

---

## Les ordenances municipals i la jurisprudència recent\*

Eduardo Paricio Rallo

Magistrat de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya

- 1. El problema de la reserva de llei en l'àmbit local**
- 2. El marc de la llei de bases del règim local**
- 3. La introducció d'il·lícits relacionats amb l'exercici de drets fonamentals**
  - 3.1. Vel integral i llibertat religiosa
  - 3.2. Nudisme
  - 3.3. Prostitució a la via pública i mendicitat
- 4. Les sancions no pecuniàries**
- 5. El decomís de mercaderies i instruments utilitzats en la infracció**
- 6. Culpabilitat i responsabilitat**
  - 6.1. Solidaritat per comissió col·lectiva de la infracció
  - 6.2. Responsabilitat de pares o tutors
  - 6.3. El comportament passiu

### Resum

Aquest article aborda la potestat municipal d'ordenança i els límits que el principi de reserva de llei estableix per a la introducció de tipus sancionadors, i, en general, en matèria sancionadora. El treball se centra en la jurisprudència recent emesa a propòsit de les ordenances de convivència ciutadana, tant pel que fa a la potestat sancionadora municipal en general, com a aspectes concrets com ara la regulació de l'ús del vel integral, el nudisme, la mendicitat o la prostitució a la via pública, així com en altres facetes del règim sancionador com ara les sancions no pecuniàries, el decomís de mercaderies o la culpabilitat a les infraccions i la responsabilitat pel que fa a les sancions.

Paraules clau: *potestat reglamentària dels ajuntaments; ordenances de convivència ciutadana; via pública; infraccions i sancions municipals; règim 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.*

---

*Article rebut el 20/05/2014; acceptat el 01/11/2014.*

\* Ponència presentada al cinquè seminari del *Cicle de seminaris d'actualització jurídica local Josep Maria Esquerda 2014*, organitzat des de la Diputació de Barcelona en col·laboració amb l'Escola d'Administració Pública de Catalunya, i celebrat a Barcelona, el 23 de maig de 2014.

## 1. El problema de la reserva de llei en l'àmbit local

La potestat d'ordenança és un instrument essencial de què disposen els municipis, per ordenar les relacions de convivència i les pautes de comportament dels ciutadans en les matèries de la seva competència. Es tracta d'una potestat de tradició històrica inqüestionable que comporta la capacitat per sancionar l'incompliment eventual de les normes locals.

Malgrat aquesta tradició venerable, succeeix que les potestats d'ordenança i sancionadora topen a l'Estat constitucional amb un obstacle com és el principi de reserva de llei, específicament pel que fa a la tipificació d'infraccions i de sancions.

Certament el fonament dogmàtic de la reserva de llei és inqüestionable, ja que pren peu en l'imperatiu democràtic i en el principi de separació de poders, de manera que només el Parlament, com a expressió de la sobirania, té la capacitat per introduir restriccions significatives a la llibertat del ciutadà i establir penalitzacions. Un principi que fixen l'article 25 de la Constitució espanyola i els articles 127.1 i 129 de la Llei 30/1992.

El cas és que el ple municipal no és un parlament ni pot dictar normes amb rang de llei. Ara bé, no és menys cert que es tracta d'un òrgan de legitimació democràtica directa. Aquesta dada essencial impedeix traslladar en bloc a l'àmbit local una doctrina pensada per a un marc diferent, que és el de les relacions Parlament-Govern.

Sigui com sigui, la reserva de llei, tal com tradicionalment ha quedat establerta en l'àmbit sancionador, suposa la necessitat que les infraccions i les sancions corresponents quedin definides en llei prèvia i en llei certa. A aquest plantejament s'afegeix, com s'ha apuntat, un requisit de caràcter jurídic formal en el sentit que la norma sancionadora ha de revestir necessàriament el rang de llei. Aquest requisit es tempera relativament en l'àmbit de les sancions administratives, on s'admet la funció col·laboradora del reglament. El Tribunal Suprem ha resumit en la sentència de 20 de desembre de 1999 (recurs núm. 429/1997) els paràmetres que tant la jurisprudència constitucional com la pròpia han establert sobre la qüestió:

*"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 qüestió és que la norma legal de remissió o d'habilitació del reglament ha de determinar de manera suficient els elements essencials de la conducta antijurídica, de manera que les infraccions siguin identificables pel seu destinatari en la norma amb rang de llei (STC núm. 3/1988).

Aquest plantejament és inqüestionable com a construcció dogmàtica a un estat democràtic –democràtic, encara que jacobí–; ara bé, suposa una limitació molt significativa sobre la capacitat de les administracions per instituir infraccions i sancions, ja que la seva capacitat és merament vicària o subalterna. Per això, en cas que no hi hagi cap llei de cobertura o que aquesta sigui insuficient, no és possible que l'ordenança municipal abordi aquesta matèria.

Aquest plantejament, inicialment restrictiu, va experimentar un canvi molt significatiu a partir de la sentència del Tribunal Constitucional núm. 132/2001, primer, i de la sentència del Tribunal Suprem de 29 de setembre de 2003, després.

En efecte, la punta de llança que permet flexibilitzar el principi de legalitat en matèria sancionadora és el principi d'autonomia local, també constitucional. Ambdós principis s'han de conjugar de manera que l'un no desplaci l'altre. Aquest joc de valors impedeix estendre mecànicament a l'àmbit local la doctrina que regeix la relació ordinària llei-reglament.

El Tribunal Constitucional determina en aquest sentit el següent:

*"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 sanciones 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 flexibili-*

*dad 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).*

Així doncs, la qüestió rau en la determinació per part de la llei d'un marc prou precís per satisfer el principi de reserva de llei, però que al mateix temps permeti a les administracions locals un marge de maniobra de regulació. És aquest un equilibri complex, específicament en àmbits com les relacions de convivència, ja que la riquesa d'aquestes relacions, la varietat d'aspectes i de matèries afectats i la mateixa heterogeneïtat dels municipis, dels seus respectius valors culturals i socials, fins i tot les legítimes orientacions polítiques dels seus governs, dificulten la determinació d'un cos

legislatiu comú que proporcionï cobertura exacta i precisa a aquesta enorme varietat d'il·lícits potencials. A això s'afegeix que la llei és un instrument pesat, de gestació complicada i lenta capacitat d'adaptació a situacions canviants. No obstant això, la vida social, els comportaments veïnals i les actituds dels ciutadans, estan en una constant i viva evolució.

La progressió va ser portada més enllà pel Tribunal Suprem en sentència de 29 de setembre de 2003 –recurso núm. 5167/1998–. El Tribunal parteix del fet que les potestats reglamentària i sancionadora queden reconegudes amb caràcter general a les administracions locals, i formen part nuclear del principi d'autonomia local, considerant que no tindria sentit que a aquestes administracions se'ls reconegui la potestat de reglamentar un sector i en canvi no puguin sancionar el seu incompliment. Si el reglament municipal no es pot imposar, no disposa d'una garantia normativa. D'aquí es dedueix l'existència d'una mena de potestat sancionadora implícita en les competències nuclears de l'Administració 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 potestat que li permet fins i tot establir infraccions i sancions sense cobertura legal específica sempre que es donin les condicions següents:

- 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 segon fa referència al supòsit 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 els casos de competència compartida en què l'ens superior, Estat o comunitat autònoma, no hagi fet ús de la seva potestat legislativa amb aquesta finalitat;

- que l'establiment d'infraccions i de sancions sigui una garantia indispensable per al compliment de l'Ordenança;
- que no es contravinguin lleis vigents.

## 2. El marc de la Llei de bases del règim local

El problema va ser abordat mitjançant una modificació de la Llei de bases del règim local efectuada per la Llei 57/2003, específicament en els articles 139 a 141, que admeten la potestat municipal per determinar tipus infractors en els aspectes que la mateixa Llei determina genèricament:

*"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."*

Aquest és el marc legislatiu que dona cobertura a les ordenances municipals. Es tracta certament d'un marc general. Difícilment podria ser de cap altra manera, ja que la varietat de comportaments susceptibles d'afectar la convivència i el bon ús de la via pública i els serveis públics és tendencialment infinita. D'altra banda, els comportaments susceptibles de ser socialment acceptats o rebutjats varien en funció de les característiques, la tradició o la cultura de cada col·lectivitat local. Un localisme que no pot ser abordat per una llei, de caràcter necessàriament general.

La reforma de 2003 intenta donar resposta al problema a partir d'un marc legal certament general. Precisament la suficiència del marc legal és un dubte que ha planejat constantment en els plets entaulats contra les ordenances municipals. La inconstitucionalitat de la Llei pel fet de deslegalitzar en excés ha estat una al·legació recurrent en aquest sentit.

La qüestió no és senzilla, ja que les ordenances de convivència cívica solen ser summament prolixes pel que fa a les matèries o als temes que aborden. Així, és usual que s'hi incloguin obligacions o prohibicions tan heterogènies com la pràctica de jocs al carrer, el con-

sum de begudes alcohòliques, l'estesa de roba a les obertures dels edificis, la col·locació de cartells, les manifestacions, la higiene personal, acampar a la via pública, els sorolls, la venda ambulat, banyar-se a les fonts, l'abandonament de residus, la vestimenta personal, olors, neteja, caçar o maltractar ocells o altres animals... Com es comprèn, no és possible assegurar una cobertura legislativa precisa en matèries tan disperses.

Doncs bé, fins ara el marc legislatiu de 2003 no ha estat qüestionat per la jurisprudència. En termes generals, els tribunals l'han considerat suficient per confirmar el gruix dels il·lícits tipificats en les ordenances municipals reguladores de la convivència i l'ús d'espais i de serveis públics.

Un dels aspectes essencials confirmats és l'admissió de la tipificació mitjançant conceptes jurídics indeterminats. Certament no seria possible predeterminar els il·lícits de manera exacta, ja que, com s'ha dit, els comportaments veïnals susceptibles de resultar antisocials són summament variats, i, en bona mesura, sorgeixen imprevisiblement, com a conseqüència de l'evolució en els comportaments socials. En aquest context no queda més remei que construir els tipus infractors a partir de la utilització de conceptes o referències una mica inconcrets com ara, per exemple, *"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 cas és que la possibilitat de tipificar infraccions sobre la base de conceptes jurídics indeterminats és una opció admesa per la jurisprudència, sempre que el concepte no aboqui a una inseguretat jurídica insuperable i que la seva concreció sigui raonablement factible en virtut de criteris lògics, tècnics o d'experiència (STC núm. 149/1991).

El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya s'ha plantejat en diverses ocasions el tema, amb el resultat d'avaluar les ordenances impugnades pel que fa als tipus infractors. La sentència de 7 d'abril de 2010 (recurs núm. 145/2010) és una mostra d'aquesta postura jurisprudencial quan considera que la Llei de bases del règim local dona cobertura suficient als il·lícits tipificats, en aquest cas per part de l'Ajuntament de Lleida, en determinar els aspectes nuclears de l'antijuricitat de les conductes prohibides o sancionades.

Així doncs, hem passat d'una doctrina inicial summament restrictiva pel que fa a la possibilitat de tipificació d'il·lícits mitjançant ordenances municipals, a

una situació molt més fluida a partir de la jurisprudència dels anys 2001-03.

No obstant això, la qüestió no ha quedat encara estabilitzada. El debat i les solucions jurisprudencials s'han situat en un terreny molt casuístic, en el qual la suficiència de cobertura legal esdevé una apreciació bastant subjectiva que l'òrgan jurisdiccional fa il·lícit per il·lícit.

D'altra banda, no es pot dir que l'avanç del període 2001-03 estigui consolidat. Com es veurà, la sentència dictada pel Tribunal Suprem el 14 de febrer de 2013 ha suposat un retrocés significatiu.

Sigui com sigui, un cop transcorregut un temps prudencial de rodatge d'aquest nou marc legal, convé posar en relleu els aspectes en què la cobertura legal s'ha manifestat insuficient.

### 3. La introducció d'il·lícits relacionats amb l'exercici de drets fonamentals

Bona part de les activitats que es desenvolupen a la via pública són expressió de drets fonamentals. Així succeeix, per exemple, amb el dret a la llibertat i a la seguretat, el de lliure circulació, els de reunió i manifestació, la llibertat religiosa i de creences, o el dret a la intimitat personal i la pròpia imatge. És a l'àgora on es manifesta la vessant social de l'individu.

La qüestió és que, segons imposa l'article 81 de la Constitució, el desenvolupament dels drets fonamentals és una matèria reservada no ja a la llei, sinó a la llei orgànica.

Aquest requisit ha estat matisat pel 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 necesarios 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, respec-*

*to 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 maig).*

Per tant, més enllà del seu caràcter reglamentari, una ordenança sí que pot incidir en la regulació municipal dels drets fonamentals i de les llibertats públiques, ja que el criteri general és que pot regular matèries accessòries d'aquests drets fonamentals, i, sobretot, pel que fa a les manifestacions de la convivència o vida col·lectiva dins del terme municipal al qual es dirigeix, on l'esfera protectora del dret fonamental no arriba als aspectes accessoris, accidentals o circumstancials.

Cal afegir també un argument addicional, en el sentit que l'article 10 de la Constitució estableix un primer límit als drets fonamentals que és el dels drets dels altres. Un límit que té no ja rang de llei orgànica, sinó rang constitucional. Aquest ha estat un argument utilitzat pel Tribunal Superior de Justícia de Castella i Lleó en la sentència de 8 d'octubre del 2013 (recurs núm. 669/2012), dictada a propòsit de l'Ordenança de Valladolid, per legitimar, per exemple, una prohibició de col·locar cartells i altres formes de propaganda i publicitat en conflicte amb la llibertat d'expressió.

Per tant, hi ha un espai normatiu per al reglament municipal, però és exigible una cobertura legal –eventualment de llei orgànica– d'una intensitat imprecisa. En aquest punt, el Tribunal Suprem ha efectuat una interpretació regressiva en la sentència de 14 de febrer de 2013 (recurs núm. 4118/2011), dictada a propòsit de la prohibició del vel integral inclosa en l'Ordenança de Lleida. Aquesta sentència entén que el desenvolupament dels drets fonamentals queda reservat íntegrament a la llei també en els aspectes accessoris. Hi afegeix el Tribunal que, si bé les ordenances municipals només queden vinculades negativament a la llei, aquesta vinculació negativa comença a la mateixa Constitució, que al seu torn exigeix una llei per limitar drets fonamentals. Un argument pel qual sembla recupear la vinculació positiva en una mena d'acrobàcia argumental.

Deixant els plantejaments generals al marge, vegem alguns dels problemes concrets que la jurisprudència ha posat de manifest respecte als sistemes sancionadors articulats mitjançant les ordenances de convivència:

### 3.1. Vel integral i llibertat religiosa

El tractament mitjançant ordenança municipal d'aspectes relacionats amb la llibertat religiosa, s'ha posat de manifest a propòsit de la regulació de l'ús d'indumentàries que oculten la cara dels seus usuaris. El conflicte va sorgir a propòsit de l'Ordenança municipal de Lleida quan va introduir la prohibició de l'ús d'aquestes indumentàries, específicament del "*velo integral, pasamontañas, casco integral u otras vestimentas o accesorios que impidan la identificación y la comunicación visual de las personas*" als espais d'ús o de servei públic municipal. El Tribunal Suprem ha abordat la qüestió en la sentència ja esmentada de 14 de febrer de 2013, rebutjant que els municipis puguin regular la qüestió sense una major cobertura.

El Tribunal declara que l'autonomia local, el principi de vinculació negativa a la llei que se'n deriva, i l'eventual disponibilitat de competències en una matèria determinada, no exclouen la necessitat de cobertura legal suficient per establir obligacions, o prohibicions i sancions, en matèries que afecten un dret fonamental com és la llibertat religiosa, almenys en aspectes accessoris d'aquests drets. En la sentència s'arriba a qüestionar la mateixa competència municipal per limitar drets fonamentals, independentment de la cobertura legal que hi pugui haver:

*"[...] 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 possibilitat d'establir prohibicions i la possibilitat de definir infraccions i preveure sancions, de manera que les primeres són el

pressupòsit de les segones. En altres paraules, l'habilitació per imposar sancions en una matèria determinada no significa necessàriament una habilitació per establir prohibicions en aquesta mateixa matèria:

*"[...] 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."*

Quant al fons de la qüestió, la sentència esmentada constata que la llibertat religiosa inclou la possibilitat d'exterioritzar les manifestacions pròpies de la religió que es professa, *"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 llibertat la limitació de la qual queda sotmesa a exigències rigoroses, de manera que ni tan sols la clàusula de preservació de l'ordre públic, que l'article 16 CE inclou en formular aquest dret fonamental, pot operar com una sort de comporta oberta a la introducció de restriccions generals.

En definitiva, la sentència invalida en aquest punt l'Ordenança municipal, per l'absència de cobertura legal específica que permeti als municipis prohibir o sancionar l'ús de vestimentes com les assenyalades.

Certament, des d'un punt de vista social i polític, pot ser molt qüestionable la possibilitat d'introduir restriccions a la indumentària quan aquesta quedi d'alguna manera vinculada a una opció religiosa. Cal esmentar en aquest punt la Recomanació núm. 1927 (2010) del Consell d'Europa sobre Islam, Islamisme i Islamofòbia a Europa, en el sentit d'*"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 [...]"*

Per la seva banda, una autoritat com Martha Nussbaum, professora d'Ètica i Dret a la Universitat de Chicago, ha posat en relleu la hipocresia que és subjacent a les raons que les societats occidentals al·leguen per justificar una coacció que comporta –segons la seva opinió– una discriminació evident.

El cas és que el Senat espanyol va aprovar amb data 23 de juny de 2010 una moció, instant el Govern *"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 estat infructuosa fins ara.

### 3.2. Nudisme

Un altre aspecte conflictiu és la prohibició del nudisme als espais públics.

L'Ajuntament de Barcelona va abordar la qüestió en una reforma de l'Ordenança de convivència aprovada l'any 2011, reforma que va ser impugnada per grups nudistes.

El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya va avalar al començament el plantejament municipal (sentència de 25 de març del 2013), tot i que la qüestió pot ser dubtosa a la vista de la sentència del Tribunal Suprem esmentada a l'apartat anterior. En efecte, es pot admetre inicialment que el nudisme és l'expressió d'una creença personal, i el cas és que la llibertat de creences i la llibertat religiosa són drets de formulació, característiques i garanties simètriques.

En aquest cas, l'Ajuntament va fonamentar la nova regulació 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"*. Es tracta, doncs, d'una previsió normativa que respon a l'ordenació de la convivència entre persones de diverses sensibilitats i creences a l'espai públic comú, d'acord amb l'habilitació de l'article 139 de la Llei 7/1985, de bases del règim local.

Cal fer notar que el títol competencial es refereix precisament a la convivència d'interès local, de manera que es remet a una harmonització dels valors socials i convivencials sentits subjectivament per la col·lectivitat local com a tals, ponderació que l'Ajuntament va efectuar des de la legitimitat democràtica i representativa que li és pròpia.

Com s'ha apuntat, es pot admetre que el nudisme és una manifestació de la llibertat de creences emparada en l'article 16 de la Constitució espanyola. Doncs bé, com succeeix amb la llibertat religiosa, la nostra jurisprudència constitucional ha establert que la llibertat ideològica no es manifesta només en un àmbit intern de la persona, en el sentit d'emparar el seu ideari existencial, sinó que té al seu torn una vessant externa –*agere licere*–, dimensió que habilita els ciutadans per actuar d'acord amb les seves conviccions i mantenir-les davant de tercers. Aquesta manifestació externa no queda limitada a les expressions orals o escrites, “*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 dret configurat així té una vinculació immediata amb el dret a no ser discriminat per raons de creences o religió (STC núm. 141/2000). Aquesta darrera sentència posa de manifest, així mateix, que la manifestació d'*agere licere* té intensitat diferent en funció que es projecti sobre la pròpia conducta i la disposició que sobre la mateixa faci cada ciutadà, o repercuteixi sobre tercers, sia l'Estat o els altres particulars, obligant-los a un deure d'abstenir-se d'interferir o fent que els tercers esdevinguin destinataris de les mateixes creences.

Doncs bé, la qüestió rau precisament en la col·lisió entre aquesta llibertat de manifestació pública de la creença i el seu encaix a l'entorn social que la rep. En aquest sentit la sentència núm. 141/2000 determina el següent:

*“Sin embargo, cuando esa misma protección se reclama para efectuar manifestaciones externas de creencias, esto es, no para defenderse frente a las intrusiones 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 plantejament anterior es pot deduir que el dret a manifestar les pròpies creences queda limitat, ja en la seva configuració inicial, per la necessitat de mantenir l'ordre públic protegit per la llei.

L'ordre públic és un concepte que no queda limitat necessàriament al manteniment de la seguretat física de persones o béns. Aquest concepte té, així mateix, una accepció general que es pot vincular també a la convivència pacífica al si de la col·lectivitat.

La sentència del Tribunal Constitucional núm. 136/1999 argumenta, en aquest sentit, que quedaria fora de la llibertat ideològica un eventual comportament 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."*

Per tant, la llibertat de creences i la seva projecció en el comportament personal troben uns límits en l'ordre públic i en un eventual resultat de violència, sia aquesta física o psíquica; o, com s'esmenta en la sentència reproduïda, en la integritat moral de tercers.

Certament en el nostre ordenament hi ha molts plantejaments jurídics de base ètica o moral. No hi ha cap obstacle en aquest sentit, de manera que no es pot descartar ja d'entrada la juridicitat d'arguments de naturalesa moral per aquesta senzilla dada. En aquest sentit, l'article 6 de la Declaració de Roma, a la qual s'ha al·ludit abans, admet expressament la moral pública com un límit legítim a la manifestació exterior de la llibertat de pensament.

Doncs bé, la convivència pacífica respon a un conjunt de pautes col·lectives que inclouen no només drets en sentit jurídic, sinó també concepcions i usos socials, així com plantejaments ètics, morals i culturals que constitueixen convencions col·lectives. Tots ells informen el bé jurídic que és la convivència pacífica de la comunitat local i l'ordre públic que aquesta representa.

No hi ha dubte que el nudisme és una creença plenament respectable com a tal, com també ho és inicialment la projecció d'aquesta convicció en una actitud vital. Tampoc no hi ha dubte que la tolerància és una pauta essencial en el nostre comportament col·lectiu. És també cert que, en abstracte, els drets actius reben

una protecció més intensa que l'eventual dret a no suportar les conseqüències de l'exercici d'aquells. L'evolució –fins i tot la transgressió– en la forma de vestir i en la imatge social que projecta l'individu ha estat una constant en l'evolució de la nostra societat, que no podria ser explicada sinó com a resultat d'aquesta evolució. Així mateix, la permissivitat social ha evolucionat en aquest sentit, fent possible un major marge de llibertat individual.

La qüestió és si, reconeixent els valors anteriors, es pot admetre una regulació que tingui en compte un estat d'opinió, i unes conviccions socials generalitzades i intenses sobre la nuesa als espais públics, per fonamentar raonablement una prohibició en aquest sentit. Prohibició que, cal reiterar-ho, trobaria la base jurídica en la defensa de la convivència pacífica i la vinculació d'aquest valor amb l'ordre públic social.

Novament estem, doncs, davant un dubte raonable sobre si l'actual marc de la Llei de bases del règim local empara prou una prohibició com la del nudisme com a pràctica que afecta la convivència, o esdevé indispensable una cobertura legal explícita.

### 3.3. Prostitució a la via pública i mendicitat

També són freqüents les ordenances municipals que prohibeixen i penalitzen determinats comportaments, com l'oferiment o la pràctica de serveis sexuals a la via pública.

Doncs bé, novament es tracta de determinar si l'anterior il·lícit troba fonament en una norma de rang suficient. Cal assenyalar en aquest sentit que resulta particularment útil en aquest cas la inclusió de determinades habilitacions en normes singulars de ciutats com Barcelona (Llei 22/1998, de la Carta municipal de Barcelona). Una norma que atribueix a l'Ajuntament la facultat de regular mitjançant ordenança les conductes constitutives d'infracció administrativa greu en relació, entre d'altres, amb els comportaments incívics (article 126), i que reconeix la competència municipal per sancionar en les ordenances municipals els actes contraris a l'ordre i la seguretat ciutadana, en l'àmbit de les relacions de veïnatge (article 128). Així mateix, la Llei catalana 1/2006, de règim especial del municipi de Barcelona, estableix la competència de l'Ajuntament de Barcelona per tipificar en les ordenances municipals infraccions referides tant a la prestació de serveis com al subministrament de béns a l'espai públic sense lli-

cència municipal, o la mera demanda o adquisició d'aquests serveis o béns.

Així mateix, es pot trobar cobertura addicional en la Llei orgànica 1/1996, de protecció jurídica del menor.

Però el cas segueix sent el mateix. La prostitució no és una activitat en si mateixa il·lícita, de manera que inicialment la seva prohibició afecta el dret de llibertat. En aquest context, pot sorgir el dubte raonable sobre si la Llei de bases del règim local empara suficientment la prohibició de determinades activitats professionals d'aquesta naturalesa, fins i tot la simple oferta o demanda de serveis.

El mateix dubte es pot plantejar davant la mendicitat exercida sense coacció sobre els transeünts. En definitiva, i deixant al marge la utilització de menors o el fenomen de les xarxes de mendicitat, la mendicitat no és més que una petició de solidaritat que un ciutadà efectua als seus conveïns.

#### 4. Les sancions no pecuniàries

En no poques ordenances es preveu la facultat de l'ajuntament de substituir la sanció de multa per sessions formatives, participació en activitats cíviques o altres tipus de treball per a la comunitat. Generalment aquestes prestacions es presenten com a sancions alternatives, igual que passa en l'àmbit penal.

El cas és que la normativa de règim local no preveu més que sancions de caràcter econòmic –article 142 de la Llei de bases del règim local i article 59 del text refós de les disposicions legals vigents en matèria de règim local, aprovat pel Reial decret legislatiu 781/1986–. L'excepció és novament la ciutat de Barcelona –article 29.3 de la Llei 22/1998, que aprova la Carta municipal de Barcelona–. D'altra banda, en el règim local general, no hi ha una mínima habilitació que permeti als ajuntaments un àmbit de decisió per substituir les sancions pecuniàries per altres penes alternatives, encara que sigui amb el consentiment de l'afectat.

El Codi penal preveu entre les penes menys greus els treballs en benefici de la comunitat de 31 a 180 dies [article 33.3 k)], i, com a penes lleus, els treballs en benefici de la comunitat d'1 a 30 dies [article 33.4 h)]. L'article 39 i) qualifica aquesta pena de privativa de drets. I l'article 49 regula els límits i les condicions per al compliment de la mateixa, en establir 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, [...]”*

Per la seva banda, la Llei orgànica 5/2000, de responsabilitat penal dels menors, preveu així mateix la pena de treballs per a la comunitat, igualment només quan el mateix menor sotmès a aquesta presti el seu consentiment, no els seus pares.

Certament, la utilització d'aquestes penes alternatives és una possibilitat suggerent, ja que pot contribuir a una finalitat de rang constitucional com la rehabilitació de l'infractor. Per aquest motiu no només s'utilitza aquesta via en l'àmbit penal, sinó també en determinats àmbits administratius, com ara la regulació sobre trànsit i seguretat vial. D'altra banda, no hi ha dubte que aquest tipus de penes de caràcter personal poden resultar més pròximes al principi d'igualtat que la pena pecuniària, en la mesura que aquesta queda lligada a la capacitat financera de l'infractor.

En el cas que les sancions alternatives siguin acceptades per l'infractor, la situació es podria justificar considerant que es tracta d'un supòsit de finalització del procediment mitjançant acord. L'article 88 de la Llei 30/1992 preveu, en efecte, aquesta possibilitat, sempre que el pacte o conveni *“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”*.

Com es pot observar, la Llei esmentada només requereix una previsió normativa, sense especificar-ne el rang formal. Ara bé, aquest plantejament no ha servit per evitar el rebuig dels tribunals (Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, sentències de 7 d'abril de 2010 –recurs núm. 145/2007– i de 15 de febrer de 2013 –recurs núm. 98/2011–), que consideren que la Llei tanca la qüestió en preveure exclusivament sancions pecuniàries per a les infraccions d'ordenances municipals.

Novament, per tant, cal una cobertura específica en una norma amb rang formal de llei.

## 5. El decomís de mercaderies i instruments utilitzats en la infracció

També és freqüent que les ordenances municipals prevegin el decomís dels estris i el gènere objecte de la infracció, o que hagin servit directament o indirectament per a la comissió de la mateixa, així com dels diners, fruits o productes obtinguts amb l'activitat infractora. Un decomís que es pot plantejar inicialment, en el moment de la denúncia, en aquest cas amb un caràcter temporal mentre es tramita l'expedient, o com a mesura paral·lela a la sanció.

Doncs bé, es pot entendre que els béns objecte de comís són propietat de l'afectat, de manera que amb aquesta mesura es produeix una situació de requisa inicialment contrària al dret constitucional a la propietat. Una situació que serà admissible només en la mesura que trobi prou cobertura legislativa.

Com s'ha apuntat, el decomís pot constituir una sanció complementària, com preveu l'article 127 del Codi penal, o una mesura cautelar. Segons s'ha raonat en l'apartat anterior, la primera possibilitat no té cabuda, atesa la reserva de llei existent pel que fa a la determinació de les sancions municipals. Per tant, per ara només es podria admetre el decomís com una mesura cautelar.

Doncs bé, en termes generals, l'article 72 de la Llei 30/1992 regula les mesures cautelars paral·leles al procediment a partir de determinades garanties. En primer lloc, han de ser adoptades un cop incoat formalment el procediment, i només abans de la incoació si hi ha una previsió expressa en una norma amb rang de llei, que no és el cas. Tanmateix, en matèria sancionadora, l'article 136 de la mateixa Llei exigeix sempre una cobertura legal de la mesura provisional. Així mateix, resulta exigible que la mesura cautelar estigui precedida d'una resolució expressa i motivada; resolució que correspon prendre precisament a l'òrgan competent per adoptar la resolució sancionadora, no a l'agent denunciant. A més, la mesura cautelar queda vinculada legalment a una finalitat molt específica, que és la d'assegurar l'eficàcia de la resolució. L'ordenament estableix així mateix un límit negatiu, en el sentit que la mesura no pot vulnerar drets emparats per les lleis.

El Reial decret 1398/1993 inclou motius addicionals per justificar les mesures cautelars, com assegurar el bon fi del procediment, evitar el manteniment dels efectes de la infracció, o atendre les exigències dels

interessos generals. Ara bé, pel que fa al decomís o a la retirada de productes, l'article 15.2 limita aquesta possibilitat als supòsits en què el decomís sigui necessari per raons de sanitat, higiene o seguretat, a banda de les finalitats previstes en les normes específiques.

Finalment, la Llei orgànica 1/1992, de seguretat ciutadana, admet també la possibilitat de mesures cautelars en l'àmbit dels procediments sancionadors relacionats amb els il·lícits concrets que preveu aquesta Llei. Però igualment en aquest cas només és possible la seva adopció un cop incoat formalment el procediment sancionador, excepte el supòsit excepcional del risc de desaparició d'armes o explosius, o l'existència de greu risc i perill imminent per a les persones i els béns. Aquest és l'únic supòsit en què s'admet que les mesures siguin adoptades directament pels agents de l'autoritat.

En definitiva, les mesures de decomís no tenen cobertura legal. Certament, el Reglament del procediment per a l'exercici de la potestat sancionadora fa un esforç per estendre aquesta possibilitat més enllà dels límits establerts en la Llei, però la situació és summa-ment precària envistes de la reserva de llei que també regeix en aquesta matèria. Aquesta va ser la raó que va portar el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya a anul·lar el precepte de l'Ordenança cívica de Salou que permetia el decomís dels instruments o el gènere objecte de la infracció (sentència de 15 de febrer de 2013, recurs núm. 98/2011).

## 6. Culpabilitat i responsabilitat

Una altra previsió freqüent en les ordenances que resulta qüestionable, és la que es refereix a l'establiment de responsabilitat solidària en matèria sancionadora.

S'ha plantejat aquesta forma de responsabilitat en dos supòsits: un es refereix a la solidaritat derivada de la impossibilitat de determinar el grau de culpabilitat amb caràcter individual; l'altre es refereix a la responsabilitat dels pares o tutors respecte als il·lícits comesos pels seus fills o tutelats.

El cas és que la responsabilitat solidària només és admesa formalment per la Llei 30/1992 en les situacions en què el compliment de l'obligació infringida correspongui a diverses persones conjuntament, o en el cas de culpa *in vigilando* per a qui tingui l'obligació de prevenir l'il·lícit, com a deure que estableixen les lleis –article 130.3–.

## 6.1. Solidaritat per comissió col·lectiva de la infracció

El supòsit de solidaritat derivada de la impossibilitat de determinar de manera precisa l'autor de la infracció ha quedat admès amb reticència, en els termes següents:

*“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 responsabilidad 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 Catalunya, sentència núm. 1156/2009).

## 6.2. Responsabilitat de pares o tutors

La responsabilitat dels pares o tutors respecte a les infraccions comeses pels menors al seu càrrec, ha estat rebutjada pels tribunals en diverses ocasions (sentències dictades pels tribunals superiors de Madrid –29 de novembre de 2012, recurs núm. 228/2011–, de Castella i Lleó –5 i 15 de desembre de 2006– i de Catalunya –sentència núm. 883/2006).

En elles s'entén que imputar els garants dels autors de les infraccions que siguin menors d'edat és contrari a la previsió de l'article 130.3.2 de la Llei 30/1992. Un precepte que exigeix que aquesta responsabilitat per l'acció d'un tercer sigui determinada per les lleis reguladores dels diferents règims sancionadors, supòsit que no es dona ni en la Llei 30/1992 ni tampoc en la Llei orgànica 1/1992, de seguretat ciutadana. La Llei de bases del règim local no inclou cap previsió en aquest sentit, que permeti superar les regles sobre títols d'imputació establertes amb caràcter general en la Llei 30/1992.

El Tribunal Superior de Justicia de Castella i Lleó estableix en aquest sentit el següent:

*“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 comportament passiu

La mateixa sort ha corregut la penalització de l'anomenat comportament passiu respecte a il·lícits consistents en l'atemptat contra la dignitat de les persones i similars; és a dir, una mena de participació consistent en el consentiment d'aquests il·lícits. També en aquest cas ha considerat la jurisprudència (Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, sentència de 26 de març de 2009) que la inclusió del comportament discriminatori passiu topa amb el principi de culpabilitat que regeix en matèria sancionadora, i que preveu l'article 130 de la Llei 30/1992, en exigir que el responsable de les infraccions administratives sigui l'autor de les mateixes. El Tribunal entén 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”*. ■