

El derecho al desnudo en lugares públicos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

de Rafael Naranjo de la Cruz

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Desnudo público y derechos del CEDH. – 2.1. Libertad de expresión. – 2.2. Derecho a la vida privada. – 2.3. Libertad de pensamiento y de conciencia. – 3. El requisito de previsibilidad legal de la medida. – 4. Análisis de los objetivos legítimos perseguidos. – 5. El examen de la necesidad de la medida. – 5.1. Consideraciones generales. – 5.2. El margen de apreciación nacional. – 5.3. Los deberes y responsabilidades de quienes ejercen la libertad de expresión. Sobre la relevancia de la ofensa. – 5.4. La proporcionalidad de la pena. – 6. Conclusiones.

1. *Introducción*

Si existe en las sociedades democráticas actuales una costumbre compartida por el común de las personas es aquella de salir a la calle vestidas. Antes de hacerlo, se pueden preguntar si se van a poner una prenda u otra, pero en raras ocasiones alguien se plantea si va a salir de casa vestido o desnudo. Las razones pueden ser diversas: para unos será la convicción, justificada o no, de que el desnudo en los espacios públicos se encuentra prohibido; para otros, razones de respeto, vergüenza, pudor, o incluso, para las personas más atrevidas, un deseo de no destacar o no llamar la atención. Lo cierto es que la práctica está tan asentada en nuestra sociedad que difícilmente alguien se la cuestiona. Como reverso de este estado de cosas, la gama de reacciones imaginable ante el encuentro no consentido con una persona desnuda en un espacio público puede ir desde el júbilo o la hilaridad en algunos a la sorpresa, pasando por la indignación o, incluso, en función de las circunstancias, el miedo. Lo cierto es que el desnudo en un espacio público, cuando ocurre de manera excepcional, no deja indiferente a la persona espectadora.

Siendo esto así, podría también sorprender el hecho de que mostrarse desnudo en un espacio público pudiera ser considerado en el ámbito de los países que integran el Consejo de Europa, al menos en algunos casos, una manifestación de un derecho humano. Y, sin embargo, después de la lectura de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) en los casos

* Esta publicación es parte del proyecto de excelencia “La génesis de nuevos derechos fundamentales en España en el marco del constitucionalismo global (IUSGÉNESIS)”, ProyExcel_00457 del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI 2020) – Convocatoria 2021, Consejería de Universidad, Investigación e Innovación de la Junta de Andalucía, y del proyecto de I+D+i “La génesis de nuevos derechos fundamentales en el constitucionalismo global” PID2021-126875OB-I00R, financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033/ “FEDER Una manera de hacer Europa”.

Gough c. Reino Unido, de 28 de octubre de 2014, y, más recientemente, Bouton c. Francia, de 13 de octubre de 2022, no es posible descartar tal conclusión¹.

Los hechos del caso Gough c. Reino Unido son suficientemente conocidos. Stephen Peter Gough, el demandante, fue de manera reiterada detenido, procesado, condenado y preso por estar desnudo en público. El Sr. Gough se adhería a una creencia firmemente sostenida en la inofensividad del cuerpo humano. Esta le llevó a su vez a otra en el nudismo social, que expresaba estando desnudo en público, que expresaba estando desnudo en público. En 2003 decidió caminar de este modo desde Land End en Inglaterra hasta John O’Groats en Escocia, ganándose por este motivo el apodo de “el excursionista desnudo” (*the naked Rambler*) (§ 6).

La sentencia detalla un impresionante listado de detenciones, procesamientos, condenas y sucesos de entrada y salidas de prisión desde ese momento; concretamente, hasta 36 detenciones en el plazo que va desde el 29 de julio de 2003 hasta el 20 de julio de 2012 (§§ 9 a 89). En el párrafo 163, la sentencia menciona cuarenta y dos delitos por los que fue detenido en nueve años. Los arrestos se hacían con el cargo de escándalo público (*public indecency*) y, de manera alternativa o cumulativa, *breach of peace*, figura que podría ser traducida como “alteración del orden público”, “creación de alarma social” o, más literalmente, “quebrantamiento de la paz”.

El relato de los hechos muestra un patrón, en virtud del cual cuando el Sr. Gough era puesto en libertad, volvía inmediatamente a desnudarse, a veces en el propio aparcamiento de la prisión o en ocasiones en carreteras o calles principales y transitadas. Su insistencia en permanecer desnudo le valió incluso numerosas condenas por desacato, por negarse a vestirse durante las vistas orales o mientras permanecía, en el centro penitenciario, en régimen de aislamiento. Mantuvo su posición incluso cuando se le pidió que se vistiera como condición para recibir tratamiento médico en prisión o visita de familia y amigos (§§ 91-94). Entre condenas por alteración del orden público y desacato la suma de meses a los que fue condenado fue de 115 y 18 días. En total, estuvo encarcelado en Escocia durante más de siete años, con menos de una docena de días de libertad en todo ese período (§ 175).

Aclaremos aquí que ninguna referencia se realiza en la sentencia a su estado mental, más que una alusión al hecho de que una condena de 11 de enero de 2010 fue suspendida hasta el 8 de febrero para llevar a cabo nuevas valoraciones psiquiátricas y psicológicas (§ 69).

En el caso Bouton c. Francia, por su parte, la demandante era una activista Femen, un colectivo feminista de mujeres conocido por reivindicar su ideología

¹ Una defensa del derecho a mostrarse desnudo en público, en B. DE VRIES, *The right to be publicly naked: a defence of nudism*, en *Res Publica*, 2019, 407-424. Un examen comparado, a partir de Gough c. Reino Unido, del tratamiento del desnudo público en Europa y en Estados Unidos puede verse en C. GUTWEIN, *Penises, Nipples and Bums, Oh my!: An examination of how freedom of expression applies to public nudity*, en *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2021, 349-375 (<https://ijgls.indiana.edu/>).

mediante protestas de diverso tipo, en todas las cuales las mujeres participantes muestran los pechos desnudos. Así fue como la Sra. Bouton se manifestó el 20 de diciembre de 2013 ante el altar de la iglesia de la Madeleine de París. En el torso llevaba la inscripción “344 puta”, en referencia al conocido como “manifiesto de las 343”, a favor de la legalización del aborto; en la espalda se podía leer “Navidad cancelada”. Así, sostuvo dos trozos de hígado de ternera en las manos, con la intención de simbolizar al niño Jesús abortado. La actuación de la demandante se enmarcaba en el contexto de una acción internacional de la organización para denunciar la postura de la Iglesia sobre la interrupción voluntaria del embarazo. Su actuación fue recogida por diferentes medios de comunicación, a los que había avisado previamente.

Los hechos fueron sancionados en esta ocasión como delito de exhibición sexual del art. 222-32 del Código Penal francés, a un mes de prisión con suspensión de pena durante un período de un mes y la demandante fue condenada además a pagar al representante de la parroquia 2.000 euros por daños morales y a 1.5000 euros en concepto de costas². El citado precepto castiga, bajo el epígrafe de “agresión sexual”, “La exhibición sexual impuesta a otros en un lugar accesible a la vista del público”.

Este es el punto de partida de nuestro trabajo, cuyo objeto consiste en el estudio del contenido, alcance y límites de ese “derecho al desnudo” en los espacios públicos que ha sido acuñado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Centraremos nuestra atención exclusivamente en supuestos de desnudo público individual, no grupal³, y carente de connotaciones sexuales añadidas. Con este fin, repasaremos en primer lugar el vínculo que en dicha jurisprudencia se establece entre el desnudo público y algunos de los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), concretamente libertad de expresión (art. 10.1 CEDH), derecho a la vida privada (art. 8.1 CEDH) y libertad de pensamiento (art. 9.1 CEDH) para posteriormente adentrarnos en el examen de la legitimidad de la intromisión que la prohibición de la conducta o su correspondiente sanción puede implicar.

2. *Desnudo público y derechos del CEDH*

2.1. *Libertad de expresión*

En este epígrafe analizaremos la conexión existente entre algunos supuestos de desnudo en público y el derecho a la libertad de expresión del art. 10.1 CEDH. Estamos, por tanto, situados en una primera fase en el estudio del tema,

² Una descripción de los hechos puede verse en §§ 5 y ss. de la sentencia.

³ Un estudio del distinto tratamiento que recibe en Derecho el desnudo público individual y el que tiene lugar en determinados eventos masivos, en T. BENNETT, *State of undress: lam, carnival and mass public nudity events*, en *Griffith Law Review*, 2020, 199-219.

dirigida tan solo a examinar, no la conformidad con el Convenio de la conducta, sino si su prohibición o su sanción pueden ser vistas como una intromisión en este derecho.

Debe tenerse en cuenta al respecto que, para el TEDH, “una valoración acerca de si una conducta cuestionada cae dentro del alcance del artículo 10 del Convenio no debe ser restrictiva, sino inclusiva”⁴. Por este motivo, la tendencia general observable en su jurisprudencia es la de incluir en el ámbito de protección del derecho del Convenio invocado cualquier conducta que pueda reconducirse razonablemente al significado del precepto.

Sobre la base de este modo de proceder, el Tribunal europeo ha señalado que “La protección del art. 10 no está limitada a la palabra hablada o escrita, porque las ideas y las opiniones son también susceptibles de ser comunicadas por medios no verbales de expresión⁵ o a través de la conducta de una persona”⁶. En este sentido, se ha afirmado de manera reiterada que “el art. 10 del Convenio protege no solo la esencia de las ideas e informaciones expresadas, sino también la forma en la que estas son compartidas”⁷. Con este punto de partida, no puede sino rechazarse cualquier intento de negar en un caso el papel de la libertad de expresión basándose en el argumento de que el mensaje podría haber sido compartido a través de otros medios más convencionales, como pudieran ser el discurso oral, el escrito o imágenes⁸.

⁴ Murat Vural c. Turquía, de 21 de octubre de 2014, § 52.

⁵ Este es el caso del empleo de símbolos. Al respecto, pueden verse, entre otras, las sentencias Vajnai c. Hungría, de 8 de julio de 2008, sobre el uso de una estrella roja en público como símbolo del movimiento internacional de trabajadores (§§ 6 y 47) o, sobre la exhibición de una bandera asociada a un movimiento político, Fáber c. Hungría, de 24 de julio de 2012, § 36.

⁶ Karuyev c. Rusia, de 18 de enero de 2022, § 18. En este mismo sentido, pueden verse, entre otras, Steel y otros c. Reino Unido, de 23 de septiembre de 1998, que examina una protesta contra una cacería de urogallos y la extensión de una autopista (§ 92); Hashman y Harrup c. Reino Unido, de 25 de noviembre de 1999, en torno a la protesta por caza de zorro con interrupción de la misma (§ 28); Partido Cristiano Democrático del Pueblo c. Moldavia, de 2 de febrero de 2010, sobre la quema en público de la bandera rusa y de una foto del presidente de Rusia (§ 27); Tatár y Faber c. Hungría, de 12 de junio de 2012, sobre la exposición pública de ropa sucia, en representación de la “ropa sucia de la nación” (§§ 29, 36 y 40); Murat Vural c. Turquía (§ 44) e Ibrahimov y Mammadov c. Azerbaiyán, de 13 de febrero de 2020, relativas al vertido de pintura sobre las estatuas de figuras históricas del país; Shvydka c. Ucrania, de 30 de octubre de 2014, sobre la retirada de una cinta de una corona depositada por el jefe del Estado en el monumento a un famoso poeta ucraniano el Día de la Independencia (§ 38); Sinkova c. Ucrania, de 27 de febrero de 2018, que examina una performance consistente en freír huevos y salchichas en la “llama eterna” de un espacio dedicado a tumba del soldado desconocido (§ 100); Stern Taulats y Roura Capellera c. España, de 13 de marzo de 2018, sobre la quema de una fotografía boca debajo de los Reyes de España (§ 39); o Mătăsaru. c. Moldavia, de 15 de enero de 2019, donde se abordaba la exposición, ante el edificio de la Fiscalía General del Estado, de esculturas con forma de órganos genitales, como forma de protesta por la corrupción y por el control de los políticos sobre dicha institución (§ 31).

⁷ Murat Vural c. Turquía, § 53. En este sentido, véase Gough c. Reino Unido, § 149.

⁸ Cfr. Murat Vural c. Turquía, § 53.

Esto no significa, en la jurisprudencia del Tribunal europeo, que cualquier conducta de una persona pueda ser considerada una manifestación de su libertad de expresión. Al respecto, como se señala en *Murat Vural c. Turquía*, “para decidir si un acto o una conducta determinada caen dentro del ámbito del art. 10 del Convenio, se debe valorar la naturaleza del acto o conducta en cuestión, en particular su carácter expresivo, visto desde un punto de vista objetivo, así como el propósito o la intención de la persona que lleva a cabo el acto o realiza la conducta en cuestión” (§ 54)⁹.

Por otra parte, el TEDH ha sostenido en numerosas resoluciones que la libertad de expresión “se refiere no solo a «informaciones» o «ideas» que sean favorablemente recibidas o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también aquellas que ofenden, chocan o perturban; tales son las exigencias de pluralismo, tolerancia y apertura de mente, sin las que no existe «sociedad democrática»”¹⁰.

A partir de estas consideraciones, cabe concluir que el desnudo público dirigido a expresar, compartir o transmitir alguna opinión o creencia en torno al cuerpo humano desnudo cae dentro del ámbito de delimitación de la libertad de expresión del art. 10.1 CEDH. En este caso se podría decir que la exposición del cuerpo desnudo en colectividad es un modo de promover los cambios mentales, culturales, morales, sociales y jurídicos que pudieran, en un futuro, desembocar en una normalización del desnudo en público mismo.

En este sentido, el Tribunal europeo concluyó en *Gough c. Reino Unido* que “el desnudo público del demandante puede ser visto como una forma de expresión que cae dentro del ámbito del artículo 10 del Convenio y que su arresto, enjuiciamiento, condena y detención constituyeron medidas represivas tomadas como reacción a esa forma de expresión de sus opiniones por el demandante”, y que, por lo tanto, se había producido una injerencia en el ejercicio por el mismo de su derecho a la libertad de expresión (§ 150). De manera coherente, el Tribunal rechazó allí que la demanda pudiera ser inadmitida por ser “manifestamente mal fundada”, en el sentido del art. 35.3.a) CEDH (§ 151).

Cabe plantearse, no obstante, si, a partir de lo afirmado por el Tribunal en el caso *Gough*, se puede deducir que todo supuesto de desnudo en un espacio público constituya una manifestación de la libertad de expresión. La respuesta a esta cuestión ha de ser negativa. Lo que permite incluir el desnudo del caso *Gough* en el ámbito de

⁹ En aplicación de estos criterios el TEDH afirmó en *Murat Vural c. Turquía* que la conducta consistente en verter pintura sobre estatuas de Atatürk en dicho país podía ser vista, desde un punto de vista objetivo, como un acto de expresión, mientras que, en términos subjetivos, el demandante pretendía con su actuación mostrar su falta de afecto por Atatürk y su descontento con quienes gobernaban el país de acuerdo con la ideología kemalista (§ 54). En este mismo sentido, véase *Karuyev c. Rusia*, § 19.

¹⁰ Por todas, *Shvydka c. Ucrania*, § 31; *Stern Taulats y Roura Capellera*, § 39; *Ibrahimov y Mammadov c. Azerbaiyán*, § 164. En el mismo sentido, véase, Partido Democrático del Pueblo c. *Moldavia*, § 27. En este sentido, véase también *Bouton c. Francia*, § 42.

delimitación del derecho del art. 10.1 del Convenio es, como hemos visto, su condición de medio para la expresión de una idea. En este sentido, es particularmente relevante la apreciación realizada por el TEDH acerca de que “el demandante había elegido estar desnudo en público para dar expresión a su opinión sobre la naturaleza inofensiva del cuerpo humano” (§ 150). De este modo, el mero desnudo público, cuando es ocasional o simplemente motivado por una preferencia de la persona, de acuerdo con el estado actual de la jurisprudencia del Tribunal europeo, no parece merecedor, en principio, de consideración alguna como faceta de la libertad de expresión.

Otro tipo de desnudo es aquel utilizado como forma de protesta o reivindicación. El desnudo se pone aquí al servicio de un mensaje con un contenido distinto, al menos parcialmente, del constituido por el deseo de difundir una percepción alternativa del propio cuerpo humano. Es esta naturaleza comunicativa la que permite incluir esta modalidad en el ámbito de protección de la libertad de expresión del art. 10.1 del Convenio, al amparar esta, como hemos visto, no solo la esencia del mensaje, sino también la forma en la que este se transmite. Esta fue la conclusión alcanzada por el TEDH en *Bouton c. Francia*, donde se puede leer, con cita en *Gough c. Reino Unido*, que “la desnudez pública puede considerarse una de las formas de la libertad de expresión” (§ 30).

Este segundo supuesto nos deja la duda de si la misma conclusión se puede trasladar a otros casos en los que, a diferencia de lo que ocurre en *Bouton c. Francia*, no existe conexión de sentido alguna entre el desnudo mismo y la protesta o reivindicación que se intenta trasladar a la opinión pública. En definitiva, se trataría aquí de dilucidar si la protección que otorga la libertad de expresión a la forma en la que el mensaje es compartido es incondicional o, por el contrario, debe hacerse depender de la existencia de un vínculo mínimo de aquella con la esencia del mismo.

En resumen, el desnudo público, en la medida en que sea utilizado como modo de expresión de una idea sobre el propio cuerpo humano o puesto al servicio de una reivindicación o protesta, cae dentro del ámbito de protección de la libertad de expresión del art. 10.1 CEDH. Esto obligó al TEDH a analizar, en las sentencias que nos sirven de referencia, si las medidas sancionadoras adoptadas por los Estados demandados fueron o no conformes con las exigencias impuestas por el segundo apartado del art. 10 CEDH; a saber: si estaban previstas por la ley, si tenían un fin legítimo y si podían ser consideradas necesarias en una sociedad democrática¹¹. En estas cuestiones nos adentraremos más adelante. Pero antes,

¹¹ En virtud del art. 10.2 CEDH, “El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

para completar esta fase del análisis relativa a la delimitación de los derechos implicados, estudiaremos la posibilidad de considerar al desnudo público como manifestación, no solo de la libertad de expresión, sino también del derecho a la vida privada (art. 8.1 CEDH) y de la libertad de pensamiento (art. 9.1 CEDH), cuestiones planteadas, si bien de manera más somera, en *Gough c. Reino Unido*.

2.2. *Derecho a la vida privada*

Otro de los derechos invocados por el demandante en *Gough c. Reino Unido* fue el contenido en el art. 8.1 CEDH: el derecho a la vida privada. Al respecto, defendió que el modo de presentación personal de un sujeto era una función de identidad y un ejercicio de autonomía personal y que, como tal, cualquier restricción o la imposición de sanciones para forzar un modo particular de presentación constituía una injerencia en este derecho (§ 178).

Para valorar esta pretensión tenemos que partir del significado que en el CEDH adquiere el derecho a la vida privada de su art. 8.1, del que el derecho a la definición de la apariencia es manifestación. Como se dice en *Gough c. Reino Unido*, “El concepto de «vida privada» es amplio en alcance y no susceptible de una definición exhaustiva. En términos generales, asegura al individuo una esfera en la que puede libremente perseguir el desarrollo y la realización de su personalidad” (§ 182). Es esta vinculación al desarrollo y realización de la personalidad la que constituye el punto de conexión de ese derecho a la apariencia personal con el derecho a la vida privada del art. 8.1 CEDH. Al respecto, en la sentencia del caso *S.A.S. c. Francia*, de 1 de julio de 2014, se afirma también en este sentido que “las elecciones personales de un individuo respecto de su apariencia deseada, ya sea en lugares públicos o privados, se relacionan con la expresión de su personalidad y, por tanto, caen dentro de la noción de vida privada”, argumento que extiende a la elección relativa a la vestimenta (§ 107, con cita de sentencias y decisiones anteriores)¹².

A ello habría que añadir que, para el TEDH, “La noción de vida privada protege también un derecho a la identidad y a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior. Existe, por tanto, una zona de interacción de una persona con otras, incluso en un contexto público, que puede caer dentro del ámbito de la «vida privada»”¹³, sin que el hecho de que una conducta esté prohibida por una norma penal baste para sacarla de ámbito del derecho¹⁴.

Los argumentos anteriores parecen apuntar a la incorporación del desnudo público, en su modalidad de mera preferencia personal, en el ámbito de delimi-

¹² Este argumento, en relación con la decisión de dejarse barba, en *Biržietis c. Lituania*, de 14 de junio de 2016 (§ 58).

¹³ *Gough c. Reino Unido*, § 182, con cita de abundante jurisprudencia anterior.

¹⁴ *Gough c. Reino Unido*, § 183.

tación del derecho a la vida privada, en tanto que elección personal relativa a la apariencia y expresión, por ello mismo, de la propia personalidad. Desde esta perspectiva, tal y como se ha reconocido respecto de las normas de vestimenta, la prohibición del desnudo en los espacios públicos podría ser vista como una “intromisión continuada” en el derecho del art. 8.1 CEDH, al situar a su titular ante el dilema de, o bien cumplir la prohibición y abstenerse, por tanto, de ofrecer una apariencia personal acorde con su elección, o negarse a cumplirla, arriesgándose con ello a una sanción¹⁵.

Más dificultades podría plantear, sin embargo, si atendemos al discurso del TEDH en *Gough c. Reino Unido*, la pretensión de amparar en el citado derecho el acto del desnudo en público cuando, como allí ocurre, la intención de quien así se muestra es dar a conocer alguna creencia u opinión. Y es que el TEDH sostuvo en esta sentencia que se debía distinguir entre llevar a cabo una actividad por realización personal y llevar a cabo la misma actividad por un propósito público, supuesto este último en el que no se podía afirmar estar actuando únicamente para realizarse personalmente (§ 184). Al establecer una separación tan nítida entre ambos tipos de conducta, el Tribunal estaría ignorando, sin embargo, injustificadamente la posibilidad de que la actuación de la persona que se desnuda en público pueda responder simultáneamente tanto a fines de realización personal como a un propósito comunicativo incardinable en el derecho a la libertad de expresión.

Pero el argumento que permitiría al Tribunal europeo rechazar la entrada en juego del derecho a la vida privada en casos como el protagonizado por el Sr. Gough procede de una interpretación restrictiva del ámbito de ese derecho a definir la propia apariencia personal. En efecto, en *Gough c. Reino Unido* el TEDH afirmó que “por lo que respecta en particular a una elección personal individual como su apariencia deseada en público (como se dijo en *S.A.S.*, antes citado), en analogía con la aplicabilidad del artículo 9 del Convenio a creencias religiosas (...), el artículo 8 no puede ser utilizado para proteger toda opción personal concebible en ese ámbito: tiene que haber probablemente un nivel *de minimis* de seriedad en cuanto a la elección de la apariencia deseada en cuestión¹⁶. Si el requerido nivel de seriedad se ha alcanzado en relación con la elección del demandante de aparecer totalmente desnudo en todas las ocasiones en todos los lugares públicos sin distinción es algo que puede ser puesto en duda, teniendo en cuenta la ausencia de apoyo para tal opción en ninguna sociedad democrática conocida en el mundo” (§ 184).

¹⁵ Cfr. *S.A.S. c. Francia*, § 110, con cita de las sentencias de los casos *Dudgeon c. Reino Unido*, de 22 de octubre de 1981 (§ 41), y *Norris c. Irlanda*, de 26 de octubre de 1988 (§ 38), relativas a normas penales sancionadoras de la homosexualidad.

¹⁶ Cita, *mutatis mutandis*, en el ámbito del art. 9 CEDH, las sentencias de los casos *Bayatyan c. Armenia*, 7 de julio de 2011, § 110 y *Eweida y otros contra el Reino Unido*, de 15 de enero de 2013, § 81.

A partir de esta consideración, la cuestión de si el desnudo completo y continuado en público se encuentra o no en el ámbito de protección del derecho a la vida privada puede estimarse de algún modo no resuelta. De hecho, el Tribunal concluye de manera hipotética sus reflexiones sobre este punto poniendo de manifiesto que incluso en el caso de que se tuviera que considerar aplicable el art. 8 CEDH, la intromisión producida estaría justificada en virtud del apartado 2 del citado artículo por las mismas razones que el propio TEDH da en el caso de la libertad de expresión, y en las que nos detendremos más adelante. Por otra parte, el fragmento reproducido deja en el aire, en su literalidad, cuál sería el resultado de aplicar los criterios considerados a otros supuestos, en principio, excluidos allí del reproche del TEDH, como son los de desnudo parcial, ocasional o limitado a lugares concretos.

El criterio relativo al nivel de seriedad y a la falta de apoyo en las sociedades democráticas no deja de ofrecer algunas sombras. La primera se deriva de la posibilidad misma de rechazar por falta de seriedad decisiones personales que son, como el Tribunal europeo reconoce en el caso *Gough*, expresión de la propia personalidad. Otra sería el papel que concede a los órganos judiciales de árbitro de la seriedad de estas elecciones, especialmente si tenemos en cuenta la falta de criterios precisos que puedan servir de guía a tal decisión. El criterio podría actuar fácilmente entonces como puerta de entrada para consideraciones morales en ocasiones contrarias al sentido mismo que cabe atribuir a la mera existencia de un derecho como garantía de las minorías.

Finalmente, cabe señalar que la aplicación de ambos criterios por el Tribunal europeo ha supuesto un trato de favor hacia otras opciones relativas a la apariencia personal basadas en la religión, pero que, como ocurre con el *burka*, conllevan también una manifiesta radicalidad y encuentran difícilmente apoyo en los valores propios de las sociedades democráticas occidentales. Recordemos que, en relación con la decisión de la mujer de usar el velo integral, el TEDH ha establecido que "El hecho de que se trata de una práctica minoritaria y que parezca discutida (...) carece de pertinencia a este respecto" (§ 108). La diferencia en el enfoque utilizado para aproximarse a ambos supuestos es evidente.

2.3. Libertad de pensamiento y de conciencia

Hemos visto ya que en el caso *Gough c. Reino Unido* el demandante afirmaba actuar de acuerdo con su creencia en la inofensividad del cuerpo humano. Esto le llevó a sostener ante el Tribunal europeo que las medidas impuestas por las autoridades nacionales constituían una infracción del derecho a la libertad de pensamiento y de conciencia previsto en el art. 9.1 CEDH¹⁷.

¹⁷ En virtud de este precepto, "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones,

Sin embargo, de la jurisprudencia del TEDH se puede deducir que, ni toda opinión puede considerarse una creencia en el sentido del art. 9.1 CEDH, ni este protege “todo acto motivado o inspirado por una religión o creencia”¹⁸. En efecto, el Tribunal europeo ha sostenido que, “el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión sólo denota aquellas opiniones que alcanzan un cierto nivel de convicción, seriedad, coherencia e importancia”¹⁹. A partir de estos requisitos, el Tribunal ha procedido a realizar tanto un examen objetivo de las creencias mismas sostenidas²⁰, como un juicio, desde una perspectiva subjetiva, de la adecuación de la conducta de la parte demandante a ellas²¹, en el que resulta especialmente relevante la consistencia o falta de ella, en la invocación del derecho durante los procedimientos seguidos ante las autoridades nacionales²². Convicciones o creencias de suficiente “coherencia, seriedad, cohesión e importancia” como para atraer la garantía del art. 9 CEDH han sido consideradas, por ejemplo, la oposición al servicio militar “cuando está motivado por un conflicto serio e insuperable entre la obligación de servir en el ejército y una conciencia de la persona o sus creencias, religiosas o de otro tipo, profunda y auténticamente sostenidas”²³, o la observación de una dieta vegetariana por una persona de religión budista²⁴.

así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos”.

¹⁸ Entre otras, *Jakóbski c. Polonia*, de 7 de diciembre de 2010, § 44 o *Leela Forderkreis E.V. y otros c. Alemania*, de 6 de noviembre de 2008, § 80. Véase también, en este sentido, *Pretty c. Reino Unido*, de 29 de abril de 2002 (§ 82).

¹⁹ *Jakóbski c. Polonia*, § 44; *S.A.S. c. Francia*, § 55; *Eweida, c. Reino Unido*, §81; *İzzettin Doğan y otros c. Turquía*, de 26 de abril de 2016, § 68. Una crítica a este test puede verse en el voto particular concurrente de la Jueza Ziemele a la sentencia *Tsarturyan c. Armenia*, de 10 de enero de 2012 (punto 4). Allí se sostuvo, con ocasión de su uso en el caso concreto examinado, que se trataba de un criterio de control difícil y poco claro en su aplicación.

²⁰ Véase en este sentido, por ejemplo, *Leela Forderkreis E.V. y otros c. Alemania*, respecto de las enseñanzas de Osho, por las que el objetivo del desarrollo espiritual es la iluminación (§ 80); *Lautsi y otros c. Italia*, de Gran Sala, de 18 de marzo de 2011, en relación con el secularismo (§ 58); *İzzettin Doğan y otros c. Turquía* (§ 68), en relación con la fe aleví. En sentido contrario, el Tribunal europeo declaró inadmisibles la demanda del caso *De Wilde c. Países Bajos*, por no cumplirse los requisitos mencionados tanto en relación con la “Iglesia del Monstruo del Espagueti Volador” como con quien reclama profesar sus doctrinas (§ 55).

²¹ Esta perspectiva subjetiva, por ejemplo, en *Vavříčka y otros c. República Checa*, de 8 de abril de 2021, sobre vacunación obligatoria (§335).

²² Así, en *Vavříčka y otros c. República Checa*, el Tribunal tuvo en cuenta que al principio la parte demandante fundamentó su objeción en razones de salud (§ 334). Por su parte, la decisión de inadmisión en el caso *Szwed c. Polonia*, de 5 de diciembre de 2013, relativo al rechazo de la petición de una dieta vegetariana durante una detención, se basó en que el demandante reclamó esta dieta al principio, no por razones religiosas o por causa de sus creencias, sino porque le ayudaría a sentirse mejor.

²³ Por todas, *Bayatyan c. Armenia*, que analiza la objeción de conciencia presentada al deber de prestación del servicio militar por un testigo de Jehová (§§ 110-111).

²⁴ *Jakóbski c. Polonia*, § 45.

La verificación del cumplimiento del requisito mencionado desempeña un papel de suma trascendencia en el juicio del TEDH, pues solo a partir de la satisfacción de esta premisa el Tribunal ha destacado “el papel del Estado como organizador neutral e imparcial del ejercicio de las diversas religiones, confesiones y creencias, y ha afirmado que este papel favorece el orden público, la armonía religiosa y la tolerancia en una sociedad democrática. (...) también considera que el deber de neutralidad e imparcialidad del Estado es incompatible con cualquier facultad del Estado para evaluar la legitimidad de las creencias religiosas o las formas en que se expresan dichas creencias (...), y que este deber exige que el Estado garantice la tolerancia mutua entre grupos opuestos (...). En consecuencia, el papel de las autoridades en tales circunstancias no consiste en eliminar la causa de la tensión eliminando el pluralismo, sino en garantizar que los grupos enfrentados se toleren mutuamente (...)”²⁵.

El tratamiento que se hace en *Gough c. Reino Unido* del derecho a la libertad de conciencia se ve, sin embargo, muy condicionado por la falta de alegaciones al respecto por parte del demandante. Ante esta circunstancia, el Tribunal se limitó a señalar que este no había demostrado que su creencia cumpliera los requisitos necesarios de convicción, seriedad, coherencia e importancia para entrar en el ámbito del artículo 9 del Convenio. De hecho, declaró inadmisibles la queja por incompatible *ratione materiae* con las disposiciones del Convenio de conformidad con sus artículos 35.3 (a) y 35.4.

A nuestro juicio, no es posible afirmar, desde un punto de vista objetivo, que la creencia en la inofensividad del cuerpo humano sostenida por el Sr. Gough no se ajusta a los mencionados requisitos sin caer en una inadmisibles arbitrariedad – movida, posiblemente, por la influencia de prejuicios morales. Tampoco se puede reprochar, desde un punto de vista subjetivo, al demandante falta de convicción, coherencia, seriedad e importancia en el modo en que expresó su creencia. Al contrario, solo la concurrencia de estos rasgos explica que soportara las penalidades a las que quedó expuesto por su actuación. Además, “la existencia de un nexo suficientemente estrecho y directo entre el acto y la creencia subyacente”²⁶ en los hechos allí examinados está fuera de toda duda.

Por todo lo anterior, a nuestro juicio, comportamientos como el del Sr. Gough no pueden ser excluidos, de entrada, del ámbito de protección del art.

²⁵ S.A.S. c. Francia, § 127. Véase en este sentido también *İzzettin Doğan y otros c. Turquía*, § 107

²⁶ La cita completa del Tribunal europeo sería la siguiente: “un acto inspirado, motivado o influido por una religión o unas creencias, para que cuente como «manifestación» de las mismas en el sentido del artículo 9, debe estar íntimamente ligado a la religión o las creencias en cuestión. (...) la existencia de un nexo suficientemente estrecho y directo entre el acto y la creencia subyacente debe determinarse en función de los hechos de cada caso” (S.A.S. c. Francia, § 55; *Eweida c. Reino Unido*, § 82).

9.1 CEDH. La sanción de estas conductas conlleva, por tanto, en los supuestos indicados, una intromisión en la libertad de la persona de expresar sus convicciones, cuya conformidad al Convenio ha de ser analizada desde la perspectiva del art. 9.2 del mismo. Pese a todo, en este escenario hipotético, la extrapolación al problema del desnudo público de los criterios sentados, en torno al uso del velo integral, en la sentencia S.A.S. c. Francia permite augurar el escaso éxito que tendría una futura demanda que, en un supuesto similar, sí desarrollara su argumentación en torno a la posible violación del derecho del art. 9.1 CEDH. La amplitud del margen de apreciación otorgado por el Tribunal europeo a las autoridades nacionales en este tipo de supuestos en los que están en juego -en su opinión- reglas básicas que afectan a la vida en comunidad de una sociedad podría tener aquí un papel decisivo²⁷.

En definitiva, si bien en *Gough c. Reino Unido* no se llega a abordar el análisis del desnudo público desde el punto de vista de la libertad del art. 9.1 CEDG por falta de alegaciones del demandante, la jurisprudencia del TEDH existente hasta la fecha en torno a este derecho permite anticipar un escaso éxito a quien en el futuro intentara, en el marco de un caso de características similares, esta vía.

3. *El requisito de previsibilidad legal de la medida*

Una vez finalizado nuestro recorrido por los derechos que, en principio, se encuentran involucrados en el análisis jurídico del desnudo en público, toca adentrarse en el examen de los requisitos exigidos por el Convenio para que la intromisión sea legítima. El primero de ellos consiste en la previsibilidad legal de la medida. Esta exigencia supone, en términos generales, que la norma aplicada debe ser formulada con la suficiente precisión como para permitir a las personas afectadas, sirviéndose, en caso necesario, del asesoramiento de abogados, prever, en un grado razonable para las circunstancias del caso, las consecuencias que puedan resultar de un acto determinado²⁸.

Un aspecto clave en este examen radica en el grado de certeza con el que una persona debe poder prever tales consecuencias. Al respecto, el Tribunal ha afirmado que “Esas consecuencias no tienen por qué ser previsibles con absoluta certeza, ya que la experiencia demuestra que eso es inalcanzable”²⁹. Así, ha sostenido que “en cualquier sistema jurídico, Derecho penal incluido, cualquiera que sea la claridad con la que una disposición legal haya sido diseñada, será

²⁷ Véase al respecto S.A.S. c. Francia, especialmente §§ 153 y sigs.

²⁸ Por todas, *Müller y otros c. Suiza*, de 24 de mayo de 1988 (§ 29); *Wingrove c. Reino Unido*, de 25 de noviembre de 1996 (§ 40); *Perinçek c. Suiza*, de 15 de octubre de 2015 (§ 131); *Dmitriyevsky c. Rusia*, de 3 de octubre de 2017 (§ 78).

²⁹ *Dmitriyevsky c. Rusia*, § 78; *Savva Terentyev c. Rusia*, de 28 de agosto de 2018, § 54.

necesaria inevitablemente la interpretación de los tribunales, cuya función judicial es precisamente aclarar puntos oscuros y disipar cualquier duda que pueda quedar respecto de la interpretación de la legislación”³⁰. En este sentido, para el TEDH, existen delitos que, por su propia naturaleza, no son susceptibles de ser definidos jurídicamente de una manera precisa³¹. Asimismo, “la necesidad de evitar una rigidez excesiva y de adaptarse a circunstancias cambiantes significa que muchas leyes son inevitablemente redactadas en unos términos, en mayor o menor medida, vagos. La interpretación y aplicación de tales disposiciones dependen de la práctica (...). El alcance de la noción de previsibilidad depende en un grado considerable del contenido del instrumento en cuestión, el campo para el que está diseñado y el número y estatus de aquellos a quienes se dirige”³². En definitiva, en opinión del Tribunal europeo, “el mero hecho de que una disposición legal sea susceptible de más de una construcción no significa que no satisfaga el requisito de previsibilidad”³³.

En este mismo sentido, en *Wingrove c. Reino Unido* se dijo en torno concretamente a la definición legal del delito de blasfemia, que la norma que confería un poder de apreciación no se enfrentaba en sí misma a la exigencia de previsibilidad legal, “a condición de que el alcance de la discreción y la manera de su ejercicio sean definidas con suficiente claridad, teniendo en cuenta el fin legítimo en juego, para proporcionar al individuo la protección adecuada contra lo arbitrario” (§ 40). Cuándo sea este el caso es, sin embargo, algo que solo puede verificarse de manera casuística.

Igualmente relevantes son las consideraciones formuladas por el Tribunal europeo en el caso *Müller y otros c. Suiza*, en torno al empleo por la norma del término “obsceno” para definir la conducta prohibida, a la vista de que una de las fórmulas legales a las que se podría acudir en los ordenamientos nacionales como fundamento de la prohibición del desnudo en público es la de “exhibición obscena”³⁴. Allí se tuvo que pronunciar sobre la alegación del demandante acerca del carácter excesivamente vago -a su juicio- del citado término, vaguedad que le impedía -señalaba- regular su conducta y prever las consecuencias de la misma (§ 29). En este sentido, el Tribunal recordó “la imposibilidad de llegar a una absoluta precisión en la redacción de las leyes, especialmente en campos en que

³⁰ *Dmitriyevsky c. Rusia*, § 80; *Savva Terentyev c. Rusia*, § 56.

³¹ Sobre el delito de blasfemia, *Wingrove c. Reino Unido*, § 43. Este argumento, en relación con el delito de incitación al odio, puede verse en *Savva Terentyev c. Rusia*, § 56.

³² *Dmitriyevsky c. Rusia*, § 79; *Savva Terentyev c. Rusia*, § 55. Al respecto, véase también *Perinek c. Suiza*, § 133.

³³ *Perinek c. Suiza*, § 135.

³⁴ En España, por ejemplo, la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana describe como infracción leve “5. La realización o incitación a la realización de actos que atenten contra la libertad e indemnidad sexual, o ejecutar actos de exhibición obscena, cuando no constituya infracción penal”.

los datos cambian según la evolución de las concepciones de la sociedad”. Sobre esta premisa, afirmó que “Muchas leyes, por la necesidad de evitar una excesiva rigidez o de adaptarse a los cambios de la situación, no tienen más remedio que emplear términos más o menos vagos (...). Los preceptos de Derecho penal en materia de actos deshonestos se incluyen en esta clase” (§ 29).

Cuando la definición normativa de la conducta sancionada es justificadamente vaga, “Las autoridades nacionales deben disfrutar – a juicio del Tribunal- de cierto grado de flexibilidad a la hora de evaluar si los hechos de un caso concreto caen dentro de la definición aceptada del delito”³⁵. La definición normativa de la conducta sancionada implica, por tanto, en estos casos, la atribución, en sede de aplicación de la norma, de un cierto poder de apreciación al órgano correspondiente. De este modo, en estos casos de imprecisión en los términos utilizados por la norma aplicada, la medida se considera “prevista por la ley” si ha sido interpretada y aplicada por los tribunales internos en un modo “riguroso y consistente”³⁶.

Esta doctrina sirve de contexto a las consideraciones efectuadas en torno a la previsibilidad legal de la medida en las dos sentencias del TEDH que se ocupan, hasta la fecha, del desnudo público. En *Gough c. Reino Unido* se tuvo en cuenta, para la definición de lo que constituía una alteración del orden público en la legislación escocesa, la doctrina sentada en el caso *Smith v. Donnelly* 2001 SLT 1007, donde el Tribunal de Apelación expuso que los elementos que conformaban el delito de *breach of peace* eran fundamentalmente dos: una conducta suficientemente grave como para causar alarma a la gente corriente y que amenazara con graves disturbios a la comunidad (§ 100)³⁷. El Tribunal europeo, basándose en un precedente anterior³⁸, sostuvo que el citado delito, tal y como había quedado estipulado en la sentencia *Smith c. Donnelly*, “era suficientemente preciso como para proporcionar una previsibilidad razonable de las acciones que podrían entrar en el ámbito” del mismo (§ 155). De esta forma, se consideró cumplido el requisito de previsibilidad legal de la medida.

La existencia de jurisprudencia, vigente en la época en la que tuvieron lugar los hechos, acerca de la posibilidad de incluir la desnudez de los pechos de la mujer en el elemento material del delito de exhibición sexual, considerado claramente definido por el Código Penal, fue igualmente determinante en *Bouton c. Francia* para concluir que la intromisión en la libertad de expresión de la demandante se encontraba prevista por la ley. A juicio del Tribunal europeo, la coherencia de esta jurisprudencia, mantenida incluso después de los hechos

³⁵ *Wingrove c. Reino Unido*, § 43.

³⁶ *Dmitriyevsky c. Rusia*, § 79; *Savva Terentyev c. Rusia*, §55.

³⁷ Sobre el modo en que este test fue aplicado por el Sheriff que juzgó uno de los supuestos protagonizados por el Sr. Gough, véase la sentencia en su parágrafo 80.

³⁸ *Lucas c. Reino Unido*, de 18 de marzo de 2003.

examinados, hacía que fuera razonablemente previsible para la demandante la determinación del alcance de la infracción penal de que se trataba (§ 37). A estos efectos, fue relevante también para el parecer del Tribunal el hecho de que la acción de la demandante fuera organizada con el apoyo del movimiento Femen, lo que le permitió suponer que se había podido beneficiar del asesoramiento de abogados especializados (§ 38).

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal europeo restó, sin embargo, expresamente importancia al hecho de que el precepto examinado no contuviera una definición expresa del concepto de exhibición sexual; al debate que se estaba produciendo, como consecuencia de la evolución de la moral, ante los tribunales nacionales sobre el carácter sexual de los pechos desnudos de una mujer y sobre la existencia de una discriminación en este punto entre hombres y mujeres; y, por último, a un dictamen de la Comisión Nacional Consultiva de Derechos Humanos, de 20 de noviembre de 2018, que pedía la revisión de determinadas disposiciones penales sobre delitos sexuales, entre ellas la relativa a la exhibición sexual, para que fueran lo suficientemente precisas y legibles para cumplir con los requisitos de legalidad de la ley penal³⁹ (§ 37).

En definitiva, la jurisprudencia del TEDH parece conceder, en una materia como la que nos ocupa, un amplio espacio al legislador para la definición de la conducta prohibida en unos términos relativamente vagos, abriendo con ello la posibilidad a que sean después los órganos judiciales internos quienes colmen progresivamente la falta de certeza producida.

4. *Análisis de los objetivos legítimos perseguidos*

Como es usual en la gran mayoría de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el examen que este realiza en relación con los fines legítimos perseguidos por el Estado dista mucho de poder ser considerado un análisis profundo, también en las dos sentencias que aquí nos ocupan en materia de desnudo público. Normalmente, el Tribunal se limita en esta fase a acoger como objetivos de las medidas los invocados por las autoridades nacionales, especialmente cuando estos no son discutidos por la parte demandada.

Así, en *Gough c. Reino Unido*, el Tribunal aceptó de entrada que las medidas estatales perseguían la prevención del desorden y del delito, a pesar de poner él mismo de manifiesto que las partes no habían logrado identificar con más claridad la naturaleza concreta del desorden y de la acción delictiva que se pretendía evitar. Al respecto, el Tribunal finalmente concluyó allí que “en un sentido directo, las medidas se diseñaron para evitar la alteración del orden público por el

³⁹ Sobre este dictamen, véase *Bouton c. Francia*, § 20.

demandante, al ofender y alarmar a otros miembros de la comunidad al confrontarles con su desnudez en público. Sin embargo, se puede ver que la detención, procesamiento, condena y encarcelamiento del demandante han perseguido el fin más amplio de pretender asegurar el respeto por la ley en general, y por tanto, prevenir el delito y el desorden que potencialmente pasaría si se le permitiera al demandante incumplir de manera continuada y persistente la norma de manera impune a causa de su propia opinión personal, aunque sinceramente sostenida, acerca de la desnudez” (§ 158).

Más adelante, en sede de análisis de la necesidad de la medida restrictiva en una sociedad democrática, se puede leer que el gobierno “se limitó a prevenir determinada conducta por razón de su impacto adverso, o impacto potencialmente adverso, sobre otros y sobre el orden público, en un contexto público” (§ 162). Igualmente, al referirse a la proporcionalidad de las medidas con el fin perseguido, añade: “*especialmente* la prevención del desorden y del delito” (§ 176; la cursiva es nuestra). No queda claro si el delito y el desorden que se pretendía evitar era uno derivado directamente de la conducta del demandante o, más bien, el que podría resultar de la reacción de aquellas personas que presenciaran su desnudez en los lugares públicos donde él se encontrara.

Llama la atención la falta de relevancia expresa que en este punto se concede en *Gough c Reino Unido* a la protección de la moral, otro de los fines legítimos que pueden justificar, según el art. 10.2 CEDH, una intromisión estatal en la libertad de expresión. Y ello, a pesar de que, a la hora de defender su posición en torno a la necesidad de las medidas adoptadas en una sociedad democrática, el Gobierno argumentó que la definición del alcance del delito de alteración del orden público (*breach of peace*) era especialmente sensible a las *mores* de cada Estado. El diccionario de Cambridge define *mores* como “the traditional customs and ways of behaving that are typical of a particular (part of) society”⁴⁰, esto es, las costumbres. No cabe duda del estrecho vínculo que puede existir, en el asunto que nos ocupa, entre dichas costumbres y cuál sea la moral social dominante al respecto.

La falta de invocación expresa de la protección de la moral por parte del Reino Unido es más llamativa, si cabe, a la vista de la posición ventajosa que esta le hubiera podido suponer, dado el amplio margen de apreciación que, como veremos más adelante, el Tribunal europeo ha venido concediendo a los Estados para la definición, tanto del contenido de la moral, como de las medidas apropiadas para protegerla⁴¹.

⁴⁰ <https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles/mores>.

⁴¹ Sobre esta cuestión, véase R. Naranjo de la Cruz, *La moral y el margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Valencia, 2021. Se pregunta, a partir del caso *Gough c. Reino Unido*, cómo los tribunales pueden establecer límites justos entre costumbres sociales protegidas (intereses mayoritarios) y derechos individuales, A. KOLTAY, *Privacy in public*

El tratamiento del fin legítimo perseguido por la medida estatal es más breve aún, incluso, en *Bouton c. Francia*. Allí, a falta de discusión de las partes, el Tribunal europeo se limitó a afirmar que la medida perseguía como fines legítimos la protección de la moral y de los derechos de los demás, el mantenimiento del orden público y la prevención de infracciones penales (§ 41).

En conclusión, tanto la protección de la moral, como el mantenimiento del orden público, la prevención del delito o los derechos de los demás se han mostrado como objetivos legítimos de las medidas estatales sancionadoras del desnudo público en los casos hasta ahora examinados. La tendencia del TEDH a aceptar como fines legítimos los invocados por el Estado, a falta de discusión por la parte demandada, permite presagiar que esta cuestión difícilmente será objeto de debate en los supuestos que pudieran plantearse en el futuro sobre el tema que nos ocupa.

5. *El examen de la necesidad de la medida*

5.1. *Consideraciones generales*

El examen de necesidad que realiza el TEDH consiste en un control complejo que se dirige, como es sabido, a determinar si la medida se corresponde con una “necesidad social apremiante”, si era proporcionada al objetivo legítimo perseguido y si las razones aducidas por las autoridades nacionales para justificarla eran pertinentes y suficientes⁴².

Este control se desarrolla de manera extremadamente casuista. Las circunstancias concretas del supuesto examinado adquieren en él tal importancia que cualquier intento de extraer de un caso conclusiones generales con intención de extrapolarlas a otro que pudiera plantearse sobre el mismo tema, si no es que queda directamente abocado al fracaso, debe llevarse a cabo con gran prudencia.

En tanto que supuestos incardinables en el derecho a la libertad de expresión, los principios sobre los que se hace girar el test de necesidad en los casos de desnudo público son los mismos a los que suele acudir el TEDH en los asuntos relativos a este derecho. Entre ellos, destacan: la libertad de expresión como uno

places – celebrities, suicides, outsiders, naked men and muslim veils on the Street, 2016, 13 (SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2711802>).

⁴² Por todas, *Mătășaru c. Moldavia*, § 33. El criterio de necesidad social apremiante puede encontrarse en, entre otras, *Handyside c. Reino Unido*, 7 de diciembre de 1976, § 48; *Dudgeon c. Reino Unido*, § 51, *Müller y otros c. Suiza*, § 32; *Sekmadienis Ltd. c. Lituania*, de 30 de enero de 2018, § 71. La exigencia de razones suficientes y relevantes puede encontrarse también en, entre otras muchas, *Müller y otros c. Suiza*, § 32; *Movimiento Raeliano Suizo c. Suiza* (sentencia de Sala), de 13 de enero de 2011, § 49, y la sentencia de Gran Sala del caso S.H. y otros c. Austria, de 3 de noviembre de 2011, § 91.

de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones básicas para su progreso y para la autorrealización de la persona⁴³; su aplicabilidad, no solo a “informaciones” o “ideas” que son favorablemente recibidas o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que ofenden, chocan o molestan, como exigencia del pluralismo, tolerancia y amplitud de mente sin las que no existe sociedad democrática⁴⁴; su posibilidad de sujeción a las excepciones previstas en el art. 10.2 CEDH, excepciones que, sin embargo, deben ser interpretadas de manera restrictiva, de tal forma que la necesidad de cualquier limitación debe quedar establecida de manera convincente⁴⁵; o el reconocimiento de un margen de apreciación que corresponde a los Estados en la valoración de la necesidad y el control europeo que va aparejado a tal margen y que se extiende tanto a la legislación misma como a las decisiones que la aplican⁴⁶. En el desarrollo de esta labor de supervisión, el TEDH va verificar si hubo un control judicial efectivo de la medida⁴⁷ y si los estándares y criterios de ponderación utilizados por las autoridades nacionales para resolver el caso están de acuerdo con los principios incorporados en el art. 10 CEDH y, por tanto, con su propia jurisprudencia sobre este derecho⁴⁸.

Una parte importante del examen de necesidad lo compone el control de proporcionalidad de la injerencia estatal en el ejercicio del derecho. Lo que en ella realiza el Tribunal es una ponderación de los diferentes factores que son de relevancia para la decisión del caso. Los criterios que son tenidos aquí en cuenta son muy variados. En lo que concierne a la cuestión del desnudo público, y sin perjuicio de lo que se dirá en los próximos epígrafes, en la valoración del TEDH pueden incidir cuestiones como:

a.- El espacio en el que el desnudo tiene lugar y la publicidad que conlleva. En *Gough c. Reino Unido*, el Tribunal valoró positivamente el hecho de que, en una de las resoluciones internas, el Sheriff hubiera tenido en cuenta para la condena la naturaleza del lugar concreto en el que el demandante se mostró desnudo, afirmando incluso que se podría haber alcanzado una conclusión diferente si se hubiera tratado de un emplazamiento más remoto o en el que hubiera habido menos gente congregada (véase § 173). Que no se trata este de un elemento decisivo es algo que quedó, sin embargo, de manifiesto en *Bouton c. Francia*, donde la demanda fue estimada a pesar de recordarse allí la doctrina sentada por el TEDH en *Mariya Alekhina* y otras *c. Rusia* acerca de que la actuación de la demandante “podría considerarse contraria a las normas de conducta aceptables

⁴³ *Gough. C. Reino Unido*, § 164; *Bouton c. Francia*, § 42.

⁴⁴ *Gough c. Reino Unido*, § 164. *Bouton c. Francia*, § 42.

⁴⁵ *Gough c. Reino Unido*, § 165;

⁴⁶ *Gough c. Reino Unido*, § 165.

⁴⁷ *Bouton c. Francia*, § 45.

⁴⁸ *Gough c. Reino Unido*, § 170; *Bouton c. Francia*, § 45.

en un lugar de culto y que (...) la imposición de determinadas sanciones puede, en principio, estar justificada por la necesidad de proteger los derechos de los demás” (§ 51). Por el contrario, en este último caso lo que se tuvo en cuenta fue que en el momento de los hechos no se estaba celebrando misa y que tan solo había un coro ensayando, sin que la demandante estuviera a su vista (§ 62).

b.- La respuesta de la persona demandante a la petición de deposición de su conducta. En efecto, en *Gough c. Reino Unido* se valoró la resistencia del actor a vestirse cuando los agentes se lo solicitaban (§ 173), mientras que en *Bouton c. Francia* se tuvo en cuenta positivamente el hecho de que la Sra. Bouton accedió a abandonar la iglesia tan pronto como se le pidió (§ 62).

c.- La falta de comportamiento “insultante u odioso” por parte de la persona demandante. Este elemento fue relevante en *Bouton c. Francia* (§ 53). Otro juicio mereció, sin embargo, la conducta del Sr. Gough, de quien señaló el TEDH que se encontraba “bajo una obligación, especialmente a la vista del hecho de que estaba pidiendo tolerancia respecto de su propia conducta, de mostrar tolerancia y sensibilidad con las opiniones de otros miembros de la sociedad. Sin embargo, el demandante parece rechazar cualquier sugerencia de que la aceptación del desnudo público puede variar dependiendo de la naturaleza del lugar y la presencia de otros miembros de la sociedad. Sin ninguna demostración de sensibilidad a los puntos de vista de los demás y la conducta que ellos podrían considerar ofensiva, él insiste en su derecho a aparecer desnudo en cualquier momento y en cualquier lugar, incluyendo en los tribunales, en las zonas comunes de las cárceles y en los aviones” (§ 175).

d.- La reiteración de la conducta. En *Gough c. Reino Unido* el TEDH concluyó al respecto que “el artículo 10 no llega tan lejos como para autorizar a las personas, incluso a aquellas sinceramente convencidas de la virtud de sus propias creencias, a imponer repetidamente su comportamiento antisocial a otros miembros de la sociedad reticentes y a reclamar entonces una injerencia desproporcionada con el ejercicio de su libertad de expresión cuando el Estado, en el ejercicio de su deber de proteger a la sociedad de las molestias públicas, hace cumplir la ley en relación con tal deliberadamente repetitiva conducta antisocial” (§ 176).

Atención específica merecen, en relación con el problema del desnudo público las cuestiones relativas al margen de apreciación estatal, a los deberes y responsabilidades de quienes ejercen la libertad de expresión y a la importancia de la pena concretamente impuesta. A estos temas dedicaremos los próximos epígrafes.

5.2. *El margen de apreciación nacional*

En el examen sobre la necesidad de la medida en una sociedad democrática, a realizar por el TEDH, desempeña un papel de primer orden el conocido como

margen de apreciación estatal⁴⁹. Este criterio, directamente vinculado al carácter subsidiario que el mecanismo de protección constituido por el CEDH posee en relación con los ordenamientos internos, hace referencia a la mayor o menor amplitud del espacio de decisión que el Tribunal europeo reconoce en cada caso a las autoridades nacionales. Así, la intensidad del control a efectuar por el TEDH resulta mayor cuanto más reducido es el margen nacional, y viceversa.

En asuntos relativos a la libertad de expresión, el margen de apreciación que pueda tener el Estado se ha hecho depender fundamentalmente del objeto del mensaje. Así, en términos generales, para el Tribunal europeo, “Mientras que hay poco espacio en el art. 10.2 del Convenio para restricciones del discurso político o sobre el debate de cuestiones de interés público (...) los Estados contratantes disponen generalmente de un margen de apreciación más amplio cuando regulan la libertad de expresión en relación con asuntos que pueden ofender convicciones personales íntimas en el ámbito de la moral o, especialmente, de la religión”⁵⁰.

Estos criterios no son siempre, sin embargo, susceptibles de ser deslindados con claridad en su aplicación al supuesto concreto. Por el contrario, son imaginables casos en los que connotaciones morales e interés público del debate concurren simultáneamente. Esto es lo que ocurre en el caso *Gough c. Reino Unido*. Allí el Tribunal europeo, situado ante la citada disyuntiva de aproximarse al análisis del tema planteado desde la amplitud del margen de apreciación a conceder a las autoridades nacionales cuando de un asunto relativo a la moral o al orden público se refiere, o bien desde la estrechez de este cuando se plantea una cuestión de interés público, optó por el primero (§ 172). Lo hizo, incluso a pesar de reconocer que la medida y las circunstancias en las que el desnudo público es aceptable en una sociedad moderna es una cuestión de interés público; que el hecho de que muy pocas personas compartan los puntos de vista del demandante sobre el desnudo público no es, en sí mismo, determinante de la cuestión

⁴⁹ Sobre esta cuestión, la literatura es inabarcable. Por todos, véanse Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerp-Oxford-New York, 2002; E. BENVENISTI, *Margin of appreciation, consensus, and universal standards*, en *International Law and Politics*, 1999, 843-853; J. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cizur Menor, 2010; H.C. YOUROW, *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European Human Rights jurisprudence*, The Hague-Boston-London, 1989.

⁵⁰ *Wingrove c. Reino Unido*, § 58. En términos parecidos, véase *Gough c. Reino Unido* (§ 166), donde el Tribunal recordó su doctrina, que remonta al caso *Handyside c. Reino Unido* (§ 48), acerca de que “Las autoridades nacionales disfrutaban de un amplio margen de apreciación en asuntos relativos a la moral, puesto que no existe una concepción europea uniforme acerca de la moral. Por lo tanto, las autoridades estatales están en principio mejor situadas que el juez internacional para dar una opinión acerca del contenido exacto de las exigencias de la moral, así como de la necesidad de las medidas destinadas a satisfacerlas”.

planteada; y que, como un intento individual de lograr una mayor aceptación del desnudo público, el demandante estaba legitimado para buscar iniciar tal debate y existía un interés público en permitírsele hacer (§ 172).

El factor decisivo a la hora de inclinar la balanza del TEDH fue el hecho de que “el problema del desnudo público también suscita consideraciones morales y de orden público. Los datos comparados aportados por el Gobierno muestran que incluso en el reducido número de Estados estudiados, las respuestas del Derecho y de las autoridades al desnudo público se distan de ser uniformes⁵¹. En estas circunstancias, el margen de apreciación al reaccionar a casos de desnudo público, a diferencia de regular meras declaraciones o argumentos sobre el tema, es uno amplio” (§ 172). El Tribunal afrontó aquí una distinción que será decisiva a la hora de resolver el fondo del asunto: el problema no es, a su juicio, el de la legitimidad de un debate acerca del desnudo público, algo que quedaba fuera de toda duda, sino uno relativo al uso del desnudo mismo en público como modo de expresar una opinión favorable al mismo.

Esta matización, sin embargo, no se encuentra presente en *Bouton c. Francia*, donde la aproximación a la cuestión del margen de apreciación estatal fue radicalmente distinta. Aquí, el Tribunal europeo tuvo en cuenta para definir su amplitud que, con su acción, la demandante “pretendía expresar sus convicciones políticas en consonancia con las posiciones defendidas por el movimiento Femen en cuyo nombre actuaba” y que lo transmitido era “un mensaje relativo a un debate público y social sobre la postura de la Iglesia Católica en relación con una cuestión delicada y controvertida, a saber, el derecho de las mujeres a disponer libremente de su propio cuerpo, incluido el derecho a abortar” (§ 48). De este modo, la conclusión alcanzada fue que “la libertad de expresión de la demandante tenía que gozar de un nivel de protección suficiente, con un margen de apreciación reducido por parte de las autoridades nacionales en la medida en que el contenido de su mensaje se refería a una cuestión de interés general” (§ 49). En la adopción de este criterio, el Tribunal no ignora que la naturaleza de los hechos le hubiera permitido acudir al contrario. De este modo, expresamente, se acoge a un margen de apreciación nacional reducido, “aunque” la libertad de expresión “se ejerció de forma que podía ofender convicciones personales íntimas de carácter moral o incluso religioso, habida cuenta del lugar elegido para la representación, donde, por definición, podía haber más creyentes que en cualquier otro sitio” (§ 49).

5.3. *Los deberes y responsabilidades de quienes ejercen la libertad de expresión. Sobre la relevancia de la ofensa*

Otro de los elementos que debe tener en cuenta el TEDH a la hora de valorar la necesidad de la medida restrictiva de la libertad de expresión son los

⁵¹ Véanse los datos relativos a esta cuestión en los §§ 124-126.

deberes y responsabilidades a los que queda sujeto cualquier persona que la ejerce. El alcance de los mismos “depende de su situación y de los medios técnicos que utilice”⁵².

La construcción de esta cuestión en *Gough c. Reino Unido* se basó en la doctrina sentada por el TEDH en un asunto bastante diferente, como es el de la ofensa a los sentimientos religiosos. En este sentido, recordó que “tales deberes y responsabilidades pueden incluir una obligación de evitar tanto como sea posible expresiones que sean gratuitamente ofensivas para otros y por tanto una infracción de sus derechos, y que por tanto no contribuyen a ninguna forma de debate público capaz de promover el progreso en los asuntos humanos. Siendo esto así, afirmó, se puede considerar necesario en ciertas sociedades democráticas sancionar o incluso prevenir ataques impropios sobre objetos de veneración religiosa, siempre que la pena impuesta sea proporcionada al fin legítimo perseguido”⁵³.

La aplicación de esta doctrina a los supuestos de desnudo en público implica la apreciación de una serie de vínculos que conviene poner de relieve. En primer lugar, el desnudo público es tratado, al menos potencialmente, como una ofensa. Esta ofensa supondría, a su vez, una violación de los derechos de la persona ofendida, si bien el TEDH no aclara a qué derecho podría afectar. En todo caso, con el término “ofensa”, probablemente el Tribunal quiera referirse en este contexto al desagrado experimentado, o al que podría eventualmente experimentar, una persona al ser puesta involuntariamente en el papel de espectadora del desnudo de otra, incluso en los casos en los que esta última no pretenda situar al tercero en un contexto sexual. A la vista de estos criterios, parece posible sostener que la carga de ofensividad del desnudo en los casos examinados por las dos sentencias que nos ocupan debería ser la misma, cuando no incluso mayor en *Bouton c. Francia*, por haber tenido lugar los hechos en un espacio destinado al culto religioso.

Sin embargo, el salto de la ofensa a la violación del derecho del tercero no tiene lugar de manera automática. Por el contrario, solo opera en los casos en los que la mencionada ofensa se produce de manera “gratuita”, esto es, en palabras del propio Tribunal, cuando no contribuye “a ninguna forma de debate público capaz de promover el progreso en los asuntos humanos”. Es en la valoración de este criterio donde la aproximación del TEDH difiere en ambos supuestos. Mientras que en *Gough c. Reino Unido* se da por hecho sin mayores explicaciones el carácter gratuito del desnudo del demandante —cuya conducta es considerada “antisocial” (§ 176)—, en *Bouton c. Francia* el Tribunal europeo, movido por la naturaleza del debate que servía de contexto a la acción de la demandante, se acogió al hecho de que los tribunales nacionales no habían aplicado correc-

⁵² *Gough c. Reino Unido*, § 167.

⁵³ *Gough c. Reino Unido*, § 167, con cita de la sentencia del caso *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, de 20 de septiembre de 1994, § 49.

tamente los criterios de su jurisprudencia anterior relativa a la ofensa contra los sentimientos religiosos; esto es, no habían examinado si la acción de la demandante había sido “gratuitamente ofensiva” para las creencias religiosas o si era ofensiva o incitaba a la falta de respeto o al odio hacia la Iglesia Católica (§ 61).

Como puede verse, la posible ofensividad que el Tribunal valora en el inciso reproducido es la que pudiera afectar a las creencias religiosas o a la Iglesia Católica. No entra, sin embargo, a diferencia de lo que sucede en *Gough c. Reino Unido*, en el carácter ofensivo del desnudo, en sí mismo considerado. Más bien al contrario, el TEDH reprochó a los tribunales franceses que se hubieran limitado a examinar la cuestión de la desnudez de los pechos de la demandante en un lugar de culto sin tener en cuenta ni las connotaciones políticas de su actuación ni sus explicaciones sobre el lugar de su acción, “a saber, un lugar de culto bien conocido por el público, elegido con el fin de favorecer la cobertura mediática de la acción” (§ 64). La gratuidad de la ofensa queda, con ello, excluida desde el inicio, al apreciarse que “el derecho de los demás al respeto de la moral y del orden público” entraba en conflicto aquí con “el derecho de la demandante a comunicar al público sus ideas sobre los derechos que deben conferirse a las mujeres, incluido el derecho a controlar su propio cuerpo” (§ 63).

No cabe duda de que es la evolución de la conciencia social producida con el paso del tiempo la que crea el contexto que permite, desde este punto de vista, estimar la demanda de la Sra. Bouton. Probablemente su caso hubiera recibido una valoración distinta hace algunos años. Más dudas merece, sin embargo, la negativa del Tribunal en el caso *Gough c. Reino Unido*, a aceptar que detrás de la conducta del demandante pudiera haber contribución alguna a un debate público capaz de promover el progreso en los asuntos humanos. El Tribunal parece querer erigirse aquí en juez de algo que posiblemente en este caso le supera: cuáles son los objetos sobre los que ha de girar el debate público para poder entenderse como una contribución al citado progreso. Mirado con perspectiva, podrían encontrarse numerosos ejemplos de debates públicos que comenzaron con, o al menos conllevaron, actuaciones o gestos en espacios públicos que para algunas personas pudieron resultar gratuitamente ofensivos y cuya necesidad para el avance de la conciencia social se ha podido constatar, sin embargo, con el paso de los años. Esto podría al menos hacernos sospechar que no estamos en condiciones ahora de saber si el desnudo en público se trata de uno de esos asuntos y si, por tanto, desde este punto de vista, la presencia en este momento histórico de personas que se aventuren a mostrarse desnudas en público es tan solo un primer paso en un proceso de cambio de la percepción social imperante y los tabúes existentes en torno a la figura del cuerpo desnudo. Este es un juicio que solo podrá hacerse con el paso del tiempo.

5.4. *La proporcionalidad de la pena*

El último de los factores relevantes en el análisis de la necesidad de la medida que vamos a analizar aquí es el relativo a la naturaleza y gravedad de las sanciones impuestas⁵⁴. Una sanción desproporcionada en relación con el legítimo objetivo perseguido por las autoridades nacionales no puede considerarse, en el exceso, como una “restricción necesaria” sobre la libertad de expresión⁵⁵.

El principio mantenido al respecto por el TEDH en sentencias como Murat Vural c. Turquía consiste en que “las formas de expresión pacíficas y no violentas no deben estar sujetas a la amenaza de imposición de una pena privativa de libertad” (§ 66). Este principio se ha mostrado, sin embargo, modulable a lo largo de su jurisprudencia sobre el art. 10.1 CEDH, en función de la gravedad de la infracción y la severidad de la pena impuesta⁵⁶.

La relevancia que el Tribunal europeo atribuye a la imposición de una pena de prisión en estos casos va, en ocasiones, más allá del supuesto concreto, toda vez que “por su propia naturaleza no solo tiene repercusiones negativas en el demandante sino que puede tener también un efecto disuasorio sobre otras personas y desalentarles de ejercer su libertad de expresión”⁵⁷. Este criterio, obviado en Gough c. Reino Unido, fue de relevancia en Bouton c. Francia, donde el TEDH recordó que “las autoridades nacionales deben mostrar moderación en el uso del Derecho penal, especialmente en el caso de la imposición de una pena de prisión, que tiene un efecto particularmente disuasorio sobre el ejercicio de la libertad de expresión”⁵⁸.

Centrándonos ya en el examen de las penas impuestas concretamente en los casos que nos ocupan, en Gough c. Reino Unido el Tribunal puso de manifiesto cómo las condenas más severas no llegaron sino después de diversas amonestaciones o de haber recibido sentencias de prisión cortas de entre dos semanas y

⁵⁴ Gough c. Reino Unido, § 169.

⁵⁵ Mătășaru. c. Moldavia, § 36.

⁵⁶ Así, el criterio mencionado fue objeto de excepción en la ulterior sentencia del caso Sin-kova c. Ucrania, donde se tuvo en cuenta que a la demandante, en lugar de una pena de más de trece años de prisión como la del caso Murat Vural c. Turquía, le había sido dada una sentencia suspendida, de que no cumplió ni un día (§ 111).

⁵⁷ Mătășaru. c. Moldavia, § 35.

⁵⁸ Bouton c. Francia, § 46. Esta valoración no tiene por qué verse afectada por la suspensión de la pena impuesta, como se pone de manifiesto en esta misma sentencia. Aquí, el TEDH sostuvo que aun así no era “la pena más moderada exigida por la jurisprudencia del Tribunal cuando está en juego la libertad de expresión de la persona sancionada” (§ 54). Además, tuvo en cuenta que, en todo caso, se trataba de “una pena privativa de libertad que podía ejecutarse en caso de nueva condena y que había sido inscrita en su registro de antecedentes penales” (§ 52). Se muestra escéptico sobre la posibilidad de utilizar el Derecho penal para afrontar los casos de desnudo en lugares públicos, J. MARSHALL, *S.A.S. v France: Burqa Bans and the Control or Empowerment of Identities*, en *Human Rights Law Review*, 2015, 380, nota 11.

tres meses, y que, incluso en el caso de aquellas, se intentaron soluciones alternativas. Teniendo esto en cuenta, concluyó que “Al valorar la proporcionalidad de la sanción impuesta, el Tribunal no se ha ocupado con la respuesta del Estado demandado a un incidente individual de desnudo público sino con su respuesta a la desnudez pública persistente del demandante y su deliberado y contumaz rechazo a acatar la ley durante varios años” (§ 174). Así, pese a tratarse de un delito calificado por él mismo como “relativamente trivial” sostuvo que el encarcelamiento del demandante era “la consecuencia de su repetida violación de la norma penal con pleno conocimiento de sus consecuencias, por medio de una conducta que él sabía perfectamente que no solo va contra el estándar de comportamiento público aceptado en cualquier sociedad democrática moderna, sino que también es susceptible de ser alarmante y ofensiva moralmente y en otros sentidos para otros miembros no advertidos de la sociedad, dedicándose a sus asuntos corrientes” (§ 176).

La aproximación al análisis de la sanción experimenta, sin embargo, un cambio apreciable en *Bouton c. Francia*. Allí, el TEDH se sorprendió por el hecho de que los tribunales nacionales no explicaran “por qué era necesaria una pena de prisión para garantizar la protección del orden público, de la moral y de los derechos de los demás en las circunstancias del caso” (§ 51). En relación con la pena impuesta, el TEDH sostuvo que “una pena de prisión impuesta en el marco de un debate político o de interés público solo es compatible con la libertad de expresión garantizada por el artículo 10 del Convenio en circunstancias excepcionales, en particular cuando otros derechos fundamentales han sido gravemente lesionados, como en el caso, por ejemplo, de la difusión de un discurso de odio o de incitación a la violencia”. A falta de la concurrencia de tales elementos, el Tribunal no encontró justificación a la decisión “de no imponer una pena no privativa de libertad” (§ 53). Más aún, en opinión del Tribunal, incluso la suma adeudada por la Sra. Bouton en concepto de intereses civiles –2.000 euros en concepto de responsabilidad civil y 1.500 euros por costas- era “relativamente elevada” (§ 52).

No obstante, en *Bouton c. Francia* el TEDH tuvo en cuenta para su decisión elementos como la falta de acreditación de un comportamiento insultante u odioso (el Tribunal se limita a calificar el desnudo de la demandante como “chocante”), y la imposibilidad de acudir a la personalidad de la autora para explicar la pena, a la vista de la ausencia de condena previa en los antecedentes penales de la solicitante, su integración social y profesional y el hecho de que disponía de ingresos (§ 53). No se puede saber, por tanto, cuál hubiera podido ser la posición del Tribunal ante circunstancias distintas de las que concurren en el caso.

En conclusión, son las particularidades del caso concretamente examinado las que marcan el juicio del TEDH sobre la proporcionalidad de la pena impuesta en los supuestos de desnudo público. Por ello, no cabe descartar, a partir de *Gough c. Reino Unido*, que la mera imposición de una sanción a quien, como el Sr.

Gough, se mostrara desnudo en público para expresar su opinión sobre la inofensividad del cuerpo humano pudiera ser llegar a ser declarada contraria al Convenio, bajo determinadas condiciones espaciales (p.ej., lugares alejados o sin niños), circunstanciales (desnudo ocasional) y temporales (brevedad de la exhibición). Por su parte, cuando, como sucede en *Bouton c. Francia*, el motivo por el que la demanda es estimada por el TEDH es la gravedad excesiva de pena impuesta, la cuestión relativa a la conformidad al Convenio de la forma de desnudo examinada queda en realidad imprejuzgada. Cuál hubiera sido aquí, por tanto, la opinión del Tribunal en el supuesto de que la sanción hubiera sido otra inferior es algo que queda sin respuesta.

6. Conclusiones

1. La jurisprudencia del TEDH existente sobre la materia no permite sostener que en el Convenio quepa un pretendido derecho, de alcance general, al desnudo en los espacios públicos. Las reticencias del Tribunal a incluir esta conducta dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada del art. 8.1 CEDH, y la falta de pronunciamiento por razones formales sobre su posible vínculo con el derecho a la libertad de pensamiento o conciencia del art. 9.1 CEDH impiden llegar a tal conclusión.

2. El argumento utilizado por el TEDH en el caso *Gough c. Reino Unido* para excluir al desnudo del ámbito del derecho a definir la propia apariencia en sociedad, inserto en el derecho a la vida privada, es la falta de existencia de un nivel mínimo de seriedad en la elección de la apariencia en cuestión. Para el Tribunal la falta de apoyo para esta opción en ninguna sociedad democrática del mundo permite cuestionar que este requisito concurra en el caso de quien se muestra desnudo en todas las ocasiones en todos los lugares públicos. Ignora de este modo la posibilidad de que el desnudo social pueda ser para algunas personas un medio para el desarrollo y la realización de su personalidad, así como la existencia de un amplio colectivo nudista en los Estados miembros del Convenio. Llama la atención que este mismo argumento no fuera utilizado, en relación con el burka, en sede de delimitación del derecho por el Tribunal en el caso *S.A.S. c. Francia*. Hubiera procedido, más bien, limitarse al reconocimiento de la existencia de una intromisión en el derecho para pasar luego al análisis de su conformidad con el Convenio.

3. Algo parecido podría afirmarse en torno a la relación del desnudo en lugares públicos con la libertad de pensamiento o de conciencia. El recurso en *Gough c. Reino Unido* al argumento de la falta de alegaciones del demandante sobre el nivel de “convicción, seriedad, coherencia e importancia” de la opinión sostenida parece más bien responder a un intento de escapar de la necesidad de resolver el fondo del asunto. Estos elementos podían ser deducidos a partir de

la demanda y de los hechos que en ella se relataban. En estas circunstancias, se debería haber trasladado al Estado demandado la carga, no solo de cuestionarse, como hizo, la concurrencia de los rasgos mencionados, sino de motivar por qué entendía que no se daban en el caso.

4. Con todo lo anterior, la única forma de desnudo que disfruta, *prima facie*, de la protección del Convenio de acuerdo con la jurisprudencia existente en el momento de redactar estas líneas es aquella en la que la desnudez se utiliza como medio para la expresión de una idea o una opinión. La conducta examinada es entonces reconducida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al ámbito de protección de la libertad de expresión del art. 10.1 CEDH, y cualquier prohibición o sanción debe ser examinada como una intromisión en el derecho, cuya legitimidad depende del cumplimiento de los requisitos exigidos en el apartado 2 del precepto mencionado. La medida debe, por tanto, estar prevista por la ley y poder ser considerada necesaria en una sociedad democrática para la protección de algunos de los bienes jurídicos allí recogidos.

5. La referencia por los Estados demandados a la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de los derechos ajenos o de la moral como fines legítimos perseguidos por la medida ha superado sin problemas el escaso control que realiza el Tribunal de esta cuestión. La excesiva contención del TEDH en esta fase del análisis quedó de manifiesto especialmente en *Gough c. Reino Unido*, donde el gobierno británico no fue siquiera capaz de identificar con mayor precisión dónde residía el peligro para los bienes jurídicos por él invocados.

6. Una comparación de las sentencias de los casos *Gough c. Reino Unido* y *Bouton c. Francia* pone de manifiesto la incoherencia del TEDH en la aplicación de algunos de los criterios relevantes en ellas manejados. Esta falta de coherencia es especialmente visible en relación con el tratamiento del margen de apreciación estatal, de la existencia de ofensa y de la proporcionalidad de la pena.

7. Tanto la medida y las circunstancias en las que el desnudo público es aceptable en una sociedad moderna (*Gough c. Reino Unido*) como la posición de la Iglesia en torno al derecho de la mujer a abortar (*Bouton c. Francia*) son cuestiones de interés público, tal y como el propio TEDH reconoce. Sin embargo, el Tribunal atribuyó al Estado en el primero de los supuestos el margen de apreciación amplio propio de los asuntos relativos a la moral o al orden público, mientras que, en el segundo, optó por un margen estatal reducido, por abordarse en él una cuestión de interés general. El peso dado al factor del carácter público del desnudo en *Gough c. Reino Unido* no encontró su reflejo en *Bouton c. Francia*.

8. El componente de gratuita ofensividad del desnudo público es apreciado con rotundidad en la sentencia del caso *Gough c. Reino Unido*, donde se tildó la conducta del demandante como “antisocial” y se le reprochó falta de tolerancia

y sensibilidad con otros puntos de vista. Mientras, en *Bouton c. Francia* se omite toda valoración sobre el carácter ofensivo del desnudo de la demandante ante el altar de la Iglesia de la Magdalena, y el Tribunal se limita a afirmar que los tribunales nacionales no habían examinado si la acción había sido “gratuitamente ofensiva” para las creencias religiosas o si era ofensiva o incitaba a la falta de respeto o al odio hacia la Iglesia Católica. El mal llamado “derecho” de los demás al respeto de la moral y del orden público cedía aquí ante el derecho de la Sra. Bouton a comunicar en público sus ideas.

9. En relación con la proporcionalidad de las penas, llama la atención que la necesidad de evitar el efecto disuasorio de estas, invocado por el TEDH en *Bouton c. Francia*, fuera ignorado en *Gough c. Reino Unido*; o que una pena suspendida de prisión de un mes, 2.000 euros en concepto de responsabilidad civil y 1.500 euros fueran consideradas, respectivamente, injustificadas y relativamente elevadas en *Bouton c. Francia*, cuando en *Gough c. Reino Unido* el Tribunal se había abstenido siquiera de analizar la proporcionalidad de las penas de prisión impuestas y efectivamente cumplidas por cada delito de *breach of peace*, con el argumento de que el carácter reiterado de la conducta del demandante explicaba sin más el elevado número de años pasados por él en prisión. Si, como afirma el Tribunal en *Bouton c. Francia*, una pena de prisión impuesta en el marco de un debate de interés público solo es compatible con el derecho del art. 10.1 CEDH cuando se lesionan gravemente otros derechos fundamentales, (casos de discurso de odio o de incitación a la violencia), la demanda del Sr. Gough debería haber sido también estimada.

10. La falta de coherencia del Tribunal en el manejo de los criterios utilizados y el carácter extremadamente casuístico del examen de la necesidad de la medida hacen que resulte muy difícil extraer de las sentencias aquí mencionadas conclusiones sobre la conformidad con el Convenio del desnudo en espacios públicos válidas para cualquier supuesto. La respuesta del Tribunal dependerá en cada caso de la valoración que realice de sus propias particularidades y atenderá a criterios como el lugar donde sucede, la publicidad alcanzada, la disposición de la persona a deponer su actitud, la existencia de comportamiento insultante u odioso, la reiteración de la conducta, la naturaleza del mensaje que se pretende transmitir o la proporcionalidad de la pena impuesta.

Abstract

Il diritto alla nudità nei luoghi pubblici nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo rende necessario esaminare la nudità, sia che essa sia intesa come espressione di un'idea o di un'opinione sul corpo umano (*Gough v. Regno Unito*), sia come forma di richiesta o di protesta (*Bouton v. Francia*), come manifestazione del diritto alla libertà di espressione di cui all'art. 10.1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU). Maggiori riserve sono sollevate dalla sua possibile inclusione nel diritto alla vita privata (art. 8.1 CEDU) e alla libertà di pensiero e di coscienza (art. 9.1 CEDU), sebbene anche questa possibilità non sia stata chiaramente esclusa. Partendo da questa premessa, il presente lavoro si propone di analizzare criticamente i requisiti che derivano dalla suddetta Convenzione affinché una misura che limita tale diritto sia conforme ad essa.

The right to nudity in public places in the jurisprudence of the European Court of Human Rights

The case law of the European Court of Human Rights makes it necessary to examine nudity, whether it is intended to express an idea or opinion about the human body (*Gough v. United Kingdom*), or as a form of demand or protest (*Bouton v. France*), as a manifestation of the right to freedom of expression in art. 10.1 of the European Convention on Human Rights (ECHR). Greater reservations are raised by its possible inclusion in the right to respect for private life (Art. 8.1 ECHR) and freedom of thought and conscience (Art. 9.1 ECHR), although this possibility has not been clearly excluded either. Based on this premise, this paper aims to critically analyse the requirements derived from the aforementioned Convention for a measure restricting such a right to be in accordance with it.