

Recurso Ordinario 444/09-AE

Sentencia TSJC 104/2013

CLUB CATALÀ DE NATURISME/Excm. Ajuntament de Castell-Platja d'Aro

**AL TRIBUNAL SUPREMO,
SALA TERCERA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

Doña REBECA FERNÁNDEZ OSUNA, Procurador de los Tribunales de Madrid y del **CLUB CATALÀ DE NATURISME**, según acredito en los presentes autos mediante el Poder que se adjunta como Documento número 1, ante la Sala comparezco y, como mejor en Derecho proceda,

D I G O:

Primero.- Que con fecha 14 de febrero del corriente fue notificada a esta parte la Sentencia de fecha 11 de febrero de 2013 dictada por este Tribunal en recurso contencioso-administrativo referenciado, en cuya parte dispositiva establece la desestimación de la demanda interpuesta por entender que los artículos 9.2, 37.3 n) y concordantes de la Ordenança d'Ús de les Platges de Castell-Platja d'Aro i S'Agaró se ajustan a legalidad y Derecho, sin especial pronunciamiento sobre las costas causadas.

Segundo.- Que esta parte considera dicha Sentencia contraria a Derecho y susceptible de fundamentar un Recurso de Casación, por lo que se presentó escrito en debidos tiempo y forma ante el mismo Órgano Jurisdiccional que dictó la Resolución recurrida anunciando la preparación de este RECURSO DE CASACIÓN, y anunciando sus fundamentos jurídico-formales, conforme a lo dispuesto en los arts. 86 y ss. de la LJCA.

Tercero.- Que con fecha 18 de marzo de 2013 el TSJ de Cataluña mediante Diligencia de ordenación da por preparado el recurso de casación y emplaza a las partes para que interpongan el recurso mediante la correspondiente postulación procesal en el plazo de 30 días ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Cuarto.- Que mediante este escrito la recurrente **CLUB CATALÀ DE NATURISME** pasa a formalizar dicho **RECURSO DE CASACIÓN** por infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico o de la Jurisprudencia que resultan aplicables, de acuerdo con

lo dispuesto en el Artículo 88.1 d/ de la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con base en las siguientes

ALEGACIONES

Primera.- LEGITIMACIÓN.

Esta parte, en su condición de recurrente, se encuentra legitimada para recurrir en casación, por haber sido parte en el proceso en el que se ha dictado la Sentencia a impugnar.

Segunda.- COMPETENCIA.

Que la Sentencia mencionada, que se refiere a una cuantía litigiosa indeterminada, es susceptible de ser recurrida en casación por haberse dictado por una de las Salas cuyas Sentencias son recurribles en esta vía, y no se halla incurso en ninguna de las excepciones establecidas legalmente en el artículo 86 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Tercera.- JURISDICCIÓN.

El anuncio y preparación del Recurso de Casación se presentó en el plazo de 10 días ante la Sala que dictó la Resolución recurrida (art. 89 LJCA). Trámite que ya se ha cumplido. Procede ahora formalizar el Recurso de Casación ante esta Sala Tercera del Alto Tribunal.

Cuarta.- MOTIVACIÓN JURÍDICO-MATERIAL.

El motivo en que ha de fundarse el Recurso de Casación es el siguiente en base a lo dispuesto en el Artículo 88.1 d/ de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: *Infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico o de la Jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.*

Quinta.- ANTECEDENTES A TENER EN CUENTA E ITER JURÍDICO PREVIO DE LA CUESTIÓN.

En primer lugar, y antes de abordar las infracciones del Ordenamiento Jurídico y de la Jurisprudencia, resulta conveniente y necesario repasar ordenadamente el recorrido jurídico relativo a la ordenación normativa del nudismo por las entidades locales a la que nos hemos referido en nuestra demanda contra el Ayuntamiento de Castell-Platja d'Aro i S'Agaró, y que ha sido ignorado en su totalidad en la Sentencia que recurrimos. Lo desglosaremos en 11 puntos siguiendo su evolución en el tiempo. Tras ello, pasaremos al análisis de los puntos de la Sentencia del TSJC que violan el Ordenamiento y la Jurisprudencia.

ITER JURÍDICO

Normas del Ordenamiento Jurídico o (...) Jurisprudencia aplicables para centrar o resolver las cuestiones objeto de debate, ordenadas temporalmente.

1.- El Tribunal Supremo (Sala de lo Criminal) se pronunció sobre el nudismo el de 2 mayo 1984, siendo ponente el Excmo. Sr. D. Luis V. M. “El TS declara no haber lugar al recurso de casación, por infracción de Ley, interpuesto por María D. A., contra sentencia de la Audiencia que le condenó como autora de un delito consumado de escándalo público del art. 431 del C. P., a la pena de un mes y un día de arresto mayor y multa de 20.000 ptas.”

La evolución de los hechos se puede seguir con facilidad a través de los periódicos de la época (ejemplo, *El País* del 24/06/1984:

http://www.elpais.com/articulo/espana/GALICIA/pecado/desnudarse/elpepiesp/19840624elpepinac_6/Tes/)

“Los portavoces del Grupo Popular le preguntaron al alcalde por qué no se legalizaba también una playa para gays, otra para negros, etcétera” y “La experiencia de Baroña terminó con el procesamiento de 14 nudistas, que fueron conducidos al cuartel de la Guardia Civil de Porto do Son y luego al de Santiago de Compostela, a 50 kilómetros, «donde nos tomaron fotografías y nos midieron los pies, aun no sabemos para qué». Otros seis nudistas detenidos en la playa de Barra, en Cangas de Morrazo, fueron juzgados por la Audiencia Provincial de Pontevedra, que los condenó a un mes y un día de arresto, multa de 20.000 pesetas y seis años y un día de inhabilitación profesional. El Tribunal Supremo denegaría el recurso de una joven pontevedresa en una histórica sentencia en la que se califica el nudismo como «ese retorno a tiempos edénicos anteriores al pecado original». Conocido el fallo, los pioneros gallegos del nudismo reiteraban sus peticiones legislativas en un telegrama al Gobierno”.

2.- Proposición 122/000046 del 17 de marzo de 1987.

Aquella Sentencia del TS mostró la necesidad de modificar el CP aboliendo el delito de escándalo público. Para ello se presentó la **proposición 122/000046 del 17 de marzo de 1987** (Documento número 2), en la que calificaba al “escándalo público, radicalmente incompatible con un orden democrático y pluralista como el que la Constitución consagra como mandato del legislador”. Es decir se le calificaba de inconstitucional. En el citado Boletín de las Cortes se dice:

“Se ha hablado del «escándalo de la sentencia del escándalo público», pero la responsabilidad última del mismo se encuentra en la propia ley [...] El Código ha protegido desde entonces con la pena de un delito una determinada concepción de la moral, que entre nosotros no ha aparecido más que como moral sexual. [...]

Las penas servían «para el vivir pacífico de los españoles y la eficaz sanción de la ley para los que se aparten de las reglas de la moralidad y rectitud, que son norma de toda sociedad iluminada en su marcha a través de la Historia por los reparadores principios del Cristianismo y del sentido católico de la vida».

La expuesta es la tradición de que es portadora la figura del escándalo público, radicalmente incompatible con un orden democrático y pluralista como el que la Constitución consagra como mandato del legislador”

3.- LO 5/1988, de 9 de junio.

Como resultado de esta Proposición de Ley el Congreso de los Diputados aprobó la **abolição** de los obsoletos artículos 431 y 432 del Código Penal sobre el **escándalo público**. Estas modificaciones se introdujeron en 1988 (**LO 5/1988, de 9 de junio**). Unos siete años después el nuevo Código Penal (CP) se reafirmaba en su acierto y quedaba así limpio de consideraciones que lo vincularan a ninguna moral, en consonancia con nuestra Constitución. En dicha modificación también se suprimió el específico artículo **577.1** que penaba a "**los que se bañaren faltando a las reglas de decencia o de seguridad establecidas por la Autoridad serán castigados con multas de 500 a 5.000 pesetas y con represión privada**".

4.- Interpretación de la “mente del legislador”.

Dado que la Ley Orgánica 5/1988 se limita en su texto final a constatar la abolición de dichos delitos (http://www.congreso.es/public_oficiales/L3/CONG/BOCG/B/B_057-01.PDF), es necesario recurrir al **Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados** para conocer las disquisiciones de la **Comisión de Justicia e Interior** y sobre todo las **votaciones**. El texto completo se puede consultar en la Base de datos de la web del Congreso, documento número 228 de 1988, III Legislatura, del 23 de febrero: http://www.congreso.es/public_oficiales/L3/CONG/DS/CO/CO_228.PDF, de 28 folios. Como ejemplo, por centrarse con claridad en el tema que nos ocupa, citaremos una intervención del Diputado Bandres Molet, Página 20 (8166), y el resultado de la votación (**unanimidad**) en la página siguiente (21) (8167), que se adjunta como Documento número 3:

El artículo 577.1 "los que se bañaren faltando a las reglas de decencia o de seguridad establecidas por la Autoridad serán castigados con multas de 500 a 5.000 pesetas y con represión privada". La playa de San Sebastián [...], tenía dos zonas, una para hombres y otra para mujeres; los hombres, camiseta y pantalón Meyba, las mujeres, toda clase de elementos de cobertura de su cuerpo, y, en los lugares únicos en los que se podía estar juntos, un hermoso albornoz[...] Por todo ello solicito de mis compañeros colegisladores que se sientan a mi diestra que acepten esta enmienda mía en su totalidad, es decir extendiéndose a todas las expresiones del número 1 del artículo 577 para que así nuestro código quede un poco más lustroso y más presentable.

Página 21: votación de la supresión total del 577.1. Aprobada por unanimidad.

5.- Transposición de la LO 5/1988 del 9 de junio al ámbito no penal: Ley de Costas (LO 22/1988 de 28 de julio).

Tras las intenciones de nuestros legisladores expuestas anteriormente no cabe pensar que se pretendiera sacar de lo penal el delito de escándalo por inconstitucional para permitir que se pudiera seguir sancionándolo mediante leyes o reglamentos civiles. Es por ello que de inmediato (poco más de un mes después), y también mediante Ley

Orgánica, como no podía ser de otro modo, se modifica la Ley de Costas de cara a suprimir la figura por la que el estado cedía sus competencias de policía de moralidad a los Ayuntamientos. Así mediante la LO 22/1988 se retira esta figura, contraria al nuevo ordenamiento jurídico en la nueva Ley de Costas. Por ello en la nueva Ley de Costas desaparece la anterior referencia a competencias de contenido moral que la antigua Ley de Costas de 26 de abril de 1969 hacía en su artículo 17 que le atribuía la denominada “policía de moralidad”. Por tanto, ya desde 1988 y con la nueva Ley de Costas, quedó claro que **las competencias municipales sobre las playas no habilitan a los Ayuntamientos (ni a nadie) a actuar como “policía de moralidad”, ya que esta función sí se encontraba en la antigua Ley de Costas y ha sido suprimida específicamente en la actual.** No nos encontramos por tanto ante un caso de vacío legal que se pueda dejar al arbitrio del Ayuntamiento, sino de una supresión específica y deseada.

Es por ello que se retiraron de la descripción de cada playa de la web de “Costas” las calificaciones de playa autorizadas para el nudismo, al pasar a ser todas las playas de uso libre por todos los ciudadanos, y que hasta ese momento suponían además de lo expuesto, el establecimiento de un uso privativo del dominio público contrario a la Constitución y a la Ley de Costas.

6.- Proposición no de Ley del Parlamento de Cataluña.

A pesar de que tras lo expuesto creemos que queda fuera del ámbito de todas las administraciones la posibilidad de regular (que siempre implica prohibir en alguna medida) la desnudez, especialmente en las playas, sí le es posible a las administraciones emitir proposiciones, siempre que sean no de ley, que ayuden a clarificar aspectos que puedan suscitar dudas en las fuerzas de seguridad, o que ayuden a formar a la ciudadanía en el respeto a las ideologías de los demás y a sus expresiones externas. Así el Parlamento de Cataluña aprobada el 13 de febrero de 1997 una proposición no de ley solicitando a los Ayuntamientos “la supresión de los obstáculos reglamentarios que impiden la práctica del nudismo”.

7.- La Sentencia de 22 de febrero de 1999 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, (Nº de Resolución: 289/1999).

Sin entrar en el fondo del asunto, consideró **nulo** un acuerdo municipal donde se decidía a destinar una zona de playa como nudista, puesto que es una decisión que, en todo caso, debe ser adoptada por la Administración del Estado, como titular del bien de dominio público. Como admite el propio Tribunal, el TSJV no entra en el fondo del asunto, ya que sólo ha sido preguntado por si los Ayuntamientos son o no competentes. El TSJV se limita a dejar claro que **no es competencia** de los **Ayuntamientos**. Si hubiera decidido entrar en el fondo del asunto, habría advertido que el verdadero motivo por el cual Costas deja de delegar la “policía de moralidad” en los Ayuntamientos no es que se la reserve para sí, sino que el propio Estado carece de ella tras las LO 5/1988 y 22/1988, y por tanto no puede delegar una capacidad de la que carece.

8.- Recomendación del Ararteko (Defensor del Pueblo Vasco) contra la Ordenanza Municipal del Ayuntamiento de Getxo, que regulaba zonas para el nudismo y lo prohibía en otras.

En la recomendación de la defensora del Pueblo Vasco 33/2001 del 1 de Octubre, a solicitud de nuestra asociación hermana en el País vasco, se concluye que:

“El Ayuntamiento de Getxo deberá anular el Decreto de Alcaldía de 12 de julio de 2001, por el que se dispone que la Policía Municipal aperciba a aquellas personas que practiquen el nudismo en las playas o en las campas del municipio, para que se abstengan de hacerlo [...] ya que con base en las anteriores consideraciones es contrario al ordenamiento jurídico”.

Se adjunta dicha Recomendación, de gran claridad jurídica, como Documento número 4.

Recuerda la defensora del pueblo que el Ayuntamiento y sus actividades deben tener pleno sometimiento a la Ley y al Derecho: artículos 9.3 y 103.1 del RSCL (Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales), art. 3.1 de la ley 30/1992 de RJAP-PAC y el art. 84.2 de la LBRL (Ley de Bases de Régimen Local), este último matizando que su actuación se “ajustará a los principios de igualdad de trato,... y respeto a la libertad individual”. Como señala la defensora del Pueblo Vasco, sólo cabe invocar por parte del Ayuntamiento su actividad como “policía de moralidad”, sin vinculación a una ley y por tanto NO VÁLIDA en nuestro ordenamiento jurídico.

Por ello la ordenanza de la alcaldía fue **anulada** en base a estas recomendaciones.

9.- Ordenanzas Municipales posteriores a la evolución legislativa reseñada que han sido retiradas.

Tras la presentación de alegaciones por parte de la Federación Española de Naturismo y/o sus asociaciones y otras organizaciones de consumidores.

Retirada de ordenanzas reguladoras en **Tenerife** (30/5/2008), se aporta copia de la noticia, como Documento número 5.

Recomendación en Mataró; se aporta copia de la noticia, como Documento número 6. (Fuente: http://www.vilaweb.cat/www/elpunt/noticia?p_idcmp=2886842);

Retirada en **Vilanova i la Geltrú** del artículo 10 de dicha Ordenanza, que establecía que el Ayuntamiento "podrá determinar zonas en donde esté prohibido el nudismo".

En **Alicante** sucedió lo mismo el 17 de junio de 2008 y en **Valencia** el 20 de noviembre de 2009. Se aporta copia de la noticia como Documento número 7.

("Finalmente la concejalía de playas ha señalado que el Ayuntamiento no tenía competencia para acotar las zonas de nudismo":

<http://www.lasprovincias.es/valencia/20091121/valencia/caballos-podran-pasear-playas-20091121.html>).

Tarifa aprobó una ordenanza regulatoria a finales de verano de 2009, pero una vez advertido el Ayuntamiento de su ilegalidad (en este caso terminado ya el plazo de alegaciones) el Ayuntamiento ajustó su ordenanza a la legalidad (Web PSOE Tarifa: “El nudismo no puede regularse por ordenanzas municipales”).

Se aporta copia de la noticia, como Documento número 8.

(Fuente: <http://www.psoe.es/ambito/tarifa/news/index.do?id=453563&action=View>)

Se aporta copia de la noticia en otra fuente, como Documento número 9.

Fuente: “El PSOE da un tirón de orejas contra el nudismo a sus alcaldes”, en Informativos Tele 5:

<http://www.telecinco.es/informativos/sociedad/noticia/100018910/EI+PSOE+da+un+tiron+de+orejas+contra+el+nudismo+a+sus+alcaldes> ,

Durante este año 2013 la Federación Española de Naturismo ha tenido noticia de tres nuevas ordenanzas que incluían en su articulado puntos reguladores y sancionadores del nudismo. Los tres ayuntamientos han admitido la validez de los razonamientos que aquí exponemos y han retirado toda referencia al nudismo de sus Ordenanzas. Se trata de **los Ayuntamientos de O Grove y Arteixo en Galicia, y del de San Bartolomé de Tirajana en la isla de Gran Canaria.**

Fuentes:

-Arteixo: <http://www.elidealgalego.com/articulo/area-metropolitana/arteixo-los-nudistas-ganan-y-el-ayuntamiento-retira-las-restricciones-en-los-arenales/20130323234924118914.html> Titular: “Los nudistas ganan y el Ayuntamiento retira las restricciones en los arenales”

-O Grove: <http://www.farodevigo.es/portada-arousa/2013/01/16/o-grove-retira-ordenanza-playas-prohibicion-practicar-nudismo/741553.html> Titular: “O Grove retira de su ordenanza de playas la prohibición de practicar el nudismo. El informe jurídico encargado por Alfredo Bea recuerda que la legislación española permite tomar el sol o incluso pasear desnudo por cualquier lugar público”

-San Bartolomé de Tirajana: <http://www.canarias7.es/articulo.cfm?id=291936> Titular: “Total libertad para desnudarse en las playas de San Bartolomé”

10.- Ordenanzas Municipales que no han sido retiradas y han sido denunciadas ante los respectivos Tribunales Superiores:

- Ordenanza de **Cádiz**: a la espera de Sentencia en el TSJ de Andalucía

- Ordenanzas de **Platja d’Aro** y de **Barcelona**: resueltas a favor de los Ayuntamientos por la sala 5 del TSJC y recurridas en casación ante el Supremo.

- Ordenanza de **Valladolid**: modificada ligeramente en fase de alegaciones con el pretendido objeto de garantizar que la Ordenanza no viole una Ley Orgánica, la del derecho de reunión o manifestación (al ser una manifestación ciclonudista anual el único acto en desnudez del que se tiene constancia en Valladolid, en las alegaciones se preguntaba si el objeto real de la Ordenanza era prohibir esta manifestación). Veamos qué argumento empleó el ayuntamiento, argumento que produjo una modificación en la Ordenanza de cara a salvaguardarlo. “*En los casos en los que el nudismo sea una forma peculiar de exteriorización del ejercicio del derecho de reunión y manifestación y deba entenderse amparada en el mismo, la prohibición de la Ordenanza no tendría efectividad, al ser prevalente la regulación de estos derechos fundamentales contenida en la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, y permitir su ejercicio sin más requisito que la previa comunicación a la Delegación del Gobierno sin necesidad de ninguna otra autorización*”. La Ordenanza está a la espera de Sentencia por parte del TSJ de Castilla y León.

11.- Nueva Ley de Bases de Régimen Local (Ley 57/2003).

No ignoramos que los Ayuntamientos pretenden que a partir de la modificación de la LBRL pueden hacer prácticamente lo que quieran, y usan y abusan de esta Ley en todos los conflictos de competencias que se plantean ante los Tribunales. El objeto de

nuestra demanda no ha pretendido ni pretende discutir la mayor o menor potestad de los Ayuntamientos sobre sus Costas, aunque es evidente que no es tan importante como se pretende defender. La demanda no entra ni siquiera en qué potestades tiene el Ayuntamiento sobre las playas, ni tampoco en todas las que no tiene. La demanda sólo pretende dejar claro que **la competencia de “policía de moralidad” NO LA TIENE**. Y no la tiene, porque la tuvo y se le ha quitado. Y se le ha quitado, porque ningún poder de nuestro Estado la tiene una vez se abolió el delito de escándalo. Y se abolió precisamente a raíz de problemas de acoso a la desnudez de los 80 en nuestras playas. Por tanto, todas las disquisiciones de contrario en torno a sus potestades sobre las playas están fuera de lugar en esta demanda, aunque puedan aprovecharse o se hayan aprovechado para otras.

La base principal la buscan en la evolución de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo desde una inicial posición de vinculación positiva de la normativa municipal a una **vinculación negativa**, sobre la base de los principios de autonomía local (art. 140 CE), interpretada de acuerdo con la Carta Europea de la Autonomía Local (arts. 3 y 4), y con referencia en cuanto a la potestad sancionadora en esa línea a la STS de 23 de junio de 2003 y a la modificación operada en la Ley de Bases de Régimen Local por la Ley 57/2003. Esta evolución, junto con la afirmación de la inexistencia de norma estatal o autonómica que regule la vestimenta, pretende ser la base y trata de encontrar alojamiento en los arts. 139 y 140 de la Ley de Bases de Régimen Local, tras la modificación por la Ley 57/2003.

Nuestro fundamento, que no ha sido entendido o no ha querido ser entendido, no entra a discutir si esta capacidad corresponde a una u otra administración, ya que afirmamos que **no le corresponde a ninguna**. En nuestra demanda se hace notar que en el pasado (hasta 1988) se creyó que esta competencia correspondía al Estado y en todo caso se delegaba a los ayuntamientos mediante la figura de “policía de moralidad”, que por ejemplo se citaba con ese nombre en la Ley de Costas, pero desde 1988 nuestros legisladores advirtieron que en realidad ese cometido era contrario a nuestra Constitución (documento dos citado), lo que se dejó claro mediante una Ley Orgánica que afectó directamente no sólo a nuestro Código Penal sino también a cualquier derivada en lo civil o puramente administrativo. Por tanto el Tribunal yerra al intentar reconducir la demanda hacia un tema de competencias. El Tribunal se equivoca al afirmar en su Fundamento Primero que en nuestra demanda se “sostiene la falta de competencia municipal para regular la práctica del nudismo en las playas, por corresponder aquélla a la Administración del Estado”. **Nunca hemos afirmado eso** y por tanto no es posible argumentar como se hace.

Sexta.- ANÁLISIS CONCRETO DE LOS ASPECTOS DE LA SENTENCIA DEL TSJC QUE CONCULCAN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y LA JURISPRUDENCIA.

1.- INFRACCIÓN DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 16 DE LA CE Y JURISPRUDENCIA AFÍN. RELACIÓN CON LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL “AGERE LICERE”. (Motivo segundo del Anuncio de recurso, cuyo orden hemos alterado por razones cronológicas de exposición).

Como colofón de aquel recorrido legislativo y jurisprudencial está la reciente Sentencia del Tribunal Supremo (**Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 7ª**) **resolviendo Recurso de Casación Núm. 4118/2011 de 14 de febrero de 2013**, en relación con el art. 16.1 CE, que como hartos es sabido “garantiza la libertad **ideológica**, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades, sin más limitación en sus manifestaciones que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley.” Al igual que la manifestación externa de un religioso puede ser su hábito, o la de una mujer islámica puede ser incluso un Burka -ya sea éste considerado religioso o meramente ideológico, aclara el TS-, la manifestación externa de la **ideología nudista** es la desnudez, y por lo tanto no puede limitarse, y mucho menos mediante ordenanzas municipales, porque, desde el punto de vista del precepto constitucional invocado no se le podría negar su carácter de **expresión de una determinada ideología** que, en cuanto libertad constitucional, tiene **el mismo tratamiento** que la **libertad religiosa**.

El Nudismo es una ideología.

Llegados a este punto parece necesario resaltar la característica de IDEOLOGÍA del movimiento Naturista/Nudista. El nudismo (o naturismo) **es una ideología**. Basta consultar el diccionario de la Real Academia de la Lengua para constatar que el nudismo es: “**1. m.** Actitud o práctica de quienes sostienen que la desnudez completa es conveniente para un perfecto equilibrio físico e incluso moral. **2. m.** Doctrina o teoría que lo propugna.” De ahí que al ser su **forma peculiar de exteriorización** la desnudez ha de entenderse siempre amparado en la Constitución, como dijimos en nuestra demanda. Esta ideología queda patente en los estatutos del Club Català de Naturisme, que se adjuntaron a aquélla en su momento, y en los estatutos de la Federación Española de Naturismo, a la que pertenece el CCN, de los cuales emana este extracto:

“Promover, impulsar y proteger el desarrollo y el prestigio del Naturismo, entendiendo éste como la forma de vivir en armonía con la naturaleza, caracterizada por la práctica del desnudo en común con la finalidad de favorecer el respeto a uno mismo, a los demás y al medio ambiente”. (Estatutos de la FEN, Artículo 5.1a); “Proteger y reivindicar el desnudo como una de nuestras libertades, e informar sobre la misma” (5.2d); “Denunciar los casos de discriminación, marginación y desprotección en los que se vean afectados los naturistas por razón de su condición de naturistas o por la práctica del nudismo.” (6.1d)

Esta ideología es compartida por millones de personas, de las que más de 200.000 se agrupan en asociaciones nucleadas en torno a la Federación Naturista Internacional (FNI-INF), a la que también pertenece el CCN a través de la FEN, a lo largo de más de 30 países, la mayoría de ellos en nuestro entorno europeo y que apoya nuestras demandas incluso con financiación económica.

De cara a resaltar la característica ideológica de este movimiento podríamos introducir aquí algunas breves anotaciones que, aunque puedan considerarse de carácter no jurídico, no son del todo accesorias. Así, cuando hablamos de la protección a la infancia contra la creación de fobias hacia el cuerpo humano, lo hacemos en este sentido, aunque hay que anotar que no es algo que sostenga sólo el movimiento naturista, sino que es mantenido por la casi totalidad de educadores y psicólogos. Y creemos de importancia señalarlo, porque la mera existencia de una Ordenanza en la

que se criminalice la propia apariencia del ser humano transmite un mensaje de maldad hacia el mismo que perjudica a la infancia. Hay importantes evidencias científicas que demuestran que transmitir vergüenza hacia el cuerpo a los niños y jóvenes les ha causado y les causa graves perjuicios en la aceptación de su propio cuerpo y en el desarrollo de su personalidad (art. 10 CE, recordamos).

Estas apreciaciones fundamentan que nos basemos especialmente en el **artículo 16.1 CE** que “garantiza la libertad **ideológica**, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley.” Y, como se ha expresado anteriormente, al igual que la manifestación externa de un religioso puede ser su hábito, o la de una mujer islámica puede ser incluso un Burka -ya sea éste considerado religioso o meramente ideológico, como especifica la **reciente Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 7ª) resolviendo Recurso de casación núm. 4118/2011 de 14 de febrero de 2013-** no puede limitarse, la manifestación externa de la ideología nudista tampoco puede limitarse, y mucho menos mediante ordenanzas municipales, porque, recordamos:

“desde el punto de vista del art. 16.1 CE, la hipótesis, planteada a los meros efectos dialécticos, de que se cuestionase el estricto carácter religioso de la vestimenta, no se le podría negar su carácter de expresión de una determinada ideología que, en cuanto libertad constitucional, tiene **el mismo tratamiento** que la libertad religiosa”.

Por otra parte no podemos desconocer que algunos seguidores de la ideología nudista la basan en sus creencias religiosas, y no nos referimos sólo a los conocidos hindús, sino a grupos cristianos seguidores de santos como Francisco de Asís, quien amén de predicar en desnudez y usar tan sólo un saco para protegerse del frío enviaba a sus discípulos a predicar también en desnudez. No es casualidad que en muchos debates entre nudistas se apunte a que la dignidad del cuerpo humano creado por Dios es la base que ha propiciado la extensión de la ideología nudista en el occidente cristiano.

Fijándonos concretamente en la Sentencia recurrida, vemos que el TSJC modifica ilegítimamente el objetivo de la demanda al describirlo sólo como “no permitir la práctica del nudismo en la playas”. En realidad la Ordenanza prohíbe también la propia ideología nudista y su difusión, recordándonos tristemente a la reciente prohibición de la “promoción” de la homosexualidad por parte del gobierno Ruso. La ordenanza dice “Las playas del municipio de Castell-Platja d’Aro son de uso familiar y no se permiten las actividades naturistas y otras actividades que fomenten, favorezcan o desarrollen el nudismo...”.

Por último, debe traerse a colación aquí por su relación con el ámbito de la libertad ideológica lo que el TC, en su STC 154/2002 de 18 de julio, vino a denominar *Agere Licere*, doctrina jurisprudencial ya plenamente consolidada, que en su dimensión externa **faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros** (SSTC 19/1985, F.2; 120/1990, F.10; y 137/1990, F.8) **con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales** (STC 46/2001, F.4; STC 24/1982; STC 166/1996).

Por todo lo aquí alegado es evidente que se está coartando la libertad ideológica, derecho fundamental consagrado en el Art. 16 de la CE y la abundante Jurisprudencia

del TC, por lo que la Sentencia recurrida debe ser casada por esta Sala en el sentido de establecerla por ello contraria a Derecho y, en consecuencia, declarar nulos los artículos 9.2, 37.3 n) y concordantes de la Ordenanza d'Ús de les Platges de Castell-Platja d'Aro i S'Agaró.

2.- INFRACCIÓN DE LO DISPUESTO EN LOS ARTÍCULOS 14 Y 103.1 DE LA CE Y JURISPRUDENCIA AFÍN. AFIRMACIÓN SIN SOPORTE PROBATORIO Y ESTABLECIMIENTO DE UN CONCEPTO ÚNICO DE FAMILIA. INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN LA EVOLUCIÓN DE LAS COSTUMBRES. (*Motivo primero del Anuncio de recurso*).

La Ordenanza recurrida también define un modelo de familia y reserva espacios para este modelo de familia.

Son por tanto cuatro argumentos los que se recurren y no uno, como puede verse con claridad en la demanda:

- la prohibición de la desnudez en las playas;
- la prohibición de promocionar la ideología naturista-nudista (quedan prohibidos por tanto actos como la celebración del “día sin bañador” el tercer domingo de julio, o cualquier manifestación o acto cultural);
- quedan excluidas nuestras familias de ser consideradas como tales, y quedan excluidos los individuos sin familia o que no acudan con su familia a la playa;
- la reserva de espacios públicos comunes para el modelo de familia del Ayuntamiento (y del TSJC, que ni siquiera lo discute).

Nos fijamos ahora en el tercero de los argumentos. La Sentencia recurrida, en su Fundamento Jurídico Cuarto, plantea la supuesta existencia de un conflicto social entre “nudistas” y “no nudistas” que la Administración debe arbitrar, y la Sala *a quo* decide resolver en favor de los segundos por tratarse de una actividad mayoritariamente compartida, relegando a los primeros a lugares en todo caso apartados de los núcleos urbanos. Es evidente que se está discriminando negativamente no ya a un sector de la población sino a la persona en sí como sujeto de derechos y libertades, presuponiendo que una persona “nudista” está creando un problema de convivencia allí donde no lo hay. Además, aquella resolución incurre en un fatal contrasentido, pues habla de “el uso compartido de los espacios públicos” cuando en realidad está resolviendo sobre su imposibilidad y facultando a la Administración Pública para poder crear y regular espacios segregados. Por último, la Sentencia otorga carta de naturaleza a una regulación restrictiva municipal en virtud de un carácter familiar de las playas del municipio de Castell-Platja d'Aro, concediendo tácitamente validez a un falso silogismo: “familia = individuos no-nudistas”. Pretendemos, de una vez por todas, que el Tribunal *ad quem* entre en el fondo del asunto sin que ello tenga que significar la emisión de juicio de valor alguno sobre el nudismo.

No hace falta disponer de amplia formación jurídica para darse cuenta de que estamos ante una discriminación real de las no permitidas por nuestra Constitución (art. 14), según amplísima Jurisprudencia en este sentido emitida por el Tribunal Constitucional.

Tampoco parece estar muy acorde aquella Sentencia recurrida con el artículo 103.1 CE, ya que el Ayuntamiento del que dimana la Ordenanza no está sirviendo con objetividad los intereses generales ni actuando conforme a Ley.

Además, repárese en el hecho de que no ha sido aportada por la recurrida ninguna prueba que avale la grave discriminación producida con la aprobación de la Ordenanza en los artículos impugnados, puesto que no puede hacerlo porque tal prueba no existe. No hay antecedentes –al menos en Castell-Platja d’Aro- de perturbaciones convivenciales playeras por causa del nudismo, ni siquiera ocasionales. De existir, no han sido alegadas, con lo que se deja al descubierto que tales normas inconstitucionales se basan en *simples presunciones* que parten de una concreta ideología que otorga más valor a unos que a otros. Unas personas son *más* porque llevan bañador, otras son *menos* porque no lo llevan. Nos preguntamos si realmente esto es exponente de una “sociedad democrática avanzada”, a la que se encaminaba el pueblo español cuando la Carta Magna empezó su andadura según su Preámbulo.

En el Fundamento Jurídico Cuarto de la Sentencia recurrida se encuentra una **afirmación sin aporte de pruebas que la sustenten**, e incluso con pruebas en sentido contrario: EL TSJC afirma en su Sentencia que “se trata de una actuación que concita la adhesión de determinados ciudadanos, como los que integran la asociación recurrente, al tiempo que **despierta igualmente el rechazo, o cuanto menos la desaprobación, de otra parte de la población**”.

Es evidente que nos encontramos ante una mera **opinión de los miembros del TSJC** que han juzgado este caso, y especialmente de su Ponente, ya que como se ha dicho en el Expediente, no se ha aportado ninguna encuesta por parte del Ayuntamiento demandado, ninguna prueba policial de alteración del orden público, ni nada que justifique dicha afirmación. Ni se ha aportado ni se ha pedido por parte del Tribunal. Contrariamente, no es difícil informarse y averiguar que el rechazo a la desnudez, y especialmente en las playas, es residual en la sociedad española y aún más en la catalana, y que las escasas personas que no soportan la desnudez ajena no suelen acudir a las playas para “no sufrir tentaciones”. A pesar de ello, son esas pocas personas las que intentan dictar las normas de vestimenta de los que sí asisten a las playas y son tolerantes con la vestimenta ajena, y lo hacen a través de lobbies mediante formularios de Internet que envían correos no deseados a políticos en especial en el ámbito municipal. Hay que estar muy alejados de las noticias para no enterarse del éxito de Spencer Tunick en Barcelona (7000 personas en Montjuïc en 2003), de las ciclonudistas anuales que cada vez se extienden por más ciudades, de las manifestaciones animalistas... Son muchas las encuestas realizadas en los últimos años. Adjuntamos en su momento la realizada por el periódico *20 minutos* por ser la más amplia (10.000 es la muestra), que sólo arroja un 7% de personas contrarias a la libre elección de desnudez en cualquier playa (volvemos a adjuntarla aquí como Documento número 10). En cualquier caso, éste no debería ser un fundamento de derecho a introducir en una Sentencia de un Alto Tribunal que se supone debe defender los derechos de las minorías, pues daría pie a poder prohibir a las personas algo tan personalísimo (=intrínsecamente humano) como el derecho a llevar *piercings*, tatuajes, peinados tipo “Punky”, o incluso a prohibir la presencia en las calles de

personas con discapacidades muy evidentes o con vestimentas religiosas o de otras culturas. En fin, todo lo que pudiera desagradar a una “mayoría” de los ciudadanos, y mediante una simple Ordenanza Municipal.

Es sorprendente también la **identificación que se hace en la norma recurrida -y en la Sentencia de instancia que le otorga validez jurídica- entre un “espacio abierto y común para todos” con el concepto “familia”, entendido de modo exclusivo y excluyente**. No sólo el TSJC no discute la introducción de esta afirmación en la Ordenanza, sino que la da por válida con su mera afirmación. Parece indicar en la Sentencia que hay que probar que la playa no es de uso familiar. ¿Cómo se prueba esto? ¿Qué significa familiar? El movimiento Naturista es un movimiento educativo y esencialmente familiar. Por otra parte todos los seres humanos pertenecen a una familia, a no ser que se pretenda que no se puede ir a la playa sin ir acompañados por “la” familia.

No se entiende tampoco qué puede tener que ver la proximidad o no a núcleos urbanos de las playas, a no ser que se pretenda relegar la desnudez a lugares apartados y de difícil acceso como en tiempos de la persecución durante la dictadura, o que se pretenda que las personas discapacitadas que deseen disfrutar de la playa sin el inútil bañador no puedan acceder a las playas urbanas con fácil acceso y protección. Por otra parte, debido a la desbocada construcción de inmuebles en las costas españolas y en especial en las cercanías de las playas, cada vez es más difícil encontrar lugares aislados y paradisíacos, a los que por otra parte también tienen derecho a asistir las personas que usan bañador o las “familias” citadas en la Ordenanza. ¿O es que ese “derecho a no ver” que ha inventado el Ayuntamiento y respaldado el Tribunal desaparece cuando la playa se aleja de zonas urbanas?

Por otra parte, la alusión de que se trata de **“una actividad que, en este momento histórico, no es mayoritariamente compartida”** como justificante de su represión, aunque fuera cierta, conduce a la imposibilidad de su evolución histórica. Si se hubiera actuado así anteriormente seguiríamos teniendo playas separadas para hombres y mujeres y con estricta regulación de la ropa a utilizar. La constatación de que eran pocas las primeras mujeres que se atrevieron a prescindir de la prenda superior del bikini nunca ha provocado la emisión de una Ordenanza basándose en que no era o es esta costumbre “mayoritariamente compartida”. Incluso aún hoy en día no lo es en las playas más próximas a núcleos urbanos que el Ayuntamiento y el Tribunal califican de familiares, pero no se prohíbe. Es de notar que al menos inicialmente la evolución histórica del llamado “*top-less*” en las playas y demás lugares de baño tiene un carácter ideológico de afirmación feminista, de igualdad y de “no-sexualización” de la desnudez. En su día se fue implantando el bikini en convivencia con el bañador de una pieza; después se puso de moda el *top-less*, primero en playas apartadas, luego en las urbanas, y después en las piscinas. El prescindir totalmente de prenda alguna para el baño ha pasado de practicarse en las playas antes “autorizadas” y ahora llamadas “de tradición nudista” a hacerlo en cualquier playa, en mayor o menor extensión según regiones. Ignoramos cómo seguirá esta evolución, si se dará el paso a la normalidad en todas las playas y en las piscinas o incluso en los parques o en las calles, en consonancia con las cada vez más extendidas manifestaciones en desnudez como son las marchas ciclounudistas en cada vez más ciudades españolas, las manifestaciones contra las pieles de animales, o las fotografías masivas de Tunick, -

actividades todas ellas, junto al desnudo en las playas, que son del agrado de los ciudadanos y que por ello se vienen mostrando desde hace años en los telediarios de mediodía con total naturalidad y sin censura alguna-. Pero lo que está claro es que **en ningún caso las Administraciones deben intervenir en esta evolución**, y que en las escasas ocasiones en las que se ha intentado esta intervención, tanto los propios ciudadanos como la Justicia -hasta esta Sentencia del TSJC- se han definido con claridad impidiendo toda regulación en materia de vestimenta. Nos hallamos ante un caso claro de exceso de intervencionismo en la vida de los ciudadanos.

Es evidente que existen barrios chinos en algunas ciudades, barrios hispanos, de raza negra, de musulmanes, etc. Pero cuando el Estado, a través de sus poderes públicos o de su Administración, establece que un barrio es para judíos, chinos... o que una playa es para “nudistas”, o “musulmanes-varones”, o “hembras”, o cualquier otro colectivo en función de sus ideas o características propias, se cruza una línea no permitida en democracia: se crean los guetos, los *apartheid*, los muros, y deja de ser democracia, por quebrantarse uno de los pilares fundamentales de un Estado Social y democrático de Derecho como es el nuestro. Si la Administración decide intervenir, la única manera que tiene de hacerlo es en sentido positivo, consiguiendo que esos auto-apartheid (creados por los propios grupos) desaparezcan y se integren, jamás para incentivarlos delimitándolos oficialmente.

Si algunos nudistas, por desgracia (no es ésta la visión que defienden nuestras organizaciones), decidieran voluntariamente separarse, jamás la Administración puede “habilitarles” o “delimitarles” una zona. ¿Qué puede entonces hacer? Lo que ya han hecho otros Ayuntamientos españoles: **Informar a todos los ciudadanos** que “actualmente la práctica del nudismo en las playas no sólo no tiene la consideración de delito, falta o infracción administrativa, sino que es **manifestación de un derecho individual** que las Administraciones públicas tienen que facilitar a aquellos que lo quieran practicar, tal como dice la legislación vigente.” Es decir, si el Ayuntamiento de Platja d’Aro desea intervenir en la actividad de los ciudadanos sobre la regulación de la ropa en las playas, lo que debe hacer es informarles de que es una más de sus libertades el elegir su indumentaria, especialmente en las playas. Esto es, o informa o simplemente no actúa.

La Sentencia del TSJC de 11/02/13, aquí recurrida, debe ser casada por esta Sala, en el sentido de dejar establecido que por otorgar carta de naturaleza a discriminaciones no permitidas ni con causa probada es contraria a Derecho, y por ello declarar contrarios a Ley y nulos de pleno derecho los artículos 9.2, 37.3 n) y concordantes de la Ordenança d’Ús de les Platges de Castell-Platja d’Aro i S’Agaró.

3.- INFRACCIÓN DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 84.2 DE LA LEY DE BASES DE RÉGIMEN LOCAL. (Motivo tercero del anuncio de recurso).

La Sentencia recurrida se olvida por completo de aplicar lo dispuesto por esta norma con rango de Ley: “La actividad de intervención [de los Entes locales] se ajustará en todo caso a los principios de igualdad de trato, congruencia con los motivos y fines justificativos, y respeto a la libertad individual”.

Este artículo bien pudiera constituir un corolario a todo cuanto se ha alegado como infracción de normas y de Jurisprudencia en los 4 motivos jurídico-materiales anteriores de este recurso.

Por haber contravenido lo dispuesto en este artículo –implicar desigualdad de trato, finalidad antijurídica y nulo respeto a la libertad individual-, la Sentencia recurrida debe ser casada y dejados sin efecto los artículos 9.2, 37.3 n) y concordantes de la Ordenanza d'ús de les Platges de Castell-Platja d'Aro i S'Agaró.

4.- INFRACCIÓN DE LO DISPUESTO EN LOS ARTÍCULOS 139 Y 140 DE LA LEY 57/2003 DE 16 DE DICIEMBRE DE MEDIDAS DE MODERNIZACIÓN DEL GOBIERNO LOCAL, ASÍ COMO DEL ARTÍCULO 53 DE LA C.E. CONCORDANCIA CON EL ARTÍCULO 16 CE. (Motivo cuarto del anuncio de recurso).

“Todo ejercicio de un derecho fundamental es materia reservada a la Ley, y no puede por ello ser objeto directo de regulación por una Ordenanza municipal.” (Sentencia en casación del TS 4118/2011 del 14 de febrero de 2013).

Se establece en el Fundamento Tercero de la Sentencia que recurrimos una capacidad genérica, y por lo genérica posibilitadora de abuso, de los ayuntamientos. En ningún momento se dice que esta capacidad pueda tener límites. Y en ningún momento se concreta en qué apartado de la LBRL se puede encajar la regulación de la vestimenta de los ciudadanos en las playas. De acuerdo con esta sentencia del TSJC que aquí se recurre terminaríamos convirtiendo a los más de 8000 ayuntamientos españoles en una especie de 8000 mini-estados, y los ciudadanos nos veríamos obligados a informarnos de las prohibiciones que hay en cada uno de ellos antes de iniciar cualquier intento de desplazamiento por el territorio nacional.

Por suerte para esta parte, el Tribunal se equivoca. Estas competencias sí se concentran en el artículo 140 y ss de la LBRL en los que se establece que las perturbaciones sobre las que les es permitido establecer infracciones se limitan al orden público (tranquilidad o pacífico ejercicio de los derechos), la salubridad y daños en los equipamientos (daños físicos). En ningún lugar se habla de daños morales hacia otros ciudadanos, coherentemente con el TC, que define el Orden público protegido por ley como **“las situaciones en que se ponga en peligro la integridad física de las personas o de los bienes protegidos constitucionalmente”** (el subrayado es nuestro). Se podrían citar muchas sentencias en este sentido. Como ejemplo veamos lo que opina el fiscal, y suscribe este TS, en la reciente sentencia de Casación 4118/2011 del 14 de febrero de 2013:

“Al no tratarse de conductas que produzcan consecuencias físicamente evaluables (como el ruido, las emanaciones de gases o fluidos, la emisión de ondas magnéticas, el ornato de la edificación, juegos, animales, que están sin duda en la génesis de la reforma de 2003 que alumbró los artículos 139 y 140 de la LBRL)

resulta un puro ejercicio de voluntarismo reconocer en aquellas conductas la posibilidad perturbadora que permita encuadrarlas en el concepto legal - perturbación de la convivencia que afecta a la tranquilidad- aun cuando no se aceptara que lo irrelevante está fuera de la norma».

Es decir, el Ayuntamiento puede prohibir que un ciudadano pinte la fachada de su casa de color verde o coloque una parábola, pero no puede impedir que el ciudadano se pinte a sí mismo de verde y lleve una parábola a modo de sombrero en la cabeza, por mucho que cause asombro, perturbación o risa en los demás.

Y más adelante continúa diciendo en la misma Sentencia de Casación:

“En todo caso, por muy amplia que sea la potestad de los Ayuntamientos para la regulación de infracciones y sanciones, no puede olvidarse que 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.”

En efecto, se da la circunstancia que en la práctica totalidad de las playas españolas no está limitado el derecho al disfrute de las mismas sin la innecesaria ropa, y que en la mayoría de los municipios (pocos) donde esta limitación se ha planteado ha sido retirada en fase de alegaciones ciudadanas, como se ha demostrado con la aportación documental adjunta y los enlaces. Tampoco podemos desconocer que incluso en el propio municipio de Platja d’Aro sólo se ha introducido la prohibición en las playas, por lo que en rigor legal un ciudadano podría ir desde su casa hasta la playa sin ropa y proceder a vestirse justo antes de acceder a la playa. Esta ordenanza consigue que “el derecho resulte limitado en unas partes del territorio y no en otras”.

Y sigue la Sentencia de Casación 4118/2011 del 14 de febrero de 2013:

“La competencia del Ayuntamiento para regular sus servicios y la convivencia en el ámbito del Municipio: incontestable, (y es ahí donde entran en juego como normas habilitantes las de LBRL -Art. 4.1.f, 25 y 25- y de la Carta Europea de la Autonomía local -art. 4.2-, citadas en sentencia), no puede suponer que, al ejercitar las competencias que dichas normas le confieren, pueda hacerlo prescindiendo de los límites constitucionales que le impone el respeto del derecho fundamental de libertad religiosa, proclamado en el art. 16.1 CE.”

Obsérvese que en la sentencia citada se hace referencia en todo momento al artículo 16.1 CE, que aunque en el caso tratado en la Sentencia que se cita se centra en la libertad religiosa, siempre es aplicable de igual manera a la libertad ideológica, cosa que el propio TS se encarga de aclarar, por si hubiera duda, en esta misma sentencia que estamos citando. Dice en su **Fundamento de Derecho Octavo** *in fine*:

“porque desde el punto de vista del art. 16.1 CE la hipótesis, planteada a los meros efectos dialécticos, de que se cuestionase el estricto carácter religioso de la vestimenta, no se le podría negar su carácter de expresión de **una determinada ideología que, en cuanto libertad constitucional, tiene el mismo tratamiento que la libertad religiosa.**” (*El subrayado es nuestro*).

Sin embargo, el Fundamento Tercero de la Sentencia que recurrimos concluye apodícticamente y sin más explicaciones que “resulta **indiscutible** la competencia de la Corporación demandada para regular el uso de las playas del municipio”. (*La negrita es nuestra*).

Por haber contravenido lo dispuesto en estos artículos –libertad ideológica, incompetencia de municipios para regular la vestimenta en las playas de su término municipal, e inexistencia de perturbaciones graves de orden físico-, así como la Jurisprudencia reciente de este mismo Tribunal *ad quem*, la Sentencia recurrida debe ser casada y declarados nulos de pleno Derecho los artículos 9.2, 37.3 n) y concordantes de la Ordenança d’ús de les Platges de Castell-Platja d’Aro i S’Agaró.

5.- INFRACCIÓN DE LO DISPUESTO EN LOS ARTÍCULOS 25 CE Y 129 DE LA LEY 30/92 RJAPAC. REINTRODUCCIÓN DE UN ILÍCITO PENAL. (*Motivo quinto del anuncio de recurso*).

CONCORDANCIA CON LOS ARTS. 10 Y 16 CE.

El TSJC también altera ilegítimamente los motivos del recurso al afirmar que “se sostiene la falta de competencia municipal para regular la práctica del nudismo en las playas, por corresponder aquélla a la administración del estado”. Esto es falso: sostenemos en efecto la falta de competencias pero no por corresponder éstas al Estado, sino porque no corresponden a NADIE, tampoco al Estado. Cuando anotamos en algunos momentos de nuestra demanda la frase “y en todo caso sería competencia del Estado”, no estamos afirmando que lo sea, sino que en todo caso lo fue antes de la LO 5/1988 y la LO 22/1988, y en todo caso podría volver a serlo si el Estado decidiera emitir nuevas LO en sentido contrario. Aunque en realidad opinamos que no lo podría hacer, ya que los fundamentos de estas leyes son de orden constitucional (se promulgan precisamente para evitar una incompatibilidad con la Constitución) por lo que se necesitaría una previa modificación de la Constitución de difícil justificación y aceptación.

En virtud de los principios de legalidad y de tipicidad, la práctica del nudismo no puede ser penalizada ni sancionada administrativamente, y por ello no puede incluirse entre los supuestos del artículo 139 de la Ley 57/2003. El delito de escándalo público desapareció definitivamente de nuestro Ordenamiento Jurídico mediante la reforma del Código Penal (LO 5/88), por lo que el ejercicio de una potestad o derecho individual como el que nos ocupa no puede quedar restringido por una norma sólo con rango de Ley. No se pretende tanto discutir sobre la mayor o menor potestad de los Ayuntamientos sobre sus costas, como razona la Sentencia recurrida, sino que esta parte se ve en la obligación de incidir sobre el hecho de que desde 1989 ninguno de ellos tiene competencias de “policía de moralidad”. Pero en cualquier caso tampoco un

simple Ayuntamiento puede dictar normas sobre competencias que o bien no tiene o bien no debiera tener.

En el Fundamento Jurídico Segundo se incide de nuevo en argumentar y negar lo que nunca se ha afirmado en la demanda. Parecería que se está contestando a una demanda distinta. Y concluye en algo obvio: que “la consideración de las playas como zona de dominio público marítimo-terrestre no excluye que los ayuntamientos ejerzan en este espacio *las competencias que tienen atribuidas legalmente*, en cuanto se trata de lugares abiertos al uso público” (la cursiva es nuestra). En efecto, estamos de acuerdo en que ejerzan las competencias que tienen atribuidas, pero no las que no tienen, y en especial las que tenían y se les han retirado expresamente, como es el caso.

Reintroducción de un ilícito penal de manera solapada pero real:

Mostrábamos en la descripción del *iter* jurídico, concretamente en los Apartados 2 y 3, cuáles fueron los motivos que suscitaron la necesidad de retirar el delito de escándalo público, que entre otras actitudes penaba la desnudez en las playas, y mencionábamos la Proposición de Ley inicial y las actas de la Comisión de Justicia. También mostrábamos cómo se había traspuesto al ámbito civil suprimiéndose en la única Ley en la que figuraba: la Ley de Costas.

Sin embargo, en la Sentencia que recurrimos -Fundamento Cuarto-, se evita responder a esta cuestión aduciendo que “no le corresponde a este Tribunal”. Denunciaremos a continuación qué es lo que realmente pasa cuando se introduce en un reglamento u ordenanza una prohibición de pretendido alcance exclusivamente civil. Lo habitual es que termine en un proceso penal por desobediencia e incluso en una detención con acusaciones de resistencia o incluso de atentado a la autoridad, con penas que oscilan entre los 6 meses y los dos años. En efecto, **lejos de tratarse de una mera sanción administrativa, como en principio parecería desprenderse de esta y de las otras ordenanzas en recurso, lo que en realidad sucede en la práctica es que al nudista no se le permite seguir disfrutando de la playa en desnudez una vez notificada la sanción, sino que se le conmina a vestirse y a abandonar el lugar.** Si la persona decide mantener su desnudez, lo cual es común en un Naturista convencido de que dicha orden puede resultar tan indignante como le resultaría a una persona vestida que se le conminara a desnudarse, es habitual que se le acuse de delito de desobediencia, y si aún persiste en su actitud se suele proceder a su detención. Y aunque no debería ser común, lo habitual es que el policía tienda a añadir un delito de resistencia a la autoridad o incluso de atentado contra la autoridad. Por lo tanto la introducción de esta “falta” en la Ordenanza suele conducir en realidad a una o a varias acusaciones penales, resultando que tras la despenalización de la desnudez los ciudadanos con ideología nudista pueden sufrir penas incluso mayores que las que sufrían antes de su abolición. Lo que el legislador trató de evitar (Exposición de Motivos de la Proposición –Documento número dos: “resultados desgraciados”-) se sigue produciendo con la introducción de estos artículos, e incluso se causa mayor indefensión que antes, ya que permite que policías (=Administraciones) y jueces actúen basándose en principios morales privados que ni siquiera quedan reflejados en las denuncias policiales o en las sentencias judiciales, es decir, omiten el verdadero motivo de la detención y se centran en dudosas acusaciones de desobediencia, resistencia y atentado. Este tipo de actuación nos recuerda a la triste **Ley de peligrosidad social** -que presuponía la amenaza y tenía carácter preventivo- por la que se ingresaba en prisión sin juicios ni garantías procesales a los homosexuales y a otros colectivos, pero no figuraba ese dato en el motivo de la detención, lo que está propiciando hoy en día graves dificultades para probarlo y recibir la indemnización prevista (ejemplo de ello es el caso de Enrique

García 'Elianne', quien fue una reconocida 'vedette' a finales de los 70 y pasó seis veces por la cárcel de Carabanchel tras ser detenido por su aspecto de transexual). Como ejemplo exponemos aquí también el caso del socio de la Asociación Naturista de las Islas Canarias (Naturaten), Julián, que se encontraba en la playa desnudo con su hijo y un amigo, y decidió permanecer desnudo pese a la orden de un agente de la autoridad. En el Documento número 11 que se adjunta podemos leer el atestado policial en el que se le informa de una "resolución municipal" (adviértase que no se trata ni siquiera de una Ordenanza, por eso no la hemos citado en el iter jurídico) que prohíbe estar desnudo en las playas. Se le informa de que "está cometiendo un delito de desobediencia a agente de la autoridad en el ejercicio de sus funciones, tipificado como infracción penal en los artículos 550 y 634 del vigente C.P. y que se va a proceder a incoar diligencias penales en comisaría de policía nacional". En el siguiente Documento número 12 adjuntado vemos el protocolo policial que se aplica (y sí: es de 2009, aunque pueda parecer de otra época). Y finalmente en el Documento número 13 leemos la sentencia absolutoria al nudista. En este caso tenemos un final feliz (exceptuando las costas procesales), pero podría haber sido de otro modo e incluso haber perdido el agraviado su trabajo por su condición de militar, conduciéndole ello a una situación de exclusión social en especial por tratarse de una familia en la que la esposa es además discapacitada. Así ha sucedido con el caso de su amigo Rafael, detenido y acusado de atentado contra la autoridad, con sentencia de dos años de prisión que, si bien ha sido reducida en segunda instancia a seis meses por "resistencia a la autoridad" (ver Documento número 14), no deja de evidenciar que la mera introducción del ilícito como falta en reglamentos u ordenanzas conduce a los mismos resultados que cuando la desnudez se tipificaba como delito en el CP, haciendo inútil la voluntad de nuestros legisladores -la abolición del escándalo público-

Profundizando aún más en esta infracción en que –según criterio de esta parte- ha incurrido tanto la Sentencia recurrida como los artículos de que trae causa, razonemos que el estar desnudo en la playa constituye un ejercicio o manifestación del libre desarrollo de la personalidad (Art.10 CE). Una conducta de este tipo sólo podría limitarse o prohibirse si **lesionara bienes jurídicos ajenos**, y no por cualquier consideración moralista de turno. La tranquilidad que una persona pueda sentir a través de la seguridad de "no ver a ninguna persona desnuda bañándose en el mar" no es un bien jurídico que deba ser protegido ni por el derecho penal, ni por el civil, ni por el administrativo. La repulsión (o placer) que pueda producirle a una persona el ver a alguien desnudo tampoco tiene, ni debería tener jamás, relevancia para el Derecho. No obstante, lo que esta parte admite –como no puede ser de otro modo- es que el legislador consideró en su momento que ciertas exhibiciones de órganos genitales con carácter libidinoso realizadas frente a menores sí pueden dañar un bien jurídico denominado "indemnidad sexual del menor". Así pues, el derecho penal sólo castiga actualmente (Art.185 C.P.) el exhibicionismo cuando es realizado con carácter libidinoso frente a un menor o incapaz, por lesionar un bien jurídico (la indemnidad sexual del menor) que sí se considera relevante a efectos penales –y que compartimos-. Pero este ilícito penal se encuentra ubicado en el apartado de delitos sexuales, y nada tiene que ver con el mero desnudo.

Este es el marco que establece el Derecho. Para todos resulta claro que ni un Ayuntamiento, ni una Comunidad Autónoma, ni cualquier ente supraterritorial puede crear nuevos tipos delictivos o modificar los ya existentes, ya sean penales, civiles o administrativos. La legislación penal es la competente para determinar qué tipo de exhibiciones deben prohibirse y castigarse, y la legislación civil concordante (la Ley de Costas) también, en este caso por omisión. Por tanto, ¿qué está prohibiendo el Ayuntamiento de Castell-Platja d'Aro i S'Agaró? No es la indemnidad sexual de los menores por dos razones: primero, porque no es a esta Administración a la que le

corresponde; segundo, porque ya está protegida por el derecho penal. Si no es la indemnidad sexual de los menores, ¿qué protege el Ayuntamiento?

Más le parece a esta parte recurrente que dicho Consistorio ha creado por conveniencia ideológica y/o política un nuevo derecho: el "*derecho a no ver lo que a uno no le gusta*", que no es sino una forma eufemística de referirse al "escándalo público". La prohibición del nudismo en la Ordenanza recurrida se basa en el establecimiento de un **inexistente e imposible "derecho a no ver lo que a algunos ciudadanos les desagrada o moleste"**, es decir, otorga carta de naturaleza a la resurrección encubierta del "escándalo público".

Por extralimitarse la sentencia recurrida en el otorgamiento de competencias a Entes Locales, y por ende por interpretar la Ley erróneamente, y por la introducción solapada de un ilícito administrativo, la Sentencia recurrida debe ser casada por el TS en el sentido de anularla y tener por nulos de pleno Derecho los artículos 9.2, 37.3 n) y concordantes de la Ordenança d'Ús de les Platges de Castell-Platja d'Aro i S'Agaró.

CONCLUSIONES: RESUMEN DE INFRACCIONES EN QUE INCURRE LA SENTENCIA RECURRIDA Y LAS NORMAS CUYA ANULACIÓN SE PRETENDE.

El legislador no ha regulado el nudismo, porque lo ha considerado siempre constitucional, como ya hemos demostrado tanto con la aportación de la **Proposición** que dio lugar a la LO 5/1988 como con las **deliberaciones y votos** que tuvieron lugar en la **Comisión del Congreso**, y como también hemos demostrado al verse **trasladada dicha Proposición en el mismo año al ámbito jurídico-administrativo (y no penal) de la Ley de Costas 22/1988**. Los actos derogatorios también son actos jurídicos, y muchas veces de mayor importancia. Está claro que en este caso no nos encontramos ante ningún vacío legal que pueda ser suplido por una administración local.

Es más, aun ignorando la existencia de la LO 5/1988 y la Ley 22/1988, como hacen tanto el Ayuntamiento del que emana la Ordenanza recurrida como el TSJC, es decir, aunque hubiera un "vacío legal" (que no lo hay), tampoco podría aquel Ente introducir esta prohibición de la práctica del nudismo en la Ordenanza, ya que el Naturismo o nudismo trasciende la esfera del simple acto o decisión personal por tratarse de una manifestación ideológica que se externaliza en la desnudez pública, especialmente en entornos naturales o en los que la ropa no es necesaria, resultando perjudicial incluso si no es libre y es impuesta. Y por lo tanto:

"La pretendida atribución a los Ayuntamientos de competencia para regular aspectos accesorios de los derechos fundamentales resulta contraria a lo dispuesto en el art. 53 CE, que dispone que *"sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regular el ejercicio de tales derechos y libertades..."*. El hecho de que el referido precepto constitucional diga que *"en todo caso deberá respetar su contenido esencial"*, no implica, como la expresión de la sentencia que analizamos pudiera sugerir -y de ahí la conveniencia de su aclaración-, que sea el contenido esencial del derecho fundamental lo exclusivamente reservado a la regulación de la ley, de modo que en lo que no sea

contenido esencial pueda quedar abierto un espacio de regulación a otros poderes públicos distintos del legislador y por medio de otros vehículos normativos diferentes de la ley. Por el contrario, según el referido precepto constitucional, **todo el ejercicio del derecho fundamental está reservado a la Ley, y no puede por ello ser objeto directo de regulación por una Ordenanza municipal.** **(Sentencia en casación del TS 4118/2011, del 14 de febrero de 2013).**

La introducción del nudismo en la Ordenanza recurrida se basa en el establecimiento de un **inexistente e imposible “derecho a no ver lo que a algunos ciudadanos les desagrade o moleste”**, es decir, otorga carta de naturaleza a la resurrección encubierta del “escándalo público”, hecho que esta parte no sólo no comparte sino que denuncia a través de este recurso.

Por las razones expuestas pormenorizadamente en todos y cada uno de los motivos expuestos, la Sentencia recurrida debe ser casada por el TS en el sentido de anularla y tener por nulos de pleno derecho los artículos 9.2, 37.3 n) y concordantes de la Ordenança d'Ús de les Platges de Castell-Platja d'Aro i S'Agaró.

Por todo lo expuesto,

A LA SALA SUPLICO: Tenga por presentado este escrito, en debidos tiempo y forma, con los documentos que se adjuntan, y en su virtud tenga por interpuesto **RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY** contra la Sentencia núm. 104/2013 del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, dictada en Autos referenciados ut supra; y previos los trámites legales y reglamentarios oportunos en sus méritos acuerde revocar la sentencia recurrida en casación, anulándola por los motivos contenidos en el presente escrito, dictando resolución que case y declare que la sentencia impugnada no se ajusta a Derecho, con estimación íntegra de la demanda del recurso contencioso-administrativo interpuesto en autos por esta representación procesal, y declarando nulos los artículos 9.2, 37.3 n) y concordantes de la Ordenanza Municipal aprobada por el Ayuntamiento de Castell-Platja d'Aro objeto del recurso de autos, así como sus actos y normas complementarias, o declarando su ineficacia por los motivos que constan en el procedimiento, con expresa condena en costas procesales -de haber lugar- a la parte demandada.

Por ser de Justicia que pido en Madrid, a seis de mayo de dos mil trece.

Fdo.: Ana I. González Chao
(Coleg. 2572 del ICAVA)

Fdo.: Rebeca Fernández Osuna
(Procuradora del ICAM)

AL TRIBUNAL SUPREMO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO