

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Valencia**

Sección: **4**

Fecha: **19/01/2023**

Nº de Recurso: **315/2022**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

SALA DE LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO. SECCIÓN 4ª

Recurso de Apelación nº 315/2022

Illtmos. Sres. Magistrados:

D. Manuel José Domingo Zaballos (Presidente)

D. Miguel Ángel Narváez Bermejo

Dña. Estefanía Pastor Delás

S E N T E N C I A Nº 13/2023

En Valencia, a 19 de Enero de dos mil veintitrés.

Vistos por la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, el recurso de apelación interpuesto por la Abogacía del Estado en nombre y representación de la Administración General del Estado-Delegación del Gobierno en la Comunidad Valenciana contra la sentencia nº 177/2022, de 5 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 10 de Valencia en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales nº 141/2022, siendo parte apelada D. Lucio, representado por el Procurador D. Joaquín García Belmonte, defendido por el letrado D. Pablo Mora Rey. Es ponente el Illtmo. Sr. D. Miguel Ángel Narváez Bermejo, quien expresa el parecer de la Sala.

Materia: procedimiento sancionador administrativo.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Dicho Juzgado dictó sentencia nº 177/2022, de 5 de septiembre en el Procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales nº 141/2022 con pronunciamiento estimatorio del recurso entablado por el aquí apelado contra el acto que se dirá en el Fundamento de Derecho primero, anulando las sanciones impuestas.

Segundo.- Notificada la resolución a las partes interesadas, la parte demandada en la instancia interpuso recurso de apelación dentro de plazo, al que se opuso la parte demandante en la instancia.

Tercero.- Elevados los autos y el expediente administrativo a la Sala, en unión de los escritos presentados, se formó el correspondiente rollo de apelación, teniéndose por personados a las partes litigantes.

Cuarto.- No se recibió la apelación a prueba y por Diligencia de Ordenación del LAJ de 21-11-2022 quedaron los autos conclusos y por providencia de 9 de enero de 2023 fue señalando para votación y fallo el 17 de Enero de 2023 en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Controversia

Tiene por objeto el recurso la sentencia nº 177/2022, de 5 de septiembre del Juzgado de lo contencioso Administrativo nº 10 de Valencia dictada en el Procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales nº 141/2022 con pronunciamiento estimatorio del recurso entablado por el aquí apelado contra

las resoluciones de la Delegación del Gobierno en la Comunidad Autónoma Valenciana de fechas 23 y 24 de febrero de 2022 por las que se imponen al actor sendas sanciones por vulneración del art. 37.5 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, al realizar “actos que atentan contra la libertad e indemnidad sexual o ejecutar actos de exhibicionismo obsceno.”

La sentencia apelada tras rechazar la inadecuación del procedimiento planteado por la Abogacía del Estado razona que partiendo de la descripción de la infracción imputada de: “La realización o incitación a la realización de actos que atenten contra la libertad e indemnidad sexual, o ejecutar actos de exhibición obscena cuando no constituya infracción penal”, estima que no habiendo implicación de terceros, pues la acción imputada consiste en una desnudez estática, debe descartarse que se haya incurrido en la acción sancionada por el tipo relativa a los atentados contra la libertad e indemnidad sexual, de modo que la única conducta reprochable sería la del exhibicionismo obsceno. Y con relación a este comportamiento no se puede calificar como tal, a falta de una normativa específica del municipio donde han ocurrido los hechos que regule o impida la desnudez del cuerpo humano, y que ese estado de persona corita en un espacio público se pueda tildar de obscena de manera que su acción sería atípica y la sanción impuesta vulneraría el principio de legalidad y tipicidad recogido en el art. 25.1 de la Constitución Española, razón suficiente para la estimación del recurso.

En el recurso se alega en primer lugar la inadecuación del procedimiento ya que no aparece implicado ninguno de los derechos fundamentales que el actor considera vulnerados como el principio del “non bis in idem”, o el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, el principio de legalidad o tipicidad o el derecho a la presunción de inocencia o el de la libertad ideológica, que se habían invocado por el demandante. Se considera que la sentencia apelada no ha tenido en cuenta que el demandante estaba desnudo delante de un parque infantil donde los menores tuvieron que abandonarlo ante la presencia del nudista. Entiende que estamos ante un acto de exhibición obscena, no constitutivo de delito, consistente en enseñar los genitales a menores de edad que tuvieron que abandonar el lugar dada la afección de su pudor, honestidad, modestia o recato; no aplicar el tipo sancionador en estos casos lo dejaría vacío de contenido. Argumenta que en el contexto socio cultural actual en España ir desnudo por la calle molesta el pundonor de la ciudadanía por lo cual resulta oportuna la sanción.

La parte apelada se muestra conforme con la sentencia dictada insistiendo en el carácter atípico de su comportamiento que no es constitutivo de ningún atentado contra la libertad sexual ni representa un acto de exhibicionismo obsceno. Por otra parte estima afectados el derecho a la libertad ideológica y el principio de legalidad y tipicidad. Considera infringidos estos dos últimos porque a falta de una ordenanza municipal que tipifique y sancione los actos de desnudez en la vía o lugares públicos ante esa ausencia de tipificación tales acciones deben de quedar impunes.

El Ministerio Fiscal en sus alegaciones se muestra conforme con la sentencia dictada solicitando su confirmación entendiendo que se ha vulnerado el principio de legalidad y el de tipicidad.

Segundo: Las facultades de la segunda instancia en los recursos de apelación.

El Tribunal de Apelación no puede revisar de oficio los razonamientos y las resoluciones (sea Auto o Sentencia de instancia) al margen de los motivos y consideraciones aducidas por el apelante como fundamento de su pretensión que requiere la individualización de los motivos que sirven de fundamento, a fin de que puedan examinarse los límites y en congruencia con los términos con que venga facilitada la pretensión revisora de la resolución de instancia. Afirmado ello así porque el recurso de apelación contencioso administrativo, *de lege data*, y conforme a la jurisprudencia consolidada, tiene exclusivamente por objeto depurar el resultado procesal contenido en la instancia anterior, de tal modo que el escrito de alegaciones de la parte apelante ha de proceder a una crítica de la Sentencia apelada, que es lo que sirve de base y fundamento a la pretensión de sustitución de pronunciamiento recaído antes por otro diferente.

Según se desprende de su propia configuración legal -artículos 81 a 85 de la vigente Ley Jurisdiccional Contencioso-Administrativa- es pacífico en la doctrina que en la resolución de la apelación a la Sala le cabe una reconsideración integral del tema o temas debatidos, tanto en lo fáctico como en lo jurídico, porque el recurso de apelación contra sentencias - como regla general con doble efecto devolutivo y suspensivo- transmite al Tribunal *ad quem* plenitud de competencia para resolver y decidir todas las cuestiones planteadas en la instancia, si bien teniendo en cuenta la prevalencia de la apreciación de la prueba realizada en la instancia, salvo en aquellos casos en los que se revele de forma clara y palmaria que el órgano a quo ha incurrido en error al efectuar tal operación o cuando existan razones suficientes para considerar que la valoración de la prueba contradice las reglas de la sana crítica.

En este asunto conviene precisar, con carácter previo, que no es función de los órganos jurisdiccionales resolver en derecho las pretensiones que ante ellos se suscitan acudiendo a disquisiciones filosóficas o a argumentos no estrictamente jurídicos sobre todo si, como sucede con las cuestiones que aquí se suscitan,

no puede afirmarse con certeza que exista un estado de opinión unánime e indiscutido sobre la cuestión controvertida, sino que la perspectiva debe ser del respeto a la legalidad y de los derechos consagrados en la Constitución Española por razón del procedimiento de tutela de derechos de esa índole en el que nos encontramos y por cuya protección los Tribunales de Justicia deben velar según los arts. 5 a 8 de la L.O. 6/85, de 1 de julio.

Tercero: Sobre la inadecuación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales.

El Tribunal Supremo en distintas sentencias, como la nº 1494/2015, de 30 de marzo; 23-3-2015, recurso 1882/2013; la nº 1052/2016, de 11 de mayo, o la de 9-5-2016, recurso 3860/2013, que resuelven y se enfrentan a hechos similares a los aquí enjuiciados con ocasión de la impugnación por asociaciones de personas nudistas de ordenanzas municipales que sancionaban como infracción pasearse o permanecer desnudo por la calle o en lugares públicos han destacado que no existe en estos casos ante la tipificación como infracción administrativa de tales actos en dichas ordenanzas, la vulneración de los derechos fundamentales esgrimidos por el demandante en cuanto a la libertad ideológica, de expresión, "non bis in idem", de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, o de legalidad o tipicidad (si bien en nuestro asunto y por las particularidades del caso apreciaremos la vulneración de estos dos principios) , igualdad o de presunción de inocencia cuando existen pruebas que nos cercioran de tales conductas.

Por ejemplo, con relación al principio de igualdad se argumenta que "desde esta perspectiva, no puede tacharse de discriminatoria una resolución que determina que en los espacios de uso público no se puede practicar el nudismo habida cuenta de la utilización general y mayoritaria de dicho espacio, de la necesidad de preservar la convivencia pacífica y del hecho, que entendemos notorio, de que la práctica del nudismo en esos espacios públicos dista mucho de ser, en el momento actual, aceptada con el grado mayoritario que las recurrentes pretenden.

Debe rechazarse la infracción del principio de igualdad dado que la medida controvertida, proporcional y razonable, ha sido adoptada por el órgano que ostenta la legitimidad democrática para ponderar el estado de opinión social y su proyección en la regulación de la convivencia". Se afirma que: "No se pretende con tal regulación, como se defiende, establecer un concepto oficial de moral, ni imponerlo coercitivamente a quienes no lo comparten. Se trata, simplemente, de asegurar unas condiciones de uso de los lugares públicos que reúnan unos mínimos de aceptación por los residentes y visitantes de la ciudad.

...Parece evidente que ha de reconocerse a la Corporación municipal, integrada por los representantes que los ciudadanos han elegido democráticamente, la capacidad de acotar el concepto "relaciones de convivencia", estableciendo para ello las medidas que impidan su perturbación con la finalidad última de asegurar la tranquilidad de los ciudadanos y el libre ejercicio de sus derechos. Ese es el mandato contenido en la ley al que debe atemperarse la actuación municipal, ajustándose en todo caso a los principios de igualdad de trato, necesidad y proporcionalidad con el objetivo perseguido (art. 84.2 de la LRBRL).

En cuanto al principio de libertad ideológica se defiende lo siguiente: "Por eso no compartimos la argumentación contenida en el fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida sobre la inclusión (al parecer, a efectos dialécticos) de la práctica del nudismo en el derecho a la libertad ideológica que contempla el art. 16 de la CE . Si realmente fuera así, el Ayuntamiento de Barcelona no podría establecer la prohibición que nos ocupa, ni tipificar como tipo infractor la conducta que contraviene dicha prohibición, pues la manifestación externa de aquel derecho fundamental solo podría regularse por ley formal, que habría en todo caso de ser respetuosa, por exigencias constitucionales, con el núcleo esencial de tal derecho". Añade: "Desde esta perspectiva, no entendemos que el derecho a la libertad ideológica contenido en el art. 16.1 de la CE resulte propiamente afectado en el supuesto que analizamos ni, por tanto, que la Ordenanza en estudio afecte a la dimensión externa de tal derecho fundamental (es decir, al *agere licere* o facultad de actuar con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción, compulsión o injerencia de los poderes públicos), pues no puede compartirse la idea de que "estar desnudo" en cualquier espacio público, como las playas, constituya, sin más, la manifestación externa de la libertad de pensamiento, ideas o creencias o que la desnudez misma deba ser entendida como un auténtico derecho ejercitable en todo lugar público (STS de 30-3-2015, recurso 1214/2013)."

Incluso se rechaza la similitud de estos casos con alguna sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se han pronunciado sobre tal cuestión, con estas afirmaciones: "En cualquier caso, ni siquiera puede afirmarse que la sentencia del TEDH de 28 de octubre de 2014 aborde una cuestión idéntica a la que ahora se suscita, pues en ella se planteaba si el allí demandante, que había escogido permanecer desnudo en público con el objeto de dar expresión al carácter inofensivo del cuerpo humano, podía ser arrestado, perseguido o condenado con amparo en una ley escocesa que sancionaba tal conducta, supuesto claramente distinto al aquí planteado, en el que la Ordenanza recurrida en la instancia se limita a prohibir estar desnudo en

los lugares públicos con dos salvedades relevantes: que se cuente con autorización expresa del Ayuntamiento o que " se realicen actividades formalmente amparadas en el ejercicio de derechos fundamentales " (STS nº 1013/2016 de 9-5-2016, recurso 3860/2013)".

Sin embargo, por lo que hace al principio de legalidad y tipicidad es doctrina reiterada del Tribunal Supremo la que señala que *"las exigencias dimanantes de los principios de tipicidad y seguridad jurídica son compatibles con el empleo de cláusulas normativas necesitadas de complementación judicial (...), y no vedan, ni siquiera en el ámbito prohibitivo o sancionador, el empleo de conceptos jurídicos indeterminados siempre que su concreción sea factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de manera que permitan prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas prohibidas "*. De este modo, cuando la tipificación de infracciones se efectúa a través de conceptos jurídicos indeterminados recae sobre la Administración sancionadora el deber de razonar y motivar de manera suficiente que los hechos imputados conforman adecuadamente el tipo infractor, de suerte que la originaria indeterminación exigiría del órgano administrativo competente una mayor precisión en la subsunción de las conductas en la correspondiente falta o infracción administrativa.

Ahora bien y a falta de determinación específica a través de una norma como puede ser una ordenanza municipal, que no existe en el municipio de Aldaia, donde se cometió la supuesta infracción imputada al recurrente, la Sala entiende que la conducta resulta atípica por no tener encaje en el tipo aplicado, que recordemos es el 37.5 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de "La realización o incitación a la realización de actos que atenten contra la libertad e indemnidad sexual, o ejecutar actos de exhibición obscena cuando no constituya infracción penal".

Al no encajar el comportamiento del actor de pasearse o permanecer desnudo por la calle o en un lugar público, en el tipo ilícito administrativo aplicado, debe apreciarse infracción del principio de legalidad consagrado en el art. 25.1 de la Constitución Española que responde al principio "nullum crimen, nulla pena sine lege" en su vertiente de consagración del principio de tipicidad, que la Sala, refrendando el correcto planteamiento de la instancia, considera se ha vulnerado, de ahí el acierto de haberse recurrido al procedimiento que regula la tutela de los derechos fundamentales en el ámbito contencioso administrativo de nuestra jurisdicción (arts. 114 a 121 de la LJCA).

Cuarto: La conculcación en nuestro caso del principio de legalidad por ser atípica la conducta nudista sancionada.

Ya hemos hecho alusión a la tipificación con arreglo a la cual se sancionó al actor por la vía del art. 37.5 de la Ley Orgánica Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo al realizar actos que atentan contra la libertad e indemnidad sexual o ejecutar actos de exhibicionismo obsceno cuando sean constitutivos de infracción penal.

El tipo penal que sanciona estos comportamientos es el art. 185 del Código Penal, castigándolos en los siguientes términos: " El que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o personas o personas con discapacidad necesitadas de especial protección." Se aprecia que la diferencia entre la infracción administrativa y la penal está en la presencia de menores o personas con discapacidad que el tipo penal exige y el ilícito administrativo no.

En el recurso presentado por la Abogacía del Estado se incide especialmente como razón de peso para defender la sanción impuesta en que los actos de exhibición del apelado se desarrollaron delante de menores que por pudor se alejaron del lugar donde estaban jugando, dando lugar a un acto obsceno. Sin embargo, la prueba de que esta presencia de menores fue puramente circunstancial e intrascendente es que de ser así la vía pertinente hubiera sido la vía penal, conforme a lo ya apuntado sobre la diferencia de tipos penal y administrativo, a la que de manera poco congruente no se recurrió. Pero además consta en el expediente administrativo-folio 1 vuelto- que por hechos similares se abrieron diligencias previas nº 1330/2020, del Juzgado de Instrucción nº 2 de Torrent que terminaron con auto de sobreseimiento provisional de fecha 11-9-2020. Todo ello nos permite concluir que los actos cometidos por el actor no trascendieron a terceros, más concretamente a menores como la parte apelante sostiene, pues de ser así la conducta del apelado sería delictiva y no de otra clase. Por supuesto que no hubo incitación ni se comprometió la libertad sexual de terceros respetándose su indemnidad, ni tampoco la situación de desnudez resultó ofensiva o molesta para las personas que lo presenciaron. En este sentido se expresa en la denuncia y con relación a los hechos ocurridos el 13-6-2021 que no se aprecia ninguna actuación sexual. De igual modo en el propio atestado policial- folio 2 vuelto del expediente- , que concluyó con el sobreseimiento provisional del Juzgado de Instrucción nº 2 de Torrent, se afirma que se preguntó a los adultos que acompañaban a los menores si el demandante había realizado algún acto lascivo en presencia de los menores, negándolo todos ellos, y manifestando que no era su intención presentar denuncia por tales hechos.

El actor simplemente se limitó a permanecer o circular desnudo a distintas horas en dos calles diferentes de Aldaia (Valencia), Manises e Iglesia, el 13-6-2021 según se recoge en los actos administrativos recurridos, sin ninguna circunstancia concomitante en su conducta que supusiera alteración de la seguridad ciudadana, la tranquilidad o el orden público, si nos atenemos a la relación de los hechos probados que se multaron, bienes jurídicos por los que debe velar la legislación de esta índole aplicada (Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo), sino más bien relacionada con la inobservancia y el debido respeto a las buenas costumbres, el pudor, o elementales normas de convivencia en el uso de espacios públicos, cuya tutela queda extramuros de tal regulación legal, como lo demuestra que se haya optado por parte de las Corporaciones Locales en la generalidad de casos enjuiciados por los Tribunales de Justicia, conscientes de esa laguna legal, por sancionar esos comportamientos como infracciones leves a través de las ordenanzas municipales en vigor, lo que no ha ocurrido en el caso enjuiciado.

Todo este cúmulo de circunstancias y factores concurrentes provoca, por causa de tal vacío legal apreciado, que la acción cometida sea atípica y no merezca reproche desde el punto de vista del derecho sancionador administrativo.

El recurso no puede prosperar.

Quinto.-Pronunciamiento en materia de costas procesales.

A la vista del artículo 139.2 de la LJCA, aun siendo desestimatoria la sentencia del recurso planteado, no se hace pronunciamiento en cuanto al pago de las costas procesales causadas en esta alzada al existir dudas fundadas en derecho por tratarse de una cuestión jurídicamente compleja.

Vistos los artículos citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación; en el nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española

FALLAMOS:

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la Abogacía del Estado en representación de la Administración General del Estado contra la sentencia nº 177/2022, de 5 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 10 de Valencia en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales nº 141/2022, que se confirma, y sin pronunciamiento en cuanto al pago de las costas procesales causadas en esta alzada.

A su tiempo, con certificación literal de la presente Sentencia, devuélvase el expediente administrativo al centro de su procedencia.

Esta Sentencia no es firme y contra ella cabe, conforme a lo establecido en los artículos 86 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, recurso de casación ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo o, en su caso, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Dicho recurso deberá prepararse ante esta Sección en el plazo de treinta días a contar desde el siguiente al de su notificación, debiendo tenerse en cuenta respecto del escrito de preparación de los que se planteen ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo los criterios orientadores previstos en el Apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE número 162 de 6 de julio de 2016).

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.-Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que ha sido para la resolución del presente recurso, estando celebrando audiencia pública esta Sala, de la que como Letrado de la administración de Justicia, certifico. En Valencia, a la fecha arriba indicada