

El derecho de reunión y manifestación*

Alexander Espinoza Rausseo**

1 Recomendaciones:

- Se recomienda la actualización de la legislación que regula el ejercicio del derecho de reunión y manifestación pública, con el objeto de ajustarla al estándar de protección acorde con la Constitución y el derecho comparado;
- Se recomienda el estudio de la propuesta realizada por la Dirección de Investigación y Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional, sobre el:

Anteproyecto de Ley Orgánica de Reuniones y Manifestaciones Públicas. Memorando DIAJ- N° 075 de 20 de abril de 2016. (DIAJ-DER). Publicado en la Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica Febrero-Julio 2016, N° 1, pág. 132¹

2 Terminología

2.1 El derecho comparado

El derecho de reunión y manifestación son un único derecho, que encierra 1 diversas modalidades de ejercicio.² Suelen englobarse, al hablar de libertad de reunión, dos modalidades de la misma: la reunión propiamente dicha (*meeting*, en la terminología inglesa), de carácter estático, ya se celebre en local abierto o cerrado, y la manifestación, de carácter dinámico, siendo en suma la reunión puesta en marcha recorriendo lugares públicos. Esta última,

* Extracto de Espinoza, Alexander: El efecto irradiante del derecho de reunión. Alemania, España y Venezuela. Estudio sobre la teoría del efecto irradiante de los derechos fundamentales en todo el orden jurídico. Instituto de Estudios Constitucionales. Caracas, 2015.

** Doctor Iuris y Magister Legum por la Universidad de Passau, Alemania. Profesor Instructor de la Universidad Central de Venezuela

¹ <http://www.estudiosconstitucionales.com/REDIAJ/lormp.pdf>

² Bastida, Derechos de reunión y manifestación, pág. 181

en sus diversas modalidades (a pie, en vehículos, con o sin oradores, etc.) encierra un mayor peligro para el orden público, y por ello es objeto de regulación específica.³

- 2 El término “reunión” es utilizado en gran cantidad de las Constituciones modernas,⁴ mientras que en otras se emplean los términos “reunión y manifestación”.⁵ Un tercer grupo alude al término genérico de reunión y reconoce ciertas formas específicas, tales como el derecho de concentración, manifestación y movilización pública.⁶ En tales casos, la distinción entre reuniones y manifestaciones tiene por finalidad autorizar limitaciones especiales, derivadas de los peligros para el orden público de las reuniones en movimiento, las de carácter público, las reuniones políticas y las celebradas en lugares abiertos.

El art. 8 de la Ley Fundamental de Alemania consagra el derecho de todos los alemanes de reunión pacífica y sin armas. El segundo aparte del art. 8 permite que las reuniones a cielo abierto sean restringidas por ley o en virtud de una ley. La referencia especial a las reuniones en lugares abiertos también se encontraba en el art. 123 de la Constitución de Weimar de 1919. La Ley sobre Reuniones y Manifestaciones⁷ regula el ejercicio de las reuniones públicas en lugares cerrados y abiertos y las manifestaciones. La expresión “a cielo abierto” no sólo se refiere a los lugares al aire libre, sino

³ García-Escudero, et al, Régimen jurídico del derecho de reunión, pág. 200

⁴ Art. 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Art. 8 de la Ley Fundamental de Alemania; art. 21 num. 4 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia; Art. 8 de la Constitución de la República Dominicana

⁵ Art. 54 de la Constitución de la República de Cuba (con las modificaciones de 1992)

⁶ Art. 21 de la Constitución española; Arts. 53 y 54 de la Constitución de Nicaragua de 1987, con Reformas de 1995

⁷ En la versión de la Publicación del 15.11.1978 (BGBl. I S. 1790), con la última reforma mediante ley del 08.12.2008 (BGBl. I S. 2366)

que también comprende a los lugares abiertos al tránsito del público en general [*ver también párr. 135*]. Las manifestaciones constituyen una subespecie de las reuniones en lugares abiertos.

El carácter público de la reunión deriva de si la misma es conformada por un grupo excluyente de personas o si comprende un grupo de personas que no se limita de forma personal. El elemento que caracteriza una reunión pública es la posibilidad de toda persona de participar en la misma.⁸ Las reuniones públicas no se encuentran dirigidas a un grupo determinado de personas en base a ciertos criterios previamente establecidos.⁹

En España, la Constitución Democrática de 1869, establecía limitaciones a las reuniones públicas, las cuales estarían sujetas a las disposiciones generales de policía, mientras que las reuniones al aire libre y las manifestaciones políticas sólo podrían celebrarse de día (art. 18). La regulación especial para las reuniones al aire libre evidenciaba la influencia de la Constitución Belga de 1831, sobre la mayoría de las Constituciones europeas del siglo XIX.¹⁰ En la Constitución española de 1931 el derecho de reunión al aire libre y el de manifestación se reservaba a una regulación legislativa (art. 38).

El art. 21 de la actual Constitución española alude al concepto genérico de reunión y reconoce las formas específicas de las reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones. La doctrina española distingue las reuniones en lugares de tránsito público, de las manifestaciones, las cuales

⁸ VGH B-W12/07/2010 Exp. 1 S 349/10

⁹ VGH Baden-Württemberg · Urteil vom 26. Januar 1998 · Az. 1 S 3280/96

¹⁰ Ripke, Europäische Versammlungsfreiheit, pág. 40

constituyen una reunión en movimiento, que usa las vías públicas.¹¹ De tal forma, el derecho de manifestación es una vertiente del derecho de reunión con sus propias características específicas, pues se trata del ejercicio del derecho en su versión dinámica; esto es, discurriendo a lo largo de un itinerario y diferenciándose, por tanto, de la concentración como reunión estática en lugar de tránsito público.¹² En el concepto de manifestación deben quedar comprendidas las caravanas de automóviles que usen sistemas de megafonía o similares.¹³

2.2 Terminología en el derecho venezolano

- 6 Los conceptos de reunión y de manifestación describen el objeto de un mismo derecho fundamental, que sin embargo puede asumir dos funciones. En términos generales, se trata de un derecho de libertad frente a la intervención del Estado. Pero, en los casos en que su ejercicio tiene por objeto la participación en la formación de la voluntad del Estado, estamos en presencia de un derecho político. Esta dualidad justifica que, en la Constitución venezolana, los derechos de reunión y de manifestación se encuentran garantizados en dos disposiciones ubicadas en lugares distintos de la Constitución.
- 7 La Constitución venezolana de 1999 consagra el derecho de reunión en su artículo 53 y el derecho de manifestación, en su artículo 68. Estas normas revelan diferencias importantes. Mientras que el art. 53 se ubica entre los derechos civiles, el art. 68 se encuentra en el capítulo de los derechos políti-

¹¹ Torres, El derecho de reunión y manifestación, pág. 29

¹² STC 193/2011, de 12 de diciembre FJ. 3

¹³ López, La policía municipal, pág. 131

cos y del referendo popular. En cuanto a la titularidad, el derecho de reunión corresponde a toda persona en el art. 53; pero sólo a los ciudadanos, en el art. 68, lo cual parece coherente con la distinción entre derechos civiles y derechos políticos.

Estas diferencias entre los arts. 53 y 68 de la Constitución parecen dar lugar a la duda, acerca del contenido y alcance de ambas disposiciones. Especialmente grave, es la posición asumida en reiteradas oportunidades por la Sala Constitucional, según el cual, el ejercicio del derecho a manifestar requiere de una autorización previa.¹⁴ Tal afirmación, opuesta al texto del art. 53, tiene como punto de partida, la consideración – errónea – que los derechos de reunión del art. 53 y de manifestación, del art. 68, tienen una naturaleza distinta.

Los conceptos de reunión y manifestación se refieren al ámbito protegido por el mismo derecho fundamental, pero su regulación independiente tiene por objeto reforzar la función de participación política, en los casos en que su objeto está referido a peticiones frente a instituciones públicas [*véase en párr. 31*]. Esta afirmación puede ser confirmada a partir del análisis de la evolución de las Constitucionales venezolanas.

2.3 Interpretación histórica de la Constitución venezolana

Desde la Constitución Federal para los Estados de Venezuela, de 1811, hasta la Constitución de 1945, la terminología utilizada aludía sólo al derecho

¹⁴ SCON-TSJ 24/04/2014 Exp. N° 14-0277; SCON-TSJ 16/07/2014 Expediente n.° 14-0452

de „reunión“. La Constitución de 1947 introdujo por primera vez el término manifestación, en un sentido específico, al lado del derecho de reunión. El concepto de reunión adoptaba un doble significado. En primer lugar, constituía el género, que comprendía a su vez, el derecho de reunión, en sentido estricto, y el derecho de manifestación.

11 La distinción se omitió en la Constitución de 1953 y se reeditó en la Constitución de 1961. Esta vez se redactaron dos artículos separados, el art. 71, relativo al derecho de reunión, en el marco de los derechos individuales, y el art. 115 en el marco de los derechos políticos. La exposición de motivos de la Constitución de 1961 alude a la intención del constituyente de reunir en el Capítulo de Derechos Políticos, normas que estaban dispersas. El derecho de manifestación y la institución del asilo se colocaron en este capítulo por considerar que este era su lugar propio.¹⁵ Esta misma estructura se encuentra en la actual Constitución de 1999.

12 Por su parte, la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas, y Manifestaciones,¹⁶ vigente, excluye de su ámbito de aplicación a las reuniones privadas (art. 42), y sólo es aplicable a las reuniones públicas o manifestaciones. La noción de reunión pública está referida a las reuniones realizadas en lugares públicos.

13 Los términos de reunión y manifestación también reciben el mismo tratamiento en las normas de rango sublegal. Tal es el caso Normas sobre la Ac-

¹⁵ Exposición de motivos de la Constitución de 1961, en Arcaya, Constitución de la República de Venezuela, pág. 49 y sig.

¹⁶ Publicada en Gaceta Oficial N° 27.725 de fecha 30 de abril de 1965, reformada parcialmente según Gaceta Oficial N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre de 2010

tuación de los Cuerpos de Policía en Reuniones Públicas y Manifestaciones, dictada por el Ministro del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia.¹⁷

Como se observa, según la interpretación del legislador, las reuniones públicas y las manifestaciones no plantean distinción alguna en cuanto a su régimen jurídico. La terminología empleada en las Constituciones venezolanas tampoco ofrece elementos para afirmar la existencia de dos derechos distintos, como erróneamente afirma la Sala Constitucional. 14

Pero, a diferencia de las Constituciones europeas del siglo XIX y de la Constitución de 1945, la mención especial de la manifestación política en las Constituciones venezolanas de 1961 y de 1999, no tiene por finalidad permitir limitaciones especiales por el legislador, sino por el contrario, destacar su valor particular para el ejercicio de la participación política. 15

3 Los derechos de reunión y de petición

En los casos en que entran en conflicto con otros derechos, los llamados derechos constitutivos de la democracia se ubican en una posición de ventaja. Analizaremos el origen y naturaleza del derecho de reunión y su relación con respecto al principio estructural del Estado democrático, con el objeto de determinar los elementos que servirían de justificación a esta condición especial. 16

Para ello, resulta necesario establecer las relaciones que se plantean entre los derechos de reunión, de petición y de libertad de expresión. Confirma-

¹⁷ Publicada en Gaceta Oficial N° 39.658 del 18 de abril de 2011

remos con ello la tesis de *Häberle*, en el sentido que la relación de complementariedad de cada uno de los derechos fundamentales es una relación de condicionamiento no sólo referida al conjunto de la Constitución, sino también con referencia al individuo titular de los derechos subjetivos. Todos los derechos fundamentales se encuentran en una relación más o menos estrecha entre sí. Se garantizan y se refuerzan recíprocamente.¹⁸

3.1 La vinculación entre los derechos de reunión y de petición

El origen de la libertad de reunión, en Inglaterra y en los Estados Unidos de América, durante la segunda mitad del siglo XVIII, se caracterizó por la cercana relación con el derecho de petición.¹⁹ El derecho de reunión es ejercido como un mecanismo auxiliar al derecho de petición. El contenido del derecho se encuentra dirigido en tales casos frente al Poder Público. Sólo en su desarrollo posterior, se impone el criterio que ubica a la libertad de reunión como un derecho relacionado con la libertad de expresión.²⁰

17 El derecho de reunión se desarrolló en Inglaterra como un derecho político. Su ejercicio estuvo vinculado al derecho de petición, el cual constituye uno de los derechos subjetivos más antiguos de los ingleses.²¹ Al lado de la prensa, las reuniones públicas se convirtieron desde el año 1768, en un medio nuevo y extraordinario medio de agitación política en Inglaterra.²² Sobre todo los partidos liberales y radicales hacían uso de esos medios, para ganar

¹⁸ Häberle, La libertad fundamental en el Estado constitucional, pág. 66

¹⁹ Höfling, Art. 8, párr. 1, en: Sachs (Coord.), Grundgesetz

²⁰ Quilisch, Die demokratische Versammlung, pág. 40

²¹ Quilisch, Die demokratische Versammlung, pág. 39

²² Quilisch, Die demokratische Versammlung, pág. 37

influencia en la opinión pública y en el Parlamento. Prácticamente todos los movimientos reformistas de importancia en el siglo XIX fueron acompañados de reuniones y peticiones.²³

Con posterioridad a la independencia de Inglaterra, en 1776, el derecho de reunión fue reconocido por las primeras Constituciones de los Estados Americanos, en las declaraciones de Pennsylvania, Carolina del Norte, Massachusetts y Maryland.²⁴ Las disposiciones correspondientes consagran el derecho del pueblo, de reunirse para consultar su bien común, para dar instrucciones a sus representantes y para solicitar al órgano legislativo indemnización por daños, para dirigirse a él, para hacerle peticiones o para protestar. 18

Los derechos de reunión y petición eran concebidos como elementos de participación popular en el proceso legislativo. La Constitución de Pennsylvania establecía un complejo proceso de aprobación legislativa en el que los proyectos de ley debían publicarse con anterioridad a ser aprobados en leyes para que el pueblo los pudiese estudiar y, haciendo uso de su reconocido derecho de reunión, diera “instrucciones a sus representantes” de cómo debían votar dichas leyes.²⁵ La primera enmienda (Bill of Rights) ratificada en diciembre de 1791, a la Constitución de los Estados Unidos de América, del 17 de septiembre de 1787, dispone que, el Congreso no hará ley alguna por la que coarte “*el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios*”. 19

²³ Quilisch, Die demokratische Versammlung, pág. 38

²⁴ Quilisch, Die demokratische Versammlung, pág. 40

²⁵ Grau, El constitucionalismo americano, pág. 49

- 20 También en Francia se reconoció inicialmente la relación funcional entre el derecho de reunión y de petición. El art. 62 de la Ley del 14 de febrero de 1789 consagraba expresamente el derecho de reunión de los ciudadanos, para dirigir peticiones y comunicaciones a las Instituciones.²⁶
- 21 Una disposición similar fue recogida en la Constitución Federal para los Estados de Venezuela de 1811. El art. 182 disponía que, las legislaturas provinciales tendrían el derecho de petición al Congreso y no se impediría a los habitantes el de reunirse ordenada y pacíficamente en sus respectivas parroquias para consultarse y tratar sobre sus intereses, dar instrucciones a sus representantes en el Congreso o en la provincia, o dirigir peticiones al uno o al otro cuerpo legislativo, sobre reparación de agravios o males que sufran en sus propios negocios.
- 22 La relación entre los derechos de reunión y de petición se mantuvo en la Constitución de la Republica de Venezuela de 1858, la cual disponía en su art. 15 que, todos los venezolanos tienen el derecho de asociarse y reunirse, sin armas, con cualquier objeto público o privado; y el de representar á las autoridades lo que estimen conveniente.
- 23 En la Constitución Política de la Monarquía Española de 1812 se encuentra un precedente parcial en su artículo 56. "En la junta parroquial ningún ciudadano se presentará con armas". La Constitución Democrática de 1869, garantizaba en su artículo 17, las libertades de opinión, de reunión, de asociación y de dirigir peticiones individual o colectivamente. En la actualidad, el Tribunal Constitucional aún reconoce el valor particular de las reuniones,

²⁶ Limmer, *Rechtliche Grenzen der Einschüchterung im Versammlungsrecht*, pág. 78

que tienen por finalidad hacer llegar las opiniones o reivindicaciones, no sólo a la opinión pública en general o a los medios de comunicación, sino muy particularmente a determinadas entidades o, mejor, a determinadas personas que ocupan cargos en las mismas. La posibilidad de realizar la concentración en un lugar próximo a la sede de las entidades afectadas y en un horario de trabajo se convierte, en estos casos, en factores determinantes a la hora de ejercer el derecho de reunión.²⁷

Algunas Constituciones latinoamericanas mantienen aún la vinculación entre los derechos de reunión y de petición. Tal es el caso de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, actualizada hasta Reforma de 14.08.2001.²⁸ En el Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana de 1814 encontramos ya el antecedente del reclamo a los funcionarios públicos, pero es hasta 1857 en la que aparece que deba ser "escrito de manera pacífica y respetuosa" y la obligación de la autoridad de responderle por el mismo medio. A partir de 1847 se reconoce la reunión para discutir los asuntos públicos, que diez años después se consolida cuando se especifica que en materia política sólo podrán hacerlo los ciudadanos mexicanos. Se rescata también la expresión: "ninguna reunión armada tiene derecho a deliberar".

²⁷ STC 66/1995, de 8 de mayo Fj 3

²⁸ Artículo 9.- [...] No se considerara ilegal, y no podrá ser disuelta una asamblea o reunión que tenga por objeto hacer una petición o presentar una protesta por algún acto a una autoridad, si no se profieren injurias contra esta, ni se hiciera uso de violencias o amenazas para intimidarla u obligarla a resolver en el sentido que se desee.

3.2 La separación entre la libertad de reunión y el derecho de petición

25 En el año 1791 se inicia en Francia una tendencia a separar el ejercicio de los derechos de reunión, asociación y de petición, con el objeto de contrarrestar la formación de las llamadas asociaciones populares con pretensiones políticas.²⁹ La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que precedió a la Constitución de 1795, disponía que "La soberanía reside esencialmente en la universalidad de los ciudadanos. Ningún individuo, ninguna reunión parcial de ciudadanos puede atribuirse la soberanía".³⁰ Por su parte, la Constitución francesa de 1795 prohibía la realización de reuniones por asociaciones privadas con fines políticos (art. 362); los ciudadanos únicamente podían ejercer sus derechos políticos en asambleas primarias o municipales (art. 363); el derecho de petición sólo podía ser ejercido de forma individual y ninguna asociación podía presentar peticiones colectivas (art. 364) y establecía la prohibición absoluta de reuniones en lugares públicos (art. 366).³¹

26 Esta separación entre el derecho de reunión y de petición marcó el primer paso hacia la despolitización de la libertad de reunión. La previsión independiente de ambos derechos produjo una pérdida significativa de la importancia política del derecho de reunión, el cual ya no era considerado una vía de acceso a los gobernantes.³² Hasta nuestros días se ha mantenido la de-

²⁹ Quilisch, Die demokratische Versammlung, pág. 79

³⁰ Brewer-Carías, La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, pág. 68

³¹ Schwäble, Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit, pág. 24; Quilisch, Die demokratische Versammlung, pág. 43

³² Limmer, Rechtliche Grenzen der Einschüchterung im Versammlungsrecht, pág. 79

gradación del derecho de reunión, hacia un derecho individual, en lugar de una manifestación política colectiva.³³

La Constitución venezolana de 1811 también contenía disposiciones de esta naturaleza. El art. 215 de la Constitución de 1811³⁴ establecía que, ningún individuo, o asociación particular podrá hacer peticiones a las autoridades constituidas en nombre del pueblo, ni menos abrogarse la calificación de pueblo soberano. Sin embargo, este texto ha sido interpretado como una reafirmación de los mecanismos de la democracia representativa frente a la idea de la soberanía del pueblo.³⁵

En términos similares, la Constitución Política de la República Chilena de 1833³⁶ disponía en su art. 159 que, ninguna persona o reunión de personas puede tomar el título o representación del pueblo, arrogarse sus derechos, ni hacer peticiones a su nombre. La infracción de este artículo sería sedición.

La Constitución española de 1869 consagró, de forma innovadora,³⁷ la libertad de expresión, reunión, asociación y petición individual o colectiva (art. 17). El derecho de petición no podía ser ejercido colectivamente por ninguna clase de fuerza armada (art. 20). También se prohibía presentar peticiones en persona a las Cortes (art. 55). De este art. 55 de la CE de 1869 deriva el art. 77, I de la actual Constitución española,³⁸ la cual permite la presentación de peticiones individuales y colectivas ante las Cámaras, pero deben

³³ Schwäble, Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit, pág. 24

³⁴ Reeditado en las Constituciones de 1830; 1857; 1936 y de 1945

³⁵ Brewer-Carías, La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, pág. 68

³⁶ Abad/Coronel, Constituciones vigentes de los principales estados de Europa y América. Tomo II, pág. 127

³⁷ Souto, Las libertades publicas en la Constitución de 1869, pág. 131

³⁸ Matía, Artículo 494. Comentarios al Código penal, pág. 1757

ser siempre por escrito. La norma prohíbe expresamente la presentación directa por manifestaciones ciudadanas. Los arts. 494 y 495 del Código Penal establecen sanciones penales al incumplimiento de esta prohibición, cuando hubiera sido alterado el normal funcionamiento de del Congreso de los Diputados, del Senado o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma (art. 494) o cuando portando armas u otros instrumentos peligrosos, intentaren penetrar en las sedes de estas instituciones del Estado.³⁹ Se estima que la presentación de peticiones a través de manifestaciones frente a la sede de las Cámaras tiene una clara finalidad de presión y denuncia frente a la opinión pública.⁴⁰

30 Algunas Constituciones latinoamericanas mantienen aún la separación entre los derechos de reunión y de petición. Tal es el caso de la Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949, actualizada con la Reforma 8106/2001.⁴¹

3.3 La libertad de reunión como derecho político

31 En la Constitución venezolana de 1961, el derecho de reunión aparecía ubicado, por una parte, en el art. 71, en el capítulo de los derechos individuales, y en el art. 115, en el capítulo de los derechos políticos. El derecho de manifestación se incorporó entre los derechos políticos, por considerar el Consti-

³⁹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, reformada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo

⁴⁰ López, El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento constitucional español, pág. 232

⁴¹ Artículo 4.- Ninguna persona o reunión de personas puede asumir la representación del pueblo, arrogarse sus derechos, o hacer peticiones a su nombre. La infracción a este artículo será sedición.

tuyente que este era su lugar propio.⁴² Esta misma estructura se encuentra en la actual Constitución venezolana de 1999.

La calificación de la libertad de reunión como un derecho político, en los 32 casos en que el contenido de lo expresado en la misma constituye un ejercicio de participación en el proceso político, para el desarrollo de iniciativas o de alternativas, o bien de críticas o protestas frente a los órganos del Poder Público, es un factor que debe ser tomado en consideración en la etapa de valoración y ponderación, en los casos en que se encuentra en conflicto frente a otros bienes jurídicos.

Hemos visto que la libertad de reunión constituía esencialmente un derecho 33 político en las primeras constituciones americanas. El mismo tenía la función de hacer posible el ejercicio del derecho de petición. Su justificación residía en la participación activa en el proceso político, como consecuencia de los principios de soberanía popular y democracia representativa.⁴³

En la Revolución francesa, el derecho de reunión también fue concebido 34 inicialmente como un derecho político, que pretendía asegurar al pueblo derechos de participación y actuación frente al Estado. La reunión pública servía al pueblo, especialmente a las clases bajas, como un medio de comunicación con las instituciones del Estado.⁴⁴

La vinculación entre la libertad de reunión y el derecho de petición se en- 35 encuentra presente en la obra de *Bobbio*, quien destaca que la condición nece-

⁴² Exposición de motivos de la Constitución de 1961, en Arcaya, Constitución de la República de Venezuela, pág. 49 y sig.

⁴³ Ripke, Europäische Versammlungsfreiheit, pág. 13

⁴⁴ Limmer, Rechtliche Grenzen der Einschüchterung im Versammlungsrecht, pág. 78

saría de todo gobierno democrático es la protección de las libertades civiles. La libertad de prensa, la libertad de reunión y de asociación son vías por medio de las cuales el ciudadano puede dirigirse a sus gobernantes para pedir ventajas, beneficios, facilidades, una más equitativa distribución de la riqueza, etc.⁴⁵

36 Como se observa, el derecho de reunión tiene una función política importante. Las reuniones ejercen influencia en la política pública de los Estados, a través de la movilización de la población y la formulación de sus reclamaciones y aspiraciones.⁴⁶ Su ejercicio constituye un mecanismo de participación en el proceso político. Sin embargo, la calificación del derecho de reunión como un derecho político, de participación en la formación de la voluntad política del Estado, un status activus, es muy controvertido.⁴⁷ De acuerdo con la evolución histórica, antes aludida, el derecho de reunión tiene en la actualidad una función dirigida predominantemente a asegurar un ámbito de libertad, el status negativus del ciudadano.

37 En contra de la función de derecho político del derecho de reunión, se señala que no es suficiente para tal calificación, que su ejercicio produzca un efecto político en sentido amplio. Los derechos políticos en sentido estricto se caracterizan por colocar a sus titulares en la capacidad de producir cambios jurídicos intencionales, esto es, ostentan una dimensión normativa de influencia, como es el caso del derecho al sufragio. Además, los derechos políticos se caracterizan por el doble carácter de derecho subjetivo y de fun-

⁴⁵ Bobbio, El futuro de la democracia, pág. 44

⁴⁶ Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, de 21 de mayo de 2012, párr. 24

⁴⁷ En favor: BVerfGE 69, 315/343 – Brokdorf; Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, pág. 157

ción orgánica objetiva.⁴⁸ En criterio de *Kunig*, mientras que el principio democrático se encuentra referido al orden del Estado, las reuniones tienen lugar en el ámbito de la Sociedad. Por ello, no constituiría un derecho de participación, ni menos aún, un derecho a que se cumplan las exigencias planteadas.⁴⁹

En favor del carácter de derecho político, se afirma que el derecho de reunión tiene implícito el derecho de realizar críticas públicas y colectivas a la actuación del Estado y a sus instituciones, lo cual debe ser tomado en cuenta como una especie de “sistema de alerta temprana” de factores de perturbación potencial y de problemas de integración.⁵⁰ Las reuniones han sido calificadas como elemento esencial de la apertura democrática: Ofrecen la posibilidad de influir públicamente en el proceso político, de desarrollar iniciativas y alternativas pluralistas o también de elevar críticas o protestas; contienen elementos de la democracia directa, irreprimible en sus orígenes, que es idónea para proteger la empresa política del entumecimiento de la rutina diaria. Principalmente, en las democracias con un sistema parlamentario representativo y pocos derechos de participación plebiscitaria, la libertad de reunión tiene el significado de un elemento funcional, indispensable y fundamental. Aquí es válido básicamente el principio de las mayorías. Pero, la influencia misma de la mayoría electoral en las elecciones es muy limitada; el poder estatal se ejerce a través de órganos especiales y es administrado

⁴⁸ Höfling, Art. 8, párr. 6, en: Sachs (Coord.), Grundgesetz

⁴⁹ Kunig, en: v. Münch/Kunig (Coord.) GGK, Art. 8, . 3. En este mismo sentido, Starck, Über Auslegung und Wirkungen der Grundrechte, pág. 28, quien afirma que la expresión “democracia directa” insinúa el ejercicio de un Poder Público. El autor considera que se trata más bien de una intervención en el Poder Público, el cual si bien tiene legitimación democrática, puede ser objeto de críticas.

⁵⁰ BVerfGE 69, 315/346 – Brokdorf; Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, pág. 251

predominantemente por un aparato burocrático. Las decisiones tomadas por esos órganos con base en el principio de las mayorías, ganarán más en legitimidad, en la medida que garanticen con mayor efectividad los derechos de las minorías; la aceptación de esas decisiones se verá influenciada por la posibilidad que tengan las minorías de influir suficientemente en la formación de la opinión y de la voluntad. Las manifestaciones de protesta pueden ser especialmente necesarias, cuando los órganos representativos no dan cuenta de los posibles inconvenientes y fallas o no los reconocen oportunamente, o prefieren ignorarlos, por la consideración de otros intereses.⁵¹

39 Por esto, las reuniones se han considerado como elemento esencial de la apertura democrática; contienen elementos de la democracia directa. Las demostraciones de protesta pueden ser especialmente necesarias, cuando los órganos representativos no dan cuenta de los posibles inconvenientes y fallas o no los reconocen oportunamente, o prefieren ignorarlos, por la consideración de otros intereses. Con ello se produce una función estabilizadora de la libertad de reunión para el sistema de la democracia representativa.⁵²

40 Las reuniones permiten potenciar el efecto de la expresión de una opinión, a través de la participación de un grupo de personas. Por ello constituyen un eficaz medio de lucha política y son idóneas para llevar una exigencia política más allá de la opinión pública, hacia un proceso de formación de la voluntad política, en el Gobierno o en el Parlamento.⁵³

⁵¹ BVerfGE 69, 315/346 – Brokdorf; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, pág. 159

⁵² BVerfGE 69, 315/346 – Brokdorf; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, pág. 159

⁵³ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, pág. 159

En la doctrina española se afirma que el derecho de reunión no sólo supone 41 el ejercicio de un derecho individual, sino que se trata asimismo de un instrumento fundamental para la realización de la participación política.⁵⁴ En palabras de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, el derecho de reunión se convierte en una garantía de la democracia, supone una de las formas de democracia directa y, en esa medida, de participación de las personas en la vida de la comunidad y de expresión de la soberanía popular, que como se sabe no puede delegarse.⁵⁵

Estimamos que la dimensión de derecho político del derecho de reunión en- 42 cuentra su justificación en la medida en que el contenido de lo expresado se dirige a la participación en la toma de decisiones de los órganos del Poder Público. En este caso, su ejercicio se encuentra en una relación de complementariedad con otros derechos políticos, como el derecho colectivo de petición, lo cual daría lugar a un concurso de derechos fundamentales. La existencia de variantes específicas del derechos de petición, tales como, el derecho a la tutela judicial efectiva, la iniciativa popular de las leyes o el derecho de audiencia en el procedimiento administrativo no le restan importancia al derecho de petición.⁵⁶

Las funciones que se atribuyen al derecho de petición, también correspon- 43 den al ejercicio del derecho de reunión, en los casos en que se dirigen a producir un efecto político general, a través de la participación en el proceso de

⁵⁴ de Bartolomé, Derechos fundamentales y libertades públicas, pág. 183; Solozabal Echavarría, Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales, pág. 91; Soriano, Artículo 21: Derecho de reunión, pág. 577

⁵⁵ SAN 31/2014 de 7 de julio

⁵⁶ En sentido contrario, Bastida, Derecho de Petición, pág. 199

formación de la voluntad política; a informar a los representantes del pueblo acerca de los intereses y reclamos de parte de la población y, a que la protesta sea tomada en serio y debatida en procedimientos formales, lo cual produce una función de integración del ciudadano en el Estado y de legitimación democrática de las instituciones.⁵⁷

4 El derecho de reunión y la libertad de expresión

44 El derecho de reunión se encuentra en la más estrecha relación material con la garantía de la libertad de expresión.⁵⁸ En ciertos casos, el derecho a la libertad de expresión constituye el parámetro de control de la constitucionalidad de medidas del Poder Público, dictadas con ocasión de reuniones [*véase al respecto, párr. 68*].

La relación entre los derechos de reunión y de libertad de expresión puede tener un carácter interno, en la medida en que la manifestación colectiva de la libertad de expresión es un elemento integrante del derecho de reunión.⁵⁹ La garantía constitucional de la libertad de reunión pretende proteger la agrupación libre con otras personas, con la finalidad de formar y expresar una opinión común (expresión colectiva).⁶⁰ En la medida que el manifestante expresa su opinión, con su presencia física y de manera pública, y sin la intermediación de los medios, también desarrolla su personalidad en forma inmediata. Por tal motivo, nada se opone a que para el análisis del derecho

⁵⁷ Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, pág. 303

⁵⁸ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, pág. 159

⁵⁹ STC 85/1988, de 28 de abril ; BVerfGE 69, 315/342 - Brokdorf

⁶⁰ Tribunal Federal Administrativo, Sentencia del 16.05.2007, Exp.: BVerwG 6 C 23.06; VGH B-W12/07/2010 Exp. 1 S 349/10

de reunión se recurra a la misma argumentación que caracteriza por regla general el ejercicio de la libertad de expresión.⁶¹

En la jurisprudencia española se ha establecido reiteradamente la naturaleza 45 instrumental del derecho de reunión, respecto de la libertad de expresión. el derecho de reunión es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria, siendo concebida por la doctrina científica como un derecho individual en cuanto a sus titulares y colectivo en su ejercicio, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo, por lo tanto, un cauce del principio democrático participativo.⁶² Para muchos grupos sociales este derecho es, en la práctica uno de los pocos medios de los que disponen para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones.⁶³ También en la doctrina española se afirma el contenido político de la libertad de reunión, así como su carácter de derecho de participación democrática.⁶⁴

Pero la libertad de reunión y de petición también tienen una función com- 46 plementaria de la libertad de expresión, en su función de participación política. Esto resulta especialmente claro en sistemas en que la libertad de disentir no logra obtener respuestas y acciones por parte de la autoridad pública. En estos casos, la libertad de reunión y de petición ofrecen mayores posibilidades de eficacia a la libertad de expresión.⁶⁵

⁶¹ BVerfGE 69, 315/344 - Brokdorf

⁶² STC 85/1988 Fj 2; Peralta, Libertad ideológica y libertad de expresión, pág. 273

⁶³ STC 66/1995 Fj 3

⁶⁴ López, El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento constitucional español, pág. 99

⁶⁵ Duchacek, Derechos y libertades en el mundo actual, pág. 290

4.1 El derecho de reunión y la formación de la opinión pública

47 La valoración del derecho de reunión en los ordenamientos jurídicos de Alemania, España y los Estados Unidos es realizada a partir de su especial importancia en el proceso de formación de la opinión pública.

48 Recordemos que, la concepción inicial de la libertad de reunión como un derecho político fue desplazada en la Constitución Federal y en las Constituciones de los Estados de América del Norte. En el siglo XX la jurisprudencia americana desarrolló una vinculación entre el derecho de reunión y la libertad de expresión.⁶⁶ Este es el criterio dominante en la actualidad.

49 El Tribunal Constitucional Federal determina la finalidad de la libertad de reunión, sobre todo, en su importancia para el proceso democrático de formación de la opinión pública.⁶⁷ El derecho del ciudadano, de participar activamente en el proceso de formación de la opinión política, a través del ejercicio de la libertad de manifestación, forma parte de los elementos indispensables para el funcionamiento de una sociedad democrática. Ese significado fundamental debe ser tomado en consideración por el Legislador al dictar disposiciones que limitan el derecho fundamental, así como en la interpretación y aplicación de tales normas por parte de la Administración y los Tribunales.⁶⁸ La formación de la opinión, o la “formación de la voluntad política” presuponen un proceso comunicativo, que se realiza en las etapas esenciales de una reunión.⁶⁹ El manifestante expresa su opinión, con su presen-

⁶⁶ Ripke, Europäische Versammlungsfreiheit, pág. 13

⁶⁷ BVerfGE 69, 315/346 - Brokdorf; VGH B-W12/07/2010 Exp. 1 S 349/10; Hong, Die Versammlungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, pág. 157

⁶⁸ BVerfGE 69, 315/315 - Brokdorf

⁶⁹ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, pág. 159

cia física y de manera pública, sin la intermediación de los medios. En su forma típica, las demostraciones son la representación corpórea de las convicciones, donde los participantes, por una parte, se cercioran con otros en la comunidad de sus convicciones y, por la otra, exteriorizan una posición pública, –ya sea mediante la simple presencia, la forma en que aparecen, las relaciones con los otros y la elección del lugar – y ratifican sus puntos de vista.⁷⁰

El Tribunal Constitucional español ha señalado reiteradamente que el derecho de reunión es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo, por lo tanto, ofrece un cauce del principio democrático participativo, en la medida en que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones.⁷¹ De hecho para muchos grupos sociales este derecho es, en la práctica, uno de los pocos medios de los que disponen para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones.⁷²

El principio del pluralismo político se encuentra fuertemente vinculado con el derecho de libertad de expresión, del que es manifestación colectiva el derecho de reunión, siendo éste, al igual que la mencionada libertad, un derecho que coadyuva a la formación y existencia de la opinión pública, de

⁷⁰ BVerfGE 69, 315/345 - Brokdorf

⁷¹ STC 85/1988, de 28 de abril Fj 2 ; STC 42/2000, de 14 de febrero Fj 2; STC 38/2009, de 9 de febrero Fj 2; STC 170/2008, de 15 de diciembre Fj 3

⁷² STC 38/2009, de 9 de febrero Fj 2; STC 170/2008, de 15 de diciembre Fj 3

forma tal que se convierte en una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, como lo son precisamente los derechos de participación política de los ciudadanos. Sin comunicación pública libre quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huera las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 CE, que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política.⁷³

4.2 La libertad de expresión en el Estado democrático

52 El Tribunal Federal Constitucional alemán ha establecido que el derecho fundamental a la libertad de expresión es, como expresión directa de la personalidad humana en la sociedad, uno de los derechos más supremos (un des droits les plus précieux de l’homme, según el artículo 11 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789). Es un elemento constitutivo del orden estatal democrático y liberal, el que se posibilite la permanente controversia ideológica, la contraposición de opiniones, que son su entorno natural.⁷⁴

53 El Tribunal Constitucional español ha subrayado repetidamente la “peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión”, en cuanto que garantiza

⁷³ STC 170/2008, de 15 de diciembre Fj 3

⁷⁴ BVerfGE 7, 198/208 – Lüth. En contra de una concepción que afirme la finalidad exclusiva de la libertad de expresión en el marco del principio democrático, Bethge, Art. 5, párr. 19, en: Sachs (Coord.), Grundgesetz; Starck, Der demokratische Verfassungsstaat, pág. 181, quien advierte sobre la errónea interpretación de los derechos de comunicación en función del Estado democrático. Estima que la vigencia de la libertad de expresión no depende del contenido sobre el cual se produce la opinión o la información.

para “la formación y existencia de una opinión pública libre”, que la convierte “en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática”, conforme a una jurisprudencia unánime que arranca de las tempranas.⁷⁵

4.3 La libertad de expresión como derecho político

En términos similares a los indicados con respecto a la libertad de reunión, 54 el derecho a la libertad de expresión es concebido generalmente desde su dimensión de status negativus. Sin embargo, también encontramos algunas posiciones que permiten justificar su relación directa con la legitimidad de las decisiones de los órganos del Poder Público, en un Estado democrático.

Como señala el autor norteamericano *Duchacek*, los ciudadanos no pueden 55 tener una auténtica participación política, no pueden informar, criticar, controlar ni deponer a los gobernantes, a no ser que sean libres para expresar puntos de vista diferentes. Por ello, la libertad de expresión es una condición previa de los derechos de participación política.⁷⁶ La libertad de expresión presupone el correspondiente deber por parte de las autoridades políticas, de estar atentos, de escuchar.⁷⁷

En la teoría de *Jürgen Habermas*, se plantea la función del derecho a la li- 56 bertad de expresión, como un “derecho de participación y comunicación”. La democracia deliberativa presupone que los funcionarios del Gobierno y

⁷⁵ STC, de 22 de julio de 2015, recurso de amparo núm. 956-2009 Fj 2

⁷⁶ Duchacek, *Derechos y libertades en el mundo actual*, pág. 290. También en este sentido, Häberle, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, pág. 71; Böckenförde, *La Democracia como principio constitucional*, pág. 79

⁷⁷ Duchacek, *Derechos y libertades en el mundo actual*, pág. 291

la burocracia se encuentren sujetos al proceso de formación de la opinión y de la voluntad pública.⁷⁸ El modelo de democracia de Habermas se basa en procesos de comunicación y más concretamente en deliberaciones. Estos derechos de comunicación y participación son condiciones no sólo necesarias para los procesos electorales, sino para la existencia de un proceso político democrático permanente, basado en una comunicación fluida entre la sociedad civil y el Estado, mediante distintas expresiones que tienen lugar en el espacio público, así como distintos mecanismos de participación institucionalizados. Es esta permanente comunicación la que le otorga legitimidad democrática al Estado, en la medida de que este salvaguarda “un proceso inclusivo de la formación de la voluntad común”.⁷⁹

57

El planteamiento central de la teoría de la acción comunicativa de *Habermas* se refiere a la búsqueda de mecanismos institucionales que justifiquen la presunción de que las decisiones políticas básicas contarán con el acuerdo de todos los afectados por ellas, si pudieran participar sin restricciones en una formación discursiva de la voluntad colectiva.⁸⁰ El principio democrático se basa en la institucionalización formal de un procedimiento discursivo. Una norma jurídica tiene legitimación democrática, cuando deriva de un procedimiento, configurado externamente sobre derechos subjetivos de comunicación y participación en un plano de igualdad e, internamente, sobre la lógica de la argumentación discursiva, con lo cual es posible atribuir al resultado una presunción de aceptación discursiva.⁸¹

⁷⁸ Günther, *Politik des Kompromisses*, pág. 54

⁷⁹ Navas, *Derecho a la Información y teoría democrática*, pág. 2

⁸⁰ Morales, *La Acción Comunicativa de Jürgen Habermas*, pág. 79

⁸¹ Lieber, *Diskursive Vernunft und formelle Gleichheit*, pág. 44

La condición del procedimiento participativo se remonta a la filosofía jurídica de *Kant*: la idea de la voluntad general constituye el presupuesto que distingue un gobierno republicano de uno despótico. "Todo legislador se encuentra obligado a dictar las leyes, de tal forma que hubiera derivado de la voluntad reunida de todo el pueblo." Una ley sería injusta, si el pueblo "no hubiera tenido posibilidad alguna de otorgar su aprobación."⁸² 58

También en la obra de *Bobbio* encontramos referencias al proceso comunicativo. Mientras que el sistema autocrático es capaz de controlar las demandas de los ciudadanos a sus gobernantes, sofocando la autonomía de la sociedad civil; en el sistema democrático aumenta la cantidad y rapidez en que son planteadas tales demandas, a través del ejercicio de las libertades de prensa, de reunión y de asociación. También es distinto el proceso de respuesta. Mientras que el sistema autoritario dispone de gran facilidad para dar respuesta, pues no tiene que respetar los complejos procedimientos del sistema parlamentario; en el sistema democrático se produce una sobrecarga de demandas por la lentitud de los procedimientos por los cuales la clase política debe tomar las decisiones adecuadas. En conclusión, en la democracia la demanda es fácil y la respuesta es difícil, mientras que en la autocracia, la demanda es difícil y la respuesta es fácil.⁸³ 59

El Tribunal Constitucional español ha advertido que, desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión, la formulación de críticas hacia los representantes de una institución o titulares de un cargo público, por desabridas, acres o inquietantes que puedan resultar no son más que reflejo de la 60

⁸² Lieber, *Diskursive Vernunft und formelle Gleichheit*, pág. 61

⁸³ Bobbio, *El futuro de la democracia*, pág. 44

participación política de los ciudadanos⁸⁴. El Estado democrático de derecho se realiza también a través de la garantía de un proceso de comunicación pública abierto, libre y plural en el que se someta al escrutinio del conjunto de los ciudadanos lo que dicen y hacen aquéllos que tienen atribuida la administración del poder público.⁸⁵ El derecho a la libertad de expresión tiene una dimensión trascendente u objetiva, pues mediante su ejercicio se propicia la formación tanto de opinión pública como de una ciudadanía activa, sin cuya vitalidad crítica no son posibles, o no lo son en plenitud, ni la democracia ni el pluralismo políticos.⁸⁶

4.4 El derecho de reunión en el comunismo

61 La Constitución de la República Democrática de Alemania garantizaba el derecho de reunión, al igual que el derecho de libertad de expresión, sólo *en el marco de los principios y fines de la Constitución*. Tales principios se encontraban referidos al rol del Partido marxista-leninista (SED) como máxima autoridad; la unidad de los Poderes Públicos; el centralismo democrático y la propiedad del Pueblo sobre los medios de producción. De tal forma, los derechos individuales se encontraban subordinados al sistema de supremacía de la sociedad y del Estado.⁸⁷

62 Por su parte, en la República Federal de Alemania, mediante sentencia del 17 de agosto de 1956, el Tribunal Constitucional Federal se pronunció acer-

⁸⁴ STC de 22 de julio de 2015, recurso de amparo núm. 956-2009 Fj 3

⁸⁵ STC 101/2003, de 2 de junio Fj 3

⁸⁶ STC 65/2015, de 13 de abril de 2015 Fj 3

⁸⁷ Lieser-Triebnigg, *Recht in der DDR*, pág. 23

ca de la constitucionalidad del Partido Comunista de Alemania (KPD). El Tribunal estimó fundada la solicitud y acordó la disolución del partido. La finalidad del KPD era introducir el orden socialista-comunista, a través de la revolución socialista y la dictadura del proletariado. Ambas son incompatibles con el orden liberal democrático.⁸⁸ De acuerdo con el Programa del Partido, el KPD se orienta en toda su actividad a la teoría de *Marx, Engels, Lenin y Stalin*. El tribunal analizó, entre otras cosas, el tratamiento de las libertades de prensa y de reunión, especialmente en la doctrina relativa a la dictadura del proletariado.

La doctrina de la revolución del proletariado consiste en la sustitución “del poder de una clase por el poder de la otra clase”. El acto esencial es la “transición del poder del Estado a la clase interesada en la evolución de la sociedad y que actúa en consecuencia”. Según *Marx*, la revolución no sólo es necesaria “porque la clase dominante no puede ser derrocada de otra forma, sino también porque sólo de ese modo la clase trabajadora puede quitarse de encima la basura de siempre y ser capaz de refundar la sociedad”.⁸⁹

La doctrina de la dictadura del proletariado significa que el Poder del Estado reside en las manos del proletariado, y constituye un instrumento de sometimiento del enemigo del proletariado, esto es, de la burguesía.⁹⁰ Según *Stalin*, la función de la dictadura del proletariado en el socialismo avanzado, consiste – en resumen – en someter a la burguesía e impedir la resistencia de la clase sometida; defender al nuevo Estado frente a los enemigos exter-

⁸⁸ BVerfGE 5, 85/147 – Prohibición del Partido Comunista Alemán KPD

⁸⁹ BVerfGE 5, 85/165 – Prohibición del Partido Comunista Alemán KPD

⁹⁰ BVerfGE 5, 85/176 – Prohibición del Partido Comunista Alemán KPD

nos y promover la construcción interna de ese Estado en la dirección a la eliminación de las clases y la construcción del socialismo.⁹¹

65 Al sector de la población, al cual pertenecen los explotadores, no puede serle reconocido el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales, especialmente no habría para ellos ni el derecho de reunión ni el de prensa. De acuerdo con *Lenín*, “Todo trabajador consciente, que no ha roto con su clase, entiende en seguida, que sería torpe, prometer a los explotadores la libertad de reunión, en un período y bajo las condiciones, en las cuales los explotadores se defienden contra su derrocamiento y protegen sus privilegios”.⁹²

66 En palabras de *Stalin*, “entre nosotros no hay libertad de prensa para la burguesía ... Qué tiene eso de sorprendente? Nosotros nunca hemos asumido el deber de dar a todas las clases la libertad de prensa o de hacer felices a todas las clases.”⁹³

67 El argumento de los derechos fundamentales, especialmente de los derechos de libertad es valorado como una abierta contrarrevolución, cuando con ello puede ponerse en peligro la dictadura del proletariado. De tal forma, *Lenín* ha aclarado: “Nosotros le decimos a todo aquél que en el momento, en que hubiera sido alcanzada la caída del poder del capital en todo el mundo, o sólo en un país, que quien en ese momento histórico, en el que se encuentra en primer lugar la lucha de la clase trabajadora hacia la total caída del capital y la total extinción de la producción de mercancías, todo el que en ese momento político haga valer la palabra “libertad” y en nombre de esa liber-

⁹¹ BVerfGE 5, 85/181 – Prohibición del Partido Comunista Alemán KPD

⁹² BVerfGE 5, 85/181 – Prohibición del Partido Comunista Alemán KPD

⁹³ BVerfGE 5, 85/181 – Prohibición del Partido Comunista Alemán KPD

tad actúan en contra de la dictadura del proletariado, que ellos sólo están ayudando a los explotadores”.⁹⁴

5 El parámetro de control de lo expresado en una reunión

El derecho de reunión es aplicable como parámetro de control, en los casos en que una actuación del Poder Público ha afectado la libertad de reunirse en un lugar, con otras personas, con el objeto de realizar un debate o una declaración colectiva, dirigida a participar en la formación de la opinión pública. Pero, en los casos en que la limitación se encuentra referida al contenido y la forma de la expresión de la opinión, es controversial si la medida debe ser revisada en base al derecho a la libertad de expresión, incluso cuando la opinión es expresada en una manifestación o a través de ella.⁹⁵

Para resolver el problema planteado debe distinguirse, en primer lugar, el ámbito de protección de los derechos de libertad de expresión y de reunión. Como veremos más adelante, la libertad de expresión ofrece parámetros claros para la valoración de expresiones verbales y escritas, pero para expresiones simbólicas, de obra, son adecuados los criterios aplicables a la libertad de reunión, sobre su carácter pacífico y no perturbador del orden público. Otro indicio para determinar el derecho de libertad aplicable, lo constituye la naturaleza del bien jurídico protegido. Si la afectación del derecho de libertad tiene como fundamento la protección de derechos de personalidad (honor, reputación, propia imagen, vida privada, etc) u otros bienes jurídicos similares, entonces es útil la aplicación de la libertad de expresión,

⁹⁴ BVerfGE 5, 85/185 – Prohibición del Partido Comunista Alemán KPD

⁹⁵ BVerfGE 104, 92/103 - Bloqueos sentados III; BVerfGE 111, 147/154 - Prohibición de la reunión por el contenido expresado

mientras que el derecho de manifestación es un parámetro válido en el caso de afectaciones al orden público. En casos más complejos, es posible encontrar elementos mixtos, por lo que es posible realizar un doble análisis.

70 La situación planteada conforma un caso de concurso de derechos fundamentales,⁹⁶ en razón de que la conducta se encuentra comprendida en varios derechos fundamentales. Para resolverlo es aplicable en primer término el principio de especialidad. En caso de que no se plantee una relación de especialidad entre ellos, entonces la protección se determina de acuerdo con ambos derechos. Si el efecto protector resulta de diferente grado, se produciría una protección doble, en el sentido que la afectación debe encontrarse justificada de acuerdo con el grado de protección más estricto.

5.1 Lo expresado y el lenguaje simbólico en la jurisprudencia alemana

71 Ejercicio 3: “La resistencia nacional”

El recurrente anunció una marcha con declaración para el 30 de junio de 2001, bajo el lema: Contra la prohibición de manifestaciones. El 27 de junio de 2001 el Departamento de Orden Público dictó una Disposición, que comprendía en total 11 normas limitativas, denominadas condiciones. Las condiciones recurridas Nro. 9 y 10 establecían lo siguiente:

9. Se prohíben las expresiones de consignas con las palabras resistencia nacional, como por ejemplo, aquí marcha la resistencia nacional o aquí se pasea la resistencia nacional. También se prohíbe la utilización de esas antes indicadas consignas en forma escrita, como por ejemplo, volantes, pancartas, etc.

10. En los discursos de la reunión y en los gritos de consignas así como en las pancartas deben omitirse las expresiones referidas al prohibido Partido liberal de los Trabajadores de Alemania (FAP) así como a las denominaciones Resistencia Nacional y Nacionalistas Libres del País Vencedor.

La condición Nro. 10 deriva de la consideración, que las expresiones de las organizaciones indicadas pueden invocar en la población asociación de ideas con el nacional-socialismo. [Ver el esquema en párr. 75]

72

En principio, el control de constitucional sobre decisiones que imponen limitaciones, justificadas en la afectación de bienes jurídicos, a partir del con-

⁹⁶ Pjeroth/Schlink, Grundrechte, párr. 337 y sig.; Bethge, Art. 5, párr. 48, en: Sachs (Coord.), Grundgesetz; Kunig, en: v. Münch/Kunig (Coord.) GGK, Art. 8, . 37; Espinoza, Derecho constitucional en Alemania y Austria, párr. 507

tenido de una opinión, es realizado de acuerdo con los criterios que han sido desarrollados por la jurisprudencia sobre la libertad de expresión. Tal es el caso, por ejemplo, de la imputación de responsabilidad penal por los hechos violentos producidos durante una reunión, a cuya realización habría convocado públicamente.⁹⁷ Para la revisión son aplicables los principios establecidos en relación con el derecho a la libertad de expresión.⁹⁸

Inicialmente, en los casos en los cuales las limitaciones del ejercicio de la libertad de reunión se basaban en el contenido de las opiniones expresadas en la misma, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania tomaba como parámetro de control exclusivamente el derecho a la libertad de expresión.⁹⁹ Una expresión, que no puede ser impedida, en los términos del derecho a la libertad de expresión, tampoco puede dar lugar a limitaciones de la libertad de reunión.¹⁰⁰

En la jurisprudencia posterior,¹⁰¹ se toma como referencia el derecho de reunión, en cuyo análisis debe tomarse en consideración la garantía especial de la libertad de expresión.¹⁰² Las limitaciones al ejercicio de la libertad de reunión pueden derivar de la necesidad de brindar protección frente a peligros a la seguridad y el orden público, que derivan de la forma en que se lleva a cabo la reunión. Por el contrario, no pueden justificarse tales limita-

⁹⁷ BVerfGE 82, 236/258 - Schubart

⁹⁸ BVerfGE 82, 236/259 - Schubart

⁹⁹ BVerfGE 90, 241/246 – Negación del genocidio; BVerfG Beschluss vom 26. Januar 2006 Az. 1 BvQ 3/06, párr. 18; con más referencias, BVerwG Urt. v. 25.06.2008, Az.: BVerwG 6 C 21.07, párr. 18

¹⁰⁰ BVerfG · Beschluss vom 24. März 2001 · Az. 1 BvQ 13/01, párr. 30

¹⁰¹ Referencias sobre la evolución de la jurisprudencia, en VG Saarlouis Urteil vom 14.7.2014, 1 K 507/13

¹⁰² BVerfG Resolución del 19 de diciembre de 2007 Exp. 1 BvR 2793/04, párr. 27

ciones, en base al contenido de las expresiones o del sentido temático de la reunión.¹⁰³

73 La legislación sobre reuniones tiene por finalidad la protección de bienes jurídicos, independientemente de si se trata de peligros derivados de opiniones o de otra forma. En todo caso, la legislación sobre reuniones debe ser objeto de una interpretación restrictiva, por motivos constitucionales, en el sentido que, la amenaza para el orden público no es aplicable cuando la misma deriva del contenido de las opiniones.¹⁰⁴ En tales casos, las opiniones sólo pueden ser prohibidas, de conformidad con la legislación sobre reuniones, cuando las mismas se encuentran prohibidas a través de leyes penales o de otras leyes.¹⁰⁵

74 Lo expuesto permite concluir que las medidas restrictivas de la libertad de reunión, bien por la imposición de condiciones para su ejercicio o por la prohibición o la disolución de la reunión, derivadas del contenido de las opiniones expuestas en la reunión, requieren, en primer lugar, que se trate de expresiones prohibidas por una ley formal, en virtud del principio de reserva legal, como en el caso de las leyes penales. La aplicación de tales disposiciones legislativas debe ser conforme los parámetros establecidos en torno al derecho a la libertad de expresión. Finalmente, la medida debe encontrarse justificada por la necesidad de brindar protección al orden público,

¹⁰³ BVerfG · Beschluss vom 26. Januar 2006 · Az. 1 BvQ 3/06, párr. 16

¹⁰⁴ BVerfG Resolución del 19 de diciembre de 2007 Exp. 1 BvR 2793/04, párr. 32

¹⁰⁵ BVerfG Resolución del 19 de diciembre de 2007 Exp. 1 BvR 2793/04, párr. 41

no por el contenido de la opinión, sino por la forma de realización de la reunión y del efecto de provocación que deriva del mismo.¹⁰⁶

Los órganos administrativos estimaron infringido el orden público, en razón de las características nacional-socialistas de la reunión planificada y de su efecto sobre los ciudadanos y la imagen internacional del Estado. Especialmente se consideró relevante la posibilidad de difusión de la ideología de extrema derecha; la exhibición de banderas negras, las cuales simbolizan de cierta forma la adhesión a las SS; la fecha elegida, así como la planificada marcha sobre la frontera con Holanda. Además se pretende el uso de tambores y la marcha militar. Tales elementos recuerdan el tiempo del nacional-socialismo y la invasión sobre Holanda. Las limitaciones del derecho de reunión exigen que la afectación al orden público derive de la forma de la expresión colectiva y no del simple contenido de lo expresado, como en el caso de conductas provocativas o agresivas que afectan la convivencia de los ciudadanos. El derecho de reunión protege marchas, pero no desfiles con características paramilitares u otros elementos intimidatorios.¹⁰⁷

En el caso de actos simbólicos, tales como arrojar objetos blandos, como por ejemplo, tomates o huevos, la doctrina utiliza como parámetro de protección al derecho de reunión. En criterio de *Pieroth/Schlink*, habría que diferenciar si la finalidad de la conducta sólo está referida a ridiculizar o si por el contrario se persigue causar un daño, para determinar si se trata de una conducta pacífica o violenta dentro de la reunión.¹⁰⁸

Finalmente, la estrecha relación entre los derecho de reunión y libertad de expresión, e incluso su superposición en algunos casos, puede verse en los casos en los que, la sola presencia física de los manifestantes en un lugar determinado constituye un medio de comunicación de una reunión. Tal es el caso de una contra-manifestación, en la que el bloqueo sentado de la marcha no sólo tenía por objeto impedir el paso concreto de los manifestantes, sino

¹⁰⁶ VG Saarlouis Urteil vom 14.7.2014, 1 K 507/13

¹⁰⁷ BVerfG · Beschluss vom 24. März 2001 · Az. 1 BvQ 13/01, párr. 36

¹⁰⁸ Pieroth/Schlink, Grundrechte, 692

que pretendía simbolizar, el bloqueo que impediría la participación del partido de extrema derecha en la sociedad. El bloqueo de una de las calles simbolizaba el rechazo a uno de los tres principios del partido NPD, y la ocupación de ese lugar por los contra-manifestantes y no por el partido NPD.¹⁰⁹

75 Esquema del ejercicio: Ejercicio 3: “La resistencia nacional”

1) La relación jurídica se plantea en el sentido de la imposición de medidas restrictivas por parte de un órgano del Poder Público, con el objeto de proteger el orden público. Como parámetro de control de la constitucionalidad se hace uso del derecho de reunión, pero además se toma en consideración el derecho a la libertad de expresión.

2) El § 15 aparte 1 VersG [Ley de Reuniones] tiene por finalidad la protección de bienes jurídicos, independientemente de si se trata de peligros derivados de opiniones o de otra forma. En todo caso, el § 15 aparte 1 VersG requiere de una interpretación restrictiva, por motivos constitucionales, en el sentido que, la amenaza para el orden público no es aplicable en los casos en que la misma deriva del contenido de las opiniones.

3) La entonación de consignas es una forma de expresión típica de las reuniones, las cuales participan de la protección de la libertad de reunión. Sería incompatible con la libertad de reunión que se pretenda derivar de formas típicas de la difusión de opiniones durante las reuniones, tales como las consignas entonadas en grupo así como el uso de pancartas o volantes, que acompañan a la expresión de determinadas opiniones, para justificar limitaciones de la libertad de reunión, en base al argumento de la protección del orden público.¹¹⁰

4) Los efectos sobre terceros derivados del contenido de la opinión no pueden justificar una limitación a la reunión, en razón de que no se produce una situación de peligro para el orden público.¹¹¹

5.2 Lo expresado durante una reunión en la jurisprudencia española

76 El Tribunal Constitucional ha resaltado que el contenido expresado durante una reunión no puede justificar su limitación. El concepto de orden público con peligro para personas y bienes del art. 21 CE debe ser interpretado como una “situación de hecho”, es decir, el orden en sentido material en los lugares de tránsito público y no como un orden sinónimo de respeto a principios y valores jurídicos y metajurídicos, puesto que el contenido de las ideas sobre las reivindicaciones que pretenden expresarse y defenderse mediante el ejercicio de este derecho no puede ser sometido a controles de

¹⁰⁹ VG Braunschweig · Urteil vom 28. Februar 2007 · Az. 5 A 685/05, párr. 41

¹¹⁰ BVerfG Resolución del 19 de diciembre de 2007 Exp. 1 BvR 2793/04, párr. 44

¹¹¹ BVerfG Resolución del 19 de diciembre de 2007 Exp. 1 BvR 2793/04, párr. 42

oportunidad política,¹¹² o a juicios en los que se emplee como canon el sistema de valores que cimientan y dan cohesión al orden social en un momento histórico determinado, controles sobre el contenido del discurso reivindicativo proscrito por la Constitución.¹¹³

En efecto, al ponderar la aplicación del límite del art. 21.2, los poderes públicos deben garantizar el ejercicio del derecho de reunión por parte de todos en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna en razón del contenido de los mensajes que los promotores de las concentraciones pretenden transmitir, salvo que ese contenido infrinja la legalidad.¹¹⁴

El Tribunal Superior de Justicia de Navarra ha considerado ajustada a derecho la prohibición de reuniones, cuyo lema podría ser constitutivo del delito de exaltación del terrorismo.

El Tribunal Supremo ha interpretado que el lema de la convocatoria a la concentración: "autrem el Parlament, no deixarem que aprovin retallades (paremos el Parlament, no permitiremos que aprueben recortes)", expresa su significado gramatical, "parar" es "detener", "impedir" el normal desarrollo de la función parlamentaria, y hacerlo además con ocasión del debate previsto para reformas presupuestarias que, a juicio de los acusados, iban a implicar un recorte de los derechos sociales y los servicios públicos. Esta finalidad no queda oscurecida, por el hecho de que en una rueda de prensa celebrada días antes "... dos portavoces de los movimientos sociales (declararan) que no pretendían impedir el funcionamiento del Parlament sino detener el ataque contra los derechos sociales y los servicios públicos que significaban las medidas presupuestarias que se iban a aprobar". Ninguna interferencia provoca esa proclamación fáctica para el juicio de subsunción. De una parte, porque esa afirmación acerca de la finalidad que animaba la convocatoria se pone en boca de dos portavoces no identificados, de cuya participación en los hechos nada dice el juicio histórico. De otra parte, porque encierra una contradicción insalvable afirmar que no se pretende impedir el funcionamiento del Parlament y añadir inmediatamente después que lo que verdaderamente se persigue es "... detener el ataque contra los derechos sociales y los servicios públicos (...) que se iban a aprobar". Y es que mal se puede evitar la aproba-

¹¹² STC 66/1995, de 8 de mayo Fj 3; STC 301/2006, de 23 de octubre Fj 2

¹¹³ STC 193/2011, de 12 de diciembre FJ. 3

¹¹⁴ STC 66/1995, de 8 de mayo Fj 3; STC 193/2011, de 12 de diciembre FJ. 3

ción de unas medidas legislativas sin impedir u obstaculizar el funcionamiento del órgano parlamentario en el que aquéllas van a ser aprobadas.¹¹⁵

5.3 El lenguaje simbólico en la jurisprudencia norteamericana

80 La relación entre la libertad de expresión y la acción es un tema difícil y controversial. El “lenguaje simbólico” se encuentra referido a una serie de actos relacionados con la expresión verbal, que sirve para comunicar ideas y conceptos a través de acciones simbólicas.¹¹⁶

81 El Tribunal Supremo de los Estados Unidos amparó a unos trabajadores de izquierda que habían enarbolado una bandera roja, por considerarlo un “lenguaje simbólico”. El tribunal también reconoció la negativa a saludar la bandera por niños testigos de Jehová en las escuelas. En la época de las protestas y los tumultos callejeros, los participantes arrojaron basura en las autopistas, organizaron atascos en puentes de mucho tráfico, ocuparon viviendas en construcción, universidades, museos, estaciones de televisión, edificios públicos y privados. Los tribunales federales aceptaron como “lenguaje simbólico”, la ocupación de bibliotecas públicas, pero no el arrojar sangre sobre los archivos de los centros de reclutamiento.¹¹⁷

82 Desde el punto de vista dogmático, el análisis utilizado por la jurisprudencia norteamericana es similar al tratamiento de lo expresado en una reunión realizado por la jurisprudencia alemana, que expusimos en el aparte anterior.

83

¹¹⁵ STS 812/2015 de 17 de marzo Fj 5G

¹¹⁶ Duchacek, Derechos y libertades en el mundo actual, pág. 295

¹¹⁷ Duchacek, Derechos y libertades en el mundo actual, pág. 296

Durante una manifestación de protesta política, Gregory Lee Johnson fue arrestado y acusado, por la quema de una bandera americana, en virtud de una Ley del Estado de Texas que prohibía la "profanación de un objeto venerado". Fue condenado a un año de prisión y multa de 2.000 dólares. La Corte de Apelaciones Penales de Texas revocó la sentencia por entender que la ley de Texas resultaba inconstitucional en esta materia. Por su parte, el Tribunal Supremo Federal sostuvo que la Ley de Texas contra la quema de la bandera violaba los derechos de la Primera Enmienda y en particular la libertad de expresión. El Tribunal no dejó de reconocer que el Estado posee un poder muy amplio para limitar comportamientos de cuantos no actúen con moderación en sus manifestaciones orales o escritas. Sin embargo, precisó también que el Estado no debe prohibir conductas en razón de los elementos utilizados en esa expresión de las ideas en reuniones o manifestaciones.¹¹⁸

5.4 El lenguaje simbólico en la jurisprudencia española

Ejercicio 4: Jaume

Con motivo de la visita institucional de S. M. el Rey a la ciudad de Gerona, Jaume y Enric, quemaron previa colocación boca abajo de una fotografía de gran tamaño de SS. MM. los Reyes de España en una concentración al finalizar el transcurso de una manifestación que se encontraba encabezada por una pancarta que decía "300 años de Borbones, 300 años combatiendo la ocupación española", celebrada en protesta de la visita real a la ciudad de Girona, mientras eran jaleados con diferentes gritos por las varias decenas de personas que se habían reunido en la citada plaza. La Audiencia Nacional les condenó como autores de un delito de injurias contra la Corona, a la pena de quince meses de prisión, que fue sustituida por multa de treinta meses, con una cuota diaria de tres euros.¹¹⁹

84

El Tribunal Constitucional ha establecido que, aunque las más genuinas formas de expresión consisten en manifestaciones orales o escritas, las personas pueden igualmente comunicar o expresar sus ideas y opiniones mediante conductas, hechos o comportamientos no verbales que, en tal consideración, son también manifestaciones de la libertad de expresión. Por ello, las personas también pueden manifestar sus ideas y opiniones mediante un lenguaje simbólico (symbolic speech), o bien mediante otras conductas expresivas (expressive conduct). El componente significativo o expresivamen-

¹¹⁸ Caso *State of Texas v. Gregory Lee Johnson* 109, U.S. 2533 (1989), en López Gonzalez, Consideraciones de Derecho Comparado en torno al derecho de reunión y manifestación, pág 228. También, con otros ejemplos, Rohloff, Grundrechtsschranken in Deutschland und den USA, pág. 141

¹¹⁹ STC, de 22 de julio de 2015, recurso de amparo núm. 956-2009

te inocuo de determinados símbolos, actitudes o conductas dependerá, pues, del contexto que integre las circunstancias del caso.¹²⁰

No resulta del todo claro, si el análisis de las conductas descritas como lenguaje simbólico, debe ser encuadrado exclusivamente en el ámbito de protección de la libertad de expresión, de la libertad ideológica,¹²¹ o si también es aplicable el derecho de reunión.

85 La delimitación entre la libertad de expresión y la libertad ideológica, garantizada en el art. 16 CE, es realizada en la doctrina, según la forma de su exteriorización. Las manifestaciones protegidas por la libertad ideológica serían aquellas que no se expresan a través del lenguaje verbal o escrito, sino a través del lenguaje simbólico, a que alude la jurisprudencia norteamericana.¹²²

86 Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional parece rechazar esa posibilidad. La libertad ideológica ha sido aplicada por el Tribunal Constitucional en el caso de la huelga de hambre reivindicativa por reclusos;¹²³ pero también en el caso de artículos periodísticos;¹²⁴ mientras en que el caso de opiniones verbales injuriosas, ha sido aplicada la libertad de expresión.¹²⁵ Como se observa, el Tribunal Constitucional no realiza una delimitación entre los derechos a la libertad ideológica y de expresión, en base al principio de especialidad, sino que aplica ambos derechos en forma con-

¹²⁰ STC, de 22 de julio de 2015, recurso de amparo núm. 956-2009 Fj 3

¹²¹ Voto particular discrepante de la Magistrada doña Encarnación Roca Trías, en STC, de 22 de julio de 2015, recurso de amparo núm. 956-2009

¹²² Jiménez, Libertad ideológica, pág. 145

¹²³ STC 120/1990, de 27 de junio Fj 10

¹²⁴ STC 20/1990, de 15 de febrero

¹²⁵ STC 232/2002, de 9 de diciembre

currente, como lo indica expresamente en el caso de las afirmaciones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración.¹²⁶

La aplicación concurrente de ambos derechos no ha sido empleada, sin embargo, en el sentido de la aplicación de menor grado de limitación, tomando en cuenta que la libertad de expresión tiene su límite en el respeto a los derechos reconocidos en la Constitución, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia (art. 20 IV), mientras que la libertad ideológica sólo puede ser limitada, cuando sea necesario para el mantenimiento del orden público (art. 16 I). El Tribunal ha indicado que la libertad ideológica no puede ser utilizada para eludir los límites de la libertad de expresión, pero la visión globalizada de ambos derechos obligaría a partir de ese derecho fundamental y no entenderlo simplemente absorbido por las libertades de expresión e información.¹²⁷

La aplicación concurrente de la libertad ideológica y de expresión ha sido más relevante desde el punto de vista de la valoración de la conducta. La libertad ideológica también participa del valor preferente que ha sido reconocido a la libertad de expresión, a partir de la concepción de los derechos fundamentales como un orden objetivo de valores. Según el Tribunal Constitucional, la libertad ideológica indisolublemente unida al pluralismo político que, como valor esencial del ordenamiento jurídico

¹²⁶ STC 235/2007, de 7 de noviembre Fj 4 y 9

¹²⁷ STC 20/1990, de 15 de febrero Fj 3; Voto particular discrepante de la Magistrada doña Encarnación Roca Trías, en la STC, de 22 de julio de 2015, recurso de amparo núm. 956-2009

propugna la Constitución, exige la máxima amplitud en el ejercicio de aquélla y, naturalmente, no sólo en lo coincidente con la Constitución y con el resto del ordenamiento jurídico, sino también en lo que resulte contrapuesto a los valores y bienes que en ellos se consagran.¹²⁸ La concurrencia produce una ampliación del campo de acción del ejercicio de la libertad de expresión.¹²⁹

89 Una interpretación distinta ha sido sostenida por la *Magistrada doña Encarnación Roca Trías*, quien sostiene la aplicación exclusiva de los parámetros del artículo 16, según el cual la libertad ideológica sólo puede ser limitada, cuando sea necesario para el mantenimiento del orden público.¹³⁰

90 Esquema del ejercicio: Jaume Roura

La sanción penal constituye una afectación al ámbito de protección de los derechos a la libertad de expresión, a la libertad ideológica y a la libertad de reunión. La destrucción de un retrato oficial posee un innegable y señalado componente simbólico [FJ 3]. La condenatoria persigue un fin legítimo, al efecto, la protección jurídica que el legislador penal otorga a la Corona, al igual que hace con otras altas Instituciones del Estado, para defender el propio Estado Constitucional [FJ 3]. Estos elementos mixtos impiden separar el ámbito de protección de los derechos de libertad. En cuanto a los derechos de libertad de expresión y de libertad ideológica, utilizaremos la valoración reforzada del último, pero con los límites más amplios del primero.

La afectación se encuentra establecida en una ley formal, en el Código Penal.

La influencia del derecho a la libertad de expresión puede producirse, bien en la interpretación del término “injuria”, o bien como una causa de justificación. El lenguaje simbólico acarrea dificultades en la interpretación. Pero, estimamos que la quema de una fotografía no es suficiente para sugerir una acción violenta o un lenguaje del odio, ni la idea de que los Monarcas merecen ser ajusticiados. Estimamos, con el voto particular discrepante de la Magistrada doña Encarnación Roca Trías, que el acto constituye un aporte a la formación de la opinión pública, en un asunto sujeto al debate político, cuyo objetivo era mostrar el rechazo a la visita del Monarca a Cataluña. Por tal motivo, la conducta no merece el reproche penal, desde el punto de

¹²⁸ STC 20/1990, de 15 de febrero Fj 5; Jiménez, Libertad ideológica, pág. 144. La doctrina no es uniforme en cuanto al contenido de la libertad ideológica. Un sector de la doctrina afirma que la libertad ideológica no es separable de la libertad religiosa: Polo Sabau, José Ramón: En torno a la naturaleza jurídica de la libertad ideológica y religiosa en la Constitución española, En Revista de Estudios Políticos (nueva época), Núm. 129, Madrid, julio-septiembre (2005), págs. 137-162, pág. 139. Mientras que Peralta, Libertad ideológica y libertad de expresión, pág. 253, afirma que la libertad ideológica como libertad de pensamiento se identifica esencialmente con el concepto de libertad de conciencia que exige, así mismo, el derecho a adquirir, a desarrollar y a expresar las propias convicciones en libertad

¹²⁹ STC 105/1990, de 6 de junio Fj 4

¹³⁰ Voto particular discrepante de la Magistrada doña Encarnación Roca Trías, en la STC, de 22 de julio de 2015, recurso de amparo núm. 956-2009

vista de la libertad de expresión e ideológica. Tampoco puede afirmarse la afectación del orden público, en el sentido del peligro o la afectación de bienes jurídicos concretos, por lo que la sanción también sería contraria al derecho de reunión.

5.5 El lenguaje simbólico en el derecho venezolano

Ejercicio 5: Ruidos molestos

Funcionarios adscritos a la Guardia Nacional detuvieron a veinticinco (25) personas, que presuntamente formaban parte de “un grupo aproximadamente de 70 personas los cuales estaban obstaculizando la vía de circulación, y había colocado en la misma neumáticos encendidos, botellas contentivas de gasolina y gasoil, troncos, escombros, basura y otros objetos y gritaban diferentes consignas.”¹³¹

91

El Código Penal venezolano (art. 506) tipifica el delito de ruidos molestos, relativo al uso de gritos o vociferaciones, con abuso de campanas u otros instrumentos, o valiéndose de ejercicios o medios ruidosos, con la agravante, de haber sido cometido contra un funcionario público.¹³²

También es punible, según los artículos 223, 224, 225, entre otros, del Código Penal, la ofensa de obra a la reputación de un funcionario público. La Sala Constitucional ha señalado que la obra ofensiva se refiere a la vía de hecho o al accionar, al ataque gestual o mímico, que ridiculiza y ofende. Indicó la Sala que, en Venezuela se han ido criticando de palabra las actuaciones de los Asambleístas y funcionarios públicos, y mediante obras de humor (teatrales o televisivas), caracterizadas por desfiguraciones de los personajes, disfraces y otros medios de burla, se ha atentado contra el honor y la reputación de las personas. Por tal motivo, la Sala rechazó que la penalización de ofensas de las instituciones públicas mediante obra sea contraria a la libertad de expresión.

92

¹³¹ Sala N° 1 Corte de Apelaciones del Estado Zulia 05/04/2004 Causa N° 1Aa-1983-04

¹³² Espinoza/Rivas, La libertad de expresión en Venezuela, pág. 579 y sig.

Según la Sala, la penalización de la destrucción de los símbolos patrios no constituye una infracción de la libertad de expresión, señalando que sería inaceptable el argumento, según el cual la muerte de una persona por razones de ira, odio, repudio, crítica o descontento con una determinada acción o forma de gobierno tampoco sería punible.¹³³ La decisión fue ampliamente criticada en la doctrina venezolana.¹³⁴ Por lo que atañe al tema del lenguaje simbólico, las normas indicadas tipifican como delitos formas de expresión, tales como el cacerolazo; la caricatura o la destrucción de símbolos, los cuales forman parte del ejercicio de la libertad de expresión y, en algunos casos pueden formar parte del ejercicio de la libertad de reunión. En cuanto al bien jurídico protegido, la referencia a bienes jurídicos abstractos, tales como la tranquilidad pública se plantea como una desviación de la verdadera finalidad de protección de funcionarios e instituciones del Estado, contra quienes se dirigen tales formas de protesta.

93

En cuanto al principio de proporcionalidad, la valoración del lenguaje simbólico no resulta, en nuestro criterio, distinta de la valoración de una forma de expresión mediante un lenguaje expreso, pero si requiere de criterios especiales para la determinación de si el contenido de lo expresado, resulta o no merecedor de protección. Para ello son aplicables los principios desarrollados en torno al derecho a la libertad de expresión (*ver, por ejemplo, ciertos Elementos para la valoración de la libertad de expresión y de reunión en párr. 95 y sig*)

¹³³ SCON-TSJ 15/07/2003 Exp. N° 01-0415.

¹³⁴ Chavero, El reino de la intolerancia, pág. 144; Chavero, Intolerancia suprema, pág. 97 Arteaga, Aspectos penales de la sentencia 1.942, pág. 185

Esquema del ejercicio: Ruidos molestos

94

La detención de las personas durante una reunión constituye una afectación a la libertad de reunión. En la medida en que se imputaba la presunta comisión del delito de ruidos molestos (art. 506 CP), también se afecta el derecho a la libertad de expresión. La acción de gritar consignas durante una reunión forma parte del ámbito de protección de los derechos a la libertad de expresión y de reunión. El bien jurídico protegido se refiere por una parte a la tranquilidad pública y, en cuanto a la agravante de la norma, a la reputación de las instituciones públicas.

La afectación deriva de una norma legal expresa, a saber, el art. 506 CP.

La penalización de la conducta por parte del legislador resulta desproporcionada, en razón de que impide por completo el ejercicio de formas de expresión, que en algunos casos es propia del libre desenvolvimiento de los manifestantes. La protección de la tranquilidad pública no es de entidad suficiente para enervar la realización de una reunión, sino que es preciso un peligro concreto de cierta gravedad, con afectación para personas o cosas. Tampoco es suficiente justificación la reputación de las instituciones públicas, en razón de la preeminencia de la libertad de expresión, en asuntos de evidente interés público.

6 Elementos para la valoración de la libertad de expresión y de reunión

6.1 El interés público y la libertad de expresión en Alemania

La libertad de expresión puede prevalecer frente a la protección del honor y reputación, cuando el afectado ha dado lugar a la opinión, o cuando se emplea como medio de defensa frente a una agresión, pero también, cuando constituye una participación en un debate público sobre asuntos social o políticamente relevantes. Cuando la reputación de instituciones del Estado entra en conflicto con la libertad de expresión, debe reconocerse a ésta última una especial importancia, por cuanto tal derecho fundamental es precisamente, el resultado de la necesidad de protección especial de la crítica del poder y deriva de allí su valor.¹³⁵

96

¹³⁵ BVerfGE 93, 266/292 – Los Soldados son Asesinos; BVerfG · Beschluss vom 29. Juli 1998 · Az. 1 BvR 287/93, párr. 44; BVerfG · Beschluss vom 6. Juni 2007 · Az. 1 BvR 1423/07, párr. 36

La jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional de Alemania ha desarrollado una presunción en favor de la libertad de expresión, en asuntos que atañen al interés público.¹³⁶ Con tal presunción no se establece, en todo caso, una prevalencia absoluta de la libertad de expresión, sino que se requiere de una justificación especial y de elevadas condiciones para asumir una limitación de la libertad de expresión en estos asuntos.¹³⁷

97 Las disposiciones que establecen limitaciones a la libertad de expresión, deben ser interpretadas restrictivamente, a la luz del significado de ese derecho fundamental en el Estado liberal democrático.¹³⁸ Para esa interpretación es determinante sobre todo, la finalidad de la expresión de la opinión. En la medida en que el derecho fundamental no es empleado con el objeto de llevar a cabo una controversia privada, sino que constituye un aporte a la formación de la opinión pública, entonces los efectos de lo expresado sobre terceros sólo constituyen una consecuencia colateral inevitable, pero no es la verdadera finalidad de la expresión. La protección de los bienes jurídicos afectados puede y debe retroceder, en la medida en que no se trata de la persecución de fines egoístas en materia financiera o privada, sino que constituye un aporte a la controversia de ideas, en un asunto que afecta la esencia de la opinión pública, mediante la presunción en favor de la admisibilidad de la libre expresión del pensamiento. De lo contrario se afectaría el núcleo

¹³⁶ BVerfGE 7, 198/208 – Lüth; jurisprudencia reiterada, BVerfGE 82, 236/259 – Schubart; BVerfG Beschluss vom 26. Januar 2006 Az. 1 BvQ 3/06, párr. 18. Crítico de la presunción en favor de la libertad de expresión, Tröndle, Das BVerfG und sein Umfang mit dem "einfachen Recht", pág. 266

¹³⁷ Beschluss vom 24. Mai 2006 - 1 BvR 984/02, párr. 23

¹³⁸ BVerfGE 61, 1/10 - Wahlkampf/CSU : NPD Europas'

de la libertad de expresión, que es presupuesto de un proceso político libre y abierto.¹³⁹

En el caso de controversias en una campaña electoral, se trata de una situación en la que la lucha de opiniones se encuentra en su nivel de mayor intensidad. En tales controversias, la protección constitucional de los partidos políticos sirve para reforzar la presunción de la admisibilidad de la libre opinión, por lo que sólo en casos extremos podría limitarse la expresión de la opinión.¹⁴⁰

El Tribunal Federal Constitucional ha señalado que los organismos o determinadas instituciones, que asumen funciones de administración pública pueden ser protegidos también frente a los ataques verbales, que amenazan con socavar su aceptación social. Sin embargo, la protección penal no puede conllevar a que las instituciones estatales se blinden frente a las críticas de la opinión pública, aún cuando éstas sean hechas en forma agresiva.¹⁴¹

6.2 El interés público y la libertad de expresión en España

El Tribunal Constitucional ha reconocido a la libertad de expresión una posición preferente, en razón de su dimensión constitucional, cuando se ejercite en conexión con asuntos que sean de interés general y contribuyan a la formación de una opinión pública libre y plural.¹⁴²

¹³⁹ BVerfGE 61, 1/11 - Wahlkampf/CSU : NPD Europas'

¹⁴⁰ BVerfGE 61, 1/11 - Wahlkampf/CSU : NPD Europas'

¹⁴¹ BVerfGE 93, 266/291 – Los Soldados son Asesinos

¹⁴² STC 185/2002, de 14 de octubre Fj 3

Desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión, la formulación de críticas hacia los representantes de una institución o titulares de un cargo público, por desabridas, acres o inquietantes que puedan resultar, no son más que reflejo de la participación política de los ciudadanos.¹⁴³ Las actuaciones y resoluciones judiciales pueden ser objeto de pública crítica por los ciudadanos y la libertad para hacerlo tiene, sin duda alguna, la firme garantía de lo dispuesto en el art. 20.1 a) CE.¹⁴⁴ Los funcionarios públicos tienen la carga de tolerar las críticas que se haga a su conducta sobre la actividad en ejercicio de cargos públicos.¹⁴⁵

El Rector de la Universidad debe responder ante sus electores, y ante la sociedad en general, por los detalles de su gestión en los asuntos que tiene encomendados. Las críticas que vayan dirigidas al Rector, afectan a una persona que tiene una obligación de soportarlas mayor que la de un ciudadano cualquiera.¹⁴⁶

La protección constitucional de la libertad de información depende de que ésta sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que son de interés general por las materias a que se refiere y por las personas que en ellos intervienen; contribuyendo, en consecuencia, a la formación de la opinión pública.¹⁴⁷ Sólo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesan a la comunidad, sin que baste a tales efectos la simple satisfacción de la curiosidad ajena.¹⁴⁸

¹⁴³ STC de 22 de julio de 2015, recurso de amparo núm. 956-2009 Fj 3; STC 65/2015, de 13 de abril Fj 4

¹⁴⁴ STC 65/2015, de 13 de abril Fj 4

¹⁴⁵ STC 101/2003, de 2 de junio Fj 3

¹⁴⁶ STC 101/2003, de 2 de junio Fj 5

¹⁴⁷ STC 10 de febrero de 2014, recurso de amparo núm. 2285-2011 Fj 6

¹⁴⁸ STC 10 de febrero de 2014, recurso de amparo núm. 2285-2011 Fj 6

En cuanto a la relevancia pública de la información, el Tribunal Constitucional ha subrayado que dado que la protección constitucional se ciñe a la transmisión de hechos ‘noticiables’ por su importancia o relevancia social para contribuir a la formación de la opinión pública, tales hechos deben versar sobre aspectos conectados a la proyección pública de la persona a la que se refiere, o a las características del hecho en que esa persona se haya visto involucrada.¹⁴⁹

No toda información que se refiere a una persona con notoriedad pública goza de esa especial protección, sino que para ello es exigible, junto a ese elemento subjetivo del carácter público de la persona afectada, el elemento objetivo de que los hechos constitutivos de la información, por su relevancia pública, no afecten a la intimidad, por restringida que ésta sea.¹⁵⁰

Una vez descartado el interés público del reportaje, es irrelevante, la proyección pública del personaje o la circunstancia de que las imágenes se capten incluso en un lugar abierto al uso público. Dichas circunstancias, por sí solas, no justifican la difusión de cualquier imagen, pues no cabe privar incondicionalmente a la persona de la capacidad de decidir sobre qué aspectos de ella desea preservar de la difusión pública.¹⁵¹

La hipotética incidencia sobre el medio ambiente de una determinada actividad empresarial es, sin duda, cosa de interés general y de interés también, cualificadamente, para una asociación ecologista.¹⁵²

Un conjunto de fotografías que muestran el cuerpo de una actriz desde distintos ángulos y en diferentes posturas, comenzando por la fotografía de cuerpo entero de la de-

¹⁴⁹ STC 018/2015 Fj 5

¹⁵⁰ STC 176/2013, de 21 de octubre Fj 7

¹⁵¹ STC 018/2015 Fj 4

¹⁵² STC 65/2015, de 13 de abril Fj 4

mandante en top-less que la revista reproduce en portada, no tienen un interés público digno de protección constitucional.¹⁵³

Los comentarios vertidos en el programa “Crónicas Marcianas” sobre la relación sentimental de un Ministro del Gobierno no constituyen una materia de interés público.¹⁵⁴

Aspectos relevantes de la vida personal y privada de una joven agredida sexualmente, como lo son su propia identidad y la circunstancia de su virginidad, debieron mantenerse reservados, por tratarse de un hecho tan gravemente atentatorio para su dignidad personal.¹⁵⁵

6.3 El interés público y la libertad de expresión en el sistema interamericano

99 La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha admitido que respecto a los funcionarios públicos existe un diferente umbral de protección. La Corte ha señalado que en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y a la crítica del público. Este umbral no solo se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza.¹⁵⁶

100 Tal como lo ha precisado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el examen de proporcionalidad se debe tener en cuenta que las expresiones concernientes al ejercicio de funciones de las instituciones del Estado gozan de una mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático en la sociedad.¹⁵⁷

¹⁵³ STC 10 de febrero de 2014, recurso de amparo núm. 2285-2011 Fj 8

¹⁵⁴ STC 176/2013, de 21 de octubre Fj 7

¹⁵⁵ STC 185/2002, de 14 de octubre Fj 4

¹⁵⁶ Corte IDH Caso Fontevecchia y D’Amico Vs. Argentina. Sentencia de 29 de noviembre de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 47

¹⁵⁷ Corte IDH Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela Sentencia de 20/11/2009, párr. 82

La Corte Interamericana ha señalado que, el control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público.¹⁵⁸ Tales son las demandas del pluralismo propio de una sociedad democrática, que requiere la mayor circulación de informes y opiniones sobre asuntos de interés público.¹⁵⁹

6.4 El interés público y la libertad de reunión

La discusión de asuntos de interés público no constituye un elemento determinante del ámbito de aplicación de la norma.¹⁶⁰ Se trata de un criterio ya superado, que había sido sostenido inicialmente,¹⁶¹ en razón del origen histórico y del desarrollo de la figura, el cual estuvo referido sobre todo a la controversia política.¹⁶² Sin embargo, la finalidad protectora del individuo, que caracteriza los derechos fundamentales, exige que también sean incluidos asuntos de orden privado, como objeto de una reunión protegida constitucionalmente.¹⁶³ Aún resulta controvertido si el concepto de reunión debe ser restringido, en el sentido que deba requerirse, por lo menos la existencia

¹⁵⁸ Corte IDH Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 127; Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Sentencia de 2 de mayo de 2008, párr. 87

¹⁵⁹ Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Sentencia de 2 de mayo de 2008, párr. 87. Véase también, con más referencias, Espinoza/Rivas, El sistema interamericano y el derecho comparado, pág. 81 y sig.

¹⁶⁰ Kunig, en: v. Münch/Kunig (Coord.) GGK, Art. 8, . 17; Höfling, Art. 8, párr. 13, en: Sachs (Coord.), Grundgesetz; Schoch, Übungen im Öffentlichen Recht I, pág. 198; Richter/Schuppert/Bumke, Casebook Verfassungsrecht, pág. 177; Hessischer VGH · Beschluss vom 7. Dezember 1993 · Az. 3 TG 2347/93, párr. 19

¹⁶¹ En ese sentido, BVerwG Urt. v. 31.01.1967, Az.: BVerwG I C 98.64, párr. 25

¹⁶² Pieroth/Schlink, Grundrechte, párr. 692

¹⁶³ Kunig, en: v. Münch/Kunig (Coord.) GGK, Art. 8, . 17

de intereses o asuntos privados; o si se admite un concepto amplio, que también proteja cualquier forma de desenvolvimiento de la personalidad en grupo.¹⁶⁴

Las reuniones, en las que se debate o se exponen asuntos privados del ámbito laboral de los participantes, gozan de la protección de la libertad de reunión.¹⁶⁵

En todo caso, podemos afirmar que la finalidad de participar en la formación de la opinión pública, en un tema de interés público constituye un factor que debe ser tomado en consideración en la valoración del derecho de reunión. Ello deriva de un tratamiento analógico al que recibe la libertad de expresión.

La analogía entre la libertad de expresión y la libertad de reunión fue puesta de relieve en la sentencia *Brokdorf*, en la cual se señala que la importancia que ha sido reconocida a la libertad de opinión, como parte indispensable y fundamental de los elementos funcionales de una comunidad democrática, también puede serle atribuida a la libertad de reunión, la cual se entiende como la libertad de expresar una opinión colectiva. Nada se opone a que para el caso especial de las demostraciones se recurra a la misma argumentación que caracteriza por regla general el ejercicio de la libertad de opinión.¹⁶⁶

En su primera sentencia sobre los bloqueos sentados, observó el Tribunal Constitucional Federal que, los recurrentes consideran sus actividades como una expresión de la opinión de forma colectiva, a través de conductas simbólicas, en forma de una protesta que pretende llamar la atención frente a la carrera armamentista atómica, que pone en peligro la vida, en ejercicio de su derecho fundamental a la libertad de reu-

¹⁶⁴ Hessischer VGH • Beschluss vom 7. Dezember 1993 • Az. 3 TG 2347/93, párr. 19

¹⁶⁵ Hessischer VGH • Beschluss vom 7. Dezember 1993 • Az. 3 TG 2347/93, párr. 19

¹⁶⁶ BVerfGE 69, 315/343 - Brokdorf

nión.¹⁶⁷ En la valoración de los bloqueos sentados, desde el punto de vista de la desobediencia civil, el tribunal tomó en consideración el criterio de la doctrina, que admitiría la posibilidad de justificar tales acciones, en casos de situaciones de esencial importancia para la colectividad, especialmente la necesidad de repeler peligros graves para la sociedad.¹⁶⁸

En criterio de cuatro de los jueces del Tribunal Federal Constitucional, las acciones de bloqueos sentados no pueden ser consideradas reprochables, siempre que no se sumen circunstancias agravantes, tales como, el impedimento del paso a ambulancias, imposibilidad de escape de terceros u otras afectaciones especialmente intensivas. La posición de los jueces disidentes tomó en consideración que los manifestantes no actuaban con un interés egoísta, que no se había producido violencia y que las acciones tenían como contenido asuntos de esencial interés general y no simples intereses de grupos o financieros, que las acciones fueron anunciadas públicamente y que los manifestantes pretendían fijar una posición en el proceso de formación de la opinión pública, a través de actos simbólicos.¹⁶⁹

A pesar de lo expuesto, debemos advertir que el Tribunal Federal Constitucional consideró que no sería admisible, que tales acciones de desobediencia civil puedan justificar la afectación de derechos de terceros, como ocurre con las interrupciones al tránsito, bajo la lesión del derecho de autodeterminación de los demás.¹⁷⁰ En efecto, la comparación entre el tratamiento que recibe el derecho a la libertad de expresión y el derecho de reunión debe tomar en consideración, los elementos que derivan de la diferente estructura de la relación jurídica.¹⁷¹

La tesis que aquí sostenemos ha sido empleada por el Tribunal Constitucional, al cuestionar la aplicación de los tipos penales en aquellos supuestos en los que, pese a que puedan apreciarse excesos en el ejercicio del derecho fundamental, éstos no alcanzan a desnaturalizarlo o desfigurarlo.

¹⁶⁷ BVerfGE 73, 206/248 – Bloqueos sentados I

¹⁶⁸ BVerfGE 73, 206/250 – Bloqueos sentados I

¹⁶⁹ BVerfGE 73, 206/259 – Bloqueos sentados I

¹⁷⁰ BVerfGE 73, 206/252 – Bloqueos sentados I

¹⁷¹ Con respecto a las relaciones jurídicas triangulares o multipolares, Espinoza, Principios de Derecho Constitucional, pág. 19; Preu, Subjektivrechtliche Grundlagen des Öffentlichrechtlichen Drittschutzes, pág. 33

También es interesante, a los efectos de determinar la adecuada valoración del ejercicio de la libertad de reunión en el Estado democrático, la sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el caso *Aturem el Parlament*, según la cual es posible admitir cierto exceso en el ejercicio de las libertades de expresión o manifestación si se quiere dotar de un mínimo de eficacia a la protesta y a la crítica, como mecanismos de imprescindible contrapeso en una democracia. Tal valoración sería especialmente aplicable cuando los cauces de expresión y de acceso al espacio público se encuentran controlados por medios de comunicación privados, cuando sectores de la sociedad tienen una gran dificultad para hacerse oír o para intervenir en el debate político y social.¹⁷²

Señaló la Audiencia Nacional que, aún cuando la Constitución no reconoce el mandato imperativo y prohíbe la presentación de peticiones colectivas por medio de manifestaciones (art. 67.2 y 77.1), en alguna medida, la protesta se dirigía al corazón del concepto y del modo de ejercicio de la democracia en nuestros sistemas, porque meses antes se habían celebrado elecciones en las que, al decir de quienes convocaban la manifestación, los partidos de gobierno, que habían conseguido la mayoría, no habían planteado ni propuesto en sus programas el recorte del gasto social que ahora iban a acometer. La protesta que ejercían moldeaba algo parecido a lo que se ha conocido como acción de revocatoria de mandatos, una forma de interven-

¹⁷² SAN 31/2014 de 7 de julio, Fj 2.1

ción democrática directa para el control de la representación.¹⁷³ El criterio expuesto no fue compartido sin embargo por el Tribunal Supremo.

7 La estructura de la relación jurídica

7.1 Aspectos generales

Ejercicio 6: La Cumbre del G-8, en Heiligendamm

102

Los recurrentes notificaron la realización de una manifestación de protesta, desde varios puntos hacia un lugar en el que se realizaría una declaración final, en el lugar de celebración de la Cumbre del G-8, en Heiligendamm. El órgano competente dictó una resolución general, mediante la cual se prohibía toda reunión y manifestación pública en el área descrita en el mapa anexo, alrededor de Heiligendamm. Las zonas de prohibición comprendían varios kilómetros de distancia del lugar del evento.¹⁷⁴ [ver esquema en párr. 111]

103

En el curso del presente estudio desarrollaremos mecanismos para resolver conflictos normativos, derivados del ejercicio del derecho de reunión. El punto de partida de nuestro análisis se encuentra referido a la identificación de la relación jurídica. Debemos determinar (1) si la conducta del individuo que es objeto de una reacción del Estado se encuentra dentro del ámbito de protección del derecho de reunión; (2) si la intervención del Estado constituye una limitación al derecho fundamental; (3) si la limitación del derecho fundamental tiene por objeto brindar protección a un bien jurídico protegido por la Constitución. Este último nivel del análisis ofrece una particular complejidad.

En la mayoría de los casos, el ejercicio del derecho de reunión en lugares públicos exige un sacrificio de terceros, esto es, de sujetos no responsables o participantes en el conflicto. El titular del derecho de reunión entra en

¹⁷³ SAN 31/2014 de 7 de julio, Fj 2.1

¹⁷⁴ BVerfG · Beschluss vom 6. Juni 2007 · Az. 1 BvR 1423/07

conflicto con otros sujetos interesados en el uso del espacio público, como ocurre por ejemplo, en el caso de los terceros interesados en utilizar la vía pública, para el ejercicio del libre tránsito. Pero el conflicto planteado entre el derecho de reunión y el derecho de circulación es en realidad un aspecto fáctico y colateral, que no debe ser confundido con la verdadera estructura del derecho de reunión.

104 En los conflictos que derivan del ejercicio del derecho a la libertad de expresión encontramos una estructura, conformada por el sujeto que participa en el proceso de formación de la opinión pública, bien a través de la difusión de opiniones o informaciones. El ejercicio del derecho puede ser impedido o dificultado por un acto del Poder Público. Con respecto al bien jurídico protegido por el acto de intervención, en el caso del derecho a la libertad de expresión, el Estado interviene, con frecuencia, con el fin de brindar protección a un tercero, generalmente en sus derechos de personalidad, esto es, el derecho al honor, reputación, propia imagen, confidencialidad, etc.

105 Una variante al esquema anterior, se produce cuando la libertad de expresión se ejerce para exponer frente a la opinión pública una opinión o una información que se encuentra referida, en forma crítica, a una institución del Estado, a un funcionario público o a un particular, en un ámbito de interés público. En ambos casos, el ejercicio de la libertad de expresión exige una ponderación entre los intereses de quien se expresa y quien resulta afectado por el contenido expresado. Este esquema permite tomar en consideración el valor de lo expresado con respecto a la formación de la opinión pública y con respecto al sujeto o institución afectados.

La diferencia del esquema que se plantea en torno al derecho de reunión, se refiere al bien jurídico protegido por el acto de intervención. El Estado interviene, con frecuencia, con el fin de brindar protección a un bien jurídico de interés general, enmarcado en los conceptos de seguridad y orden públicos. En este caso, el valor de lo expresado con respecto a la formación de la opinión pública y con respecto al sujeto o institución afectados, pareciera no ser relevante a los efectos de justificar una alteración al orden público. Es decir, que mientras que la libertad de expresión puede justificar opiniones subidas de tono, la libertad de reunión por su parte, parece encontrar un marco invariable. 106

La situación planteada resulta especialmente gráfica en el ámbito del derecho privado, en un conflicto entre trabajadores y empleadores. En este caso, la relación jurídica se plantea entre el derecho a la vida privada del empleador y el derecho de reunión de los trabajadores. La falta de importancia del tema debatido para el interés público permite la prevalencia de los intereses del empleador. 107

En el ámbito del derecho de la función pública, en el cual debe producirse una ponderación entre el derecho de reunión y los intereses de la institución del Estado es determinante, si el tema debatido constituye o no un asunto de interés para la formación de la opinión pública. 108

La doctrina desarrollada a partir de la libertad de expresión también ha sido aplicada, en el caso en que la afectación del orden público por la manifestación, está referida a un bien jurídico individual, como lo es el derecho al honor, frente a excesos e insultos, que ya no cuentan con la protección de la libertad de expresión. 109

Estimamos que, siempre que se encuentre en juego un asunto de interés general, especialmente en los casos de protestas sociales y políticas, con una postura crítica frente al ejercicio del Poder Público, tales elementos deben 110

ser tomados en consideración, en la valoración del derecho de reunión, en términos similares al tratamiento que se ofrece a la libertad de expresión, en cuyo caso se ha admitido una presunción en su favor en el conflicto con otros bienes jurídicos.¹⁷⁵

111 Esquema del ejercicio: La Cumbre del G-8, en Heiligendamm

La limitación del derecho de reunión sólo puede encontrarse justificada por la necesidad de brindar protección a importantes bienes jurídicos. En criterio del tribunal superior administrativo de Greifswald, las relaciones internacionales, cuya competencia corresponde al poder federal, constituye uno de esos bienes jurídicos protegidos.¹⁷⁶ Entre los aspectos relevantes de la política internacional se encuentra, según el tribunal superior, la seguridad personal de los Jefes de Estado visitantes. Para justificar una limitación sobre el tiempo y lugar de la reunión no sería necesario establecer un peligro concreto a la integridad física de los invitados y sus delegaciones, sino que tales peligros debían ser repelidos en un nivel anterior al peligro concreto.¹⁷⁷

Las observaciones del Tribunal Federal Constitucional se ubican en el nivel de la valoración de los bienes jurídicos en conflicto. Estimó el tribunal que, el temor de que las relaciones internacionales resulten afectadas por la posibilidad de que los mandatarios extranjeros conciban las manifestaciones y declaraciones públicas, como un acto no amistoso, no sería un bien jurídico de suficiente importancia. La sensibilidad de políticos extranjeros no podría justificar la limitación de la libertad de reunión, si con ello se afecta el proceso de formación de la opinión pública. *Los derechos a la libertad de expresión y de reunión son el resultado de la necesidad de protección especial de la crítica del poder y derivan de allí su importancia.*¹⁷⁸

7.2 Bienes jurídicos protegidos en el derecho español

112 Ejercicio 7: Federación de Banca, Ahorro, Seguros y Oficinas

La Federación de Banca, Ahorro, Seguros y Oficinas de la Unión General de Trabajadores (FEBASO-UGT), puso en conocimiento de la autoridad gubernativa el propósito de celebrar una concentración de dos horas y media de duración en la Plaza de Canalejas-metro Sevilla, a las trece horas del día 5 de junio de 1992, al objeto de apoyar la negociación del Convenio de la Banca Privada.

La Delegación del Gobierno en Madrid acordó prohibir la concentración convocada, debido a que el lugar elegido por los convocantes -la Plaza de Canalejas- "constituye una zona de elevadísima intensidad media en la circulación de vehículos, debido a la realización de obras y, por consiguiente, cortes de tráfico en la c/Carrera de San Jerónimo y zonas adyacentes. La realización de una concentración en el itinerario fijado por los convocantes (Plaza de Canalejas) provocaría un total colapso de tráfico, que afectaría no sólo a la Plaza de Canalejas sino también a la Puerta del Sol, Calle de Alcalá, Gran Vía y Plaza de la Cibeles, las cuales constituyen principales ejes circulatorios esenciales lo que motiva una importante aglomeración de me-

¹⁷⁵ BVerfGE 7, 198/208 – Lüth; jurisprudencia reiterada, BVerfGE 82, 236/259 – Schubart; BVerfG Beschluss vom 26. Januar 2006 Az. 1 BvQ 3/06, párr. 18

¹⁷⁶ OVG Greifswald · Beschluss vom 31. Mai 2007 · Az. 3 M 53/07, párr. 50

¹⁷⁷ OVG Greifswald · Beschluss vom 31. Mai 2007 · Az. 3 M 53/07, párr. 52

¹⁷⁸ BVerfG · Beschluss vom 6. Juni 2007 · Az. 1 BvR 1423/07, párr. 36

dios de transporte, tanto públicos como privados".¹⁷⁹ [ver esquema en párr. 119]

En materia de cuáles bienes jurídicos pueden servir de justificación legítima a la limitación del derecho de reunión, la jurisprudencia inicial del Tribunal Constitucional hacía referencia exclusivamente al límite específico establecido en el propio Texto constitucional en su art. 21.2, el cual se refiere a las alteraciones del orden público con peligro para personas y bienes.¹⁸⁰ Esta concepción pudo haber dado lugar a ciertas contradicciones, al momento de justificar la prohibición de una reunión, sobre la base del colapso de tráfico o de peligros a la seguridad [ver el ejercicio base].

113

Para que los poderes públicos puedan incidir en el derecho de reunión constitucionalmente garantizado, ya sea restringiéndolo, modificando las circunstancias de su ejercicio, o prohibiéndolo incluso, es preciso, lo que implica una exigencia de motivación de la resolución correspondiente, en la que se aporten las razones que han llevado a la autoridad gubernativa a concluir que el ejercicio del derecho fundamental de reunión, tal y como se hubo proyectado por su promotor o sus promotores, producirá una alteración del orden público proscrita en el art. 21.2 CE, o bien la desproporcionada perturbación de otros bienes o derechos protegidos por la Constitución.¹⁸¹

114

La cláusula del orden público tuvo en otro tiempo la función de salvaguardar los intereses políticos de las clases en el poder. Para los regímenes dictatoriales, la libertad de reunión escondía una primera carga explosiva para derribar el statu quo político imperante. Esta característica de la libertad de reunión daba lugar a una atención cuidadosa por parte de los poderes públicos temerosos de que el ejercicio de la libertad de reunión y sus consecuentes efectos sociales atentara a su situación hegemónica dentro de las estructuras del poder. La cláusula de orden público, tiene hoy por finalidad en las Constituciones democráticas compaginar los derechos individuales con los derechos de los demás y el respeto a los valores jurídicos democráticos.¹⁸²

115

116

¹⁷⁹ STC 66/1995, de 8 de mayo

¹⁸⁰ STC 66/1995, de 8 de mayo Fj 3

¹⁸¹ STC 38/2009, de 9 de febrero Fj 2; STC 170/2008, de 15 de diciembre Fj 3

¹⁸² Soriano, Artículo 21: Derecho de reunión, pág. 577

En sentencias más recientes también se aluden a los límites que vienen impuestos por la necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado de ese derecho pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales. Para ello, el tribunal constitucional hace referencia al Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), el cual en su art. 11.2, prevé la posibilidad de adoptar las medidas restrictivas que previstas en la Ley, sean 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. Interpretando este precepto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró proporcionada la orden gubernativa de evacuación de una iglesia ante una reunión pacífica y en sí misma no directamente perturbadora del orden público y del derecho de culto, en la que, sin embargo, el estado de salud de los congregados se había degradado y las circunstancias sanitarias eran muy deficientes.¹⁸³

117 En lo concerniente a los límites del derecho de reunión hemos de reiterar lo que este Tribunal tiene declarado con carácter general sobre el alcance de los derechos fundamentales, cuyo ejercicio no sólo puede ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, sino también ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma, al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionales (art. 10.1 CE).¹⁸⁴

118 Tales límites han de ser necesarios para conseguir el fin perseguido debiendo atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se impone y, en todo caso, respetar su contenido esencial.¹⁸⁵

¹⁸³ STC 38/2009, de 9 de febrero Fj 2; STC 170/2008, de 15 de diciembre Fj 3

¹⁸⁴ STC 195/2003, Fj 4

¹⁸⁵ STC 193/2011, de 12 de diciembre FJ. 3

Esquema del ejercicio: Federación de Banca, Ahorro, Seguros y Oficinas

119

Mientras que la Delegación del Gobierno en Madrid consideró que el bien jurídico protegido que sirve como justificación de la prohibición de la reunión se refiere a la perturbación del tráfico y el orden público ciudadano; por su parte el Tribunal Constitucional partía de la concepción, que la mera perturbación del tráfico no puede ser motivo de suspensión de una concentración y tampoco puede serlo la simple alteración del orden público. Sin embargo se trataría justamente a una alteración del orden público, que entraña peligro para personas o bienes.

El Tribunal Constitución estimó demostrado que la medida era idónea para evitar el "total colapso de tráfico" que derivaría necesariamente de la "elevadísima intensidad media en la circulación de vehículos" que posee esta zona de la ciudad y en la "realización de obras en zonas adyacentes". Además, resultaba eficaz para garantizar los servicios públicos esenciales (policía, bomberos, ambulancias...) relacionándolo con la seguridad vial y la seguridad pública.

En cuanto a la proporcionalidad, observó el tribunal, que ni la seguridad vial ni la seguridad pública son, sin más, sinónimo de orden público sin peligro para personas y bienes; sin embargo, el colapso sería "total", con bloqueo prolongado de vehículos e imposibilidad de acceso a una amplia zona de la ciudad. Por otra parte, habrían sido demostrados los efectos sobre los servicios esenciales afectados y cómo todo ello puede producir alteraciones del orden público con peligro para personas o bienes.¹⁸⁶

Por su parte en el voto particular, suscrito por el Magistrado don Julio Diego González Campos, se afirma que el eventual peligro se circunscribe, en realidad, a la imposibilidad de que puedan seguir prestándose con eficacia los servicios de ambulancia, policía y bomberos, con posible riesgo para la integridad de personas y bienes. Tal situación de peligro [abstracto] implica una discutible ampliación del límite establecido en el art. 21.2 C.E. Por tal motivo, la limitación no se encuentra justificada por la protección de bienes jurídicos de suficiente importancia, por lo que resultaría desproporcionada.

Debemos observar que, en sentencias más recientes, el Tribunal Constitucional ha admitido que otros bienes jurídicos pueden servir de justificación a la limitación del derecho de reunión. Sin embargo, consideramos que, cuando se trate de peligros para el orden público, tal criterio no debe dar lugar a la ampliación del supuesto del art. 21.2 C.E, el cual exige un peligro concreto. Un simple peligro abstracto, como el funcionamiento de los servicios de policía, bomberos, ambulancias, hubiera podido justificar una condición de tiempo, modo o lugar de la reunión, pero no una prohibición de la misma.

8 Ámbito de protección del derecho de reunión

Los tribunales constitucionales de Alemania y España coinciden en hacer uso de un concepto restringido de reunión, cuyo ámbito se encuentra definido por determinados elementos configuradores. 120

En sentido amplio, se entiende por reunión la congregación intencional y temporal de personas en un espacio privado o público con un propósito concreto. Por lo tanto, el concepto abarca manifestaciones, asambleas en el interior de locales, huelgas, procesiones, concentraciones, e incluso sentadas. 121

¹⁸⁶ STC 66/1995, de 8 de mayo Fj 4

¹⁸⁷ Pero la función de complementariedad con respecto a la formación de la opinión pública y como mecanismo de participación política permite la interpretación del concepto de reunión, no sólo sociológica, como la simple agrupación de personas, sino como una agrupación que tiene por finalidad la formación de la opinión pública.¹⁸⁸

8.1 **Ámbito de protección en España**

El Tribunal Constitucional alude al elemento subjetivo -una agrupación de personas-, el temporal -su duración transitoria-, el finalístico -licitud de la finalidad- y el real u objetivo -lugar de celebración.¹⁸⁹ En cuanto al elemento subjetivo, la agrupación de personas en el derecho de reunión es una concurrencia concertada en la cual existe un cierto grado de vinculación subjetiva de cada persona interviniente en la reunión con los restantes que participan en la misma. El elemento finalístico se refiere a la finalidad de comunicación pública, en su consideración de elemento interno, común y consustancial a toda clase de reuniones en lugares públicos.¹⁹⁰ La doctrina considera exigible un *mínimum* de organización; un carácter transitorio y momentáneo (nota que la distingue de la asociación), y una finalidad común, siendo el espectro de la finalidad muy amplio, pues la reunión puede procurar la defensa de intereses de todo tipo.¹⁹¹ Resulta controvertido si debe tratarse de

¹⁸⁷ Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, de 21 de mayo de 2012, párr. 24

¹⁸⁸ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, pág. 160

¹⁸⁹ STC 85/1988, de 28 de abril Fj 2; STC 42/2000, de 14 de febrero Fj 2; STC 38/2009, de 9 de febrero Fj 2; STC 170/2008, de 15 de diciembre Fj 3. Vidal, El derecho de reunión y manifestación, pág. 275; García-Escudero, Régimen jurídico del derecho de reunión pág. 198

¹⁹⁰ STC 85/1988, de 28 de abril Fj 2

¹⁹¹ Soriano, Artículo 21: Derecho de reunión, pág. 578

más de dos personas. En España la Ley 9/1983 entiende por reunión la concurrencia concertada y temporal de más de 20 personas, con finalidad determinada (artículo 1).

El Tribunal Constitucional ha excluido del ámbito del derecho de reunión un proyecto de instalación de mesas petitorias en diversas localidades al objeto de llevar a cabo una cuestación, la cual sólo constituía "una mera aglomeración o confluencia causal en torno a una mesa petitoria".¹⁹² Más recientemente, ha sido admitida la protección constitucional del derecho de reunión, en el caso de una concentración, en la cual se pretendía la instalación temporal de mesas -para la recepción de adhesiones escritas- y la de una "hucha humanitaria".¹⁹³

8.2 Ámbito de protección en Alemania

El Tribunal Federal Constitucional de Alemania ha definido el derecho de reunión, como la libertad de reunirse en un lugar, con otras personas, con el objeto de realizar un debate o una declaración común dirigida a participar en la formación de la opinión pública.¹⁹⁴

Desde el punto de vista cuantitativo, la doctrina alemana estima suficiente la reunión de dos personas en determinado lugar, con lo cual se rechaza la posibilidad de limitaciones adicionales, tales como la aplicación de normas en materia de asociaciones, las cuales establecen un mínimo de tres o siete per-

¹⁹² STC 85/1988, de 28 de abril FJ. 2

¹⁹³ STC 195/2003, de 27 de octubre Fj 5

¹⁹⁴ BVerfGE 111, 147/154 - Prohibición de la reunión por el contenido expresado

sonas.¹⁹⁵ En todo caso, no tendría protección constitucional del derecho de reunión, la manifestación de una sola persona.¹⁹⁶ La expresión de una opinión, en forma de manifestación, por parte de una sola persona estaría garantizada por el derecho a la libre expresión y no por la libertad de reunión, el cual supondría la reunión de, por los menos, dos personas.¹⁹⁷ Desde el punto de vista cualitativo, se requiere una finalidad común, esto es, una cierta vinculación interna de las personas, que persiguen un objetivo colectivo. Con ello, quedarían excluidas las simples acumulaciones de personas.¹⁹⁸

8.2.1 La finalidad de comunicación pública

122 La Constitución protege las reuniones y manifestaciones como expresión del desarrollo social comunicativo. Esa protección no se limita a las manifestaciones, en las que se argumenta y discute, sino que abarca diversas formas de comportamientos conjuntos, incluyendo formas no verbales de expresión. También pertenecen a esta categoría aquellas, cuyo objetivo es difundir una opinión como un anuncio público o un llamado de atención al público.¹⁹⁹

123 El Tribunal Federal Constitucional ha advertido que, para que sea aplicable el derecho de reunión, no es suficiente que los participantes se encuentren vinculados por una finalidad eventual, sino que se requiere que se encuentre

¹⁹⁵ Papier/Krönke, Grundkurs Öffentliches Recht 2, pág. 151; Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, pág. 253

¹⁹⁶ Kunig, en: v. Münch/Kunig (Coord.) GGK, Art. 8, . 13

¹⁹⁷ Knisel, Die Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit- Verfassungsrechtliche Grundlagen und versammlungsgesetzliche Konkretisierung, pág. 858; Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 8, 12

¹⁹⁸ Papier/Krönke, Grundkurs Öffentliches Recht 2, pág. 151

¹⁹⁹ BVerfGE 69, 315/342 - Brokdorf

dirigida a participar en la formación de la opinión pública.²⁰⁰ El tribunal ha justificado esta interpretación estricta, en base a la importancia de la libertad de reunión la democracia, especialmente en aquellas con un sistema parlamentario representativo y pocos derechos de participación plebiscitaria, en las cuales la libertad de reunión tiene el significado de un elemento funcional, indispensable y fundamental.²⁰¹ No sólo se requiere el elemento objetivo de expresión o de formación de opiniones, sino además, el elemento subjetivo intencional de realizar tal finalidad.²⁰²

Este presupuesto de la libertad de reunión resulta controvertido en la doctrina. Una posición crítica es asumida por *Höfling*, en el sentido que tal criterio reduce de forma inadmisiblemente el ámbito protegido por el derecho de reunión, a una determinada forma de comunicación. Esta concepción deriva del papel del derecho de reunión, en una función complementaria de la libertad de expresión, pero dejaría de lado el hecho que, la reunión cumple la mismo tiempo, la función de comunicador, recipiente y medio.²⁰³ También en este sentido, afirman *Pieroth/Schlink*, que tal restricción del ámbito de protección no resulta necesaria, en razón de que las reuniones dirigidas a expresar opiniones y a la formación de la opinión pública se encuentra protegida en forma especial por el concurso entre los derechos de libertad de expresión y de reunión.²⁰⁴

²⁰⁰ BVerfGE 104, 92/104 - Bloqueos sentados III; VGH B-W12/07/2010 Exp. 1 S 349/10. También en este sentido, Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, párr. 405; Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, pág. 253

²⁰¹ BVerfG · Beschluss vom 12. Juli 2001 · Az. 1 BvQ 28/01, párr. 21

²⁰² Kunig, en: v. Münch/Kunig (Coord.) GGK, Art. 8,

²⁰³ Höfling, Art. 8, párr. 11, en: Sachs (Coord.), Grundgesetz

²⁰⁴ Pieroth/Schlink, Grundrechte, párr. 693

8.2.2 Los eventos mixtos

Ejercicio 8: “Fuckparade 2001 - 5 años de Hateparade”

El demandante anunció la realización del evento “Fuckparade 2001 - 5 años de Hateparade” como una “contramanifestación de la Love Parade” de Berlín. En la notificación se habían indicado como temas para el evento, “No a la censura del comercio”, “Love Parade fuera de los parques”, “Vivir en lugar de la locura de la ciudad capital” y “Ninguna fiesta es ilegal”. En los volantes se expresa, entre otras cosas que la marcha sobre todo se dirigía en contra del trato discriminatorio en contra de los seguidores de determinados estilos de música tecno, en contra del cierre de Clubs y la disolución de Partys, así como en contra del “Love Parade”, el cual habría sido comercializado como una “Pseudo-Manifestación”²⁰⁵

125

El ámbito de protección de la libertad de reunión también se extiende a eventos, cuya finalidad comunicativa se realice a través de la música y el baile. Tal es el caso, cuando tales medios de desenvolvimiento comunicativo es aplicado con la finalidad de producir efectos sobre la formación de la opinión pública.

126

Las actividades culturales, tales como eventos musicales, obras de teatro o lecturas de poesía también pueden encontrarse protegidos por la libertad de reunión, por tratarse de eventos mixtos. Si los participantes de tales eventos desean expresar su respaldo, a través de su presencia, por ejemplo en favor de los derechos humanos, a los cuales el autor se hubiera referido, o en el caso de “Rock contra la derecha”, en los que se expresa una posición de rechazo al extremismo de derecha, se trata de una expresión de la opinión, con el objeto de participar en la formación de la opinión pública.²⁰⁶ La determinación de si un evento mixto constituye una reunión, debe ser realizada en base a todos los elementos fácticos relevantes. La especial importancia que la Constitución atribuye a la libertad de reunión exige que sean tomados en consideración todos los elementos esenciales sean objeto de análisis y valo-

²⁰⁵ Tribunal Federal Administrativo, Sentencia del 16.05.2007, Exp.: BVerwG 6 C 23.06

²⁰⁶ BVerwG, Urt. v. 16.05.2007 - 6 C 23.06 – párr. 17; VGH B-W12/07/2010 Exp. I S 349/10

rados, de acuerdo con su significado. El análisis de conjunto debe ser realizado en varios pasos:

En primer término deben ser evaluados todos aquellos mecanismos del evento, que tuvieran por finalidad participar en la formación de la opinión pública. Para ello, deben dejarse de lado aquellos aspectos y los elementos que sirven para hacerlos efectivos, en los cuales pueda reconocerse que no sirven seriamente a la formación de la opinión, que sólo son utilizados para hacer valer la protección del derecho a la libertad de reunión. En la exclusión de los elementos que en sí mismo están dirigidos a la formación de la opinión, bajo el criterio de la falta de seriedad de la intención, debe aplicarse un parámetro estricto y cierta moderación, en virtud de la importancia especial de la libertad de reunión. En el análisis deben incorporarse sólo aquellos elementos que, desde el punto de vista de un observador objetivo, se encuentran dirigidos a participar en la formación de la opinión. Un observador objetivo se refiere en primer término, a un tercero que se encuentre en el lugar, al momento del evento. Luego de determinar los elementos a tomar en consideración, los mismos deben ser valorados de acuerdo con su importancia y ponderados con respecto al conjunto.²⁰⁷ 127

En un segundo paso de la observación de conjunto, deben ser analizadas y valoradas en su totalidad, las modalidades del evento, tales como el baile, la música y el espectáculo. 128

Finalmente en un tercer paso, deben ser confrontados los valores establecidos en las primeras dos etapas, por una parte los elementos referidos a la 129

²⁰⁷ BVerwG, Urt. v. 16.05.2007 - 6 C 23.06 – párr. 17; VGH B-W12/07/2010 Exp. I S 349/10

participación en la formación de la opinión pública y los restantes elementos, por otra parte, y someterlos a la comparación, desde el punto de vista de un observador promedio. Si tiene importancia predominante el peso de los elementos indicados inicialmente, el evento constituye una reunión, desde el punto de vista de conjunto. En caso contrario, el evento no goza de la protección del derecho de reunión. Si no puede determinarse sin lugar a dudas, si predomina uno u otro ámbito, entonces el evento debe ser tratado como una reunión.²⁰⁸

8.2.3 El carácter de reunión pública

130 Ejercicio 9: Concierto de bandas de Skinhead

En horas de la noche del 21/01/2006 tuvo lugar en un sótano de una fábrica un concierto de Skinhead, con las bandas Breakdown, Tobsucht und Blue Max, que pertenecen al sector de extrema derecha. Como precio de entrada se cobró 7 euros. El concierto no fue anunciado públicamente, sino participado a un selecto grupo de interesados vía teléfonos móviles y por e-mail. También disponían de la posibilidad de solicitar información sobre el concierto a través de una línea de telemercadeo. El salón destinado a la actividad tenía un tamaño de 80 m² y había sido alquilado por el organizador y preparado para el concierto.²⁰⁹ [ver *esquema en párr. 132*]

131

El carácter de reunión pública se determina de acuerdo con la cuestión de si la reunión comprende un círculo de personas cerrado o si no se encuentra limitado a determinados individuos. Presupuesto esencial es por ello, que cualquiera que tenga conocimiento de una agrupación de personas, tenga la posibilidad de participar en la misma.²¹⁰

132 Esquema del ejercicio: Concierto de bandas de Skinhead

1) Hemos visto que, la determinación de si un evento mixto constituye una reunión, debe ser realizada, en primer término, a partir de los elementos del evento, que permiten afirmar que el mismo tiene por finalidad participar en la formación de la opinión pública, siempre que tales elementos prevalezcan frente a otros de distinta naturaleza, tales como el baile, la música y el espectáculo.

²⁰⁸ BVerwG, Urt. v. 16.05.2007 - 6 C 23.06 – párr. 18; VGH B-W12/07/2010 Exp. 1 S 349/10

²⁰⁹ VGH B-W12/07/2010 Exp. 1 S 349/10

²¹⁰ VGH B-W12/07/2010 Exp. 1 S 349/10 párr. 45

Los conciertos de Skinhead, tales como los planteados en el presente caso, se caracterizan por la difusión de un mensaje político a través de la música. Por una parte el texto de las bandas de extrema derecha expresan la concepción y sentimientos propios del ambiente Skinhead. Por otra parte, esa música es el medio de propaganda más importante, a través del cual se movilizan contenidos de extrema derecha en el medio del Skinhead. Los conciertos también tienen por finalidad el reclutamiento de nuevos seguidores y su reforzamiento ideológico. Dado que no puede establecerse la prevalencia de elementos de recreación, el concierto debe ser considerado, en caso de duda, como una reunión.

2) En cuanto al carácter público, el grupo de participantes no se encuentra preestablecido ni limitado de acuerdo con determinados criterios. Dado que no tenía carácter excluyente de los destinatarios de la invitación, se trata de un evento de carácter público.

8.2.4 La elección del lugar y tiempo de la reunión

El derecho de reunión garantiza a los titulares del derecho fundamental, el 133
derecho a la autodeterminación del lugar, hora, contenido y forma de la reunión, y prohíbe al mismo tiempo la coerción estatal de participar o no en una manifestación. En ese sentido adquiere el derecho fundamental en un Estado liberal un rango especial; el derecho a reunirse con otros, sin obstáculos y sin necesidad de permisos especiales es expresión de la libertad, independencia y autodeterminación del ciudadano responsable de sí mismo.²¹¹
Los ciudadanos deben poder determinar por sí mismos, el lugar en que sus asuntos pueden generar mayor atención de la opinión pública.²¹²

La libertad de reunión no da lugar a un derecho a ingresar en lugares cerrados. 134
Especialmente no garantiza el derecho de ingresar en lugares que no se de libre acceso al público, o a los cuales sólo se permite el acceso para determinados fines. El derecho de reunión no protege la realización de reuniones públicas en edificios de la Administración Pública o en lugares no abier-

²¹¹ BVerfGE 69, 315/342 – Brokdorf; BVerfGE 128, 226/251 – Fraport

²¹² BVerfGE 128, 226/251 – Fraport

tos al público, así como tampoco las reuniones en una piscina pública o en un hospital.²¹³

135 Por el contrario, la libertad de reunión garantiza la realización de reuniones en lugares abiertos al tránsito del público en general.²¹⁴ Lo anterior es aplicable en primer término a las vías públicas. Este es el foro natural e históricamente característico, en el cual los ciudadanos traen sus asuntos a la luz pública y encuentran una forma de comunicación. Sobre todo las vías de las ciudades y las plazas son vistos hoy día como lugares de intercambio de informaciones y opiniones, así como el lugar de contacto interpersonal. En especial medida es aplicable a los bulevares y espacios cerrados al tránsito de vehículos; tales estructuras persiguen especialmente hacer posible el tráfico comunicativo.²¹⁵

136 Lo mismo es aplicable fuera de las vías públicas, en las cuales se encuentra abierto el tránsito público y se generan lugares de comunicación. En la medida en que en la actualidad la función comunicativa de las vías públicas, caminos y plazas, es complementada por otros foros, tales como centros comerciales, pasajes u otros lugares de encuentro, no puede ser excluido el ejercicio del derecho de reunión, para el espacio de tránsito de tales estructuras, en el ámbito de una sujeción inmediata a los derechos fundamentales, o en el marco de la obligación mediata de los particulares.²¹⁶

²¹³ BVerfGE 128, 226/251 - Fraport

²¹⁴ BVerfGE 128, 226/251 – Fraport; BVerfG, Beschluss vom 18. Juli 2015 - 1 BvQ 25/15, párr. 5

²¹⁵ BVerfGE 128, 226/251 - Fraport; BVerfG, Beschluss vom 18. Juli 2015 - 1 BvQ 25/15, párr. 5

²¹⁶ BVerfGE 128, 226/252 - Fraport; BVerfG, Beschluss vom 18. Juli 2015 - 1 BvQ 25/15, párr. 5

9 Afectaciones al derecho de reunión

9.1 La afectación clásica

La “afectación” es una intervención de carácter no irrelevante en el objeto protegido por el derecho fundamental en contra de la voluntad del titular del derecho.²¹⁷ La misma se caracteriza por la presencia de determinados elementos. Se trata de la intervención estatal, formal, intencional e inmediata en un bien jurídico.²¹⁸ Como consecuencia de tal intervención se activan los mecanismos de protección del Estado de derecho: La reserva legal; la prohibición de exceso y de defecto; la posibilidad del recurso judicial y generalmente, determinadas previsiones procedimentales.²¹⁹ 137

En ciertos casos es claro el carácter de afectación en el derecho fundamental. Podemos mencionar las limitaciones realizadas en el marco del derecho administrativo y de policía, al efecto, la imposición del deber de notificación de la reunión, así como las decisiones que establecen prohibiciones, de carácter general o particular; las condiciones para la autorización; la disolución de la reunión; la exclusión de determinados participantes.²²⁰ También es el caso de la previsión de determinada conducta como delito o falta, en el derecho penal o sancionatorio. 138

²¹⁷ Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, párr. 59

²¹⁸ Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, párr. 59; Schmidt-Abmann, Grundrechtswirkungen im Verwaltungsrecht, pág. 234

²¹⁹ Schmidt-Abmann, Grundrechtswirkungen im Verwaltungsrecht, pág. 234

²²⁰ Pieroth/Schlink, Grundrechte, párr. 706

9.2 La afectación fáctica

Ejercicio 10: La visita del Presidente de China

En el marco de una visita del Presidente de China tuvo lugar una reunión organizada por la Sección de Amnistía Internacional. Los participantes realizaron una vigilia, con pancartas, volantes y otros elementos típicos de estos eventos, para protestar en contra de la posición del funcionario en materia de derechos humanos. Al momento de la entrada de los vehículos, fue colocado un autobús del cuerpo de música de la policía, directamente frente a la vigilia, interrumpiendo la visibilidad de los 50 manifestantes. Al mismo tiempo, se escuchó la música del grupo policial. De inmediato, luego del paso del vehículo presidencial, fue retirado el autobús hacia su lugar de estacionamiento ²²¹ [ver esquema en párr. 153]

139

En ciertos casos, la calificación como una afectación del ámbito protegido por el derecho de reunión, resulta más compleja. Es el caso de los impedimentos en las vías de acceso y salida del lugar de la reunión,²²² así como el empleo de controles preventivos, mediante las observaciones y registros. El “acompañamiento preventivo” a ambos lados de una marcha, por parte de policías con equipamiento antimotines, casco y bastón largo, ha sido calificado de afectación de una reunión.²²³ También debemos mencionar el efecto disuasivo de la aplicación de las medidas propias del derecho procesal penal. En tales casos, estamos en presencia de una afectación fáctica del derecho fundamental.

140

Los derechos fundamentales también deben ofrecer protección frente a injerencias de hecho o mediatas, las cuales con frecuencia ostentan un contenido lesivo similar o superior a la afectación clásica. De allí deriva la necesidad de un concepto amplio de la noción de afectación del derecho.²²⁴ Actualmente es generalmente admitido que la protección constitucional no se

²²¹ VG München, Urt. V. 21/01/1999 M 17 K 96.3548 (NVwZ 2000, 461)

²²² Gornig/Jahn, Fälle zum Polizei- und Ordnungsrecht, pág. 98

²²³ OVG Bremen Sent. de 24.04.1990, Exp. 1 BA 18/89

²²⁴ Schmidt-Abmann, Grundrechtswirkungen im Verwaltungsrecht, pág. 234

limita a un tipo específico de afectación,²²⁵ pues ello sería contrario a la función del derecho fundamental de proteger de forma efectiva determinados ámbitos de libertad y de garantizar que el individuo se encuentre libre de desventajas que no se ajusten a la Constitución.²²⁶ En tal caso, no se deja de lado a la noción clásica de afectación del derecho fundamental, sino que la misma se enriquece con nuevas facetas.²²⁷ Por ello, siguen teniendo validez los conocidos institutos que permiten ejercer una defensa resistente frente a tales injerencias.²²⁸

Consecuencia de la ampliación del concepto de afectación del derecho es la 141
pérdida de los claros contornos que caracterizan a la clásica afectación estatal, final e imperativa.²²⁹ Por otra parte, los derechos fundamentales no tienen la función de proteger contra *todo* tipo de afectación.²³⁰ Ello es consecuencia de la situación social del titular del derecho dentro de un Estado y de una sociedad.²³¹

Para establecer un ámbito más concreto, dentro del cual el derecho funda- 142
mental brinde protección frente a afectaciones de hecho o mediatas, puede tomarse en consideración los parámetros que derivan de la finalidad de protección de cada derecho fundamental (doctrina modal o funcional del ámbito de protección).²³² El Tribunal Federal Constitucional hace referencia en

²²⁵ BVerwGE 71, 183; Roht, Verwaltungshandeln mit Drittbetroffenheit und Gesetzesvorbehalt, pág. 33

²²⁶ BVerwGE 71, 183

²²⁷ Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, párr. 59

²²⁸ Schmidt-Aßmann, Grundrechtswirkungen im Verwaltungsrecht, pág. 234

²²⁹ Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, párr. 59

²³⁰ BVerwGE 71, 183

²³¹ Ramsauer, Die Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechte nach dem Normzweck, pág. 102

²³² BVerwGE 71, 183/192

este sentido a la idea del orden o del valor de los derechos fundamentales.²³³

Con ello el grado de afectación no resulta determinado por criterios idénticos para todos los derechos fundamentales. Además deben ser tomados en cuenta los riesgos atípicos e impredecibles que se relacionan con la actuación de los poderes del Estado.²³⁴

143 A través de la interpretación de la finalidad protectora de cada derecho fundamental, puede establecerse en qué forma su ámbito de protección también comprende el entorno social o de otro tipo de la actividad realizada. En la misma medida en que determinado derecho fundamental también brinde protección frente a los cambios del entorno derivados de la injerencia del Estado, se plantea también la sujeción de la actuación del Estado al derecho fundamental del individuo.²³⁵

144 Otros criterios, para la determinación de la existencia de una afectación fáctica de los derechos fundamentales, se encuentran referidos al grado de mediatez, esto es, la longitud de la cadena causal entre el acto del poder Público y el efecto sobre el afectado.²³⁶ En la medida en que sea más larga la cadena causal, la densidad de la afectación será menor y la posibilidad de imputar responsabilidad disminuye.²³⁷

145 La longitud de la cadena causal no es relevante cuando la finalidad perseguida con la conducta puede sintetizar el desarrollo de los acontecimientos

²³³ Lübbe-Wolff, Rechtsprobleme der Behördlichen Umweltberatung, pág. 2711

²³⁴ Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, párr. 59

²³⁵ Ramsauer, Die Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechten nach dem Normzweck, pág. 105

²³⁶ Ramsauer, Die Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechten nach dem Normzweck, pág. 103

²³⁷ Ramsauer, Die Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechten nach dem Normzweck, pág. 103

en una conducta unitaria de afectación del derecho fundamental.²³⁸ La densidad de la cadena causal puede ser considerada suficiente, a pesar de la pluralidad de estaciones causales, cuando existía la intensión de causar el resultado lesivo del derecho.²³⁹ Una afectación relevante del derecho fundamental se plantea generalmente cuando se encuentran dados ambos criterios.²⁴⁰

La determinación de la finalidad de una medida no se encuentra limitada al 146
objetivo principal que le sirve de motivación, sino que debe ser concebida como un proceso complejo, el cual comprende necesariamente las consecuencias colaterales asociadas al objetivo principal.²⁴¹ A pesar de que la actuación de la Administración no hubiera tenido por finalidad esencial causar una consecuencia desfavorable, las mismas son consideradas condiciones necesarias para alcanzar la meta propuesta.²⁴²

En contra del argumento relativo al efecto limitador de la libertad, se ha se- 147
ñalado que tales efectos no pueden ser medidos con exactitud. Tales objeciones han sido tomadas en consideración por el Tribunal Federal Administrativo, el cual evalúa si la medida puede causar consecuencias graves y considera necesario que tales consecuencias hubieran sido previsibles.²⁴³ La referencia exacta del efecto en la situación real es entonces sustituida por la constatación de que en determinada medida las consecuencias desfavorables eran previstas ex ante y no simplemente a través de una evaluación ex-post.

²³⁸ BVerwGE 90, 112/ 120

²³⁹ Ramsauer, Die Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechten nach dem Normzweck, pág. 103

²⁴⁰ Ramsauer, Die Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechten nach dem Normzweck, pág. 103

²⁴¹ Roth, Verwaltungshandeln mit Drittbetroffenheit und Gesetzbewehrung, pág. 215

²⁴² Roth, Verwaltungshandeln mit Drittbetroffenheit und Gesetzbewehrung, pág. 215

²⁴³ BVerwG, U.v. 23.5.1989, NJW 1989, 2272/2273

El criterio de la gravedad de la afectación resulta con ello subjetivizado. Lo determinante es en todo caso, cuáles fueron las consecuencias previsibles.²⁴⁴

148 Finalmente, puede ser tomado en consideración el criterio de la gravedad de la afectación. La afectación clásica de los derechos fundamentales por parte del Estado regulador, esto es, la llamada “afectación imperativa”, se encuentra dirigida expresamente a producir una reducción de la esfera de libertad protegida por el derecho fundamental, por lo que puede ser declarada contraria a derecho, incluso cuando sus efectos no sean considerados graves.²⁴⁵ En tales casos, la existencia de una desventaja relevante para el derecho fundamental no se encuentra sujeta a la magnitud del daño. Toda afectación imperativa resulta valorada como una lesión significativa, independientemente de la medida de la lesión del derecho fundamental.²⁴⁶ Una concepción distinta, que niegue la posibilidad de que el ciudadano se defienda en contra de afectaciones cuya gravedad se encuentre por debajo de determinado nivel de intensidad, significaría en la práctica que el Estado podría causar efectos gravosos de forma arbitraria, siempre que los mismos no produjeran daños demasiado graves.²⁴⁷

149 De allí que, en los casos de afectación directa de un derecho fundamental no es relevante si la misma ha producido un daño grave. Sin embargo, en los casos de afectación fáctica, la intensidad de los efectos sobre las personas, juega un papel esencial para establecer si resulta afectado el ámbito protegi-

²⁴⁴ Heintzen, Staatliche Warnungen als Grundrechtsproblem, pág. 554

²⁴⁵ BVerwGE 90, 112/121

²⁴⁶ Roth, Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum, pág. 277

²⁴⁷ Roth, Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum, pág. 277

do por el derecho fundamental.²⁴⁸ En los casos de simples afectaciones de hecho y no específicas, el criterio de la afectación “grave” del derecho fundamental puede ser aplicado con el objeto de distinguir, entre injerencias del Estado en el ámbito constitucionalmente protegido de libertad y aquellas que no poseen relevancia constitucional.²⁴⁹ De tal forma es posible establecer restricciones en los elementos constitutivos del derecho fundamental, de acuerdo con una especie de reserva de afectación irrelevante.²⁵⁰ La doctrina es pacífica en afirmar la necesidad de tales correctivos para hacer determinable la noción ampliada de la afectación del derecho fundamental.²⁵¹

Molestias fácticas de poca intensidad deben ser consideradas como parte de 150 los riesgos razonables de la vida, en contra de los cuales el derecho fundamental no otorga a su titular ninguna protección.²⁵² De allí que, mientras más mediata sea la relación entre la conducta y el resultado, la intensidad del efecto producido debe ser mayor, para considerar dada una afectación del derecho fundamental.²⁵³

Por otra parte, en los casos de afectación fáctica, en los que se encuentre 151 presente el factor de intencionalidad y la situación se hubiera encontrado bajo el control del Estado, se considera una afectación relevante del derecho

²⁴⁸ Ramsauer, Die Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechten nach dem Normzweck, pág. 104

²⁴⁹ BVerwGE 87, 37/43; Andreas Roth, Locus cit. pág. 298; BVerwGE 90, 112/121

²⁵⁰ Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, párr. 59

²⁵¹ Schmidt-Aßmann, Grundrechtswirkungen im Verwaltungsrecht, pág. 239; Roth, Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum, pág. 34; Heckmann, Eingriff durch Symbole?, pág. 880

²⁵² Ramsauer, Die Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechten nach dem Normzweck, pág. 104

²⁵³ Ramsauer, Die Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechten nach dem Normzweck, pág. 104

fundamental, aún cuando la relación de causalidad no hubiera sido inmediata, independientemente de la intensidad del daño.²⁵⁴

152 En los casos, en los que el Estado procura influir en la conducta del público y el esperado cambio de conducta que se produce efectivamente causa por su parte efectos en posiciones protegidas por derechos fundamentales, no es necesario establecer condiciones relativas a la gravedad de la afectación.²⁵⁵

Tales injerencias finalistas de carácter fáctico, son equivalentes a las clásicas afectaciones imperativas.²⁵⁶

153 Esquema del ejercicio: La visita del Presidente de China

El bien jurídico protegido se encuentra referido a la seguridad pública, la cual comprende el evento organizado por el Estado, de recepción de un Jefe de Estado, así como la integridad física de las personas que participaban en el traslado del Presidente chino.

La afectación fáctica del derecho de reunión deriva del impedimento fáctico de la finalidad de la vigilia. Los manifestantes pretendían hacer llegar su opinión, no sólo a las personas que transitaban el lugar, sino especialmente al Presidente de China. Los órganos de policía no debían impedir que se realizara la finalidad de la reunión. Igualmente, se produjo una afectación fáctica de la libertad de expresión, en razón de que un órgano del Estado hizo imposible que los manifestantes fueran vistos y oídos por el destinatario del mensaje.²⁵⁷

La revisión de la conformidad a derecho de la medida es realizada, de conformidad con las normas que regulan el control de manifestaciones y de acuerdo con las normas de policía. En tales casos, se requiere de la constatación de un peligro concreto, para justificar la intervención policial. No existían sin embargo indicios acerca de la existencia de un peligro de tal naturaleza. La manifestación era de carácter pacífico y sus organizadores no tienen antecedentes en la organización de actividades violentas. La distancia de unos 60 metros, la presencia policial y los vehículos blindados que transportaban a la comisión presidencial no permitían justificar la aplicación de las normas de control policial. La medida tampoco hubiera sido idónea para repeler un eventual peligro en contra de la seguridad de las personas.

9.3 El efecto disuasivo

Ejercicio 11: El garrapiño

Un elemento que llamó la atención en las manifestaciones, fue el uso de una garra de hierro por parte de la Guardia Nacional en una protesta de estudiantes en enero-2010. La protesta que reunía a un nutrido grupo

²⁵⁴ BVerwGE 90, 112/121

²⁵⁵ Di Fabio, Information als hoheitliches Gestaltungsmittel, pág. 5

²⁵⁶ Di Fabio, Information als hoheitliches Gestaltungsmittel, pág. 5

²⁵⁷ VG München, Urt. V. 21/01/1999 M 17 K 96.3548 (NVwZ 2000, 461)

de estudiantes de distintas universidades, tanto públicas como privadas, reclamaba el respeto de la libertad de expresión, los derechos ciudadanos y el cese a la violencia por parte de los organismos del Estado. Si bien, el instrumento señalado no fue utilizado para la represión directa de la manifestación, fue expuesto frente a los estudiantes. El jefe del Comando Regional Número 5 de la Guardia Nacional Bolivariana, G/D Alirio Ramírez, desmintió el titular de primera plana. Al respecto, el efectivo explicó que el instrumento citado, cuyo nombre real es “garrapiño” forma parte de un equipo de despeje que los efectivos militares utilizan en labores de guarda del orden público para retirar de la vía aquellos elementos que la obstaculizan, para así restablecer el libre tránsito de las personas.²⁵⁸ [ver esquema en párr. 157]

154

En su decisión sobre el censo de población, estableció el Tribunal Federal Constitucional, que quien tiene conocimiento que, durante la participación en una reunión o en una asociación de ciudadanos, será objeto de un registro de datos por parte de un órgano del Poder Público, y que de tal situación pueden derivar riesgos, podría desistir del ejercicio del correspondiente derecho de reunión o de asociación. Tal situación no sólo afectaría las oportunidades del individuo de desenvolvimiento como individuo, sino que también afectaría el interés general, en razón de que la autodeterminación del individuo constituye una condición elemental para el funcionamiento de un Estado liberal democrático, que se basa en la capacidad de actuación y de participación de sus ciudadanos.²⁵⁹

El ámbito de protección del derecho de reunión también comprende la libertad de decisión interna, acerca de si el individuo resuelve o no participar en la reunión. Por tal motivo, una afectación fáctica se produciría cuando el temor a la vigilancia del Estado conduzca a que el individuo resuelva renunciar a participar en la reunión. El Tribunal Federal Constitucional se re-

155

²⁵⁸ ABN Caracas, 28 Enero: GNB desmintió titular de El Nacional sobre uso de presunta garra de hierro para reprimir

²⁵⁹ BVerfGE 65, 1/43 - Volkszählung

fiere a las medidas de registro y vigilancia que resulten irrazonables y excesivas.²⁶⁰

156 El reconocimiento de la afectación del derecho de reunión permite establecer que la medida tiene un carácter de actividad de intervención en la esfera jurídica subjetiva del individuo, lo cual constituye un presupuesto para exigir el control de la contrariedad a derecho de la actuación del Estado.

157 Esquema del ejercicio: El garrapiño

La exposición del instrumento frente a los manifestantes es por sí sola capaz de generar el temor de su uso en contra de la integridad física de las personas, a tal punto que los manifestantes desistan del ejercicio del derecho de reunión.

La afectación en el ámbito del derecho subjetivo exige que la medida se encuentre justificada, por la existencia de un peligro inminente para el orden público.²⁶¹ La gráfica no permite advertir que hubiera sido necesario el uso del instrumento citado, para retirar de la vía aquellos elementos que la obstaculizan. Por tal motivo, el porte del equipo era innecesario y excesivo, en infracción del derecho de reunión.

²⁶⁰ BVerfGE 69, 315/348 – Brokdorf; Pieroth/Schlink, Grundrechte, párr. 706

²⁶¹ OVG Bremen Sent. de 24.04.1990, Exp. 1 BA 18/89