

# El Derecho Constitucional a la manifestación pública \*

**Prof. Dr. Dieter Blumenwitz**

Catedrático Principal de Derecho Constitucional de la Universidad de Würzburg. Director del Instituto de Derecho Internacional, Derecho Europeo y Derecho Económico Internacional de la RFA.

Berlín con motivo de la visita del Presidente Norteamericano Ronald Reagan se vió sumido en serios disturbios. El partido "Lista de Alternativa" (LA) había convocado a una manifestación, pese a que ésta había sido prohibida el día anterior por el Tribunal competente. Los integrantes de la LA se declararon partidarios del incumplimiento de la prohibición, incluso luego de haber evidenciado sus deplorables consecuencias. La LA se consideró con derecho a declarar públicamente durante la visita del Mandatario Norteamericano que "habían quienes se oponían".

Así un partido político representado en el Parlamento y cuya tarea de acuerdo a la Constitución Federal Alemana consiste en "tomar parte en la formación de la voluntad política del pueblo alemán", se opuso manifiesta y abiertamente a una medida adoptada por la autoridad administrativa y ratificada por el órgano judicial, enfrentándose en esa medida al ordenamiento democrático de la República Federal.

En esas circunstancias la Fiscalía berlinesa evaluó si los sangrientos sucesos infringían la Ley de Reunión, y si procedía el levantamiento de la inmunidad parlamentaria en caso representantes de la LA estuvieran involucrados en ellos —cosa que, como es evidente, competía exclusivamente al Parlamento berlinés—. Asimismo, era de sumo interés establecer si podía responsabilizarse a los autores intelectuales —ciertamente fáciles de ubicar— por los excesos cometidos por los miembros de la LA.

Tras el llamado veredicto Mahler de la Corte Suprema alemana basta la "mera participación intelectual"

para acreditar complicidad y exigir responsabilidad. En el caso de una huelga ilegal, el Tribunal Federal de Trabajo responsabilizó al sindicato por los destrozos causados; pese a que éste no participó directamente en la huelga, había facilitado "fondos de apoyo" a los huelguistas, reforzando en esa medida su voluntad de lucha reivindicativa. En el caso de la huelga de los pilotos aéreos, la Corte Suprema responsabilizó a la asociación de pilotos debido a que "con sus manifestaciones públicas apoyó en mayor o menor grado la acción de los huelguistas, contribuyendo en esa medida a un grave perjuicio".

Sírvanos los ejemplos citados para visualizar los problemas que suscita en la actualidad el derecho constitucional a la manifestación pública.

## I. FUNCION CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE MANIFESTACION

1. La Constitución de la RFA no menciona expresamente el derecho a la manifestación pública, constituye un aspecto de la libertad de reunión: "Todos los alemanes tienen —señala el primer párrafo del Art. 8— el derecho de reunirse pacíficamente y sin armas sin autorización o solicitud previa". Esta disposición rige tanto para las reuniones públicas como privadas. La manifestación es una reunión pública, que por norma se realiza al aire libre; el derecho a la manifestación puede, por tanto, "ser restringido por ley o en base a ella", tal como lo señala el segundo párrafo del Art. 8<sup>1</sup>. La restricción "por ley" significa que el derecho a la manifestación, que en principio es libre, se ve limitado por una disposición legal, tal como ocu-

\* Reelaborado por Beatriz Boza, miembro del Comité de Redacción de THEMIS, con autorización del autor.

1. En forma similar, por ejemplo, el Art. 2, inc. 10 de la Constitución Política del Perú promulgada el 12 de julio de 1979 prescribe que "toda persona tiene derecho a reunirse sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convocaran en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado de la autoridad, la que podrá prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o sanidad públicas". Asimismo, del Art. 19, párrafo 13 de la nueva Constitución de Chile, del 11 de setiembre de 1980, garantiza a todos el derecho a "reunirse pacíficamente sin autorización previa y sin armas. Las reuniones a celebrarse en plazas, calles y otros lugares que sirvan al tránsito público, se rigen por las normas policiales correspondientes".

re a través de las así llamadas leyes de limitación de arrabal, destinadas a proteger las decisiones parlamentarias de la "presión de la calle"<sup>2</sup>.

"Restricción en base a una ley" significa que cualquier intervención estatal en el campo de libertad del derecho a la manifestación pública —especialmente la intervención policial contra los manifestantes— requiere de un fundamento legal. El fundamento legal más importante para tales intervenciones es la Ley de Reunión, reiteradamente alterada, que se dictó el 24 de julio de 1953<sup>3</sup>.

2. El Art. 8 de la Constitución alemana no constituye, sin embargo, la única norma constitucional que rige la libertad de manifestación está plasmado en diversas normas constitucionales; por ejemplo, está arraigado en el derecho al libre despliegue de la personalidad. Una de las esferas medulares de la manifestación pública se vé garantizada por la incuestionabilidad de la dignidad humana, tal como lo expresa el primer párrafo del Art. 1 de la Constitución, ya que la persona no es un individuo aislado, sino que se desenvuelve en comunidad con otras personas a través de un actuar colectivo.<sup>4</sup> Queda en duda, sin embargo, si el derecho a la manifestación forma parte de la "esfera medular de la libertad de reunión" excluída de enmiendas constitucionales (Art. 79, inciso 3)<sup>5</sup>. El derecho a la manifestación constituye, en principio, un "derecho de comunicación"; complementa el derecho a la libertad de expresión así como a la libertad de información (Art. 5, inc. 1 de la Constitución Federal), a la libertad de credo y culto (Art. 8 inc. 1), mediante los cuales se garantiza su ejercicio<sup>6</sup>, cumpliendo también una función complementaria<sup>7</sup>.

La formación de la opinión pública y con ello también la deformación de la voluntad política en el ordenamiento democrático, presuponen una comunicación entre los individuos, que se materializa fundamentalmente a través de reuniones. Con

esto, la libertad de reunión adquiere en el contexto del ordenamiento parlamentario-democrático la importancia de un derecho fundamental constitutivo de la Democracia<sup>8</sup>. El efecto de la expresión de opinión se potencia, a través de la actuación conjunta, en un eficiente medio de lucha política, que en estos últimos tiempos ha vuelto a desempeñar un papel significativo en la solución de conflictos. El derecho a la manifestación pública confiere validez a las demandas políticas, incluso más allá de las estructuras e instituciones que canalizan la voluntad política, como son los partidos, el Parlamento o el Gobierno.

Las manifestaciones a cielo abierto son formas de expresión de la voluntad social y, especialmente, política. Con ello, el derecho a la manifestación ofrece en igual sentido una posible influencia pública sobre el proceso político, la posibilidad de desarrollar iniciativas y alternativas pluralistas, así como de crítica y protesta. El derecho a la manifestación pública contiene pues algo de democracia no mediaticada, una democracia que parece "no domada", no realizada por el Estado partidario. El derecho a la manifestación pública constituye uno de los elementos esenciales del carácter "honesto" del proceso democrático y también apropiado para salvaguardar el quehacer político del anquilosamiento y de la rutina. Permite, específicamente, que los grupos menos privilegiados, carentes de organizaciones influyentes y medios de comunicación masiva, conciten la atención sobre sus puntos de vista.

3. La participación en el proceso político, perseguida mediante el derecho a la manifestación pública, puede dirigirse contra las fuerzas establecidas, sin que por ello, el derecho a la libre manifestación se convierta en un "derecho a la revolución"<sup>9</sup>, constituye más bien una válvula de seguridad del proceso democrático que permite eliminar determinadas presiones sin amenazar el complicado engranaje del Estado o acumular energía revolucionaria destructiva.

- 2 Cfr. p. ej. con la "Ley de Barrios Marginales" del 6-8-1955. Véase también Herzog: "Die Einschränkung der Versammlungsfreiheit durch Gesetzgebung und Verwaltung", en BayVB 1-1968.
3. BGBl, pág. 684. Otro ejemplo es la ley destinada a garantizar la paz olímpica del 31-5-1972 (BGBl, 1972, pág. 865) y la enmienda del 25-7-19. Rupprecht: "Normen zum Schutz der Olympischen Spiele", en: Die Polizei, 1972, pág. 174.
4. Cfr. Maunz-Dürig-Herzog-Scholz: "Grundgesetzkommentar", Art. Rdnr. 2, 4 y 10.
5. Según el Art. 18 de la Constitución alemana, los derechos adquiridos merced al Art. 8 de la misma "caducan" si se "abusa de ellos luchando contra el orden democrático liberal fundamental", para lo cual se requiere, eso sí, un veredicto del Tribunal Federal de Garantías Constitucionales. En contraposición con numerosas Constituciones extranjeras (cfr. p.ej. Art. 231 de la Constitución Política del Perú, o Art. 39 y 24 de la Constitución chilena) las disposiciones sobre el Estado de Emergencia en la Constitución alemana no contemplan una restricción específica de la libertad de reunión. También durante los estados de emergencia habrá de recurrirse a las disposiciones legales convencionales. El Art. 9, inc. 3 de la Constitución de la RFA privilegia la lucha obrera, pero no la huelga política.
6. Cfr. von Münch, en: "Grundgesetz-Kommentar", Art. 8, 2a. ed., 1981.
7. Cfr. Hesse: "Grundzüge des Verfassungsrechtes der BRD", No. 12 I, 7a.
8. BVVerfGE 7, 199.
9. Hannover: "Demonstrationsfreiheit als demokratischer Grundrecht", en KJ 1968, pág. 51 y ss.; Zeidler: "Aussenparlamentarische Bewegungen, Demonstrationsrecht und Widerstand", en: Das Recht auf Demonstration— Schriften zur Bundeszentrale für politische Bildung 1969, pág. 3 y 11.; H. Vogel: "Demonstrationsfreiheit und ihre Grenzen", en: Das Recht auf Demonstrationen, pág. 15 y 22; P. Schneider: "Demokratie in Bewegung— Probleme der Versammlungsfreiheit", en: "Festschrift für Mühlmann", 1969, pág. 249 y ss. También, Ott: "Die Versammlungs— Demonstrationen", en: Perles (ed.) Grundrechte als Fundament der Demokratie, 1979.

Sin embargo, en la "democracia original, no domada y no mediatizada"<sup>10</sup>, que se exterioriza a través de la libertad de manifestación, se oculta también el riesgo de la degeneración del derecho fundamental, sobre todo cuando no se respetan sus límites. La posible perversión de la libertad de manifestación surge cuando ésta es manipulada por elementos extremistas, que requieren de los "tontos útiles" como telón de fondo en momentos en que las discusiones se reducen a lo meramente panfletario; o durante los complejos procesos de asignación de recursos y toma de decisiones, tan característicos de nuestra moderna sociedad tecnocrática, en que la exacerbación de emociones incontrolables racionalmente, pueden conducir a la violencia.

Los Estados totalitarios a su turno también manipulan las manifestaciones públicas; las manifestaciones masivas son utilizadas muchas veces como aparato de aplauso para el régimen. La canción de los nacionalsocialistas "despejad las calles para los batallones pardos" recuerda, no sin dolor, que una opinión pública bien dirigida permite atropellar y acallar la opinión de "los otros", por más respetable que ésta sea.

## II. EL DERECHO A LA MANIFESTACION PUBLICA Y EL ORDENAMIENTO CIVIL EN EL ESTADO DE DERECHO

1. De acuerdo al precitado Art. 8 de la Constitución de la RFA, la libertad de manifestación no pertenece a cualquiera sino solamente a los alemanes (Art. 116 inciso primero).

a) La Constitución alemana no le garantiza a los extranjeros ni, en particular, a los numerosos trabajadores extranjeros que laboran en la República Federal el derecho de manifestar. La libertad de reunión, y con ello también la de manifestación pública, emana para los extranjeros del Art. 1 de la Ley de Reunión y del Art. 11 de la Convención Europea para los Derechos Humanos<sup>11</sup>. Respecto del derecho a la mani-

festación aún no se forma una regla general de derecho internacional en el sentido del Art. 25 de la Constitución alemana<sup>12</sup>, a la que cabría conferir rango constitucional. Las restricciones y prohibiciones a las reuniones e los extranjeros están consagradas en la Ley de Extranjería<sup>13</sup>. No es factible, empero, una prohibición general de las manifestaciones políticas dirigida contra un grupo de extranjeros residentes en la República Federal, ya que esto implicaría una violación de la Ley de Reunión<sup>14</sup>.

b) Los menores de edad también pueden alegar el derecho constitucional de la libertad de reunión, siempre que la finalidad perseguida mediante dicha reunión corresponda a su grado de madurez espiritual<sup>15</sup>. Así, por ejemplo, pueden organizar una manifestación contra el alza de los pasajes escolares. Cabe señalar, sin embargo, que según lo dispuesto por el Art. 7, inciso 1, de la Constitución la asistencia escolar obligatoria antecede al derecho de manifestar<sup>16</sup>.

c) También las personas jurídicas (Art. 19) pueden invocar este derecho, lo que resulta de particular importancia para la organización de actos públicos.

2. El "reunirse" implica, en su aceptación generalizada, la concurrencia de varias personas a un lugar<sup>17</sup>.

a) La manifestación es una forma especial de reunirse, y según la Jurisprudencia, es la "comunicación de una opinión respecto de asuntos públicos"<sup>18</sup>. En principio se trata de un subcaso de reuniones al aire libre<sup>19</sup>. Los Arts. 14 y ss. de la Ley Federal de Reunión hablan en este contexto de "desfile". Un desfile, procesión o concentración es una "reunión que se desplaza al aire libre". La forma del desplazamiento carece de importancia. Una reunión en desplazamiento puede transformarse en una detenida y viceversa<sup>20</sup>. La distinción entre una reunión en ambiente cerrado y una al aire libre no radica en el peligro de "mojarse bajo la lluvia", sino que la comu-

10 Cfr. Caso Brokdorf, fallo del Tribunal de Garantías Constitucionales de la RFA del 14.5.1985 en NJW 1985 pág. 2395 y ss (pág. 2396 se cita a Blumenwitz "Versammlungsfreiheit und polizeiliche Gefahrenabwehr bei Demonstrationen", en Festschrift für Samper 1982, pág. 132).

11. Convención para la defensa de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, del 1 de noviembre de 1950. El primer párrafo dice: "Todos los hombres tienen el derecho de reunirse libremente"...

12. Cfr. von Münch, op. cit., 38; Ott: "Comentario a la Ley de Asociación y Manifestación Pública" (1969), pág. 18.

13. BGBl 1965, 1,5 Cfr., p. ej., No. 6, p. ii y op. cit. Münster, DVBl, 1966, 118.

14. Cfr. Op. cit. Münster con anotaciones de Kösel (Prohibición para manifestaciones de estudiantes iraníes en la RFA, con motivo de la visita del Sha). También la imposición de arresto domiciliario para ciudadanos afganos, con ocasión de la visita de Leonid Brezhnev a la RFA en noviembre de 1981. Véase, Bayer: "Staatsbesuch und politische Demonstration", en DöV 1968, 709

15. Cfr. Maunz-Dürig-Herzog, op. cit., pág. 17.

16. Cfr. detalles en Perschel: "Demonstrationsrecht und Schulbesuchspflicht".

17. Cfr. p. ej. Frowein: "Versammlungsfreiheit und Versammlungsrecht", en NJW 199, pág. 1081, y ss. La llamada "manifestación individual" no constituye, por eso, manifestación (Art. 8) sino mera ratificación de opinión. Véase Geck: "Respecto del concepto de reunión según el Art. 8 de la Constitución de la RFA", en: DVBl 1980, pág. 797 y ss.; Maunz: "Massendemonstration und Einzeldemonstration", en BayVBl 1971, 97 y ss.

18. BayOBLG en BayVBl 1970, pág. 115.

19. Véase Crombach: "La reunión pública al aire libre", 1976.

20. Cfr. Füsslein: "Vereins- und Versammlungsfreiheit", en: GRell, pág. 425 y ss; Dietel-Gintzel: "Demonstrations- und Versammlungsfreiheit", 6a. ed. 1976.

nificación con el "mundo de afuera" hace que la reunión al aire libre pueda ser interrumpida y, a la vez, que se torne peligrosa<sup>21</sup>.

b) No toda aglomeración de personas es una reunión. Sólo habrá una reunión, en términos del derecho fundamental, cuando dicha reunión persiga un fin común, para cuyo logro los participantes se congregan no sólo espacialmente sino que se aglutinan interiormente, separándose de otros. Esto no excluye, empero, que una aglomeración casual de personas pueda adquirir características de una reunión, pues el inciso segundo del Art. 8 de la Constitución alemana, no sujeta —a diferencia de la Ley de Reunión<sup>22</sup>— la reunión al aire libre a una planificación u organización. Por eso, la "reunión espontánea", es decir, aquella que de haberse anunciado se habría tergiversado o perdido su sentido, goza también de protección constitucional<sup>23</sup>.

Las concentraciones que siguieron al asesinato del Presidente Kennedy o a la invasión de Checoslovaquia por fuerzas soviéticas fueron reuniones espontáneas. Queda por esclarecer si las "discusiones" suscitadas inmediatamente después de choques con las Fuerzas del Orden constituyen reuniones espontáneas<sup>24</sup>.

3. La libertad de reunión encierra la de organización —tratándose de reuniones organizadas, la respectiva invitación y organización del acto—, la de participación y la de dirección<sup>25</sup>. El organizador decide libremente si la reunión será pública o privada.

Las reuniones al aire libre —especialmente las manifestaciones— son generalmente públicas<sup>26</sup>, de modo que resulta difícil excluir de las mismas desde el principio a determinados grupos de personas. Cabe destacar, que es prohibido interrumpir una mani-

festación mediante una contramanifestación; ésta no podrá invocar el derecho fundamental a la libertad de reunión pues lesiona derechos de terceros<sup>27</sup>.

4. Actualmente, uno de los problemas principales de la libertad de reunión en el Estado de Derecho democrático estriba en el transcurso pacífico del acto. Cabe preguntarse si, por ejemplo, la tan propagada "resistencia pacífica" o la llamada "violación parcial de la legalidad" son clasificables como actos pacíficos.

a) El Art. 8 de la Constitución alemana sólo consagra el derecho a reunirse pacíficamente y sin armas. Dado que el reunirse está caracterizado por una forma externa y por una finalidad, la exigencia de "pasividad" debe referirse tanto al comportamiento (o forma externa de la reunión) como al fin mismo de éste.

b) El concepto de "carácter pacífico" de una reunión no está lo suficientemente delimitado como para que su interpretación importe una restricción a la libertad de reunión. La Constitución alemana no define el concepto de "manifestación pacífica"<sup>28</sup>; su interpretación histórica tampoco aporta nuevas luces<sup>29</sup>. De allí que en la práctica se recurra con frecuencia a la determinación conceptual del propio legislador ("transcurso violento y sedicioso", cfr. Ley de Reunión). Desde el punto de vista metodológico esto es cuestionable, ya que implica medir la Constitución como ley de mayor rango con la vara del Derecho común (Derecho de Reunión, Derecho Penal, etc.)<sup>30</sup>. Me parece apropiado determinar con exactitud el alcance de este término no bien definido en el contexto constitucional. Destaca la estrecha relación entre la libertad de reunión (Art. 8) y la libertad de opinión (Art. 5) que, entre otros, otorga por ejemplo los criterios necesarios para la

21. Cfr. Frowein, op. cit., pág. 1083; también BVerwGE 26, 137

22. El No. 14 dispone notificación previa para todas las reuniones al aire libre; de acuerdo al No. 15 cabe disolver la reunión si no se cumple con esta condición.

23. Cfr., p. ej., Maunz-Dürig-Herzog, op. cit. y Münch, así como Mangoldt-Klein. Así mismo el fallo del Tribunal Federal de Garantías Constitucionales en el Caso Brokdorf del 14.5.1985, en NJW 1985, pág. 2395 y ss (2397 y ss). Respecto de las llamadas "Reuniones rápidas por motivo actual", véase OLG Karlsruhe DöV 1976 con notas de W. Wagner.

24. Al respecto, Frowein, op. cit., pág. 1082; Wedke: "Das Dilemma der Anmeldepflicht im Versammlungsgesetz".

25. Cfr. detalles en No. 7 de la Ley de Reunión; para los partidos políticos rige el No. 9 de la Ley de Partidos. El derecho de participación de los individuos no significa que éstos posean derecho a una irrestricta participación activa en la misma. Cfr. Maunz-Dürig-Herzog, op. cit., von Münch, op. cit.

26. Una reunión al aire libre no es pública, "cuando, por voluntad del organizador, el círculo de participantes individualmente escogidos, no habrá de ser ampliado y no podrá ser ampliado por personas que no pertenezcan al grupo", BayOBLGSt N.F. 15, pág. 155 (Liga de la Juventud fiel a la Patria).

27. Cfr. detalles en VG Köln NJW 1971, pág. 210 y ss. Respecto de contramanifestaciones con ocasión de las manifestaciones del Partido Nacionalista, véase Schmidt-Jortzig en Jus 1970, pág. 507 y ss. También W. Hoffmann: "Inhalt und Grenzen der Demonstrationenfreiheit nach dem Grundgesetz", en Jus 1967, 18 y 22.

28. No se puede recurrir a los preámbulos de la Constitución de la RFA ni al Art. 26, de la misma, ya que tratan en principio de la libertad externa.

29. La fórmula "pacífica y sin armas" la encontramos en la Constitución de la Catedral de San Pablo, del 28-3-1849. Cfr. también Art. 20 de la Constitución de Prusia, del 31-1-1850.

30. Véase fundamentalmente Leissner: "Von der Verfassungsmässigkeit der Verfassung" (1964), pág. 33 y ss.; Majewsky: "Auslegung der Grundrechte durch einfaches Gesetzrecht?" (1971). Según la jurisprudencia del Tribunal Federal de Garantías Constitucionales de la RFA puede partirse de una "mutua interacción" interpretativa de las normas constitucionales y legales debido a la necesidad de determinar conceptos constitucionales complejos mediante las leyes. Cfr. BVerfGE 20, 162 (177); 21, 271 (281, 287 y s.); 33, 52 (69 y s.); 34, 384 (401).

clasificación de las obstrucciones callejeras y demás modalidades de la "resistencia pacífica". Para la pregunta de si la resistencia pacífica (por ejemplo, durante el bloqueo de carreteras y vías aéreas, centrales nucleares e instalaciones purificadoras de aguas servidas y reducción de desperdicios nucleares) debe ser considerada violenta en el sentido del Art. 8 de la Constitución federal<sup>31</sup>, resulta de gran importancia que el derecho de manifestación, en cuanto proceso de expresión de opinión y recepción de opinión colectiva, apunta a la lucha espiritual de las opiniones. A esto no se opone que la manifestación también actúe por el sólo hecho de que la gran cantidad de individuos participantes se apropien de su contenido<sup>32</sup>. El empleo del cuerpo también puede ser un medio de expresión de opinión; de allí que no necesite ser per se violento en el contexto de una manifestación<sup>33</sup>.

Cabe preguntarse, por ejemplo, si una huelga en la que los huelguistas se sientan sobre los rieles del tranvía como expresión de protesta por el alza de las tarifas del mismo, es pacífica o violenta; esto depende, en última instancia, de un asunto más complejo: fue, acaso, ese procedimiento necesario para crear la posibilidad de una comunicación pública? Al respecto, algunos puntos de vista:

- El ejercicio del derecho de reunión supone la posibilidad de comunicación con otros. Por eso una manifestación contra el alza de las tarifas del servicio de tranvía no puede realizarse en un campo especialmente alquilado para dicho fin por el municipio local.
- Si la manifestación se conduce en horas de gran movimiento por el centro de la ciudad, otros ciudadanos que no participan en ella verán limitada su libertad de desplazamiento. Con ello se vulnera la esfera de protección legal y constitucional de los

terceros ajenos a la situación (como es el caso de los pasajeros de los tranvías bloqueados).

- El derecho fundamental de los manifestantes y aquellos de los terceros que no toman parte en la manifestación pública debe adecuarse a la "relación de comunidad" de todos los derechos fundamentales<sup>34</sup>. Esta relación de comunidad del derecho fundamental de la libertad de reunión se pone de manifiesto en el término "pacífico", que en este contexto adquiere su delineamiento decisivo; una manifestación pierde su carácter pacífico cuando no se limita a suscitar la reflexión pública a través de determinado comportamiento colectivo, apuntando más bien a reprimir la opinión de otros a través de un comportamiento colectivo, o a imponerles la propia por la misma vía<sup>35</sup>.

De esto se desprende lo siguiente:

- La discusión imperativa, tal como ocasionalmente se exige para la superación del "rechazo al conflicto" que marca la conciencia cívica alemana con un carácter antidemocrático<sup>36</sup>, parece incompatible con el mandamiento de mantener la paz; el ciudadano tiene todo el derecho de ser "enemigo de conflictos" y así mismo posee el derecho constitucional de abstenerse de intervenir en los asuntos públicos<sup>37</sup>.
- La manifestación será violenta cuando, por ejemplo, se pretenda impedir, en términos absolutos, el alza de las tarifas del servicio de tranvía.
- Si se parte de la jurisprudencia del Tribunal Federal de Garantías Constitucionales en el sentido de que algunas veces puede ser políticamente oportuno recurrir a fórmulas drásticas<sup>38</sup>, podría eventualmente considerarse el "sit down" como un último recurso para lograr una comunicación pública<sup>39</sup>. Pero si tal huelga bloquea las vías de transporte público por un tiempo prolongado<sup>40</sup> la presión psicológica perseguida a través de una libre expresión de opinión

31. Cfr. Sandweg: "Ist Sitzdemonstration eine Versammlung?", en: DRiZ 1969, 73 y ss.; Bossardt: "Demonstrationen auf öffentlichem Grund", Marburgo, 1973; Braun: "Versammlungsfreiheit und Strassenverkehr", en "Polizei", 1977, 357 y ss.

32. Así determinó el Sexto Senado Civil de la Corte Suprema de Justicia en el veredicto del caso Mahler, BGHC 59, 30 (36), véase también Erichsen, VerwArch 64 (1973), pág. 197 y ss.

33. Cfr. Erichsen: "Staatsrecht und Verfassungsgerichtbarkeit", 2. ed. 1976, pág. 163; además W. Müller: "Wirkungsbereich und Schranken der Versammlungsfreiheit, insbesondere im Verhältnis zur Meinungsfreiheit", 1974.

34. El Tribunal Constitucional de la RFA reconoce que "la libertad personal no se materializa a largo plazo sin una debida capacidad de función y equilibrio con el conjunto de derechos"; BVerfGE 33, 303 (334) denominada decisión del "numerusclausus".

35. Cfr. OVG Bremer VRspr. 23, 587 (592) y Mertens en NJW 1970, 1925 (1627).

36. Según Hereth en "Reform des Bundestages" 1971). La tesis de Hannover tampoco tiene fundamento: "la participación popular en el Estado, garantizada a través de los derechos de libertad política, presupone que se supere la manipulación de la conciencia".

37. Cfr. Ossenbühl: "Der Staat", 1971, pág. 53 (82).

38. Cfr. BVerfGE 24, 278 (287).

39. La deliberada interrupción del tráfico viola la ley; así también BGHSt 23, 46 (56 y s.), veredicto del caso Läßle: "El reconocimiento de un derecho de manifestación ejercido a través del bloqueo y del daño a las instalaciones del servicio de tranvías equivaldría a la legalización de un terrorismo practicado por minorías militares, esto es incompatible con una Constitución basada en el principio mayoritario y, en última instancia, lesiona el principio de igualdad así como los principios de la democracia libertaria". Véase también Stein: "Staatsrecht", pág. 150, que sostiene que la huelga sentada está permitida.

40. La Corte de Colonia estableció que los huelguistas pueden permanecer sentados por un tiempo máximo de quince minutos. Véase también Schwäbe: "El derecho fundamental a la libertad de reunión" (1975), pág. 125 y ss.

se convierte en violencia física no-pacífica. Por eso, el bloque de las vías férreas de la estación terminal de Frankfurt por parte de manifestantes en noviembre de 1981 dejó de ser un acontecimiento "pacífico". Aparte de la dilatada paralización de todo el tráfico ferroviario en uno de los nudos de transporte más importantes de Europa Central, faltó una conexión inmediata con la expresión de una opinión.

c) El derecho de manifestación no cubre las acciones violentas. El derecho de manifestación tampoco concede en forma extraordinaria la posibilidad de recurrir a "medios no usuales e injustificados para la formación de opinión y conciencia en la ciudadanía" o a las así llamadas "violaciones limitadas de la ley"<sup>41</sup>; tampoco justifica el bloque de la distribución de los diarios del grupo Springer, por ejemplo<sup>42</sup>. Con razón, el Tribunal Federal de Garantías Constitucionales dictaminó, en el contexto del veredicto Mahler, que el derecho de manifestación no otorga el derecho de ejercer la "contraviolencia", por más que ésta algunas veces pueda parecer deseable desde una perspectiva político-social. "Dado que la experiencia ha demostrado que no es posible limitar la aplicación de la fuerza una vez que ésta ha sido concedida, un ejercicio limitado de ésta guarda en sí mismo el peligro de una violencia creciente, la que, finalmente, pondría en tela de juicio todo el funcionamiento del orden legal"<sup>43</sup>.

El derecho a la manifestación no tiene por objeto —como suele afirmarse— garantizar "todas las formas de expresión de la libertad humana tendientes a ingerir sobre el proceso de la formación de opinión y voluntad públicas. Es así, que actos delictivos como coacción, daño a bienes y violación de domicilio carecen de justificación"<sup>44</sup>. Lo expresado también es aplicable a la ocupación de casas o a quienes conciben el derecho de manifestación como la materialización de ciertos derechos sociales fundamentales y de un supuesto derecho de resistencia. Esta nueva constelación se evidencia especialmente en Berlín, ya que la Constitución berlinesa del 1 de setiembre de 1950 concede, en su Art. 19, el derecho a vivienda ("Todos tienen derecho a espacio de vivienda"), y en su Art. 23, inc. 3 determina explícitamente: "En caso de que los derechos fundamentales fijados por la Constitución sean mani-

fiestamente lesionados, todos tienen el derecho a la resistencia".

El "derecho a vivienda" no es un derecho individual, sino un derecho fundamental de carácter social; los derechos sociales fundamentales no conceden al individuo el derecho de valerse por sus propios medios. El Estado de Derecho social no es un autoservicio; cualquier redistribución de ricos a pobres debe ser asumida por el Estado y éste debe asumir la responsabilidad por la misma, ya que en caso contrario serán nuevamente sólo los fuertes los que se verán beneficiados. El derecho a la resistencia, tal como se garantiza constitucionalmente en la Carta de la RFA, podría, a lo más, emplearse contra un poder del Estado que lesione abiertamente los derechos fundamentales, pero jamás contra los conciudadanos propietarios, al estilo de la "lucha de clases".

d) La libertad de reunión garantiza, en última instancia, sólo el "re-unirse" sin armas. El concepto arma en el sentido del Art. 8, inc. 1 de la Constitución federal contempla cualquier arma en su sentido técnico<sup>45</sup>; así como cualquier objeto que sirva a su dueño o usuario para "infligir heridas deliberadamente, ya sea en la defensa o en el ataque"<sup>46</sup>. El denominado "armarse pasivo", es decir, el portar objetos "destinados a la protección contra la presión directa por parte de la policía y que están diseñados para ese fin"<sup>47</sup>, no cae bajo el concepto de arma contenido en la ley fundamental. El "armarse pasivo" o el "enmascararse" — salvo escasas excepciones<sup>48</sup> — no son necesarios para el ejercicio del derecho fundamental que nos ocupa; de allí que tanto la policía como las autoridades de seguridad puedan proceder, dentro del marco de la legislación vigente, contra quien se enmascara o arma pasivamente. El enmascaramiento y el armarse pasivo por parte de manifestantes puede ser también interpretado por la policía como indicador de un transcurso violento en ciernes de la manifestación<sup>49</sup>.

### III. LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD EN LA MATERIALIZACIÓN DEL DERECHO DE MANIFESTACIÓN DE CONFORMIDAD CON LAS NORMAS DEL ESTADO DE DERECHO

Me dedicaré a un último conjunto de interrogantes que giran en torno al conflicto entre legalidad y

41. Respecto de reuniones en que se suscitan actos punibles véase BayVGH BayVBI 1978, 21.

42. Cfr. Tiedemann, op. cit. p. 222.

43. BGHZ 59, 30 (36); cfr. nota 26.

44. Cfr. Hannover, op. cit., pág. 51 y ss. (57): La Constitución garantiza la posibilidad de expresar la opinión propia, pero excluye el uso de violencia o coerción como medios de lucha.

45. Cfr. Ley de armas del 19-9-1972. Además Ley de control de las armas bélicas del 17-7-1963.

46. Cfr. von Münch, op. cit.

47. Cfr. al respecto, anteproyecto presentado por los partidos políticos para una "Ley de defensa de manifestaciones y reuniones pacíficas" como enmienda de la Ley de Reunión y del Código Penal, Bundesrat-Drucksache 255/81 del 9-10-1981.

48. P. ej. cuando el enmascaramiento es la razón fundamental de la manifestación (carnavales, por ejemplo, o las manifestaciones de los ecologistas con máscaras antigases).

49. El anteproyecto de los partidos políticos en relación al derecho penal relativo a las manifestaciones, confiere una protección penal adicional; además, restringe la facultad de ciertas autoridades de permitir tales prácticas.

oportunidad en la aplicación o materialización, así como delimitación constitucional del derecho de manifestación. El ejercicio del derecho de asociación está, como se sabe, en manos de las autoridades de seguridad. Esta autoridad tiene, merced a la llamada cláusula policial general, la tarea de rechazar la perturbación de la seguridad y orden público<sup>50</sup>.

1. Al observar esta clásica división de tareas, debe tenerse presente —a pesar de todas las tendencias modernistas en boga— que al funcionario ejecutivo le toca el inusitado papel de árbitro social entre el Derecho y la Política, entre la legalidad y la oportunidad. Es imposible pretender que el funcionario policial de Brokford, Berlín o Nüremberg cumpla con todas las tareas; tareas en cuya solución, por demás, han fracasado políticos, pedagogos y eclesiásticos durante estas últimas dos décadas. La senda recorrida por el funcionario policial, de mero ejecutor a convertirse en árbitro social y terminar siendo el “chivo expiatorio de la nación”, parece trazada de manera definida cuando se le asignan a la policía “tareas de salubridad social”, así como “funciones activas, preventivas y, especialmente, transformadoras”.

2. Si se parte de la clásica asignación de tareas a la policía, habrá que colocar el principio de legalidad en la discusión<sup>51</sup>. Debemos entonces analizar si la policía— a pesar de su tarea de rechazar perturbaciones a la seguridad y orden públicos— puede tolerar contravenciones de la ley, tal como ha ocurrido una y otra vez en estos últimos tiempos durante las manifestaciones públicas.

- Antes de desalojar el pozo 1004 en el yacimiento petrolero de Gorleben, la policía de la llamada “República de Wendland” toleró durante 33 días violaciones de “nuevas leyes”.
- La policía de Bremen toleró por espacio de 11 días la “Embajada de Wendland” antes de que el Senado de la ciudad y los manifestantes llegaran a un acuerdo sobre las condiciones del retiro de estos últimos.
- La policía no tocó, por más de dos meses, a los habitantes de la aldea antinuclear de Grohnde antes de proceder a su desalojo.

a) Veamos lo esencial: el principio de legalidad constituye parte irrenunciable del Estado de Derecho (Art. 20, inc. 3 de la Constitución Federal), que sos-

tiene el orden político de la República Federal. Sin embargo, legalidad y Estado de Derecho constituyen también un bien moral; si bien, el derecho en sí no es moral (debe distinguirse estrictamente entre legalidad y moral), la legalidad se manifiesta, a pesar de todo, como condición integral de la moral política: en el Estado pluralista, jamás habrá una plena certeza respecto de la genuina moralidad de los actos de nuestro prójimo ni respecto de aquello que podría considerarse “legítimo” (vale aquí la sentencia bíblica: “No juzguéis a fin de no ser juzgados”). La legalidad de un acto, en cambio, es controlable, por eso en todo orden estatal existen organismos que deciden (en forma legal) sobre esas acciones. La ley —posible de ser cumplida en esta forma— nos alivia de las exigencias que el rigor moral impone a la sociedad, exigencias que una y otra vez se transmutan en odios y envidias. Por eso la política no debe ser “desestatizada” y convertida en columpio para iniciativas ciudadanas, manifestaciones e ilusionismo clerical.

b) Respecto de la aplicación en el ámbito del derecho de seguridad<sup>52</sup>, la tolerancia policial de algunas violaciones legales —especialmente de aquellas que acontecen en relación con las manifestaciones públicas— conmociona la conciencia y anhelo de seguridad de la ciudadanía. Con ello, en última instancia, lesiona también el nexo emocional del ciudadano con el Derecho y el Estado. La inseguridad, el miedo, la autodefensa, la autoayuda y, en último lugar, la anarquía<sup>53</sup> alteran el clima sociológico y acrecientan el potencial de la guerra civil.

c) A esto se suma que la tolerancia del incumplimiento de la ley desdibuja el límite entre lo justo y lo injusto; debe evitarse a todo trance el incumplimiento constante de la ley, especialmente si se desea transmitir a las generaciones jóvenes las reglas democráticas básicas que están en la raíz de nuestra escala de valores y de nuestro orden social.

- Que caricatura del Estado de Derecho y de la legalidad se entrega, por ejemplo, al joven cristiano de nuestros días.
- Que, si las Iglesias evangélicas de Hesse y Nassau legitiman, moralmente, acciones punibles como la ocupación de estaciones ferroviarias y la erección de una “Iglesia popular”, procediendo a celebrar oficios religiosos oficiales en esta últi-

50. Con esta cláusula general se relaciona el No. 15, inc. 1 de la Ley de Reunión al señalar que “cuando bajo determinadas circunstancias se ve amenazado el orden o la seguridad”. Véanse detalles en W. Hoffmann: “Die polizeiliche Aufgabe bei öffentlichen Demonstrationen”, en: *StuKV* 1967, 230 y ss., 261 y ss.

51. En este contexto no es posible entrar en detalles más técnicos. Respecto de la difícil relación entre la policía y las fiscalías estatales ver D. Schultz/R. Leppin: “Staatsanwaltschaft contra Polizei? Staatsanwaltschaft im Spannungsfeld zwischen Legalitätssprinzip und Grundsatz der Verhältnismässigkeit”, en *Jura* 1981, pág. 521 y ss.

52. Respecto de los problemas especiales de Derecho Penal, véase v. Hippel: “Der Deutsche Strafprozess” (1942), J. Baumann: “Grabgesang für das Legalitätssprinzip”, en *ZRP* 1972; Faller: “Verfassungsrechtliche Grenzen des Opportunitätssprinzips im Strafprozess”, en *Festgabe für Th. Maunz* (1971), pág. 69 y ss.

53. Cfr. p. ej. Fr. Chr. Schroeder: “Wen Bürger sich gegen Krawalle wehren— Zum Recht auf private Gewalt”, en *FAZ* del 15-9-1981.

54. Respuesta del Primer Ministro de Hesse, Holger Börner, en carta abierta al Episcopado de Hesse y Nassau, publicado por el *FAZ* el 2-11-1981.

ma<sup>54</sup>

- Que, cuando se establecen comparaciones inconmensurables como "ocupar casas es mejor que ocupar países extranjeros".
- Que, cuando la Iglesia evangélica exige, en relación a medidas estatales, que se proceda a revisar profundamente el concepto de la "resistencia pacífica", expresándose, de modo tan infeliz que denigra incluso la resistencia contra la dictadura nacionalsocialista.

La manipulación lingüística, tal como se manifiesta en los términos "ocupación pacífica de casas" o "renovación por ocupación", pretende contemplar como justificadas ciertas acciones punibles en vista que habrían individuos que toman lo que necesitan.

d) La tolerancia del incumplimiento de la ley atenta también contra el principio de igualdad; muchos "pecadores de tránsito" en la ciudad de Flensburg, por ejemplo, se preguntan por las proporciones en el Estado de Derecho, ya que, mientras sus infracciones del Código de Tránsito son captadas con precisión cibernética, otras acciones punibles ocurridas en el transcurso de manifestaciones públicas no son castigadas, a menos que caigan en el marco criminal.

e) Cualquier desviación policial del principio de legalidad cuestiona la estricta neutralidad partidario-política y con ello también la función socio-política del cuerpo policial.

En este contexto, resulta interesante mencionar un documento del Episcopado de Munich y Freising sobre las medidas para juzgar las expresiones ofensivas vertidas durante manifestaciones públicas<sup>55</sup>. El Episcopado solicita que los responsables de la justicia y de la policía no permitan "se les usurpen los criterios para un adecuado enjuiciamiento del contenido de las manifestaciones de parte de elementos

que se cobijan tras las apariencias de defender el derecho de manifestación y la libertad de expresión". Entre otras cosas, señala el documento. la policía requisa afiches que muestran al Premier israelí, Menahem Begin, con una estrella de David sobre la frente, pero no actúa de igual modo cuando se ofende a cristianos católicos a través de expresiones similares. La policía muniquesa no intervino en su oportunidad contra un grupo de manifestantes comunistas que, instalados ante la catedral de la ciudad, procedieron a adorar un bombardero instalado en un pesebre.

La materialización del derecho de manifestación y sus efectos secundarios ponen actualmente, cada vez más en duda, la autoridad del Estado de Derecho y los valores que le subyacen. Existen dos doctrinas de salvación que anuncian, que la verdadera autoridad se manifestaría justamente en el "no mostrar bandera", en la flexibilidad, la disposición a ceder, aun cuando ello afecte las reservas de legalidad del Estado; muchos prefieren actualmente ver al Estado simbolizado como una voluminosa "vaca lechera" o un "gato castrado"<sup>56</sup> que engorda cada vez más, pero carece de potencia<sup>57</sup>, rehuendo los dientes del Leviatán. En esta medida se olvida que el "Estado" es algo imposible de concebir sin el orden de poderes que garanticen el imperio de la ley, y que la frecuente "crisis del Estado" debe buscar sus verdaderos orígenes en la pérdida de formas genuinas del ejercicio del Poder<sup>58</sup>.

Cabe señalar finalmente —como quedó demostrado en la época de la República de Weimar—, que la debilidad del Orden Jurídico del Estado y la pérdida de su autoridad conducen hacia el Estado totalitario<sup>59</sup>; el Estado alemán se volvió totalitario en 1933 debido a su debilidad e indefensión, debido a su incapacidad para hacer frente al asalto de los partidos y de los intereses organizados; el Estado debió ceder ante cualquiera, satisfacer a cualquiera, subvencionar a cualquiera a fin de congraciarse paralelamente con los intereses más contrapuestos, fenómeno que en la actualidad proyecta una vez más sus amenazadoras sombras.

55. Cfr. SZ No. 176 del 4-8-1981.

56. Arnold Gehlen: "Moral und Hypermoral", Frankfurt/Bonn, 1969, pág. 110.

57. Elaborado por Rüdiger Altmann, en: "Der öffentliche Dienst auf dem Prüfstand", Bonn, Bad Godesberg, 1975, pág. 73.

58. Véase fundamentalmente Helmut Kühn: "Staatsverfall und Staatsbehauptung", en: Zeitschrift für Politik 1982/1, pág. 1 y ss.

59. Cfr. Carl Schmitt: "Verfassungsrechtliche Aufsätze", Berlin, 1958, pág. 362.