

**Recurso Ordinario 173/2011 y acumulados**

**Sentencia 215/2013**

FEN/Excm. Ayuntamiento de BARCELONA

**AL TRIBUNAL SUPREMO,**

**SALA TERCERA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

**Doña REBECA FERNÁNDEZ OSUNA**, Procuradora de los Tribunales de Madrid y de la **FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE NATURISMO**, según consta mediante *apoderamiento apud acta* otorgado por la Letrada firmante del recurso ante el Secretario del servicio común de actos de comunicación y ejecución de Valladolid, el día 12 de abril de 2013; cuya copia debidamente diligenciada aportamos como documento número uno, correspondiente al nº de poder: 373/2013, ante la Sala comparezco y, como mejor en Derecho proceda,

**DIGO:**

**Primero.-** Que con fecha 8 de abril del corriente ha sido notificada a esta parte la Sentencia de fecha 25 de marzo 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 74, 74 bis y 74 ter concordantes de **la modificación aprobada el 29-IV-2011, en la Ordenanza de civismo mediante los que se “prohíbe la práctica del nudismo”, y publicada en el BOP del día 12 de mayo de 2011**, 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 debido 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 7 de mayo de 2013, notificada a esta parte el 13 de mayo 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 **FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE NATURISMO (FEN)** 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

## **A L E G A C I O N E S**

### **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). Concluido este trámite procede ahora formalizar el Recurso de Casación ante la 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 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 a la que nos hemos referido en nuestra demanda contra el Ayuntamiento de Barcelona, y que ha sido ignorado en la Sentencia que recurrimos. Lo desglosaremos en **12 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 de acuerdo con el escrito del anuncio.

## ITER JURÍDICO

Normas del Ordenamiento Jurídico o de la 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 2 de mayo de 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/](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 **abolición** de los obsoletos artículos 431 y 432 del Código Penal sobre el **escándalo público**. Estas modificaciones se introdujeron en 1988 mediante Ley Orgánica (**LO 5/1988, de 9 de junio**), como ordena la Constitución en su artículo 53.1. 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 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 **LO 5/1988** se limita en su texto final a constatar la abolición del escándalo ([http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L3/CONG/BOCG/B/B\\_057-01.PDF](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](http://www.congreso.es/public_oficiales/L3/CONG/DS/CO/CO_228.PDF), de 28 folios. Como ejemplo, por centrarse con claridad en el uno de los temas que nos ocupan, citaremos una intervención del Diputado Bandres Molet, Página 20 (ó 8166), y el resultado de la votación (**unanimidad**) en la página siguiente 21 (ó 8167), páginas que se adjuntan 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**. 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 por lo 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.

Es necesario resaltar aquí que en este iter jurídico sólo podemos referirnos a La Ley de Costas en cuanto a ejemplo en el ordenamiento civil, porque no se hacía referencia a la policía de moralidad en ninguna otra Ley. Entendemos que, **si hubieran existido más menciones a este concepto en otras leyes, también habrían sido retiradas**. Debe notarse que la prohibición de Barcelona incluye todo el municipio y no sólo las playas o zonas de baño, y que es la primera de estas características en todo el territorio español desde la abolición del escándalo público.

#### **6.- Proposiciones 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, 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 aprobaba 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”. Proposición que vio necesario recordar el 15 de abril de 1999 mediante una segunda resolución (resoluciones 245/V y la 899/V en la que “El Parlamento de Cataluña insta al Gobierno a recordar a las corporaciones locales la Resolución 245/V, sobre la práctica del nudismo, para que, si acaece, apliquen, en el marco de sus competencias, las medidas que garanticen el derecho a ir desnudo”).

#### **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 campos 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 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](http://www.vilaweb.cat/www/elpunt/noticia?p_idcmp=2886842));

Retirada en **Vilanova i la Geltrú** del art. 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.elidealgallego.com/articulo/area-metropolitana/artaixo-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".

Quizás no sea del todo anecdótico señalar que los comentarios de los lectores de esos artículos son casi invariablemente favorables a la legalidad (a nuestras tesis) y ridiculizadores hacia los ayuntamientos nudófobos, si se nos permite la expresión.

**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 la presente, 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. Antes de la aprobación de la Ley 57/2013 la jurisprudencia señalaba, sin lugar a dudas, que de acuerdo con la Constitución Española los ayuntamientos no tenían la capacidad de tipificar infracciones y sanciones al margen de la Ley, necesitando de una reserva de Ley, es decir, de la cobertura de una norma estatal o autonómica. Dicho principio quedó debilitado con la nueva Ley.

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 entre administraciones.



**12.- Limitaciones al 139 de la LBRL según la reciente sentencia del TS, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 7ª, resolviendo Recurso de Casación Núm. 4118/2011 de 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».*

Por tanto la posible perturbación de algunos ciudadanos solo puede aludirse cuando se produzcan consecuencias físicas. Y en concreto 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).

Y continúa diciendo en la misma Sentencia de Casación sobre el 139 de la LBRL:

*“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.”*

Y es que las Ordenanzas de Barcelona y Valladolid resultan ser las únicas que consideran de interés local la regulación de la vestimenta en los espacios públicos (recordemos que la de Cádiz –pendiente de sentencia-, y todas las citadas que han sido retiradas a nuestro requerimiento, regulaban la desnudez sólo en las playas).

#### **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 LOS ARTÍCULOS 14 Y 103.1 DE LA CE Y JURISPRUDENCIA AFÍN. AFIRMACIÓN SIN SOPORTE PROBATORIO. (Motivo primero del Anuncio de recurso).**

La normativa no regula en realidad el uso de espacios públicos (como se pretende), sino la libertad de expresión de la ideología de individuos concretos.

Artículo 14 de la CE: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, **opinión** o cualquier otra **condición o circunstancia personal** o social”. Es a individuos concretos a quienes no se les permite permanecer en un espacio público (al menos mediante sanción, y probablemente mediante acusación penal de desobediencia si deciden permanecer una vez notificada la sanción) en función de una ideología u opinión que en muchos casos es ideología de vida.

Esta ideología es especialmente fuerte cuando se trata de entornos en los que la ropa no es necesaria, como los lugares de baño, y en los cuales los Naturistas ven especialmente perjudicial para todo individuo el uso obligatorio de la ropa. Es cierto que el Naturista y las asociaciones en las que se agrupan promueven la desnudez en los lugares y en las actividades en los que la ropa no es necesaria e incluso resulta perjudicial, no siendo frecuente que prescindan de la ropa en lugares más agresivos, ambientalmente hablando, como los más urbanos, salvo en ocasiones especiales como las conocidas *marchas ciclounudistas* y otros eventos festivos o reivindicativos que cuentan con gran apoyo social. Sin embargo, la publicación de una Ordenanza como la de Barcelona, incluso aunque hubiera dejado fuera de ella las playas, parques y lugares similares (que no lo ha hecho), o hubiera salvaguardado circunstancias especiales como las protegidas por el derecho de manifestación o reunión (que tampoco lo ha hecho), es considerada ya de por sí una agresión de tipo ideológico al movimiento Naturista.

Es considerada, por ejemplo, especialmente perjudicial para la correcta educación de la sociedad y en especial de la infancia. **La mera existencia de una ordenanza de estas características transmite a la juventud la idea de que hay algo de malo en el cuerpo humano** que debe ocultarse, que hay algo como mínimo desagradable o antiestético, incluso en una persona que prescinde de la camiseta aunque sólo sea para facilitar la transpiración y evitar circular con una camiseta impregnada en sudor. Su mera existencia concede prevalencia a ideologías que rebajan la dignidad del cuerpo humano y que limitan su exposición a aspectos comerciales, sexualizándolo de modo perjudicial. De alguna manera la Ordenanza no sólo prohíbe el nudismo, sino también la promoción de la ideología naturista-nudista, limitando a nuestros jóvenes la visión de la desnudez a la permitida por el mercado, en la que se muestran generalmente cuerpos estándar o perfectos que facilitan la no aceptación de sus propios cuerpos, de nefastas consecuencias en la educación e incluso en la salud.

Volveremos sobre el aspecto ideológico en el siguiente fundamento, dedicado al artículo 16 de la Constitución.

Por su parte el Artículo 103.1 de la CE establece que “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.” **Con sometimiento pleno a la ley y al Derecho**, repetimos.

Por lo tanto no deja de ser relevante, porque la parte contraria y el TSJC hayan decidido que no lo sea, y lo ignoren en la Sentencia. Es por ello precisamente por lo

que hemos querido introducir nuestro recurso de casación con un repaso a la Ley y al Derecho, y es por ello que la práctica totalidad de los Ayuntamientos requeridos en fase de alegaciones sí han entendido que debían retirar de sus ordenanzas puntos como los que aquí recurrimos para ajustarlas a la Ley y al Derecho.

Por todo ello es evidente que se está coartando la igualdad ante la ley consagrada en el artículo 14 de la CE, y el sometimiento pleno a la ley y al Derecho consagrado en el artículo 103.1 de la CE, así como 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 74, 74 bis y 74 ter concordantes de la modificación aprobada el 29-IV-2011, en la Ordenanza de Civismo.

## **2.- 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).**

Para abordar este punto vamos a referirnos, entre otras cosas, a 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.** El art. 16.1 CE, “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, la manifestación externa de la **ideología nudista** es la desnudez, y por lo tanto no puede limitarse, y mucho menos mediante ordenanzas municipales. Y esto, aclara la Sentencia que citamos, independientemente de que se considere religioso o ideológico, 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 amparada en la Constitución, como dijimos en nuestra demanda. Esta ideología queda patente en los estatutos de la Federación Española de Naturismo, de los cuales emana este extracto que se incluyó en la demanda:

“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), etc.

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, que este año celebra su 60 aniversario), a la que también pertenece la FEN (desde su constitución hace ya 32 años) y sus asociaciones (tres de ellas catalanas), a lo largo de más de 30 países, la mayoría de ellos en nuestro entorno europeo y que apoya nuestras demandas, incluso con ayuda 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, como decíamos, **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, la manifestación externa de la ideología nudista o naturista no puede limitarse, como tampoco puede limitarse la manifestación externa de un religioso, que puede ser su hábito, o la de una mujer islámica, que puede ser incluso un Burka -ya sea éste considerado religioso o meramente ideológico, como especifica la reciente **Sentencia del TS (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 7ª) resolviendo Recurso de casación núm. 4118/2011 de 14 de febrero de 2013-**. Por ello la manifestación externa de la ideología nudista tampoco puede limitarse, y mucho menos mediante ordenanzas municipales, porque, nos recuerda:

"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 en las ciudades 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.

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).**

El Fundamento jurídico TERCERO de la Sentencia que recurrimos admite que *“en efecto se trata de una manifestación de la libertad de creencias amparada en el artículo 16 de la CE. Un derecho que incluye la libre expresión de la personalidad que el artículo 10 CE vinculado con la misma dignidad humana”*. Y continúa admitiendo también que *“En efecto, la libertad de creencias o de pensamiento incluye una dimensión externa referida al derecho a manifestar esas creencias. En este sentido, el Convenio de Roma para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales reconoce en su artículo 9 la libertad de pensamiento, libertad que incluye ineludiblemente el derecho a manifestar las convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, la práctica y la observancia de los ritos”*. Para continuar resaltando que nuestra jurisprudencia constitucional incide en el *agere licere* al que nos hemos referido en el párrafo anterior.

Como en cada uno de los fundamentos de la Sentencia que recurrimos, el TSJC utiliza nuestros argumentos hasta el punto de que da la impresión de que nos va a dar la razón. Pero tras admitirlos concluye con una mera descalificación no suficientemente fundamentada o incluso meramente asertiva como cuando afirma sin más que *“las situaciones y los valores en juego son de naturaleza e intensidad diversa”*. Es posible que o bien esté de acuerdo con los fundamentos legales de nuestra demanda pero no desee o no se atreva a admitirlo, o que se trate de una mera táctica dialéctica para diluir y restar fuerza a nuestros argumentos al figurar esta vez en boca del TSJC.

En esta ocasión el TSJC trata de minimizar todo lo anteriormente dicho aludiendo a que *“esta facultad de proyección externa de las propias creencias tiene su límite en la coexistencia con otros derechos fundamentales o viene constitucionalmente protegidos”*, pero no concreta adecuadamente cuáles son esos derechos o bienes. En su lugar acude a la Sentencia 141/2000, que en todo caso obraría a nuestro favor, ya que en ella, como se cita en la sentencia, se habla de *“condicionar el comportamiento ajeno en función de las mismas”*. Pero esto no es de aplicación, ya que en ningún momento la persona desnuda trata de que las demás personas se desnuden, como la persona con hábito o incluso con burka tampoco pretende que las demás personas usen su atuendo. En efecto la sentencia que aportan (141/2000), lejos de apoyar sus tesis, señala que el derecho a *“conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente; pero el derecho a manifestar sus creencias*

*frente a terceros mediante su profesión pública y el proselitismo de las mismas suma a los primeros los límites indispensables para mantener el orden público protegido por la ley. Los poderes públicos conculcarán dicha libertad, por tanto, si la restringen al margen o con infracción de los límites que la Constitución ha previsto, o cuando amparen sus actos en dichos límites, si perturban o impiden de algún modo la adopción, el mantenimiento o la expresión de determinadas creencias cuando exista un nexo causal entre la actuación de los poderes públicos y dichas restricciones y éstas resulten de todo punto desproporcionadas (SSTC 120/1990; 137/1998; SSTEDH Caso Hoffmann núm. 36; Caso Manoussakis" núm 47, 51, 53; Caso Larissis núm 54)".*

Y es que el ejercicio de la libertad ideológica del naturista-nudista no implica necesariamente afán proselitista, y aunque así fuera no conlleva *"intimidación o tratos inhumanos o degradantes"* que es sobre los que se pronuncia la sentencia 141/2000 y las que cita en su redactado. Por eso el propio Tribunal en la sentencia que recurrimos concluye acertadamente que *"el derecho a manifestar las propias creencias queda limitado por la necesidad de mantener el orden público protegido por la Ley"*, en lo que por supuesto estamos de acuerdo.

Para concretar hasta donde alcanza, acude a la STC 136/1999 que, cita, *"excluye siempre la violencia para imponer los propios criterios"* *"Y es que si algo está amparado por el orden público es la interdicción de la violencia, ya sea física o psíquica, deliberada o involuntaria como medio para afirmar y, en su caso, hacer valer las propias convicciones"*.

No se han dado casos ni parece que se puedan dar de que un nudista o una persona desnuda intente imponer a los demás que se desnuden y mucho menos mediante ningún tipo de violencia. De hecho se ha considerado siempre que una persona desnuda puede estar más bien en situación de indefensión o de una menor protección que le brindaría la ropa. En cambio, sí se han dado casos (aunque hoy en día muy escasos y residuales) de que una persona desnuda sea increpada y se intente imponer la vestimenta, o que se increpe a un religioso o sacerdote o a una mujer con vestimentas islámicas. Esta poco posible situación de violencia, pero no descartable, no puede ser base de su prohibición, pues sería de un orden similar a la prohibición de vestimentas religiosas o poco comunes (también al uso de *piercings*, tatuajes, peinados punkis,...) por el hecho de que resulten desagradables a un sector no tolerante de la población y puedan derivar en violencia verbal o incluso física. Más bien esta parte entienden que deberían ser objeto de protección y de educación por parte de la autoridad y no de represión, que sólo contribuiría a confirmar al agresor en su actitud. Más bien esta sentencia citada por la parte contraria sitúa a la autoridad local de Barcelona en la parte agresora, una vez dotada del instrumento de esta ordenanza.

Así en la Sentencia de la Audiencia Provincial añadida se recurre a conceptos como la *"convivencia pacífica"*, que en ningún momento se prueba y que podría aplicarse a los casos citados (vestimentas religiosas, etc.) y a las *"costumbres y usos sociales"*, con terminología propia de la antigua ley de vagos y maleantes. Sentencia que en sí misma impediría la evolución natural de esas costumbres que protege ilegítimamente. El TSJC en la Sentencia que recurrimos da un sentido prohibido al concepto *"moral pública"*, retrotrayéndonos al motivo por el que se abolió el delito de

escándalo en base a nuestra Constitución. La **proposición 122/000046 del 17 de marzo de 1987** (Documento número 2), calificaba al “escándalo público, radicalmente incompatible con un orden democrático y pluralista como el que la Constitución consagra como mandato del legislador”.

“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**”

Por lo tanto sí a la moral pública, pero no entendida como lo interpreta la Sentencia que recurrimos, pues nada hay más moral que la propia apariencia del ser humano y nada más inmoral que su condena a ser ocultado. Es ésta una visión moral al menos tan respetable como cualquier otra, pues como dice el diccionario de la RAE el nudismo es una “actitud o práctica de quienes sostienen que la desnudez completa es conveniente para un perfecto equilibrio físico e incluso **moral**”. Y por qué no decirlo, perfectamente compatible con nuestras raíces culturales, incluso más que otros atuendos que cuentan con más rechazo por parte de nuestra ciudadanía que la desnudez.

Hasta donde sabemos, las pocas denuncias habidas en Barcelona han sido firmadas por agentes de la autoridad, y no por ciudadanos particulares. De existir, no han sido alegadas ni siquiera a manera de datos estadísticos, 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. 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.

Son, sin embargo, 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 “Punki”, 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. De hecho, hay personas o colectivos que rechazan el amamantamiento en público, hoteles que han sido demandados recientemente por no admitir personas con síndrome de *Down* o minusválidos, etc. ¿Es ésta la sociedad que deseamos promover desde los poderes públicos?

Es curioso que el Tribunal admita que *“No hay duda de que el nudismo es una creencia plenamente respetable como tal, como también lo es inicialmente la proyección de esta convicción en una actitud vital”,* y que *“no hay duda de que la tolerancia es una pauta esencial en nuestra conducta colectiva”*. Es más, afirma que *“los derechos activos reciben una protección más intensa que el eventual derecho a no soportar las consecuencias del ejercicio de aquellos”*. Incluso añade que *“la evolución –incluso la transgresión– en la forma de vestir y en la imagen social que proyecta el individuo ha sido una constante en la evolución de nuestra sociedad, que no podría ser explicada sino como resultado de esta evolución. A su vez, la permisividad social ha evolucionado en este sentido haciendo posible un mayor margen de libertad individual.”*

A pesar y en contra de todo lo suscrito por el TSJC, decide acudir a un no demostrado *“estado de opinión”* que ignora las encuestas aportadas por esta parte, que ignora la cada vez más común desnudez en cualquier playa, que ignora las marchas ciclonudistas, que ignora las fotos de Tunick en Barcelona con más de 7000 ciudadanos, que ignora la presencia de la desnudez normalizada en nuestras televisiones (que no censuran imágenes naturistas en ningún horario). Quizás el Tribunal confunde el hecho de que estos actos y costumbres puedan ser minoritarios con el hecho de que, sin embargo, **son aceptados mayoritariamente** por nuestra sociedad. En cualquier caso el Tribunal ignora, sobre todo, que es base de la democracia **la protección de las minorías**, y que de esta ordenanza sólo se puede derivar una paralización de la modificación de las costumbres *“que no podría ser explicada sino como resultado de esta evolución”*, en palabras del propio Tribunal.

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. O en un pretendido estado de opinión. Es de notar que, al menos inicialmente, la evolución histórica del llamado *“topless”* en los lugares de baño (y ahora en sitios públicos como Nueva York o Dinamarca, presentes estos días en las noticias) 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 *topless*, 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, actividades todas ellas, 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 estas dos sentencias del mismo Tribunal (misma sala y magistrados coincidentes)- 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, y por un órgano claramente no autorizado.

Es evidente que existen barrios chinos en algunas ciudades, barrios hispanos, de raza negra, de musulmanes, de rumanos, etc. Pero cuando el Estado, a través de sus poderes públicos o de sus Administraciones, establece que un barrio es para judíos, chinos... o que sólo se puede estar desnudo en una playa que teóricamente se reserva 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 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, tal como dice la legislación vigente.” Es decir, si el Ayuntamiento de Barcelona desea intervenir en la actividad de los ciudadanos sobre la regulación de la ropa, lo que debe hacer es informarles de que es una más de sus libertades el elegir su indumentaria. Esto es, o informa o simplemente no actúa.

Termina su fundamento TERCERO el TSJC citando la reciente (14 de febrero de 2013) sentencia del Supremo (sección 7ª) que resuelve el recurso de Casación núm. 4118/2011. Suponemos que esta sentencia les llegó una vez redactada la que recurrimos, ya que se limita a citarla pero no la rebate. Tan sólo indica sin demostrarlo que *“las situaciones y los valores en juego son de naturaleza e intensidad diversa”*.

Nos congratulamos que esta sentencia haya sido citada en uno de los fundamentos de la que recurrimos, ya que nos permite, sin lugar a dudas, abordarla en aplicación del 86.4 de la LJCA, al haber “sido considerada por la sala sentenciadora”. Entendemos que, de todos modos, podría haber sido alegada al ser posterior a nuestra demanda. Pero el hecho de que haya sido incluida en la Sentencia nos facilita la labor. Y es que esta reciente sentencia se aplica a la perfección al caso que nos ocupa. Y, si alguna diferencia puede encontrarse, es siempre a favor de nuestra parte.

Es por ello que esta reciente sentencia se constituirá en un punto completo, el punto 6, de las normas del Ordenamiento Jurídico o de la Jurisprudencia que esta

parte ha estimado conculcadas en la Sentencia, según el aviso de casación presentado en su día. Dejamos pues para ese momento (el punto 6) nuestras consideraciones, aunque no podremos evitar seguir citándola en varios de los fundamentos que siguen.

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 74, 74 bis y 74 ter concordantes de la modificación aprobada el 29-IV-2011, en la Ordenanza de civismo.

### **3.- VIOLACIÓN DEL 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 motivos jurídico-materiales de este recurso.

Los poderes públicos deben mantener una absoluta neutralidad en cuestiones relativas a la religión o a la moral, como señala la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Leyla Sahin contra Turquía* de 10 de noviembre de 2005. Los poderes públicos tienen el deber de abstenerse de participar en cualquier debate sobre ideas y creencia políticas, morales, filosóficas, estéticas. El principio de neutralidad ideológica del Estado se basa en los artículos 14 y 16.1 de la CE

Por ello recuerda la defensora del pueblo (documento cuatro que se adjunta) 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 al **art. 84.2 de la LBRL**, 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**. Recomendación que provocó la anulación de la Ordenanza de Getxo.

Así pues se está violando el artículo 84.2 de la LBRL, 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 74, 74 bis y 74 ter concordantes de la modificación aprobada el 29-IV-2011, en la Ordenanza de civismo.

**4.- VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 139 Y 140 DE LA LEY 57/2003 DE 16 DE DICIEMBRE DE MEDIDAS DE MODERNIZACIÓN DEL GOBIERNO LOCAL. (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 SEGUNDO 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 si algo nos enseña la historia es que si un poder puede ser abusado, será abusado.

En ningún momento se concreta en qué apartado de la LBRL se puede encajar la regulación de la vestimenta de los ciudadanos. 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 un imposible “derecho a no ver” lo que le disguste a algún o algunos ciudadanos. 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 de que en la práctica totalidad de los municipios españoles no está limitada la libertad de usar ropa, y que en la mayoría de los municipios (pocos) donde esta limitación se ha planteado (además sólo en las playas), ha sido retirada en fase de alegaciones ciudadanas, como se ha demostrado con la aportación documental adjunta y los enlaces. **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 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 SEGUNDO de la Sentencia que recurrimos concluye en contradicción, de nuevo, con sus propios argumentos y citas que *“el ayuntamiento tiene competencia para abordar una regulación como la que nos ocupa en la medida que la misma repercute en la convivencia local”*. Y añade: *“el Ayuntamiento debe valorar cuáles son los valores de convivencia social que es preciso preservar de acuerdo con su particular visión”*. Es decir, no la Constitución, no las leyes, sino la *visión particular* del Ayuntamiento.

Por haber contravenido lo dispuesto en estos artículos *–no tratarse de conductas que produzcan consecuencias físicamente evaluables;* limitación del

derecho en una parte del territorio nacional y no en otras; 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 por esta Sala en el sentido de establecerla por ello contraria a Derecho y, en consecuencia, declarar nulos los artículos 74, 74 bis y 74 ter concordantes de la modificación aprobada el 29-IV-2011, en la Ordenanza de civismo.

#### **5.- VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 25 CE Y 129 DE LA LEY 30/92 RJAPAC. Reintroducción de un ilícito penal de manera solapada. (*Motivo quinto del Anuncio de recurso*).**

Principios de legalidad y de tipicidad respectivamente. Como decíamos, el nudismo no puede ser penalizado ni sancionado 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), tal y como se ha descrito en el *iter* jurídico que encabeza esta demanda de casación, por lo que el ejercicio de una potestad o derecho individual como el que nos ocupa no puede quedar restringido por una Ordenanza. No se pretende aquí discutir sobre la mayor o menor potestad de los Ayuntamientos sobre sus municipios y 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”.

El TSJC altera ilegítimamente los motivos del recurso al afirmar en su fundamento SÉPTIMO que alegamos “la falta de competencia municipal respecto a 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 por los ciudadanos.

Por tanto no se pretende tanto discutir sobre la mayor o menor potestad de los Ayuntamientos sobre sus costas, como razona la Sentencia recurrida en su fundamento séptimo, 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”.

Por eso carece de sentido citar la STC 77/84 referida al recinto portuario de Bilbao, que en efecto concluye algo por lo demás obvio, como es que “en su ámbito pueden ejercer **sus competencias** tanto los Ayuntamientos...”, las competencias que tienen atribuidas legalmente. 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 y por ende también el que 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 transpuesto de inmediato al ámbito civil suprimiéndose en la única Ley en la que figuraba, la Ley de Costas.

Denunciaremos a continuación qué es lo que realmente pasa cuando se introduce en un reglamento u ordenanza una prohibición de pretendido alcance exclusivamente civil como la que nos ocupa. Demostraremos que 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 mantener su 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 suponía 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 el caso del socio de la Asociación Naturista de las Islas Canarias (Naturaten), Julián S.M., 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” (advértase 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. Documento interno del que sólo se pudo conocer su existencia gracias a este juicio). 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 Martín, 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 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" 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, 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 castiga (Art.185 CP) el exhibicionismo 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 ilícito penal nada tiene que ver con la vestimenta o su ausencia, ya que los actos sexuales ante menores, que prohíbe, pueden ser realizados tanto con ropa como sin ella.

Éste 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. Por tanto, ¿qué está prohibiendo el Ayuntamiento de Barcelona? ¿Qué bien jurídico pretende proteger? No es la indemnidad sexual de los menores por tres razones: primero, porque no es a esta Administración a la que le corresponde; segundo, porque ya está protegida por el derecho penal; tercero porque nada tiene que ver con la desnudez. 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 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 (en realidad no tan 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 penal como administrativo, la Sentencia recurrida debe ser casada por el TS de establecerla por ello contraria a Derecho y, en consecuencia, declarar nulos los artículos 74, 74 bis y 74 ter concordantes de la modificación aprobada el 29-IV-2011, en la Ordenanza de civismo.

**6.- 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 "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."

La manifestación externa de un religioso puede ser su hábito, o la de una mujer islámica puede ser incluso un Burka, y por ello no puede limitarse mediante una ordenanza, por estar reservada a Ley Orgánica -ya sea el Burka considerado religioso o meramente ideológico-. Del mismo modo tampoco puede limitarse, la manifestación externa de la **ideología nudista**, y mucho menos mediante ordenanzas municipales. Dice la Sentencia que desde el punto de vista del artículo 16 CE, aunque se cuestionase el estricto carácter religioso del velo islámico integral, 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**.

Admite el TSJC en esta cita con la que finaliza su fundamento jurídico TERCERO, que "*a propósito de prohibir por Ordenanza municipal el acceso a los espacios o locales destinados al uso o al servicio público de personas que utilicen velo integral [...] u otros vestidos y accesorios que dificulten la identificación y la comunicación visual de las personas. En este caso el tribunal ha considerado que dicha limitación afecta a la libertad religiosa y no es posible su prohibición sin cobertura específica con rango de Ley.*" Y sin embargo sentencia que "*no puede considerarse que el citado precedente vincule la resolución del supuesto que nos ocupa pues las situaciones y los valores en juego son de naturaleza e intensidad diversa*".

El TS concluye en su reciente sentencia que la regulación del Burka, en todo caso, si se deseara regular, se debería hacer mediante una Ley Orgánica, pero nunca por una Ordenanza. En nuestra opinión en este aspecto los naturistas se hayan incluso en mejores condiciones, ya que entendemos que la manifestación externa de la ideología del nudismo no podría ni siquiera regularse ya por una Ley Orgánica, puesto que ya se hizo, aboliéndolo, mediante la LO 5/1988, y ya que el motivo de esa abolición (según la proposición de Ley que le dio lugar) fue que era inconstitucional. En cualquier caso, no pedimos a este Tribunal que se pronuncie sobre la necesidad o



no de una Ley Orgánica, como tampoco lo hace en la Sentencia citada sobre el Burka, ya que sería pedirle una intromisión en el espacio del legislador inaceptable en un órgano jurisdiccional.

El TSJC (sección quinta en ambos casos, y con ponentes coincidentes) da la razón a ambos Ayuntamientos que sostienen que tras la modificación en la LBRL por la Ley 57/2003, y tras la evolución de la Jurisprudencia del TS desde una inicial posición de vinculación positiva hacia una vinculación negativa, y con referencia en cuanto a la potestad sancionadora a la STS de 23 de junio de 2003, encuentran sustento en los arts. 139 y 140 de la Ley de Bases de Régimen Local. Y a partir de ahí argumentan que además del tradicional daño a los bienes públicos -municipales- les está permitido introducir regulaciones y prohibiciones acompañadas de sanción ante "*posibles perturbaciones de la tranquilidad*" o al ejercicio de derechos legítimos. Así en el caso concreto del Burka se aducía que "*en nuestra cultura -occidental- el ocultamiento del rostro en la realización de actividades cotidianas produce perturbación en la tranquilidad, por la falta de visión para el resto de personas de un elemento esencialmente identificativo cual es la cara de la persona que lo oculta*". Similares argumentos de "convivencia" se usan para prohibir otras libertades, como es el caso de la desnudez o el uso de ropas que se aparten de las *generalmente admitidas respecto a la forma de vestir* y de las *molestias* que ello pudiera producir.

El Supremo rechaza estas afirmaciones que, enfatiza, "***carecen de una demostración convincente en cuanto simple constatación sociológica***". En todo caso, según destaca el Supremo, la jurisprudencia constitucional permite la limitación del derecho fundamental a la libertad sólo cuando se ha acreditado en sede judicial la existencia de un peligro real para el orden público, concepto que "***no puede ser interpretado en el sentido de una cláusula preventiva frente a eventuales riesgos***", ya que el Tribunal Constitucional establece, "***que en tal caso esa misma cláusula preventiva se convierte en el mayor peligro cierto para el ejercicio de ese derecho de libertad***".

Así pues los argumentos aplicables son los mismos, aunque con algunas ventajas, ya que en el caso de la desnudez se eliminan muchos de los argumentos negativos que intentaban dar base a la prohibición del velo islámico. **No se puede**, por ejemplo aludir a **problemas de seguridad** por dificultad de identificación, sino todo lo contrario (muchas veces se ha ironizado con la posibilidad de viajar sin ropa en los aviones por este motivo). No se puede aludir a problemas de "**igualdad**", ya que la desnudez es lo que más nos iguala. No se puede poner en duda la **obligatoriedad** como se hace muchas veces con el Burka. No se puede acudir a factores **culturales**, ya que la desnudez está más aceptada en nuestra sociedad que el Burka. Incluso es dudoso acudir a factores **religiosos**, ya que son muchos los que defienden la bondad del cuerpo humano creado a imagen de Dios como parte fundamental de las raíces cristianas de nuestra cultura, etc. Pero en fin, no se trata aquí de pedir al Tribunal pronunciamientos sobre las bondades o ventajas de las ideologías, que quedan fuera de su campo, sino de constatar incluso una mayor ausencia de bases que en la Sentencia citada para introducir prohibiciones en una Ordenanza basándose en "*las pautas mínimas de convivencia generalmente admitidas respecto a la forma de vestir*".

de las personas [...] y en la protección del derecho [...] a no sufrir molestias o perjuicios que sean consecuencia de la falta de respeto de las mismas”.

Por contravenir 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, la Sentencia recurrida debe ser casada por el TS de establecerla por ello contraria a Derecho y, en consecuencia, declarar nulos los artículos 74, 74 bis y 74 ter concordantes de la modificación aprobada el 29-IV-2011, en la Ordenanza de civismo.

### **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 cuando la ropa es claramente innecesaria, 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 desagrada o moleste”**, es decir, otorga carta de naturaleza a la resurrección encubierta del “escándalo público”.

Si el Tribunal Supremo cambiara su doctrina hasta hoy uniforme, y decidiera no rectificar de nuevo al Tribunal Superior de Cataluña, como lo hizo el pasado 14 de febrero (STS, Sala Contencioso Administrativo, Sección 7ª, resolviendo Recurso de Casación Núm. 4118/2011), se abriría una nueva etapa que permitiría a los Entes Locales, basándose en ese nuevo “*derecho de las personas que utilizan el espacio público a no sufrir molestias*”, introducir todo tipo de limitaciones a libertades básicas hasta ahora reservadas a Ley Orgánica. Así por ejemplo, podría limitarse el derecho de reunión y manifestación mediante Ordenanza (es obvio que las manifestaciones son susceptibles de *provocar molestias* a los ciudadanos). En definitiva, si el TS diera validez a los únicos argumentos que han fundamentado la Sentencia que nos ocupa, y modificara su criterio admitiendo esta vez que el Art. 139 de la Ley 7/85 (tras su modificación mediante la Ley 57/2003), faculta a los Ayuntamientos a “*ordenar la convivencia entre personas de diversas sensibilidades y creencias en el espacio público común*”, y que es a los Ayuntamientos a quienes corresponde “*valorar cuáles son los valores de convivencia social que es preciso preservar de acuerdo con su particular visión*” (citas ambas del Fundamento Jurídico SEGUNDO de la Sentencia que recurrimos), nos hallaríamos ante el nacimiento de 8000 mini-estados, o incluso ante el otorgamiento de carta de naturaleza a un poder de actuación fáctico que se aleja del modelo democrático de convivencia conocido y establecido hasta ahora.

Por tanto, la Sentencia recurrida viola los artículos 14 de la CE y derivados, y en especial el artículo 16.1, así como el 103.1. Ignora el artículo 53 de la CE, y los principios de legalidad (25 CE) y tipicidad (129 de la 30/92) tal y como subraya la sentencia de casación 4118/2011. Interpreta erróneamente el artículo 139 y siguientes de la Ley 57/2003, así como el 84.2 de la LBRL.

En cada uno de los fundamentos de la Sentencia que recurrimos, el TSJC utiliza nuestros argumentos hasta el punto de que da la impresión de que los respalda. Pero, tras admitirlos, concluye con una mera descalificación no suficientemente fundamentada o incluso meramente asertiva como “*las situaciones y los valores en juego son de naturaleza e intensidad diversa*”. Es posible que o bien esté de acuerdo con los fundamentos legales de nuestra demanda pero no desee admitirlo, o que se trate de una mera táctica dialéctica para diluir y restar fuerza a nuestros argumentos al figurar esta vez en boca del TSJC. O quizás se trate de un miedo irracional a admitir la legalidad en este caso.

Es de suponer que cuando el Tribunal Supremo dictamine, como esperamos, la ilegalidad de la norma, desde el ayuntamiento y desde algunos medios de comunicación se pretenda que, aunque su eliminación sólo produzca como resultado la vuelta a la legalidad vigente antes de la Ordenanza (por otra parte vigente en la casi totalidad de los municipios españoles), se producirá abuso de la Sentencia y mucha o alguna gente decidirá ir desnuda o, en palabras de la ordenanza, sin respetar “*las pautas mínimas de convivencia generalmente admitidas respecto a la forma de vestir*” por la calle. La experiencia demuestra que esto no es así, ya que tras la retirada de ordenanzas similares en ayuntamientos como Getxo, Valencia, Alicante,.. y en este año O Barayo y San Bartolomé de Tirajana, no se ha notificado ningún tipo de problemática, a pesar del intento de sembrar alarma en algunos medios incluso desde

los propios ayuntamientos a quienes sus asesores legales les recomendaron su retirada.

Como decíamos, la ropa es muy útil, y los ciudadanos, por el hecho de que se les recuerde una vez más que no es obligatoria, no dejan de usarla, como tampoco visten en general de maneras poco habituales, aunque sepan que pueden hacerlo. Las administraciones deben permitir la evolución de la vestimenta e incluso garantizarla o, al menos, recordar que disponemos de esta libertad, y nunca reprimirla y criminalizarla.

Por todo lo expuesto,

**AL TRIBUNAL SUPREMO SUPLICO:** Tenga por presentado este escrito, en debido tiempo y forma, con los documentos que se adjuntan, los admita, y en su virtud, tenga por interpuesto **RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY** contra la Sentencia núm. 215/2013 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, 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 74, 74 bis y 74 ter concordantes** de la modificación aprobada el 29-IV-2011, en la Ordenanza de civismo de Barcelona, 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 veinticinco de junio de dos mil trece.

**OTROSÍ DIGO.-** Que siguiendo las normas procesales que regulan el recurso referido, esta parte no obstante, solicita de la Sala que en caso de concurrir en el mismo algún error o defecto de forma, se nos conceda el plazo oportuno para subsanarlo, siguiendo el trámite oportuno de sustanciación y ulterior resolución.

**A LA SALA VUELVO A SUPLICAR,** que teniendo por hecha la anterior manifestación, acuerde lo oportuno si fuera necesario, por ser de justicia que reitero en igual lugar y fecha.

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

**Fdo.: Rebeca Fernández Osuna**  
**(Procuradora del ICAM)**

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