más tiempo la necesidad de colmar la laguna legal que existe en materia de potestad sancionadora municipal en aquellas esferas en las que no encuentren apoyatura en la legislación sectorial, estableciendo criterios de tipificación de las infracciones y las correspondientes escalas de sanciones para que las funciones de esta naturaleza se desarrollen adecuadamente, de acuerdo con las exigencias del principio de legalidad adaptadas a las singularidades locales, y siempre en defensa de la convivencia ciudadana en los asuntos de interés local y de los servicios y el patrimonio municipal, conforme a la doctrina establecida por la sentencia del Tribunal Constitucional 132/2001, de 8 de junio. Esta regulación se completa con la necesaria modificación de los artículos 127.1 y 129.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común."

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (en adelante, LRJPAC), a la vez que se incorpora a la LBRL un nuevo título, el XI, relativo a la "Tipificación de las infracciones y sanciones por las entidades locales en determinadas materias".

Por su parte, las modificaciones de la normativa de procedimiento tienen por objeto singularizar el alcance de la reserva de ley para las administraciones locales, limitando la aplicación de los artículos 127 y 129, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, a los entes públicos titulares de la potestad legislativa (Estado y comunidades autónomas), por lo que las ordenanzas municipales pasarán a regirse en primer término por lo establecido en la normativa de régimen local (título XI de la LBRL).

Aunque con una regulación un tanto ambigua que deja abiertos todavía algunos interrogantes,[81] la regulación del título XI de la LBRL (artículos 139 a 141) ha permitido cubrir una importante laguna en el ámbito del Derecho local español, incorporando en buena medida la jurisprudencia de la STC 132/2001, que hemos descrito más arriba, sobre el alcance de la reserva de ley sancionadora en relación con las ordenanzas.

En concreto, el artículo 139 de la LBRL admite la tipificación de infracciones y sanciones por parte de las entidades locales, en defecto de legislación sectorial específica, en una serie de materias de interés local ("relaciones de convivencia de interés local" y "uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos").[82] Serán, pues, exclusivamente éstos los supuestos en los que el legislador local ha decidido flexibilizar la reserva de ley sancionadora con carácter general.[83] En cualquier caso, este artículo parece amparar las ordenanzas municipales que tipifiquen infracciones y sanciones en un ámbito material mucho más amplio incluso que el definido por la STS de 29 de septiembre de 2003 (sólo referido al dominio público y a los servicios públicos).[84] Por tanto, parece difícil que puedan darse supuestos de ordenanzas tipificadoras de infracciones y sanciones que no se incluyan en alguno de estos genéricos ámbitos materiales.[85] No obstante, no significa que, con la simple inclusión de la ordenanza en una de estas materias, se cumplan las exigencias del principio de reserva de ley. Hay que tener en cuenta que la flexibilización de la reserva de ley en los términos de la LBRL sólo operará en defecto de normativa sectorial específica y siempre que se cumplan los criterios de los artículos 140 y 141 de la LBRL.

De este modo, la tipificación de las infracciones por los entes locales deberá hacerse de acuerdo con los criterios mínimos de antijuridicidad establecidos en el artículo 140.[86] En este punto, se ha criticado la ambigüedad y generalización excesiva del legislador al establecer estos criterios. En nuestra opinión, si

81. En este sentido, ver, por todos, las críticas de VELASCO CABALLERO, F. y DÍEZ SASTRE, S. "Ordenanzas municipales…", *op. cit.*, p. 60 y 61, y NIETO GARCÍA, A. *Derecho administrativo…*, *op. cit.*, p. 340-350.

82. En concreto el artículo 139 de la LBRL establece que:

"Para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos, los entes locales podrán, en defecto de normativa sectorial específica, establecer los tipos de las infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las correspondientes ordenanzas, de acuerdo con los criterios establecidos en los artículos siguientes."

83. Nótese que siempre cabrá la posibilidad de que una ley sectorial prevea esta posibilidad.

84. Al respecto, A. Nieto ha afirmado que conceptos como "relaciones de convivencia de interés local" "roza(n) la evanescencia, probablemente deliberada, que concede un enorme margen de maniobra a los entes locales donde se integran las anteriores franquicias de relaciones de sujeción especial, de uso de dominios y de organización de servicios públicos". NIETO GARCÍA, A. *Derecho administrativo…*, *op. cit.*, p. 341.

85. VELASCO CABALLERO, F. y DÍEZ SASTRE, S. "Ordenanzas municipales…", *op. cit.*, p. 59.

86. El artículo 140 de la LBRL dispone que:

"1. Las infracciones a las ordenanzas locales a que se refiere el artículo anterior se clasificarán en muy graves, graves y leves.

"Serán muy graves las infracciones que supongan:

"a) Una perturbación relevante de la convivencia que afecte de manera grave, inmediata y directa a la tranquilidad o al ejercicio de derechos legítimos de otras personas, al normal desarrollo de actividades de toda clase conformes con la normativa aplicable o a la salubridad u ornato públicos, siempre que se trate de conductas no subsumibles en los tipos previstos en el capítulo IV de la Ley 1/1992, de 21 de febrero, de protección de la seguridad ciudadana.

"b) El impedimento del uso de un servicio público por otra u otras personas con derecho a su utilización.

"c) El impedimento o la grave y relevante obstrucción al normal funcionamiento de un servicio público.

"d) Los actos de deterioro grave y relevante de equipamientos, infraestructuras, instalaciones o elementos de un servicio público.

"e) El impedimento del uso de un espacio público por otra u otras personas con derecho a su utilización.

"f) Los actos de deterioro grave y relevante de espacios públicos o de cualquiera de sus instalaciones y elementos, sean muebles o inmuebles, no derivados de alteraciones de la seguridad ciudadana.

"2. Las demás infracciones se clasificarán en graves y leves, de acuerdo con los siguientes criterios:

"a) La intensidad de la perturbación ocasionada en la tranquilidad o en el pacífico ejercicio de los derechos de otras personas o actividades.

"b) La intensidad de la perturbación causada a la salubridad u ornato públicos.

"c) La intensidad de la perturbación ocasionada en el uso de un servicio o de un espacio público por parte de las personas con derecho a utilizarlos.

"d) La intensidad de la perturbación ocasionada en el normal funcionamiento de un servicio público.

"e) La intensidad de los daños ocasionados a los equipamientos, infraestructuras, instalaciones o elementos de un servicio o de un espacio público."

bien es cierto que la redacción del precepto podía haber gozado de mayor sistemática, parece que el legislador no podía hacer otra cosa más que ser genérico, puesto que, por un lado, actúa para establecer las "bases" en esta materia (en virtud del 149.1.18 de la CE)[87] y, por otro, la STC 132/2001 no exigía la necesidad de establecer un tipo legal de infracción, sino simplemente unos "criterios orientadores" que permitan el ejercicio de la potestad normativa autónoma local, más allá del mero desarrollo legislativo. En cualquier caso, como veremos, esta generalización provocará ambigüedades interpretativas y, en consecuencia, inseguridad jurídica para los municipios.

Por otra parte, el establecimiento de sanciones por parte de los entes locales deberá respetar las clases de sanciones y sus graduaciones en los términos previstos por el artículo 141 de la LBRL.[88] Advertimos en este aspecto que la LBRL sólo dará cobertura legal a las sanciones económicas (multas), salvo que una norma con rango de ley establezca otra cosa. Algunos autores[89] han criticado que la reforma no haya incluido la cobertura genérica de sanciones diferentes a las de tipo económico (revocaciones o suspensiones temporales de licencias) ni la posibilidad de imponer medidas alternativas a las sanciones.[90] Por otra parte, tampoco ha previsto la LBRL la distinción de las cuantías económicas a imponer por los municipios en función de tramos poblacionales.

En definitiva, el legislador básico rechaza –en consonancia con el Tribunal Constitucional y a diferencia del Tribunal Supremo– que los municipios puedan tipificar infracciones y sanciones *ex novo*, sin que al menos se respeten los principios establecidos por la LBRL, aunque se trate de materias típicamente locales, como las que recoge el artículo 139 de la LBRL (relaciones de convivencia de interés local, uso de servicios y espacios públicos). Tras la entrada en vigor de esta reforma legal, un municipio que pretenda tipificar infracciones y sanciones mediante ordenanza en una determinada materia deberá afrontar, pues, situaciones distintas, según exista o no ley sectorial específica en dicha materia.

En primer lugar, si existe una ley sectorial (estatal o autonómica) que regule la materia, la norma municipal se verá vinculada por lo dispuesto en esa ley. No obstante, y a los efectos de ejercer su potestad normativa sancionadora, dicha vinculación puede ser distinta en función del alcance material de la regulación legal. Así, podemos distinguir los siguientes casos:

a) Existencia de ley sectorial que tipifique las infracciones y establezca las sanciones en esa materia para el ámbito local con tal grado de detalle que agote las posibilidades de desarrollo por el municipio. En este sentido, la ordenanza resulta superflua.[91]

b) Existencia de ley sectorial que establezca únicamente los criterios mínimos de antijuridicidad de las infracciones y los tipos de sanciones posibles en el ámbito local. En estos casos, la ordenanza municipal tendrá amplio margen para regular infracciones y sanciones, más allá de la mera colaboración normativa, eso sí, con el límite del respeto al contenido de estos criterios orientadores establecidos en la ley.

c) Existencia de dicha ley sectorial pero que no regule las infracciones y sanciones para los entes locales. Como ha señalado la doctrina, aquí caben dos interpretaciones.[92] Una interpretación restrictiva, que supondría entender que ha sido voluntad del legislador no regular infracciones y sanciones para el ámbito local y que, en consecuencia, no es posible su tipificación por ordenanza municipal, puesto que se vulneraría el principio de reserva de ley sancionadora. Asimismo, cabe también una interpretación amplia, que subsumiría estos supuestos en la expresión "en defecto de normativa sectorial específica" del artículo 139 de la LBRL y que, por tanto, remitiría la actuación de la ordenanza municipal a lo establecido en el título XI de la LBRL.

Por otra parte, es posible que no exista ley sectorial específica en la materia a regular por ordenanza. En estos casos, de conformidad con lo previsto en el

87. Velasco Caballero, F. y Díez Sastre, S. "Ordenanzas municipales…", *op. cit.*, p. 59.

88. El artículo 141 de la LBRL establece que:

"Salvo previsión legal distinta, las multas por infracción de ordenanzas locales deberán respetar las siguientes cuantías: Infracciones muy graves: hasta 3.000 euros. Infracciones graves: hasta 1.500 euros. Infracciones leves: hasta 750 euros."

89. Hernández López, J. "Sobre la nueva potestad sancionadora municipal a la luz de la Ley 57/2003", *Revista de Estudios Locales*, 71, febrero de 2004, p. 51.

90. Al respecto, cabe señalar que el borrador de Anteproyecto de ley básica del gobierno y la administración local (versión de noviembre de 2006) sí prevé, en su artículo 35.5, que:

"Las multas podrán sustituirse, previo consentimiento expreso del afectado, por trabajos de valor equivalente para la comunidad local y proporcionales a la gravedad de la infracción, cuando así lo acuerde el órgano sancionador en los términos previstos en las ordenanzas locales."

91. Nieto García, A. *Derecho administrativo…*, *op. cit.*, p. 322. El propio Nieto cita a Rebollo Puig, quien afirma que este grado de tipificación legal supone la ilegalidad de la ordenanza que se limita a duplicar de forma absoluta la ley. Pero, desde otra perspectiva, nos preguntamos si no podría existir en este caso una vulneración de la autonomía local, al atentarse contra el ámbito reservado a la potestad normativa municipal.

92. Hernández López, J; "Sobre la nueva potestad sancionadora…", *op. cit.*, p. 45. En términos similares, Nieto García, A. *Derecho administrativo…*, *op. cit.*, p. 345-346.

93. Merino Estrada, V. "Las nuevas ordenanzas municipales…", *op. cit.*, p. 485-486.

artículo 139 de la LBRL deberá atenderse a la regulación del título XI de la LBRL. Para poder tipificar infracciones y establecer sanciones mediante ordenanza, deberán cumplirse los requisitos establecidos en los artículos 139 a 141 de la LBRL, que acabamos de analizar. Fuera de los supuestos y condiciones recogidos en estos preceptos no cabrá la tipificación de infracciones y sanciones por los entes locales.

Expuesto a grandes rasgos el estado de la cuestión respecto a la potestad de los entes locales para tipificar infracciones y sanciones por medio de ordenanza, podemos concluir que la aprobación del título XI no es sino la culminación en el nivel legislativo de un largo proceso de reflexión y debate doctrinal y jurisprudencial, que ha supuesto un importante impulso para la actividad normativa local en los últimos años. Así lo demuestra el fenómeno que venimos analizando aquí: la proliferación de ordenanzas municipales reguladoras de la convivencia ciudadana, que se caracterizan, como ya hemos visto, por un marcado recurso a la potestad sancionadora.

No obstante, la diversidad de valoraciones que se han hecho hasta el momento sobre la reforma operada por la LMMGL en este punto pone de manifiesto que el debate no está todavía cerrado. Así, por ejemplo, mientras que en unos casos se califica el nuevo título XI como un importante instrumento para hacer avanzar las políticas locales,[93] en otros casos se pone el acento en las lagunas que contiene dicha regulación y se afirma incluso que no daría cobertura legal a muchos de los supuestos que fueron origen de los pronunciamientos judiciales que hemos analizado.[94]

En las páginas siguientes, intentamos poner de relieve algunos de los interrogantes que plantea la aplicación de este título XI a la hora de ejercer la potestad sancionadora en su vertiente normativa, a partir de un caso concreto como es el de la Ordenanza de convivencia aprobada por el municipio de Barcelona y en un ámbito material determinado, el de la prostitución ejercida en el espacio público.

5. El caso del municipio de Barcelona

Una vez conocido el contexto normativo en el que se ha aprobado la regulación barcelonesa relativa a la prostitución en el espacio público y el alcance del principio de reserva de ley sancionadora en relación con las ordenanzas municipales en general, nos disponemos a analizar en qué medida la concreta regulación aprobada por el municipio de Barcelona responde a las exigencias constitucionales del principio de reserva de ley sancionadora. En otras palabras, nos preguntamos si existe una ley formal que dote de cobertura suficiente, en los términos requeridos por el artículo 25.1 de la CE, la tipificación de infracciones y sanciones que la Ordenanza de convivencia aprobada por el Ayuntamiento de Barcelona realiza en el ámbito del ofrecimiento y demanda de servicios sexuales en el espacio público. Sin embargo, para dar respuesta a esta pregunta, es necesario dar cuenta antes de la concreta regulación que el Ayuntamiento de Barcelona ha hecho respecto a la prostitución.

5.1. La regulación de "la utilización del espacio público para el ofrecimiento y demanda de servicios sexuales" en la Ordenanza de convivencia de Barcelona

En el marco del Plan piloto integral para afrontar la realidad del trabajo sexual en la ciudad de Barcelona, el Ayuntamiento de Barcelona ha establecido entre sus objetivos prioritarios en esta materia "ordenar el uso de la vía pública". De acuerdo con este objetivo y en el marco de su finalidad genérica,[95] la citada Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Barcelona dedica la sección segunda del capítulo V ("Otras conductas en el espacio público") de su título II a la regulación de "la utilización del espacio público para el ofrecimiento y demanda de servicios sexuales" (artículos 38 a 41).

La redacción de estos preceptos sigue la estructura propia de todo el título II,[96] de acuerdo con una técnica normativa que podríamos calificar de novedosa en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador y con claras influencias de la técnica legislativa penal. En primer lugar, se identifican los fundamentos legales de la regulación, mediante la enumeración de los bienes jurídicos objeto de protección (artículo 38). Después, se establecen las normas de conducta a respetar por los ciudadanos (artículo 39), en forma de deberes, limitaciones y esencialmente prohibiciones. El siguiente paso

94. LASAGABASTER HERRATE, I. "La potestad sancionadora local en la Ley 57/2003, de medidas para la modernización del gobierno local", *Revista de Administración Pública*, 68, 2004, p. 170-171. Señala, por ejemplo, la dificultad para subsumir en los criterios del artículo 140 de la LBRL los casos de actuaciones contrarias al medio ambiente o el incumplimiento de obligaciones establecidas en licencias.

95. La finalidad principal de esta ordenanza es, de acuerdo con su propia exposición de motivos y con su artículo 1.1: "preservar el espacio público [del municipio de Barcelona] como lugar de convivencia y civismo, donde todas las personas puedan desarrollar en libertad sus actividades de libre circulación, ocio, encuentro y recreo, con pleno respeto a la dignidad y a los derechos de los demás y a la pluralidad de expresiones culturales, políticas, lingüísticas, religiosas y de formas de vida diversas existentes en Barcelona."

96. Que lleva por rúbrica "Normas de conducta en el espacio público, infracciones, sanciones e intervenciones específicas".

supone la delimitación de un régimen de infracciones y sanciones (artículo 40), a aplicar en caso de incumplimiento de las normas de conducta anteriores. Finalmente, se prevén una serie de intervenciones específicas (artículo 41), fundamentalmente de carácter social, destinadas a las personas que ejercen el trabajo sexual. A su vez, para obtener un análisis ajustado del régimen sancionador en este ámbito material específico –así como en cualquier otro de los previstos en la Ordenanza–, no podemos olvidar las previsiones del título III de la Ordenanza, que se refiere a las "disposiciones comunes sobre régimen sancionador y de medidas de aplicación" y que, en consecuencia, orientarán la interpretación de las previsiones de los artículos 38 a 41.

5.1.1. Ámbito material de la regulación: bienes jurídicos protegidos

Como ya hemos dicho, la convivencia ciudadana es una materia transversal que afecta a un sinfín de sectores y en consecuencia de bienes jurídicos a proteger por el municipio. En su voluntad de ordenar la convivencia ciudadana, el Ayuntamiento de Barcelona ha optado por regular el ofrecimiento y demanda de servicios sexuales en el espacio público. Por tanto, la adecuada comprensión del alcance de esta regulación debe partir de una idea previa: la Ordenanza no quiere ser una regulación de la prostitución genéricamente considerada (puesto que seguramente el municipio no tendría título competencial para hacerlo), sino que la intervención normativa municipal pretende limitarse a establecer una regulación de la ocupación del espacio público para realizar las actividades de ofrecimiento y demanda de servicios sexuales (artículo 38.2). Así entendida, la Ordenanza quiere tipificar infracciones y establecer sanciones en la medida en que las conductas contempladas perjudiquen la *convivencia ciudadana* y el *uso adecuado de los espacios públicos*. No obstante, el artículo 38.1, al definir los fundamentos legales de la regulación, enumera una serie de bienes jurídicos que parecen ir más allá de este propósito y se refiere, junto a la protección de la convivencia y la vialidad del tránsito público, a la protección de los menores o la lucha contra la explotación de determinados colectivos.

5.1.2. Tipificación de infracciones y sanciones

A continuación, sistematizamos el concreto régimen de infracciones y sanciones previsto en los artículos 39 y 40, con la finalidad de exponer el contenido normativo al que buscar una cobertura legal suficiente.

En primer lugar, el artículo 39.1 prohíbe "ofrecer, solicitar, negociar o aceptar, directa o indirectamente, servicios sexuales retribuidos en el espacio público cuando estas prácticas excluyan o limiten la compatibilidad de los diferentes usos del espacio público". El incumplimiento de dicha prohibición conlleva, de conformidad con el artículo 40.1, el requerimiento por parte de los agentes de la autoridad de cesar en dicho comportamiento y, si la persona persiste y no abandona el lugar, puede ser sancionada por "desobediencia a la autoridad". En este caso, pues, la sanción administrativa se deriva del incumplimiento del requerimiento previo, y no del quebrantamiento de la norma de conducta del artículo 39.1. Por tanto, debemos entender que lo que hace el artículo 40.1 es una remisión[97] al 79.1.d), donde se prohíbe "el incumplimiento de las órdenes o los requerimientos específicos formulados por las autoridades municipales o sus agentes". El apartado 2 del artículo 79 califica dicha conducta como infracción muy grave y prevé una sanción de multa entre 1.500,01 y 3.000 euros.

Por otra parte, el artículo 39.2 prohíbe el ofrecimiento, la solicitud, la negociación o la aceptación de servicios sexuales en el espacio público, si bien esta vez no se condiciona a la limitación de los diferentes usos del espacio público sino a que su realización se produzca "en lugares situados a menos de doscientos metros de centros docentes o educativos en los que se impartan enseñanzas del régimen general del sistema educativo, en cualquiera de sus niveles o ciclos". La inobservancia de dicha prohibición implicará el apercibimiento previo por parte de los agentes de la autoridad. Pero, si la persona persiste, se iniciará –dice el artículo 40.2.primero– "el correspondiente procedimiento administrativo sancionador". El tercer párrafo del mismo artículo 40.2 califica las conductas del 39.2 de infracciones leves, que serán sancionables con multa de hasta 750 euros.

Finalmente, según el artículo 40.3 de la Ordenanza, la conducta tipificada en el 39.3 ("mantener relaciones sexuales mediando retribución por ellas en el espacio público") será calificada como infracción muy grave y sancionada con multa de entre 1.500,01 y 3.000 euros.

97. Una técnica ciertamente criticable desde la perspectiva del principio de tipicidad y de la seguridad jurídica, puesto que va en detrimento de la "predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones administrativas" que exige el principio de legalidad (ya desde la STC 42/1987, de 7 de abril). En cualquier caso, dejamos este análisis para otra ocasión, puesto que el objeto de este trabajo se centra en la reserva de ley, como garantía formal del principio de legalidad y la tipicidad es la manifestación material de dicho principio.

5.2. La Ordenanza de convivencia de Barcelona y el principio de reserva de ley sancionadora. Cobertura legal específica de la regulación sobre "la utilización del espacio público para el ofrecimiento y demanda de servicios sexuales"

Para dar respuesta a la cuestión acerca de la cobertura legal de la regulación que acabamos de describir, lo primero será identificar cuáles son las normas que eventualmente pueden habilitar al municipio de Barcelona a tipificar infracciones y sanciones en el concreto ámbito material definido. En segundo término, deberemos analizar si cada una de las normas identificadas cumple o no con los requisitos del artículo 25.1 de la CE. Recordamos aquí que el resultado de dicho análisis puede variar según adoptemos como parámetro la jurisprudencia constitucional o la del Tribunal Supremo, puesto que el criterio para flexibilizar la reserva de ley es, como ya hemos explicado, distinto en uno y otro caso.

Una vez constatada la existencia de una ley de cobertura en dichos términos, se requiere que las infracciones y sanciones tipificadas por la Ordenanza se adecuen a los criterios orientadores y a los tipos de sanciones regulados por dicha ley de cobertura. En consecuencia, será necesario contrastar si el contenido concreto de lo dispuesto por la Ordenanza en sus artículos 39 y 40 responde o no a la orientación ofrecida por esa predeterminación legal. Finalmente, en el caso de que se identifique más de una norma que sirva de cobertura suficiente, será necesario delimitar cómo se articulan las diferentes coberturas legales, de conformidad con el sistema de fuentes.[98]

5.2.1. Identificación de las normas de cobertura

De acuerdo con el procedimiento que acabamos de definir, identificamos en primer lugar cuáles son las normas con rango de ley que pueden dotar de cobertura la normativa municipal relativa a la prostitución en el espacio público. Para ello, partiremos del propio texto de la Ordenanza de convivencia, que, consciente de la necesidad de cumplir con el principio de reserva de ley, hace hincapié en su fundamentación legal.

Ya anunciada en su exposición de motivos,[99] dicha fundamentación legal se incorpora al articulado mediante la previsión del artículo 2, que enumera las normas jurídicas que pretenden dotarla de cobertura.[100] Sistematizando el contenido de ambas previsiones, la Ordenanza dice ampararse en la Carta Municipal de Barcelona de 1998, aprobada por la Ley catalana 22/1998, de 30 de diciembre (en adelante LCMB), en la normativa general de régimen local, que comprende tanto la normativa estatal básica (principalmente la LBRL) como la autonómica de desarrollo (en el caso de Cataluña, el Decreto legislativo 2/2003, que aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña), así como en las leyes sectoriales específicas de cada ámbito material. Asimismo y a pesar de que la Ordenanza no la cita expresamente, hay que atender a la eventual cobertura que pueda ofrecer la Ley 1/2006, de 13 de marzo, del régimen especial del municipio de Barcelona (en adelante, LREMB), que ha venido a completar el régimen municipal especial de Barcelona.[101]

98. Para el estudio de la articulación del sistema de fuentes que regulan el régimen jurídico del municipio de Barcelona, nos remitimos al trabajo de Velasco Caballero, F. "Ley especial de Barcelona y Derecho local", en Font Llovet, T. y Jiménez Asensio, R. *La "Carta Municipal" de Barcelona: diez estudios.* Barcelona, Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autonòmics i Locals-Marcial Pons, 2007, p. 21-41.

99. El párrafo cuarto de la exposición de motivos establece que:

"El fundamento jurídico de la Ordenanza se encuentra, en primer lugar, en la Constitución del año 1978, sobre todo desde la perspectiva de la garantía de la autonomía municipal. Pero, más específicamente, la Ordenanza […] se dicta en desarrollo directo de la Carta Municipal, aprobada por la Ley 22/1998, de 30 de diciembre […]. Más tarde, los artículos 139 a 141 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, introducidos por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, recogen también, expresamente, un título competencial en virtud del cual se establece la posibilidad de que los ayuntamientos, para la adecuada ordenación de las relaciones sociales de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos, en defecto de normativa sectorial específica, puedan establecer los tipos de infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones. *En todo caso estas previsiones configuran una cobertura legal suficiente por cumplir la reserva legal del mandato de tipificación y dar respuesta cumplida al artículo 25.1 de la Constitución española.*" (La cursiva y la traducción son nuestras.)

100. Dicho artículo 2 establece que:

"1. La Ordenanza incorpora los criterios orientadores de la Carta de Salvaguarda de los Derechos Humanos a la Ciudad, firmada y aprobada por el Ayuntamiento de Barcelona. El texto de la carta recoge en su disposición final el compromiso de las ciudades signatarias de mencionar expresamente en todas sus ordenanzas municipales la Carta de Salvaguarda.

"2. Esta Ordenanza se dicta específicamente en ejercicio de las competencias que la Carta Municipal de Barcelona, aprobada por la Ley 22/1998, de 30 de diciembre, atribuye de manera expresa al Ayuntamiento de Barcelona en materias que afectan la convivencia ciudadana y el civismo.

"3. Asimismo, esta Ordenanza se ha elaborado de acuerdo con la potestad municipal de tipificar infracciones y sanciones que, con el fin de ordenar las relaciones de convivencia ciudadana, se establece en los artículos 139 y siguientes de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local.

"4. Lo establecido en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de las otras competencias y funciones atribuidas al Ayuntamiento de Barcelona por la normativa general de régimen local y la legislación sectorial aplicable."

101. La Ordenanza de convivencia no cita expresamente la LREMB como norma de cobertura. Las razones son obvias, puesto que la promulgación (13 de marzo de 2006) y la publicación (BOE, 62, de 14 de marzo de 2006) de esta ley son posteriores a las de la norma municipal.

5.2.2. Cobertura en la legislación sectorial

Como se ha visto, no existe una norma estatal o autonómica con rango de ley que ordene el sector de la "prostitución" y, por tanto, no está regulada la tipificación de infracciones y sanciones por los entes locales en este ámbito. Ahora bien, como también hemos dicho ya, la Ordenanza barcelonesa no regula la prostitución en general, sino que su objetivo principal es el de establecer una "regulación sobre la ocupación del espacio público como consecuencia de las actividades de ofrecimiento y demanda de servicios sexuales" (artículo 38.2), con la finalidad de proteger unos determinados bienes jurídicos (los menores y determinados colectivos susceptibles de explotación, la tranquilidad, la convivencia ciudadana y la vialidad pública).

En este sentido, puede ser de especial interés analizar la posible cobertura de la Ley orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana (en adelante, LOPSC), cuyo objeto es "proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana" y "asegurar la *convivencia ciudadana*, la erradicación de la violencia y la *utilización pacífica de las vías y espacios públicos*, así como prevenir la comisión de delitos y faltas" (artículo 1 de la LOPSC).

En concreto, el artículo 29.2 de la LOPSC prevé que "para la concreción de las conductas sancionables, las ordenanzas municipales podrán especificar los tipos que corresponden a las infracciones cuya sanción se atribuye en este artículo a la competencia de los alcaldes". Dichas infracciones se corresponden con "las infracciones graves o leves en materia de espectáculos públicos y actividades recreativas, tenencia ilícita y consumo de drogas" y, fuera de estos supuestos, algunas de las tipificadas como leves en el artículo 26 de la LOPSC.[102]

En cualquier caso, esta habilitación legal para tipificar infracciones y sanciones a través de una ordenanza municipal en estos ámbitos concretos contiene una importante limitación, puesto que dicha tipificación deberá hacerse siempre "dentro de la naturaleza y los límites a los que se refiere el artículo 129.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común".[103] En definitiva, esta previsión –introducida por la Ley 10/1999, de 21 de abril, de modificación de la Ley orgánica de protección de la seguridad ciudadana–, parece habilitar a los municipios al ejercicio de su potestad normativa en el ámbito sancionador en términos idénticos a los previstos por la legislación de procedimiento para la colaboración reglamentaria. En otras palabras, se aplicaría aquí la tradicional reserva de ley *relativa*, propia de los reglamentos en sentido estricto, sin admitir ningún tipo de flexibilización que atienda a las peculiaridades de la potestad normativa local. En consecuencia, sería la ley la encargada de definir los elementos esenciales del tipo y establecer las sanciones, mientras que la norma local sólo podría establecer especificaciones o aclaraciones a dicha regulación legal.

No obstante, el alcance de la reserva de ley podría ser distinto si tenemos en cuenta la incidencia que sobre esta cuestión tuvo la aprobación de la LMMGL. Como ya hemos comentado, dicha ley modificó los artículos 127.1 y 129.1 de la LRJPAC, introduciendo la referencia al título XI de la LBRL en relación con el juego del principio de legalidad en el caso de las administraciones locales.[104] Sin embargo, no se alteró el

Sin embargo, se hace necesario el análisis de su posible actuación como ley de cobertura, puesto que se configura como la norma estatal que regula el régimen especial del municipio de Barcelona y que viene a unirse a la ley catalana como "norma de cabecera" de su ordenamiento local. La aprobación de esta ley pretende culminar buena parte de las aspiraciones del Anteproyecto de texto articulado de ley especial de Barcelona, aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de Barcelona el 16 de julio de 1997, que, por su alcance sustantivo y competencial, requería no sólo de la intervención del legislador autonómico sino también de la aprobación de una ley estatal.

102. En concreto, se trata de las infracciones leves tipificadas en los apartados g), h), i) y j) del artículo 26 de la LOPSC:

"g) La exhibición de objetos peligrosos para la integridad física de las personas con la finalidad de causar intimidación.

"h) Desobedecer los mandatos de la autoridad o de sus agentes, dictados en directa aplicación de lo dispuesto en la presente Ley, cuando ello no constituya infracción penal.

"i) Alterar la seguridad colectiva u originar desórdenes en las vías, espacios o establecimientos públicos.

"j) Todas aquellas que, no estando calificadas como graves o muy graves, constituyan incumplimientos de las obligaciones o vulneración de las prohibiciones establecidas en la presente Ley o en leyes especiales relativas a la seguridad ciudadana, *en las reglamentaciones específicas o en las normas de policía dictadas en ejecución de las mismas*."

Este último inciso en cursiva fue declarado inconstitucional y nulo por la STC 341/1993, de 18 de noviembre (ponente: D. Fernando García-Mon y González-Regueral).

103. Recordamos que el artículo 129.3 de la LRJPAC dispone que:

"Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o la más precisa determinación de las sanciones correspondientes."

104. Tras la modificación operada por la LMMGL, el artículo 127.1 de la LRJPAC establece que:

"La potestad sancionadora de las administraciones públicas, reconocida por la Constitución, se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en este título, y, cuando se trate de entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en el título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local."

apartado 3 del artículo 129 de la LRJPAC, que es precisamente al que se remite la LOPSC, obviándose por tanto cualquier referencia al título XI de la LBRL y a la consiguiente flexibilización de la reserva de ley sancionadora, y manteniéndose la remisión del artículo 29.2 de la LOPSC en los mismos términos que la colaboración ley-reglamento. En este sentido, una interpretación literal del precepto, avalada por la falta de modificación por el legislador cuando éste tuvo ocasión, conduciría a apoyar la interpretación expuesta anteriormente, según la cual la tipificación de infracciones y sanciones por medio de ordenanzas municipales en materia de seguridad ciudadana se somete a la reserva de ley relativa (no flexibilizada). Sin embargo, junto a esta interpretación literal, podríamos plantearnos una segunda interpretación, de carácter sistemático y teleológico, que entendería que, de conformidad con el artículo 127.1 de la LRJPAC y con la finalidad de la reforma operada por la LMMGL en esta materia, la remisión de la LOPSC lo es de manera genérica al título XI de la LBRL y por tanto a la flexibilización de la reserva de ley sancionadora en el ámbito municipal.

Más allá de la interpretación sobre cuál deba ser el alcance de la reserva de ley en materia de seguridad ciudadana, hay otra cuestión que debe ser tenida en cuenta para analizar la cobertura legal de la concreta regulación de la Ordenanza de Barcelona, que tiene que ver con el ámbito material de cobertura. Tal y como viene exigiendo el propio Tribunal Constitucional, la ordenanza tipificante y la ley que la dota de cobertura deben referirse al mismo ámbito material.[105] En consecuencia, debemos preguntarnos si el ámbito de la LOPSC coincide con el ámbito objeto de protección en los artículos 38 a 41 de la Ordenanza de convivencia (protección de los menores, y colectivos susceptibles de explotación sexual, vialidad en la vía pública y la convivencia ciudadana).

Para responder a esta cuestión, y siendo conscientes de que seguridad ciudadana y seguridad pública no son expresiones coincidentes, hay que partir aquí de la jurisprudencia constitucional, que se ha referido fundamentalmente al concepto de "seguridad pública" y lo ha hecho en el marco de la distribución de competencias. De conformidad con dicha jurisprudencia, la seguridad pública se define en torno a cuatro ideas fundamentales:[106] primera, se refiere a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano que incluye "un conjunto plural y diversificado de actuaciones, distintas por su naturaleza y contenido, aunque orientadas a una misma finalidad tuitiva del bien jurídico así definido"; segunda, no engloba toda la seguridad de personas y bienes, ni toda normativa encaminada a conseguirla, ya que si así fuera incluiría la práctica totalidad del ordenamiento; tercera, se trata de un concepto en el que hay que situar de modo predominante las organizaciones y los medios instrumentales, en especial los cuerpos de seguridad a que se refiere el artículo 104 de la CE, aunque su ámbito normativo puede ir más allá de la regulación de las intervenciones de la "policía de seguridad"; finalmente, se caracteriza por referirse a situaciones o productos que son susceptibles de ocasionar graves riesgos para personas y bienes, lo que exige la adopción de medidas de especial intensidad.

Asimismo, podemos traer aquí a colación la argumentación del Tribunal Constitucional, en su STC 25/2004, donde, ante un caso similar al que aquí analizamos, afirmó que la LOPSC "abarca fundamentalmente materias concretas susceptibles de originar riesgos ciertos que pueden afectar de modo directo y grave a la seguridad de personas y bienes, tomando en consideración, especialmente, 'fenómenos colectivos que implican la aparición de amenazas, coacciones o acciones violentas, con graves repercusiones en el funcionamiento de los servicios públicos y en la vida ciudadana' (exposición de motivos), pero no extiende su regulación a cualquier actividad que pueda tener una relación más o menos remota con la seguridad pública" (FJ 6).

Por su parte, el artículo 129.1 de la LRJPAC dispone que:

"Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una ley, sin perjuicio de lo dispuesto para la Administración local en el título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local."

105. La falta de coincidencia entre el ámbito material de la Ordenanza y la eventual ley de cobertura es el argumento que sirve de base al Tribunal Constitucional para afirmar la vulneración del principio de reserva de ley en el caso Pub Indian, STC 25/2004, de 26 de febrero (ponente: Dª. Elisa Pérez Vera). En concreto, el Tribunal Constitucional entiende que una ordenanza que regula los ruidos y vibraciones no puede hallar cobertura en la Ley orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de protección de la seguridad ciudadana, por referirse a un ámbito material distinto.

106. Ideas que extraemos del concepto definido en la citada STC 25/2004, de 26 de febrero, que recoge el criterio ya defendido, entre muchas otras, en la STC 33/1982, de 8 de junio (ponente: D. Ángel Latorre Segura) (FJ 3), STC 117/1984, de 5 de diciembre (ponente: Dª. G. Begué Cantón) (FJ 4 y 5) o STC 104/1989, de 8 de junio (ponente: D. V. Gimeno Sendra) (FJ 3). A título de ejemplo, el propio Tribunal Constitucional ha incluido en esta concepción estricta de la seguridad pública "actuaciones preventivas y reactivas respecto de las manifestaciones de violencia en determinados espectáculos deportivos" [STC 148/2000, de 1 de junio (ponente: Dª. M. E. Casas Baamonde)], o la protección civil [STC 123/1984, de 18 de diciembre (ponente: D. Luís Díez de Picazo y Conde de León)], mientras que ha excluido de la misma la intervención administrativa en materia de ruidos y vibraciones (la propia STC 25/2004, de 26 de febrero).

En definitiva, apuntamos que aunque los fundamentos legales del artículo 38.1 se refieren a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad, por otra parte, el ámbito material de la Ordenanza se refiere a cuestiones de la convivencia ordinaria, sin que la intervención administrativa tenga por objeto reaccionar ante situaciones extraordinarias o de especial peligro para los bienes objeto de protección. Podría entenderse entonces que, al regular la ocupación del espacio público para el ofrecimiento y demanda de servicios sexuales, la Ordenanza no se refiere a cuestiones de seguridad pública en los términos recogidos por la LOPSC, sino que más bien lo hace a cuestiones relativas a las relaciones de convivencia ordinaria, a la ordenación del tráfico de vehículos y personas en el espacio público o, incluso, a la regulación de los usos del espacio público para la prestación de actividades y servicios.

No obstante, en caso de que se considerase que la Ordenanza encuentra cobertura legal en la LOPSC, porque su ámbito material es coincidente, habría que tener en cuenta que –de acuerdo con una interpretación literal de los artículos 29.2 de la LOPSC y 129.3 de la LRJPAC y salvo que se opte por una interpretación alternativa– la regulación municipal se hallaría vinculada a dicha norma legal en términos de la reserva de ley tradicional o relativa, debiendo respetar, pues, los elementos esenciales del tipo regulados en ella.

5.2.3. Cobertura en la Ley autonómica de la Carta Municipal de Barcelona

La LCMB, norma autonómica de cabecera del ordenamiento del municipio de Barcelona,[107] contiene algunas previsiones relativas a la potestad municipal para tipificar infracciones y sanciones.

En primer lugar, nos referimos al artículo 29, que, en el marco del título III de la LCMB, relativo a la potestad normativa del municipio de Barcelona, establece lo siguiente:

"1. Las ordenanzas deben tipificar exactamente las obligaciones cuyo incumplimiento sea objeto de sanción. Esta tipificación debe limitarse a las materias en las que el Ayuntamiento tiene competencia de acuerdo con la presente Carta o la correspondiente ley sectorial.

"2. Las infracciones se clasifican en leves, graves y muy graves.

"3. El incumplimiento de las prescripciones contenidas en las ordenanzas y disposiciones generales municipales y órdenes individuales es sancionable con una multa municipal. Cuando la ordenanza municipal lo establezca, de acuerdo con la ley o, en su defecto, previo consentimiento de la persona afectada, puede sustituirse la multa pecuniaria por trabajos para la comunidad."

Una primera lectura de este artículo puede hacer pensar que, por él, se habilita al Ayuntamiento de Barcelona a tipificar infracciones y sanciones en cualquier ámbito material en el que el municipio tenga competencia. Admitir esta interpretación implica concebir la potestad sancionadora como una potestad instrumental o implícita a cualquier materia de competencia municipal, sin exigir que una norma con rango legal habilite a la Ordenanza municipal tipificante, en línea con lo defendido por el Tribunal Supremo.[108] Sin embargo, concluir esto supondría pasar por alto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sentada a partir de la STC 132/2001. De acuerdo con dicha jurisprudencia, la tipificación de infracciones y sanciones a través de ordenanza municipal exige que la ley prevea como mínimo los criterios de antijuricidad de las infracciones y las clases de sanciones que habilitan la intervención del municipio. Por tanto, debemos atender tanto a la cobertura de las infracciones como de las sanciones tipificadas en la Ordenanza municipal.

En cuanto a las infracciones, entendemos que el apartado 1 del artículo 29 no fija los criterios mínimos de antijuridicidad de los tipos a regular por ordenanza, puesto que de su redacción no se deriva cuál es el ámbito de lo ilícito-lícito en el que debe moverse la regulación municipal. Entender lo contrario significaría identificar la potestad de tipificar infracciones y sanciones con competencia municipal en una determinada materia, algo que, como se ha visto, no admite –hasta el momento– el Tribunal Constitucional.

En relación con las sanciones, el apartado 3 del mismo precepto prevé la multa como el principal mecanismo sancionador que pueden establecer las ordenanzas del municipio de Barcelona, salvo que se establezca expresamente la sustitución de la multa

107. Sobre este concepto y las relaciones entre las diferentes manifestaciones de la potestad normativa del municipio de Barcelona, ver Galán Galán, A. *La Carta Municipal de Barcelona y el ordenamiento local. El régimen especial del municipio de Barcelona,* Barcelona, Marcial Pons-Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autonòmics i Locals, 2001.

108. Aunque recordamos que el Tribunal Supremo sólo admite esta posibilidad "en algunos supuestos de estricta competencia local" o "competencias nucleares de los entes locales que llevan implícitas potestades de ordenamiento del uso del dominio (o eventualmente de organización de un servicio si es exclusivamente local)". STS de 29 de septiembre de 2003 (FJ 4 y 7). Sobre ello, Jiménez Asensio, R. "Potestad normativa y…", *op. cit.*, p. 68.

por "trabajos para la comunidad". En este caso, el artículo 29 tampoco cumple con las exigencias de la reserva de ley, al limitarse a regular las clases de sanciones, sin determinar la relación entre estas sanciones y la gravedad de los ilícitos.[109]

De acuerdo con lo dicho, aceptar el artículo 29 de la LCMB como cobertura legal suficiente requiere flexibilizar la reserva de ley hasta el punto de hacerla incompatible con la jurisprudencia constitucional vigente. Sólo podría admitirse la cobertura de este artículo si nos situamos en posiciones similares a las de la STS de 29 de septiembre de 2003, entendiendo que las competencias del Ayuntamiento de Barcelona en materia de dominio público y ordenación del espacio público llevan implícitas la tipificación de infracciones y sanciones en este ámbito, sin necesidad de que exista una ley previa que predetermine el contenido de las mismas.

Ante la insuficiencia del artículo 29, se hace necesario atender a otros preceptos de la LCMB que permitan dar cumplimiento a las exigencias del principio de reserva de ley, siempre de acuerdo con su concepción por el Tribunal Constitucional. Nos referimos, pues, a los artículos 128 y 129 de la LCMB, que se incluyen en el capítulo XVI ("Seguridad ciudadana") del título VI ("Competencias municipales"). Por medio del artículo 128.1.b), la LCMB dota al Ayuntamiento de Barcelona de la potestad para "sancionar en las ordenanzas municipales los actos contrarios al orden y seguridad ciudadana en el ámbito de las relaciones de vecindad, respetando los derechos y libertades fundamentales". Por su parte, el artículo 129 de la LCMB le atribuye la competencia para regular mediante ordenanza las conductas constitutivas de infracción grave subsumibles en alguno de los casos enumerados en los apartados a) a g).[110]

En cierto sentido, puede decirse que con estos dos artículos el legislador catalán vino a flexibilizar la reserva de ley para el municipio de Barcelona, antes incluso de que el propio Tribunal Constitucional lo hiciese de manera genérica para todo el ámbito local. Debemos preguntarnos, pues, si estos preceptos legales responden a las exigencias hoy ya conocidas del artículo 25.1 de la CE en relación con las infracciones y sanciones tipificadas en la Ordenanza respecto al ámbito material definido.

En primer lugar, puede admitirse que el artículo 129 de la LCMB vendría a contener los criterios mínimos de antijuridicidad que debe respetar el Ayuntamiento de Barcelona a la hora de regular en la Ordenanza las infracciones en materia de seguridad ciudadana, puesto que este precepto prevé unos supuestos genéricos de infracciones sobre los que se desarrollará la regulación municipal.[111] No obstante, ninguno de los dos preceptos aducidos (ni el 128 ni el 129 de la LCMB) contiene las sanciones que podrá prever el municipio de Barcelona en sus ordenanzas, ni mucho menos una graduación o clasificación de aquéllas en función de la gravedad de las infracciones.

5.2.4. Cobertura en la Ley estatal del régimen especial del municipio de Barcelona

La LREMB ha venido a completar la regulación del régimen especial de Barcelona, en la medida en que delimita el ámbito de actuación de dicho municipio en una serie de sectores materiales de competencia estatal, añadiéndose así al tramo autonómico del régimen especial que ya se hallaba regulado por la LCMB.

109. Recordamos que la jurisprudencia constitucional exige que la norma con rango de ley prevea "una relación de las posibles sanciones que cada ordenanza municipal puede predeterminar en función de la gravedad de los ilícitos que ella misma tipifica" (STC 132/2001, FJ 6).

110. El artículo 129 dispone que:

"El Ayuntamiento de Barcelona regula, mediante ordenanza municipal, las conductas constitutivas de infracción administrativa grave siguientes:

"a) Producir desórdenes y daños graves a personas y bienes de dominio público, espacios o establecimientos públicos, si no constituyen delito.

"b) Practicar, en la vía pública, toda clase de juegos de azar no autorizados, con finalidad lucrativa o mediante apuesta.

"c) Poseer animales que pueden causar alarma, molestias y daños a las personas, sin haber obtenido las correspondientes autorizaciones, de acuerdo con los requisitos que se establezcan por reglamento, y sin dar cumplimiento a las condiciones de seguridad e higiene exigibles. El abandono de animales debe sancionarse de acuerdo con lo establecido en la Ley 3/1998, de 20 de abril, de protección de los animales.

"d) Realizar actos y producir alborotos como consecuencia de conductas incívicas, vandálicas o debidas a embriaguez en la vía pública, o en instalaciones y bienes de dominio público, siempre y cuando no constituyan delito. Cuando estos actos se produzcan en el exterior de locales de concurrencia pública, la ordenanza debe regular la responsabilidad de los propietarios de los establecimientos.

"e) Tener comportamientos incívicos, de contenidos xenófobos, racistas y sexistas.

"f) Hacer comercio ambulante, limpieza de cristales y otras actividades en la vía pública sin permiso.

"g) Vender productos alcohólicos y tabaco a menores."

111. La predeterminación legal va, en este caso, más allá incluso de las exigencias mínimas de la STC 132/2001, que impone únicamente unos "criterios orientadores". En atención a la jurisprudencia constitucional, podría plantearse incluso un exceso regulatorio de la LCMB en la medida en que va más allá de esos criterios orientadores, estableciendo lo que son verdaderos tipos genéricos de infracciones.

112. Recordamos que su publicación tuvo lugar el 14 de marzo de 2006 y que la disposición transitoria 4 de la LREMB retrasa su entrada en vigor hasta los tres meses de su publicación (lo que será el 14 de junio de 2006). Por su parte, la Ordenanza de convivencia de Barcelona entró en vigor el 25 de enero de 2006.

Antes de entrar en el contenido material de la regulación de esta ley, advertimos una singularidad respecto al resto de eventuales normas de cobertura que hemos tomado en consideración: la LREMB entró en vigor después de que lo hubiera hecho la Ordenanza de convivencia.[112] En consecuencia, debemos preguntarnos en qué medida las infracciones y sanciones tipificadas en una ordenanza pueden hallar cobertura legal en una ley cuya fecha de entrada en vigor es posterior a la de dicha ordenanza. Advirtiendo que la respuesta a esta cuestión requiere un análisis más exhaustivo, a priori parece claro que el artículo 25.1 de la CE impide entender que la LREMB pueda amparar las sanciones interpuestas en aplicación de la Ordenanza con anterioridad a la vigencia de la LREMB, puesto que no cabe la posibilidad de sancionar a una persona por acciones u omisiones que, en el momento de producirse, no constituyan infracciones según la legislación vigente entonces. Cuestión distinta es si pueden hallar cobertura en la LREMB las sanciones por acciones u omisiones cometidas con posterioridad a la aprobación de dicha ley. La duda surge aquí no tanto en relación con el plano aplicativo de la potestad sancionadora, sino con el normativo, puesto que, si bien en el momento de producirse la acción u omisión, ya existe la tipificación de la infracción y la sanción por la Ordenanza, el problema sigue siendo que la Ordenanza se aprobó sin que una ley la habilitase a ello.[113]

Al margen de esta cuestión de carácter general, la variable temporal juega también para contextualizar los concretos preceptos de la LREMB que entran en juego en el caso aquí analizado. En este sentido, lo que sí parece claro es que el legislador estatal tuvo presente la Ordenanza de convivencia (y la necesidad de reforzar su cobertura legal en algunos puntos) a la hora de regular esta parte del régimen especial municipal. No en vano el debate final de la Ordenanza en el Ayuntamiento de Barcelona coincidió en el tiempo con la discusión del articulado de la LREMB en las Cortes Generales. Así, puede concluirse del examen del procedimiento de tramitación del artículo 30 (al que luego nos referiremos), que es fruto de la aprobación de una enmienda transaccional, que tiene su origen en una serie de enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario Popular, en cuya defensa se llegó a alegar la necesidad de dotar a la Ordenanza de convivencia de la "cobertura jurídica" necesaria en aspectos como "la prostitución, los *topmanta* o los limpiacristales".[114]

Hechas estas consideraciones previas y entrando ya en el contenido material de la LREMB, cabe decir que ésta no contiene, en su articulado, ninguna alusión específica a la convivencia ciudadana. Sin embargo, sí se refiere a la tipificación de infracciones y sanciones por ordenanza al regular las competencias del Ayuntamiento de Barcelona en materia de "seguridad ciudadana" (capítulo VI del título II). En este sentido, es de especial interés –de ahí su reproducción literal– lo dispuesto por el artículo 30 de la LREMB:

"1. Corresponde al Ayuntamiento de Barcelona colaborar con las administraciones competentes en la prevención, mantenimiento y restablecimiento de la seguridad ciudadana, y tratar de garantizarla en lo referente a aquellos actos que ocasionen molestia social o daños sobre bienes y personas en la vía pública, sin perjuicio de las competencias que en esta materia le atribuye la Ley de Cataluña 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona, y demás legislación vigente.

"2. Las ordenanzas municipales podrán considerar como infracción administrativa tanto la prestación de servicios como el suministro de bienes en el espacio público sin licencia municipal como la demanda o adquisición de tales servicios o bienes. En garantía del cumplimiento de las ordenanzas, los agentes de la autoridad podrán decomisar los útiles, género y dinero, en su caso, objeto de la infracción administrativa.

"3. En la imposición de sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las ordenanzas por resolución motivada del órgano que resuelva el expediente sancionador, se podrá sustituir la sanción económica por trabajos en beneficio de la comunidad, la asistencia obligatoria a cursos de formación, a sesiones individualizadas o cualquier otra medida alternativa que tenga la finalidad de sensibilizar al infractor sobre cuáles son las normas de conducta en el espacio urbano o reparar el daño moral de las víctimas."

A través de este artículo, el Estado atribuye al Ayuntamiento de Barcelona competencia en materia de

113. Una reflexión sobre este mismo problema, pero en relación con la convalidación de las ordenanzas anteriores a la introducción del título XI de la LBRL, puede verse en Doménech Pascual, G. "La tipificación de infracciones…", *op. cit.*, p. 19 y ss.

114. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, VIII legislatura, 141, de 22 de diciembre de 2005. Sesión plenaria 133, de aprobación del dictamen de la Comisión de Administraciones Públicas. Ver la intervención del representante del Grupo Parlamentario Popular, p. 7151-7152. La aprobación de esta enmienda transaccional es la que permitió que el Partido Popular votase a favor el texto final de la LREMB, aprobándose así por consenso. Sobre esta cuestión Jiménez Asensio, R. "Seguretat ciutadana", en Font Llovet, T. y Jiménez Asensio, R. (coord.). *La "Carta Municipal" de Barcelona: deu estudis.* Barcelona, Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autonòmics i Locals-Marcial Pons, 2007, p. 257-273.

seguridad ciudadana para evitar "actos que ocasionen molestia social o daños sobre bienes y personas en la vía pública". Expresión que nos lleva de nuevo a la finalidad de proteger la convivencia (frente a la "molestia social") y el espacio público (ante daños a personas o bienes que se hallen en él). Adicionalmente, esta atribución competencial del Estado al municipio de Barcelona en materia de seguridad ciudadana plantea la necesidad de deslindar con mayor claridad la distribución de competencias en esta materia, puesto que, como es consciente el propio legislador estatal, también la Ley 22/1998 atribuye competencias a la capital catalana en esta materia.

El párrafo 2 del artículo 30 de la LREMB reconoce la potestad del Ayuntamiento de Barcelona para tipificar infracciones por medio de ordenanza y establece unos criterios que éste debe seguir en el ejercicio de dicha potestad. Así, las infracciones que tipifiquen las ordenanzas municipales en materia de "seguridad ciudadana" deberán referirse a supuestos como la "prestación de servicios o el suministro de bienes sin licencia municipal" o a "la demanda o adquisición de tales servicios o bienes", siempre "en el espacio público". Esta previsión viene a cumplir la jurisprudencia constitucional de la reserva de ley en relación con las infracciones, ya que establece los criterios mínimos de antijuridicidad de las infracciones que podrán tipificar las ordenanzas municipales, el "umbral de lo ilícito"[115] sobre el que podrá actuar el municipio.

En el ámbito de las sanciones, no existe un catálogo explícito de las sanciones a regular por las ordenanzas municipales. Sin embargo, el apartado 3 del artículo 30 prevé la posibilidad de que el órgano administrativo competente apruebe medidas alternativas a la sanción económica, cuya finalidad es, además de la propiamente punitiva, la de sensibilizar al infractor sobre la convivencia en el espacio público.[116] Por otra parte, sí puede considerarse una novedad la inclusión en el artículo 30.2 *in fine* de la LREMB del decomiso de bienes objeto de la infracción administrativa, que hasta el momento debía buscar dicha cobertura en la legislación sectorial. Sin embargo, no existe graduación alguna de las sanciones a imponer; lo que supone admitir la habilitación municipal para regular las sanciones únicamente si se acepta que la reserva de ley no exige necesariamente su graduación legal en función de los ilícitos.

Si admitimos que la LREMB cumple con las exigencias mínimas del principio de reserva de ley en los términos de la STC 132/2001, quedará por contrastar si efectivamente la tipificación de las infracciones y sanciones contenidas en la Ordenanza municipal respeta los criterios establecidos por la LREMB. Una respuesta afirmativa a este interrogante supone entender que las infracciones tipificadas por los artículos 39 y 40 de la Ordenanza se refieren a conductas subsumibles en la "prestación de servicios en el espacio público sin licencia municipal" o bien a la demanda de los mismos. Sin que podamos entrar ahora a analizar con detalle dicha adecuación, sí queremos apuntar que el tenor literal de esta expresión parece estar pensado para otro tipo de actividades que sí regula la Ordenanza, como las diversas formas de mendicidad (artículos 34 a 37), comercio ambulante no autorizado (artículos 49 a 52), otras actividades no autorizadas (como tarot, videncia…, artículos 53 a 56) y especialmente para dar cobertura legal al uso del decomiso por los agentes de la autoridad municipal. A diferencia de los casos anteriores, cuando la Ordenanza tipifica, en determinados casos, el ofrecimiento, la solicitud, la negociación y la aceptación de servicios sexuales en el espacio público, no lo hace atendiendo al requisito o no de licencia,[117] sino a otras cuestiones como la compatibilidad o no de los diferentes usos del espacio público o la proximidad de dichas prácticas a los centros escolares. Por su parte, en el caso de la conducta del artículo 39.3 (mantener relaciones sexuales en el espacio público) la prohibición, y consiguiente infracción, se condiciona a la existencia de retribución, lo que podría interpretarse como la necesidad de probar una relación comercial.

5.2.5. Cobertura en la Ley de bases de régimen local

A los efectos de identificar la cobertura de las infracciones y sanciones tipificadas en los artículos 39 y 40 de la Ordenanza, interesa destacar el alcance de algunas previsiones de la LBRL: el artículo 4.1.f), el 25 y principalmente el título XI, que ya hemos analizado con carácter más general y que ahora aplicamos al caso concreto.

Como ya hemos dicho, según el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, la atribución al municipio por el artículo 4.1.f) de la LBRL de la potestad

115. La expresión es de BELLO PAREDES, S.A. "Las ordenanzas locales…", *op. cit.,* p. 182-183.

116. En cualquier caso, recordemos que el establecimiento de estas sanciones ya estaba previsto también de manera genérica por la LCMB.

117. Algo que, por el contrario, sí ha hecho, como hemos visto y puesto en duda, la Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana del municipio de Sant Antoni de Portmany. No obstante, como es obvio, ninguna cobertura puede hallar dicha ordenanza en la LREMB –ley especial de aplicación exclusiva al municipio de Barcelona.

sancionadora no le dota por sí mismo de la habilitación legal suficiente para tipificar infracciones y sanciones en una materia determinada, sino que simplemente cumple un aspecto concreto de la triple reserva legal.[118] Faltará, pues, que una ley prevea la predeterminación de las infracciones y las sanciones que puede tipificar el municipio, en los términos que hemos venido examinando.

Una segunda vía para afirmar la cobertura legal de la regulación expuesta podría ser la del artículo 25 de la LBRL. Como ya hemos analizado con carácter general, la jurisprudencia constitucional no admite como cobertura suficiente en materia sancionadora "la genérica referencia a las competencias municipales sobre determinadas materias".[119] Tal y como ha explicado la doctrina, utilizar la competencia municipal en la materia como criterio para garantizar el cumplimiento de la reserva de ley supone confundir dos categorías jurídicas distintas: la competencia y el poder tipificador. "Una cosa es distribuir materias públicas entre distintos órganos o entes (competencia) y otra determinar cuándo un órgano público (administrativo o judicial) puede imponer sanciones a los ciudadanos. De manera que no a toda atribución de competencia tiene que ir anudado el poder sancionador. Eso habrá de decidirse singularmente y, siempre, mediando ley."[120] No obstante, no faltan autores que han defendido la operatividad de la cláusula general de competencias del artículo 25.1 de la LBRL como habilitación legal al ejercicio la potestad sancionadora municipal, aunque, en su caso, eso sólo sería posible para el ámbito de la tipificación de infracciones, quedando fuera todavía la cobertura de las sanciones.[121]

Ante la insuficiencia de los artículos 4.1.f) y 25 de la LBRL, debemos recurrir al título XI de la LBRL, que, como sabemos, se dedica específicamente a la "Tipificación de infracciones y sanciones por las entidades locales en determinadas materias". Ya hemos dicho que, a través de sus tres artículos, este título da cumplimiento a la doctrina constitucional establecida a partir de la STC 132/2001. Por tanto, no es necesario reiterar que la LBRL contiene los criterios mínimos de antijuridicidad de las infracciones (artículo 140 de la LBRL) y los tipos de sanciones (artículo 141 de la LBRL), que deberán ser respetados por la regulación municipal. Sabido esto, el cumplimiento del artículo 25.1 de la CE exige comprobar también que la tipificación hecha por la Ordenanza se adecua a lo establecido por el propio título XI.

En primer lugar, tal y como se deriva del artículo 139 de la LBRL, la Ordenanza deberá tener por objeto la regulación de las "relaciones de convivencia de interés local" o del "uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos". El amplio alcance material de estas expresiones, que ya ha sido puesto de manifiesto por la doctrina en términos diversos,[122] permite dar entrada a la regulación del uso del espacio público para el ofrecimiento y demanda de servicios sexuales, en la medida en que tiene por finalidad la protección de la "vialidad del tránsito en lugares públicos, de la convivencia, de los menores y de determinados colectivos" (artículo 38 de la Ordenanza). De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la flexibilización de la reserva de ley es posible fruto de la existencia de un interés local en la materia. En este sentido, parece que si el único fundamento de la infracción fuese la protección de los derechos de los menores o bien la explotación de los colectivos que ejercen el trabajo sexual, se haría necesaria una mayor justificación del específico interés local en la materia, puesto que se afectan competencias que son propias de otros entes territoriales (fundamentalmente la comunidad autónoma). Es, por ello, que la Ordenanza fundamenta su regulación en la ocupación del espacio público y la protección de la convivencia, para poder así verse amparada por el ámbito material previsto en el artículo 139 de la LBRL.

En segundo lugar, para que la tipificación municipal encuentre cobertura en la LBRL debe hacerse en "defecto de normativa sectorial específica". Al respecto nos remitimos a lo analizado *supra* respecto a la posibilidad de que la tipificación de infracciones y sanciones en la ordenanza de convivencia halle

118. Nieto García, A. *Derecho administrativo…*, *op. cit.*, p. 260-261. Se refiere a la reserva trinitaria de la LRJPAC, que exige la reserva de ley de la atribución de la potestad, la de la tipificación de infracciones y la de la tipificación de sanciones.

119. En términos de la STS de 29 de mayo de 1998 (ponente: Excmo. Sr. Fernando Martín González) (RJ 1998/5457).

120. Velasco Caballero, F. y Díez Sastre, S. "Ordenanzas municipales…", *op. cit.*, p. 52.

121. Carro Fernández-Valmayor, J.L. "Sobre la potestad sancionadora municipal", *op. cit.*, p. 139-140.

122. A la crítica ya comentada de Nieto García acerca de la amplitud de esta expresión (*Derecho administrativo…*, *op. cit.*, p. 342), cabe añadir otras consideraciones que este precepto ha suscitado ya entre la doctrina. Por su parte, J. Hernández López defiende que los términos empleados "tienen la virtud de ser precisos y amplios a la vez", puesto que permiten incluir el núcleo de decisiones propias de los entes locales y adaptarse a los hábitos cambiantes de la sociedad ("Sobre la nueva potestad sancionadora…", *op. cit.*, p. 44-45). En cambio, Velasco Caballero y Díez Sastre (en *op. cit.*, p. 59-60) hablan de que esta nueva regulación supone una cobertura legal genérica para todas las ordenanzas municipales y critican especialmente los criterios mínimos de antijuridicidad del artículo 140 de la LBRL por ser "tan amplios y comprensivos que abarcan todos los ámbitos de la actividad municipal", de tal manera que pueden llegar a "dejar vacía de contenido la exigencia de la reserva de ley del artículo 25.1 de la CE".

cobertura en la legislación sectorial en materia de seguridad ciudadana. Sólo en su defecto, entrará en juego el título XI de la LBRL, con las salvedades ya explicadas que supone la existencia del régimen especial del municipio de Barcelona. Subsumida la regulación municipal en el ámbito material del 139 de la LBRL, cada una de las infracciones y sanciones tipificadas por la Ordenanza deberá respetar los límites del 140 y 141 de la LBRL.

En relación con las infracciones, la exigencia de la reserva de ley se traduce en que el tipo establecido por la Ordenanza responda a alguno de los criterios orientadores que establece el artículo 140 de la LBRL. Para ello, habrá que diferenciar entre las infracciones muy graves, cuyos criterios vienen regulados en el 140.1 de la LBRL, y las graves y leves, previstas en el 140.2 de la LBRL.

A los efectos del ámbito material aquí analizado, nos interesa ahora comentar el apartado a) del artículo 140.1 de la LBRL en relación con las infracciones muy graves.[123] La primera exigencia derivada de este apartado[124] es que el tipo regulado debe referirse a una *perturbación*, es decir, una acción que supone un trastorno efectivo, una vulneración real de los valores protegidos.[125] En consecuencia, dicha previsión parece referirse exclusivamente a infracciones de resultado, dejando al margen las situaciones de riesgo o peligro de perturbación. A pesar de que se ha defendido que esta previsión habilita a los entes locales a regular también el peligro o riesgo de grave perturbación como infracción administrativa a través de sus ordenanzas,[126] creemos que existen también argumentos para abogar por una interpretación restrictiva del término en cuestión según la cual sólo se admita la perturbación efectiva. Así, cuando el legislador ha querido incluir las situaciones de riesgo lo ha hecho expresamente, como en el caso del Reglamento de servicios de las corporaciones locales.[127] Además, en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador rige la prohibición de interpretaciones extensivas, debiéndose optar siempre por las menos limitativas de derechos.

De igual modo, el criterio del 140.1.a) de la LBRL exige que esta perturbación se produzca en el ámbito de la "convivencia", que entendemos aquí en un sentido amplio, como en el ámbito de las relaciones con los demás. La afectación sobre dicha convivencia debe ser "grave, inmediata y directa", teniendo por tanto consecuencias efectivas y reales sobre el bien jurídico protegido. Asimismo, esta perturbación debe operar sobre unos ámbitos concretos, que se identifican con la "tranquilidad, salubridad y ornato públicos", así como "el ejercicio de derechos legítimos de otras personas" o el "normal desarrollo de actividades de toda clase conformes con la normativa aplicable".[128] De conformidad con la aplicación preferente de la legislación sectorial, se excluyen expresamente del amparo otorgado por el 140 de la LBRL las conductas subsumibles en la LOPSC, importante exclusión sobre la que nos referiremos de nuevo más adelante.

Por otra parte, es también pertinente atender al contenido de los apartados e) y f), que se refieren a los criterios orientadores para tipificar infracciones en relación con el uso del espacio público. El apartado e) prevé el "impedimento del uso de un espacio público por otra u otras personas con derecho a su utilización". En este caso, el bien jurídicamente protegido es el derecho a usar un espacio público. La conducta descrita ("impedimento") ha sido asimilada al tipo penal de coacción.[129] En consecuencia, se exige que quien cometa esa conducta no esté legítimamente autorizado a realizarla, que tenga un contenido material de vía física o intimidatoria y de intensi-

123. El artículo 39 de la Ordenanza barcelonesa tipifica como infracción muy grave "mantener relaciones sexuales mediante retribución en el espacio público" y el artículo 40.1 en relación con el 79.1.d) hace lo propio en relación con la infracción de desobediencia a la autoridad.

124. Dicho apartado prevé que serán muy graves las infracciones que supongan "una perturbación relevante de la convivencia que afecte de manera grave, inmediata y directa a la tranquilidad o al ejercicio de derechos legítimos de otras personas, al normal desarrollo de actividades de toda clase conformes con la normativa aplicable o a la salubridad u ornato públicos, siempre que se trate de conductas no subsumibles en los tipos previstos en el capítulo IV de la Ley orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de protección de la seguridad ciudadana".

125 HERNÁNDEZ LÓPEZ, J. "Sobre la nueva potestad sancionadora…", *op. cit.*, p. 46.

126 Y ello, de conformidad con dos argumentos principales: primero, porque también deben incluirse las situaciones en las que existe voluntad de causar la perturbación aunque ésta no llegue a producirse efectivamente; segundo, porque aunque dicho apartado no permitiese esa regulación estaríamos ante un caso de falta de tipificación por ley que vendría amparado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en términos de su sentencia de 29 de septiembre de 2003. HERNÁNDEZ LÓPEZ, J. "Sobre la nueva potestad sancionadora…", *op. cit.*, p. 47.

127. El artículo 1 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales (aprobado por el Decreto de 17 de junio de 1955) establece que:

"Los ayuntamientos podrán intervenir la actividad de sus administrados en los siguientes casos: 1º En el ejercicio de la actividad 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."

128. Crítico con la redacción del artículo 140.1.a) de la LBRL en este punto, LASAGABASTER HERRATE, I. "La potestad sancionadora local…", *op. cit.*, p. 168-170.

129. HERNÁNDEZ LÓPEZ, J. "Sobre la nueva potestad sancionadora…", *op. cit.*, p. 50.

dad necesaria para lograr el fin, que se hubiese impedido el uso efectivamente. Además, afectará a las "personas con derecho a utilización", lo que supone incluir tanto el uso común general del dominio público como el uso especial.[130]

En cuanto al artículo 140.1.f) de la LBRL, contiene los criterios mínimos de antijuridicidad en relación con la protección del "espacio público o cualquiera de sus instalaciones y elementos", pudiendo ser calificadas como muy graves las infracciones que se refieran a un acto de "deterioro grave y relevante" de los mismos y siempre que no sean "derivados de alteraciones de la seguridad ciudadana". Este último requisito viene, pues, a completar la exclusión del ámbito de aplicación de la LOPSC prevista en el último inciso del apartado a).

Si aplicamos todas estas consideraciones al caso concreto, debemos entender, en primer lugar, que el artículo 39.3 de la Ordenanza está tipificando la conducta "mantener relaciones sexuales mediante retribución en el espacio público" en la medida en que se concibe como una perturbación de la convivencia que afecta directamente a la tranquilidad, la salubridad o a los derechos de los demás, o bien como un impedimento del uso del espacio público o, en su caso, como un deterioro grave y relevante del mismo. Como hemos dicho ya, la pluralidad de fundamentos jurídicos que recoge el artículo 38 (protección de los menores, de determinados colectivos que pueden ser objeto de explotación y de la ordenación del tránsito público y la convivencia en general) facilita su incardinación en alguno de los supuestos antes descritos. No obstante, en nuestra opinión, el artículo 140 de la LBRL admite sólo la tipificación de infracciones que supongan una perturbación efectiva (relevante e inmediata) sobre el bien jurídico protegido. En consecuencia, la cuestión principal residirá, pues, en delimitar en qué medida dicha conducta supone una perturbación *relevante* al derecho de los ciudadanos a la tranquilidad, o al derecho de los menores a ser preservados de la exhibición de prácticas sexuales. Esta misma dificultad para determinar la relevancia de la conducta puede predicarse del criterio establecido en el apartado f) del artículo 140.1 de la LBRL.[131]

Por otra parte, el encaje de la conducta del 39.3 en el "impedimento del uso del espacio público" pasa por entender que mantener relaciones sexuales en el espacio público restringe el uso del espacio público a los ciudadanos que tienen derecho a usarlo. Sin embargo, si realmente lo que quiere es proteger el espacio público, parece que, en atención a los criterios del 140 de la LBRL y a la intensidad de las consecuencias jurídicas, debía haberse incluido una exigencia similar a la prevista en el artículo 39.1 ("que estas prácticas excluyan o limiten la compatibilidad de los diferentes usos del espacio público").

En cuanto a las infracciones graves y leves, el artículo 140.2 de la LBRL define los bienes jurídicos protegidos (tranquilidad, ejercicio pacífico de derechos, salubridad y ornato públicos, uso de un servicio o espacio público, funcionamiento de un servicio público) y los criterios de graduación de la infracción: la intensidad de la perturbación o el daño a dichos bienes.

En relación con la infracción del artículo 39.2 de la Ordenanza (que se califica como leve),[132] creemos que es dudoso admitir que dicha infracción proteja la vialidad en lugares de tránsito público o el uso del espacio público por personas con derecho a utilizarlo, puesto que no se exige aquí la nota de que estas prácticas "excluyan o limiten la compatibilidad de los diferentes usos del espacio público", sino que el desvalor de la conducta se deriva simplemente de desarrollar dichas conductas en un espacio determinado (a menos de doscientos metros de los centros educativos). En consecuencia, este tipo infractor parece vincularse directamente con el fundamento previsto en el artículo 38.1 de la Ordenanza que se persigue "preservar a los menores de la exhibición de prácticas de ofrecimiento o solicitud de servicios sexuales en la calle".[133] En este sentido, parece, en su caso, la infracción debería enmarcarse en el criterio de la "perturbación ocasionada en el pacífico ejercicio de los derechos de otras personas" [artículo 140.2.a) de la LBRL], entendiendo que lo que se perturba son derechos de los menores. El problema residirá, a nuestro parecer, en si inciden aquí verdaderos "derechos" de los menores.[134]

Finalmente, la habilitación legal debe extenderse también a las sanciones. En este sentido, las sancio-

130. *Idem.*

131. No obstante, aun admitiendo que exista dicha relevancia, las críticas pueden venir de la mano del juicio de idoneidad o necesidad de la medida (en el marco del principio de proporcionalidad), puesto que la definición del tipo no parece la más adecuada al bien jurídico protegido; ¿hasta qué punto la nota de la retribución supone una mayor perturbación de la convivencia o la tranquilidad de los vecinos, o incluso, de los derechos de los menores? Es más, las relaciones sexuales en el espacio público que no estén retribuidas quedarán sin sanción, sin que, a nuestro juicio, exista un grado de perturbación a la convivencia o a la tranquilidad distinto al existente si media dicha retribución.

132. Recordamos que se refiere al "ofrecimiento, solicitud, negociación o aceptación de servicios sexuales retribuidos en espacios públicos situados a menos de doscientos metros de distancia de centros docentes o educativos en los que se impartan enseñanzas del régimen general del sistema educativo".

nes impuestas por la Ordenanza municipal deberán respetar los criterios del 141 de la LBRL. De acuerdo con su regulación, sólo encontrarán cobertura legal en este precepto las sanciones económicas y siempre dentro de los límites cuantitativos establecidos en función de la gravedad de los ilícitos (hasta 3.000 euros las muy graves, hasta 1.500 las graves y hasta 750 las leves). En el ámbito aquí analizado, no existen objeciones al respecto, ya que todas las infracciones previstas son castigadas con multas, cuyas cantidades respetan los límites cuantitativos de la LBRL.

5.2.6. Cobertura en el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña

El Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña (en adelante, LMRLC), atribuye a los entes locales catalanes la potestad sancionadora, a través de su artículo 8.1.f). Como ya hemos expuesto en relación con la LBRL, dicha previsión –idéntica a la del artículo 4.1.f) de la LBRL– es cobertura legal insuficiente para habilitar la potestad normativa en el ámbito sancionador local, de acuerdo con la vigente jurisprudencia constitucional relativa al principio de reserva de ley.

No obstante, el artículo 237 de la LMRLC sí se refiere a la tipificación de infracciones y sanciones por medio de ordenanza, aunque remite la concreta habilitación legal a lo que establezca la legislación sectorial; remisión que no supone, por tanto, cobertura adicional alguna. Este precepto no establece, pues, ninguna predeterminación normativa de las infracciones y sanciones en los términos definidos por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, el apartado 3 sí prevé que, en defecto de previsión legal distinta, podrán establecerse multas por infracción de las ordenanzas locales en unas determinadas cuantías máximas, de conformidad con los tramos poblacionales establecidos también al efecto.[135] En cualquier caso, creemos que la previsión de la LMRLC respecto a las sanciones no sirve tampoco para dar cumplimiento a la interpretación que del artículo 25.1 de la CE hace hoy el Tribunal Constitucional, ya que no contiene un catálogo de las sanciones que puede establecer el municipio graduadas en función de la antijuridicidad de los ilícitos, al limitarse exclusivamente a atender a la variable poblacional.

6. Consideraciones finales

El análisis que acabamos de realizar acerca de la cobertura legal de las infracciones y sanciones tipificadas por la Ordenanza de convivencia del municipio de Barcelona en el ámbito de la prostitución ejercida en el espacio público pone de manifiesto algunas cuestiones que creemos deben tenerse en cuenta para intervenciones que puedan plantearse en este sentido en el futuro.

En primer lugar, no podemos obviar algunas reflexiones respecto al tema de fondo que ha servido de base para el análisis de la articulación entre la reserva de ley y la potestad sancionadora municipal y que no es otro que el fenómeno de la prostitución. A este respecto, partimos de lo que aquí ha quedado constatado: la escasa atención que el Derecho Administrativo presta a este tema en el ordenamiento español. Desde una posición abolicionista, el legislador estatal ha limitado sus actuaciones al ámbito penal, desarrollando medidas represivas contra la explotación sexual y el tráfico de menores, dejando en manos del tercer sector la atención de los problemas sociales y en manos de los municipios la respuesta a las demandas ciudadanas de protección de la convivencia ciudadana.

Sin embargo, en nuestra opinión, la prostitución es algo más que un problema de convivencia ciudadana y cuyo complejo abordaje compete a alguien más que a los municipios en exclusiva. No puede dejarse su regulación bajo la única responsabilidad de los municipios, que carecen de competencias y recursos para afrontar el tema de un modo global. La eficacia de las acciones locales se limita al ámbito territorial de su término municipal, con lo que, en muchas ocasiones,

133. Nótese que al definir este derecho, la Ordenanza no se refiere al carácter retribuido de los servicios sexuales. En consecuencia, si lo que se quiere proteger es el derecho de los menores a no ver unas *determinadas* prácticas ¿por qué se prohíben sólo *esas* prácticas cuando sean retribuidas? Desde otra perspectiva, ¿qué mayor atentado contra los derechos de los menores existe en ofrecer, solicitar, negociar o aceptar servicios sexuales en el espacio público si media retribución que cuando ésta no existe?

134. Esta es una cuestión que se plantea también en el marco de otros sectores regulados por la Ordenanza de convivencia de Barcelona, que, al establecer los diferentes fundamentos legales, se refiere en múltiples ocasiones a determinados derechos de los vecinos (por ejemplo, artículo, 19.1, derecho a disfrutar del paisaje urbano de la ciudad, artículo 34.1, derecho a transitar por la ciudad sin ser molestado o perturbado en su voluntad...).

135. El artículo 237.3 de la LMRLC establece que:

"Si las leyes no establecen un régimen sancionador específico, pueden imponerse multas por infracción de las ordenanzas locales, las cuales no pueden exceder de 1.803,04 euros en municipios de más de 250.000 habitantes, de 901,52 euros en los de 50.001 a 250.000 habitantes, de 450,76 euros en los de 20.001 a 50.000 habitantes, de 300,51 euros en los de 5.001 a 20.000 habitantes, y de 150,25 euros en el resto de municipios."

Cabe advertir que, tras la incorporación del nuevo título XI de la LBRL, estas cuantías no se ajustan a lo dispuesto por la legislación básica.

simplemente desplazan el problema al municipio colindante, sin afectar a sus causas.

En este contexto, mientras la intervención pública en esta materia quede bajo la responsabilidad de los municipios, se hace necesaria una advertencia genérica, derivada del caso que aquí hemos tratado. La especialidad del régimen jurídico de Barcelona y el propio carácter contingente de la convivencia ciudadana impiden el traslado automático de la regulación realizada por la capital catalana a otros municipios. Como hemos visto, el municipio de Barcelona goza de un régimen jurídico especial, que le dota a su vez de una cobertura legal específica, de la que carecen el resto de municipios.[136] En definitiva, goza de una habilitación legal propia en ámbitos como la seguridad ciudadana, que modula con un perfil diferenciado sus competencias y potestades. En este sentido, regulaciones como la adoptada por Barcelona en relación con la prostitución en el espacio público responden a las necesidades propias de la convivencia en dicho municipio, pero además tienen una cobertura legal "reforzada", derivada de su régimen especial, que no es predicable de otros municipios.

Hecha esta primera consideración de tipo genérico, para concluir, queremos dejar constancia de otra cuestión que se deriva del caso analizado. La articulación (desde el punto de vista material) de las diferentes coberturas legales que pueden entrar en juego pone de relieve la necesidad de delimitar más claramente tres conceptos frecuentemente interconectados entre sí: convivencia, seguridad ciudadana y uso del espacio público.

Como venimos reiterando, la legislación que regula el régimen especial de Barcelona, tanto en su parte estatal (LREMB) como en su parte autonómica (LCMB), sitúa en el capítulo de las competencias dedicadas a la *seguridad ciudadana* el tratamiento de gran parte de las cuestiones reguladas por la Ordenanza municipal de medidas para fomentar y garantizar la *convivencia* en el espacio público. Por su parte, el título XI de la LBRL se refiere a la posibilidad de que los entes locales tipifiquen infracciones y sanciones, entre otras materias, para la ordenación de sus "relaciones de *convivencia* de interés local" y "el uso del espacio público". Sin embargo, al desarrollar los criterios mínimos a los que debe ajustarse dicha ordenación municipal, el artículo 140 de la LBRL excluye de manera expresa las conductas que, a pesar de suponer perturbaciones de la *convivencia*, puedan subsumirse en las infracciones de la Ley orgánica 1/1992, de protección de la seguridad ciudadana, quedando también excluidos del ámbito de aplicación de la LRBL los deterioros del *espacio público* que se deriven de "alteraciones de la *seguridad ciudadana*".[137]

La distinción no es baladí, puesto que, como hemos visto, si la conducta se incardina en la LOPSC, la reserva de ley sancionadora puede tener un alcance más estricto (coincidente con la tradicional reserva relativa) que si se incluye en los criterios del título XI de la LBRL (donde el legislador básico ha realizado una clara flexibilización de dicho principio). Asimismo, si entendemos que la seguridad ciudadana responde a un ámbito material distinto al de la Ordenanza de convivencia, teniendo en cuenta la jurisprudencia constitucional, ninguna de las previsiones legales dictadas al amparo de la competencia en seguridad ciudadana podría habilitar al municipio de Barcelona a tipificar infracciones y sanciones.

Habida cuenta de la relevancia práctica de que se hable de "relaciones de convivencia" o bien de "seguridad ciudadana", creemos que se hace necesaria una reflexión acerca del contenido de estos conceptos, que en ningún caso se hallan definidos de un modo expreso en nuestro Derecho positivo. Sin poder entrar ahora a dar una respuesta definitiva, sí queremos apuntar algunos presupuestos de partida para dicho debate.

En primer lugar, cualquier definición de la convivencia debe partir, a nuestros efectos, de su concepción como un término de carácter jurídico. Es decir, hablar de convivencia significa hablar de unas reglas o normas sociales aceptadas por la comunidad, pero es necesario que estas normas formen parte del ordenamiento jurídico. Así, la convivencia ciudadana, en un sentido amplio, vendría a incluir todo aquel comportamiento tendente a cumplir con las leyes, respetando los derechos de los demás.

En segundo término y muy ligado a esta definición amplia que acabamos de proponer, la convivencia ciudadana, tal y como está siendo concebida en las diversas ordenanzas municipales, parece entroncar con la idea tradicional del "orden público" y la tríada de la tranquilidad, seguridad y salubridad.[138] Esta concepción se deriva a su vez del propio título XI de la LBRL. Basta con atender a cómo se concreta la mate-

136. Con la excepción que pueda hacerse también del municipio de Madrid, dotado también de un régimen municipal especial regulado por la Ley 22/2006, de 4 de julio, de capitalidad y del régimen especial del municipio de Madrid.

137. Recuérdese que, a su vez, la LOPSC dice tener entre sus finalidades (artículo 1) "asegurar la convivencia ciudadana".

138. Ponce Solé, J. "Sociedades pluriculturales y administraciones locales: Inmigración, diversidad y convivencia en las ciudades. Reflexiones jurídicas", en *Cuadernos de Derecho Local,* 11, 2006, p. 36 y ss.

ria "relaciones de convivencia de interés local" del 139 de la LBRL en el apartado a) del 140 de la LBRL (perturbación de la convivencia… sobre la tranquilidad, salubridad u ornato públicos).

Por su parte, no existe tampoco una definición clara de la seguridad ciudadana, que, sin embargo, sí está presente en la Constitución española como una de las tareas encomendadas a las fuerzas y cuerpos de seguridad (artículo 104). El Tribunal Constitucional se ha referido sólo al concepto de seguridad pública, principalmente al analizar el alcance del título del 149.1.29 de la CE, incluyendo en él no sólo los servicios policiales, sino también otros ámbitos dirigidos a la protección de bienes, personas y la tranquilidad u orden ciudadano. Por contraposición a este concepto omnicomprensivo de seguridad pública, la doctrina[139] ha entendido que la seguridad ciudadana tiene un significado más estricto y se refiere a la protección de bienes y personas frente a acciones violentas o agresiones, situaciones de peligro, vinculadas directamente a las actividades o servicios policiales, a la "policía de seguridad".

En definitiva, y a modo de propuesta provisional, podríamos decir que existe un primer *concepto amplio de convivencia ciudadana*, referente a las relaciones entre los vecinos y entre éstos y su entorno urbano. Concepto que englobaría, a su vez, los de seguridad ciudadana, convivencia en sentido estricto y también el de uso del espacio público. De este modo, la *seguridad ciudadana* (más estricta y precisa que la seguridad pública) incluiría la actividad policial dirigida a la protección de los ciudadanos frente a acciones ilícitas que requieren de una especial intensidad; por su parte, la protección de la *convivencia ciudadana en sentido estricto* (orden público) incluiría el resto de acciones dirigidas a la protección de la tranquilidad y de los bienes y las personas (actividades de carácter ordinario), exceptuando la protección del *espacio público*, que atendería al medio ambiente urbano y al uso común del dominio público. ■

139. Carro Fernández-Vilmayor, J.L. "Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública", RVAP, 27, 1990, p. 9-25. Barcelona Llop, J. Voz "Seguridad ciudadana", a *Enciclopedia Jurídica Básica,* vol. IV, Civitas, Madrid, 1995, p. 6095-6100.