

RESTRICCIONES A LOS DERECHOS DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN A CAUSA DE LA PANDEMIA COVID EN LA JURISPRUDENCIA ALEMANA

María José Roca Fernández

Universidad Complutense

mjroca@der.ucm.es

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN. II. CONSTITUCIONALIDAD DE LOS REGLAMENTOS DE LOS LÄNDER. III. SOBRE EL DERECHO DE REUNIÓN Y EL DEBER DE USAR MASCARILLA. IV. CONSIDERACIONES COMPARATIVAS CON LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA. V. CUESTIONES ABIERTAS CON RESPECTO A LA JURISPRUDENCIA SUPRANACIONAL EUROPEA. 1. ¿Referencia a la jurisprudencia del TEDH acerca del art. 11 del CEDH? 2. ¿Referencia a la jurisprudencia del TJUE acerca del art 12 de la CDFUE? VI. CONSIDERACIONES FINALES.

55

RESUMEN

El trabajo resume la doctrina de la jurisprudencia del Tribunal constitucional federal alemán sobre las restricciones a los derechos de reunión y manifestación a causa de la pandemia. Se expone en qué medida estas decisiones son una continuidad con la doctrina anterior y en qué medida pueden suponer cierta mutación constitucional. Se compara la jurisprudencia alemana con la jurisprudencia constitucional española sobre estos derechos, analizando las semejanzas y diferencias entre ambas desde el punto de vista de la estructuración territorial del Estado, de que el punto de partida sea el derecho sanitario o el Derecho de excepción, así como su relación con el Derecho Europeo, especialmente el derivado del CEDH.

Palabras clave:

derecho de reunión, derecho de manifestación, limitación de derechos fundamentales, suspensión de derechos fundamentales, proporcionalidad.

ABSTRACT

RESTRICTIONS ON ASSEMBLY AND DEMONSTRATION RIGHTS DUE TO THE COVID PANDEMIC IN GERMAN JURISPRUDENCE.

The work summarizes the doctrine of the jurisprudence of the German Federal Constitutional Court on the restrictions on the rights of assembly and demonstration due to the pandemic. It is exposed to what extent these decisions are a continuity with the previous doctrine and to what extent they can suppose a certain constitutional mutation. German jurisprudence is compared with Spanish constitutional jurisprudence on these rights, analyzing the similarities and differences between them from the point of view of the territorial structuring of the State, whether the starting point is health law or emergency law, as well as its relationship with European Law, especially that derived from the ECHR.

56

Key Words:

right of assembly, right to demonstrate, limitation of fundamental rights, suspension of fundamental rights, proportionality.

I. INTRODUCCIÓN.

Si las condiciones de la globalización y de la revolución digital hacen necesario repensar los fundamentos de la relación entre los valores constitucionales y el orden social¹, esta necesidad es aún más apremiante, ante la experiencia de las medidas adoptadas para proteger a la población frente a la pandemia². La reflexión conviene dirigirla tanto sobre las restricciones a los derechos fundamentales, como sobre cuestiones competenciales e incluso sobre eventuales mutaciones constitucionales. En estas páginas, trataremos de contribuir a ese debate, de mucho mayor calado y amplitud, desde estudio de la jurisprudencia alemana sobre las limitaciones de los derechos de reunión y manifestación.

Prohibición de reuniones y manifestaciones mediante reglamentos de los Länder. En el comienzo de la primavera del año 2020, prácticamente todos los Estados federados de la República Federal de Alemania restringieron severamente –así, por ejemplo, en la Ciudad-Estado de Berlín³– o prohibieron sin excepciones –así, en el Estado de Brandeburgo⁴– las reuniones para impedir el contagio del virus COVID-19, invocando el art. 28 § 1 y el art. 32 de la ley de protección contra infecciones (*Infektionsschutzgesetzes*)⁵. Aunque esta ley atribuye a los *Länder*⁶ la competencia para adoptar las medidas necesarias, se produjo también un Acuerdo entre el Gobierno Federal y los Gobiernos de los Estados sobre unas líneas directrices comunes⁷. Poco tiempo después, se establecieron prohibiciones bastante estrictas, bajo reserva de autorización, de modo que las reuniones en lugares cerrados permanecían prohibidas⁸. Las que se proyectasen en espacios abiertos, se restringieron al cumplimiento de severas condiciones; por regla general, debían limitarse a un número de participantes que osciló entre 20 y 50⁹.

Jurisprudencia de los Tribunales Administrativos. Las respuestas de los tribunales administrativos a las prohibiciones y limitaciones de las reuniones¹⁰, con motivo de la protección de la salud frente a los posibles contagios, se pueden dividir en tres fases¹¹: La primera fase se extiende aproximadamente hasta finales de

1 Vid.: F. HASE, «Corona-Krise und Verfassungsdiskurs», en *Juristen Zeitung*, 75, 2020, p. 897.

2 S. DE VRIES, «Editorial for the Impact of the Covid-19 Pandemic: Shortcomings and Strengths of the EU Legal System in Selected Policy Domains», *Utrecht Law Review*, 17(3), 2021, pp. 1-5.

3 Verordnung über Basismaßnahmen zum Schutz der Bevölkerung vor Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2. Tanto el texto de este primer reglamento como todas las medidas normativas posteriores adoptadas en este *Land*, pueden consultarse en <https://www.berlin.de/corona/> [Consulta: 14-02-2023].

4 Verordnung über Maßnahmen zur Eindämmung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 und COVID-19 in Brandenburg. Tanto el texto de este primer reglamento como todas las medidas normativas posteriores adoptadas en este *Land*, pueden consultarse en <https://corona.brandenburg.de/corona/de/verordnungen/chronologie-verordnungen/> [Consulta: 14-02-2023].

5 Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz - IfSG). Accesible en https://www.gesetze-im-internet.de/ifsg/_1.html [Consulta: 14-02-2023].

6 Deutscher Bundestag, Versammlungsfreiheit unter den Bedingungen der Corona-Pandemie. Einschränkungen aus Infektionsschutzgründen, WD 3- 3000 – 259/20, 2020 [Consulta 26-IX-2022]

7 Vereinbarung zwischen Bundesregierung und den Bundesländern Leitlinien zum Kampf gegen die Corona-Epidemie vom 16.03.2020 <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/leitlinien-zum-kampf-gegen-die-corona-epidemie-vom-16-03-2020-1730942> [Consulta: 14-02-2023]. Deutscher Bundestag, Möglichkeiten des Infektionsschutzes bei Versammlungen, WD 3- 3000 – 092/20, 2020 [Consulta 26-09-2022].

8 Vid., por ejemplo, en el Estado de Hesse, § 1.1 Corona-Kontakt und Betriebsbeschränkungsverordnung, de 7-05-2020. En Tierra del Sarre § 2.2 Verordnung zur Bekämpfung der Corona-Pandemie, de 31-03-2020. En Sajonia, § 2.1-2 Sächsische Corona-Schutz-Verordnung, de 31-03-2020.

9 B. VÖLZMANN, «Demokratie im Ausnahmezustand. Wie viel Versammlungsfreiheit gibt es in der Pandemie?», *Forum Politik und Gesellschaft*. Friedrich Ebert Stiftung, <https://library.fes.de/pdf-files/dialog/16361.pdf> [Consulta 26-IX-2022]. B. VÖLZMANN, «Versammlungsfreiheit in Zeiten von Pandemien», *Die Öffentliche Verwaltung*, 2020, pp. 894-895. Sobre el límite a los participantes en reuniones, vid.: Beschluss des Ersten Senats vom 16. Mai.2020 - 1 BvQ 55/20, mediante este Auto, se rechazó la solicitud urgente de excepción al límite superior de 50 participantes para reuniones en Brandeburgo.

10 C. ARZT, «Verwaltungsgerichtlicher Schutz des Art. 8 GG in der Corona-Pandemie». Accesible en <https://verfassungsblog.de/versammlungsfreiheit-unter-druck/> [Consulta: 26-09-2022].

11 I. M. LÜKE, «Einstweiliger Rechtsschutz gegen Corona-Schutzverordnungen. Eine Analyse der oberverwaltungsgerichtlichen

abril de 2020. En estos primeros momentos de la pandemia, los tribunales administrativos, casi sin excepción, permitieron a través de procedimientos de urgencia la prohibición total de las reuniones y las reservas de autorización previa. En la segunda fase (aproximadamente desde mediados de abril hasta comienzos de mayo de 2020), los tribunales empezaron a diferenciar los requisitos exigibles para una restricción del derecho fundamental a la libertad de reunión. Las limitaciones relativas al número de participantes en las reuniones, a las exigencias de distancia interpersonal y al uso de mascarilla, empezaron a ser cuestionadas; asimismo, se empezó a elaborar la relación entre el derecho de reunión y el derecho a la protección frente a infecciones. *Hasta ahora, los tribunales no han elaborado todavía una clara delimitación de los ámbitos de aplicación entre ambos. Desde el punto de vista del Derecho constitucional, esta situación, no parece aceptable.* En la tercera fase (aproximadamente desde el verano de 2020 hasta la primavera de 2021) y en el curso de la discusión del deber de vacunación, a finales de 2021 y a lo largo de 2022, se empezó a notar la influencia de la doctrina del Auto del TC federal de 17 de abril de 2020¹², en la jurisdicción contencioso-administrativa.

Al principio, estas estrictas prohibiciones reglamentarias –muy cuestionables desde el punto de vista del art. 19, 2 de la Ley Fundamental¹³– sometidas a la reserva de autorización fueron consideradas legítimas por los tribunales. La suspensión de la libertad de reunión, al principio fue tolerada por razones de eficiencia¹⁴. A partir del Auto del TC federal, de 17 de abril de 2020, se empezó a cuestionar la legitimidad de estas medidas. Este Auto introdujo lo que la doctrina alemana denominó “un estado de normalidad dentro de la crisis”. De este modo, las reuniones empezaron a estar permitidas. Cuanto más gravosas son las restricciones a la libertad, tanto más justificable parece, en principio, el derecho a manifestarse en contra de esas restricciones¹⁵.

Las limitaciones a los derechos de reunión y manifestación durante la pandemia, se pueden dividir en dos tipos: las manifestaciones o reuniones con otras finalidades (familiares, festivas, artísticas, religiosas, etc.) que se vieron impedidas por los reglamentos de los *Länder* (se tratan en el apartado II). Y, por otra parte, manifestaciones contra las medidas estatales adoptadas para combatir la pandemia: deber de usar mascarilla, o deber de vacunación, por ejemplo (a ellas se dedica el apartado III). Seguidamente se compara la jurisprudencia alemana con la jurisprudencia española (apartado IV), y se anotan unas reflexiones sobre las cuestiones abiertas con respecto a la jurisprudencia supranacional europea: la del TEDH acerca del art. 11 del CEDH (apartado V.1) y la del TJUE acerca del art 12 de la CDFUE (apartado V.2). Para terminar, se ofrecen unas consideraciones finales (apartado VI).

58

Rechtsprechung von März 2020 bis August 2021», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 70, 2022, pp. 609 y ss.

12 BVerfG, Bschl.v. 17.04.2020 – 1 BvQ 37/20. Accesible en https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/qk20200417_1bvq003720.html [Consulta: 14-02-2023]. Otras decisiones importantes del Tribunal Constitucional Federal relativas a restricciones de derechos con motivo de la pandemia son: Beschluss des Ersten Senats vom 27. April 2022 – 1 BvR 2649/21 (Auto sobre el certificado de vacunación) https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2022/04/rs20220427_1bvr264921.html [Consulta: 14-02-2023], Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 10. Februar 2022 – 1BvR 1073/21 (Auto sobre limitaciones al resarcimiento económico a empresas hoteleras cadena hotelera obligada a cerrar) https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/2022/02/rk20220210_1bvr107321.pdf?__blob=publicationFile&v=1 [Consulta: 14-02-2023] y Beschluss des Ersten Senats vom 16. Mai.2020 - 1 BvQ 55/20, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/05/qk20200516_1bvq005520.html [Consulta: 14-02-2023]. Mediante este Auto, se rechazó la solicitud urgente de excepción al límite superior de 50 participantes para reuniones en Brandeburgo (*cfi: supra*, nota 7).

13 Art. 19. 1. Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta debe tener carácter general y no estar limitada al caso individual. Además, le ley debe mencionar el derecho fundamental mencionando el artículo correspondiente.

2. En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial (...).

14 L. L. KRAFT, «Versammlungsverbote in der Corona-Pandemie. Entwicklung und gerichtliche Kontrolle von März 2020 bis August 2021». *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 70, 2022, p. 552.

15 Cfr.: F. BRAUN / C. KELLER, «Versammlungen in Zeiten der Corona-Pandemie», *KommunalPraxis spezial* 2021, 54-58 (Ausgabe2), p. 1.

II. CONSTITUCIONALIDAD DE LOS REGLAMENTOS DE LOS *LÄNDER*.

La doctrina alemana¹⁶ ha cuestionado la constitucionalidad material de las prohibiciones de reuniones con carácter preventivo. Si los reglamentos de los *Länder* se examinan a tenor de la jurisprudencia del TC federal sobre el art. 8, estas normas deberían haberse atendido a la doctrina constitucional según la cual “el ámbito de la libertad de reunión no debe ser relativizado a través de normas limitadoras arbitrarias”¹⁷. Las prescripciones de estos reglamentos afectan al ámbito de protección de la libertad de reunión garantizada en el art. 8.1 de la Ley Fundamental. El concepto de reunión designa “un grupo de dos o más personas que persiguen un fin común que las vincula”¹⁸.

Los límites al derecho de reunión solo son legítimos cuando se cumplen determinados requisitos: que estén previstos en la ley, que sean proporcionales (lo que incluye: fin legítimo, adecuación, y necesidad) y que sean oportunos. Es decir, en qué medida los reglamentos limitadores para proteger de la infección se ajustan al art. 8.1 de la Ley Fundamental, requiere un control de proporcionalidad. Según la jurisprudencia constitucional, es necesario considerar en este juicio de proporcionalidad, tanto el gran valor que tiene el derecho de reunión como la confianza que la Constitución deposita en la responsabilidad personal de los participantes en las reuniones, como un signo de la libertad, autonomía y madurez de los ciudadanos conscientes. Esta confianza en los ciudadanos es doctrina constitucional ya desde el Auto del TC, de 14 de mayo de 1985¹⁹. En consecuencia, sólo pueden considerarse constitucionales aquellas normas que respeten de modo adecuado, por un lado, el significado que el derecho de reunión tiene para la democracia y, por otro, permitan cumplir con el deber de protección de la integridad física, garantizada en el art. 2.2²⁰ de la Ley Fundamental.

En las restricciones al derecho de reunión, la protección del bien que puede llegar a restringirlo debe tratarse de “un bien jurídico elemental” (“*nur zum Schutz elementarer Rechtsgüter*”, sólo para la protección de bienes jurídicos elementales), y además la lesión de ese bien, ocasionada por el ejercicio del derecho de reunión, debe ser pronosticable a través de hechos o circunstancias reconocibles²¹.

Por lo que se refiere al *fin legítimo*, al comienzo de la pandemia la formulación de los fines adolecieron de concreción. Así por ejemplo, la intervención del Presidente de Renania del Norte-Westfalia que se expresaba en términos tales como “Se trata de la vida o la muerte”. El TC federal en el Auto de 13 de mayo de 2020²², declaró que afirmaciones generales como “la protección de la vida, de la salud, o evitar la pandemia”, podían ser consideradas fin legítimo para prohibir reuniones. Posteriormente, empezó a exigirse una formulación más concreta del fin para considerarlo legítimo. Y el fin concreto debe mencionarse en cada medida que se adopte²³. Empezaron a formularse como fines legítimos para prohibir reuniones, la garantía

16 Vid.: L. L. KRAFT, «Versammlungsverbote in der Corona-Pandemie. Entwicklung und gerichtliche Kontrolle von März 2020 bis August 2021», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 70, 2022, p. 579 y la bibliografía allí citada.

17 Vid.: L. L. KRAFT, «Versammlungsverbote in der Corona-Pandemie... op. cit. », p. 580, nota 203.

18 Vid.: H. SCHULTZE-FIELITZ, «Art. 8», en H. Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 1, 3. Auflage, 2013, n. marg. 24. C. GUSY, «Art. 8», en Mangoldt / Klein / Starck, *Grundgesetz Kommentar*, Hrsg. V. Huber / Voßkuhle, Bd.1, 7. Aufl., C.H. Beck, München, 2018, n. marg. 47.

19 El Auto del TC, de 14 de mayo de 1985, conocido como el Brokdorf-Beschluss, se resuelven los recursos 1 BvR 233/81 y 1 BvR 341/81, es el pronunciamiento del TC más importante sobre el derecho de reunión hasta la pandemia. Accesible en <https://openjur.de/u/174493.html> [Consulta: 1-03-2023]. Sobre esta decisión, véase, por todos, A. DOERING-MANTEUFFEL / B. GREINER / O. LEPSIUS, *Der Brokdorf-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts 1985. Eine Veröffentlichung aus dem Arbeitskreis für Rechtswissenschaft und Zeitgeschichte an der Akademie der Wissenschaften und der Literatur Mainz*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2015.

20 Art. 2.2. “Cada uno tendrá derecho a la vida y a la integridad física y será inviolable la libertad de la persona. Estos derechos sólo podrán verse afectados en virtud de una ley”.

21 L. L. KRAFT, «Versammlungsverbote in der Corona-Pandemie... op. cit. », p. 580.

22 Beschluss vom 13. Mai 2020 - 1 BvR 1021/20. Accesible en https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/05/rk20200513_1bvr102120.html [Consulta: 19-02-2023].

23 L. L. KRAFT, «Versammlungsverbote in der Corona-Pandemie...», op. cit., p. 582, nota 223.

de que el sistema de salud y, en especial, que las unidades de cuidados intensivos no se sobrecargaran²⁴. La funcionalidad del sistema de salud fue la finalidad concreta que el legislador introdujo en Noviembre de 2020.

En lo que atañe a la *idoneidad*, la adecuación de prohibiciones preventivas de reuniones para conseguir el fin, no suscitó dudas en la jurisprudencia.

Por su parte, la escala para medir la *necesidad* varió según el conocimiento que se iba teniendo de la enfermedad, y según las circunstancias de los contagios. Así, en diciembre de 2020, la Canciller federal pidió a todos los Primeros Ministros de los *Länder* que se prohibieran todas manifestaciones y reuniones de fin de año y año nuevo, debido a la situación de sobrecarga hospitalaria. Pero aun así, esto no modificó la consideración de que la prohibición de reuniones debe ser siempre la última *ratio*, y no debe hacerse sobre la base de un reglamento. El Tribunal Administrativo Superior de Münster consideró, en el Auto de 30 de diciembre de 2020²⁵, que -a pesar de que la prohibición estaba dirigida a días muy concretos y en circunstancias concretas (las celebraciones de fin de año)-, no debía considerarse que la prohibición de reuniones era un instrumento adecuado para evitar la pandemia. En sentido contrario, el Tribunal administrativo superior de Berlín-Brandeburgo²⁶.

Por último, en el análisis acerca de la *proporcionalidad en sentido estricto* (*Angemessenheit*), debe tenerse en cuenta si las prohibiciones de reuniones con motivo de la pandemia han lesionado “la prohibición del exceso” (*Übermaßverbot*) que está inserta, según la jurisprudencia constitucional²⁷, en el derecho fundamental de reunión.

Prohibición preventiva de reuniones con reserva de autorización. Del sentido literal del art. 8.1 de la Ley Fundamental, se deriva una decisión inmanente en la propia Constitución. Este precepto excluye una prohibición preventiva de reuniones con reserva de autorización. Sin embargo, esta fue precisamente la situación que se produjo en todos los *Länder* prácticamente. Es decir, fue invertida la relación regla general /excepción. Sólo el Tribunal administrativo de Hamburgo afirmó (16 de abril de 2020)²⁸ que, por la vía de un reglamento, no se pueden introducir prohibiciones de reuniones, respetando el art. 8 de la Ley Fundamental. A partir del verano de 2020, los Gobiernos de los *Länder* cambiaron la vía reglamentaria como forma de prohibir las reuniones. Solo el Estado de Renania-Palatinado la mantuvo hasta finales de la mantuvo de 2021²⁹.

En suma, la constitucionalidad de los reglamentos que prohibieron las manifestaciones con carácter preventivo fue examinada por la jurisprudencia (administrativa y constitucional) cada vez de modo más exigente, atendiendo a que los reglamentos no tienen rango normativo, a la necesidad de que el fin de la restricción sea concreto (no genérico), y a las decisiones inmanentes al propio art. 8 de la Ley Fundamental, como son la prohibición del exceso y la confianza que la Constitución deposita en la responsabilidad de los ciudadanos.

60

24 M. HONG, «Die Corona-Triage und das Verbot der Diskriminierung wegen der Behinderung als Schutzpflicht», <https://verfassungsblog.de/die-corona-triage-und-das-verbot-der-diskriminierung-wegen-der-behinderung-als-schutzpflicht/> [Consulta: 19-02-2023].

25 OVG NRW, Beschluss vom 30.12.2020 – 13 B 2017/20.NE – Versammlungsverbot Silvester. Un comentario a esta Auto puede verse en J. PRIGGE, <https://www.prigge-recht.de/ovg-nrw-beschluss-vom-30-12-2020-13-b-2017-20-ne-versammlungsverbot-silvester/> [Consulta: 19-02-2023].

26 OVG Berlin-Brandenburg, 30.04.2020-11 S 36.20 <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=OVG%20Berlin-Brandenburg&Datum=30.04.2020&Aktenzeichen=11%20S%2036.20> [Consulta: 19-02-2023].

27 C. GUSY, Art. 8, en Mangoldt /Klein /Starck, Grundgesetz Kommentar, Hrsg. V. Huber / Voßkuhle, Bd.1, 7. Aufl., C.H. Beck, München, 2018, n. marg. 47.

28 OVG Hamburg, Beschluss vom 16.04.2020 - 5 Bs 58/20 <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/ovg-hamburg-eilantrag-gegen-versammlungsverbot-erfolglos>. [Consulta: 19-02-2023].

29 Las sucesivas modificaciones reglamentarias para combatir la pandemia en este Estado, pueden verse en <https://corona.rlp.de/de/service/rechtsgrundlagen/> [Consulta: 19-02-2023].

III. SOBRE EL DERECHO DE REUNIÓN Y EL DEBER DE USAR MASCARILLA.

El TC federal rechazó mediante el Auto 145/20³⁰ la admisión a trámite del recurso de amparo interpuesto contra la decisión del Tribunal Administrativo Superior de Bremen³¹ que prohibía una reunión convocada por el colectivo “Querdenken421 Bremen”. El Tribunal de primera instancia había afirmado que la prohibición preventiva de una reunión era admisible cuando en una reunión muy previsiblemente no se iban a respetar las distancias de seguridad ni el deber de llevar mascarilla. El Tribunal de Administrativo Superior confirmó la decisión del de primera instancia que, a su vez, había rechazado el recurso contra el acto administrativo que prohibía la reunión. La jurisdicción administrativa ordinaria consideró que una prohibición preventiva era admisible toda vez que los solicitantes habían confirmado su posición contraria al deber de guardar la distancia de seguridad y portar mascarillas. La ponderación entre el derecho de reunión y las exigencias de la protección de la salud que hizo la jurisdicción ordinaria fue confirmada por el TC federal, considerando que la ponderación de los riesgos y la valoración de los hechos jurídicamente relevantes no eran incorrectos.³²

El derecho a la libertad de reunión tiene un significado especial en el proceso de la formación de la voluntad en una democracia. Por ello, las prohibiciones preventivas solo pueden considerarse admisibles en consideración a especiales circunstancias excepcionales. Las posibles lesiones del derecho de reunión con carácter general solo pueden ser contrarrestadas por medidas proporcionadas, no mediante prohibiciones preventivas. Esta prescripción, derivada del art. 8, 1 de la Ley Fundamental³³, rige también aun cuando haya habido reuniones en el pasado que han producido de hecho lesiones de derechos. No se permite una conclusión general de que incidentes producidos en el pasado en estos eventos se repetirán en el futuro. Por eso, ante cada prohibición de reunión, hay que preguntarse: ¿Se dan en este caso efectivamente los requisitos para la prohibición preventiva de una reunión?

La doctrina alemana ha comparado la situación de las manifestaciones durante la pandemia contra el deber de llevar mascarilla con las demostraciones de los años 60 contra la subida de precios de los tranvías en Colonia. En este caso, se consideró que el derecho de manifestación incluía la posibilidad de bloquear las vías del tranvía. ¿Por qué ahora se debería exigir a los demostrantes que -además de ejercer su derecho fundamental- cumplan con un *deber de garantía del Estado*?

Contra la opinión de Lepsius³⁴, sostienen Braun y Keller³⁵ que el incumplimiento del deber de llevar mascarilla no debe ser consideradas en el contexto de la desobediencia civil. La primacía del deber de llevar mascarilla, sobre el derecho de reunión y manifestación se deriva de que en el juicio de proporcionalidad, el fin de impedir la propagación de una enfermedad con el grave riesgo para la salud que supone y la sobrecarga para el sistema de salud y la consecuencia aparejada del problema de tener que decidir en los hospitales quién tiene prioridad al recibir un tratamiento.

Los demostrantes no tienen por qué llevar a cabo ellos mismos los deberes de protección que corresponden al Estado, pero sí tienen que contar que para que el Estado pueda cumplir sus deberes de

30 Beschluss v. 5. Dezember (1BvQ 145/20). https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/12/qk20201205_1bvq014520.html [Consulta: 19-02-2023].

31 La sentencia del Tribunal administrativo de Bremen (5 V 2748/20) fue confirmada en apelación por el Tribunal Administrativo superior de ese Estado OVG Bremen (1 B 385/20). La misma decisión de prohibir estas manifestaciones fue adoptada en las ciudades de Dresde y Fráncfort. Cfr.: W. HECKER, «Versammlungsfreiheit und Maskenpflicht» VerfBlog, 2020/12/16, <https://verfassungsblog.de/versammlungsfreiheit-und-maskenpflicht/>, [Consulta: 14-02-2023].

32 Ibid.

33 Art. 8 de la Ley Fundamental: 1. “Todos los alemanes tienen el derecho de reunirse pacíficamente y sin armas, sin notificación ni permisos previos.

2. Para las reuniones en lugares abiertos este derecho puede ser restringido por ley o en virtud de una ley”.

34 Cfr.: O. LEPSIUS, «Einstweiliger Grundrechtsschutz nach Maßgabe des Gesetzes. Eine Analyse des Beschlusses des BVerfG vom 5.5. 2021 zum Ausgangsverbot der Bundesnotbremse», *Der Staat*, 60, 2021, pp. 609-651.

35 F. BRAUN / C. KELLER, «Versammlungen in Zeiten der Corona-Pandemie», *KommunalPraxis spezial* 2021, 54-58 (Ausgabe2).

protección, ocasionalmente su derecho de reunión y manifestación puede verse limitado. No se trata de una “moralización” del ejercicio de los derechos (en este caso del derecho de reunión y manifestación), sino de tener en cuenta el deber de protección de la salud que garantiza el art. 2. 2 de la LF: “Cada uno tendrá derecho a la vida y a la integridad física y será inviolable la libertad de la persona”³⁶. El TC federal confirmó el pronóstico de peligro cierto que había hecho la jurisdicción ordinaria porque estas decisiones se habían basado en la experiencia de reuniones anteriores que se aportaron como indicios.³⁷

El deber de vacunación en Alemania fue impuesto de modo indirecto, en la medida en que resultaba obligatoria la presentación de un certificado de vacunación para determinadas actividades³⁸, y para desempeñar algunos trabajos. Las *manifestaciones contra el deber generalizado de vacunación* tienen la misma valoración jurídica en cuanto a la constitucionalidad o no de sus restricciones. Una de las principales manifestaciones contra la vacunación tuvo lugar en Hannover³⁹. El TC⁴⁰ declaró que era conforme a la Ley Fundamental exigir la vacunación incluso para obtener una plaza en un jardín de infancia⁴¹.

En suma, las restricciones al derecho de reunión y manifestación que se impusieron en Alemania, cuando éstas tenían como finalidad protestar contra medidas adoptadas por los poderes públicos contra la pandemia (por ejemplo, el deber de llevar mascarilla, o la obligación de vacunación) fueron consideradas constitucionales por la jurisprudencia alejándose tanto de una “moralización” de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos como de la imposición del cumplimiento de obligaciones estatales por parte de los ciudadanos. Las prohibiciones de manifestaciones se consideraron constitucionales, porque se estimó que el juicio de proporcionalidad efectuado por los tribunales fue correcto.

IV. CONSIDERACIONES COMPARATIVAS CON LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA.

Coincidencias en el fondo entre ambas jurisdicciones constitucionales. El TC federal de Alemania, no admitió a trámite los recursos interpuestos por los convocantes de manifestaciones contra las decisiones de la jurisdicción ordinaria, no considera que se hubiera producido la lesión del derecho de manifestación alegado por los convocantes. El TC español tampoco admitió a trámite el recurso interpuesto contra la sentencia del TSJ de Galicia. El Auto denegatorio de admisión (ATC 40/2020, de 30 de abril⁴²) es tan extenso que se asemeja a una decisión denegatoria de amparo. Se puede concluir que en las decisiones estudiadas hay una amplia coincidencia en el la protección material de los derechos fundamentales.

Estado federal y autonómico. Cabe plantearse si la estructura territorial de estos dos Estados ha influido en las restricciones de los derechos de reunión y manifestación. En la República Federal de Alemania, las medidas fueron adoptadas desde el inicio de la pandemia por los *Länder*, aunque con un Acuerdo de coordinación entre ellos y el Gobierno federal (*vid. supra* apartado I). En España, las medidas restrictivas

62

36 Cfr.: W. HECKER, «Versammlungsfreiheit und Maskenpflicht». VerfBlog, 2020/12/16, <https://verfassungsblog.de/versammlungsfreiheit-und-maskenpflicht/> DOI: 10.17176/20201216-173112-0 [Consulta: 19-02-2023].

37 BVerfG, 30.08.2020 – 1BvQ 94/20, n. marg. 17. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/08/qk20200830_1bvq009420.html [Consulta: 14-02-2023].

38 Masernschutzgesetz v. 10.2. 2020.

39 Anti-Impfpflicht-Demo“ wird zum Schaulaufen von Verschwörungstheoretikern <https://medwatch.de/alternativmedizin/anti-impfpflicht-demo-wird-zum-schaulaufen-von-verschwörungstheoretikern/> [Consulta: 19-02-2023].

40 BVerfG, 21.07.2022 - 1 BvR 469/20, 1 BvR 471/20, 1 BvR 470/20, 1 BvR 472/20 <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BVerfG&Datum=21.07.2022&Aktenzeichen=1%20BvR%20469%2F20> [Consulta: 19-02-2023].

41 A. KIESSLING, «Masernimpflicht für Kita-Kinder», *Juristen Zeitung*, 77, 2022, pp. 896-898.

42 Para un comentario a este Auto, cfr.: M. E. CASAS BAHAMONDE, «Derecho de manifestación del sindicato y estado de alarma en la emergencia de COVID-19», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n. 5, 2020, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2020-00000000968 [Consulta: 14-02-23]. J. SARRIÓN ESTEVE, «La protección de la salud, la vida y la integridad física en tiempos de pandemia en la doctrina constitucional. A propósito del ATC 40/2020 de 30 de abril», *Actualidad jurídica iberoamericana*, n. 14, 2021, pp. 1026-1039.

fueron adoptadas por el Gobierno, con la declaración del Estado de alarma, y solo en la llamada “desescalada” fueron las Comunidades Autónomas las competentes para mantener, o ir suprimiendo paulatinamente, las medidas restrictivas. La declaración del Estado de alarma en España supuso una alteración de la normal distribución de competencias. La gestión de la crisis sanitaria por las Comunidades Autónomas devolvió la adopción de medidas desde el derecho de excepción al derecho sanitario⁴³.

En Alemania no se adoptaron las medidas sobre la base del derecho de excepción, sino sobre la base de las leyes sanitarias. Quizá por esto, no se planteó con tanta virulencia si las medidas adoptadas eran suspensión o una fuerte limitación de los derechos fundamentales⁴⁴. A ello hay que añadir que el derecho de libertad de circulación no se vio tan restringido en Alemania como lo fue en España, hasta el punto de que algún autor español habla de “suspensión material” de la libertad de circulación⁴⁵. Sin embargo, el hecho de que las restricciones se adoptaran mediante reglamento, sí puso en duda (tanto en la doctrina alemana como en algunos tribunales) si podía considerarse que cumplían con el requisito de estar “previstas en la ley”. En España, los Decretos de alarma son “decisiones con rango o valor de ley”⁴⁶; sólo cuando empezaron a adoptarse “reglamentos de emergencia”, se suscita esta cuestión entre otras (como su relación con la legalidad ordinaria⁴⁷). Además, por lo que se refiere a las posibilidades de control de las medidas adoptadas, también se planteó si sería competente la jurisdicción ordinaria, aunque se planteen dudas, en la medida en que se les atribuye “fuerza de ley”⁴⁸.

Ni España ni Alemania suspendieron el CEDH. En ninguno de los dos Estados objeto de la comparación se produjo la suspensión del CEDH, invocando el art. 15⁴⁹, como sí ocurrió en otros Estados miembros del Consejo de Europa⁵⁰. De los diez Estados (Albania, Armenia, Estonia, Georgia, Letonia, Macedonia del

43 Cfr.: A. BOIX PALOP, «El impacto sobre la normalidad competencial de las situaciones excepcionales. Centralización y coordinación extraordinarias frente a intensificación de las técnicas cooperativas y de colaboración», *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 61, 2022.

44 Cfr.: L. COTINO HUESO, «Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus: Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 86-87, 2020 (Ejemplar dedicado a: Coronavirus y otros problemas), pp. 88-101. C. VIDAL PRADO, «Herramientas jurídicas frente a situaciones de emergencia sanitaria ¿Hasta dónde se pueden limitar derechos sin recurrir a la excepcionalidad constitucional?» *Teoría y realidad constitucional*, n. 48, 2021, pp. 265-296. G. J. RUIZ-RICO RUIZ, «Derechos Humanos: sistema, límites y situaciones de emergencia», en J. M. Contreras Mazarío (dir.), *El impacto del COVID-19 en la libertad de conciencia y religiosa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 183-202. En opinión de M. ARAGÓN REYES, «Covid-19: Aproximación constitucional a una crisis», *Revista General de Derecho Constitucional*, n. 32, 2020, el encierro domiciliario decretado mediante la declaración de estado de alarma, “no constituye, en principio, una limitación de derechos, sino una auténtica suspensión (...)”.

45 Vid.: L. COTINO HUESO, «Confinamientos, libertad de circulación y personal, prohibición de reuniones y actividades y otras restricciones de derechos por la pandemia del Coronavirus», *Diario La Ley*, n. 9608, 2020. Accesible en <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2020/04/06/confinamientos-libertad-de-circulacion-y-personal-prohibicion-de-reuniones-y-actividades-y-otras-restricciones-de-derechos-por-la-pandemia-del-coronavirus> [Consulta: 1-03-2023].

46 Vid.: ATC 7/2012, F. J. 3 y STC 83/2016, F. J. 11.

47 Cfr.: I. ARAGUÀS GALCERÀ, «Potestad reglamentaria y situaciones excepcionales. Normas de necesidad», *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 61, 2022.

48 Vid.: F. VELASCO CABALLERO, «Estado de alarma y distribución territorial del poder», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 86-87, 2020 (Ejemplar dedicado a: Coronavirus y otros problemas), p. 87, “(...) no sólo el Real Decreto que declara el estado de alarma, sino también las concretas medidas que dictan ministras y ministros, tienen *fuerza de ley*, pues son tales medidas concretas las que afectan provisionalmente al ejercicio de las competencias que los Estatutos de Autonomía y las demás leyes atribuyen a las Comunidades Autónomas y las entidades locales. Y si es así, si esas medidas ministeriales tienen *fuerza de ley*, sólo el Tribunal Constitucional podría ejercer sobre ellas un control jurisdiccional”. Por lo que se refiere a los controles judiciales durante los estados de emergencia, según la Comisión de Venecia, vid.: J. M. CASTELLÀ ANDREU, «Compilación de la Comisión de Venecia de Opiniones e Informes sobre Estados de emergencia» *Revista General de Derecho Constitucional*, n. 32, 2020, p. 5.

49 M. J. ROCA, «La suspensión del Convenio Europeo de Derechos Humanos desde el Derecho español: Procedimiento y Control», *Revista española de derecho europeo*, n. 72, 2019, pp. 43-71 y en *Libertad y seguridad en un contexto global: retos y desafíos para los sistemas de garantía de los derechos fundamentales* / coord. por M. O. Godoy, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 113-145.

50 M. J. ROCA, «La suspensión de derechos como garantía del sistema del Convenio», en J. García Roca / R. Bustos Gisbert,

Norte, Moldavia, Rumanía, San Marino y Serbia) que hicieron uso de la suspensión prevista en el art. 15 con motivo de la pandemia, hicieron mención expresa de que entre los derechos suspendidos, se incluía el derecho de reunión y manifestación (art. 11) cinco de ellos. Tanto en Letonia⁵¹ como en la República de Moldavia, se especificaron los preceptos del CEDH suspendidos, incluyéndose el art. 11⁵². En Georgia, aunque ya desde el 26 de febrero de 2020, se habían adoptado por el Gobierno severas restricciones de derechos, es el 21 de marzo de 2020 cuando, mediante Decreto Presidencial se declaró el estado de emergencia, con aprobación parlamentaria posterior. Esta nueva situación llevó a suspender los arts. 5, 8 y 11 del CEDH y los arts. 1 y 2 del primer Protocolo al Convenio así como el art. 2 del Protocolo n.º 4. En la República de Albania, el 11 de marzo de 2020 se declaró mediante orden del Ministro de Salud y Protección social el estado de epidemia. Posteriormente por Decreto-ley del Consejo de Ministros se declara el estado de desastre natural y se notifica a la Secretaría General la suspensión de determinados preceptos del CEDH (24 de marzo de 2020, durante 30 días). El 12 de mayo de 2020, la Representación Permanente de Albania ante el Consejo de Europa informó a la Secretaría General de la decisión del Gobierno de prorrogar el estado de emergencia hasta el 23 de junio de 2020. El Gobierno decidió no prorrogar el estado de emergencia en Albania, y, por tanto, cesaron las medidas adoptadas que fueron la causa de la suspensión de los arts. 8 y 11 del Convenio, así como de los arts. 1 y 2 del Protocolo y el art. 2 del Protocolo n.º 4 del Convenio. De este modo que todas las disposiciones del Convenio comenzaron a ser de nuevo plenamente aplicables y así se comunicó a la Secretaría General. Macedonia del Norte, que invocó la cláusula del art. 15 con una vigencia desde el 1 de abril al 10 de junio de 2020, tampoco especificó los derechos suspendidos.

Por el contrario, los otros cinco estados que invocaron la cláusula del art. 15, no mencionaron la suspensión del art. 11. En Rumanía, se declaró el estado de emergencia de conformidad con la Constitución rumana y las leyes aplicables a los regímenes del estado de sitio y de emergencia, el 16 de marzo de 2020. Asimismo, se consideró oportuno suspender el CEDH, pero sin especificar exactamente qué preceptos del CEDH eran objeto de suspensión. Puesto que se invocó el art. 15.3, en mi opinión, ha de entenderse que la suspensión es lo más amplia que permite el precepto. El 15 de mayo la República de Rumanía comunicó a la Secretaría General que habían cesado las medidas que requerían la suspensión del Convenio. El Gobierno de la República de Estonia declaró el estado de emergencia, en todo su territorio, desde el 12 de marzo de 2020 hasta el 1 de mayo de 2020. El Gobierno estonio detalló pormenorizadamente las consecuencias que las medidas adoptadas suponían, y qué medidas se extendían a determinadas islas de su territorio pero no específico qué preceptos del CEDH quedaban suspendidos. En Armenia, el estado de emergencia se decretó el 16 de marzo de 2020, y ante la posibilidad de que alguna de las medidas adoptadas pudiera suponer el incumplimiento obligaciones derivadas del CEDH, se comunicó a la Secretaría General la suspensión, sin especificar qué medidas se adoptaban ni el incumplimiento de qué obligaciones convencionales del Estado podrían verse afectadas. De conformidad con el art. 200 de la Constitución de la República de Serbia, este Estado declaró el estado de emergencia, el 15 de marzo de 2020, y declaró la suspensión del CEDH, en virtud del art. 15, pero sin especificar qué derechos de los garantizados en el CEDH se suspendían. Por su parte, el Ministerio de Asuntos Exteriores de la República de San Marino, al comunicar a la Secretaría General la suspensión del CEDH, sólo especifica que se respetan los derechos que, a tenor del art. 15, 1 y 1, no pueden ser suspendidos. Asimismo, el Gobierno de la República de San Marino adoptó el Decreto-Ley n.º 108 de 30 de junio de 2020 denominado “Disposiciones finales relativas a la emergencia debida a la COVID-19”. Con el mencionado Decreto-Ley, el Gobierno de la República de San Marino declaró que todas las disposiciones

(dirs.), *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*, ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2022, pp. 227-232.

51 Se declaró el estado de emergencia en todo el territorio; entre las medidas adoptadas por el gobierno letón, se suspendió la enseñanza presencial en las escuelas y el acceso de terceros a hospitales, se restringió el acceso a los centros de asistencia social y a los lugares de detención, se anularon y prohibieron todos los eventos, reuniones y concentraciones públicas de personas, asimismo, quedó restringido la circulación de personas. A juicio de las autoridades del Estado, la aplicación de estas medidas justificaba, la necesidad de suspender los arts. 8 y 11 del Convenio y el art. 2 del Protocolo al Convenio y el art. 2 del Protocolo n.º 4.

52 Además de este precepto, también se suspendieron el art. 2 del primer Protocolo y art. 2 del Protocolo 4

del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales volvían a tener plena aplicación.

En nuestra opinión, sólo los Estados que suspendieron el Convenio e indicaron expresamente la suspensión del art 11 tienen claramente una posición más garantista con respecto a las eventuales demandas contra el Estado ante el TEDH. Es dudosa cual sería la posición de los Estados que habiendo invocado la suspensión del art. 15, lo hicieron de modo genérico, sin indicar que quedaban suspendidos los derechos de reunión y manifestación. En todo caso, la posición de la República Federal de Alemania y la de España con respecto al art. 11 del CEDH es la misma ya que ninguno de los dos Estados invocó la cláusula del art. 15.

V. CUESTIONES ABIERTAS CON RESPECTO A LA JURISPRUDENCIA SUPRANACIONAL EUROPEA.

1. ¿Referencia a la jurisprudencia del TEDH acerca del art. 11 del CEDH?

Puede sorprender la ausencia de cualquier referencia a la jurisprudencia del TEDH en la jurisprudencia alemana. Hay un cuerpo de jurisprudencia importante acerca del art. 11 del CEDH⁵³. La libertad de reunión y manifestación pertenece a las libertades fundamentales que conforman la conciencia democrática⁵⁴, y está en estrecha relación con libertad de expresión. De ahí que su protección sea relevante en orden a garantizar la pluralidad dentro de la democracia⁵⁵. Sin embargo, en la jurisprudencia alemana consultada, no se menciona ninguna sentencia del TEDH. Por el contrario, en la sentencia del TSJ de Galicia 136/2020, de 28 de abril⁵⁶ se cita que el art. 11, 2 del CEDH admite la restricción del ejercicio del derecho de reunión para proteger la salud pública, y se recoge la doctrina del TEDH en el caso *Cisse contra Francia*, de 9 de abril de 2002⁵⁷, que consideró proporcionada la restricción de este derecho, por motivos de salud pública, a unos extranjeros que habían ocupado una iglesia de modo pacífico⁵⁸. Ahora bien, como señala Bilbao Ubillos⁵⁹, aunque en ambos casos se invoque la protección de la salud pública como límite del derecho de reunión y manifestación, sin embargo, los supuestos de hecho no son equiparables. En las limitaciones por la pandemia se impidieron las reuniones y manifestaciones; en cambio, en el mencionado caso contra Francia, se trataba de personas que ya habían ejercido su derecho de reunión durante un largo periodo de

65

53 Remitimos a la *Guide sur l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme*, puesta al día en agosto de 2022. J. M. BILBAO UBILLOS, «Las libertades de reunión y asociación: algunas vacilaciones en una trayectoria de firme protección (art. 11 CEDH)», en J. García Roca / P. Santolaya, (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, 3ª ed., Madrid, 2014, pp. 511-552.

54 Caso *Nalvany c. Rusia*, de 15 de Noviembre de 2018, § 98. <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22fulltext%22:%5B%22Russia%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-187605%22%5D%7D> [Consulta: 19-02-2023].

55 Caso *Bączkowski y otros contra Polonia*, de 3 de mayo de 2007, § 62. <https://hudoc.echr.coe.int/appno%22:%5B%221543/06%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-80464%22%5D%7D> [Consulta: 19-02-2023].

56 Accesible en <https://app.vlex.com/#vid/844406481> [Consulta: 14-02-2023]

57 Accesible en <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-60413%22%5D%7D> [Consulta: 14-02-2023]

58 C. ORTEGA CARBALLO, «Derecho de manifestación en tiempos de pandemia», *Revista Administración & Ciudadanía*, vol. 15, 2020, p. 362.

59 J. M. BILBAO UBILLOS, «La libertad de reunión y manifestación en tiempos de pandemia», en P. Biglino Campos, / F. Durán Alba, *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Colección Obras colectivas Fundación Giménez Abad, Zaragoza DOI: <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC20.0013>, p. 7-8 (en nota 14). [Consulta: 19-II-2023]. El supuesto de hecho no parece comparable, ya que en el caso enjuiciado por el TEDH, se había ejercido el derecho de reunión, y sólo se limitó cuando las condiciones de salud pública lo exigieron; en cambio, en el caso sometido a la jurisdicción del TSJ de Galicia, el sindicato convocante no pudo ejercer el derecho de manifestación. Cfr.: M. A. PRESNO LINERA, «El derecho de reunión durante el estado de alarma sanitaria por covid-19», en C. Garrido López, (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza. 2021 DOI: <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC21.0005> [Consulta: 19-II-2023].

tiempo, pero a las que después de meses se las disuelve por motivos de salubridad. Por tanto, de la concreta jurisprudencia sobre restricciones del derecho de manifestación en ambos Estados no debe concluirse que se hayan recibido en el ordenamiento español los estándares de protección fijados por el Tribunal de Estrasburgo mejor ni peor que en el alemán.

2. ¿Referencia a la jurisprudencia del TJUE acerca del art 12 de la CDFUE?

Cabe preguntarse si habría sido oportuna por parte de los TC alemán y español alguna referencia a la jurisprudencia del TJUE sobre el art 12 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Ciertamente, la UE en virtud del art. 4, 2, k) dispone de competencia compartida con los Estados en los “asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública”, y en virtud del art. 6, a), la Unión es competente para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar la protección y mejora de la salud humana. En ejercicio de estas competencias, se adoptó en octubre de 2020 la Recomendación⁶⁰ que en su apartado 10, establecía: “Al adoptar y aplicar restricciones a la libre circulación, los Estados miembros deben respetar los principios del Derecho de la UE, en particular la proporcionalidad y la no discriminación. El objetivo de la presente Recomendación es facilitar la aplicación de manera coordinada de dichos principios a la situación excepcional causada por la pandemia de COVID-19. Por consiguiente, los mecanismos establecidos en esta Recomendación han de estar estrictamente limitados en el ámbito y el tiempo a las restricciones adoptadas en respuesta a esta pandemia”. Ahora bien, tanto esta Recomendación como el Reglamento⁶¹ posterior que incide en el derecho a la libre circulación son posteriores a las normativas de los Estados miembros (tanto alemán como español), en las que se fundamentan las restricciones del derecho de reunión y manifestación. Por lo tanto, las restricciones al derecho de reunión y manifestación no se hicieron por parte de los Estados en aplicación del Derecho de la Unión Europea. Como establece el art. 51 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, ésta obliga a los órganos de la Unión y a los Estados miembros, en la medida en que aplican Derecho Europeo⁶². Las prohibiciones que afectaron al ejercicio del derecho de reunión y manifestación aplicaban el Derecho nacional. En el caso de Alemania, no el TC no ocupa en la jurisprudencia sobre el derecho de reunión y manifestación durante la pandemia la posición de garante de los derechos fundamentales de la Unión⁶³. En el caso de España, la Carta siempre podrá ser aplicada como criterio hermenéutico (art. 10. 2 de la CE), pero la intensidad de la obligación a la interpretación que la jurisprudencia del TJUE, para los órganos del Estado español, es menor que si se hubiera estado aplicando Derecho europeo⁶⁴.

66

VI. CONSIDERACIONES FINALES.

¿Las decisiones de los Tribunales Constitucionales de Alemania y de España que consideran constitucionales las severas limitaciones del derecho de reunión y manifestación, podría decirse que han

60 Recomendación (UE) 2020/1475 del Consejo de 13 de octubre de 2020 sobre un enfoque coordinado de la restricción de la libre circulación en respuesta a la pandemia de COVID-19 (hoy derogada), «DOUE» núm. 337, de 14 de octubre de 2020, páginas 3 a 9. Accesible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2020-81498> [Consulta: 14-II-2023].

61 Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2021 relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado COVID digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19. «DOUE» núm. 211, de 15 de junio de 2021, páginas 1 a 22 (22 págs.) <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2021-80782> [Consulta: 14-II-2023].

62 H. D. JARASS, «Art. 12», *Charta der Grundrechte der Europäischen Union Kommentar*, 4. Auflage, C. H. Beck, München, 2021, n. marg. 7, p. 148.

63 Cfr.: M. WENDEL, «Das Bundesverfassungsgericht als Garant der Unionsgrundrechte», *Juristen Zeitung*, 75, 2020, pp. 157 y ss.

64 Aunque con referencia a otra cuestión, ésta es también la opinión de A. AGUILAR CALAHORRO, «La aplicación nacional de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE: una simple herramienta de interpretación de la eficacia de las Directivas», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 61, 2018, p. 1006.

supuesto, de algún modo, una mutación constitucional⁶⁵? Las estrictas limitaciones a los derechos de reunión y manifestación en España han hecho que el art. 21, se ponga en relación el art. 30.4 de la CE (“Mediante ley podrán regularse los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública”). Ciertamente, aquí no se configura la salud pública como un límite de los derechos de reunión y manifestación, sino como un deber constitucional⁶⁶. El entrelazamiento entre los derechos fundamentales y los deberes constitucionales, es uno de los rasgos propios del constitucionalismo de Weimar⁶⁷, puede considerarse una tendencia que han iniciado las medidas adoptadas para proteger a la población de la pandemia y que podría en el futuro marcar una tendencia en la interpretación constitucional.

Sin embargo, las medidas restrictivas de la libertad de reunión y manifestación durante la pandemia no han llegado en la doctrina ni en la jurisprudencia alemana a delimitar o distinguir el ámbito de protección de estos dos derechos cuando las reuniones son al aire libre. En la jurisprudencia y la doctrina española, tampoco han servido estas restricciones de derechos para elaborar una adecuada delimitación entre “fuerte limitación” y “suspensión” de los derechos fundamentales. Más aún, en la jurisprudencia constitucional española sigue siendo una cuestión abierta las relaciones entre los convocantes de la reunión (o los organizadores de la manifestación), las fuerzas de orden público y los participantes en la reunión o manifestación⁶⁸.

65 Cfr.: G. JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, CEPC, Madrid, 2018. P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, «Constitución y realidad constitucional. Reforma, integración y mutación», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, n. 95, 2018, pp. 525-545. C. VIDAL, «Mutación constitucional», en E. García (ed.), *Weimar, el 'Momento democrático de los modernos' entre dos otoños revolucionarios: noviembre 1919 y noviembre 1989*, CEPC, Madrid, 2021, pp. 153 y ss.

66 Cfr.: F. RUBIO LLORENTE, «Los deberes constitucionales», *Revista española de derecho constitucional*, n. 62, 2001, pp. 11-56. V. MORET MILLÁS, «Los deberes constitucionales en el ordenamiento jurídico español: el inestable binomio derechos-responsabilidades», *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, n. 30, 2018, pp. 205-272.

67 Cfr.: C. SENIGAGLIA, «Hegel, die Weimarer Verfassung und die Verflechtung zwischen Rechten und Pflichten», *Der Staat*, 59, 2020, pp. 577-598.

68 Cfr.: I. TORRES MURO, *El derecho de reunión y manifestación*, Civitas, Madrid, 1991. J. C. GAVARA DE CARA, *El sistema de organización del ejercicio del derecho de reunión y manifestación*, McGraw-Hill, Madrid, 1997. M. F. MASSÓ GARROTE, «El derecho de reunión y manifestación en el nuevo marco regulatorio de la ley de protección de seguridad ciudadana lo 4/2015 de 30 de marzo». *Estudios de Deusto de Derecho Público*, vol. 64/2, 2016, pp. 101-126. DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-64\(2\)-2016pp101-126](https://doi.org/10.18543/ed-64(2)-2016pp101-126) [Consulta: 14-II-2023]. M. Á. PRESNO LINERA, «El derecho de reunión», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (Ejemplar dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho Público / coord. por Francisco Velasco Caballero / Beatriz Gregoraci Fernández, n. extra 1, 2021 pp. 107-123.