

Almudena HERRANZ SALAZAR

DELIMITACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO Y
DERECHOS HUMANOS

*Trabajo Fin de Carrera
dirigido por
Pablo NUEVO*

Universidad Abat Oliba CEU
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES
Licenciatura en Derecho

2013

A Marta Cartabia por su ayuda y tiempo.

Resumen

En este trabajo hemos analizado qué es el espacio público a partir de un recorrido histórico y la importancia que en él juegan los derechos y libertades fundamentales. El límite de la salvaguardia de la seguridad que se aplica a estos derechos en el espacio público supone la reducción cada vez mayor de este espacio que en principio sería un espacio que debería existir por el carácter público de estas libertades y derechos que, según nuestra constitución, son inherentes a la dignidad del hombre. En cambio, a través de toda la jurisprudencia recogida, nos encontramos delante de una reducción de este espacio entendido como una concesión por parte del Estado de unos derechos al individuo que este pueda ejercer con unos límites determinados.

Resum

En aquest treball hem analitzat què és l'espai públic a partir d'un recorregut històric i la importància que en ell juguen els drets i llibertats fonamentals. El límit de la salvaguarda de la seguretat que s'aplica a aquests drets en l'espai públic suposa la reducció d'aquest espai que en principi seria un espai que deuria existir pel caràcter públic d'aquestes llibertats i drets que, segons la nostra constitució, son inherents a la dignitat de l'home. En canvi, a partir de tota la jurisprudència recollida, ens trobem davant d'una reducció d'aquest espai entès com una concessió per part de l'Estat d'uns drets a l'individu que aquest pugui exercir amb uns límits determinats.

Abstract

In this paper we have analyzed what public space is from a historical point of view and the importance that the rights and freedoms play. The limit of safeguarding the security applied to these rights in the public space implies the increasing reduction of this space that at first would be a space that should exist for the public character of these freedoms and rights, that according to our constitution, are inherent to the dignity of men. Instead, throughout the jurisprudence, we faced a reduction of this space understood as a concession by the State of certain rights that we can exercise with certain limits.

Palabras claves / *Keywords*

Espacio público – Derechos humanos – Sociedad civil - Democracia – Libertad –
Igualdad – Seguridad

Sumario

Introducción	9
CAPÍTULO I. CONCEPTO DE ESPACIO PÚBLICO	11
1. Introducción al concepto de espacio público.....	11
1.1 Evolución histórica del espacio público: de Aristóteles a Hegel	11
1.2 J. Habermas: el declive del espacio público.....	14
1.3 Movimientos sociales e intervencionismo del estado.....	16
1.4 El principio de libertad y la democracia	17
1.5 Espacio público social y estatal	18
2. La dimensión europea del espacio público	19
CAPÍTULO II. DERECHOS FUNDAMENTALES	21
1. La libertad religiosa.....	21
1.1 Noción del derecho a la libertad religiosa.....	21
1.2 Francia y Alemania	22
1.3 Italia.....	25
1.4 España	27
1.5 Tribunal Europeo de Derechos Humanos	30
2. La libertad de expresión	31
2.1 Libertad de información	32
2.2 La publicidad.....	35
2.3 Expresión de carácter ideológico.....	37
3. Derecho de reunión y manifestación	38
3.1 TEDH y artículo 11 del convenio	39
3.2 Deber de comunicación	41
3.3 Orden público sin peligro para personas o bienes	42
3.4 Necesidad de la medida	44
3.5 Proporcionalidad en sentido estricto	45
4. Derecho a la intimidad	46
4.1 Introducción al derecho fundamental	46
4.2 Interés general	47
A. Personajes públicos.....	48
B. Funcionarios públicos con necesidad de anonimato (art. 8 LO 1/82): la policía	50
4.3 Trabajadores- empresas y el derecho de vigilancia.....	52

4.4 Personas particulares	53
CAPÍTULO III. ORGANIZACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO Y SU OCUPACIÓN.....	55
1. Organización municipal del espacio público	55
1.1 Normas de conducta en el espacio público.....	57
1.2 Protección de los elementos turísticos y de la seguridad ciudadana en el espacio público	59
1.3 Distribución de prensa gratuita en el espacio público.....	60
2. Ocupación del espacio público.....	61
2.1 Tasa por ocupación del espacio público	62
2.2 Terrazas de restaurantes y bares.....	63
2.3 Mendicidad y prostitución	65
Conclusiones	67
Bibliografía.....	70

Introducción

A partir de las controversias que suscitaron, en 2009, la exposición de crucifijos en las escuelas públicas y otros monumentos de carácter religioso en diferentes espacios públicos de España y, en 2011, la petición de algunos grupos universitarios de quitar las capillas de las universidades públicas, hemos decidido examinar a través de la jurisprudencia qué espacio público nos encontramos en España. Para llevar a cabo dicho examen nos centraremos en 4 derechos fundamentales: a la libertad religiosa, a la libertad de expresión, a reunirse o manifestarse y a la intimidad. A través de la jurisprudencia que trate el aspecto público de estos derechos queremos responder al tipo de espacio público que nos encontramos en España y ver qué límites se les han puesto a estos derechos para ser ejercidos y cómo influyen estos límites en la construcción del espacio público. La segunda parte del trabajo se centrará en algunos ordenamientos municipales de España ya que ellos son los encargados de diseñar el espacio público de cada municipio a través de la prohibición de algunas conductas. Por lo tanto, nuestro recorrido será examinar derechos humanos fundamentales cuyos límites en el ejercicio en el espacio público nos indicarán qué tipo de espacio tenemos en España, es decir, qué valores tienen tanta importancia como para limitar unos derechos que son inherentes a la dignidad humana. Esto también lo veremos al examinar los ordenamientos municipales y la ocupación del espacio público.

Antes de examinar estos derechos y sus límites dedicaremos el primer capítulo a fijar un recorrido histórico de forma que nos ilustre cómo nace el concepto de espacio público y las diversas teorías más recientes que existen sobre la decadencia o reducción del espacio público. De esta forma queremos ver la continuidad y la importancia que ha tenido el espacio público en la historia y cuál ha sido su recorrido hasta llegar a hoy. El espacio público es un ámbito que el hombre necesita para ejercer sus libertades más fundamentales que como recoge el artículo 10 de nuestra constitución son inherentes a la dignidad humana. Y por el carácter público que tienen algunos de estos derechos es importante que haya un espacio público en el que se permita que los hombres manifiesten su expresión, colectiva o individualmente, o que ejerzan su culto en público, porque es de la dignidad humana de la que extraemos estos derechos y libertades y no de una ley que los crea, necesitamos un espacio público en el que se puedan ejercer estos derechos. Por lo tanto, partiendo de que el hombre necesita de un espacio público para ejercer estos derechos que son reflejo de su dignidad, nos disponemos a examinar a través de la jurisprudencia más actual qué espacio público delimitan los límites a estos derechos.

CAPÍTULO I. CONCEPTO DE ESPACIO PÚBLICO

1. Introducción al concepto de espacio público

El espacio público es un concepto presente a lo largo de la historia de Occidente. Para poder delimitar qué entendemos por espacio público es necesario atender a la evolución histórica de este concepto. Para ello es necesario también hacer referencia al concepto de sociedad civil, ya que sólo si existe un diálogo y un interés en común entre las personas puede darse un espacio público donde éstas puedan encontrarse. Primero debemos definir sociedad civil:

Sociedad civil significa pues esencialmente diálogo, narración recíproca de la propia subjetividad, al mismo tiempo personal y social, a partir de lo que inevitablemente se tiene en común como bienes de carácter material y espiritual. [...] Relación, reconocimiento y poder son las dimensiones estructurales y constitutivas de la sociedad civil, que como tales no tienen origen en ningún poder superior ni dependen de él.¹

Por otro lado Rusell Hittinger², en un ensayo sobre los modelos de sociedad civil, define la sociedad civil no como una cosa pública pero sí como un elemento que tiene la función pública de frenar el poder ilimitado del Estado. Además diferencia la sociedad civil de la constitución porque esta última proporciona sólo una distribución externa y estática del poder, en cambio, la sociedad civil es una fuerza dinámica que es la suma de las acciones privadas que se realizan sin necesidad de una concesión por parte del Estado. Partimos, entonces, de un concepto de sociedad civil formado por hombres que tienen intereses comunes y que son sociales por naturaleza y, como tales, necesitan un espacio, una esfera en la que poder encontrarse que se llamará espacio público. El concepto de espacio público irá evolucionando al mismo tiempo que cambiará la forma de concebir la sociedad civil.

1.1 Evolución histórica del espacio público: de Aristóteles a Hegel

Ya Aristóteles diferenciaba entre dos ámbitos en la vida de los hombres: la *polis* y el *oikos*. Por *polis* entendía ciudad-estado, es decir, la estructura política de la sociedad. La *polis* estaba compuesta mayormente por *oikos* o, lo que es lo mismo, las familias. La distinción que existía en la Antigua Grecia era entre lo común (aquello que interesaba a todos) y lo privado (los intereses del *oikos*). Por lo tanto, no se hacía la distinción entre espacio público y espacio privado, sino que se diferenciaba entre los asuntos de interés particular (*idion*) y los de interés común (*koinon*) que se discutían en el *agora* entendido como un lugar público donde los

¹ SCOLA, A., *Una nueva laicidad*, Madrid: Ediciones Encuentro y Fundación Universitaria San Pablo CEU, 2007, p. 19.

² RUSSELL HITTINGER, *Modelos de sociedad civil*, Madrid: Fundación Iberdrola, 2005, p. 17.

hombres libres podían discutir acerca de los intereses comunes que tenían. Para griegos y romanos la sociedad se identificaba con la *polis*, es decir, con su constitución política. En cambio, en la Edad Media encontramos una idea de sociedad que se separa de la estructura política. La autoridad política era considerada como un órgano de la sociedad, es decir, no se entendía la sociedad como una parte de la organización política (el Estado). El Cristianismo ayudó a generar esta idea de que existía una sociedad separada de un poder, ya que la Iglesia (entendida como conjunto de personas, como sociedad que comparten una vida en común) se concebía como una entidad a parte de la estructura política.

En cambio, en el s. XVI empiezan a aparecer las teorías de autores como Hobbes o Bodin que cambiarán la forma de entender la sociedad y la autoridad política e iluminarán toda la modernidad. Nos encontramos de vuelta a la idea griega y romana de la sociedad civil, es decir, entendida dentro de una organización política:

Según estas teorías, una sociedad, para poder funcionar, debe ser gobernada por un poder soberano, esto es por un poder ilimitado. En otras palabras, resurge la identificación de la sociedad con su organización política, y vuelve en auge en una forma que es favorable al despotismo (monárquico). Huellas importantes del punto A [aquí hace referencia a la Edad Media] se encuentran en la doctrina del contrato social, según las cuales la sociedad existe antes que el gobierno, como en el pensamiento de Grotio y Pufendorf. Esta es la idea central de la teoría contextualística que Hobbes quería combatir (*trad.*).³

Estas teorías, que consideran que las relaciones entre los hombres deben ser reguladas por una instancia superior como el Estado porque por sí solas no pueden funcionar, convierten el poder político en un poder ilimitado porque consideran que es la única forma de que la sociedad funcione. Por lo tanto, partiendo de que la sociedad por sí sola no puede organizarse, se da al Estado (entendido como una entidad superior a la sociedad), mediante el contrato social, la potestad para organizar las relaciones entre los hombres. Esta idea de Hobbes irá tomando forma en la realidad a través de las monarquías absolutas por toda Europa de forma que el papel de la sociedad civil empieza a perder fuerza y a entenderse como un elemento dentro del Estado.

³ “Secondo queste teorie, una società, per poter funzionare, deve essere governata da un potere sovrano, cioè da un potere illimitato. In altre parole, riemerge l'identificazione della società con la sua organizzazione politica, e riorna in auge in una forma che è palesemente favorevole al dispotismo (monarchico). Tracce importanti del punto A sono rinvenibili nelle dottrine del contratto sociale, secondo le quali la società esiste prima del governo, come nel pensiero di Grotio e Pufendorf. Questa è l'idea centrale della teoria contestualistica che Hobbes voleva combattere.” MAGATTI, M., *Per la società civile: la centralità del principio sociale nelle società avanzate*, Milano: FrancoAngeli, 1997, p. 51.

Frente a este absolutismo surge la corriente del liberalismo (siglos XVII-XVIII) que intenta deshacerse de este Estado intervencionista y da pie a las doctrinas anti-absolutistas de Locke y Montesquieu. Charles Taylor divide la corriente anti-absolutista entre estos dos autores ya que, aun estando dentro de la misma corriente, sus posiciones varían. Locke entiende la sociedad como una comunidad pre-política capaz de auto-organizarse siguiendo las propias leyes de cambio y de equilibrio (lo que nos recuerda a la mano invisible de Adam Smith en el plano económico), pero Montesquieu no puede prescindir de cierta constitución para la sociedad civil, es decir, entiende que exista una autoadministración por parte de ésta pero la considera integrada en el Estado. Toda esta corriente anti-absolutista va acompañada del liberalismo económico pero Charles Taylor muestra cómo la economía no es el único componente de estas teorías: “En el siglo XVIII es muy importante también el desarrollo de un público autónomo con una “opinión” propia”⁴. Es decir, esta nueva concepción de lo público, incluye todo aquello que pertenece e interesa a toda la sociedad. Este ámbito público se entiende organizado fuera de toda estructura política y es el ámbito de la economía y de la opinión pública, que son los dos elementos que dan unidad y forma a esta sociedad, y que supondrán un límite nuevo frente a la autoridad política.

Con esta idea de sociedad civil como estructura pre-política que introduce el liberalismo pueden darse dos consecuencias: la primera, que se tienda a la autodeterminación; y, la segunda, que se marginen las estructuras políticas. Empiezan a verse de esta forma los defectos de dichas teorías y, al mismo tiempo, empieza a tomar forma la idea de la voluntad general de Rousseau. Este autor, que entendía también la sociedad civil como una organización pre-política, sitúa en este momento pre-político la creación del contrato social. Es decir, existe una voluntad general antes de que exista cualquier estructura política y, de hecho, es esta voluntad general de la sociedad civil la que justifica cada estructura política. De esta forma se destruirá el concepto de sociedad civil como algo distinto a la organización política:

La destrucción total de la sociedad civil en el siglo xx se ha realizado en nombre de algunas de las variantes de esta idea, especialmente aquellas conexas a la nación y al proletariado. Lo que ha sucedido es una extraña y terrible inversión, por la cual una idea cuyas raíces se encontraban en una concepción de sociedad pre-política ha acabado con el justificar la total sumisión de la vida social al elemento político. Y en una forma menos

⁴ “Nel XVIII secolo è molto importante anche lo sviluppo di un pubblico autonomo con un “opinione” propria” *Ibid.*, p. 56.

espectacular, el poder del estado ha sido reforzado a menudo por su autodefinición de instrumento de la voluntad nacional.⁵

Esto provocará que la sociedad se someta a la organización del Estado y, por lo tanto, el espacio público también quedará organizado por éste. Hegel viendo que el sistema del libre arbitrio, sin reglas que lo organicen, no funciona, responde tanto a la corriente del liberalismo como a la teoría de Rousseau. Plantea que, pese a que la sociedad civil sea una esfera no política, para evitar su destrucción debe estar dentro de una unidad más grande llamada estado. Se entiende de este modo la sociedad civil como algo distinto al estado pero organizada de forma política, de forma que su espacio público queda también organizado. Pero con la llegada de la posmodernidad aparecerá un nuevo concepto de espacio público.

1.2 J. Habermas: el declive del espacio público

La concepción de Habermas sobre el espacio público ha cambiado de posición desde sus primeros escritos y poco a poco ha generado la teoría del declive del espacio público. En sus primeros escritos identificaba el espacio público como el ámbito de la sociedad civil en el que se puede formar la opinión pública. El espacio público, por lo tanto, lo forman, en primer lugar, los ciudadanos cuando ponen en común sus intereses generales y, en segundo lugar, los periódicos, la televisión y la radio (ya que son medios en los que se habla de intereses comunes). Habermas explica en su obra *Historia y crítica de la opinión pública* el surgimiento en el siglo XVII de la llamada “esfera pública burguesa”. Esta esfera se concretaba en espacios muy determinados como salones o cafés donde se podía discutir sobre intereses comunes. Habermas consideraba dichas discusiones como discusiones críticas. Pero en el siglo XIX sitúa el inicio del declive de este espacio público burgués debido al intervencionismo del estado, al declive de los cafés y salones, que eran el lugar concreto de este espacio público, y la comercialización de los medios:

Solo esta dialéctica gradual de una progresiva “socialización” del estado simultáneamente con un incremento de “estatificación” de la sociedad destruyó las bases de la esfera pública burguesa- la separación entre estado y sociedad. Entre los dos y fuera de los dos, por así decirlo, emerge una esfera social repolitizada para la cual la distinción entre “público” y “privado” no podría ser aplicada de manera útil. También condujo a la desintegración de la parte específica de la esfera privada en la que las personas privadas se reunían para

⁵ “La distruzione più totale della società civile nel XX secolo è stata realizzata in nome di alcune delle varianti di questa idea, specialmente quelle connesse alla nazione e al proletariato. Ciò che è accaduto è una strana e terribile inversione, per cui un’idea le cui radici affondavano in una concezione di società pre-politica ha finito con il giustificare la totale sottomissione della vita sociale all’elemento politico. E in una forma meno spettacolare, il potere dello stato è stato spesso rafforzato dalla sua autodefinizione di strumento della volontà nazionale” *Ibid.*, p.61.

constituir lo público y para regular aquellos aspectos sobre su comercio con los otros que eran de interés general, a saber, la esfera pública en su forma liberal (*trad.*).⁶

Como menciona Habermas emerge una esfera social refeudalizada. Frente al intervencionismo del Estado los individuos ven que su nivel de decisión en el ámbito de los intereses generales no tiene relevancia, de forma que se crean grupos, colectividades que representan distintos intereses en el ámbito público. De este modo, se forma un espacio público no compuesto de individuos sino de colectividades de personas. Habermas señala que llegados a este punto deja de existir un interés general, es decir, aquello que más conviene a la sociedad y se concibe el espacio público como un lugar donde los intereses particulares de estos grupos sociales inciden en la decisión política. Habermas entendía estos movimientos sociales como reacciones particularistas y defensivas a la penetración de la vida social por los medios del dinero y el poder. Para Habermas la sociedad civil y el espacio público, por lo tanto, están sufriendo ahora una fase de declive.

En cambio, Manuel García-Pelayo considera que en la democracia de hoy hay más actores y una pluralidad mayor, por lo tanto, no deja de existir un interés público como enunciaba Habermas, sino que se trata de una democracia más compleja que la democracia política clásica. De hecho establece que la forma con la que la sociedad puede entrar en contacto con el Estado es a través de los grupos sociales:

Así pues, las demandas de la sociedad al Estado son formuladas por los partidos, las organizaciones de intereses y las unidades de trabajo, e integradas por organismos estatales mixtos o por estructuras empresariales creadas por la autoridad estatal (como es el caso de la cogestión) a través de los cuales la sociedad entra en constante interacción con el Estado o, dicho de otro modo, se lleva a cabo el proceso de socialización de éste. [...] Se trata, pues, de una democracia más compleja que la democracia política clásica, no sólo por el mayor número de sus actores, sino también por la pluralidad de los sectores a los que se extiende y por la cantidad y heterogeneidad de los problemas que ha de abordar⁷.

⁶ "Only this dialectic of a progressive "societalization" of the state simultaneously with an increasing "stateification" of society gradually destroyed the basis of the bourgeois public sphere- the separation of state and society. Between the two and out of the two, as it were, a repoliticized social sphere emerged to which the distinction between "public" and "private" could not be usefully applied. It also led to the disintegration of that specific portion of the private realm within which private people, assembled to constitute a public and to regulate those aspects of their commerce with each other that were of general concern, namely, the public sphere in its liberal form" HABERMAS, J., *The structural transformation of the public sphere: an inquiry into a category of bourgeois society*, Massachusetts: MIT Press, 1989, p.142.

⁷ GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid: Alianza Universidad, 1991, p. 50.

1.3 Movimientos sociales e intervencionismo del estado

Frente a esta visión de declive del espacio público nos encontramos con la visión positiva de los movimientos sociales de J.L. Cohen y A. Arato. Ambos sostienen que los movimientos crean una pluralidad de espacios públicos a la vez que amplían y revitalizan los espacios ya institucionalizados:

Nuestra reconstrucción de la distinción sistema/mundo de la vida a lo largo de las líneas de la teoría de la sociedad civil corrige estos dos puntos ciegos. Por un lado, podemos traducir el concepto de mundo de la vida en la articulación institucional de una sociedad civil garantizada por los derechos. Por otro lado, argumentamos que existen receptores de la influencia de la sociedad civil sin una sociedad política (y económica) y que estos pueden, sin límites, añadirse y democratizarse. Consecuentemente, en nuestra versión de la concepción dual de la sociedad, la lógica dual de todos los nuevos movimientos puede salir a la luz. Nuestro enfoque nos permite ver que los movimientos operan en ambos lados del sistema/mundo de la vida divididos, y así son capaces de adaptarse a las contribuciones de los dos paradigmas de la acción colectiva (*trad.*).⁸

Cohen y Arato entienden que el papel de los nuevos movimientos sociales es construir los modelos culturales, las normas y las instituciones de la sociedad civil. También influyen las estructuras económicas y lo ejemplifican con el movimiento ecologista que ha llevado al estado a restringir actores económicos que contaminaban el medio ambiente. Nos interesa resaltar del fragmento de Cohen y Arato que entienden la sociedad civil como garantizada por derechos, es decir, los movimientos pueden contribuir dentro de esta sociedad civil pero ésta existe porque el Estado la garantiza mediante derechos. García-Pelayo nos describe el Estado de Derecho como un Estado que se establece y mantiene en el Derecho, entendido éste como una “normatividad acorde con la idea de la legitimidad, de la justicia, de los fines y de los valores a los que debía servir el Derecho”⁹. Vemos de esta forma que el Estado es entendido como una relación de derechos pero G. Teubner nos señala un dato a tener en cuenta sobre este Estado basado en el Derecho y es que en la época pre-moderna era impensable este razonamiento:

Los derechos constitucionales, concebidos como esfera de protección de la acción individual, son simplemente impensables en la sociedad estratificada pre-moderna. El

⁸ “Our reconstruction of the system/lifeworld distinction along the lines of a theory of civil society corrects these two blind spots. On the one hand, we translate the concept of the lifeworld into the institutional articulation of a civil society secured by rights. On the other hand, we argue that there are receptors for the influence of civil society within political (and economic) society and that these can, within limits, be added to and democratized. Consequently, on our version of the dualistic conception of society, the dual logic of all the new movements can come into view. Our approach enables us to see that movements operate on both sides of the system/lifeworld divide, and we are thus able to accommodate the contributions of both paradigms of collective action”. COHEN, J. L. y ARATO, A., *Civil society and political theory*, Massachusetts: MIT Press, 1992, p. 531.

⁹ GARCÍA-PELAYO, M., *o.c.*, p. 52.

individuo está totalmente enmarcado en el contexto social y la fórmula jurídica típica es aquella del “estatus”, no aquella del “derecho”; también el término “ius” denota una relación recíproca contextualizada y no un derecho en sentido propiamente moderno.¹⁰

De esta forma, Teubner nos introduce en el cambio que la modernidad ha provocado en la forma de entender los derechos. Nos encontramos, por lo tanto, frente a una sociedad civil garantizada por unos derechos que el Estado le reconoce. Por lo tanto, la sociedad civil queda al arbitrio de que el Estado le reconozca determinados derechos y de cómo se los deje ejercer en el espacio público. Frente a esta sociedad civil Angelo Scola nos describe su consecuente espacio público:

La esfera de lo “público” acaba por coincidir con una sociedad civil construida sobre puras convenciones formales, cada vez más dominada por un Estado entendido como el motor que garantiza su eficaz funcionamiento mediante la asfixiante multiplicación de normas, concebidas *more geométrico*, que en realidad revelan un preocupante vacío de contenidos. Todo lo que no entra en esta esfera, aunque tenga una fuerte relevancia social, se trata como algo privado. Simplemente, no cuenta.¹¹

1.4 El principio de libertad y la democracia

Hasta ahora hemos visto el cambio que ha sufrido el concepto de sociedad civil en el tiempo y cómo el espacio público se ha reducido a un ámbito en el que las personas o las colectividades pueden actuar porque se les ha reconocido unos determinados derechos. Esto se debe también a que la forma de gobierno más extendida hoy es la democracia que se basa precisamente en este otorgamiento de libertades y derechos al individuo de forma que se conceda la mayor libertad posible dentro de unos límites. Estos límites se imponen en base a dos principios que son la igualdad y la seguridad. En primer lugar, nos detenemos a examinar la importancia que se ha dado a la libertad del individuo, no sólo en su esfera personal sino también en una esfera pública que la democracia permite a través de la concesión de libertades y derechos. Werner Maihofer explicita que el concepto político de libertad ya desde el pensamiento de Rousseau se entendía como una “condición de un orden, digno y a la medida del hombre, de convivencia de hombres en una

¹⁰ “I diritti costituzionali, concepiti come sfera di protezione dell’azione individuale, sono semplicemente impensabili nelle società stratificate pre-moderne. L’individuo è del tutto incastrato nel contesto sociale e la formula giuridica tipica è quella dello “status”, non quella del “diritto”, anche il termine “ius” denota una relazione reciproca contestualizzata e non un diritto in senso propriamente moderno. I diritti quali prerogative individuali nascono solo attraverso la differenziazione sociale. La loro rilevanza è legata all’emergere storico delle sfere d’azione individuali, tipico delle società moderne”. TEUBNER, G., *La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione. L’emergere delle costituzioni civili*, Roma: Armando, 2005, pp. 43-44.

¹¹ SCOLA, A., *o.c.*, p. 71. A lo largo del trabajo iremos viendo cómo esta afirmación de Scola se va haciendo concreta en nuestro panorama jurídico.

sociedad y de asociación de hombres en un Estado”¹². Por lo tanto, será exigible para una democracia en libertad una legitimación del Estado a partir del principio de libertad. Pero la libertad no consiste sólo en un momento inicial, sino que es importante que se fije como objetivo a desarrollar la mayor libertad posible de todos por igual.

La libertad individual necesita límites ya que puede ser mal utilizada y tener efectos sobre la seguridad de los demás. Por lo tanto, la seguridad se convertirá en un límite a la libertad. Maihofer define el principio de la democracia en libertad como el orden de la mayor libertad individual posible, en igualdad de derechos, compatible con la necesaria seguridad. Aunque si reconoce que cada vez se da más importancia a la seguridad en un sentido de favorecer el mayor bienestar posible. El ámbito que a nosotros interesa estudiar es cómo estas libertades se ejercen en el espacio público de forma que podamos observar si realmente existe un espacio público, qué libertad pueden ejercer los individuos de un estado en dicho espacio y cuáles son sus límites.

1.5 Espacio público social y estatal

Hemos visto que el espacio público no sólo se refiere a la sociedad civil y activa, sino que también existe un Estado que interviene en este espacio público para garantizar los derechos de los ciudadanos. Hemos visto que aunque todo lo estatal es público, no todo lo público es estatal y que existe una sociedad civil que participa activamente en el espacio público. Sin embargo, en el epígrafe anterior vemos cómo los ciudadanos tienen una serie de derechos que deben ser garantizados por el Estado. Estos derechos tienen una repercusión en el espacio público y, por ello, el Estado deberá intervenir en él para garantizarlos. Por lo tanto, podemos distinguir dos dimensiones del espacio público: el espacio público social y el espacio público estatal. Sobre el espacio público social hemos desarrollado su evolución en los tres primeros subepígrafes. El espacio público estatal es el ámbito en el que el Estado ejerce la potestad política en sentido fuerte (como por ejemplo en la administración y los tribunales)¹³. Respecto al espacio público estatal ya apuntábamos que en una democracia es necesario que el Estado garantice los derechos de los ciudadanos. Como veremos a lo largo de este trabajo el espacio público estatal es dinámico ya que constantemente surgen conflictos o controversias, al ejercer los ciudadanos sus derechos, que llevan a la delimitación de un espacio público estatal u otro.

¹² MAIHOFFER, W., *Manual de derecho constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 287.

¹³ Sobre este ámbito estatal la escuela es un tema de debate, ya que se discute si ha de ser considerada como un ámbito social o estatal fuerte.

También hemos de apuntar otra distinción entre un Estado fuerte o un Estado débil ya que como veremos en Europa existen diferencias. Es decir, a través de la legislación de algunos países y de la jurisprudencia podremos ver si un Estado tiene una actuación mínima sobre lo público, o al contrario, una actuación muy intervencionista. En función del tipo de Estado que nos encontremos veremos que el espacio público que se configura es distinto. Por lo tanto, vemos la fuerte incidencia que tiene el Estado en el espacio público. No se trata sólo de una sociedad civil que llega a ciertos acuerdos y que participa activamente sino que hay un Estado que garantizará unos derechos y dependiendo cómo lo haga, el espacio público tendrá unas características distintas.

2. La dimensión europea del espacio público

Precisamente nos interesa estudiar cómo a partir de la evolución histórico-filosófica del concepto de espacio público y de sociedad civil que acabamos de ver, los diferentes estados crean espacios públicos diferentes dependiendo de cómo dejan ejercer los derechos en este espacio. Nos centraremos en cuatro derechos fundamentales que son aquellos que provocan mayor conflicto en el espacio público y son el derecho a la libertad religiosa, a la libertad de expresión, el derecho de reunión y el derecho a la intimidad. Partiendo de la jurisprudencia veremos que dependiendo de cómo se delimite el contenido de estos derechos (permitiendo más o menos amplitud) nos encontraremos delante de diferentes formas de concebir el espacio público. Nos centraremos también en el ámbito europeo ya que nos interesa saber hasta qué punto son los Estados quienes deciden sobre el espacio público de su territorio o si hay un espacio público europeo ya que, como veremos, al tratarse de derechos humanos los que vamos a examinar, están recogidos por una norma a nivel europeo: el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Será, por lo tanto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) la última instancia a la que los ciudadanos de los países que lo hayan firmado podrán acudir en caso de vulneración de alguno de los derechos contenidos en el Convenio.

El TEDH debe respetar la legislación estatal siempre y cuando ésta no suponga una amenaza a los derechos fundamentales y a la democracia. El TEDH establece en la sentencia 2001/496¹⁴ los principios generales de la democracia. En su apartado 42

¹⁴ Esta sentencia examinaba si la ilegalización del Partido Político turco de la Prosperidad se ajustaba al Convenio o, por el contrario, restringía los principios democráticos. El conflicto surgió porque los dirigentes de este partido apoyaban públicamente el uso del velo islámico y sugerían que de cada movimiento religioso naciesen sus propias normas de organización. Esto se consideró contrario al principio de laicidad del Estado. El TEDH tuvo entonces que recordar los principios generales de la democracia y el pluralismo.

contempla que la Ley debe tener en cuenta las diferencias (diferencias que tienen una justificación objetiva, son legítimas y proporcionadas). Por lo tanto, la preeminencia del Derecho no puede suponer que haya ciudadanos que sufran la discriminación. El Tribunal afirma que no hay democracia sin pluralismo y sin el respeto de los derechos fundamentales y establece que la democracia es el único modelo político contemplado por el Convenio. Por lo tanto, veremos cómo el Tribunal decide qué tipo de acciones son conformes al Convenio y cuáles no.

CAPÍTULO II. DERECHOS FUNDAMENTALES

Uno de los elementos que más nos pueden ayudar a entender hoy el espacio público es la forma en la que se ejercen los derechos humanos en dicho espacio porque en su ejercicio encontramos los puntos en los que se producen determinados conflictos y, a partir de ellos, se establecen los límites permitidos a dichos derechos. Dependiendo del límite que la jurisprudencia va elaborando a través de los diferentes conflictos que se le presentan el espacio público que obtendremos será de una forma u otra. En los siguientes cuatro epígrafes nos encontramos con cuatro derechos fundamentales a través de los cuáles podremos ir delimitando el tipo de espacio público que se ha creado en España, en base a qué principios y qué límites se han impuesto a la libertad de individuos o colectivos en dicho espacio. Además nos interesa señalar la influencia que Europa tiene en el espacio público estatal.

1. La libertad religiosa

1.1 Noción del derecho a la libertad religiosa

Encontramos la noción de libertad religiosa en dos textos de gran importancia del siglo XX. El primero realizado en 1948 es la Declaración de los Derechos Humanos que en su artículo 18 establece como un derecho humano el derecho a la libertad religiosa:

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

También el Concilio Vaticano II declaró el derecho a la libertad religiosa como un derecho de la persona humana fundado en su dignidad:

Este Concilio Vaticano declara que la persona humana tiene derecho a la libertad religiosa. Esta libertad consiste en que todos los hombres han de estar inmunes de coacción, tanto por parte de individuos como de grupos sociales y de cualquier potestad humana, y esto de tal manera que, en materia religiosa, ni se obligue a nadie a obrar contra su conciencia, ni se le impida que actúe conforme a ella en privado y en público, sólo o asociado con otros, dentro de los límites debidos. Declara, además, que el derecho a la libertad religiosa está realmente fundado en la dignidad misma de la persona humana, tal como se la conoce por la palabra revelada de Dios y por la misma razón natural. Este derecho de la persona humana a la libertad religiosa ha de ser reconocido en el

ordenamiento jurídico de la sociedad, de tal manera que llegue a convertirse en un derecho civil.

Es importante también considerar esta declaración del Concilio Vaticano II porque habla de la libertad religiosa como un derecho que debe ser reconocido por el ordenamiento jurídico. Este derecho a la libertad religiosa tiene, por lo tanto, un objeto y una extensión. En primer lugar, tenemos que subrayar que el objeto de este derecho no son las creencias religiosas o la relación entre el sujeto y las creencias. El objeto es la exclusión de coacción en las relaciones entre los individuos, por ello el Concilio Vaticano II declara que este derecho ha de ser reconocido en un ordenamiento jurídico, porque el objeto de regulación no es la relación entre el hombre y Dios, sino entre los hombres. Por esta misma razón debe convertirse en un derecho civil. La finalidad de dicho artículo es crear un espacio donde cada uno pueda moverse sin que le sea extraída su propia iniciativa y responsabilidad y donde los demás no puedan poner obstáculos a sus elecciones personales. Tanto el artículo 18 de la Declaración de Derechos Humanos como el Concilio Vaticano II expresan que el derecho a la libertad religiosa incluye tanto manifestaciones privadas como públicas. Por lo tanto, el espacio de la libertad religiosa debe incluir la manifestación y el cumplimiento de actos exteriores de culto, tanto individuales como comunitarios, no sólo en el espacio privado, sino también en el público. Son los actos o las expresiones en el ámbito público aquellas que crean conflicto entre los hombres.

En relación a la libertad religiosa nos encontramos hoy con el fenómeno de la laicidad muy extendido entre los países europeos. Cristina Hermida del Llano en un comentario a la ponencia de la Doctora María Elòsegui distingue entre dos concepciones existentes de laicidad. Por un lado, encontramos un modelo laicista rígido que se basa en la neutralidad del Estado y en la separación Estado-Iglesia que implica relegar al ámbito privado la religión. Por el contrario, encontramos el modelo laico liberal y pluralista de Maclure y Taylor en el que las creencias religiosas y las convicciones de conciencia forman parte esencial del individuo y por ello han de poder manifestarse en el espacio público. Por lo tanto, tenemos estos dos modelos de laicidad que como veremos a continuación crean un tipo de espacio público u otro.

1.2 Francia y Alemania

En Francia, la controversia principal del derecho a la libertad de religión en el espacio público nace precisamente por esta manifestación pública de símbolos religiosos. La causa que ha desencadenado toda la legislación que observaremos a

continuación es el velo islámico. En la Decisión del Consejo de Estado N° 286798, de 27 de junio de 2008 ratificó una decisión del 2005 que no permitió la nacionalización de una mujer que llevaba burka (así llamado el velo islámico). La motivación fue que llevar el velo islámico era contrario a los valores de la República francesa. Otra serie de casos impedían llevar el velo por imposibilidad de identificación de dicha persona. El Consejo de Estado el 7 de diciembre de 2005 validó que se rechazase entregar un visado a una mujer que se negaba a quitarse el velo temporalmente a la entrada de un consulado. En una circular el 20 de diciembre de 2007 se impedía votar a una persona que llevase un velo integral con la motivación de que su identificación era imposible. Después de sucederse diferentes conflictos en los que el velo islámico o *burka* en espacios públicos se consideraba contrario a los valores de la República francesa o imposibilitaba el reconocimiento de la persona, el Parlamento francés elaboró una proposición de resolución presentada y votada por unanimidad el 11 de mayo de 2010 que afirmaba lo siguiente:

No podemos permanecer indiferentes ante el desarrollo de tales prácticas aquí, la libertad de manifestar sus opiniones y creencias de relativismo cultural, son contrarias a los valores esenciales de la República francesa, laica, democrática y social, y de nuestro orden jurídico y social, fundado en la misma dignidad de todos y la lucha contra toda forma de discriminación o de sumisión, sobre todo por razón de sexo. [...]

Nosotros debemos reafirmar, con fuerza y si es posible de forma unánime, nuestra adhesión a los valores y fundamentos de nuestra República libre, igual y fraterna. [...]

Artículo único:

1. Considerar que las prácticas radicales que atentan a la dignidad y a la igualdad entre los hombres y las mujeres, llevando éstas un velo integral, son contrarias a los valores de la República.

Poco después se aprobó una ley cuyo objetivo era tratar el conflicto del velo islámico en el espacio público. Esta ley número 2010-1192 del 11 de octubre de 2010, que consta de 7 artículos, expresa en los dos primeros lo siguiente:

Artículo 1: Nadie puede, en el espacio público, llevar un velo destinado a disimular su rostro.

Artículo 2: Para la articulación del artículo 1, el espacio público se constituye de las vías públicas como de los lugares abiertos al público o relacionados con un servicio público.

Una circular posterior del 2 de marzo de 2011 relativa a la ley n° 2010-1192 trató de especificar el artículo 2 que trata del espacio público determinando exactamente qué se entendía por vías públicas, lugares abiertos al público o servicios públicos.

Por lo tanto, vemos cómo de la controversia nacida por el conflicto que suponía el uso del velo en el espacio público se toman una serie de decisiones y se crea una ley que determina qué tipo de espacio público se trata de conseguir. Vemos que en Francia se da más importancia a los valores de libertad, igualdad y fraternidad que proclamó la Revolución francesa en el siglo XVIII que no al derecho a la libertad religiosa en el espacio público. En el caso del *burka* vemos como la libertad religiosa se suprime para favorecer la igualdad que es un principio en el que está basado el Estado francés. Joseph Weiler en su intervención ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Lautsi contra Italia describió el espacio público de la República francesa como caracterizado por la *laïcité* que comparaba a la imagen de un muro blanco, en el que los símbolos religiosos pertenecen al ámbito privado, mientras el espacio público está vacío de todo símbolo que pueda identificar a alguien con una determinada confesión religiosa. Joseph Weiler se refería al término de laicidad resaltando que éste no significaba nada neutral sino al contrario, suponía una posición determinada, significa decidir que lo religioso queda relegado a un plano privado¹⁵.

En el caso alemán, encontramos una sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 2003 que debía resolver la controversia entre una profesora que había llevado el velo islámico mientras enseñaba y el centro escolar que le había prohibido el uso del velo mientras enseñaba. Al tratarse de una funcionaria el Tribunal Constitucional alemán decidió que no podían ser los centros escolares a tomar dicha decisión, sino que debían ser los legisladores autonómicos de cada Land los que decidiesen sobre la libertad religiosa de los funcionarios. Por lo tanto, Alemania como estado no determina qué modelo de laicidad acoge sino que deja decidir a los Länder ya que según el Tribunal Constitucional los dos modelos de laicidad caben en la constitución. Después de esta sentencia los resultados han sido que 8 Länder han iniciado a legislar sobre la vestimenta de sus funcionarios amparándose en valores constitucionales. Esta nueva legislación es conocida como las Leyes de Neutralidad.

El Tribunal Constitucional Federal alemán también resolvió la controversia sobre los crucifijos en las escuelas en la sentencia 1 BvR 1087/91 de 16 de mayo de 1995. Un reglamento escolar para las escuelas de Baviera establecía que la cruz se debía colocar en todas las aulas. El Tribunal estableció que la colocación de las cruces no

¹⁵ “De esta manera, hay países en los cuales el laicismo [*laïcité*] forma parte de la propia definición del Estado, como sucede en Francia, países en los que, en efecto, no cabe el apoyo o la promoción por parte del Estado de símbolos religiosos en el espacio público. La religión es considerada como un asunto privado”. WEILER, J.H.H., “Estado y Nación: Iglesia, Mezquita y Sinagoga: la sinopsis”, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, nº 27, 2012, p. 31.

se podía resolver en base al principio de libertad religiosa porque este derecho no confiere a los sujetos a un derecho absoluto en el marco de las instituciones estatales. Se decidió, por lo tanto, que el artículo del Reglamento de Baviera que obligaba a las escuelas a tener un crucifijo en sus aulas era inconstitucional ya que, a pesar de ser un elemento pasivo, se consideró que la cruz se presenta como interpelante porque se establece como un ejemplo digno a seguir para los estudiantes. Al estar éstos en una etapa fundamental de su desarrollo son susceptibles de influencia ya que no tienen sus convicciones cimentadas y, primero considera el Tribunal, deben desarrollar su capacidad crítica.

1.3 Italia

La mayor controversia que ha sufrido Italia en cuanto al ejercicio de la libertad religiosa en el ámbito público ha sido el caso Lautsi contra Italia que finalizó con la sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 18 de marzo de 2011. La controversia la inició una madre cuyos hijos asistían a una escuela pública donde en las aulas se exponía el crucifijo. La demanda se interpuso el 27 de julio de 2006 denunciando una violación del principio de secularidad, al amparo de los artículos 3 (principio de igualdad) y 19 (libertad religiosa) de la Constitución italiana. El artículo 19 dicta lo siguiente: “Todos tienen derecho de profesar libremente la propia fe religiosa de cualquier forma, individual o asociada, de hacer propaganda y de ejercitar en privado o en público el culto, siempre que no se trate de ritos contrarios a la buena costumbre”. Con sentencia de 13 de febrero de 2006 el Consejo de Estado italiano desestimó el recurso a la decisión del Tribunal Administrativo considerando que el crucifijo se había convertido en un símbolo laico de la Constitución italiana y representaba los valores de la vida civil.

Posteriormente la sección 2ª del TEDH se pronunció con sentencia 115/2009 de 3 de noviembre de 2009 a favor de la demandante alegando que la cruz es ante todo un elemento religioso y que teniendo en cuenta que los jóvenes están aún desarrollando su carácter, la exposición del crucifijo en las aulas puede ser “emocionalmente perturbador” para los alumnos que no profesen una confesión cristiana. Pero la Gran Sala del TEDH considera en su sentencia 31/2011 del 18 de marzo de 2011 sólo que la controversia deba ser examinada en relación al artículo 2 del Protocolo núm. 1 (RCL 1999, 1190, 1572) y al artículo 9 de la Convención: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, conciencia o religión [...]”. El Tribunal considera ante todo que el crucifijo es un símbolo religioso pero no existen elementos que evidencien la influencia de su exposición sobre los alumnos. Aun así el Tribunal afirma comprender que la demandante pueda ver en la exposición del

crucifijo una falta de respeto, por parte del Estado, de su derecho a asegurar la educación y enseñanza de sus hijos de acuerdo con sus convicciones. “No obstante –afirma el Tribunal- la percepción subjetiva de la demandante no es suficiente para caracterizar en sí una violación del artículo 2 del Protocolo núm. 1 (RCL 1999,1190, 1572)”.

El Tribunal afirma que el crucifijo colgado en la pared de un aula es un “símbolo pasivo” y, por lo tanto, “no se le puede atribuir una influencia sobre los alumnos comparable a la que puede tener un discurso didáctico o la participación en actividades religiosas” como es el caso de las Sentencias Folgerø [TEDH 2007,53] y Zengin [TEDH 2007,63] en el que las asignaturas de religión dedicaban gran parte de su programa al cristianismo y al islam respectivamente. Cerrando con este primer argumento el Tribunal declara que no se ha vulnerado en ningún momento el derecho de la madre a aconsejar a sus hijos. En cuanto al artículo 9 del Convenio, se ha respetado la libertad de conciencia de la madre y de los hijos ya que el símbolo no ha supuesto en ningún momento impedimento a la madre para enseñar a sus hijos lo que considere necesario respecto a sus creencias o convicciones.

Joseph Weiler en su intervención ante este Tribunal habló de otro aspecto importante sobre la libertad religiosa en el espacio público y que la demandante subrayaba que era la neutralidad de dicho espacio. Weiler defendió que en Europa existen diferentes relaciones entre el Estado y la Iglesia. Lautsi pretende que el Tribunal declare la neutralidad del espacio público, el problema es que la neutralidad no se puede imponer al Estado italiano porque es el Estado quien decide el espacio público que quiere mantener. E Italia no ha elegido un espacio neutral sino que los símbolos religiosos se han transformado en símbolos también de identidad nacional. Por lo tanto, Italia no ha decidido que su espacio público sea un muro en blanco como en Francia, sino que identifica unos símbolos religiosos con unos nacionales. Esto no significa que se suprime la libertad de religión y se impone la cristiana, sino que hay símbolos que representan la historia italiana más que otros. Por lo tanto, los símbolos no forman parte de un adoctrinamiento, sino de una historia y no son, por lo tanto, excluyentes de ninguna otra confesión religiosa o creencias filosóficas. El espacio religioso se entiende, al contrario que Francia, como un espacio donde se pueden manifestar las diferentes creencias religiosas sin afectar al orden público. Se trata, entonces, de un espacio público que para igualar a las personas no parte de una prohibición de ciertas manifestaciones públicas, sino al contrario, permite que se exhiban símbolos religiosos sin favorecer ninguno.

1.4 España

El artículo 16 de la Constitución Española de 1978 dicta que ninguna confesión tendrá carácter estatal: “1. Se 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”. De esta forma el Estado español se declara aconfesional que implica que no dará preferencia a una religión o culto por encima de otra, siempre que estas respeten el orden público. Como veremos en las siguientes sentencias, en el año 2011 nos hemos encontrado delante de casos en los que se denunciaba la vulneración de la libertad religiosa en espacios públicos por símbolos religiosos. Es decir, se ha suscitado el mismo problema que en Italia con el caso *Lautsi contra Italia*¹⁶. De hecho, esta sentencia ha influenciado las decisiones de los Tribunales españoles en materia de libertad religiosa en el espacio público de la forma que veremos a continuación.

La primera sentencia que examinaremos es del Tribunal Superior de Justicia valenciano número 648/2011 de 6 de septiembre. La controversia surge debido a la solicitud de retirada de la Cruz de Muela alegando que viola la aconfesionalidad del Estado. En primer lugar, aclara el Tribunal que por aconfesionalidad del estado se debe entender laicidad positiva, es decir, una neutralidad en cuanto a la libertad religiosa. Pero esta neutralidad no significa que se deba rechazar cada manifestación pública de una religión:

Pues bien, las consecuencias de lo expuesto comportan un tratamiento igual por parte del Estado con respeto a la pluralidad de opciones ante lo religioso y necesariamente neutral, sin que comporte un rechazo del hecho religioso en todas sus manifestaciones públicas, actuando bajo la idea bien del desconocimiento o bien del destierro del hecho religioso, como se expone en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León de 14 de diciembre de 2009 recaída en asunto similar al contemplado por la sentencia citada del TEDH, consideraciones que esta Sala comparte.

Por lo tanto, vemos en este punto que el espacio público no se entiende como en Francia (modelo laicista) sino que es una concepción más parecida a la italiana (laicidad positiva), en la que neutralidad no significa rechazar todo lo relacionado con manifestaciones religiosas. Se elige esta opción porque, como se explicita en la citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León de 14 de diciembre de 2009, las posiciones maximalistas o radicales (es decir, eliminar toda

¹⁶ Aunque aquí es necesario subrayar que en Italia el crucifijo es obligatorio por una ley de 1928 que no ha sido abrogada en Italia, en cambio, en España no es obligatorio.

manifestación religiosa del espacio público) significaría que no se puede hallar un marco de tolerancia y de ejercicio de derechos satisfactorio. La diferencia entre Francia y España (o Italia) es que en Francia prevalece el principio de la igualdad (*égalité*) y por igualdad se entiende no discriminación y se considera necesario poner a todas las personas al mismo nivel relegando la libertad religiosa al ámbito privado y privando a las personas de manifestaciones religiosas en el espacio público. En cambio, Italia o España parten de que la igualdad puede lograrse dentro de una tolerancia de confesiones y no prohibiendo a las personas manifestar exteriormente su culto¹⁷.

De hecho encontramos otra sentencia (número 948/2009) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia en la que declara que vivimos en un estado aconfesional y no laico. Este Tribunal señala cuál es la diferencia entre estas dos concepciones. La aconfesionalidad no supone, como la laicidad, que la neutralidad del estado debe llevar hasta el extremo de restringir o limitar las libertades y derechos de las personas porque esto podría suponer una discriminación negativa, es decir, una vulneración del artículo 14 de la Constitución: “Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Además, en esta sentencia, determina cuál podría ser una vulneración de la aconfesionalidad del estado que sería permitir una determinada actividad o manifestación en un espacio público a una confesión y prohibir esta misma actividad o manifestación a otra. El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre el significado de aconfesionalidad, que es lo mismo que laicidad positiva, en la sentencia número 46/2001. En ella especifica que un estado aconfesional es un estado sin religión, sin una confesión pero que debe reconocer la libertad religiosa como derecho fundamental de la persona y, por lo tanto, la obligación para el Estado de mantener determinadas relaciones y cooperar con distintas confesiones. En cambio, el DRAE define el laicismo como el rechazo del hecho religioso en todas sus manifestaciones públicas. Por ello, el Estado español se entiende como aconfesional y no como laicista.

En segundo lugar, el Tribunal da las razones por las cuales se entiende que un símbolo religioso no implica intolerancia respecto a las otras religiones. Ahora debemos distinguir entre la presencia de símbolos religiosos por parte de las

¹⁷ “No se equivoquen: una pared despejada por mandato estatal, como en Francia, podría indicar a los escolares que el Estado está adoptando una actitud antirreligiosa. Confiamos en que el plan de estudios de la República Francesa enseñe a sus niños tolerancia y pluralismo, y disipar así esa posibilidad. Siempre hay una interacción entre aquello que está en la pared y el modo en que aquello es discutido y explicado en clase”. WEILER, J.H.H., o.c., p. 33.

personas (lo que hemos visto hasta ahora) y la presencia de monumentos religiosos que cuestionan la neutralidad del Estado. El mantenimiento de símbolos religiosos como crucifijos o monumentos no significa que se quiera imponer una determinada creencia, sino como dice la sentencia es un signo de respeto hacia nuestra tradición. Por lo tanto, la exigencia del artículo 16.3 de la Constitución española de la aconfesionalidad, la neutralidad del estado no es incompatible con la presencia de símbolos religiosos en lugares públicos. Estos símbolos se entienden como mantenimiento del patrimonio histórico, artístico o cultural preexistente y no vulneradores de la tolerancia hacia otras confesiones o creencias. De esta forma, el Tribunal Superior de Justicia de Valencia afirma ser conforme a la decisión tomada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Lautsi contra Italia. Encontramos los mismos fundamentos jurídicos en una sentencia precedente número 405/2011 de 6 de mayo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia que se encontraba delante de una controversia similar, en la que se requería la retirada del Cristo de Monteagudo situado en el Castillo de Monteagudo de Murcia.

En la última década, la controversia de los símbolos religiosos se ha centrado en un ámbito determinado: la escuela pública. Como hemos visto en el caso Lautsi contra Italia, en el que se solicitaba que se retiraran los crucifijos de las aulas de una escuela, en España nos hemos encontrado con casos similares. El Tribunal Supremo, en una sentencia del 23 de marzo de 2004, afirmaba que en la educación la libertad religiosa es un tema sensible porque los jóvenes no han formado aún su carácter y éste se verá influido por la enseñanza que reciban en la escuela. Esto se reflejará en sus conductas dentro de la sociedad y en la tolerancia hacia otras creencias que no sean las suyas. En España, en este ámbito, se ha permitido que se retiren los crucifijos de las aulas en las cuales haya padres que soliciten el retiro como dicta la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León número 3250/2009 de 14 de diciembre basándose en la sentencia del caso Lautsi contra Italia pronunciada por la 2ª sección del TEDH. En consonancia con ésta, este Tribunal afirma entender que la presencia de ciertos símbolos que tienen, además de un significado histórico, un significado religioso, pueden hacer sentir a los alumnos que están siendo educados en una confesión determinada y esto puede perturbar al desarrollo de su personalidad. Por esta razón, acepta la retirada de los crucifijos en las aulas donde haya padres que lo soliciten. En cambio, especifica que

en aquellas aulas en las que no se haya solicitado que se retire el crucifijo, éste se deberá mantener porque no existe conflicto¹⁸.

A pesar de esta postura por parte de Tribunales, nos encontramos ante una materia en constante cambio. De hecho, existen personas que reclaman un acercamiento mayor al modelo francés. Es el caso de D. Llamazares¹⁹ que en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 27 de 2012 realizaba una crítica a los argumentos de Weiler estableciendo que la libertad de conciencia es el límite de la discrecionalidad que tienen los estados:

Que los Estados gozan de un cierto margen de discrecionalidad es verdad. Es una exigencia del principio de tolerancia, tal y como yo lo entiendo, al aplicar el de laicidad. Pero el límite de esa discrecionalidad es el derecho fundamental de libertad de conciencia. Gozan de discrecionalidad sólo hasta donde no ponga en grave riesgo la violación del derecho fundamental. Y eso justamente es lo que acontece con la presencia de los crucifijos en las aulas públicas. Se le imponen al alumno sentimientos y vivencias que condicionan la formación de las propias convicciones [...]²⁰.

Vemos que se trata de un derecho que en el espacio público está en constante discusión y que varía según la forma que tengamos de concebir el espacio público. Se puede optar por una neutralidad total en la que el espacio público es vaciado de todo elemento religioso tal y como pide Llamazares o, por el contrario, optar por una laicidad positiva permitiendo los símbolos religiosos en el espacio público.

1.5 Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Por último, nos centraremos en el papel del TEDH porque como hemos visto es la última instancia a la que en el caso de conflicto de la libertad religiosa en el espacio público podríamos acudir. Lo que nos interesa subrayar aquí son dos cosas: la primera, si este Tribunal puede o no restringir la libertad religiosa o es una competencia solo estatal y, la segunda, por qué se le da o no esta competencia. Para ello nos centraremos en dos sentencias una del 2003 y otra del 2011. En el 2003 el TEDH se pronuncia sobre el caso Murphy contra Irlanda en el que se denunciaba un anuncio religioso emitido por radio alegando que podía ser ofensivo debido a la diversidad de iglesias existentes en Irlanda. Quienes habían realizado

¹⁸ “La Sentencia intenta mantener una postura equilibrada y afirma que por idénticas razones una consideración desproporcionada del hecho religioso también podría suponer una confrontación de derechos temporal y objetivamente limitada. La solución pasa por *limitaciones recíprocas de derechos*”. REY MARTÍNEZ, F., “¿Es constitucional la presencia del crucifijo en las escuelas públicas?” en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 27, 2012, p. 23.

¹⁹ Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad Complutense de Madrid.

²⁰ LLAMAZARES, D., “De la verdadera tolerancia en materia religiosa. Réplica a Weiler.” en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº27,2012, p. 40.

semejante anuncio, es decir, habían manifestado públicamente su confesión alegaban que se había vulnerado su derecho a la libertad de religión que el artículo 9 de la Convención de Derechos Humanos protege:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.

En esta sentencia el TEDH afirma en su párrafo 67 que no hay una doctrina uniforme europea con respecto a las peticiones de protección de los derechos en relación al ataque de sus convicciones religiosas. Más adelante explica que por el contacto directo y continuo con las fuerzas vitales de sus países, las autoridades estatales están dotadas de una principal y mejor posición que el juez internacional para dar una opinión a estas peticiones cuando sus convicciones religiosas se ven ofendidas. En la sentencia más reciente en relación al tema aquí tratado, el caso *Lautsi contra Italia*, número 31/2011, en su párrafo 68 declara que en opinión de la Gran Sala es decisión de un Estado el conservar o no una tradición teniendo en cuenta que Europa se identifica por su diversidad histórica y cultural entre los estados que la componen. Sin embargo, subraya que esto no exonera a los estados de su deber de respetar los derechos y libertades establecidos en la Convención y en los Protocolos. Vemos, por lo tanto, que quienes determinan cómo se puede ejercer el derecho a la libertad de religión son los Estados pero estos deben siempre someterse al respeto del artículo 9 del Convenio porque al firmarlo y aceptarlo se ha convertido en norma estatal y, por lo tanto, debe ser respetada. Respondemos de esta forma a las dos preguntas que habíamos pronunciado al inicio de este subepígrafe relativo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

2. La libertad de expresión

La libertad de expresión es un derecho fundamental considerado como uno de los “pilares esenciales en una sociedad democrática y es una de las condiciones básicas para su progreso y el desarrollo de cada persona” (STC 98/2011 TEDH de

15 de noviembre). Pero no es absoluto y en el espacio público puede entrar en conflicto con otros derechos. En primer lugar, nos centraremos en la libertad a la información. Esta libertad nace a partir de los medios de comunicación que pretenden transmitir una serie de informaciones en el espacio público. La libertad de información se ha considerado como libertad que entra dentro del concepto de libertad de expresión. Por lo tanto, empezaremos haciendo referencia a este ámbito de la libertad de expresión que se produce en el espacio público a través los medios de comunicación y más adelante hablaremos de los sujetos privados.

2.1 Libertad de información

El artículo 10 del Convenio de derechos humanos dispone lo siguiente haciendo referencia a la libertad de expresión:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la Ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial

El conflicto que ha surgido en el ámbito de la información que los medios de comunicación transmitían en el espacio público ha sido que los profesionales de este ámbito eran demandados por aquello que expresaban en sus artículos. Éstos se han defendido alegando que forma parte de su libertad de expresión y que al ser condenado se está vulnerando dicho derecho. En primer lugar, nos centraremos en una serie de conflictos en diversos estados europeos que han sido finalmente resueltos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha determinado, a través de estos conflictos, qué comporta la libertad de información y de expresión y, segundo, cuándo se producen injerencias sobre estos derechos.

En el caso *Sanoma Uitgevers B.V. contra los Países Bajos* la policía coaccionó a algunos periodistas a entregar una serie de CDs en los que se grabó una carrera ilegal de coches a la que se les permitió asistir, cuyas imágenes serían utilizadas en un artículo de una revista pero prometiendo no revelar la identidad de los

participantes. Esta identidad sería revelada si los periodistas accedían a entregar los CDs a la policía que establecía como justificación que eran necesarias para una investigación. Los periodistas alegaron que se había vulnerado su libertad de comunicar o recibir informaciones al haber sido obligados a revelar sus fuentes de información. El TEDH se pronunció con la sentencia 93/2010 el 14 de septiembre de 2010 de la siguiente forma:

La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y las garantías a conceder a la prensa tienen una importancia particular. Si bien la prensa no debe exceder los límites establecidos, le corresponde comunicar informaciones e ideas sobre cuestiones de interés público [...] El derecho de los periodistas a preservar sus fuentes forma parte de la libertad de «recibir o comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas» consagrada en el artículo 10 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) y constituye una de sus garantías fundamentales. Se trataría de la piedra angular de la libertad de prensa, sin la cual las fuentes podrían mostrarse reticentes a ayudar a la prensa a informar al público sobre cuestiones de interés general.

Por lo tanto, expresa el Tribunal, siempre se ha llevado un control sobre la libertad de expresión particularmente atenta y, en cuanto a la libertad de prensa, solamente si se ha producido una injerencia respecto al artículo 10 de la Convención se aceptará una decisión favorable para la policía. Por lo tanto, el Tribunal se basa en la jurisprudencia del Tribunal de Casación, que determina cómo debe ser la injerencia sobre el derecho de la libertad de expresión para que se permita identificar si la injerencia se podía producir o no. Vemos de esta forma que el TEDH no pretende dar una respuesta uniforme al límite del derecho a la libertad de información y de expresión a nivel europeo, sino que siempre se basará en aquello que hayan determinado los países. De esta forma son los países en concreto los que deciden cómo se articula dicho derecho en el espacio público pero siempre sometidos al artículo 10 del Convenio (como habíamos visto con el derecho a la libertad religiosa). El Tribunal de Casación de los Países Bajos determinó que la injerencia de dicho derecho era posible solamente en tres casos: primero, si encontraba fundamento en la legislación nacional (y si las normas nacionales son suficientemente precisas); segundo, si la injerencia persigue uno de los fines del artículo 10.2 de la Convención; y tercero, si es necesaria. La Gran Sala del TEDH determinó que la injerencia no encontraba justificación en la legislación nacional porque la norma no era lo suficientemente precisa y, por lo tanto, declara que ha habido violación del artículo 10 de la Convención.

En esta misma línea encontramos la sentencia del caso Semik-Orzech contra Polonia (98/2011) de 15 de noviembre de 2011. En este caso la periodista cuestionó la falta de diligencia de un abogado con respecto a sus clientes, fue demandada y ella alegó estar haciendo uso de su derecho a la libertad de expresión del artículo 10 de la Convención. Respecto ejercicio de este derecho el Tribunal explicitó lo siguiente:

No obstante, el artículo 10 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) no garantiza una libertad de expresión total y sin restricciones incluso con respecto a la cobertura de prensa de los asuntos de interés público. De acuerdo con los términos del párrafo 2 de esta disposición, libertad de expresión lleva consigo «deberes y responsabilidades», que también se aplican a los medios de comunicación incluso con respecto a las cuestiones de interés público. Debido a estos «deberes y responsabilidades», la salvaguardia otorgada por el artículo 10 a los periodistas en relación con los reportajes sobre cuestiones de interés general está sujeta a la condición de que están actuando de buena fe a fin de proporcionar información precisa y fiable de acuerdo con la ética del periodismo.

Por lo tanto, el derecho a la libertad de expresión de los periodistas no es un derecho que ampare todo tipo de acciones, sino que va ligado a una serie de deberes y responsabilidades. La información debe ser veraz y debe haber sido contrastada porque al ser información que va dirigida al espacio público y las personas tienen el derecho a ser informadas, es necesario que esta información no engañe. Éste es uno de los límites más importantes que se ha puesto a la libertad de información porque al ser importante que actúa en el ámbito público y, por lo tanto, que todo aquel que quiera puede acceder a esta información, se debe siempre contrastar que este derecho a la libertad de expresión de los profesionales de los medios de comunicación responda a criterios de veracidad. De hecho el TEDH decide que la injerencia en este caso a la libertad de expresión de la periodista es necesaria, siguiendo el criterio del artículo 10.2 de la Convención, en una sociedad democrática porque la periodista ha incumplido sus obligaciones con respecto a su derecho a la libertad de información.

En la sentencia del TEDH 36/2011 (caso Conceicao Letria contra Portugal) de 12 de abril de 2011 se señala un punto importante recogido en jurisprudencia anterior sobre la libertad de expresión. En este caso un periodista recurre al TEDH alegando una vulneración de su derecho a la libertad de expresión al condenarlo por haber escrito una crítica a un político. El TEDH recuerda en esta sentencia que la libertad de expresión no hace referencia solo a aquellas ideas o pensamientos favorables, inofensivas o indiferentes sino que también entran dentro de este derecho aquellas ideas o pensamientos que son contrarias, chocan o inquietan. Como justificación a

esto encontramos que se debe a un principio de la sociedad democrática que debe respetar y tolerar el pluralismo. En esta misma sentencia, en su párrafo número 36, encontramos también una referencia a la determinación de quién es compatible para decidir sobre la condición de “necesaria en una sociedad democrática”. Respecto a este punto el TEDH declara que pese a que los Estados Contrayentes tienen un margen de apreciación para decidir sobre este punto, éste va a la par de un control europeo sobre la Ley (como hemos explicado antes) y sobre las decisiones que se toman. Por lo tanto, vemos que al final el TEDH juega un papel importante en la determinación del derecho a la libertad de expresión en el espacio público para garantizar un espacio que siga los principios democráticos.

De hecho encontramos en la jurisprudencia española que se siguen los criterios que da el TEDH. Nos limitamos a subrayar la diferencia que establece entre el derecho a la libertad de expresión y a la libertad de información la sentencia del Tribunal Supremo 619/2009 de 7 de octubre. En ella establece que mientras el derecho a la libertad de expresión incluye la comunicación de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal la libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y es ejercido por los profesionales de la información. Hemos visto hasta ahora una parte de este derecho a la libertad de expresión que se da en el ámbito público a través de los medios de comunicación. También la jurisprudencia italiana insiste en la importancia de la libertad de información y de garantizar los recursos a los diferentes sectores de la información de forma que se permita el máximo pluralismo de voces posible (sentencias 231/1985 y 112/1993). Por lo tanto, vemos como la libertad de expresión en el espacio público será mayor o menor dependiendo de la importancia que dicho país le dé al pluralismo como principio de la democracia. En el siguiente apartado veremos cómo se da el derecho a la libre expresión en la publicidad que realizan los sujetos privados o empresas y, por último, haremos referencia a dicho derecho en la manifestación de ideologías o creencias en lugares públicos.

2.2 La publicidad

En este apartado nos referiremos a la publicidad en su ámbito comercial, es decir, cuando personas físicas o jurídicas con el fin de promocionar un producto realizan una serie de spots. El conflicto surge en el momento en que esta publicidad aparece en el espacio público. Teniendo en cuenta que uno de los fines de la publicidad es llamar la atención de las personas hacia el producto promocionado, los creadores de dicha publicidad tantas veces se sirven de situaciones o imágenes que pueden calificarse de polémicas para alcanzar dicho fin. El conflicto entonces se produce

cuando una persona detecta que ese anuncio ha excedido los límites de la libertad de expresión. Nos centraremos en distinta jurisprudencia que se ha producido en España.

En primer lugar, trataremos la sentencia 809/2009 de 15 de enero del Tribunal Supremo. La controversia surgió por un anuncio que realizó la S.A. Mitsubishi Motors que mostraba una conducta ilícita penalmente y la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC) lo denunció. Siguiendo la doctrina del TEDH el Tribunal Supremo establece que cuando no se refiere a una cuestión de interés general el control tiene que tener un carácter razonable y proporcionado de la injerencia que es lo que sucede con el ámbito mercantil de la libertad de expresión. Pero, aunque el fin de la publicidad no es crear criterio sobre temas de interés general, no significa que se permita una libertad de expresión de forma absoluta. El Tribunal establece que la restricción ha de ser adecuada, es decir, idónea para el fin que la legitime. En este caso concreto se expuso como injerencia que se mostraba una actitud sancionada penalmente. El Tribunal ante esto constata que la situación jocosa y la incongruencia entre la aparente seriedad del personaje y su reacción absurda no se pueden considerar como muestra de un delito penal o de lesión a la dignidad de una persona sino como una situación “inocua e intrascendente”. Vemos, de esta forma, que es importante en este caso valorar si la restricción a la publicidad es adecuada al contenido que se muestra o no.

En una sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de mayo de 2011 nos encontramos ante otro conflicto en relación a la publicidad en el espacio público donde se muestra que para injerir el derecho de libertad de expresión en este ámbito se requiere que el motivo sea idóneo. A raíz de un anuncio creado por Intereconomía en el cual se criticaba el día del Orgullo Gay la cadena de televisión alegaba que no pretendía criticar un sector de la sociedad (el colectivo homosexual) sino la festividad que se realizaba el 28 de octubre contra la que también se posicionaban algunos colectivos homosexuales. La Audiencia Nacional ante esto determina que toda crítica comporta una percepción negativa pero esto no significa que pueda considerarse discriminatoria, de hecho se debe dar preferencia a favorecer el pluralismo en una sociedad democrática. Por lo tanto, vemos como en el caso anterior, cómo en la publicidad el motivo debe ser evidentemente contrario al orden público para injerir el derecho a la libertad de expresión.

2.3 Expresión de carácter ideológico

En este apartado trataremos el derecho a la libertad de expresión, de pensamiento o ideología que pueden ejercer los ciudadanos en el ámbito público. La primera sentencia a la que nos referiremos es la relativa al caso *Fratanolo contra Hungría* (94/2011) de 3 de noviembre de 2011 en la que el demandante desplegó un símbolo totalitario en una manifestación pública. El Tribunal recuerda aquí jurisprudencia anterior que ya hemos comentado en la que se señala que dentro del artículo 10 de la Convención no entran sólo las ideas o informaciones aceptadas favorablemente o inofensivas o indiferentes sino que entra dentro de este artículo aquellas que chocan o inquietan. Por lo tanto, para defender la injerencia a la libertad de expresión del demandante no se puede alegar que el símbolo no es inofensivo o aceptado de forma favorable. El TEDH determina, entonces, que la limitación a la exhibición de dicho símbolo sólo puede darse porque exista un peligro real y presente. Es decir, debe haber un motivo de peligrosidad en la exhibición del símbolo totalitario. En cambio, el demandante lo llevó en una manifestación pacífica y permitida y el símbolo se considera sólo parte de su expresión política por lo que el TEDH considera que ha habido violación del artículo 10 porque produjo una injerencia en el derecho a la libre expresión del demandante que no estaba justificada con ninguno de los límites del artículo 10.2 del Convenio. Además en esta sentencia el Tribunal nos muestra cuáles son los tres puntos que examina para determinar que la injerencia es justificada y son si estaba prevista por ley, si perseguía uno o más objetivos previstos en este párrafo [aquí hace referencia al párrafo 2 del art. 10] y si era necesaria en una sociedad democrática para alcanzar dichos objetivos. Como podemos observar el TEDH se limita a establecer cuáles son las injerencias que se permiten al derecho a la libertad de expresión en el espacio público y a comprobar si se producen o no. Una de estas injerencias es que si la ley nacional prevé que se pueda realizar una determinada injerencia a este derecho, al ser el Estado el que decide cómo permitir el desarrollo de este derecho, de esta libertad, se respeta que si el Estado decide permitir una injerencia el TEDH no puede contradecirlo.

A continuación observaremos la sentencia del TEDH del caso *Vejdeland contra Suecia* de 9 de febrero de 2012 donde se determina que no existe violación del artículo 10 del Convenio porque la injerencia estaba permitida por la ley nacional sueca. En este caso el conflicto nace porque una organización de estudiantes distribuyó en un instituto una serie de panfletos que contenían unas declaraciones sobre el colectivo homosexual y se les acusó de agitación contra un grupo nacional o étnico. Esta acusación se basó en el artículo 8 del Código Penal sueco que en la

época el delito incluía las declaraciones de amenaza o que expresaran desprecio hacia un cierto grupo de personas a causa de su orientación sexual. Además la pena impuesta a los demandantes no fue de prisión sino de una multa, por lo tanto, el TEDH considera que no existe violación del derecho a la libertad de expresión porque la injerencia se considera como necesaria en una sociedad democrática para la protección y reputación de los derechos ajenos y no es excesiva la pena impuesta. También hemos de hacer referencia a una sentencia del Tribunal Constitucional español (235/2007) en la que se consideraba inconstitucional la sanción penal a difundir la negación del genocidio basándose en que puede alterar el orden público ya que supone una restricción demasiado fuerte a la libertad de expresión. El Tribunal explicita que sólo podría considerarse constitucional dicho precepto si las declaraciones de negación del genocidio tuviesen por objetivo crear una actitud de hostilidad respecto al colectivo afectado. Por lo tanto, vemos que una sanción penal no puede restringir de manera tan fuerte el derecho a la libertad de expresión y es necesario que exista una actitud de hostilidad para sancionar.

3. Derecho de reunión y manifestación

A continuación trataremos el derecho de reunión contemplado en el artículo 21 de nuestra Constitución y de su vertiente más conflictiva en el espacio público que es el derecho de manifestación. La sentencia núm. 193/2011 del Tribunal Constitucional, haciendo referencia a la sentencia 195/2003, nos muestra la distinción entre estos dos derechos. El derecho de manifestación es calificado como una vertiente del derecho de reunión ya que tiene unas características específicas. La principal de estas características es que, mientras la reunión es una concentración estática en un lugar de tránsito público, la manifestación tiene carácter dinámico, es decir, se realiza a lo largo de un itinerario determinado. El conflicto que produce el derecho de reunión es que se produce la ocupación de un espacio público de forma exclusiva y excluyente durante un tiempo determinado. En cambio, el conflicto que produce la manifestación es que incide directamente en el derecho de circulación de los demás ciudadanos ya que es posible que se produzcan cortes de tráfico. Vemos que ambas, por su propia naturaleza, deben ejercerse en lugares de tránsito público y es la autoridad la que permitirá la “ocupación instrumental de las calzadas” que producirá restricciones en la circulación de personas y vehículos.

Hemos visto, de esta forma, que en la mayor parte de los casos se producirá un conflicto en espacio público. El problema que encontraremos en toda la

jurisprudencia a la que más adelante haremos referencia son los motivos de autorización o deniego de esta reunión o manifestación. Evidentemente no se podrá contemplar el simple hecho de la restricción de circulación de personas y vehículos como motivo para no permitir la manifestación o reunión porque el mismo hecho de ejercer este derecho fundamental hemos visto que implica la restricción de la circulación. Los tres motivos por los que se permite a la autoridad competente restringir el derecho de reunión o manifestación son que no altere el orden público poniendo en peligro la integridad de las personas o de los bienes, que sea necesaria la prohibición y que produzca más peligrosidad que no beneficios al interés general. Estos tres motivos se explicarán detalladamente más adelante y se verá cómo han sido tratados en la jurisprudencia española. En primer lugar, nos centraremos en la jurisprudencia del TEDH y los principios y límites que aporta a este derecho.

3.1 TEDH y artículo 11 del convenio

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene la función de determinar, en el caso del derecho de reunión, si se produce alguna vulneración del artículo 11 del Convenio:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho a fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.
2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado.

Para determinar qué injerencias permite este Tribunal sobre el derecho de reunión nos basaremos en dos sentencias recientes. La primera del 1 de diciembre de 2011 trata el caso Schwabe and M.G contra Alemania. Dos personas acuden al TEDH alegando que se ha violado su derecho de reunión cuando querían manifestarse contra el G8 en el año 2007. Las autoridades alegaron que no se les permitió dicho derecho porque se trataba de una manifestación violenta. La sentencia determina en el párrafo 103 que como dice el artículo 11 del Convenio la manifestación violenta no es un límite al derecho de reunión sino que directamente no entra en el campo de dicho derecho. El artículo 11 dice específicamente que toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica. Por ello es importante que

las razones que se dan por las que se considera una manifestación como violenta sean evidentes. En esta sentencia, en su párrafo 105, encontramos que el TEDH no está de acuerdo con la calificación de violencia que se ha dado a dicha manifestación, por lo tanto vuelve a revisar todos los motivos que se han considerado para llegar a dicha conclusión. El Tribunal determina que los demandantes sólo llevaban banderas en las que se exponía la frase “libertad para los prisioneros” y que no se encontró ningún arma por la cual llegar a la conclusión de que pretendían hacer daño a alguien o a algo o de que los demandantes pretendían liberar a los prisioneros ellos mismos por la fuerza. El Tribunal dictamina que la simple inscripción en las pancartas no incita a la violencia, por lo tanto, no se puede considerar la interpretación del Tribunal alemán que determinaba que invocaban a la violencia, un motivo suficiente para determinar que ha existido violencia.

El TEDH debe examinar dos límites respecto al derecho de reunión. El primero de ellos es que la restricción de este derecho sea necesaria en una sociedad democrática. Para ello nos referiremos a los puntos 110 y siguientes de dicha sentencia. Primero subraya que el derecho a la libertad de reunión es un derecho fundamental en la democracia y junto a la libertad de expresión es uno de los fundamentos de nuestra sociedad. Debemos entender por injerencia necesaria en una sociedad democrática aquella que se corresponde con una necesidad social y ha de ser proporcional con el objetivo que se persigue. El TEDH determina que aunque a los Estados Contratantes les corresponde un pequeño margen de apreciación sobre la valoración de la necesidad en una sociedad democrática es a este Tribunal a quién corresponde la supervisión de esta valoración. En el caso *Schwabe and M.G. contra Alemania*, al no existir violencia según el Tribunal o hechos que incitasen a ella, no se puede considerar que la medida fuese necesaria en una sociedad democrática. Se considera que a los demandantes se les ha prohibido participar en una reunión sobre un debate de interés público sin que las razones fueran suficientes. El TEDH dictamina, por lo tanto, que ha existido violación de su derecho a reunirse o manifestarse.

A partir de la sentencia del TEDH de 17 de enero de 2012 que resolvía el caso *Patyi contra Hungría* podemos explicar el otro motivo por el que se permitiría una injerencia sobre el derecho a la libertad de reunión. Este motivo es que esté permitido por la ley nacional, de esta forma vemos cómo los Estados son quienes determinan qué límites ponen al derecho de reunión según el espacio público que buscan. En este caso el demandante alegaba que se había violado su derecho de reunión porque la zona donde quería manifestarse porque había sido declarada

como zona operativa de seguridad. En el 2011 se revisó dicha medida y se determinó que la medida de determinar la plaza como zona de seguridad no era proporcional. Por lo tanto, no se puede solo determinar que la ley lo establece de dicha forma, sino que es necesaria que la restricción sea proporcional.

3.2 Deber de comunicación

En este apartado es importante determinar el deber que el artículo 21 de la Constitución española establece de comunicar a la autoridad el ejercicio del derecho de reunión o manifestación de forma que se pueda prever el conflicto con el derecho de circulación de personas y vehículos:

1. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa.
2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que solo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes

La sentencia del Tribunal Constitucional núm. 42/2000 de 14 de febrero explica qué es la autorización y por qué es necesaria. En primer lugar, se subraya que la autorización no es una solicitud para poder ejercer el derecho a la libertad de reunión o manifestación porque el ejercicio de este derecho ya tiene eficacia inmediata y directa. Es por lo tanto una “declaración de conocimiento” que tiene el objetivo de hacer conocida a la autoridad administrativa competente para que ésta pueda adoptar las medidas que considere necesarias tanto para proteger el ejercicio del derecho de los manifestantes como aquel de los terceros. Al considerarse como una declaración de conocimiento se podría llegar a la conclusión de que no realizarla no supone ninguna infracción de ley y, por lo tanto, podría realizarse una reunión o manifestación en un espacio público sin informar a la autoridad. Pero el Tribunal Constitucional, frente a este problema establece, que si se incumpliera el deber de informar se podría dar lugar “a una defraudación de la potestad de prohibir que el artículo 21.2 regula, posibilitando la actuación antijurídica, abusiva e incluso al margen de la buena fe del ciudadano infractor” (sentencia núm. 36/1982, F.2).

En cuanto a la determinación del plazo será la LO 9/1983 que en su artículo 8 dispone:

La celebración de reuniones en lugares de tránsito público y de manifestaciones deberán ser comunicadas por escrito a la autoridad gubernativa correspondiente por los

organizadores o promotores de aquéllas, con una antelación de diez días naturales, como mínimo y treinta como máximo. Si se tratare de personas jurídicas la comunicación deberá hacerse por su representante.

Cuando existan causas extraordinarias y graves que justifiquen la urgencia de convocatoria y celebración de reuniones en lugares de tránsito público o manifestaciones, la comunicación, a que hace referencia el párrafo anterior, podrá hacerse con una antelación mínima de veinticuatro horas.

En la sentencia núm. 1142/2011 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia se trata un caso en el que la comunicación de la manifestación se da con 24 horas de antelación debido a su carácter urgente. En este caso la autoridad competente desestima la autorización de la manifestación debido a que no se ha avisado con 10 días de antelación aun cuando en el comunicado se explicitaba el carácter urgente de la manifestación. El TSJ determina que no se puede ignorar el hecho que en el comunicado se explicitase la urgencia y, por ello, se justificaba el tiempo de preaviso. En esta sentencia se acusa a la autoridad gubernativa de no haber examinado los motivos de urgencia. El problema afirma el TSJ no es que sean irrelevantes o intrascendentes sino que la administración los ha ignorado y en el mismo momento en que estos motivos existen se les debe dar una respuesta. De hecho este Tribunal examina los motivos y los deniega porque no se consideran adecuados a realizar la manifestación de forma urgente.

3.3 Orden público sin peligro para personas o bienes

En la sentencia 66/1995 de 8 de mayo del Tribunal Constitucional se establecen tres requisitos o condiciones que se deben comprobar para establecer si la medida impeditiva a ejercer el derecho de reunión supera o no el juicio de proporcionalidad exigible. Estos tres requisitos son los siguientes: si la medida es susceptible de conseguir el “objetivo propuesto- la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes-”; en segundo lugar, si es necesaria porque “no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia”; y, por último, si es proporcionada, es decir, “ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”. A continuación analizaremos el primer motivo que se examinará para decidir si la injerencia al derecho de reunión en el espacio público es adecuada o no.

Debemos distinguir el específico aspecto al cual se refiere con orden público el artículo 21.2 de la Constitución. Podemos ver en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional cómo se ha establecido que el significado de orden público al que se

hace referencia en este artículo no es una acepción general. Si fuese así, entonces se podría considerar como motivo, para no permitir el ejercicio del derecho de reunión, la interrupción del tráfico por ejemplo, pero anteriormente hemos explicado que el ejercicio de dicho derecho en el espacio público supone un límite a la libre circulación de personas y vehículos. Por lo tanto, no podemos considerar el orden público en su aspecto general, sino que el artículo 21.2 nos indica a qué aspecto se refiere cuando explicita “con peligro para personas o bienes”. Es necesario, entonces, que la alteración del orden público entrañe peligro para las personas o los bienes (STC 66/1995). Como explicita la sentencia 163/2006 del TC de 22 de mayo podemos ver que esta situación de peligro (para las personas o bienes) no es un adjetivo que califica el orden público, sino un sustantivo que define el contenido de este concepto. Es decir, se nos determina exactamente a qué orden público se refiere y es aquel que suponga un peligro para las personas o los bienes.

Vemos cómo la cuestión de la interrupción del tráfico ha supuesto en muchos casos un motivo que las autoridades competentes han utilizado para prohibir la manifestación por alteración del orden público. En las siguientes sentencias veremos como se trata de valorar si los cortes de tráfico se pueden considerar límites al derecho de reunión. La sentencia 42/2000 del TC establece en su fundamento jurídico 5 establece que la interrupción del tráfico no puede considerarse sin más una conducta contraria al límite del orden público sino que se podría encuadrar en el ejercicio normal y legítimo del derecho a la libertad de reunión. En este caso concreto se trataba de una manifestación de Comisiones Obreras en Sevilla para la cual se comunicó con la debida antelación a la autoridad competente de forma que ésta podía tomar las medidas necesarias para prevenir las futuras intervenciones de tráfico. De esta forma el TC decidió que existía una vulneración en la decisión de la autoridad de no permitir la manifestación por razón de orden público alegando como motivo la interrupción del tráfico. En la sentencia 163/2006 el TC se encuentra de nuevo con que la autoridad establece como motivo de deniego del permiso para la manifestación el hecho de que produciría graves interrupciones de tráfico, por lo tanto, es contrario al orden público. El TC establece una situación en la que se permitiría que la interrupción del tráfico es peligroso para las personas o bienes cuando se tratase de una reunión o manifestación la cual provocase una imposibilidad de tráfico para la prestación de servicios esenciales como servicios de ambulancias, bomberos, policía o urgencias médicas.

Otro aspecto importante a examinar sobre esta medida o condición es su aspecto concreto. El TC ha repetido en su jurisprudencia que cuando la autoridad competente decide que la reunión o manifestación no puede realizarse debido a que

es peligroso para las personas o bienes se debe exigir que dicha peligrosidad no sea abstracta sino concreta. En la sentencia del TSJ de Madrid 1196/2002 se trata este argumento. El conflicto nace a partir de una manifestación que quieren realizar el partido político Democracia Nacional y a la que no se da el permiso debido a que dicha manifestación pasaría por zonas en las que la mayoría de la población es inmigrante y dado que dicha manifestación se realizaba contra la inmigración ilegal, la autoridad administrativa competente no lo consideró adecuado para el orden público por peligrosidad para las personas. El TSJ ante esta decisión de la Administración estableció que ésta se basó en un suceso futuro y, por lo tanto, constituye una presunción que sólo puede ser válida respecto a la estimación de precedentes, cuando existan y se hallen ajustados al caso. Indica que es importante que el peligro sea concreto porque estamos limitando un derecho fundamental y su ejercicio es siempre, en principio, deseable.

3.4 Necesidad de la medida

Al hablar de necesidad de la medida debemos hacer referencia a la medida que se ha tomado y comprobar si era necesaria, es decir, si no había la posibilidad de tomar otra medida más moderada que tuviese el mismo efecto para conseguir el fin propuesto. Como veíamos en el punto 3.1 al hablar del TEDH exponíamos que a pesar de que a los Estados se les concedía un pequeño margen de apreciación respecto a la necesidad de la medida, era el TEDH que podía siempre revisar dicha decisión. Es necesario ver aquí qué importancia tiene esto en la determinación del espacio público. Un Estado al establecer un límite al derecho de reunión o manifestación, es decir, a un derecho fundamental ya está decidiendo cómo deja ejercer dicho derecho en el espacio público, es decir, determinando los límites de los derechos fundamentales está determinando cómo puede actuar una persona en el espacio público. De ahí que sea competencia del estado poner los límites y que el TEDH deba respetar dicha decisión. Pero este Tribunal tiene la función de supervisar la necesidad de la medida tomada en una sociedad democrática, es decir, debe salvaguardar los principios de la democracia en las decisiones que toman los Tribunales de los Estados. Debe asegurarse de que la medida sea necesaria y no se produzca ninguna desigualdad y que se cumpla el pluralismo en la decisión tomada.

En una sentencia reciente del TSJ de Cataluña número 707/2011 podemos encontrar un ejemplo de este límite. Frente a este Tribunal presenta una demanda la parte actora alegando que se ha vulnerado su derecho a la libertad de reunión imponiendo unos cambios de itinerario a la manifestación no justificados. Por lo

tanto, se debe examinar en este caso si la medida del cambio de itinerario es necesaria o no en este caso. Los motivos por los cuales se ha decidido que se debe cambiar el itinerario son de movilidad y de circulación, principalmente rodada. El Tribunal establece que para la limitación se debe atender a tres circunstancias que son el lugar, tiempo y día de la convocatoria. En este caso la manifestación se convocó un domingo cuando el tráfico es menos intenso y, por lo tanto, se admitió la vulneración del derecho de reunión.

3.5 Proporcionalidad en sentido estricto

La proporcionalidad de la medida en sentido estricto significa que debe existir un equilibrio por derivarse de ella más beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros bienes. En la sentencia 96/2010 el Tribunal Constitucional debió examinar este motivo debido a que se quería realizar una manifestación con motivo del día de la mujer y este coincidía con las jornadas de reflexión antes de las elecciones y, por este motivo, la autoridad competente decidió prohibir la manifestación porque tenía que ver con el debate político. En este caso se debe examinar si con esta medida se producían más beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros bienes. La Administración consideró que una manifestación que incidía sobre temas de debate político en las jornadas de reflexión no debía realizarse. En esta ponderación el Tribunal considera que no produce más beneficios para el interés general el no admitir la manifestación porque tiene relación con el debate político, porque afirma que en toda manifestación al final podría encontrarse una relación con el debate político o influir en el electorado y que, por estos motivos, no puede limitarse el derecho de reunión alegando que de esta forma se produce más beneficios para el interés general.

En la sentencia 38/2009 del TC de 9 de febrero en la que la autoridad competente no había permitido la manifestación de unos estudiantes porque interpretaba que su objetivo era captar votos en período de campaña electoral. Encontramos de nuevo el conflicto con el derecho de participación política por el que se considera que la influencia sobre los votantes puede ser un motivo por el cual prohibir la manifestación alegando un beneficio para el interés público. El Tribunal Constitucional ante esto es tajante al afirmar que debe favorecerse el derecho a reunión delante sobre todo de los derechos de participación política porque es un derecho esencial para la construcción de la opinión pública de forma libre y sólida, por ello el derecho de reunión debe prevalecer. Se deduce, por tanto, que el motivo de la Administración para prohibir la manifestación que era la captación de votos que perjudicaba al interés general se ve corregida por la doctrina del TC que da al

derecho fundamental a la libertad de reunión un carácter de prevalencia sobre los derechos de participación política. Todo esto porque se debe entender que la opinión pública para que sea plural y libre (he aquí dos características fundamentales de la democracia) debe dar el máximo espacio a los derechos fundamentales y en concreto al derecho a la libertad de reunión al ser un derecho íntimamente ligado al de la libertad de expresión. Finalizamos aquí el análisis de los límites que se imponen al derecho de reunión o manifestación desde la mera administración local hasta el Tribunal Constitucional.

4. Derecho a la intimidad

4.1 Introducción al derecho fundamental

El derecho a la intimidad tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida y tiene relación directa con el concepto de la dignidad de la persona. Este derecho, por estar íntimamente relacionado con la dignidad de la persona, se considera fundamento del orden político y la paz social como lo describe nuestra constitución en su artículo 10.1: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. El derecho a la intimidad incluye como hemos visto el respeto a la dignidad de la persona y excluye, por lo tanto, el conocimiento e intromisiones ajenas en su esfera privada. Será en esta exclusión donde nos encontraremos los mayores conflictos y se deberá valorar hasta qué punto se puede conocer la intimidad de una persona en base al interés público que dicha acción o dicha persona tengan. Además estos terceros pueden ser tanto poderes públicos como simples particulares que en contra de la voluntad de la persona se entrometen en su ámbito reservado. Este ámbito reservado incluye tanto lo personal como lo familiar (artículo 18.1 CE). Encontramos una sentencia respecto a esto del TC núm. 231/1988 en la que se filmó en la enfermería de una plaza de toros el momento en que un torero se debatía entre la vida y la muerte y se difundió. Se estableció que no sólo era un derecho a la intimidad del torero sino de la familia también y el difundirlo en el espacio público y ponerlo a conocimiento de todos vulneraba el derecho a la intimidad de la familia.

Es importante por otro lado tener en cuenta la doctrina que ha ido creando el TEDH a partir del artículo 9 de la Convención que trata el derecho a la intimidad:

La protección que confiere el derecho a la intimidad, alcanzaría a todas aquellas manifestaciones de la vida de una persona que constituyen su esfera más personal en sus tres facetas, la personal, familiar y social, en cuanto sirven para cumplir las finalidades de autodefensa, autorrealización personal y conformación de vínculos afectivos, concediendo al sujeto un haz de facultades que le permiten preservar dichas facetas del conocimiento ajeno y controlar la obtención de datos personales que pertenecen a esta esfera y de aquellos otros que, aunque no estrictamente íntimos, puedan contribuir a la configuración de su perfil psicológico pese a que tales informaciones, analizadas de forma aislada, puedan carecer de trascendencia.

Por lo tanto, nos damos cuenta de que la misma dignidad de la persona ya exige que exista este ámbito privado. Esta esfera de privacidad constituye su esfera más personal a la que el TEDH añade otra faceta, a parte de la personal y familiar que ya hemos comentado, que es la social en la que se deben establecer los vínculos afectivos. El Tribunal establece también otro dato de gran importancia diciendo que las informaciones no han de ser analizadas de forma aislada y valorar de este modo si tienen o no trascendencia en cuanto a la intromisión en la esfera privada del individuo, sino que deben valorarse en el sentido de si contribuyen o no a la configuración del perfil de la persona y, de esta forma, a su privacidad.

El derecho a la intimidad no garantiza una intimidad determinada sino el derecho a poseerla, es decir, como explica la sentencia 219/2009 de la Audiencia Provincial de Madrid, se trata del “secreto sobre nuestra esfera de vida personal, el derecho a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos”. Por lo tanto, tenemos derechos a poseer un espacio sin que nadie nos exija soportar la revelación de datos reales o supuestos, de nuestra vida privada personal o familiar. Se nos ponen dos problemas: el primero surge cuando la persona está en el espacio público y debemos saber cuáles son las fronteras de ese derecho a la intimidad porque las personas, pese a estar en espacios públicos, se les debe conceder una privacidad. El conflicto principal se dará con el derecho a la información porque se tiene que valorar hasta dónde la libertad de información prevalece a la privacy de las personas. Es decir, hasta qué punto se puede difundir en el espacio público a través de los medios el ámbito privado de una persona. Por lo tanto, se entrará a valorar el interés general que tenga dicha información y qué entendemos por interés general.

4.2 Interés general

El interés general es el límite principal del derecho a la intimidad, es decir, es la injerencia por la que se permite realizar intromisiones al derecho a la intimidad porque sólo se podrá entrar en la esfera privada personal, familiar o social de la persona en el caso en que la información tenga un interés para la sociedad. Para

ello debemos entender qué significa interés general y lo haremos a partir de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de diferentes Tribunales españoles. Además podremos ver cómo siempre que se pone en cuestión el problema del interés general surge por una controversia entre el derecho a la intimidad y el derecho a la libertad de expresión o de información. Esto es así en los conflictos que nacen por una intromisión en la esfera de un personaje público o de un funcionario público, donde se publican informaciones de su esfera privada y hay que valorar si esa información o las imágenes que aparecen en el espacio público revelan determinados hechos que la persona pretendía mantener en secreto.

A. Personajes públicos

En primer lugar, haremos referencia a la sentencia del TEDH del 2011 del caso *Mng Limited contra Reino Unido* en el que nos encontramos que la editora del periódico "The Mirror" declara que se ha vulnerado su derecho a la libertad de información al sancionarla por publicar en dicho periódico determinada información sobre los problemas de drogadicción que tenía la modelo Naomi Campbell. La Cámara de los Lores consideró que era información adicional (refiriéndose a las fotografías donde se identificaba el lugar donde acudía para el tratamiento) y que fue nociva porque provocó en la modelo una dificultad para continuar con el tratamiento. El TEDH debe valorar de esta forma si se puede considerar esta información adicional como un exceso de la libertad de información. El resto de la información, que se refería a los problemas de drogadicción y a que estaba recibiendo tratamiento, se permite que se publique por una razón y es que, examinando el caso concreto, Naomi Campbell se ha expuesto a sí misma y a su vida privada en continuación ante los medios. Por lo tanto, no se considera un exceso el publicar información acerca de su vida íntima. El problema surge cuando esas fotografías adicionales indican exactamente a qué centro acude a rehabilitarse.

Por lo tanto, lo que nos interesa examinar a continuación es si la información adicional se debe permitir o no como el resto de la información que es de interés público o tiene un carácter por el cual no se debía publicar. El TEDH se muestra de acuerdo con la mayoría de la Cámara de los Lores que dieron especial importancia a la intimidad y naturaleza privada de la información adicional sobre la salud y el tratamiento de la modelo y como la publicación de dicha información e imágenes había perjudicado su tratamiento, por lo tanto, había sido nociva para ella. Es importante señalar que las imágenes no fueron tomadas con el consentimiento de la actriz, sino de forma clandestina. Frente a esto se podría rebatir que tanto el fotógrafo como la actriz se encontraban en la calle, por lo tanto, en un espacio

público al que todo el mundo puede acceder, pero pese a esto vemos que la identificación del lugar donde acudía a las reuniones para recibir el tratamiento entra dentro de la esfera personal de la modelo y, por lo tanto, no se podría haber revelado este dato aunque si las fotografías fueron tomadas en la calle a las afueras del centro. De esta forma, vemos que dentro del espacio público, si la información no tiene interés general, la persona tiene una determinada esfera privada personal en la que no pueden haber intromisiones aún si esta información es aquella del centro de rehabilitación que está situada en el espacio público. Será el interés público de la información el que nos determinará en el caso de los personajes públicos hasta qué punto la *privacy* en el espacio público supera a la libertad de información que como hemos visto es un derecho fundamental en una sociedad democrática para conservar el pluralismo de ésta.

Otro caso de relevancia pública fue la sentencia elaborada por el Tribunal Constitucional alemán en el que determinaba, a partir de unas fotografías tomadas a la Princesa Carolina Von Hannover, si violaban su derecho a la intimidad o no. En la mayoría de ellas aparecía en un lugar público donde había más gente y no se consideró que se violase ningún derecho. El único caso en el que se decidió que las fotografías debían ser retiradas porque vulneraban su derecho a la intimidad fueron unas tomadas en un jardín donde no había nadie más y las imágenes fueron tomadas desde muy lejos, lo que hacía pensar al Tribunal que el personaje público en cuestión, podía pensarse que estaba en un ambiente aislado. El TEDH en la sentencia sobre este mismo caso 2012/10 estableció que se deben ponderar dos derechos, la libertad de expresión y el derecho a la intimidad. Para ello debemos analizar el caso concreto. En el caso de la Princesa Carolina Von Hannover se trata de un personaje público y, por lo tanto, no se la puede tratar como una persona particular. Por ello, ratifica el TEDH la decisión del Tribunal Federal Alemán de que no ha existido violación en las fotografías ya que el artículo que las acompañaba ofrecía información de interés general.

El Tribunal Supremo en su sentencia 124/2009 del 25 de febrero en el que trataba el conflicto de la publicación de información relativa a la esfera privada de un matador de toros sobre su relación sentimental y sobre la muerte de su madre (también esta era un personaje famoso). Por lo tanto, volvemos al problema anterior que es difundir una información en el espacio público que en principio pertenecía a la esfera privada de una persona y no quería ser revelada. Pese a esto el Tribunal establece en relación al derecho a la intimidad que no existe vulneración de éste por diversas razones que analizamos a continuación. En primer lugar, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo lo único que puede

justificar que el actor asuma las perturbaciones que derivan por la difusión de la información sobre su vida privada será el interés público y la relevancia comunitaria. En este punto explicita que por interés público no se debe entender la mera curiosidad ajena. Después determina como ya hemos visto en la sentencia del TEDH que la coyuntura temporal y las pautas de comportamiento personal (si es una costumbre exponer su vida privada a los medios) pueden limitar o anular la protección del derecho a la intimidad protegido por el artículo 18.1 de la Constitución.

Por otro lado, nos hace referencia el Tribunal a otras sentencias del 6 de noviembre de 2003 y de 13 de noviembre de 2008 y otras del Tribunal Constitucional (231/1988 y 197/1991) en las que se recuerda que el derecho a la intimidad implica “la existencia de un ámbito propio y reservado de la vida frente a la acción y el conocimiento de los demás”, es decir, los terceros deben abstenerse de entrometerse en esta esfera privada sin que la persona lo consienta y añade que “aunque la intimidad se reduce cuando hay un ámbito abierto al conocimiento de los demás, el derecho constitucional no se ve minorado [...] porque a nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos” de su vida que no deben ser conocidos de forma innecesaria. Pero el artículo 2.2 de la LO 1/1982 de 5 de mayo dicta que se debe contemplar los actos de la persona cuya esfera de privacidad ha sido invadida, porque de esta forma se delimita el concreto ámbito de protección de su intimidad que ha querido mostrando su comportamiento. Por lo tanto, tenemos los criterios pero se deberá examinar cada caso concreto. En este caso, podemos observar como a partir de las pautas de comportamiento del actor podemos deducir que su vida privada ha entrado a formar parte de su imagen pública. Por esta razón, no se considera que dar información sobre su vida privada sea una vulneración de su derecho sino al contrario, forma parte del interés público sobre su persona.

B. Funcionarios públicos con necesidad de anonimato (art. 8 LO 1/82): la policía

En este apartado trataremos de aquellos funcionarios públicos que necesitan el anonimato, es decir, una protección mayor de su derecho a la intimidad por el trabajo que llevan a cabo. El artículo 8 en su último párrafo hace referencia a las personas que por su función pública necesiten del anonimato. Nosotros nos centraremos en los agentes de la policía debido a que son los casos más frecuentes en la jurisprudencia española. Al interesarnos la esfera pública debemos centrarnos en aquellos casos en el que la identidad del agente sea revelada en el espacio público cuando debía permanecer en anonimato, es decir, cuando su misma identidad forme parte de su derecho a la intimidad. Además la identidad de éstos no

siempre puede ser identificada por seguridad para su entorno personal y familiar. Respecto al interés general habrá que valorar en qué casos es más importante el ámbito personal de dicha persona que el interés general de conocer su identidad. En primer lugar, examinaremos un caso de un agente ertzaina que fue identificado en un periódico a quien la banda terrorista ETA perseguía.

La sentencia del Tribunal Supremo 399/2010 se pregunta en un primer momento si debemos considerar el agente de la policía autonómica vasca como una “persona particular” o bien, como un funcionario público que debe soportar que se revele su identidad. El TS establece que la situación de un agente ertzaina no se puede equiparar a la de, por ejemplo, un Magistrado que debe identificarse en todas sus resoluciones públicas. El motivo es sencillo, no se trata de una información necesaria, sino al contrario, al revelar dicha información, debido a la persecución que sufría por la banda terrorista ETA, la intromisión en su esfera privada supuso para este agente una perturbación en su vida cotidiana. Por lo tanto, en este caso no prevalece la intromisión por un interés general de conocer la identidad del agente, sino que dicha persona pueda conservar su derecho a la intimidad, dentro del cual entra su identidad, en el espacio público.

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 553/2005 nos encontramos ante un policía que denunció una trama de corrupción dentro del cuerpo de policía y cuya imagen salió en un periódico explicando que era él quién había denunciado toda la trama. Se considera que la publicación de la fotografía de dicho agente era un dato “innecesario y superfluo”, es decir, ajeno al interés general. Además no se puede considerar que diese su consentimiento a la publicación de la fotografía. Ésta fue tomada en otra ocasión y fue aceptada por dicho agente su publicación pero se trataba de otro momento y en referencia a otro artículo. Por lo tanto, el consentimiento de la publicación de la fotografía dado en un tiempo anterior no se puede considerar como válido para esta ocasión. El consentimiento se considera fundamental en estos casos y al no existir éste ni el interés general se puede decir que la publicación en un periódico que tiene una difusión en el espacio público supone una intromisión en la esfera privada y ha vulnerado el derecho a la intimidad del agente policía.

Hemos visto la importancia del interés general para valorar si prevalece el derecho a la intimidad en el espacio público o el derecho a la libertad de información. El derecho a la intimidad tiene, por lo tanto, el límite del interés general por el cual se puede un tercero entrometer en la esfera privada de una persona. Hasta ahora hemos examinado los personajes públicos que, como hemos visto, la injerencia en

su derecho a la intimidad dependerá del interés general de la información a partir de la conducta que hayan seguido, es decir, de si han expuesto o no continuamente su vida privada a los medios. Se podría prohibir esta injerencia sólo si provocase en dicho personaje una perturbación en su esfera personal y familiar. En cambio, en el caso de funcionario público, el agente de policía, nos encontramos que frente al interés general prevalece el secreto a la *privacy* del agente siempre que se trate de proteger su persona porque en el caso en que la identidad de éste fuese expuesta podría poner en peligro su entorno personal y familiar.

4.3 Trabajadores-empresas y el derecho de vigilancia

En el ámbito laboral también se pueden producir injerencias por parte de la empresa en el derecho a la intimidad de los trabajadores. La empresa tiene un contrato con los trabajadores a través del cual a éstos se les exige el cumplimiento de ciertos deberes laborales que se les han impuesto. Para que la empresa pueda conocer si estos deberes laborales son llevados a cabo por los trabajadores puede utilizar determinados mecanismos de control de forma que si se produce algún incumplimiento pueda saberlo. El conflicto con el derecho a la intimidad entra en juego en el momento en que estos controles no respetan la dignidad del trabajador. A nosotros lo que nos interesa de la vulneración al derecho de intimidad del trabajador es cuando esta vulneración se produce en un espacio público. En el apartado anterior se trataba de una información privada que se difundía en el espacio público, ahora trataremos aquellos casos en los que la injerencia se produce en un espacio público. A continuación trataremos una serie de casos en los que el trabajador se encontraba en un espacio público donde ha sido fotografiado por detectives de la empresa y éstos han asumido que era un derecho de vigilancia que la empresa tenía. La pregunta que se nos pone entonces es hasta qué punto el derecho de vigilancia de una empresa puede llegar a entrometerse la esfera privada de una persona cuando ésta se encuentra en un espacio público, abierto y si esta persona tiene una esfera de intimidad en este espacio o no.

En la sentencia del TSJ de Madrid núm. 195/2010 de 5 de noviembre nos encontramos ante un caso en el que un trabajador de Aena presentó la baja por lumbalgia el día 23/03/2008 y fue dado de alta el día 7/04/2008. Para la empresa resultó sospechoso el hecho que el trabajador advirtiera ya que el día 23 no vendría a trabajar y frente a la negativa de la empresa de concederle el día libre, el trabajador insistió en que no iría a trabajar. Por lo tanto, la empresa frente a la sospecha de una enfermedad falsa contrató a unos detectives privados que fotografiaron al trabajador el día 3/04/2008 (mientras aún estaba de baja por la

lumbalgia) en un parque jugando con su hijo y realizando determinados movimientos que con una lumbalgia no podría haber realizado. Las fotografías se realizaron en un parque, por lo tanto, un espacio público y abierto a todos, en el que cualquiera podía verlo. El problema es si la empresa ha cometido una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad del trabajador. El Tribunal ha establecido, en primer lugar, que no se puede considerar las fotografías de los detectives como intromisión ilegítima del artículo 7 u 8 de la LO 1/82. Por lo tanto, son válidas unas fotografías tomadas en un espacio público en ejercicio del derecho de vigilancia de la empresa porque no han sido tomadas en un espacio privado, sino en uno abierto al público donde cualquiera podía verlo. Es decir, dicha persona estaba exponiéndose al estar en un sitio público y no se puede considerar entonces como intromisión a su privacidad.

4.4 Personas particulares

Por último, haremos referencia a las intromisiones al derecho a la intimidad de los particulares que son mucho más restrictivas. En la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 185/2002 de 14 de octubre nos encontramos ante un caso en el cual se publicó en un periódico la identidad de una víctima de una agresión sexual, por lo tanto, se dio a conocer su identidad en el espacio público sin consentimiento de ésta. El Tribunal Constitucional establece que en base a su doctrina la cual dicta que el derecho a la intimidad "tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás" se debe garantizar el secreto de la vida íntima de las personas. Además el TC no considera que la veracidad de la noticia implique que la intromisión sea legítima, sino que la revelación de la víctima no era una información necesaria, es decir, la identificación no era de interés general ya que se trataba de una "persona particular", es decir, sin ninguna relevancia pública o social. En segundo lugar, considera que al difundir esta información en el espacio público se ha provocado una perturbación en la vida de esta persona ya que todas las personas de su entorno (familia, vecinos, amigos) han sabido de la agresión sexual que ha sufrido la víctima.

Para ver la diferencia entre una persona que pretendía conservar su intimidad como en el caso anterior y otra que se permite la vulneración de su derecho a la intimidad por no mostrar indicios de querer preservar su intimidad nos referimos a una sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla. En dicha sentencia núm. 202/2008 de 23 de abril nos encontramos ante una persona particular que denuncia una intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad al ser fotografiada en un espacio público acompañando a una persona de relevancia social. En este caso la

Audiencia Provincial establece que deberá seguir la jurisprudencia del TS y del TC sólo se permitirá una intromisión en dicho derecho en los casos de interés general y relevancia comunitaria. A pesar de que el personaje al que la demandante acompañaba no se puede considerar como personaje público pero sí tiene una relevancia social, teniendo en cuenta que las imágenes son tomadas en un espacio abierto al público y, por último, que en las informaciones dadas no se atenta a la dignidad de la demandante no se puede justificar una injerencia a su derecho a la intimidad. El mismo hecho de exponerse en lugares públicos junto a esta persona de relevancia social da a entender que no es una prioridad el proteger su intimidad respecto a la relación con esta persona. Vemos una vez más cómo la conducta de la persona puede ayudarnos a establecer si se ha vulnerado o no su intimidad.

Por último, nos referiremos a una sentencia de la Audiencia Provincial de Girona en la que una persona grabó una conversación con otra en un espacio público y lo propuso como prueba en un proceso penal. La licitud o ilicitud de la prueba dependerá de que se considere su obtención como lícita o no, es decir, se deberá valorar si se ha vulnerado el derecho a la intimidad de estas dos personas. No se puede considerar como violado semejante derecho porque el interlocutor expresó sus pensamientos de forma no coactiva y sin mostrar en la conducta ningún indicio de que quería que se mantuviese en secreto dicha conversación. El Tribunal establece que el artículo 18 de la CE no garantiza el mantenimiento del secreto de los pensamientos que un ciudadano comunica a otro en el espacio público.

CAPÍTULO III. ORGANIZACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO Y SU OCUPACIÓN

1. Organización municipal del espacio público

Las ordenanzas municipales que se realizan sobre el espacio público tienen una finalidad muy concreta que es la de preservar el espacio público como lugar de convivencia y civismo. Nos interesa subrayar en este capítulo cuál es el funcionamiento de los espacios considerados públicos y la actividad que individuos o colectividades pueden realizar en dichos espacios. En varias ordenanzas de municipios españoles podemos encontrar la definición de ciudad como un espacio colectivo en el que la persona pueda ejercer su libertad con el respeto y la tolerancia hacia los demás. En el Acuerdo del Consejo Plenario de 23 de diciembre de 2005 el Ayuntamiento de Barcelona aprobó una serie de medidas para garantizar la convivencia y el civismo en la ciudad de Barcelona y definió el término ciudad como un “espacio colectivo en el que todas las personas tienen derecho a encontrar las condiciones para su realización personal, política, social, con las condiciones ambientales óptimas, lo cual implica asumir también los deberes de la solidaridad, el respeto mutuo y la tolerancia”. Esta idéntica definición la encontramos en la Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia en la ciudad de Granada. Por lo tanto, los municipios deberán determinar las normas para que en este espacio público y colectivo las personas se puedan mover libremente y puedan ejercer sus derechos, respetando y tolerando a los demás.

La finalidad de estas ordenanzas es aquella de preservar el espacio público como lugar de convivencia y civismo y suele estar explícito en el artículo 1 de todas las ordenanzas. La razón de esta finalidad es proporcionar un espacio público en el que las personas puedan desarrollar sus actividades de libre circulación, ocio, recreo, es decir, para que pueda realizar sus derechos y libertades pero siempre con los deberes de respetar la dignidad y los derechos de expresión de las demás personas. Se reconoce a las personas el derecho a no ser molestadas o perturbadas en el ejercicio de su libertad, en lo que respecta a su salud y a la salvaguardia de la seguridad pública y por ello se determinan una serie de conductas en todas estas ordenanzas en las que se establece la norma y sus sanciones. Vemos, por lo tanto, que el espacio público se está reduciendo a un espacio en el que se reconocen unas libertades y unos derechos a las personas con unas obligaciones. Además estos derechos y obligaciones son regulados por parte de la Administración que señala las conductas no permitidas y la sanción por no actuar de forma correcta en el espacio

público. Vemos aquí la influencia principio de seguridad que menciona Maihofer que cada vez tiene más importancia en nuestra democracia y, como consecuencia, en nuestra forma de entender el espacio público.

Tienden también a establecer una lista de aquellos espacios que constituyen el espacio público. En la ordenanza de Barcelona se determina como espacio público en su artículo 3.2:

[...] calles, vía de circulación, aceras, plazas, avenidas, paseos, pasajes, bulevares, parques, jardines y demás espacios o zonas verdes o forestales, puentes, túneles y pasos subterráneos, aparcamientos, fuentes y estanques, edificios públicos y demás espacios destinados al uso o al servicio público de titularidad municipal, así como a construcciones, instalaciones, mobiliario urbano y demás bienes y elementos de dominio público municipal situados en aquéllos.

La ordenanza de Bilbao (publicada en el BOB núm. 186 de 27 de septiembre de 2010) establece una determinación del espacio público similar en su artículo 1, así como la de Albacete (de 9 de marzo de 2011) en su artículo 2 o la de Granada núm. 176 aprobada el 25 de septiembre de 2009. La ordenanza núm. 4578 aprobada por el Ayuntamiento de Madrid y publicada el 15 de octubre de 1984 en su artículo 1 establece como vías públicas las configuradas en el Plan General de Ordenación. Pero en su artículo 2 contempla el caso en el que haya un espacio en el que no esté definida por el Plan General de Ordenación su carácter de dominio público o privado se deberá considerar por la función que realizan de vías de dominio público. Estos espacios son considerados libres porque no se les ha determinado ningún tipo de naturaleza privada o pública. En esta ordenanza se establecen una serie de criterios en los artículos 4, 5, 6 y 7 por los que a un espacio libre se le podría atribuir una naturaleza pública.

Como podemos observar todas estas ordenanzas las realizan los Ayuntamientos de las diferentes ciudades de España y no lo hace el Estado a través de otro tipo de norma. Esto se debe a que se ha establecido a los municipios la competencia de regular los comportamientos incívicos que puedan afectar al espacio público. Esto se debe a que ya no se trata de tutelar un derecho fundamental, un derecho humano sino un tipo de conducta determinado que más adelante examinaremos. Además, los municipios no sólo son competentes para regular determinadas conductas sino que además puede establecer determinadas condiciones a las que deben ajustarse las instalaciones de servicios u obras que se realicen en el suelo, subsuelo y vuelo del municipio como por ejemplo ha regulado la ordenanza núm. 5709 de 22 de junio de 2006 el Ayuntamiento de Madrid.

1.1 Normas de conducta en el espacio público

La mayoría de las ordenanzas establecen un título de éstas dedicado a las normas de conducta y en la que cada capítulo del título se dedica a una conducta determinada. Además cada conducta está estructurada de la siguiente forma: normas de conducta en el espacio público, infracciones, sanciones e intervenciones específicas. Por lo tanto, se nos especificará en cada caso de qué conducta se trata y qué acciones son consideradas como una infracción de esta conducta. También se establecerá el régimen sancionador de cada una de estas infracciones y el fundamento por el cual se establece que una conducta debe o no realizarse en un cierto modo. Estos fundamentos suelen basarse en derechos o libertades y deberes que tienen las personas en el espacio público.

La primera conducta que analizaremos y que la mayoría de ordenanzas consideran es la de la degradación visual el entorno urbano. El fundamento de la regulación de dicha conducta es el derecho de los ciudadanos de disfrutar del paisaje urbano de la ciudad, pero este derecho tiene un consecuente deber que es el de mantener el espacio público limpio. Por lo tanto, las conductas que degradan o devalúan el espacio público como las pintadas, los grafitos u “otras conductas de ensuciamiento y afeamiento” se consideran infracciones basadas en la protección del patrimonio. La norma de conducta será de este modo la prohibición de la realización de pintadas o grafitos sobre cualquier lugar público. La sanción será una multa cuya cantidad variará dependiendo de la gravedad de la infracción que vendrá determinada por el lugar donde se realice. Por ejemplo, en la ordenanza del municipio de Barcelona se considera como grave los grafitos o pintadas que se realicen en las señales de tráfico, en los vehículos de transporte, en los parques y jardines y demás lugares determinados en su artículo 21. Por último, se consideran como intervenciones específicas aquella de los agentes de la autoridad que están legitimados a extraer el material con el que se ha cometido la infracción y a conminar a los infractores a limpiar los grafitos o pintadas.

La siguiente conducta que examinaremos será la del uso inadecuado del espacio público para juegos. El fundamento de dicha regulación será la libertad de circulación de las personas, protegiendo así a los peatones y el derecho de las personas a no ser perturbadas en su disfrute del espacio público pero esto supone para las personas el respeto a este derecho de los demás. Por lo tanto, se prohíben la práctica de juegos o competiciones espontáneas o que impliquen la utilización de instrumentos peligrosos o que se produzca fuera de las áreas especialmente habilitadas para practicar dichos juegos o competiciones. En cuanto a la sanción de

dicha infracción (que se considera leve) será de una multa en el caso de que la persona persistiera en su conducta, pero si esta conducta persistente no se produjese los agentes antes de poner una multa deben limitarse a recordar que están cometiendo una infracción. Como intervenciones específicas se determina que los agentes podrán intervenir cautelarmente los medios empleados para cometer la infracción.

Otra de las conductas que encontramos en un gran número de ordenanzas es la de las necesidades fisiológicas. El fundamento de la regulación es la protección de la salud pública y el derecho a disfrutar de un espacio público limpio. Por ello se realizan unas determinadas normas de conducta en las que se prohíbe realizar las necesidades fisiológicas en cualquiera de los espacios considerados públicos por las ordenanzas. Esta infracción se considera grave y, por lo tanto, se sanciona con una multa. Pero hay unos casos determinados a los cuales las ordenanzas hacen específica mención en los que la infracción se considera grave y son cuando dichas necesidades fisiológicas se realizan en lugares en los que hay gran afluencia de personas o de menores, en mercados de alimentos, en monumentos o en edificios protegidos. La multa en estos casos será de una cantidad mayor.

Otra conducta muy popular es la venta ambulante no permitida y que es competencia de los municipios regular y sancionar. El fundamento de dicha regulación se basa en la salud de las personas y la salvaguardia de la seguridad de las personas en el espacio público. De esta forma se prohíbe la venta ambulante de bebidas, comidas u otros productos sin la autorización específica que necesitan. Además se exige que dicha autorización sea visible. Además se prohíbe colaborar con los vendedores o comprar. La conducta se sancionará también en este caso con una multa y los agentes deberán retirar de forma cautelar los productos que pretendían venderse de forma ambulante en el espacio público. Por último, encontramos el uso impropio del espacio público cuya regulación se fundamenta en la garantía de un uso racional y ordenado del espacio público y la seguridad patrimonial de éste. Por ello se consideran como infracciones las conductas como acampar en la vía pública o dormir en ella, lavarse en las fuentes o coger el agua para un uso personal y privado o utilizar los bancos y asientos para un uso que no es el suyo. La sanción por cometer dichas infracciones es de una multa. Los agentes podrán intervenir el material usado de forma cautelar también en este caso.

Como veremos a continuación, las normas de conducta no pueden regular acciones que impongan límites a derechos fundamentales. Encontramos el ejemplo en la ordenanza de Lérida que prohibía el uso del velo integral. El Tribunal Supremo

estableció en la sentencia 4118/2011 que el uso del velo constituye una expresión del derecho fundamental de libertad religiosa. Por lo tanto, la ordenanza de Lérida reguló mediante una ordenanza una norma que sólo puede ser regulada por una Ley Orgánica ya que se refiere a un derecho fundamental.

1.2 Protección de los elementos turísticos y de la seguridad ciudadana en el espacio público

En el espacio público encontramos determinados elementos que pertenecen a la cultura del municipio y que identifican dicho municipio. El espacio público consta de elementos culturales o históricos que necesitan una conservación ya que suponen una fuente de ganancias para dicho municipio por el valor cultural o turístico que aportan. Por ello, algunos municipios han creado una serie de ordenanzas y estrategias para proteger dichos espacios. Por otro lado, podemos observar que estos espacios públicos son aprovechados para realizar espectáculos y actividades recreativas con el fin de proporcionar un momento de ocio a los ciudadanos. El problema que surge en este caso no es tanto el de la protección de los elementos culturales o históricos del lugar, sino la de los ciudadanos. En este caso se ha debido realizar toda una normativa en la que determinar cuándo se pueden realizar dichos espectáculos o actividades y donde se contempla la protección de la seguridad ciudadana, es decir, qué riesgos se corren cuando se realizan estos espectáculos y quién debe garantizar la seguridad de estos riesgos.

En primer lugar, nos referiremos a la importancia de una buena conservación del espacio público no sólo para obtener un lugar de convivencia como hemos ya podido observar en el punto anterior, sino para obtener un mayor aprovechamiento turístico. En la Comunidad Autónoma de Canarias han establecido una “Estrategia de Mejora del Espacio Público Turístico en Canarias”. El 22 de abril de 2011 se publicó en el BOE núm. 96 el Convenio de colaboración de la Comunidad Autónoma de Canarias con el Ministerio de Turismo para ampliar esta estrategia de mejora. En el anexo además se puede observar el conjunto de obras y restauraciones a realizar en las distintas islas de la comunidad autónoma y el presupuesto que se ha acordado para realizarlas. Podemos observar que todas las obras, acondicionamientos y restauraciones deben realizarse en espacios públicos como vías, cascos históricos o parques cuyo mejoramiento supondrá una competitividad mayor de su actividad turística.

Otras comunidades autónomas como Murcia con el objetivo de dar a conocer el patrimonio cultural y promocionar a los artistas del lugar han decidido crear una red

de espacios públicos expositivos. En Murcia encontramos el decreto de 29 de noviembre núm. 138/2002 en el que se explicita el objetivo que se pretende alcanzar con esta red de espacios públicos expositivos y que es el de promocionar las infraestructuras culturales. En el artículo 2 del Decreto se determinan qué se entiende por espacio público expositivo y en su artículo 4 se describen los requisitos para que un espacio pueda ser incorporado a la red de espacios públicos expositivos. Por lo tanto, podemos ver como las actividades de turismo y de promoción de la cultura tienen una influencia directa sobre el espacio público de los municipios y las comunidades autónomas ya que deben legislar o crear una serie de convenios para conservarlo en un estado adecuado.

En segundo lugar, nos encontramos con que el espacio público en muchas ocasiones es un lugar en el que se realizan espectáculos o actividades recreativas y de los que participan los ciudadanos del municipio. El hecho de que los ciudadanos participen en dichas actividades supone un riesgo para la seguridad de estos. Es necesario entonces determinar quién debe proteger la seguridad ciudadana. Para ello nos centramos en un decreto de 1990 de la comunidad de Navarra en el que se reguló el problema que acabamos de plantear. En primer lugar, los órganos del artículo 2 deben conceder una autorización conforme cumplen con todos los requisitos exigidos. Además las empresas que quieran organizar el espectáculo o actividad deben agregar en la solicitud siempre un certificado de seguro porque serán las empresas las encargadas de proteger a los ciudadanos que participen de la actividad que hayan preparado. Dependiendo de la actividad o espectáculo que se realice puede darse que se requiera un seguro especial como aquél para las actividades con vehículos a motor. La administración competente puede añadir los elementos que considere necesarios para salvaguardar la seguridad de los ciudadanos aunque la empresa organizadora haya aportado los suyos (como explicita el artículo 10).

1.3 Distribución de prensa gratuita en el espacio público

El siguiente problema que encontramos en el espacio público que deben resolver los municipios es el fenómeno de la distribución de prensa gratuita. Es decir, que ya no se realiza un uso privativo del espacio público como hacen los quioscos, sino que directamente se procede a su distribución en la vía pública. Por ello, se debe solicitar una autorización de la administración competente y se dará una acreditación que certifique que las personas que están distribuyendo la prensa gratuita tienen permiso para ejercer esa determinada actividad como bien expresan las ordenanzas de Madrid de 22 de diciembre de 2005 y de Sevilla de 23 de marzo de 2004. En ellas se

expresan también los derechos y deberes de quienes poseen una licencia para realizar dicha actividad de distribución. Tienen derecho a realizar el reparto de prensa gratuita en los lugares autorizados, en un horario determinado (las dos ordenanzas coinciden en que ha de ser entre las 7 y las 11 de la mañana y sólo quien autoriza puede ampliar este plazo). Tienen también derecho a publicitar sobre sus vestimentas el periódico que distribuyen. Las obligaciones de los titulares de las licencias son más exigentes, como por ejemplo, no distanciarse más de 5 metros del lugar autorizado, no abandonar la prensa en la vía pública, no realizar venta ambulante o no utilizar ningún tipo de soporte. Por lo tanto, vemos que la distribución de prensa gratuita en el espacio público es una actividad sometida a autorización de la administración competente según lo delimite la ordenanza que se encargue de delimitar todos los requisitos para que dicha actividad se pueda llevar a cabo.

2. Ocupación del espacio público

El principal conflicto para los municipios cuando deben tratar el espacio público es la ocupación de éste. Anteriormente hemos tratado la ocupación del espacio público cuando se ejerce el derecho a la libertad de reunión y manifestación en el que la Administración debe autorizar a quienes deciden manifestarse para ocupar el espacio público. Ahora centraremos nuestra atención sobre otros conflictos. En la ordenanza de 26 de abril de 2004 el Ayuntamiento de Almería nos explicita algunas actividades en su artículo 107 que se consideran como ocupación del espacio público:

Se consideran actividades y ocupaciones especiales o privativas de la vía pública: venta ambulante, materiales de construcción, cascajo, contenedores, andamios, vallas de obras, arena, kioscos, circos, actuaciones musicales, actuaciones teatrales, terrazas, camiones de mudanzas, camiones de carga y descarga, hormigoneras, roulottes, cocineros, anuncios-carteles, columpios de bares, casetas de obra, grúas, montacargas, columpios y atracciones de fiestas de barrio, máquinas expendedoras de refrescos y cualquier otra actividad que se desarrolle en la vía pública u ocupación de la misma que suponga una utilización especial o privativa.

Nosotros en este epígrafe analizaremos, en primer lugar, la tasa o precio público establecido por la utilización privativa o el aprovechamiento especial de un espacio de dominio público y en base a qué criterios se establece. En segundo lugar, los negocios que necesitan una parte del espacio público para realizar su actividad y nos centraremos en las terrazas de los bares y restaurantes ya que han dado lugar a una gran cantidad de legislación municipal. Por último, centraremos nuestra atención

sobre conductas como la mendicidad y la prostitución que suponen una ocupación del espacio público no permitida. En estos tres puntos que son competencia de los municipios trataremos de observar cómo se concibe el espacio público y qué decisiones se toman en consecuencia.

2.1 Tasa por ocupación del espacio público

El espacio público no sólo está constituido de elementos de dominio público sino que encontramos que existen una serie de utilizaciones privativas o de aprovechamientos especiales de dicho espacio. Estas utilizaciones privativas pueden ser por ejemplo la entrada a un aparcamiento de propiedad privada que está situada en la vía pública y, por lo tanto, debería ser de dominio público, sin embargo al producirse sobre ella un uso privativo se debe pagar una determinada tasa. El fundamento y la naturaleza de la tasa es, por lo tanto, la utilización privativa o aprovechamientos especiales en el suelo, subsuelo o vuelo. En una sentencia núm. 742/2009 del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura nos encontramos delante de la mercantil “Telefónica Móviles España, S.A.U.” que interpone recurso contra la Ordenanza Fiscal reguladora de la Tasa por Aprovechamiento Especial del Dominio Público (publicada con núm. 249 el 27 de diciembre de 2007). Dicha mercantil, al ser explotadora de servicios de suministros que resultan de interés general, en concepto de sujetos pasivos están obligados al pago de la tasa. Lo que se discute en esta sentencia es si las empresas que suministran un servicio de telefonía móvil hacen un uso privativo o un aprovechamiento especial del dominio público de la Corporación que justifique la imposición de la tasa.

La compañía telefónica defiende que la tasa no es justificada ya que para poder realizar el suministro del servicio es necesario usar el dominio local. Pero en la sentencia se explicita que el hecho imponible de la tasa es el uso de redes de telefonía fija para cuando hay servicios mixtos entre las dos modalidades (fijo y móvil). Además se examinará el artículo 24 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales (Real Decreto 2/2004 de 5 de marzo), que determina las reglas para la determinación de la tasa. De hecho, en el fundamento jurídico decimocuarto de la sentencia se explicita que dicha ley tenía como objetivo afirmar que las empresas que prestan servicios de telefonía móvil quedan sujetas a la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, aunque con sujeción al régimen general de determinación de la cuantía. La justificación es que se realiza un uso de las redes situadas en el dominio público que es al mismo tiempo el hecho imponible de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial. Pero el recurso contencioso-administrativo se estima en parte ya que se

pide la anulación del artículo 5 de la Ordenanza porque en el momento de calcular la cuota no lo hace a partir de 3 parámetros que se utilizan siempre en estos casos, sino de forma aleatoria cuya aplicación sería contraria, afirma el TSJ, a la propia normativa europea. Por lo tanto, vemos que la sentencia afirma necesaria una imposición de la tasa pero, por otro lado, anula el artículo 5 de la Ordenanza que recurría la mercantil “Telefónica Móviles España, S.A.U.”.

En la sentencia del Tribunal Superior de 15 de enero del 1998 se pone en discusión el precio público que se debe pagar por la entrada y salida de vehículos de un edificio. El Ayuntamiento de Sevilla recurre una decisión del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ya que, conforme a su ordenanza, considera que la determinación del precio público se debe realizar no sólo por el valor de la superficie de dominio público, sino también por el número de plazas del aparcamiento y por la intensidad del uso del aprovechamiento. La sentencia hace referencia a la Ley 39/1988 en la que se determina que la contrapartida económica por el uso privativo o el aprovechamiento especial de un dominio público no es una tasa sino un precio público. Esto implica que será el valor de mercado que le corresponda o el de la utilidad derivada del uso privativo el que determine el importe del precio público. Por lo tanto, el Ayuntamiento puede escoger en base a qué determinar el precio público y no sólo eso, sino que, como afirma la sentencia, puede también realizar un uso ponderado de ambas opciones.

2.2 Terrazas de restaurantes y bares

Un fenómeno habitual de ocupación del espacio público son las terrazas de negocios como bares o restaurantes que se sitúan en la vía pública. El objetivo de las ordenanzas que han realizado distintos ayuntamientos es el de fijar y delimitar los espacios públicos en los que estos negocios pueden instalar sus terrazas. En la ordenanza de 10 de diciembre de 2009 el Ayuntamiento de Segovia ha determinado en su artículo 2 qué se entiende por terraza. La terraza es la instalación dependiente de un establecimiento hostelero ubicado en un inmueble. Esta instalación debe ser un conjunto de mesas con sus respectivas sillas y los elementos auxiliares que necesiten (como toldos o sombrillas). Hemos identificado por lo tanto lo que se concibe como terraza y esto provoca un problema al estar situada en el espacio público, ya que puede impedir la libre circulación de las personas. Para evitar que la ocupación de las terrazas impida el paso a las personas los Ayuntamientos de los municipios han decidido limitar y fijar qué espacios públicos pueden ser ocupados. Al producirse la ocupación normalmente en la vía pública cuya titularidad corresponde

a la administración municipal serán los Ayuntamientos quienes publican las ordenanzas y ante quienes se debe pedir la licencia o autorización.

La autorización o licencia puede ser temporal o para todo el año según la solicitud de los interesados como afirma el artículo 4 de dicha ordenanza. En la solicitud deberán detallarse algunos elementos como la extensión y forma de ocupación, la forma, el tamaño y el número de elementos que se pretenden instalar. No se concederán las autorizaciones para aquellas instalaciones de terrazas frente a los portales de acceso a los edificios ya que ello supondría una contradicción con el objetivo de las ordenanzas de no impedir la libre circulación a las personas por la vía pública. El Ayuntamiento en la autorización podrá determinar el horario de utilización de las terrazas que variarán según ciudad y época. Esto tiene su justificación en el derecho de las personas a no ser molestadas. El Ayuntamiento de Barcelona publicó el 2 de febrero de 2006 en su Boletín Oficial una Disposición del Regidor del Distrito de Gracia en el que se regulaban las licencias para la instalación de terrazas que implicaban la ocupación de plazas, calles y otros espacios públicos. En dicha Disposición, en su artículo 6, encontramos una diferenciación de horarios según la temporada de invierno y la de verano y, por otro lado, según si es viernes, sábado y vigilias de festivos o cualquier otro día de la semana. En la Ordenanza de Segovia, en cambio, simplemente hace referencia al horario estivo que abarca desde el día 1 de marzo hasta el 31 de octubre.

En dichas normas se puede observar cómo se delimita la ocupación del espacio público. En el caso de Segovia, por ejemplo, la ocupación del espacio de la acera no podrá ser nunca superior al 50% de la anchura de ésta. La distancia mínima con el bordillo, por otro lado, deberá ser de 0,30 metros. Además se refieren a plazas y vías concretas en las que la ocupación debe darse de una determinada forma. En Segovia, en las zonas de la Plaza Mayor, Plaza del Corpus, Plaza de Medina del Campo, calle Cervantes [...] el material mobiliario habrá de ser en colores neutros y carentes de publicidad. En cuanto al barrio de Gracia de Barcelona se considera que las plazas Rius i Taulet, Virreina, Revolució, Rovira y Sol los servicios técnicos del distrito deben estudiar la conveniencia de otorgamiento de la licencia.

A continuación examinaremos una sentencia del contencioso-administrativo de Oviedo núm. 119/2011 del 11 de abril. El objeto del recurso contencioso-administrativo es una resolución del Ayuntamiento de Oviedo que procedía de la Sección de Licencias en el que se revisaba la normativa anterior referente a la ocupación del espacio público por terrazas de hostelería en la Plaza Fontán y se fijan nuevos criterios. En esta resolución se continuaba permitiendo la ocupación de

los soportales, en cambio, el recurrente alega que los soportales son de dominio privado pero con uso público y que las terrazas situadas en estos lugares no son titulares de licencia concedida por el Ayuntamiento. En la normativa de 2004 no se regularon dichos espacios que eran aquellos por los que se mantenía el libre tránsito peatonal. El Tribunal estima el recurso parcialmente. Afirma que los soportales no deben ser invadidos por todo el mobiliario de hostelería sino que están destinados al libre tránsito de los viandantes y se obliga, por lo tanto, a la retirada de todos los utensilios que estén situados e instalados en dichos soportales.

2.3 Mendicidad y prostitución

Las Ordenanzas o los artículos de éstas que tratan los temas de mendicidad y prostitución tienen como objetivo proteger el derecho de los ciudadanos a utilizar los espacios públicos de las ciudades. Aunque las competencias en materia de mendicidad y prostitución no son sólo de los municipios, ya que estos fenómenos tienen sus raíces en problemas sociales o familiares, pero al ser a éstos a quienes más directamente afecta suelen crearse ordenanzas específicas para tratar estos hechos o suelen dedicar algunos artículos las ordenanzas reguladoras del espacio público para la convivencia. El Ayuntamiento de Alicante promulgó una Ordenanza el 4 de marzo del 2011 publicada el 23 de marzo. Esta Ordenanza trata exclusivamente el tema de la prostitución y la mendicidad. En cambio, los municipios de Barcelona o Albacete en sus ordenanzas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en sus espacios públicos ya incluyen algunos artículos o títulos dedicados a tratar estos dos fenómenos que son la mendicidad y la prostitución.

En primer lugar trataremos el fenómeno de la mendicidad. La mendicidad es una conducta tipificada como infracción porque se pretende proteger el derecho de los ciudadanos a transitar por los municipios sin ser molestados o perturbados, para la protección de los menores y para el correcto uso de las vías y los espacios públicos. Se pretende proteger sobre todo de las conductas que sean intrusivas, insistentes o agresivas, que utilicen a menores, que sean organizadas o encubiertas bajo prestación de servicios no solicitados. Ya sea en la Ordenanza de Alicante (art. 1 a 5) que en los artículos de las ordenanzas de Barcelona (artículos 34 a 37) y Albacete (capítulo IV) podemos observar que todos siguen la misma dinámica: en primer lugar se determina el fundamento de la norma, es decir, qué derecho o libertad de los ciudadanos se quiere proteger, en segundo cuál es la norma de conducta que se tipifica como infracción, que también hemos ya mencionado, la sanción que le corresponde a dicha infracción y, por último, las intervenciones específicas.

Las ordenanzas de Barcelona y Alicante coinciden en el momento de regular la sanción. Los agentes de la autoridad tienen la obligación de informar de que dicha conducta que están llevando a cabo es considerada una infracción y está prohibida por una ordenanza municipal. Si la persona persiste en su actitud y no abandone el lugar se le puede imponer la sanción que le corresponda. En la ordenanza del Ayuntamiento de Alicante se tipifica una multa mayor o menor dependiendo de la gravedad de la conducta, por ejemplo, si se utiliza a menores la multa es mayor (ya que es considerada como muy grave) que si se invade la calzada (considerada como leve). En cuanto a las intervenciones específicas, el Ayuntamiento está obligado a tomar todas las medidas necesarias para erradicar el fenómeno de la mendicidad.

Por último, trataremos la otra conducta de ocupación ilegítima del espacio público y tipificada como infracción que es utilización del espacio público para el ofrecimiento y demanda de servicios sexuales. El fundamento de la tipificación de dicha conducta como infracción es la preservación de los menores de prácticas de ofrecimiento o solicitud de servicios sexuales, evitar problemas de viabilidad de tránsito público y prevenir la explotación de determinados colectivos. Por ello se prohíbe ofrecer, solicitar, negociar o aceptar dichos servicios. Además se prohíbe especialmente cuando esto se realice cerca de centros docentes, educativos o de formación. Los agentes de la autoridad no deben sólo informar de que dicha conducta está prohibida por la ordenanza municipal que corresponda sino que también deben informarles de los servicios y recursos municipales a los que pueden dirigirse. En el caso de que persistiera su actitud podrían ser sancionadas por desobediencia a la autoridad. En función de su gravedad la multa impuesta será mayor o menor.

Como hemos podido observar en este capítulo los municipios tienen la responsabilidad de proteger los derechos y las libertades de los ciudadanos. Para ello se ha realizado toda una clasificación de conductas en las ordenanzas que se han tipificado como infracciones y toda una serie de ocupaciones del espacio público también consideradas infracciones. A parte de proteger los derechos de libre circulación y de no ser molestados o perturbados hemos visto como en el caso de la prostitución o la mendicidad se pretende proteger también a los menores de verse expuestos a dichas conductas. Además los Ayuntamientos publican las ordenanzas con el objetivo de conservar el espacio público ya que puede ser una fuente de ingresos para el municipio si éste tiene valor cultural o histórico.

Conclusiones

En la Constitución Española, en su artículo 10, se considera como fundamento del orden político el respeto a la dignidad de la persona y a los derechos que le son inherentes, y estos derechos no sólo deben ser respetados en su ámbito privado, sino en su ámbito público y en la medida en que éstos se puedan ejercer con mayor o menor libertad se nos presentará delante un espacio público u otro. Para responder a qué espacio público encontramos en España ha sido necesario entender de cómo han nacido estos derechos si como puras convenciones o como reconocimiento de derechos y libertades que el hombre tiene por su dignidad. A partir de ahí, hemos examinado cómo la jurisprudencia ha ido delimitando un espacio público distinto al que se da en otros países y las razones de esas diferencias en la forma de concebir el espacio público.

Como hemos ya mencionado los derechos fundamentales nacen de la dignidad del hombre. Por lo tanto, no son convenciones a las que se ha llegado políticamente sino que se han reconocido al hombre. Nuestro estudio partía de que los derechos fundamentales no existen en la constitución como algo que el legislador emana para garantizar una igualdad o existencia de derechos sino que se trata de derechos que se consideran fundamentales para la vida de los hombres antes de la ley. Al ser estos derechos y libertades fundamentales y estar estrechamente relacionados con la dignidad del hombre podemos afirmar que un espacio público se caracterizará por permitir un ejercicio mayor de estos derechos, es decir, en el que se favorezca que las personas puedan ejercer su libertad sin impedimentos. Además hay que tener en cuenta la tradición histórica ya que, como afirma Marta Cartabia, en los derechos fundamentales existe una dimensión universal y una dimensión histórica. Esta dimensión histórica la hemos visto reflejada la laicidad positiva que caracterizaba el derecho a la libertad religiosa como fruto de una historia determinada y diferente, por ejemplo, a un principio de laicismo francés también provocado por una historia distinta con unos valores distintos. Por lo tanto, vemos como la dimensión histórica de los derechos fundamentales ha caracterizado el espacio público en España, en el caso de la libertad religiosa es donde tenemos el ejemplo más claro, entendido como una laicidad positiva que debe favorecer el aspecto público de las religiones y no censurarlo.

Pero es interesante, como ya mencionábamos al principio y como hemos desarrollado a lo largo de todo el trabajo, observar como los principios de igualdad y seguridad han sido los principales limitadores de estas libertades y cómo cada vez

cobran más importancia en el espacio público. Por lo tanto, vemos cómo el Estado del Bienestar con estos dos principios limita cada vez con más fuerza los derechos y libertades constitucionales. Esto provoca que su ejercicio sea más limitado en el espacio público debido a un principio de seguridad que se debe salvaguardar. Nos encontramos, por lo tanto, delante a un espacio público en el que a individuos y colectividades se les limitan las libertades por salvaguardar una seguridad, un bienestar. Esta salvaguarda de la seguridad la hemos visto imponerse con más fuerza en la organización y ocupación del espacio público en la que se convierte en casi todos los casos examinados en el criterio con el cual decidir los límites a las acciones que podemos realizar en el espacio público.

El espacio público en el que los individuos deberían participar en la construcción de la sociedad con todas sus libertades se ve reducido en el Estado del Bienestar a un lugar en el que la libertad se puede ejercer siempre que sea seguro para los demás. Es decir, nos encontramos delante de un espacio público en el que se concede actuar dentro de unos límites que salvaguardan el bienestar. Por lo tanto, dejamos de partir de unos derechos inviolables e inherentes a la dignidad que caracteriza al hombre por el hecho de ser hombre y partimos de los principios de seguridad e igualdad que cada vez más se ponen por encima de estos derechos. De esta forma se convierten también los derechos que contemplábamos en un plano más municipal, en derechos que parecen ser otorgados a los individuos y el espacio público se convierte en un espacio en el cuál se nos está permitido o prohibido realizar determinadas acciones porque se nos han concedido determinados derechos limitados. El espacio público corre el riesgo, por tanto, de convertirse en un espacio de intercambio de derechos y obligaciones cuando su origen es bien distinto.

Asistimos como hemos visto a lo largo de todo el trabajo, a través de la jurisprudencia, a una reducción del espacio público a un espacio en el que se permiten ciertas libertades y derechos y que se van limitando cada vez más para mantener un orden público basado en la seguridad de los ciudadanos. Hablamos de reducción del espacio público y no de desaparición porque el hombre puede seguir ejerciendo sus derechos y libertades que le son reconocidos como inherentes a su dignidad humana pero nos interesa subrayar, después de todo el recorrido que hemos realizado, que estamos asistiendo a una inversión del origen de los derechos fundamentales al estar continuamente pendientes de determinar sus límites, creyendo que el legislador que impone los límites es de quién nacen. De esta forma el espacio público queda reducido, como ya enuncian algunos autores que hemos

mencionado al inicio del trabajo, a una concesión de derechos para poder actuar en la esfera pública.

Bibliografía

a) Bibliografía principal

COHEN, J.L. y ARATO, A., *Civil society and political theory*, Massachusetts: MIT Press, 1992.

GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid: Alianza Universidad, 1991.

HABERMAS, J., *The structural transformation of the public sphere: an inquiry into a category of bourgeois society*, Massachusetts: MIT Press, 1989.

MAGATTI, M., *Per la società civile: la centralità del principio sociale nelle società avanzate*, Milano: FrancoAngeli, 1997.

MAIHOFFER, W., *Manual de derecho constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 1996.

RUSELL HITTINGER, *Modelos de sociedad civil*, Madrid: Fundación Iberdrola, 2005.

SCOLA, A., *Una nueva laicidad*, Madrid: Ediciones Encuentro y Fundación Universitaria San Pablo CEU, 2007.

TEUBNER, G., *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma: Armando, 2005.

b) Revistas y artículos:

Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autónomo en colaboración con la Fundación Alexander von Humboldt:

- HERMIDA DEL LLANO, C., *Comentario a la ponencia de la profesora doctora María Elósegui: "Globalización y secularismo en el espacio público europeo"*.

El Cronista del Estado social y democrático de Derecho, nº 27, 2012:

- WEILER, J.H.H., *Estado y Nación: Iglesia, Mezquita y Sinagoga: la sinopsis*.
- LLAMAZARES, D., *De la verdadera tolerancia en materia religiosa. Réplica a Weiler*.

Revista Jurídica de Castilla y León, nº 27, 2012:

- REY MARTÍNEZ, F., *¿Es constitucional la presencia del crucifijo en las escuelas públicas?*

c) Bibliografía complementaria

SIMONCINI, A.; VIOLINI, L.; CAROZZA, P.; CARTABIA, M., *Esperienza elementare e diritto*, Milano: Edizioni Angelo Guerini e Associati, 2011.

SUREAU, D., *Una nueva teología política*, Granada: Ediciones Nuevoinicio, 2010.