

Sentencia 1767

FEN/Excm. Ayuntamiento de Valladolid

P.Ordinario: 673/2012

TRIBUNAL SUPREMO
REGISTRO GENERAL

16 ENE 2014

1333

PRESENTADO

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 15 de enero de 2014; cuya copia debidamente diligenciada aportamos como documento número uno, correspondiente al nº de poder: 71/14, ante la Sala comparezco y, como mejor en Derecho proceda,

DIGO:

Primero.- Que con fecha **4 de noviembre de 2013** ha sido notificada a esta parte la Sentencia de fecha 18 de octubre de 2013, dictada por el Tribunal Superior de Castilla y León en recurso contencioso-administrativo referenciado, en cuya parte dispositiva establece la **desestimación de la demanda** interpuesta contra la Ordenanza Municipal de Protección de la Convivencia Ciudadana y Prevención de Actuaciones Antisociales del Ayuntamiento de Valladolid, publicada en el BOP nº 76, de fecha 21/03/2012, en todas las pretensiones, salvo el inciso del art. 16.6 "... o en cualquier otra pieza de ropa similar", que se declara su nulidad radical. Todo ello sin especial pronunciamiento sobre las costas causadas.

Segundo.- Que esta parte (y uno de los magistrados que emite voto particular) considera dicha Sentencia contraria a Derecho 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 RECURSO DE CASACIÓN** conforme a lo dispuesto en los arts. 86 y ss. de la LJCA.

Tercero.- Que con fecha 25 de noviembre de 2013, notificada a esta parte el 26 de noviembre de 2013; el TSJ de Castilla y León 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

ALEGACIONES

Primera.- LEGITIMACIÓN.

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

Segunda.- COMPETENCIA.

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

Tercera.- JURISDICCIÓN.

El anuncio y preparación del Recurso de Casación se presentó en el plazo de 10 días ante la Sala que dictó la Resolución recurrida (art. 89 LJCA). 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. Y a la vista del voto particular que formula el Ilmo. Sr. Magistrado, Don Agustín Picón Palacio, entre ellos invocaremos todos los fundamentos legales que en dicho voto particular se argumentan y razonan, 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, y el magistrado que emite su voto particular, estima conculcadas en la Sentencia anteriormente citada son las siguientes:

1º.- CUESTIÓN PREVIA: Falta de motivación de la Sentencia. La Sentencia responde a otra 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).

El TSJCyL no responde a los argumentos de la demanda y para ello se escuda en que ha respondido ya a los argumentos de OTRA demanda. Ello lo hace mediante un “Fundamento jurídico PRIMERO” y **único** en el que se limita a reproducir en una **única cita** la respuesta dada en la otra demanda (STSJ 1692 el 08.10.2013 (RCA 669/12)).

Esa otra demanda, al ser de carácter general, por recurrir muchos puntos de la Ordenanza y no sólo el 16.6, no emplea los argumentos de la nuestra, sino sólo uno de ellos (el art. 10 de la CE) al que además el Tribunal contesta con una simple manipulación del lenguaje (“*En absoluto el precepto controvertido está imponiendo una u otra forma de vestir. Lo que precepto prohíbe son formas de no vestir*”). Entendemos que lo lógico habría sido contestar primero nuestra demanda (que quedó lista para sentencia el 4 de abril) y después haber contestado a la general (lista para sentencia 3 meses después, el 9 de julio), citando en ella a la nuestra y no al revés. Todo parece indicar que **el Tribunal invierte el orden de sus pronunciamientos para evitar contestar a nuestros argumentos**. Este proceder se evidencia, además, por la existencia de una referencia en la primera sentencia hacia nuestra futura sentencia (citándola como cosa pasada) antes de haberse producido el fallo, en un, cuanto menos curioso, viaje al futuro.

El resultado final es una **Sentencia cuyo único NUEVO contenido es el voto particular radicalmente en contra de la propia Sentencia**, o lo que es lo mismo una sugerencia más que directa a acudir en casación con los fundamentos de derecho ya preparados por el único miembro del Tribunal que añade algo nuevo en esta Sentencia.

Veamos cómo han interpretado nuestros tribunales la obligación de los jueces de motivar sus sentencias. Empezando por el TEDH, éste señala que las partes no verán garantizado el derecho a un juicio justo a menos que las alegaciones efectuadas por ellas sean “oídas”. Con ello, el Tribunal se refiere a que sean debidamente examinadas por el tribunal apelado. En palabras del propio tribunal: “(...) el artículo 6 implica concretamente, a cargo del «tribunal», la obligación de dedicarse a un examen efectivo de los motivos, argumentos y proposiciones de prueba de las partes, salvo si no se aprecia su pertinencia (...)”. (Caso Pérez c. Francia, STEDH 12-02-04).

Por otra parte, la más reciente STS 02-06-11 resulta muy clarificadora de todo lo expuesto previamente. Citando numerosa jurisprudencia del propio TS y también constitucional, enumera cuáles son los objetivos que se pretenden conseguir con la motivación de las sentencias:

“(...) 1ª) De un lado es un valladar contra la arbitrariedad judicial aunque venga arropada del lenguaje forense, arbitrariedad que deja de serlo para convertirse en juicio razonado y razonable si se expresan los razonamientos y valoraciones para llegar al fallo, y sustentarlo.

2ª) En segundo lugar la fundamentación actúa como medio de incrementar la credibilidad de la Justicia en la medida que con ella se trata de convencer a las partes de la corrección de la decisión adoptada, (...)

3ª) Finalmente, y en tercer lugar, la fundamentación sirve para controlar la actividad judicial de los órganos de instancia por parte del Tribunal Superior cuando conocen del asunto a través del sistema de recursos, ya sea a través de la Apelación o de la Casación, pues tanto en uno como en otro caso esa falta de fundamentación atenta directamente contra el sistema de recursos en la medida que se priva a las partes a que su causa sea nuevamente examinada por un Tribunal distinto y superior al primero, examen que no se puede verificar en la apelación o casación si la sentencia carece de fundamentación (...)”.

Por tanto, tan importante es lograr el convencimiento de las partes como garantizar que se pueda controlar la resolución por parte de los órganos superiores para evitar resoluciones arbitrarias.

Para terminar, cabe precisar que una sentencia puede estar fundamentada en derecho pero no estar motivada. Es decir, al igual que citar normas no es sinónimo de motivación, explicar en detalle sin basarse en el ordenamiento jurídico vigente no implica motivar una resolución. Por tanto, la motivación significa explicar la fundamentación mediante un razonamiento lógico. En este sentido se pronuncia la STC núm. 69/2006, de 13 marzo, citando abundante jurisprudencia:

“(…) es obvio que el derecho que, en su caso, podría verse comprometido es el derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto integra el derecho a obtener una resolución judicial motivada en Derecho. «Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo (...) y, en segundo lugar, que la motivación esté fundada en Derecho (STC 147/1999, de 4 de agosto [RTC 1999, 147] , F. 3), carga que no queda cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del Ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad (SSTC 61/1983, de 11 de julio y 5/1986, de 21 de enero (...)) Lo anterior conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable, no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (por todas, STC 147/1999 (...))”.

En definitiva, la falta de motivación conduce a la arbitrariedad, y la ausencia de fundamentación supondría una resolución situada fuera del ordenamiento. En palabras del TC, en continuación de la sentencia anteriormente citada “(…) en suma, el art. 24 CE impone a los órganos judiciales, no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones deducidas, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico y no resultar arbitraria (por todas, STC 22/1994 (...))”.

Por lo tanto las afirmaciones genéricas y sin desarrollar que aparecen en la sentencia como “*La Sala considera que el citado precepto, en su esencia, en absoluto pugna con precepto o principio constitucional alguno*”, no son válidas. Otro ejemplo lo vemos cuando afirma el Tribunal en su sentencia que “*Todas estas razones hacen que la referida doctrina no sea linealmente extrapolable al caso que hoy se juzga*”. Se refiere en este caso el Tribunal a la STS de 14-2-2013, intentando hacer creer a base de insistir que el artículo 16.1 de la CE sólo se refiere a la libertad religiosa y no a la ideológica, y todo ello cercenando la Sentencia que cita en la que no se deja la menor duda de la no diferencia entre la protección de la libertad ideológica y la religiosa, como desarrollaremos más adelante [“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 llamada sentencia del Burka)].

2º.- 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.

En este proceso se impugna por la parte demandante la *“Ordenanza Municipal de Protección de la Convivencia Ciudadana y Prevención de Actuaciones Antisociales”* del Excmo. Ayuntamiento de Valladolid, publicada en el BOP de Valladolid de 31 de marzo de 2012, y concretamente el artículo 16.6, Impugnación que se hace, dada la finalidad de la actuante (la FEN), en cuanto se acuerda *«la prohibición de la desnudez total o parcial en los espacios públicos del término municipal de Valladolid»*.

De dicho artículo el Tribunal ha ordenado retirar la expresión *“o en cualquier otra pieza de ropa similar”*. Y en la sentencia de unos días antes del mismo Tribunal con la misma composición judicial, la 1692 el 08.10.2013 (RCA 669/12), también ordenó retirar *“salvo que cuente con autorización expresa del Ayuntamiento”* (en la segunda sentencia, la que nos ocupa, olvida reseñarlo en el fallo, aunque no en la cita o cuerpo de la Sentencia).

A pesar de que:

*“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, como puede ser un centro público –v.g., un colegio o un edificio municipal- o un acto específico –v.g., un acto solemne o una manifestación cívica o religiosa-, sino que **se discute la potestad municipal para prohibir, con carácter general**, esto es, *«excepto en las piscinas, las playas o cualquier otro lugar en que sea normal o habitual estar con este tipo de ropa»*, un determinado tipo de conducta a una persona consistente en *«estar desnuda o semidesnuda en los espacios y vías de uso público»*”,*

como ve con claridad uno de los magistrados y registra en el punto 2º de los fundamentos de derecho de su voto particular. A pesar de ello, decíamos, el Tribunal se dedica a glosar en su Sentencia (o mejor, en su cita de su otra 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 las demandas. No se entiende qué importancia puede tener para los ciudadanos la opinión personal de unos magistrados respecto a si es malo o no proteger a los menores de la visión de personas vestidas *“inadecuadamente”*. Es por ello que el magistrado discrepante que sí ha entendido el sentido de la demanda 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.”

3º.- 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 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”**. Todas ellas Leyes Orgánicas.

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 evalúa como correcta la existencia de unas *“pautas mínimas de convivencia generalmente admitidas respecto a la forma de vestir de las personas que permanecen o transitan por los espacios públicos”*, que no es sino una 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, o que se constituiría en acusación hacia los padres que no educan a sus hijos en contra de su propio cuerpo, que hoy en día son casi todos los padres.

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 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, que forma parte de la Sentencia que recurrimos).

4º.- Infracción Artículo 10 de la Constitución Española.

La Sentencia en su fundamento primero y único, que como ya hemos señalado se limita a citar de un tirón su propia y anterior sentencia genérica sobre la Ordenanza, sólo se ocupa de abordar la discusión del Artículo 10 de la CE. Con este truco procesal consiguen evitar el debate de los demás puntos, que ahora nos vemos en la necesidad de volver a introducir en la casación. La Sentencia reduce todos nuestros fundamentos a uno: *“Los recurrentes”,* comienza el TSJCL en su Sentencia *“Entienden que se trata de un artículo “retrógrado”, contrario a un estado democrático y que pugna por el*

derecho al libre desarrollo de la personalidad reconocido en el artículo 10 de la Constitución Española.” Así, con esas pocas palabras resumen toda nuestra demanda que se expresó en su día en 24 folios y 16 documentos.

El Tribunal argumenta que *“el artículo 10 de nuestra Constitución Española fija como límites a los derechos fundamentales propios, los derechos de los demás”,* sin establecer en ningún momento a qué derechos se está refiriendo, a no ser que pretenda la creación de un nuevo *“derecho a no ver lo que a uno le desagrade”*.

Es aquí donde el Tribunal enuncia el que entendemos es su ÚNICO argumento: ***“En absoluto el precepto controvertido está imponiendo una u otra forma de vestir. Lo que precepto prohíbe son formas de no vestir”***.

De este argumento se deduce que el Tribunal está de acuerdo en que el Ayuntamiento no puede imponer formas de vestir, pero sí formas de no vestir, como si se tratara de cosas diferentes y no sólo de un punto de vista como el de ver la botella medio llena o medio vacía. Con ese argumento se puede admitir que un Ayuntamiento puede prohibir la minifalda, si la entiende como *“forma de no vestir”*. No olvidemos que el Ayuntamiento no se limita a prohibir la desnudez total (si es que ese concepto existe y no es interrumpido por la presencia del calzado, de un sombrero o de una camiseta), sino que lo amplía a la semi-desnudez y al uso del bañador.

Este aspecto tampoco ha pasado desapercibido al Magistrado objetante que lo aborda, con el humor que merece, en su fundamento 7º:

“no deja de ser un juego de palabras, pues bien de manera positiva o negativa, la administración quiere cuando no puede, incidir en la libertad individual y es posible que, con sucesivas prohibiciones, se imponga una determinada conducta, Así, por ejemplo, si se prohíbe ir sin guantes, sin sombrero, sin abrigo, sin bufanda, los vallisoletanos pasarán, en todo caso, mucho calor en el mes de agosto en su ciudad.”.

Aún en el caso de que el Ayuntamiento se hubiera limitado a sancionar la desnudez total, continúa el fundamento 7º del voto particular,

“en nada se opone a cuanto se deja dicho sobre las potestades públicas administrativas incidiendo sobre la libertad personal y que la limitación en estos casos no se produce por una cuestión de medida, según se prohíba más o menos, el todo o un poquito, sino por principio, pues las limitaciones en materia de derechos fundamentales deben hacerse por ley y no vía reglamento, pues la Constitución no lo permite.”.

Pero quizás el aspecto más asombroso de su razonamiento es cuando establece (aunque luego olvida ponerlo en el FALLO) que *“la expresión “salvo que cuente con autorización expresa del Ayuntamiento” debe ser anulada.”*. El TSJCyL establece que un ayuntamiento puede prohibir la desnudez y la semidesnudez, pero ¡no puede autorizarla!, y ello ¡porque sería inconstitucional!, así, sin más. Textualmente:

“fuera de este supuesto [el de manifestación] el ayuntamiento no puede autorizar a las personas a estar desnuda o semidesnuda en los espacios y vías de uso público, pues carece de competencia para ello y además vulneraría la Constitución Española”.

Es decir en Valladolid se puede circular en desnudez si se hace en el marco de una manifestación (ejemplo la ciclo-nudista anual que cuenta con muchos seguidores en Valladolid), pero no se pueden autorizar actos por ejemplo artísticos como las sesiones

de fotografía tipo Tunick, o ni siquiera filmar un spot sobre bañadores, ya que si el ayuntamiento lo autorizara incurriría nada menos que inconstitucionalidad.

5º.- 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.

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 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.”.

6º.- 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.

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 el presente recurso de casación. Dicha infracción es relevante y determinante junto a los motivos que se esgrimen en el presente escrito.

7º.- 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.

Como decíamos, el Magistrado discrepante recuerda la existencia de Leyes Orgánicas referentes a la vestimenta, a las que nosotros añadíamos otras tantas 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.” (Fundamento jurídico 6º del voto discrepante)

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

8º.- Violación de los Artículos 25 CE y 129 de la Ley 30/92 RJAPAC.

Principios de legalidad y de tipicidad respectivamente.

El nudismo, la semidesnudez, vestir de manera inadecuada (“*Atendiendo a las pautas mínimas de convivencia generalmente admitidas respecto a la forma de vestir*”) o las distintas maneras de “no vestir”, como prefiere llamar el Tribunal de Castilla y León, 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) 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, como hemos demostrado en la demanda, **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), 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.

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 como “formas de no vestir”, semidesnudez, etc.

9º.- 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**, y mucho menos mediante ordenanzas municipales, porque, desde el punto de vista del precepto constitucional invocado y 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**.

Esta Sentencia también se citó en la demanda interpuesta por la Plataforma Ciudadana contra la Ordenanza y en referencia al mismo artículo que recurrimos (recordemos que fue a esa demanda a la única que se contestó, ya que nuestra Sentencia se limita a citar la otra). Sin embargo el TSJCyL decide re-interpretar esta importante Sentencia también sólo en el texto de la Sentencia de la Plataforma, evitando así entrar a discutir el argumento que sólo nosotros subrayábamos, y que es que, repetimos, “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 llega incluso a ignorar –por no decir suprimir- la libertad ideológica en todas sus citas del artículo 16.1 de la CE al afirmar en su Sentencia “*siendo ahí donde deben entrar en juego el análisis del derecho de **libertad religiosa** (art. 16 CE) y el de los límites de su ejercicio*”.

Contestando sólo a la demanda de la Plataforma y limitándose a auto-citarse en la nuestra, evita entrar en el espinoso asunto de la **libertad ideológica** y de su equiparación con la religiosa que deja claro el Tribunal Supremo en la Sentencia que dice el Tribunal Castellano-Leonés haber analizado. Este proceder del Tribunal de Castilla y León se repite con insistencia. Por ejemplo cuando se dice: “*si la Constitución exige para poder limitar el ejercicio de un derecho fundamental (como lo es el de **libertad religiosa**, del art. 16 CE) la existencia de una ley (art. 53.1 inciso segundo), no se atiene a ese principio de vinculación negativa una Ordenanza que directamente prescinde de la exigencia del art. 53, arrogándose la potestad de regular lo que la Constitución reserva a la Ley*”. O, “*Late permanentemente la advertencia que hace nuestro Alto Tribunal de que el velo integral es una indudable manifestación del ejercicio de la **libertad religiosa***” (las negritas son nuestras).

Dado que la llamada “Sentencia del Burka” también entra a considerar 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*”, el TSJCyL decide darle a esta frase su

propia interpretación, ajena y contraria a la claridad con que la Sentencia del Burka subraya la no distinguibilidad entre libertad ideológica y religiosa. He aquí, de nuevo, la traducción del TSJCyL: *“o lo que es lo mismo, que una inequívoca manifestación del derecho fundamental a la **libertad religiosa** no puede abocar a un régimen de prohibición diferente en cada ente local”*.

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

10º.- Voto particular del Magistrado Don Agustín Picón Palacio. Único contenido nuevo de la Sentencia.

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, justifica ya de por sí la presentación del presente recurso de casación.

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

El legislador no ha regulado sobre la desnudez, porque la ha considerado constitucional, como se afirma en la **Proposición** que dio lugar a la LO 5/88 de abolición del escándalo (http://www.congreso.es/public_oficiales/L3/CONG/BOCG/B/B_057-01.PDF), y en las **deliberaciones** de la **Comisión del Congreso** (http://www.congreso.es/public_oficiales/L3/CONG/DS/CO/CO_228.PDF), y que se vieron **trasladadas en el mismo año al ámbito jurídico-administrativo (y no penal) de la Ley de Costas** (LO 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 y de las que añade el Magistrado discrepante en nuestra Sentencia, como hacen tanto el Ayuntamiento del que emana la Ordenanza recurrida como el TSJCyL, es decir, aunque hubiera un “vacío legal” (que no lo hay), tampoco podría aquel Ente introducir esta prohibición 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 sea 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 como ya lo hizo con el Tribunal Superior de Cataluña el pasado 14 de febrero de 2013 (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 quienes comparten estos espacios 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.

En palabras del voto particular del magistrado discrepante (fundamento 8º):

“Procede, por tanto, en opinión de este voto discrepante estimar la pretensión deducida en el escrito de demanda, al haberse llevado a cabo una regulación por la administración de un ámbito personal del individuo que el ordenamiento jurídico no le permite. Más allá, o acá, del juicio de valor que merezcan las tesis de la parte demandante, lo cierto es que su regulación por vía reglamentaria supone una merma de los derechos y libertades individuales que corresponden a los ciudadanos y que la máxima norma ha encomendado hacer a sus representantes parlamentarios, a ellos y no a otros diferentes.

Razones que determinan la expresión de la tesis de que se debió estimar la demanda presentada por la parte actora y declarar nulo lo pro ella impugnado.”

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. E interpreta erróneamente el artículo 139 y siguientes de la Ley 57/2003, así como el 84.2 de la LBRL.

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 2013 Arteixo, O Grove 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. También hubo reacciones similares con la llamada Sentencia del Burka, que también el TS ha reservado en su caso al estado y mediante Ley Orgánica, sin que se haya observado una variación en su uso.

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 citan o adjuntan, los admita, y en su virtud, tenga por interpuesto **RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY** contra la Sentencia núm. **1767** del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (P.Ordinario: 673/2012), 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 16.6 y concordantes** de la Ordenanza Municipal de Protección de la Convivencia Ciudadana y Prevención de Actuaciones Antisociales del Ayuntamiento de Valladolid, publicada en el BOP nº 76, de fecha 21/03/2012, 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 dieciséis de enero 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