
Las ordenanzas municipales y la jurisprudencia reciente*

Eduardo Paricio Rallo

Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

1. **El problema de la reserva de ley en el ámbito local**
2. **El marco de la Ley de Bases del Régimen Local**
3. **La introducción de ilícitos relacionados con el ejercicio de derechos fundamentales**
 - 3.1. Velo integral y libertad religiosa
 - 3.2. Nudismo
 - 3.3. Prostitución en la vía pública y mendicidad
4. **Las sanciones no pecuniarias**
5. **El decomiso de mercancías e instrumentos utilizados en la infracción**
6. **Culpabilidad y responsabilidad**
 - 6.1. Solidaridad por comisión colectiva de la infracción
 - 6.2. Responsabilidad de padres o tutores
 - 6.3. El comportamiento pasivo

Resumen

Este artículo aborda la potestad municipal de ordenanza y los límites que el principio de reserva de ley establece para la introducción de tipos sancionadores, y, en general, en materia sancionadora. El trabajo se centra en la jurisprudencia reciente emitida a propósito de las ordenanzas de convivencia ciudadana, tanto en lo que se refiere a la potestad sancionadora municipal en general, cuanto en aspectos concretos tales como la regulación del uso del velo integral, el nudismo, la mendicidad o la prostitución en la vía pública, así como en otras facetas del régimen sancionador como las sanciones no pecuniarias, el decomiso de mercancías o la culpabilidad en las infracciones y la responsabilidad en cuanto a las sanciones.

Palabras clave: potestad reglamentaria de los ayuntamientos; ordenanzas de convivencia ciudadana; vía pública; infracciones y sanciones municipales; régimen sancionador.

Municipal ordinances and recent case-law

Abstract

This article examines the power to pass municipal ordinances and the limits that establishes the principle of the rule of law regarding the sanction of new conducts and, in general, when the sanction power is exercised. This article focuses on the recent case-law on the security and coexistence municipal ordinances in relation to the sanction power of the municipality; the regulation of the full-body veil, nudism, vagrancy and begging, prostitution in the public space; the non-pecuniary sanctions, the confiscation of goods or the culpability in the infractions framework and the accountability related to sanctions.

Keywords: normative power of municipalities; security and coexistence municipal ordinances; public space; municipal infractions and sanctions; penalty system.

Artículo recibido el 20/05/2014; aceptado el 01/11/2014.

* Ponencia presentada en el quinto seminario del *Ciclo de seminarios de actualización jurídica local Josep Maria Esquerda 2014*, organizado desde la Diputación de Barcelona en colaboración con la Escuela de Administración Pública de Cataluña, y celebrado en Barcelona, el 23 de mayo de 2014.

1. El problema de la reserva de ley en el ámbito local

La potestad de ordenanza es un instrumento esencial de que disponen los municipios para ordenar las relaciones de convivencia y las pautas de comportamiento de los ciudadanos en las materias de su competencia. Se trata de una potestad de tradición histórica incuestionable que conlleva la capacidad para sancionar el eventual incumplimiento de las normas locales.

A pesar de esta venerable tradición, sucede que las potestades de ordenanza y sancionadora topan en el Estado constitucional con un obstáculo como es el principio de reserva de ley, específicamente en lo que se refiere a la tipificación de infracciones y sanciones.

Ciertamente el fundamento dogmático de la reserva de ley es incuestionable, puesto que toma pie en el imperativo democrático y en el principio de separación de poderes, de forma que solo el Parlamento, en tanto que expresión de la soberanía, tiene la capacidad para introducir restricciones significativas en la libertad del ciudadano y establecer penalizaciones. Un principio que queda fijado en el artículo 25 de la Constitución Española y en los artículos 127.1 y 129 de la Ley 30/1992.

El caso es que el pleno municipal no es un Parlamento ni puede dictar normas con rango de ley. Ahora bien, no es menos cierto que se trata de un órgano de legitimación democrática directa. Este dato esencial impide trasladar en bloque al ámbito local una doctrina pensada para un marco diferente, que es el de las relaciones Parlamento-Gobierno.

Sea como fuere, la reserva de ley, tal y como tradicionalmente ha quedado establecida en el ámbito sancionador, supone la necesidad de que las infracciones y las correspondientes sanciones queden definidas en ley previa y en ley cierta. A este planteamiento se añade, como se ha apuntado, un requisito de carácter jurídico formal en el sentido de que la norma sancionadora debe revestir necesariamente el rango de ley. Tal requisito se atempera relativamente en el ámbito de las sanciones administrativas, donde se admite la función colaboradora del reglamento. El Tribunal Supremo ha resumido en la sentencia de 20 de diciembre de 1999 (recurso núm. 429/1997) los parámetros que tanto la jurisprudencia constitucional como la propia han establecido sobre la cuestión:

“a) La norma de rango legal debe determinar suficientemente los elementos esenciales de la conducta

antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer. b) No resulta constitucionalmente admisible la simple habilitación a la Administración, por norma de rango legal vacía de todo contenido propio, para la tipificación de los ilícitos administrativos y para el establecimiento de las correspondientes consecuencias sancionadoras. c) El art. 25.1 CE prohíbe la remisión al reglamento que haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley. Toda remisión a la potestad reglamentaria para la definición de nuevas infracciones o la introducción de nuevas sanciones carece de virtualidad y eficacia. d) Resulta admisible la norma reglamentaria que se limita, sin innovar las infracciones y sanciones en vigor, a aplicar éstas a una materia singularizada incluida en el ámbito genérico del sistema preestablecido”.

En definitiva, la cuestión es que la norma legal de remisión o habilitación del reglamento debe determinar de forma suficiente los elementos esenciales de la conducta antijurídica, de tal manera que las infracciones sean identificables por su destinatario en la norma con rango de ley (STC núm. 3/1988).

Este planteamiento es incuestionable como construcción dogmática en un Estado democrático –democrático, aunque jacobino–; ahora bien, supone una limitación muy significativa sobre la capacidad de las Administraciones para instituir infracciones y sanciones, puesto que su capacidad es meramente vicaria o subalterna. Por ello, en caso de que no exista ley de cobertura o de que la misma sea insuficiente, no es posible que la ordenanza municipal aborde esta materia.

Este planteamiento, inicialmente restrictivo, experimentó un cambio muy significativo a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 132/2001, primero, y de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2003, después.

En efecto, la punta de lanza que permite flexibilizar el principio de legalidad en materia sancionadora es el principio de autonomía local, también constitucional. Ambos principios deben conjugarse de forma que uno no desplace al otro. Este juego de valores impide extender mecánicamente al ámbito local la doctrina que rige la relación ordinaria ley-reglamento.

El Tribunal Constitucional determina en este sentido lo siguiente:

“En forma similar a como acabamos de recordar en relación con la reserva de ley tributaria, también la exigencia de ley para la tipificación de infracciones y san-

ciones ha de ser flexible en materias donde, por estar presente el interés local, existe un amplio campo para la regulación municipal y siempre que la regulación local la apruebe el Pleno del Ayuntamiento. Esta flexibilidad no sirve, con todo, para excluir de forma tajante la exigencia de ley. Y ello porque la mera atribución por ley de competencias a los Municipios-conforme a la exigencia del art. 25.2 LBRL no contiene en sí la autorización para que cada Municipio tipifique por completo y según su propio criterio las infracciones y sanciones administrativas en aquellas materias atribuidas a su competencia. No hay correspondencia, por tanto, entre la facultad de regulación de un ámbito material de interés local y el poder para establecer cuándo y cómo el incumplimiento de una obligación impuesta por Ordenanza Municipal puede o debe ser castigada. La flexibilidad alcanza al punto de no ser exigible una definición de cada tipo de ilícito y sanción en la ley, pero no permite la inhibición del legislador.

“Del art. 25.1 CE derivan dos exigencias mínimas, que se exponen a continuación. En primer término, y por lo que se refiere a la tipificación de infracciones, corresponde a la ley la fijación de los criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada Ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones; no se trata de la definición de tipos –ni siquiera de la fijación de tipos genéricos de infracciones luego completables por medio de Ordenanza Municipal– sino de criterios que orienten y condicionen la valoración de cada Municipio a la hora de establecer los tipos de infracción.

“En segundo lugar, y por lo que se refiere a las sanciones, del art. 25.1 CE deriva la exigencia, al menos, de que la ley reguladora de cada materia establezca las clases de sanciones que pueden establecer las ordenanzas municipales; tampoco se exige aquí que la ley establezca una clase específica de sanción para cada grupo de ilícitos, sino una relación de las posibles sanciones que cada Ordenanza Municipal puede predeterminar en función de la gravedad de los ilícitos administrativos que ella misma tipifica” (STC núm.132/2001).

Así pues, la cuestión está en que la ley determine un marco suficientemente preciso como para satisfacer el principio de reserva de ley, pero que al mismo tiempo permita a las Administraciones locales un margen de maniobra de regulación. Es este un equilibrio complejo, específicamente en ámbitos como las relaciones de convivencia, puesto que la riqueza de tales relaciones, la variedad de aspectos y materias afectados y la misma heterogeneidad de los municipios, de sus res-

pectivos valores culturales y sociales, incluso las legítimas orientaciones políticas de sus Gobiernos, dificultan la determinación de un cuerpo legislativo común que proporcione cobertura exacta y precisa a esa enorme variedad de ilícitos potenciales. A ello se añade que la Ley es un instrumento pesado, de gestación complicada y lenta capacidad de adaptación a situaciones cambiantes. Sin embargo, la vida social, los comportamientos vecinales y las actitudes de los ciudadanos, están en una constante y viva evolución.

La progresión fue llevada más allá por el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de septiembre de 2003 –recurso núm. 5167/1998–. El Tribunal parte del hecho de que las potestades reglamentaria y sancionadora quedan reconocidas con carácter general a las Administraciones locales, y forman parte nuclear del principio de autonomía local, considerando que no tendría sentido que a estas Administraciones se les reconozca la potestad de reglamentar un sector y en cambio no puedan sancionar su incumplimiento. Si el reglamento municipal no puede imponerse, no dispone de una garantía normativa. De ahí se deduce la existencia de una suerte de potestad sancionadora implícita en las competencias nucleares de la Administración local:

“[...] parece claro que si se otorga la potestad reglamentaria a las entidades locales, sin duda para ordenar los asuntos públicos de su competencia, y no se deduce ninguna consecuencia jurídica del incumplimiento de aquella ordenación, los supuestos titulares de la potestad reglamentaria, en este caso los entes locales, no tienen una capacidad efectiva de llevar a cabo la ordenación. Es palmario que una norma que puede incumplirse sin consecuencia alguna puede carecer por completo de efectividad. Por ello, si es ésta la situación se está ante una disminución de la autonomía local contraria al precepto de la Carta”.

Una potestad que le permite incluso establecer infracciones y sanciones sin cobertura legal específica siempre que se den las siguientes condiciones:

- que “se trate de la ordenación del uso de bienes o la organización de servicios que supongan potestades implícitas (el primero es el caso de la policía de dominio público...”; el segundo se refiere al supuesto en que “los Ayuntamientos actúen en ejercicio de competencias propias que, por así decirlo, tengan el carácter de nucleares y lleven anejas potestades implícitas de regulación”),
- o en aquellos casos de competencia compartida en los que el ente superior, Estado o Comunidad

- Autónoma, no haya hecho uso de su potestad legislativa con esta finalidad;
- que el establecimiento de infracciones y sanciones sea una garantía indispensable para el cumplimiento de la Ordenanza;
 - que no se contravengan leyes vigentes.

2. El marco de la Ley de Bases del Régimen Local

El problema fue abordado mediante una modificación de la Ley de Bases del Régimen Local efectuada por la Ley 57/2003, específicamente en sus artículos 139 a 141, que admiten la potestad municipal para determinar tipos infractores en los aspectos que la misma Ley determina genéricamente:

“Artículo 139. Tipificación de infracciones y sanciones en determinadas materias

“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.

“Artículo 140. Clasificación de las infracciones

“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.

“Artículo 141. Límites de las sanciones económicas

“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”.

Este es el marco legislativo que viene a dar cobertura a las ordenanzas municipales. Se trata ciertamente de un marco general. Difícilmente podría ser de otra forma, puesto que la variedad de comportamientos susceptibles de afectar a la convivencia y al buen uso de la vía pública y los servicios públicos es tendencialmente infinita. Por otro lado, los comportamientos susceptibles de ser socialmente aceptados o rechazados varían en función de las características, la tradición o la cultura de cada colectividad local. Un localismo que no puede ser abordado por una ley, de carácter necesariamente general.

La reforma de 2003 intenta dar respuesta al problema a partir de un marco legal ciertamente general. Precisamente la suficiencia del marco legal es una duda que ha planeado constantemente en los pleitos entablados contra las ordenanzas municipales. La inconstitucionalidad de la Ley por deslegalizar en exceso ha sido en este sentido una alegación recurrente.

La cuestión no es sencilla, puesto que las ordenanzas de convivencia cívica suelen ser sumamente prolijas

en cuanto a las materias o temas que abordan. Así, es usual que se incluyan obligaciones o prohibiciones tan heterogéneas como la práctica de juegos en la calle, el consumo de bebidas alcohólicas, el tendido de ropa en las aberturas de los edificios, la colocación de carteles, las manifestaciones, la higiene personal, acampar en la vía pública, los ruidos, la venta ambulante, bañarse en las fuentes, el abandono de residuos, la vestimenta personal, olores, limpieza, cazar o maltratar pájaros u otros animales... Como se comprende, no es posible asegurar una cobertura legislativa precisa en materias tan dispares.

Pues bien, hasta ahora el marco legislativo de 2003 no ha sido cuestionado por la jurisprudencia. En términos generales, los tribunales lo han considerado suficiente como para confirmar el grueso de los ilícitos tipificados en las ordenanzas municipales reguladoras de la convivencia y el uso de espacios y servicios públicos.

Uno de los aspectos esenciales confirmados es la admisión de la tipificación mediante conceptos jurídicos indeterminados. Ciertamente no sería posible pre-determinar los ilícitos de forma exacta, puesto que, como se ha dicho, los comportamientos vecinales susceptibles de resultar antisociales son sumamente variados, y, en buena medida, surgen imprevisiblemente como consecuencia de la evolución en los comportamientos sociales. En este contexto no queda más remedio que construir los tipos infractores echando mano a conceptos o referencias un tanto inconcretos como, por ejemplo, "menosprecio a la dignidad de las personas", "hacer un uso impropio de los espacios públicos", o "pautas mínimas generalmente admitidas en relación con la forma de vestir".

El caso es que la posibilidad de tipificar infracciones sobre la base de conceptos jurídicos indeterminados es una opción admitida por la jurisprudencia, siempre que el concepto no aboque a una inseguridad jurídica insuperable y que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia (STC núm. 149/1991).

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se ha planteado en diversas ocasiones el tema, con el resultado de avalar las ordenanzas impugnadas en cuanto a los tipos infractores. La sentencia de 7 de abril de 2010 (recurso núm. 145/2010) es una muestra de tal postura jurisprudencial cuando considera que la Ley de Bases del Régimen Local da cobertura suficiente a los ilícitos tipificados, en este caso por el Ayuntamiento de Lleida,

al determinar los aspectos nucleares de la antijuricidad de las conductas prohibidas o sancionadas.

Así pues, hemos pasado de una doctrina inicial sumamente restrictiva en cuanto a la posibilidad de tipificación de ilícitos mediante ordenanzas municipales, a una situación mucho más fluida a partir de la jurisprudencia de los años 2001-03.

Sin embargo, la cuestión no ha quedado aún estabilizada. El debate y las soluciones jurisprudenciales se han situado en un terreno muy casuístico, en el que la suficiencia de cobertura legal se convierte en una apreciación bastante subjetiva que el órgano jurisdiccional efectúa ilícito por ilícito.

Por otro lado, no se puede decir que el avance del período 2001-03 esté consolidado. Como se verá, la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 14 de febrero de 2013 ha supuesto un retroceso significativo.

Sea como fuere, una vez transcurrido un tiempo prudencial de rodaje de este nuevo marco legal, conviene poner de relieve los aspectos en los que la cobertura legal se ha manifestado insuficiente.

3. La introducción de ilícitos relacionados con el ejercicio de derechos fundamentales

Buena parte de las actividades que se desarrollan en la vía pública son expresión de derechos fundamentales. Así sucede, por ejemplo, con el derecho a la libertad y a la seguridad, el de libre circulación, los de reunión y manifestación, la libertad religiosa y de creencias, o el derecho a la intimidad personal y la propia imagen. Es en el ágora donde se manifiesta la vertiente social del individuo.

La cuestión es que, según impone el artículo 81 de la Constitución, el desarrollo de los derechos fundamentales es una materia reservada no ya a la ley, sino a la ley orgánica.

Tal requisito ha sido matizado por el Tribunal Constitucional:

"Es desde luego cierto que el art. 81.1 de la Constitución, concerniente a las normas 'relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas', tiene una función de garantía adicional que conduce a reducir su aplicación a las normas que establezcan restricciones de esos derechos y libertades o las desarrollen de modo directo, en cuanto regulen aspectos consustanciales de los mismos, excluyendo, por tanto aquellas otras que simplemente afecten a elementos no necesari-

rios sin incidir directamente sobre su ámbito y límites [SSTC 160/1987, 161/1987, 57/1989 y 132/1989, entre otras]. [...] En palabras de la STC 77/1985 ‘las peculiaridades de la Ley Orgánica –en especial la delimitación positiva de su ámbito de normación– en modo alguno justifican el que, respecto a este tipo de fuente, se hayan de considerar alteradas las relaciones entre Ley y Reglamento ejecutivo’, siendo, por ello, constitucionalmente legítimo que el legislador orgánico remita al Reglamento para completar el desarrollo normativo de las materias reservadas al mismo, lo cual en muchos casos será obligado y necesario, ya que ‘no hay ley en la que se pueda dar entrada a todos los problemas imaginables, muchos de los cuales podrán tener solución particular y derivada en normas reglamentarias’” (STC núm. 101/1991, de 13 de mayo).

Por lo tanto, más allá de su carácter reglamentario, una ordenanza sí puede incidir en la regulación municipal de los derechos fundamentales y libertades públicas, ya que el criterio general es que puede regular materias accesorias de esos derechos fundamentales, y, sobre todo, lo concerniente a las manifestaciones de la convivencia o vida colectiva dentro del término municipal al que se dirige, donde la esfera protectora del derecho fundamental no alcanza a los aspectos accesorios, accidentales o circunstanciales.

Cabe añadir asimismo un argumento adicional, en el sentido de que el artículo 10 de la propia Constitución establece un primer límite a los derechos fundamentales que es el de los derechos ajenos. Un límite que tiene no ya rango de ley orgánica, sino rango constitucional. Este ha sido un argumento utilizado por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en la sentencia de 8 de octubre de 2013 (recurso núm. 669/2012), dictada a propósito de la Ordenanza de Valladolid, para legitimar, por ejemplo, una prohibición de colocar carteles y otras formas de propaganda y publicidad en conflicto con la libertad de expresión.

Por consiguiente, existe un espacio normativo para el reglamento municipal, pero resulta exigible una cobertura legal –eventualmente de ley orgánica– de una intensidad imprecisa. En este punto, el Tribunal Supremo ha efectuado una interpretación regresiva en la sentencia de 14 de febrero de 2013 (recurso núm. 4118/2011), dictada a propósito de la prohibición del velo integral incluida en la Ordenanza de Lleida. Entiende dicha sentencia que el desarrollo de los derechos fundamentales queda íntegramente reservado a la ley también en los aspectos accesorios. Añade el Tri-

bunal que, si bien las ordenanzas municipales solo quedan vinculadas negativamente a la ley, esa vinculación negativa comienza en la propia Constitución, que a su vez exige una ley para limitar derechos fundamentales. Un argumento por el que parece recuperar la vinculación positiva en una suerte de acrobacia argumental.

Dejando los planteamientos generales al margen, veamos algunos de los problemas concretos que la jurisprudencia ha puesto de manifiesto con respecto a los sistemas sancionadores articulados mediante las ordenanzas de convivencia:

3.1. Velo integral y libertad religiosa

El tratamiento mediante ordenanza municipal de aspectos relacionados con la libertad religiosa se ha puesto de manifiesto a propósito de la regulación del uso de indumentarias que ocultan el rostro de sus usuarios. El conflicto surgió a propósito de la Ordenanza municipal de Lleida cuando introdujo la prohibición del uso de tales indumentarias, específicamente el “velo integral, pasamontañas, casco integral u otras vestimentas o accesorios que impidan la identificación y la comunicación visual de las personas” en los espacios de uso o servicio público municipal. El Tribunal Supremo ha abordado la cuestión en sentencia ya aludida de 14 de febrero de 2013, rechazando que los municipios puedan regular la cuestión sin una mayor cobertura.

Declara el Tribunal que la autonomía local, el principio de vinculación negativa a la ley que del mismo se deriva, y la eventual disponibilidad de competencias en una materia determinada, no excluyen la necesidad de cobertura legal suficiente para establecer obligaciones, o prohibiciones y sanciones, en materias que afectan a un derecho fundamental como es la libertad religiosa, siquiera en aspectos accesorios de dichos derechos. En la sentencia se llega a cuestionar la misma competencia municipal para limitar derechos fundamentales, independientemente de la cobertura legal que pueda haber:

“[...] el art. 139 LBRL se refiere a ‘las relaciones de convivencia de *interés local*’ [subrayado nuestro], lo que de por sí obliga a suscitar la cuestión de si la limitación de un derecho fundamental, que por definición constitucional corresponde a todos los ciudadanos de la nación, puede considerarse como concerniente al

interés local, para así poder atribuir a los gestores democráticos de ese interés la posibilidad de emanar regulaciones, que, al circunscribirse al ámbito espacial del ente, no resultan coextensas con el ámbito propio del derecho, de modo que el derecho resulte limitado en una parte del territorio nacional y no en otras”.

El Tribunal diferencia entre la posibilidad de establecer prohibiciones y la posibilidad de definir infracciones y prever sanciones, de forma que las primeras son el presupuesto de las segundas. En otras palabras, que la habilitación para imponer sanciones en una materia determinada no significa necesariamente una habilitación para establecer prohibiciones en esa misma materia:

“[...] prohibición o infracción son conceptos necesariamente diferenciables, siendo el primero presupuesto, en su caso, del segundo.

“[...] se produce una rechazable inversión de los términos del problema, pues se antepone la consideración de la infracción, pretendiendo justificarla con base en el art. 139 y 140 LBRL, deduciendo de la legitimidad de la infracción la legitimidad de la prohibición.

“Hasta que no quede justificada (si es que se puede) la legitimidad constitucional de la prohibición del velo integral en los términos en que lo hace la Ordenanza (lo que, como se indicó más detrás, está condicionado al análisis de la alegada vulneración del art. 16 CE), no debe suscitarse el problema de la legitimidad constitucional de la infracción ligada a la prohibición”.

En cuanto al fondo de la cuestión, la sentencia citada constata que la libertad religiosa incluye la posibilidad de exteriorizar las manifestaciones propias de la religión que se profesa, “una dimensión externa de ‘agere licere’ [que es precisamente la que en el caso actual está en cuestión] que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros”. Una libertad cuya limitación queda sometida a exigencias rigurosas, de forma que ni siquiera la cláusula de preservación del orden público, que el artículo 16 CE incluye al formular este derecho fundamental, puede operar como una suerte de compuerta abierta a la introducción de restricciones generales.

En definitiva, la sentencia invalida en este punto la Ordenanza municipal por ausencia de cobertura legal específica que permita a los municipios prohibir o sancionar el uso de vestimentas como las señaladas.

Ciertamente, desde un punto de vista social y político, puede ser muy cuestionable la posibilidad de in-

troducir restricciones a la indumentaria cuando ésta quede de alguna forma vinculada a una opción religiosa. Cabe citar en este punto la Recomendación núm. 1927 (2010) del Consejo de Europa sobre Islam, Islamismo e Islamofobia en Europa, en el sentido de “Exhortar a los Estados miembros a no establecer una prohibición general del velo completo o de cualquier otra ropa religiosa o especial sino cuando esta prohibición sirva para proteger a las mujeres de toda coacción física y psicológica. Exhortarles asimismo a proteger la libre elección de estas mujeres para usar ropa religiosa o especial [...]”.

Por su parte, una autoridad como Martha Nussbaum, profesora de Ética y Derecho en la Universidad de Chicago, ha puesto de relieve la hipocresía que subyace en las razones que las sociedades occidentales alegan para justificar una coacción que comporta a su juicio una discriminación evidente.

El caso es que el Senado español aprobó en fecha 23 de junio de 2010 una moción, instando al Gobierno “a realizar las reformas legales y reglamentarias necesarias para prohibir el uso en espacios o acontecimientos públicos que no tengan una finalidad estrictamente religiosa, de vestimentas o accesorios en el atuendo que provoquen que el rostro quede completamente cubierto y dificulten así la identificación y la comunicación visual, al suponer esa práctica una discriminación contraria a la dignidad de las personas y lesivas de la igualdad real y efectiva de los hombres y mujeres”. Una iniciativa que ha resultado infructuosa hasta ahora.

3.2. Nudismo

Otro aspecto conflictivo es la prohibición del nudismo en los espacios públicos.

El Ayuntamiento de Barcelona abordó la cuestión en una reforma de la Ordenanza de convivencia aprobada en el año 2011, reforma que fue impugnada por grupos nudistas.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña avaló en un principio el planteamiento municipal (sentencia de 25 de marzo de 2013), aunque la cuestión puede resultar dudosa a la vista de la sentencia del Tribunal Supremo citada en el apartado anterior. En efecto, puede admitirse inicialmente que el nudismo es expresión de una creencia personal, y el caso es que la libertad de creencias y la libertad religiosa son derechos de formulación, características y garantías simétricas.

En este caso, el Ayuntamiento fundamentó la nueva regulación en “la protección del derecho de las personas que utilizan el espacio público a no sufrir molestias como consecuencia de la falta de respeto a las pautas mínimas generalmente admitidas en relación a la forma de vestir de las personas que igualmente están o transitan por dicho espacio público”. Se trata pues de una previsión normativa que responde a la ordenación de la convivencia entre personas de diversas sensibilidades y creencias en el espacio público común, de acuerdo con la habilitación del artículo 139 de la Ley 7/1985, de Bases del Régimen Local.

Hay que hacer notar que el título competencial se refiere precisamente a la convivencia de interés local, de forma que se remite a una armonización de los valores sociales y convivenciales subjetivamente sentidos por la colectividad local como tales, ponderación que el Ayuntamiento efectuó desde la legitimidad democrática y representativa que le es propia.

Como se ha apuntado, puede admitirse que el nudismo es una manifestación de la libertad de creencias amparada en el artículo 16 de la Constitución española. Pues bien, como sucede con la libertad religiosa, nuestra jurisprudencia constitucional ha establecido que la libertad ideológica no se manifiesta solo en un ámbito interno de la persona, en el sentido de amparar su ideario existencial, sino que tiene a su vez una vertiente externa –*agere licere*–, dimensión que habilita a los ciudadanos para actuar de acuerdo con sus convicciones y mantenerlas frente terceros. Tal manifestación externa no queda limitada a las expresiones orales o escritas, “sino que incluyen también la adopción de actitudes y conductas que no dejan de ser actos de ejercicio de esta libertad” (STC núm. 136/1999).

El derecho así configurado tiene una vinculación inmediata con el derecho a no ser discriminado por razones de creencias o religión (STC núm. 141/2000). Esta última sentencia pone de manifiesto, asimismo, que la manifestación de *agere licere* tiene diferente intensidad en función de que se proyecte sobre la propia conducta y la disposición que sobre la misma haga cada ciudadano, o bien repercuta sobre terceros, sea el Estado o los demás particulares, bien obligándoles a un deber de abstenerse de interferir o bien haciendo que los terceros se conviertan en destinatarios de las mismas creencias.

Pues bien, la cuestión está precisamente en la colisión entre esa libertad de manifestación pública de la creencia y su encaje en el entorno social que la recibe.

En este sentido la sentencia núm. 141/2000 determina lo siguiente:

“Sin embargo, cuando esa misma protección se reclama para efectuar manifestaciones externas de creencias, esto es, no para defenderse frente a las injerencias de terceros en la libertad de creer o no creer, sino para reivindicar el derecho a hacerles partícipes de un modo u otro de las propias convicciones e incidir o condicionar el comportamiento ajeno en función de las mismas, la cuestión es bien distinta.

“Desde el momento en que sus convicciones y la adecuación de su conducta a las mismas se hace externa, y no se constriñe a su esfera privada e individual, haciéndose manifiesta a terceros hasta el punto de afectarles, el creyente no puede pretender, amparado en la libertad de creencias del art. 16.1 C.E., que todo límite a ese comportamiento constituya sin más una restricción de su libertad infractora del precepto constitucional citado; ni alterar con el sólo sustento de su libertad de creencias el tráfico jurídico privado o la obligatoriedad misma de los mandatos legales con ocasión del ejercicio de dicha libertad, so pena de relativizarlos hasta un punto intolerable para la subsistencia del propio Estado democrático de Derecho del que también es principio jurídico fundamental la seguridad jurídica (STC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 3, 20/1990, FFJJ 3 y 4). El derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones, no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente; pero el derecho a manifestar sus creencias frente a terceros mediante su profesión pública, y el proselitismo de las mismas, suman a los primeros los límites indispensables para mantener el orden público protegido por la ley. Los poderes públicos conculcarán dicha libertad, por tanto, si la restringen al margen o con infracción de los límites que la Constitución ha previsto; o, aun cuando amparen sus actos en dichos límites, si perturban o impiden de algún modo la adopción, el mantenimiento o la expresión de determinadas creencias cuando exista un nexo causal entre la actuación de los poderes públicos y dichas restricciones y éstas resulten de todo punto desproporcionadas (SSTC 120/1990; 137/1998; S.S.T.E.D.H. Caso Hoffmann núm. 36; Caso Manoussakis núm. 47, 51, 53; Caso Larissis núm. 54). La libertad de creencias encuentra, por otra parte, su límite más evidente en esa misma libertad, en su manifestación negativa, esto es, en el derecho del tercero

afectado a no creer o a no compartir o a no soportar los actos de proselitismo ajenos (SSTEDH Casos Kokkinakis núm. 42 a 44 y 47; Caso Larissis núm. 45 y 47); así como también resulta un evidente límite de esa libertad de creencias la integridad moral (art. 15 C.E.) de quien sufra las manifestaciones externas de su profesión, pues bien pudiere conllevar las mismas una cierta intimidación moral, e incluso tratos inhumanos o degradantes (SSTC 2/1982, de 29 de enero, FJ 5; 120/1990, FJ 8; 215/1994, del 14 de julio, FJ 4; 332/1994, de 29 de diciembre, FJ 6; 137/1997, de 21 de julio, FJ 3; ATC 71/1992, de 9 de marzo, FJ 3; 333/1997, de 13 de octubre, FJ 5; S.S.T.E.D.H. Caso Kokkinakis núm. 48; Casos Larissis núm. 53”).

Del anterior planteamiento se puede deducir que el derecho a manifestar las propias creencias queda limitado, ya en su configuración inicial, por la necesidad de mantener el orden público protegido por la ley.

El orden público es un concepto que no queda limitado necesariamente al mantenimiento de la seguridad física de personas o bienes. Este concepto tiene asimismo una acepción general que se puede vincular también a la convivencia pacífica en el seno de la colectividad.

La sentencia del Tribunal Constitucional núm. 136/1999 argumenta, en este sentido, que quedaría fuera de la libertad ideológica un eventual comportamiento que “transgrediera una barrera infranqueable del ejercicio lícito de esta libertad, ‘que excluye siempre la violencia para imponer los propios criterios’ (por todas, SSTC 22/1990 y 214/1991). Y es que si algo está amparado por el orden público es la interdicción de la violencia, ya sea física o psíquica (*mutatis mutandis*, STC 59/1990), deliberada o involuntaria [Sentencia del T.E.D.H. de 24 de febrero de 1998 (asunto Larissis y otros), § 52], como medio para afirmar y, en su caso, hacer valer las propias convicciones”.

Por tanto, la libertad de creencias y su proyección en el comportamiento personal encuentran unos límites en el orden público y en un eventual resultado de violencia, sea esta física o psíquica; o, como se menciona en la sentencia reproducida, en la integridad moral de terceros.

Ciertamente en nuestro ordenamiento hay muchos planteamientos jurídicos de base ética o moral. No hay ningún obstáculo en este sentido, de forma que no se puede descartar ya de entrada la juridicidad de argumentos de naturaleza moral por ese simple dato. En este sentido, el artículo 6 de la Declaración de Roma, a

la que antes se ha aludido, admite expresamente la moral pública como un límite legítimo a la manifestación exterior de la libertad de pensamiento.

Pues bien, la convivencia pacífica responde a un conjunto de pautas colectivas que incluyen no solo derechos en sentido jurídico, sino también concepciones y usos sociales, así como planteamientos éticos, morales y culturales que constituyen convenciones colectivas. Todos ellos informan el bien jurídico que es la convivencia pacífica de la comunidad local y el orden público que esta representa.

No hay duda de que el nudismo es una creencia plenamente respetable como tal, como también lo es inicialmente la proyección de esta convicción en una actitud vital. Tampoco hay duda de que la tolerancia es una pauta esencial en nuestro comportamiento colectivo. Es también cierto que, en abstracto, los derechos activos reciben una protección más intensa que el eventual derecho a no soportar las consecuencias del ejercicio de aquellos. La evolución –incluso la transgresión– en la forma de vestir y en la imagen social que proyecta el individuo ha sido una constante en la evolución de nuestra sociedad, que no podría ser explicada sino como resultado de esta evolución. Asimismo, la permisividad social ha evolucionado en este sentido, haciendo posible un mayor margen de libertad individual.

La cuestión es si, reconociendo los anteriores valores, se puede admitir una regulación que tome en consideración un estado de opinión, y unas convicciones sociales generalizadas e intensas sobre la desnudez en los espacios públicos, para fundamentar razonablemente una prohibición en este sentido. Prohibición esta que, hay que reiterarlo, encontraría su base jurídica en la defensa de la convivencia pacífica y la vinculación de tal valor con el orden público social.

Nuevamente estamos, pues, ante una duda razonable sobre si el actual marco de la Ley de Bases del Régimen Local ampara suficientemente una prohibición como la del nudismo en tanto que práctica que afecta a la convivencia, o bien resulta indispensable una cobertura legal explícita.

3.3. Prostitución en la vía pública y mendicidad

También son frecuentes las ordenanzas municipales que prohíben y penalizan determinados comporta-

mientos, como el ofrecimiento o práctica de servicios sexuales en la vía pública.

Pues bien, nuevamente se trata de determinar si el anterior ilícito encuentra fundamento en una norma de rango suficiente. Debe señalarse en este sentido que resulta particularmente útil en este caso la inclusión de determinadas habilitaciones en normas singulares de ciudades como Barcelona (Ley 22/1998, de la Carta Municipal de Barcelona). Una norma que atribuye al Ayuntamiento la facultad de regular mediante ordenanza las conductas constitutivas de infracción administrativa grave en relación, entre otros, con los comportamientos incívicos (artículo 126), y que reconoce la competencia municipal para sancionar en las ordenanzas municipales los actos contrarios al orden y la seguridad ciudadana, en el ámbito de las relaciones de vecindad (artículo 128). Asimismo, la Ley catalana 1/2006, de Régimen Especial del municipio de Barcelona, establece la competencia del Ayuntamiento de Barcelona para tipificar en las ordenanzas municipales infracciones referidas tanto a la prestación de servicios como al suministro de bienes en el espacio público sin licencia municipal, o la mera demanda o adquisición de tales servicios o bienes.

Puede encontrarse asimismo cobertura adicional en la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor.

Pero el caso sigue siendo el mismo. La prostitución no es una actividad en sí misma ilícita, de forma que inicialmente su prohibición afecta al derecho de libertad. En este contexto, puede surgir la duda razonable sobre si la Ley de Bases del Régimen Local ampara suficientemente la prohibición de determinadas actividades profesionales de tal naturaleza, incluso la mera oferta o demanda de servicios.

Igual duda puede plantearse frente a la mendicidad ejercida sin coacción sobre los transeúntes. En definitiva, y dejando al margen la utilización de menores o el fenómeno de las redes de mendicidad, la mendicidad no es más que una petición de solidaridad que un ciudadano efectúa a sus convecinos.

4. Las sanciones no pecuniarias

En no pocas ordenanzas se prevé la facultad del Ayuntamiento de sustituir la sanción de multa por sesiones formativas, participación en actividades cívicas u otros tipos de trabajo para la comunidad. Generalmente es-

tas prestaciones se presentan como sanciones alternativas, igual que sucede en el ámbito penal.

El caso es que la normativa de régimen local no prevé más que sanciones de carácter económico –artículo 142 de la Ley de Bases del Régimen Local y artículo 59 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986–. La excepción es nuevamente la ciudad de Barcelona –artículo 29.3 de la Ley 22/1998, que aprueba la Carta Municipal de Barcelona–. Por lo demás, en el régimen local general, no hay una mínima habilitación que permita a los ayuntamientos un ámbito de decisión para sustituir las sanciones pecuniarias por otras penas alternativas, aunque sea con el consentimiento del afectado.

El Código Penal contempla entre las penas menos graves los trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 180 días [artículo 33.3 k)], y, como penas leves, los trabajos en beneficio de la comunidad de 1 a 30 días [artículo 33.4 h)]. El artículo 39 i) califica esta pena como “privativa de derechos”. Y el artículo 49 regula los límites y condiciones para el cumplimiento de la misma al establecer que “los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin el consentimiento del penado, le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas, [...]”.

Por su parte, la Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal de los menores, prevé asimismo la pena de trabajos para la comunidad, igualmente solo cuando el propio menor sometido a la misma preste su consentimiento, no sus padres.

Ciertamente, la utilización de tales penas alternativas es una posibilidad sugerente, puesto que puede contribuir a una finalidad de rango constitucional como la rehabilitación del infractor. De ahí que no solo se utilice esta vía en el ámbito penal, sino también en determinados ámbitos administrativos como la regulación sobre tráfico y seguridad vial. Por otra parte, no cabe duda de que este tipo de penas de carácter personal pueden resultar más próximas al principio de igualdad que la pena pecuniaria, en la medida que ésta queda ligada a la capacidad financiera del infractor.

En el caso que las sanciones alternativas sean aceptadas por el infractor, la situación podría justificarse considerando que se trata de un supuesto de finaliza-

ción del procedimiento mediante acuerdo. El artículo 88 de la Ley 30/1992 prevé en efecto esta posibilidad, siempre que el pacto o convenio “no sea contrario al Ordenamiento Jurídico ni verse sobre materias no susceptibles de transacción y tenga por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin”.

Como puede observarse, la Ley citada tan solo requiere una previsión normativa, sin especificar su rango formal. Ahora bien, este planteamiento no ha servido para evitar el rechazo de los tribunales (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sentencias de 7 de abril de 2010 –recurso núm. 145/2007– y de 15 de febrero de 2013 –recurso núm. 98/2011–), que consideran que la Ley cierra la cuestión al prever exclusivamente sanciones pecuniarias para las infracciones de ordenanzas municipales.

Nuevamente, por tanto, hace falta una cobertura específica en norma con rango formal de ley.

5. El decomiso de mercancías e instrumentos utilizados en la infracción

También es frecuente que las ordenanzas municipales prevean el decomiso de los utensilios y el género objeto de la infracción, o que hayan servido directa o indirectamente para la comisión de la misma, así como del dinero, frutos o productos obtenidos con la actividad infractora. Un decomiso que se puede plantear bien inicialmente en el momento de la denuncia, en este caso con un carácter temporal mientras se tramita el expediente, bien como medida paralela a la sanción.

Pues bien, cabe entender que los bienes objeto de comiso son propiedad del afectado, de forma que con esta medida se produce una situación de requisa inicialmente contraria al derecho constitucional a la propiedad. Una situación que será admisible solo en la medida en que encuentre suficiente cobertura legislativa.

Como se ha apuntado, el decomiso puede constituir una sanción complementaria, como prevé el artículo 127 del Código Penal, o bien una medida cautelar. Según se ha razonado en el apartado anterior, la

primera posibilidad no tiene cabida, dada la reserva de ley existente en lo que se refiere a la determinación de las sanciones municipales. Por lo tanto, por ahora tan solo se podría admitir el decomiso como una medida cautelar.

Pues bien, en términos generales el artículo 72 de la Ley 30/1992 regula las medidas cautelares paralelas al procedimiento a partir de determinadas garantías. En primer lugar, deben ser adoptadas una vez incoado formalmente el procedimiento, y solo antes de la incoación si hubiere una previsión expresa en norma con rango de ley, que no es el caso. En materia sancionadora, sin embargo, el artículo 136 de la misma Ley exige siempre una cobertura legal de la medida provisional. Resulta asimismo exigible que la medida cautelar vaya precedida de una resolución expresa y motivada; resolución que corresponde tomar precisamente al órgano competente para adoptar la resolución sancionadora, no al agente denunciante. Asimismo, la medida cautelar queda legalmente vinculada a una finalidad muy específica, que es la de asegurar la eficacia de la resolución. El ordenamiento establece asimismo un límite negativo en el sentido de que la medida no puede vulnerar derechos amparados por las leyes.

El Real Decreto 1398/1993 incluye motivos adicionales para justificar las medidas cautelares como asegurar el buen fin del procedimiento, evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción, o atender a las exigencias de los intereses generales. Ahora bien, en cuanto al decomiso o retirada de productos, el artículo 15.2 limita tal posibilidad a los supuestos en que el decomiso sea necesario por razones de sanidad, higiene o seguridad, aparte de las finalidades previstas en las normas específicas.

Finalmente, la Ley Orgánica 1/1992, de Seguridad Ciudadana, admite también la posibilidad de medidas cautelares en el ámbito de los procedimientos sancionadores relacionados con los concretos ilícitos previstos en dicha Ley. Pero igualmente en este caso solo es posible su adopción una vez incoado formalmente el procedimiento sancionador, salvo el supuesto excepcional del riesgo de desaparición de armas o explosivos, o la existencia de grave riesgo y peligro inminente para las personas y bienes. Este es el único supuesto en que se admite que las medidas sean adoptadas directamente por los agentes de la autoridad.

En definitiva, las medidas de decomiso no tienen cobertura legal. Ciertamente, el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora

efectúa un esfuerzo para extender tal posibilidad más allá de los límites establecidos en la Ley, pero la situación es sumamente precaria a la vista de la reserva de ley que también rige en esta materia. Esa fue la razón que llevó al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña a anular el precepto de la Ordenanza cívica de Salou que permitía el decomiso de los instrumentos o el género objeto de la infracción (sentencia de 15 de febrero de 2013, recurso núm. 98/2011).

6. Culpabilidad y responsabilidad

Otra previsión frecuente en las Ordenanzas que resulta cuestionable es la que se refiere al establecimiento de responsabilidad solidaria en materia sancionadora.

Se ha planteado tal forma de responsabilidad en dos supuestos: uno se refiere a la solidaridad derivada de la imposibilidad de determinar el grado de culpabilidad con carácter individual; el otro se refiere a la responsabilidad de los padres o tutores respecto a los ilícitos cometidos por sus hijos o tutelados.

El caso es que la responsabilidad solidaria solo es admitida formalmente por la Ley 30/1992 en las situaciones en las que el cumplimiento de la obligación infringida corresponda a varias personas conjuntamente, o bien en el caso de culpa *in vigilando* para quien tuviera la obligación de prevenir el ilícito, en tanto que deber establecido en las leyes –artículo 130.3–.

6.1. Solidaridad por comisión colectiva de la infracción

El supuesto de solidaridad derivada de la imposibilidad de determinar de forma precisa el autor de la infracción ha quedado admitido con reticencia en los siguientes términos:

“Es evidente que en orden a determinar la responsabilidad de los presuntos autores de la infracción administrativa debe prevalecer en primer lugar la autoría individualizada y la intensidad en la participación, y que tan solo cuando ello no es posible debe acudir a la responsabilidad solidaria pero sin perder de vista que para establecer esa responsabilidad debe acreditarse siempre la autoría, aunque no sea posible determinar el grado de participación de cada uno de los sujetos intervinientes. El precepto debe entenderse más como de aplicación o graduación de la sanción que de res-

ponsabilidad solidaria, pensada para ser aplicada a aquellas conductas realizadas por ‘grupos’ o ‘bandas’, y tan solo cuando las actividades de investigación no han podido establecer el grado de participación de los autores” (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sentencia núm. 1156/2009).

6.2. Responsabilidad de padres o tutores

La responsabilidad de los padres o tutores respecto a las infracciones cometidas por los menores a su cargo, ha sido rechazada por los tribunales en varias ocasiones (sentencias dictadas por los tribunales superiores de Madrid –29 de noviembre de 2012, recurso núm. 228/2011–, de Castilla y León –5 y 15 de diciembre de 2006– y de Cataluña –sentencia núm. 883/2006–).

En ellas se entiende que imputar a los garantes de los autores de las infracciones que sean menores de edad es contrario a la previsión del artículo 130.3.2 de la Ley 30/1992. Un precepto que exige que esa responsabilidad por la acción de un tercero venga determinada por “las Leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores”, supuesto que no se da ni en la Ley 30/1992 ni tampoco en la Ley Orgánica 1/1992, de Seguridad Ciudadana. La Ley de Bases del Régimen Local no incluye ninguna previsión en este sentido, que permita superar las reglas sobre títulos de imputación establecidas con carácter general en la Ley 30/1992.

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León establece en este sentido lo siguiente:

“Entre los principios informadores del orden penal se encuentra el principio de personalidad de la pena, protegido por el art. 25.1 de la Norma fundamental [STC 254/1988, fundamento jurídico 5.º], también formulado por este Tribunal como principio de la personalidad de la pena o sanción [STC 219/1988, fundamento jurídico 3.º], denominación suficientemente reveladora de su aplicabilidad en el ámbito del Derecho administrativo sancionador”; principio ahora recogido expresamente en el artículo 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En tanto con dicha norma se imputa la responsabilidad por una infracción administrativa a una persona diferente de quien la ejecuta y por el mero hecho de ser padre, tutor o guardador de la misma –y no, en todo caso, por no haber evitado, como garante, en su caso,

la comisión del hecho—, se viola dicho principio ínsito en el artículo 25 de la Constitución Española”.

6.3. El comportamiento pasivo

La misma suerte ha corrido la penalización del denominado comportamiento pasivo respecto a ilícitos consistentes en atentado contra la dignidad de las personas y similares; esto es, una suerte de participación consistente en el consentimiento de dichos ilícitos. También en este caso ha considerado la jurisprudencia (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sentencia de 26 de marzo de 2009) que la inclusión del comportamiento discriminatorio pasivo colisiona con

el principio de culpabilidad que rige en materia sancionadora, previsto en el artículo 130 de la Ley 30/1992, al exigirse que el responsable de las infracciones administrativas sea autor de las mismas. Entiende el Tribunal que “el comportamiento pasivo respecto de las conductas citadas no puede subsumirse en la noción de autor, como aquél que realiza la conducta prohibida por la norma, por sí mismo o utilizando a otros sujetos, sino que entraría en un título de responsabilidad de comisión por omisión que sin embargo carece de anclaje en una previa tipificación como comportamiento humano prohibido la omisión por el garante del específico deber de cuidado para evitar que se produzcan comportamientos discriminatorios”. ■