

## **Recurso de Casación ante el Supremo**

Federación Española de Naturismo/Excm. Ayuntamiento de Cádiz

**Recurso Contencioso-Administrativo nº 60/2010 Negociado: H**

**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 **21** de marzo de 2014; cuya copia debidamente diligenciada correspondiente al nº de poder: **410/2014** aportamos, ante la Sala comparezco y, como mejor en Derecho proceda,

**D I G O:**

**Primero.-** Que con fecha **21 de enero del corriente** ha sido notificada a esta parte la sentencia dimanante del procedimiento ordinario 60/2010, de fecha 19 de diciembre de 2013, dictada por el TSJ de Andalucía en recurso contencioso-administrativo referenciado, en cuya parte dispositiva se establece la **desestimación de la demanda** interpuesta contra la ORDENANZA MUNICIPAL DE USO Y DISFRUTE DE LAS PLAYAS DE CÁDIZ, aprobada en sesión ordinaria de 3/7/2009, pleno del Ayuntamiento de Cádiz publicada B.O.P. CADIZ 17/7/09 N° 136, en todas las pretensiones.

**Segundo.-** Que esta parte considera dicha Sentencia contraria a Derecho y a la Jurisprudencia y que es susceptible de fundamentar un Recurso de Casación, por lo que, dentro del plazo de 10 días conferido y ante el mismo Órgano Jurisdiccional que dictó la Resolución recurrida **anunció la preparación de RECURSO DE CASACIÓN** conforme a lo dispuesto en los arts. 86 y ss. de la LJCA.

**Tercero.-** Que con fecha 5 de febrero de 2014, notificada a esta parte el 11 de febrero de 2014; el TSJ de Andalucía con sede en Sevilla 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 de lo Contencioso-administrativo 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

## 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 ha dictado 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 y fundamos 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, todos ellos por el motivo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.***

Las normas del Ordenamiento Jurídico o de la Jurisprudencia que esta parte estima conculcadas en la Sentencia son las siguientes:

**1º Preliminar: Falta de motivación de la Sentencia. La Sentencia responde a consideraciones que no se hacen en la demanda. Infracción de los artículos 9.3 CE (arbitrariedad); 24.1 CE (tutela efectiva); 120.3 (las sentencias serán siempre motivadas); Artículos 11.1 y 3 (obligación de tribunales de resolver siempre las pretensiones que las partes formulen, respetando siempre los derechos fundamentales) y 248.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; Artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (exhaustividad y congruencia. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos, así como a la aplicación e interpretación del derecho).**

### **Error en el establecimiento de los “Antecedentes de hecho, apartado Segundo”.**

La ordenanza recurrida “prohíbe la práctica del nudismo en las playas que tengan la consideración de urbanas.” (art. 14 de la Ordenanza)

Pero no prohíbe “practicar el nudismo en los espacios públicos del término municipal de Cádiz”, como se señala erróneamente en el apartado de antecedentes de la Sentencia y como con frecuencia entra a discutir el Tribunal Superior de Andalucía.

Se trata de una ordenanza de playas, por lo que el nudismo no ha quedado prohibido en ningún otro espacio público que no sean las playas.

En ese sentido es curioso que el Tribunal llega a plantarse (sin darse respuesta) si “¿Se podría prohibir pasear una persona individualmente o en grupo por la Puerta del Sol de Madrid por la creencia de que esto es bueno como medio educativo para sus hijos y para ellos mismos?”. El Tribunal parece desconocer que desde hace muchos años un grupo de defensores de los animales (la ONG Equanimal) se muestra desnudo precisamente en la Puerta del Sol de Madrid para educar a los ciudadanos y sobre todo a la infancia de que no se debe maltratar a las focas en Canadá matándolas a palos para vender sus pieles. Y esta campaña, que se desarrolla también en muchas ciudades europeas, es seguida por muchas familias. Igual podemos decir de las manifestaciones ciclonudistas o de *performances* artísticas como las de Tunick en Barcelona y otros artistas de ámbito más local, todas ellas no prohibidas, muchas de ellas con intenciones educativas. Así pues no queremos dejar de responder a sus preguntas: no, no se podrían prohibir, como iremos viendo a lo largo de la casación.

Es verdad que existe una sentencia, que cita, del TSJ de Navarra de 23-6-2005, rec. 289/2005, que establece que “la población infantil no está preparada para escenas de esa naturaleza en la calle [ver personas desnudas]”, pero sí para ver el discutido maltrato de los toros. Pero consideramos que esa sentencia no está ajustada a derecho, y nos lamentamos de que los organizadores de esa manifestación lúdica no presentaran casación ante el Supremo, que obviamente les hubiera dado la razón aunque sólo fuera amparándose en el derecho de manifestación, en el caso en el que decidieran no entrar en el fondo del asunto.

Es de notar que lo que abundan son sentencias en sentido contrario a la de Navarra, que no deja de ser una curiosidad. Así por ejemplo, por citar la última que ha salido en los medios, la reciente sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 4 de Madrid de fecha 19 de diciembre de 2013, recuerda al Ayuntamiento de Madrid que los hechos se cometieron «sin rebasar los límites a los que se refiere el TC [...], quedando amparados por el ejercicio legítimo del derecho a la **libertad de expresión**» y por tanto anula las sanciones impuestas. Se trataba de un policía municipal que había sido sancionado por salir desnudo durante una manifestación y aparecer las fotografías en *El País*, *El Mundo*, *ABC*, *Madridiario*, *20 Minutos*, etc. y así “atentar contra el decoro o la dignidad de los funcionarios, contra la imagen del Cuerpo o contra el prestigio y la consideración debidos a la Corporación”, tal y como se decía en la sanción impuesta por el Ayuntamiento y retirada por el Tribunal.

Una sociedad plural debe admitir criterios plurales aunque resulten molestos, desagradables o perjudiciales para un grupo determinado. En este sentido conviene tener muy en cuenta lo que nos dice el Tribunal Supremo en su Sentencia 2698/2013 de 20 de mayo: “*Conforme a una consolidada doctrina constitucional (STC 38/2003, de 27 de febrero) la garantía material del principio de legalidad comporta el mandato de taxatividad o certeza, que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones (Lex certa). Esta exigencia no sólo tiene implicaciones para el Legislador, sino también para los órganos judiciales. En su labor de interpretación y aplicación de las leyes penales, los Jueces y Tribunales se hallan sujetos al principio de tipicidad, en el doble sentido de que, en primer lugar, están obligados a una sujeción estricta a la ley penal ( STC 133/1987, de 21 de julio ; 182/1990, de 15 de noviembre ; 156/1996, de 14 de octubre ; 137/1997, de 21*

de julio ;151/1997, de 29 de septiembre ; 232/1997, de 16 de diciembre ) y, en segundo lugar, les está vedada la interpretación extensiva y la analogía in malam partem ( SSTC 81/1995, de 5 de junio ;34/1996, de 11 de marzo ; 64/2001, de 17 de marzo ; 170/2002, de 30 de septiembre ), es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan.”

En cualquier caso lo que se discute aquí es el ámbito de las playas, donde es especialmente innecesario el uso de la ropa y se juzga más natural, y no los Sanfermines o las manifestaciones citadas de Madrid, que por otra parte nunca han sido prohibidas.

El Tribunal argumenta con consideraciones de tipo moral y no jurídico a pesar de que admite que “Hay que partir para resolver esta cuestión de que las partes están de acuerdo en que los planteamientos más o menos dogmáticos o fundamentalistas ‘o consideraciones más o menos moralistas deben quedar al margen del debate’.”

El Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia se centra en reafirmar la validez del artículo 185 del Código Penal, con el que, como no podría ser de otro modo, estamos de acuerdo, pero que nada tiene que ver con el caso que nos ocupa y que ya es castigado apropiadamente por el Código Penal. Su interpretación del 185 CP impediría a los padres incluso introducir a sus hijos en los vestuarios de cualquier centro deportivo.

*Como señala la STC 38/2003, de 27 de febrero , el que estas técnicas jurídicas, que tan fértiles resultados producen en otros sectores del ordenamiento jurídico, estén prohibidas en el ámbito penal y sancionador obedece a que en caso contrario las mismas se convertirían en fuente creadora de delitos y penas y, por su parte, el aplicador de la nueva norma así obtenida invadiría el ámbito que sólo al Legislador corresponde, en contra de los postulados del principio de división de poderes ( STC 133/1987, de 21 de julio ;137/1997, de 21 de julio ;142/1999, de 22 de julio ;127/2001, de 4 de junio ).*

*...en un Estado de Derecho regido por el principio de legalidad, la conveniencia o el deseo de erradicar determinadas conductas no permite prescindir del respeto de los derechos fundamentales que la Constitución garantiza, por lo que resulta necesario, en todo caso, evitar la aplicación extensiva de la persecución criminal por la vía de forzar la interpretación de los tipos penales."*

Aplicando esa doctrina al caso, y pudiéndose en su caso luchar por la vía educativa contra ideas que el gobernante o el juez juzguen negativas para la sociedad (como es evidente creen en este caso las autoridades municipales de Cádiz), esta necesidad no permite actuar mediante la extensión interpretativa de tipos, en el campo penal y por subordinación en el campo administrativo-sancionador.

Las ideas son libres y su único dueño es quién las posee. El problema se limita a una cuestión de utilización o difusión, si la utilización o difusión de las mismas se realiza dentro del ámbito de lo permitido, nada cabe objetar. La idea es una realidad intelectual inatacable e intangible y su propagación o difusión de la misma sólo puede tener trascendencia jurídica sancionadora si en el ejercicio de dicha expresión se sobrepasan los topes legalmente establecidos, es decir si se incide en actos racistas, xenófobos o intolerantes (como se admite en la Sentencia que recurrimos), situación que claramente no se da en este caso.

La doctrina constitucional nos explica que debe analizarse en primer lugar si el implicado se encuentra amparado por algún derecho fundamental antes de analizar si su conducta encaja con algún precepto del Código Penal (y por extensión y aun con mayor motivo si encaja con algún precepto administrativo sancionador) (STC 41/2011 de 11 de abril y 89/2010 de 15 de noviembre). El Tribunal admite que el nudismo queda amparado como ideología que es en los derechos fundamentales, e incluso cita la Sentencia no firme del Tribunal Catalán de 25-3-2013, rec. 173-11, entrecomillando que *“Se puede admitir que en efecto se trata de una manifestación de la libertad de creencias amparada en el artículo 16 de la Constitución Española. Un derecho que incluye la libre expresión de la personalidad que el artículo 10 CE reconoce directamente vinculado a la misma dignidad humana.”* Pero no saca las consecuencias que de ello se deriva según la STC 29/2009, de 26 enero, FJ 3, y que son que *“es obvio que los hechos probados **no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito**”*.

La libertad de expresión no exige que los hechos expresados sean ciertos o válidos para una mayoría social, ni que no resulten ofensivos para nadie. El juez ha de atenerse a esta amplitud de la protección constitucional, para *“no correr el riesgo de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático”* (STC 105/1990, de 6 de junio, FFJJ 4 y 8).

## **2º.- La Sentencia ignora o incluso invierte las consecuencias de la eliminación mediante Ley Orgánica 5/1988 del artículo 577.1 del Código Penal de 1973. Infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico (de una Ley Orgánica)**

La Sentencia afirma que la recurrente “no cita la antigua falta de bañarse ‘faltando a las reglas de decencia o de seguridad establecidas por la autoridad’ del art 577.10 del Código Penal de 1973”. Dicho delito fue suprimido del Código Penal mediante una Ley Orgánica, como no podía ser de otra forma, y sí es citado por la recurrente ya que se realizó en el contexto de la abolición del delito del escándalo público, que sí se trata ampliamente en la demanda.

Es curioso que el tribunal lo cite y sin embargo no saque las necesarias consecuencias. Veamos cuáles son las consecuencias que tendría que haber extraído, en palabras de nuestros legisladores.

La LO 5/1988, de 9 de junio, parte de la presentación de la **proposición 122/000046 del 17 de marzo de 1987**

([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)), 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”

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".

Dado que la Ley Orgánica 5/1988 se limita en su texto final a constatar la abolición de dichos delitos, 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, de 28 folios ([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)).

Y aquí introducimos las disquisiciones sobre el artículo **577.1** al que se refiere sin más comentarios el Tribunal de Andalucía. Veamos la intervención del Diputado Bandres Molet, Página 20 (8166), y el resultado de la votación (**unanimidad**) en la página siguiente (21) (8167):

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.**

Resulta cuanto menos curioso que el TS de Andalucía introduzca una referencia al abolido por unanimidad artículo 577.1 del antiguo CP mediante Ley Orgánica y no saque de ello las dos consecuencias necesarias: **que fue abolido y por tanto no puede ser re-introducido por una mera ordenanza, y que las regulaciones que afectan a libertades han de hacerse mediante Ley Orgánica.**

Incluso da la impresión de que el Tribunal cree que la existencia de este antiguo delito - hasta el año 1988- de alguna manera apoyaría sus tesis, pero no así su retirada (señala el TSJA que "Por tanto ni es una cuestión inocua para el derecho administrativo sancionador o penal ni tan lejana en el tiempo pues sigue hoy teniendo actualidad"). Tampoco saca ninguna consecuencia de que esta regulación de la vestimenta en las playas se haya hecho y retirado mediante Ley Orgánica, en concordancia con lo que hemos defendido a lo largo de toda la demanda.

Las alusiones al 185 del Código Penal, están fuera de lugar pues como ya decíamos en nuestra demanda no le corresponde tampoco a esta administración sino al estado. Decíamos: “Para todos resulta claro que ni un Ayuntamiento, ni una Comunidad Autónoma, pueden crear nuevos tipos delictivos o modificarlos. La legislación penal ya determina qué tipo de exhibiciones deben prohibirse y castigarse. Por tanto, ¿qué está prohibiendo el Ayuntamiento de Cádiz? 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.”

**3º.- La Sentencia no se resuelve, como debería, de acuerdo a los artículos 24 y 120 de la CE, y 33.1 y 67.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con el artículo 218 de la Ley 1/2000, de 7 de julio, de Enjuiciamiento Civil. Infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico.**

Es evidente que lo que se discute en este proceso no es si la administración local demandada puede o no exigir una determinada forma de vestirse a los ciudadanos en supuestos concretos y determinados, sino que se discute la potestad municipal para prohibir, con carácter general, en las playas un determinado tipo de conducta a una persona consistente en estar desnuda.

A pesar de ello, decíamos, el Tribunal se dedica a glosar en su Sentencia todo tipo de situaciones concretas que no aparecen en la Ordenanza y no se discuten en la demanda. En esta maniobra de confusión y de desvío de la atención llega a introducir consideraciones hacia los menores que no figuran en la Ordenanza ni en la demanda. No se entiende qué importancia puede tener para los ciudadanos, o que relevancia jurídica, la opinión personal de unos magistrados respecto a si es malo o no proteger a los menores de la visión de personas sin ropa. Es por ello que el magistrado discrepante de la Sentencia del Tribunal de Castilla y León, que se cita en esta sentencia sin advertir que no es firme, por haber sido admitida a Casación por el Tribunal Supremo, señala que:

“habrá de resolverse, de acuerdo con el principio de congruencia procesal -artículos 24 y 120 de la CE, y 33.1 y 67.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con el art 218 de la Ley 1/2000, de 7 de julio, de Enjuiciamiento Civil- sobre dicha cuestión, es decir, si el Excmo. Ayuntamiento de Valladolid puede, a través de una vía como la empleada, la de un reglamento, prohibir un determinado y preciso tipo de conducta a los ciudadanos que están en Valladolid, con el carácter general que se ha puesto de relieve.”

**4º.- El recurso de casación se fundamenta en la infracción de las normas del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia que lo interpreta. Más concretamente en la vulneración del deber de reserva de Ley Orgánica, artículo 53.1 de la Constitución, en relación con el 139 LBRL, puesto que la ideología nudista queda amparada por los mismos preceptos constitucionales que cualquier otra ideología, lo que hace que el Ayuntamiento carezca de capacidad suficiente para tipificar infracciones y sanciones al margen de la Ley.** Tal disposición general deberá ser anulada conforme el artículo 62.2 de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Así lo señala también su voto particular el ILMO. Sr. Magistrado, Don Agustín Picón Palacio en su fundamento 5º en la Sentencia de Valladolid cuando dice:

“Por ello, porque determinar cómo debe aparecer, o cómo no, una persona afecta a sus derechos fundamentales, no cabe, de acuerdo con los textos reseñados de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y de la Ley del Gobierno, que la administración lo haga. Cabe, cierto, es, pensar que quepa hacerse una regulación sobre esta materia, pero ello deberá hacerse necesariamente por el legislador, pues, como se lee en el artículo 53.1 de la Ley de Leyes, *“Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1 a).”*, corresponde esa potestad al legislador, no a la administración. De hecho, así sucede en nuestro ordenamiento, que es el legislador quien limita en supuestos concretos, que los ciudadanos se muestren de una forma u otra; piénsese que es una ley y una Ley Orgánica, la de 9/1983, de 15 de julio, del Derecho de Reunión, la que prohíbe hacerlo con uniformes paramilitares –artículo 5.c)-, y que es una ley, la del Código Penal, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, la que impide el mostrarse ataviado de determinada manera en ciertas circunstancias –v.g., los supuestos de los artículos 612.4º y 5º y 637. Por lo tanto, una ordenanza municipal que diga a sus ciudadanos cómo no pueden mostrarse, excede de las competencias de la autoridad municipal y debe tal disposición general ser anulada conforme el artículo 62.2 de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.”

Además de las Leyes Orgánicas que señala el Magistrado discrepante, también se han ocupado de la vestimenta, como señalábamos en nuestra demanda, leyes como la LO 5/1988 (abolición del escándalo público); La Ley de Costas (12/1988, suprimiendo la “policía de moralidad”) y la anulación del 577.1 del CP que establecía “Las multas por desnudez o incorrección en el vestir en playas”, y que afirma conocer el Tribunal.

**Se vulnera así la obligación de los poderes públicos de permanecer neutrales ante las cuestiones ideológicas** y la salvaguarda de los derechos de las minorías, imponiendo una moral que se traduce en la reintroducción solapada del abolido escándalo. La introducción, sólo por parte del Tribunal, de consideraciones sobre los menores también viola la neutralidad ideológica. Consideraciones que por otra parte serían una acusación al resto de los Ayuntamientos españoles en los que, al no existir ordenanzas en este sentido, se estaría perjudicando a los menores.

Que la potestad sancionadora de las administraciones locales fue enormemente ampliada por la reforma que la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, hizo de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común,

“no supone, sin más, que la administración local patria pueda tipificar como infracción administrativa en su término municipal, cualquier conducta que no se encuentre tipificada como infracción sancionable en cualquier otro ámbito distinto”,

como señala el Magistrado discrepante en la Sentencia de Castilla y León, haciéndose eco no sólo de nuestros argumentos, sino de múltiples Sentencias y jurisprudencia posterior a dicha modificación. Así nos dice que:



“En un estado de derecho, [...] pocos poderes son tan absolutos y amplios como para sostener tal tesis de una manera tan amplia y desorbitada. Es claro que esa potestad reglamentaria debe respetar los principios esenciales, como el acatamiento a la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico o al principio de jerarquía normativa, como se dispone, entre otros, en el artículo 9.1 y 3 de la Ley Fundamental de 1978. Más específicamente, nuestro Tribunal Supremo ha determinado que la potestad reglamentaria-sancionadora de la administración local se halla sometida a la competencia de la propia administración, cuando dice, *«Al razonar como lo hace la sentencia, se produce una rechazable **inversión de los términos** del problema, pues se antepone la consideración de la infracción, pretendiendo justificarla con base en el art. 139 y 140 LBRL, **deduciendo de la legitimidad de la infracción la legitimidad de la prohibición**»* -STS de 14 febrero 2013-. Es decir, es antes la posibilidad de regular que la posibilidad de sancionar, de tal manera que **solo si la administración puede disciplinar una materia, puede sancionar sobre ella**. En un sentido semejante, para determinar los límites de la potestad reglamentaria de que se trata, será de considerar que el artículo 51.1 de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –e, igualmente, el artículo 23.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno- determina que, *«Las disposiciones administrativas no podrán vulnerar la Constitución o las leyes ni regular aquellas materias que la Constitución o los Estatutos de Autonomía reconocen de la competencia de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.»* Y es aquí, en el ámbito de la potestad reguladora de los reglamentos y sus límites donde debe verse la ilegalidad de lo impugnado en este proceso, como plantea la parte actora y comparte este voto particular.” (Fundamento jurídico 3º del voto discrepante de la Sentencia bajo casación del TSJCyL).

Por tanto, todas las consideraciones que realiza en su Sentencia el TSJA en su fundamento Tercero negando la infracción del artículo 25 CE, páginas 10 y 11, son erróneas, ya que invierten los términos sacando la conclusión de que pueden regular de que pueden sancionar. Y basa su interpretación, de nuevo, en la Sentencia del TSJ de Cataluña del 11-02-2013, que recordamos no es firme al estar sometida a Casación, y en la que se interpreta el 139 de la LBRL en franca inversión del principio de causalidad, como señalábamos en las citas anteriores del magistrado Don Agustín Picón Palacio. Una vez más, repetimos, que del hecho de que el artículo 139 establezca que “las Entidades locales, en defecto de normativa sectorial específica, establezcan los tipos de las infracciones e impongan sanciones por el incumplimiento de los deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las correspondientes ordenanzas”, no se deriva en absoluto que dichas prohibiciones sean legales.

#### **5º.- Infracción Artículo 10 de la Constitución Española. Infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico.**

Antes de entrar en este apartado conviene subrayar, a solicitud del Tribunal Andaluz, la legitimidad de la parte actora que parece poner en duda en la Sentencia, aunque no lo hizo en el momento del anuncio.

Los estatutos de la FEN señalan los siguientes fines:

“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*”. (5.1a)

“Representar a sus Asociaciones Miembros ante los organismos oficiales,” (5.1b)

“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)

Funciones del Presidente/a: “Ostentar la representación legal de la Federación ante toda clase de autoridades, tribunales y entidades públicas y privadas.” (Art. 34.a).

Y entrando ya en el fondo del asunto (el art. 10 CE), el Tribunal cita de nuevo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 25-3-2013, rec. 173/2011, que recordemos no es firme, ya que se ha recurrido ante el Supremo en casación, cosa que no cita tampoco esta vez el Tribunal. No pensamos que estas dos sentencias, la de Castilla y León y la de Cataluña, no puedan ser citadas, pero creemos que debería anotarse que se trata de Sentencias admitidas a casación por el Supremo y por tanto no firmes, y por tanto aún bajo discusión. Creemos que es un matiz importante que debería haberse hecho constar en la Sentencia que nos ocupa.

Citando la Sentencia del Tribunal Catalán, el Tribunal Andaluz argumenta que

*“Por lo tanto la libertad de creencias y su proyección en el comportamiento personal encuentra unos límites evidentes en esa misma libertad, en su manifestación negativa, esto es, en el derecho del tercero afectado a no creer o a no compartir o a no soportar los actos de proselitismo ajenos, en el orden público y en un eventual resultado de violencia, sea esta física o psíquica o, cómo se menciona en la STC reproducida, en la integridad moral de terceros”,*

sin establecer en ningún momento a qué derechos de terceros se está refiriendo, a no ser que pretenda la creación de un nuevo “derecho a no ver lo que a uno le desagrada”.

¿Una persona desnuda impone su desnudez a los demás? ¿Impone su vestimenta a los demás la persona que va vestida? ¿Impone su particular modo de vestir? ¿Impone su ideología (“la ropa es necesaria”; “el cuerpo debe ocultarse”; etc..., si es que hay una ideología detrás, o se es consciente de que la hay)? ¿Impone su vestimenta a los demás la mujer con pañuelo o burka? ¿Impone su religión o ideología a los demás? ¿Hace proselitismo? ¿O sólo la muestra al exterior? ¿O ni siquiera la muestra, simplemente viste así?

Una persona desnuda, especialmente en la playa, no impone nada a los demás, simplemente no necesita ropa y no la usa. Una persona desnuda NO OBLIGA a los demás a desnudarse, y por tanto no les impone la desnudez. No les impone nada. Por ello el TSJA se equivoca en su Sentencia (fundamento tercero) cuando afirma que *“Por ello y para la más adecuada convivencia evitar molestias a quien igualmente tiene derecho a ir con bañador en aquellas playas más familiares, se restringe a determinadas zonas”,* ya en ningún momento se pretende privar a nadie de su derecho a ir con bañador a la playa, o con la ropa que desee, y a la playa que elija, con o sin su

familia. Y tampoco se alcanza a ver qué diferencia puede existir entre una familia que no educa a sus hijos en contra de su propio cuerpo y otra que sí, ni en base a qué criterio se puede determinar que una playa es familiar o no, o que es familia y que no.

**En cambio una ordenanza que prohíbe la desnudez en las playas, como la de Cádiz, sí impone algo, la vestimenta, y sí impone una ideología,** la que dice que en el cuerpo hay partes que no deben mostrarse aunque la ropa no sea necesaria (que no lo es para el baño de sol y de agua). Y la impone incluso penalmente, ya que no basta pagar la multa y seguir en desnudez, sino que la autoridad obliga a vestirse y abandonar la playa o te detiene y acusa de resistencia a la autoridad, delito penal que puede acarrear cárcel, y que lo hará si se repite. Y esto no lo afirmamos arbitrariamente si no en base a experiencias judiciales fácilmente constatables que podemos aportar al Tribunal en caso de ser requeridas (Atestados policiales en los que se informa al nudista 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”*. –atestado 5718 de la Jefatura Superior de Canarias con fecha 11 de julio 2010-). 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 citada –**“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.

La sentencia del Tribunal sevillano impone la vestimenta obligatoria o la obligatoriedad de ir a disfrutar de la playa en lugares que llama "habilitados", en el caso de que el ayuntamiento decida habilitarlos algún día. La sentencia no es neutral ideológicamente, sino que impone una ideología que nos recuerda a las viejas herejías dualistas en las que el cuerpo era malo y había que ocultarlo, someterlo, mortificarlo para liberar al alma.

El TSJ de Andalucía se empeña en poner al mismo nivel actividades que suponen peligro físico o medioambiental (juegos, volar cometas, ducharse con detergentes,...) **de las que vienen ocupándose habitualmente las ordenanzas**, con limitaciones que afectan a la libertad de expresión, que en todo caso deberán regularse mediante leyes orgánicas.

Así en el apartado Tercero (pág. 11) de su Sentencia dice (citamos párrafo completo):

*“El impugnado artículo 14 de la Ordenanza ciertamente sujeta a determinadas condiciones el uso de la playa sin bañador pero también los artículos 17, 18, 20, 21, 24, 26 y 27 de la misma -entre otros- prohíben conductas que pueden afectar a condiciones de ejercicio de derechos tales como prohibir los juegos, las acampadas, etcétera que en modo alguno resultan prohibidos por norma alguna legal o reglamentaria pero se prohíben por eso, por alterar la convivencia, por generar*

*molestias o ser peligrosos e incidir de manera directa en el "interés local" antes aludido."*

Recurramos a 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 para ver como se debe interpretar las limitaciones al 139 de la LBRL, ya que el TSJA no ha sabido hacerlo en su Sentencia:

*"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."*

La sentencia se escuda para ello en "posibles reacciones violentas" que en todo caso exigirían la intervención de la autoridad para garantizar el derecho y nunca para alentar o proteger al violento, como parece indicar el Tribunal. ¡Talemos el bosque para evitar los incendios!; ¡cerremos los bares de homosexuales para evitar la posible violencia de los homófobos contra los mismos! La propia existencia de una ordenanza como la que nos ocupa puede ser base de futuros ataques: si la administración criminaliza la desnudez, da pie a que algunos ciudadanos actúen con violencia creyéndose apoyados por la ley. La propia existencia de esta ordenanza transmite una educación contraria al cuerpo humano y a la aceptación del mismo, cualesquiera que sea su belleza subjetiva, a la juventud. El Tribunal confunde también el hecho de que estos actos y costumbres puedan ser minoritarios con el hecho de que, sin embargo, **son aceptados mayoritariamente** por nuestra sociedad.

La constatación de que eran pocas las primeras mujeres que se atrevieron a prescindir de la prenda superior del bikini nunca provocó la emisión de una Ordenanza basándose en que no era o es esta costumbre mayoritariamente compartida. 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.

Por último el Tribunal establece una peligrosa conclusión, y es que “para que se cumplan mejor los fines que postula, estén en una **zona habilitada al efecto.**” Lo cual implicaría el establecimiento de zonas (playas) reservadas para un colectivo, el que no desea usar bañador para disfrutar de la playa, y que tendría el derecho paralelo de que la autoridad exigiera a los ciudadanos que deseen acceder a estas “zonas habilitadas” a que les obliguen a prescindir de la ropa, que les multen y que les detengan por desobediencia si persisten en su terca actitud de usar ropa.

A lo largo de toda la Sentencia el Tribunal manifiesta una posición ideológica frente a la desnudez en la playa. Esto se nota en afirmaciones tales como que el que no usa el bañador “**quiere ponerse desnudo frente a otras personas** que no lo están, que tienen la libertad también secular de ir vestidos con el bañador de playa”. Sin embargo no usa la misma terminología al referirse a las personas con bañador como las que **quieren ponerse vestidas frente a los demás.** ¿Ha negado alguien en algún momento la libertad de ir vestidos con bañador a alguien en la playa?

La Sentencia utiliza ideológicamente los conceptos de “integridad moral y ética”. ¿Es inmoral el cuerpo humano? ¿A qué moral o ética se está refiriendo el Tribunal en sus citas? ¿A la cristiana o católica? Pongamos que sí. Pero ¿a cuál? ¿A la de Francisco de Asís o a la de grupos religiosos integristas minoritarios? Y cuando cita los conceptos “respeto y consideración” ¿se refiere a respetar la naturalidad de un cuerpo humano disfrutando de la playa? ¿O más bien a una ideología concreta que pretende establecer un derecho a no ver por parte de una pequeña minoría que normalmente tiene prohibido incluso acudir a las playas para no sufrir tentaciones ante la visión de un mero bikini?

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 (la naturista) 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.

No se puede entender por tanto este lenguaje si no como lo que es, una **toma ideológica y previa de posición** que incapacita al Tribunal a tomar decisiones en este ámbito.

**6º.- Artículos 14 y ss. y 103.1 de la CE y Jurisprudencia consolidada y en una larga serie de declaraciones de derechos suscritos por España. Infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico o de la Jurisprudencia**

Los límites en la forma de vestir-no vestir los impone la climatología, la moda, el sentir social,..., pero no las leyes y mucho menos las ordenanzas municipales. Reglamentos como el demandado hubieran impedido toda evolución en el vestir.

Recuerda el magistrado discrepante en la Sentencia de Castilla y León en apoyo de nuestras tesis que:

“Cuando una persona se muestra a los demás de determinada manera, además de resolver otras necesidades, lo que hace es autodeterminarse y proyectar su forma de ser, pensar y sentir, su propia personalidad y su forma de actuar. Así, cuando una persona va *“de etiqueta”, “deportivamente”, “de vestir”, “fresca”, “seria”, “informal”, etc.*, no solo, y también, lo hace según su gusto, sino que se muestra de una determinada manera, da conocer su propio yo, se proyecta hacia fuera su manera de ser, e incluso, de esa manera, puede reivindicar tesis, que van desde aspectos más o menos trascendentales a otros que, dialécticamente, son menos comprometidos, como quien *“viste los colores de su equipo”*. Es palmario que en la forma de mostrarse ante los demás –recuérdese que se está hablando en términos generales, no en supuestos concretos- hay limitaciones; límites que se imponen por razones térmicas, de moda, de sentir social, etc., pero son límites incoercibles y por ello no estrictamente jurídicos que, por ello, quedan al margen de esta sentencia, aunque tengan su clara trascendencia” (fundamento 4º del voto particular),

y continúa:

“Por lo demás, es lo cierto que cuando alguien se muestra al exterior, en nuestro estado social y democrático de derecho, no teme a la autoridad, ni se somete a sus arbitrios, de tal manera que elige libremente y el común de los vallisoletanos no ve a sus fuerzas de orden público como una suerte de *“guardianes de la moralidad”*, como ve que sucede en otros países a través de los medios de comunicación social, ni espera que el agente como tal –otra cosa será la persona que lo encarna, y de manera interna- tenga que tener una opinión sobre su forma de ser y expresarse...”

Y continúa en su fundamento 5º insistiendo en el artículo 14 y ss. de la CE:

“Tales circunstancias que muestran las implicaciones de la personalidad con el mostrarse al exterior los seres humanos, hacen difícilmente imaginable que la administración incida en ello. **Que la autoridad diga a un particular qué debe llevar o cómo debe ir, no deja de ser una clara limitación en su libertad, de su forma de ser, de su personalidad y, desde luego, no suele suceder**, de ordinario, en nuestras calles, paseos y plazas, donde se suele respetar escrupulosamente la libre determinación de las personas, pues, se insiste, con ello se incide en su libertad, en su integridad física y moral y en su libertad de pensamiento que se reconocen en los **artículos 14 y siguientes de nuestra Carta Magna** y en una larga serie de declaraciones de derechos suscritos por España. **Es de clara percepción que cuando una persona sale de casa no espera ni la bendición, ni la condena de la autoridad, quien, quizá, tiene otras preocupaciones más trascendentes que vigilar el vestir o no de sus ciudadanos.”**

Y concluye:

“Por ello, porque determinar cómo debe aparecer, o cómo no, una persona afecta a sus derechos fundamentales, no cabe, de acuerdo con los textos reseñados de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y de la Ley del Gobierno, que la administración lo haga. **Cabe, cierto, es, pensar que quepa hacerse una regulación sobre esta materia, pero ello**

**deberá hacerse necesariamente por el legislador, pues, como se lee en el artículo 53.1 de la Ley de Leyes, “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1 a).”, corresponde esa potestad al legislador, no a la administración.”.**

A lo que podríamos añadir que es una característica definitoria de los estados democráticos y de derecho legislar lo mínimo posible, especialmente en materia de coerción de libertades, prefiriéndose las campañas educativas sobre las coerciones punitivas. Si un ayuntamiento o incluso el gobierno de la nación quisieran imponer una ideología o una moral concreta respecto a la maldad o bondad del cuerpo, o sobre si se debe ocultar el cuerpo a los niños o lo contrario, sería más compatible con una cultura democrática recurrir a campañas de creación de opinión y no a legislaciones punitivas. Así por ejemplo algunos ayuntamientos promocionan playas concretas para lo que llaman “la práctica del naturismo”, muchas veces dentro de un contexto de atracción de un nicho de turismo, sin por ello prohibir nada en ningún otro lugar o ninguna otra playa. Así lo han entendido, por citar los casos más recientes (de 2013 y por tanto no incluidas en nuestra anterior demanda, por lo que conviene añadirlas ahora), los ayuntamientos de O Grove y Arteixo en Galicia, y del de San Bartolomé de Tirajana en la isla de Gran Canaria, y todos los demás que se han citado con documentación en la demanda original (Tenerife, Vilanova i la Geltrú, Alicante, Valencia, Tarifa,...). Todos ellos retiraron las prohibiciones de sus ordenanzas en la fase de exposición para ajustarse a la legalidad tal y como se les pidió desde la Federación Española de Naturismo y tras consultar con sus servicios jurídicos, y algunos de ellos han decidido promocionar el Naturismo en la playa o en algunas playas sin establecer prohibición alguna en las demás ni en ningún otro lugar público. Es de notar que el conocimiento por parte de los ciudadanos de la libertad de usar o no ropa, al que llegaron gracias a las discusiones en los medios de comunicación locales en cada una de las localidades citadas, no ha provocado ninguna incidencia posterior. Es decir que del hecho de que los ciudadanos (los que aún no lo supieran) adquieran conciencia de que pueden elegir su vestimenta no se deriva que cambien sus costumbres, sino en todo caso que respeten más las de los demás.

#### **7º.- Artículo 84.2 de la Ley de Bases de Régimen Local**

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”. Esto es, la libertad ideológica y de pensamiento (10 y 16.1 CE), la igualdad (14 CE), la de la propia imagen que uno desee mostrar ante los demás (18.1 CE). Derechos amparados por la Constitución y por la jurisprudencia que los desarrolla y en especial por la sentencia del 14 de febrero de 2013 en el recurso de casación 4118 que trata de un supuesto idéntico al de autos, que analizaremos más adelante.

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 que se adjuntó en la demanda) 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 una Ordenanza similar en Getxo.

Sólo la aplicación contraria a derecho de los artículos y jurisprudencia anterior justifica la argumentación de la sentencia recurrida por lo que la misma no puede ser conforme a derecho, por lo que se presenta este recurso de casación. Dicha infracción es relevante y determinante junto a los motivos que estamos esgrimiendo en el presente escrito.

**8º.- Interpretación contraria a derecho y a jurisprudencia de los Artículos 139 y 140 de la Ley 57/2003 de 16 de diciembre de Medidas de Modernización del Gobierno Local. Infracción del artículo 128.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.**

**“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).

A estas alturas de esta casación ya está muy clara la existencia de Leyes Orgánicas referentes a la vestimenta, así como las que eliminan delitos y sanciones administrativas antiguas referidas a la vestimenta. Y es que **no son menos importantes, sino incluso más, las Leyes que derogan que las que establecen nuevas regulaciones.** Es por ello que

“si el legislador ha excluido unos determinados comportamientos y solo se ha referido a ellos, ha sido porque, implícita, pero claramente, entiende que los restantes no merecen censura y cabe, fuera de los supuestos que él ha determinado, una libre determinación personal al efecto. Recuérdese que la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, en la reforma que hizo de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común y de la Ley de Bases de Régimen Local, permite la potestad sancionadora *“en defecto de normativa sectorial específica”*, por lo que, *sensu contrario*, no cabe ejercer tal potestad si ya la ha usado la ley y si la ley ha descrito qué estima prohibido en esta materia, no puede un reglamento ir más allá y tipificar lo que no ha querido hacer el legislador, pues el reglamento solo puede actuar limitadamente, ya que *«Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar*



*la naturaleza o límites de las que la ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes», según el artículo 128.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, lo que excede de las posibilidades queridas por la administración en este caso.”*

En cualquier caso, esta motivación es subsidiaria de la que sigue.

#### **9º.- Violación de los Artículos 25 CE y 129 de la Ley 30/92 RJAPAC.**

Principios de legalidad y de tipicidad respectivamente.

El nudismo, o las distintas maneras de “no vestir”, como prefiere llamar el Tribunal de Castilla y León (en su sentencia sometida a casación), no pueden ser penalizadas ni sancionadas por las administraciones locales, 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) en la que también se suprimió por unanimidad el 577.1 que cita el TSJA en la Sentencia, y sólo podría ser reintroducido, en todo caso, por una norma de similar rango. Paralelamente y de inmediato se suprimió también mediante LO 12/1988 (Ley de Costas) las prohibiciones no penales existentes. Su re-introducción solapada en esta Ordenanza conduce además, a situaciones penales utilizando la figura de la desobediencia, pues no es cierto que una vez notificada la sanción por el agente se deje continuar al sancionado manteniendo su derecho *agere licere* (STC 137/1990, de 19 de julio, y que también cita en la Sentencia el TSJA), sino que se le obliga a adoptar la vestimenta que el agente considere apropiada o se le detiene por desobediencia. Si no existiera esta esfera del *agere licere* –como señaló el magistrado del Tribunal Supremo José Manuel Sieira (voto particular en la STS 341/2009, de 11 de febrero)– y no pudiéramos **mostrar públicamente nuestras convicciones, el Art. 16 de la Constitución, se vaciaría de contenido específico reduciéndolo sin más a una mera libertad de pensamiento y de expresión para difundir las propias ideas.** Y es aún, si cabe, más evidente que el ejercicio de potestades o derechos individuales como los que nos ocupan no pueden quedar restringidos por una ordenanza o una norma reglamentaria.

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.

La Sentencia recurrida también vulnera el artículo 25 CE y el 129 de la LRJPAC así como la jurisprudencia que lo interpreta, entre otras la STC 105/1988, la STS 10.11.86 y la STC 219/1989, al utilizar conceptos jurídicos indeterminados ya que probablemente una persona con gorro, zapatillas o incluso una camiseta sería sancionada por esta normativa, a pesar de que lleva más ropa puesta que la mayoría de los demás bañistas.

**10º.- Interpretación incompleta de 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.”

Y 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-, no puede limitarse, la manifestación externa de la **ideología nudista** tampoco, 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**.

Sin embargo el TSJA decide re-interpretar esta importante Sentencia evitando entrar a discutir que “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**” (fundamento 8º de la mal llamada “sentencia del Burka” –mal llamada porque lo que realmente falla es que las libertades fundamentales están reservadas a Ley y no pueden limitarse mediante ordenanzas-).

El Tribunal reinterpreta de manera totalmente errónea esta importante Sentencia al afirmar en su Sentencia que “*no cabe considerarla de aplicación al caso por estar concernida a la libertad religiosa*”.

La llamada “Sentencia del Burka” también se pronuncia sobre la ruptura de la unidad del territorio, añadiendo así más motivos para insistir en que las regulaciones de libertades fundamentales no son de interés local, y no entran por tanto entre las competencias que les atribuye la LBRL en su artículo 139, “*de modo que el derecho resulte limitado en una parte del territorio nacional y no en otras*”. Ambos tribunales (Valladolid y Sevilla) ignoran la claridad con que la Sentencia del Burka subraya la no distinguibilidad entre libertad ideológica y religiosa.

Así lo ha visto también el Magistrado discrepante de la Sentencia de Valladolid cuando en su fundamento 7º incluye la cita en toda su extensión y sin interpretaciones reductivas.

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 (San Francisco de Asís predicaba y enviaba a sus discípulos a predicar desnudos), 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 una posible **"alteración de la tranquilidad"** o en el **"rechazo, o cuando menos la desaprobación, de otra parte de la población"**.

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 por ser contraria al Derecho y a esta Jurisprudencia del TS.

**11º.- Voto particular del Magistrado Don Agustín Picón Palacio en la Sentencia del TSJ de Castilla-León (sede Valladolid) de 18-10-2013, rec. 673/2012.** Sentencia que el TSJA cita y asume en su Sentencia (**"sentencia del TSJ de Castilla-León [...], las cuales asumimos"**). **Infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico o de la Jurisprudencia en palabras de un magistrado del TSJ de Castilla y León.**

Y finalmente tras el Voto particular formulado por el Magistrado Don Agustín Picón Palacio, *invocamos todos los fundamentos legales de derecho y jurisprudencia que en dicho voto particular se argumentan y razonan. Así la vulneración de los arts. 1.1, 3, 9.1, 14, 24, 120 y 140 de la Constitución Española; art. 127.1, 51.1 de la Ley de RJAP y PAC Ley 30/1992, de 26 de noviembre, modificado por la Ley 57/2003; art. 139 de la Ley de Bases de Régimen Local, Ley 7/1985, de 2 de abril, entre otros.*

Este voto particular y sus fundamentos expresados en 8 puntos en los que se explica por qué la Sentencia es contraria a derecho y a la jurisprudencia, justificaría también ya de por sí la presentación del presente recurso de casación.

## CONCLUSIONES:

“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).**

Si el Tribunal Supremo cambiara su doctrina hasta hoy uniforme, y decidiera no rectificar de nuevo al Tribunal Superior de Andalucía, como lo hizo el pasado 14 de febrero con el Cataluña (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 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”*, 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.

La ropa es muy útil (aunque no desde luego para disfrutar de la playa), y los ciudadanos, por el hecho de que se les recuerde una vez más que no es obligatoria, no dejan de usarla si no lo desean, 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.

En virtud de lo expuesto, y de conformidad con lo preceptuado en el Art. 89 y concordantes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en debidos tiempo y forma. Por todo lo expuesto,

**AL TRIBUNAL SUPREMO SUPLICO:** Tenga por presentado este escrito, en debido tiempo y forma, con los documentos que se citan o adjuntan, los admita, y en su virtud, tenga por interpuesto **RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY** contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla (Recurso Contencioso-Administrativo nº 60/2010), 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 14 y 30.1 y concordantes** de la Ordenanza Municipal de uso y disfrute de playas de Cádiz, publicada el 17 de julio de 2009 en el B.O.P., de Cádiz, nº:136, 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 veinticuatro de marzo de dos mil catorce.

**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.

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

Fdo.: Rebeca Fernández Osuna  
(Procuradora del ICAM)

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