

LAS INSTITUCIONES DEMOCRÁTICAS Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN TIEMPOS DE COVID-19 EN ALEMANIA

Mario Kölling

Profesor Contratado Doctor de Ciencia Política, UNED.

Investigador en la Fundación Manuel Giménez Abad

Cómo citar este artículo / Citation: Kölling, M. (2020). Las instituciones democráticas y los derechos fundamentales en tiempos de Covid-19 en Alemania. Biglino Campos, P.; Durán Alba, F. *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza.

DOI: <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC20.0020>

SUMARIO: INTRODUCCION - II. COVID-19: LA RELACIÓN ENTRE EL EJECUTIVO Y EL LEGISLATIVO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES - 1 La relación entre el ejecutivo y el legislativo - 2. Limitación de derechos fundamentales con especial atención a la libertad de movimiento o de reunión - III. A MODO DE CONCLUSIÓN – IV. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

La crisis de la covid-19 ha ido acompañada de un gran número de medidas públicas destinadas a proteger a la población contra el virus y a mitigar sus consecuencias. Si bien los ciudadanos han tenido que adaptarse durante semanas, con limitaciones muy importantes de sus derechos como consecuencia de estas medidas, las instituciones democráticas se han visto obligadas a actuar con rapidez para adaptar sus formas de trabajo a un escenario nuevo y sin precedentes. Ante la pandemia causada por la covid-19 el gobierno de Alemania no ha reaccionado con la declaración del estado de emergencia, como han hecho otros estados. La Ley Fundamental de 1949 no reconoce el estado de emergencia o de alarma como la Constitución española, ya que este concepto y la idea asociada a un papel dominante del ejecutivo en

situaciones de crisis están histórica e ideológicamente sesgados (Schäfer, 2020). La Ley Fundamental prevé una serie de circunstancias excepcionales para una situación de defensa (*Verteidungsfall*) (art. 115), una agresión armada (*Spannungsfall*) (art. 80), una emergencia interna (art. 91) y catástrofes naturales (art. 35). La crisis de la covid-19 no presentó una situación de defensa, ni una agresión armada, ni se pudo constatar un peligro para el orden democrático de la Federación o de un *Land* o una catástrofe natural. Sin embargo, aunque Alemania no ha entrado en un confinamiento total, el alcance de las medidas adoptadas corresponde sin duda a una situación muy excepcional (Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages 2020).

Alemania se ha puesto como un ejemplo de buena gestión de la crisis sanitaria de la covid-19, sin embargo, a nivel doméstico las diferentes medidas adoptadas por el Gobierno federal y los gobiernos de los *Länder* han provocado críticas y confrontaciones políticas expresadas en varias manifestaciones y que ocuparan durante los próximos meses los tribunales. Sobre todo, las limitaciones del *Bundestag* avivaron críticas sobre el declive del sistema democrático, que ponía en peligro el sistema político establecido por la Ley Fundamental (LF). Pero también las cuestiones de constitucionalidad de los fundamentos jurídicos de las medidas y su proporcionalidad, en particular en lo que respecta al equilibrio y la ponderación entre los derechos fundamentales y la protección sanitaria de la población, llevaron a amplios debates entre los que consideraban las restricciones como la más masiva invasión colectiva de los derechos fundamentales en la historia de la República Federal (Hong, 2020) y los que defendían la necesidad de garantizar la sostenibilidad del sistema sanitario.

A continuación, se analizará cómo la crisis covid-19 ha afectado a aspectos institucionales del sistema político de la República Federal, en concreto la relación entre el ejecutivo y el legislativo, y cómo las medidas adoptadas para la gestión de la crisis tuvieron su impacto en los derechos fundamentales, en temas como la libertad de movimiento o de reunión. Para ello, principalmente se va a examinar la reforma de la Ley de Protección contra las Infecciones (*Infektionsschutzgesetz – IfSG*), que desde una perspectiva del equilibrio institucional ha sido clave para el debate durante los pasados meses. Para estudiar el asunto del impacto en los derechos fundamentales, se van a tener

en cuenta las recientes decisiones del Tribunal Constitucional Federal sobre la materia¹².

II. COVID 19: LA RELACIÓN ENTRE EL EJECUTIVO Y EL LEGISLATIVO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. La relación entre el ejecutivo y el legislativo

El equilibrio entre el poder legislativo y el ejecutivo se inclina ya desde los primeros años de la República Federal a favor de este último (Niclauss, 2004). La presidencialización de la República Federal, en relación a la posición de la Cancillería en la organización gubernamental, se ha incrementado gradualmente durante las últimas dos décadas (Kölling, 2020a), en parte debido al proceso de integración europea y a la creciente complejidad de los procesos políticos. También los gobiernos de (gran) coalición determinan la agenda legislativa fuera del ámbito parlamentario a través de los muy detallados acuerdos de coalición y los comités de coalición. Especialmente estos últimos se han convertido desde 1961 en un órgano decisorio informal con amplias facultades sin que se mencione en la Ley Fundamental (Schreckenberger 1994:334). La debilidad inicial del *Bundestag* ha sido objeto de medidas correctivas, principalmente en base de sentencias del Tribunal Constitucional. Los cambios normativos tras las sentencias sobre el Tratado de Maastricht y Lisboa no sólo introdujeron un artículo en la Ley Fundamental sobre la integración europea (art. 23 LF), sino que también llevaron a un fortalecimiento institucional, p.e. se constitucionalizó el comité de asuntos europeos (art. 45 LF), y al fortalecimiento de las funciones de control del *Bundestag*, p.e. con la apertura de una oficina en Bruselas. A pesar de la profesionalización del trabajo del *Bundestag*, la crisis financiera y económica fue otro punto de inflexión en las capacidades del *Bundestag* a la hora de ejercer su función de control al Gobierno (Kölling, 2020a). En los últimos años, varias sentencias del Tribunal Constitucional Federal han fortalecido los

¹ BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 15. April 2020, - 1 BvR 828/20 -, Rn. 1-19, http://www.bverfg.de/e/rk20200415_1bvr082820.html

² BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 17. April 2020, - 1 BvQ 37/20 -, Rn. 1-29, http://www.bverfg.de/e/qk20200417_1bvq003720.html

derechos de información (*Unterrichtungspflichten*) del Gobierno federal y la participación (*Stellungnahmen*) del *Bundestag*³.

El estallido de la crisis de la covid-19 significó de nuevo una concentración del núcleo de la toma de decisiones en el ejecutivo, mientras el Parlamento se ha visto obligado a revisar sus procedimientos e instrumentos para garantizar su funcionamiento y sus tareas constitucionales. El 25 de marzo se celebró una sesión plenaria histórica del *Bundestag*, en la que se aprobaron una modificación del reglamento interno y varios paquetes legislativos con repercusiones políticas y económicas muy importantes. Tanto el marco temporal del debate como la precisión de las propuestas legislativas presentadas por el Gobierno federal limitaron claramente el modo de trabajo del Parlamento. Una decisión fundamental para el análisis de las relaciones interinstitucionales fue la aprobación de la Ley para la protección de la población en una situación epidémica de importancia nacional (*Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite*), que incluía una modificación de la Ley de Protección contra las Infecciones (*Infektionsschutzgesetz - IfSG*). Como ninguna otra ley, la modificación de la IfSG revela la medida en que la gestión de las crisis estaba dominada por el ejecutivo. En términos generales, el objetivo de la IfSG es la prevención de las enfermedades transmisibles y su detección en una fase temprana para evitar su posterior propagación (art. 1.1 IfSG). En base a la IfSG, desde principios de marzo de 2020 había coordinación entre el Gobierno federal y los gobiernos de los *Länder* en el intercambio de información y en las actividades contra la extensión del Coronavirus, p.e. los acuerdos intergubernamentales del 16 y del 22 de marzo de 2020 sobre directrices de las limitaciones de contacto social contra la propagación del coronavirus⁴. Para adaptar la ley a situaciones epidémicas de importancia nacional, se fortalece el Ministerio de Sanidad federal con la reforma del 25 de marzo, en concreto, el nuevo artículo 5 de la IfSG autoriza al Ministerio Federal de Sanidad a emitir en “situaciones epidémicas de importancia nacional” órdenes y decretos legislativos (independientemente de las competencias de los *Länder* y sin

³ Gesetz über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union, 4/07/2013 (BGBl).

Vereinbarung zwischen Bund und Ländern über die Unterrichtung des Bundesrates durch die Bundesregierung gemäß § 5 Abs. 1 S. 3 des Gesetzes zur Übernahme von Gewährleistungen im Rahmen eines europäischen Stabilisierungsmechanismus (StabMechG), 24/01/2012.

⁴ Bund-Länder-Vereinbarung: Leitlinien gegen Ausbreitung des Coronavirus, 16/03/2020 y 22/03/2020.

necesidad del consentimiento del *Bundesrat*) en las materias de inmigración, suministro de bienes médicos, transporte aéreo y aeropuertos. Además, puede ordenar la suspensión temporal de ciertas normas sanitarias previstas en la IfSG, limitar los derechos de patente y asumir la coordinación y el intercambio de datos con los *Länder* e instituciones científicas junto con el Instituto Robert Koch (RKI)⁵. Este amplio marco competencial tiene limitaciones. En primer lugar, es el *Bundestag* el que determina la existencia de una "situación epidémica de importancia nacional" (art 5.1 IfSG) y cuándo esta situación ya no existe. En segundo lugar, incluso en esta situación el Ministerio Federal de Salud no puede ordenar ninguna medida específica de contención, p.e. el cierre de escuelas o la prohibición de contactos. La decisión de estas medidas y la ejecución de la IfSG sigue siendo responsabilidad de los *Länder* (art. 83 LF, art. 54 IfSG).

No obstante, en el debate sobre la modificación de la IfSG se expresaron "considerables dudas" sobre la constitucionalidad de la reforma. Varios expertos en derecho constitucional consideran la reforma como un autodesempoderamiento parlamentario (*Parlamentarische Selbstentmächtigung*) (Möllers 2020) e inconstitucional, ya que ningún ministerio (ni siquiera el gabinete) puede actuar fuera del marco legal o puede cambiar el marco normativo por decretos legislativos sin que el *Bundestag* tenga la posibilidad de impedirlo (Kingreen, 2020). Con ello, los poderes parlamentarios se trasladan al ejecutivo más allá de lo permitido por la Constitución (Katzenmeier 2020:462).

Además, tanto el alcance como la claridad de la modificada IfSG suscitaron dudas sobre si era compatible con el artículo 80.1 LF y con el reparto de competencias entre el gobierno federal y los *Länder*. Según el artículo 80.1 LF, el Gobierno federal, un ministro federal o los gobiernos de los *Länder* podrán ser habilitados mediante ley para otorgar decretos legislativos. El artículo 80.1 LF determina que en la ley debe definirse el contenido, el objeto y el alcance de la autorización otorgada. Los límites materiales fueron determinados por el Tribunal Constitucional Federal en varias sentencias.⁶ El Tribunal Constitucional Federal examina estos límites sobre la base de tres criterios: (1) La autodeterminación: el mismo legislador debe definir los límites de la

⁵ El Instituto Robert Koch es una agencia del gobierno federal alemán e instituto de investigación responsable del control y prevención de enfermedades.

⁶ BVerfGE 2, 307 (334); BVerfGE 5, 71 (77). BVerfGE 1, 14 (60).

regulación y debe indicar el objetivo de la misma. (2) El proyecto: debe ser posible determinar a partir de la ley cuál es el proyecto establecido por el legislador que debe ser alcanzado por el reglamento. (3) La predicción: la autorización debe de ser precisa para que sea posible prever en qué casos y con qué tendencia se utilizará y qué contenido pueden tener las normas dictadas sobre la base de la autorización (Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages 2020).

Contrario a ello la IfSG no regula de forma explícita las medidas que se pueden adoptar. En cambio, se basan en una cláusula general, según la cual las autoridades pueden tomar las "medidas de protección necesarias [...] en la forma y durante el tiempo que sea necesario para evitar la propagación de enfermedades transmisibles" (art 28.1 IfSG). La reforma afecta en este sentido también el *Parlamentsvorbehalt* (reserva parlamentaria), según el criterio de la autodeterminación, el Tribunal ha establecido la clara limitación según la cual el legislador no puede delegar reglamentos de tal importancia y en tal medida que esto dé lugar a un desplazamiento de competencias entre los poderes legislativo y administrativo dentro de la estructura del Estado.⁷ En este contexto se subrayaba la necesidad de un debate y decisiones parlamentarias por la estrecha relación de las decisiones con los derechos fundamentales (Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, 2020). A parte de la aprobación de la existencia de una "situación epidémica de importancia nacional" por parte del *Bundestag* no se especifica en art 5.1 IfSG otras condiciones materiales para poder detectar la existencia de una situación epidémica y los criterios para determinar su fin.

A favor de la poca concreta definición de situación epidémica y la amplia delegación legislativa prevista en la IfSG, se considera que el contexto complejo de la situación sanitaria que cambiaba muy rápidamente requería una actuación de la administración ágil para garantizar la protección de la población. Esta razón se ve reforzada por el hecho de que no existía ninguna experiencia en el acompañamiento legislativo o en la gestión de una epidemia aguda de la magnitud de la causada por la covid-19.

Este claro fortalecimiento del ejecutivo, en concreto del ministerio federal de Sanidad, se refleja también en las decisiones sobre los paquetes de medidas para frenar el impacto económico de la pandemia y la modificación de la Ley

⁷ Según (Katzenmeier, 2020): BVerfGE 61, 260, 275; 88, 103, 116; 133, 112, 132.

Fundamental en este contexto. Ante la complejidad de los temas y los efectos financieros a largo plazo que entrañará, cabe dudar de que se hayan tenido plenamente en cuenta los derechos constitucionales de los parlamentarios que se derivan de su condición de representantes, tal como se establece en el artículo 38.1 LF. Estos derechos incluyen no sólo el derecho a votar en el *Bundestag*, sino también el derecho a consultar (Kölling, 2020b). En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal dictaminó de manera muy clara en otro contexto, el requisito básico de que los miembros del Parlamento reciban suficiente información sobre el tema de la votación⁸. También la publicidad de los debates, según el artículo 42.1 LF, es "un elemento sustancial del parlamentarismo democrático" que permite que el ciudadano tome nota de la función de control y cumpla así la responsabilidad efectiva que el Parlamento debe al elector⁹. Sin embargo, por razones de tiempo, el debate abierto sobre las medidas en el *Bundestag* sólo se produjo hasta cierto nivel. Por ello también la visibilidad pública de los argumentos y contraargumentos del debate parlamentario fue muy limitada por las condiciones de la crisis. Aunque en términos cuantitativos, el gran número de leyes con un importante impacto normativo y presupuestario que pasaron rápidamente el proceso legislativo durante el día 25 de marzo de 2020 revela la capacidad de respuesta y la flexibilidad del sistema político, desde un punto de vista cualitativo, sin embargo, las intervenciones masivas del poder ejecutivo en el proceso legislativo, suscitan preguntas sobre la soberanía del Parlamento y sobre las limitaciones presupuestarias de futuras generaciones, p.e. el tamaño y el contenido del paquete de medidas anticrisis fue acordado en el Comité de la coalición entre los líderes de los partidos de coalición, previamente al voto en el *Bundestag*.

A modo de ejemplo se puede citar el debate y la aprobación de los presupuestos suplementarios. El primer presupuesto suplementario presentado por el Gobierno federal el 25 de marzo, de 122.000 millones de euros, representó casi la mitad del presupuesto federal para el año 2020 (362.000 millones de euros). Tras media hora de debate, se aprobó con una amplia mayoría parlamentaria este presupuesto suplementario –que con anterioridad había sido acordado en el comité de la coalición- junto con las medidas que se

⁸ BVerfG, 2 BvR 758/07

⁹ Ebd.

iban a financiar con estos recursos¹⁰, además de la aprobación de una situación de emergencia excepcional en el sentido del artículo 115.2 LF¹¹. También el contenido del segundo paquete de medidas, incluida una reducción de la tasa del IVA, fue acordado en el comité de coalición antes de ser aprobado en tiempo récord por el *Bundestag*.

Antes de finalizar este breve análisis sobre las relaciones institucionales, hay que poner también el foco en el *Bundesrat*. El *Bundesrat* no es una cámara parlamentaria, cuyos diputados se organizan en grupos parlamentarios con la función de controlar al Gobierno, sino que se trata de una asamblea de los poderes ejecutivos de los *Länder*, cuyos representantes reciben “instrucciones” de los gobiernos de sus propios *Länder*. El *Bundesrat* ratificó el 27 de marzo el paquete de medidas del Gobierno federal por unanimidad, solo dos días después de su aprobación en el *Bundestag*. Mientras que las leyes que no requieren el consentimiento del *Bundesrat* (*Einspruchsgesetze*) suelen tardar un promedio de 201 días en pasar por ambas cámaras, las iniciativas legislativas que requieren el consentimiento del *Bundesrat* (*Zustimmungsgesetze*) tardan un promedio de 217 días desde su introducción hasta su aprobación como ley (Burkhart; Manow, 2006). Así que también para el *Bundesrat* se redujo entonces el tiempo de reacción y se vio condicionado en su agenda por el desarrollo de los acontecimientos. El órgano tampoco estuvo exento de ciertas presiones. Previamente a la votación del 27 de marzo, la Canciller comentaba: “después de todo, no sería particularmente lógico que adoptáramos algo en el *Bundestag* que no sea apoyado posteriormente por el *Bundesrat*” (Rinke, 2020). Con la aprobación de la modificación de la IfSG y la declaración de la situación de pandemia nacional, el *Bundesrat*, se vio particularmente limitado en sus funciones, ya que se faculta al Ministro de

¹⁰ Gesetz über die Feststellung eines Nachtrags zum Bundeshaushaltsplan für das Haushaltsjahr 2020 (Nachtragshaushaltsgesetz 2020), 27/03/2020

Gesetz zur Errichtung eines Wirtschaftsstabilisierungsfonds (Wirtschaftsstabilisierungsfondsgesetz – Wstfg), 27/03/2020

Gesetz für den erleichterten Zugang zu Sozialer Sicherung und zum Einsatz und zur Absicherung Sozialer Dienstleister aufgrund des Coronavirus Sars-Cov-2 (Sozialschutz-Paket), 27/03/2020

¹¹ Para financiar la enmienda al presupuesto se prevén préstamos que superan el límite establecido en el artículo 115.2 de la Ley Fundamental. Según el artículo 115 de la Ley Fundamental, se permite una deuda federal estructural del 0,35 por ciento del producto interno bruto (PIB). En situaciones extraordinarias de emergencia, que se sustraen al control del Estado y que gravan considerablemente la situación financiera, puede superarse el límite máximo de crédito.

Beschluss des Bundestages gemäß Artikel 115 Absatz 2 Satz 6 und 7 des Grundgesetzes, Drucksachen 19/18108, 19/18131

Sanidad a emitir decretos legislativos sin su consentimiento. No obstante, la modificación de la IfSG no ha provocado un gran revuelo por parte del *Bundesrat*, y en este sentido por parte de los gobiernos de los *Länder*, ya que, acorde al artículo 32 IfSG, los gobiernos de los *Länder* pueden tomar medidas a través de decretos legislativos para combatir la pandemia de la covid-19 –a coste de la participación de sus parlamentos-. En este contexto, los ejecutivos de los *Länder* del nivel federal habían acordado el 16 y el 22 de marzo de 2020 las directrices contra la propagación del coronavirus que incluían, entre otras, las normas marco sobre las limitaciones del contacto social, como p.e. que los ciudadanos deberían reducir sus contactos con otras personas y/o guardar entre ellos una distancia mínima de 1,5 metros.

2. Limitación de derechos fundamentales con especial atención a la libertad de movimiento o de reunión

Con efecto del 28 de marzo de 2020, el *Bundestag* aprobó la existencia de la situación epidémica de importancia nacional (art. 5.1 IfSG). Las medidas previstas en una situación epidémica de importancia nacional para la protección de la salud de la población incluyen de forma explícita según artículo 28.1 IfSG, la posibilidad de limitar los derechos fundamentales de la libertad de la persona (art 2.2 LF), la libertad de reunión (art. 8 LF), la libertad de movimiento (art. 11.1 LF) y la inviolabilidad del domicilio (art. 13.1 LF). También desde la perspectiva del alcance de esta situación para la garantía de los derechos fundamentales se criticó el aumento de las competencias del Ministro de Salud. Debido a la interferencia para los derechos fundamentales de las medidas adoptadas para la lucha contra la covid-19, hubiera sido imperativo según la crítica, que el Gobierno federal tomara decisiones como un órgano colectivo porque el gabinete incluye ministros cuyas responsabilidades están relacionadas con la garantía de los derechos fundamentales (Lepsius, 2020). Por otra parte, como ya se ha mencionado, el grado de las interferencias de las medidas en los derechos fundamentales, requieren una actuación del legislador que no puede dejar decisiones de este alcance en manos del ejecutivo. Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal en lo que se refiere al *Parlamentsvorbehalt* (reserva parlamentaria), el Parlamento debe, especialmente en ámbitos relacionados con los derechos fundamentales, tomar

todas las decisiones esenciales (Katzenmeier 2020:462). Las críticas se basaron también, como ya se ha mencionado anteriormente, en el hecho de que la IfSG no regulaba de forma explícita las medidas que se adoptaron. Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, toda interferencia en los derechos fundamentales debe estar respaldada por un fundamento jurídico. Cuanto más se invaden los derechos fundamentales, mayores deben de ser los requisitos para concretar el alcance material y las limitaciones espaciales o temporales o los requisitos previos concretos para ello¹². Este requisito constitucional de la determinación (*Bestimmtheitsgebot*) exige que el poder legislativo, el Gobierno y la Administración establezcan normas determinadas y limitadas¹³. Sólo si la ley es suficientemente definida y clara, los sujetos a la norma pueden ajustarse a su alcance (Papier, 2020). Al contrario, como ya se ha indicado, la IfSG, se mantiene muy ambigua: las autoridades pueden imponer las "medidas de protección necesarias [...] en la forma y durante el tiempo que sea necesario para evitar la propagación de enfermedades transmisibles" (art. 28.1, IfSG).

No obstante, esta "cláusula general" refleja también la situación ambigua ante el nuevo y desconocido peligro que no era claro cuando se promulgó la ley, y las restricciones graves de las libertades civiles se justificaba en este sentido para evitar recortes aún mayores en otros derechos, como la salud y la integridad física.¹⁴ Pero también en este contexto se subrayaban limitaciones, en primer lugar, la necesidad de que las autoridades deberían aplicar el principio de proporcionalidad. Incluso en una situación excepcional, el Estado sólo puede intervenir en la sustancia de los derechos fundamentales en la medida en que ello sea absolutamente necesario y no sea evidente un remedio más leve. El principio de proporcionalidad también exige en este contexto que las medidas sean adecuadas para lograr el objetivo deseado, a saber, la contención del número de infecciones. Ante la situación de que la idoneidad de las medidas adoptadas para el fin perseguido no fue demostrada científicamente con claridad, la aplicación de las medidas debería valorarse en cada caso (Papier, 2020). Por ello los artículos 28 y 32 de la IfSG se refieren principalmente a medidas temporales que sólo pueden durar un tiempo limitado –sin que se establezca una limitación temporal–.

¹² BVerfGE 49, 168, 181; 59, 104, 114; 86, 288, 311.

¹³ BVerfGE 110, 33 (106)

¹⁴ VG Gera, Beschluss v. 3.4.2020, 3 E 432/20 Ge; OVG Münster, Beschluss v. 6.4.2020, 13 B 398/20.NE; BVerfG, Beschluss v. 7.4.2020, 1 BvR 755/20).

En la práctica, la aplicación de las medidas y la interpretación de su alcance como responsabilidad de las autoridades de los *Länder* y del nivel local, fue desigual lo que se refleja en las diferentes Ordenanzas de Protección contra covid-19 aprobadas en los *Länder*. Con el tiempo, los llamamientos a favor de un fin definido de las restricciones aumentaron entre la opinión pública y los expertos en derecho constitucional. El expresidente del Tribunal Constitucional Federal, Papier, pidió en este contexto una clara limitación de las restricciones, argumentando que la protección de la salud no justifica ninguna interferencia en la libertad. "Debemos tener claro que el principal propósito del Estado constitucional es proteger la libertad. No son las medidas de relajación las que deben justificarse, sino el mantenimiento de las restricciones a los derechos fundamentales".¹⁵ Por otra parte, desde el Gobierno federal, la Ministra de Justicia, Lambrecht, defendía las medidas: "el Estado tiene el deber especial de proteger la vida humana, ya que es un valor máximo en el orden constitucional".¹⁶

Los diversos aspectos de las obligaciones protectoras afectaron a diferentes derechos fundamentales, pero especialmente al de libertad de reunión y de manifestarse. Según el artículo 8 LF: "(1) Todos los alemanes tienen el derecho de reunirse pacíficamente y sin armas, sin notificación ni permiso previos. (2) Para las reuniones en lugares abiertos, este derecho puede ser restringido por ley o en virtud de una ley". Los dispositivos constitucionales se desarrollan en la Ley de reuniones de 1978 (VersG).¹⁷ El término "reunión" abarca en este contexto "un grupo integrado por dos o más personas que, al reunirse, persiguen un propósito común que los une interiormente" (Schulze-Fielitz, 2013). El derecho de libertad de reunión tiene desde la Constitución de la Paulskirche (art. 161) una larga tradición en los textos constitucionales alemanes. En la República Federal, la libertad de reunión fue objeto de controversias jurídicas, en particular a principios del decenio de 1980 durante las manifestaciones pacíficas y antinucleares y nuevamente desde finales del decenio de 1990 en relación con las marchas de la ultraderecha (Epping 2004).

Si bien inicialmente las medidas de protección tuvieron una amplia aceptación entre la población, cuanto más tiempo se mantuvieron las restricciones menos

¹⁵ Traducción propia, original en Der Spiegel, 01/05/2020

¹⁶ Traducción propia, original en Beck Aktuell, 05/05/2020
<https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/coronavirus-krise-verfassungsrechtler-papier-mahnt-zu-schutz-der-freiheit>

¹⁷ Versammlungsgesetz (Gesetz über Versammlungen und Aufzüge - VersG).

fueron respaldadas política y socialmente. Las protestas durante la pandemia de covid-19 en Alemania han tenido lugar en varias ciudades y estuvieron organizadas por diferentes grupos del espectro político desde finales de marzo de 2020. Algunos se dirigieron en contra de las medidas gubernamentales adoptadas sobre la base de la IfSG, otros se dirigieron contra los precios de los alquileres, el transporte de residuos nucleares o a favor de los refugiados. También se celebraron las tradicionales marchas de Pascua y las demostraciones del Primero de Mayo.

Como anteriormente ya se ha comentado, la actuación de la Administración y de los tribunales fue diferente entre los *Länder*, pero también a nivel local. El 12 de abril el Tribunal Administrativo de Colonia, por ejemplo, confirmó la prohibición por parte del ayuntamiento de una manifestación. La policía disolvió la manifestación y acusó a 15 participantes de violar la ley de reuniones (VersG) y la Ordenanza de Protección contra covid-19 del *Land*. En Hamburgo, el 7 de abril de 2020, entre 150 y 200 personas se manifestaron en bicicleta, la policía de Hamburgo disolvió la manifestación e impuso multas a los participantes. Anteriormente, el Tribunal Administrativo de Hamburgo había rechazado la solicitud de los organizadores para una asamblea con 30 a 50 participantes. Estos ejemplos representan el tenor general que se basaba en las limitaciones generales del derecho de reunión en base de los acuerdos intergubernamentales entre los ejecutivos de los *Länder* y de la Federación del 22 de marzo. Aunque también se deben mencionar algunas excepciones donde las ordenanzas o decisiones de tribunales administrativos permitieron manifestaciones con condiciones muy específicas, p.e. el artículo 6 de la ordenanza Bremen que excluye manifestaciones en el sentido del artículo 8 LF con las limitaciones de contacto social (Hong, 2020).

Tras una tímida relajación de las restricciones con la decisión del Gobierno Federal y los gobiernos de los *Länder* del 15.4.2020 (sobre todo en relación con la reapertura de superficies comerciales)¹⁸, la evaluación de las restricciones de los derechos fundamentales por parte de los Tribunales cambió. Interesante en este sentido fue la decisión del 15 de abril del Tribunal Constitucional Federal en relación a la prohibición de una manifestación impuesta por el ayuntamiento de Giessen. Los organizadores habían solicitado la autorización para celebrar varias reuniones con 30 personas durante los días

¹⁸ Bund-Länder Beschluss, 15/04/2020, <https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/bund-laender-beschluss-1744224>

14, 15, 16 y 17 de abril en Giessen bajo el lema "Fortalecer la salud en lugar de debilitar los derechos básicos". Los organizadores habían presentado también un protocolo muy amplio para poder garantizar la distancia social y otras medidas, p.e. unas marcas en el suelo indicarían la posición de los participantes. No obstante, el ayuntamiento de Giessen negaba el permiso argumentando que violarían el artículo 1.1 de la Ordenanza del gobierno del Land de Hesse de protección ante covid-19 del 14 de marzo de 2020. De acuerdo con esto, el contacto con otras personas distintas al grupo conviviente debía reducirse al mínimo absolutamente necesario manteniendo una distancia mínima de 1,5 metros. La prohibición fue confirmada por el Tribunal Administrativo de Giessen y el Tribunal de Justicia Administrativo de Hesse el 14 de abril. A continuación y tras la presentación por parte del afectado de un recurso ante el Tribunal Constitucional, dicho tribunal en su argumentación criticó el hecho de que el Tribunal Administrativo de Giessen y el Tribunal Administrativo de Hesse no habían sopesado el equilibrio necesario entre el derecho fundamental de reunión (art. 8.1 LF) y el derecho a la vida y la integridad física de conformidad con el artículo 2.2 de la Ley Fundamental y no habían hecho uso de las facultades discrecionales contempladas en la ordenanza para determinar las condiciones para la celebración de la manifestación según el artículo 15(1) de la ley de reuniones (VersG), que determina: (1) La autoridad competente podrá prohibir la reunión o manifestación o condicionar su celebración con determinadas condiciones si, según las circunstancias en el momento de la emisión de la orden, la seguridad o el orden público está directamente en peligro.

El Tribunal Constitucional Federal subrayó que las prohibiciones generales de manifestaciones son inconstitucionales, estas prohibiciones generales tampoco estaban contempladas en la Ordenanza de protección ante covid-19 del *Land* de Hesse. Por otro lado, la ciudad de Giessen tampoco había valorado de forma ponderada la adecuación de las medidas de protección propuestas para la celebración de las reuniones con la ordenanza. En la decisión insistió que antes de dictar una prohibición, los tribunales deben examinar todas las circunstancias del caso concreto y, por consiguiente, también las medidas de protección disponibles y garantizadas desde la Administración y por parte de los organizadores. Cabe señalar que el Tribunal Constitucional asume sin más que las restricciones a las reuniones no se derivan de las normas de restricción de contactos de la Ordenanza basada en la IfSG, sino que deben basándose

en última instancia en el artículo 15(1) de la ley de reuniones (VersG). En consecuencia, la violación de las normas de restricción de contactos debe tenerse en cuenta, si es necesario, como un componente de la seguridad pública en el marco de esta ley (Hong, 2020).

Sin embargo, el Constitucional no autoriza directamente la protesta, sino que insta a las autoridades de Giessen a revisar su decisión. La Administración municipal permitió inmediatamente las manifestaciones con condiciones: limitándolas a una hora de duración y a un máximo de 15 participantes con mascarillas y a una distancia mínima.

De la misma forma decidió el Tribunal Constitucional pocos días después, el 17 de abril, en relación a otro recurso presentado. El ayuntamiento de Stuttgart prohibió una manifestación de 50 personas inscritas para el 18 de abril de 2020 para "poner fin al régimen de emergencia", basándose en la ordenanza contra la covid-19 del *Land* Baden-Württemberg. Tras su apelación de emergencia, el Tribunal Constitucional se expresó en contra de la prohibición de la manifestación en Stuttgart y obligó a la ciudad a tomar una nueva decisión sobre la solicitud.

Estas decisiones del Tribunal Constitucional tuvieron sus consecuencias para las deliberaciones de otros Tribunales Administrativos. El Tribunal Administrativo de Hamburgo permitió una manifestación el 16 de abril de 2020 con condiciones (mascarillas y distancia de seguridad). El 17 de abril de 2020, el Ayuntamiento de Munich prohibió otra manifestación, pero tras la presentación de un recurso por parte de los organizadores, el Tribunal Administrativo de Baviera levantó la prohibición.

En los posteriores meses, se celebraron manifestaciones con un gran número de participantes, como *Black Lives Matter* a principios de junio, sin demandas para una prohibición de las mismas con condiciones específicas.

El debate sobre las limitaciones del derecho de reunión se relanzó con una manifestación del 1 de agosto en Berlín en contra de las restricciones de contacto social en la que participaron 20.000 ciudadanos –y en un contexto de cifras de incidencias muy diferente al mes de abril–. A pesar del gran número de participantes, el Ayuntamiento de Berlín autorizó esta manifestación con las condiciones correspondientes. Debido a que muchos manifestantes no respetaron las reglas de distancia ni usaron mascarillas, la policía disolvió la manifestación. Tras ello varios representantes políticos demandaron un

enfoque más restrictivo para la aprobación de las reuniones, sin embargo, la Ministra Federal de Justicia se pronunció en contra de la prohibición de estos eventos: "Creo que es muy importante que las manifestaciones puedan volver a tener lugar y que la gente pueda expresar libre y públicamente sus opiniones, incluso en contra de la política del Gobierno Federal".

La siguiente manifestación masiva se celebró cuatro semanas más tarde. En esta ocasión el Ayuntamiento de Berlín prohibió la manifestación, argumentando que con mucha probabilidad los manifestantes violarían la IfSG. Las manifestaciones del 1 de agosto habían demostrado que los participantes ignoraron deliberadamente las normas de higiene existentes y los requisitos correspondientes. La prohibición llevó a una amplia controversia pública a nivel nacional en torno al derecho fundamental a la reunión y las medidas anticovid.

El Tribunal Administrativo de Berlín levantó el 28 de agosto con condiciones la prohibición, dictaminando que no existía un peligro inmediato para la seguridad pública por la manifestación¹⁹. Entre otros, el argumento de que los manifestantes podrían ignorar las normas de higiene existentes no es permisible para justificar una prohibición. De lo contrario, una expresión de protesta en contra de las medidas covid no sería posible. La expresión de diferentes opiniones sobre cómo afrontar covid-19 está garantizada por la libertad de opinión y de reunión. Tampoco es suficiente la referencia a la participación heterogénea (composición "desde la clientela de clase media hasta los miembros de grupos de extrema derecha"). Mientras no haya indicios concretos de que las declaraciones de los participantes de la manifestación sobrepasan los límites del derecho penal, ello no impide la celebración de esa reunión.²⁰

El Tribunal Administrativo Superior (OVG) de Berlín-Brandenburgo confirmó el 29 de agosto una de las dos decisiones del Tribunal Administrativo de Berlín. El Tribunal Administrativo decidió que el pronóstico de riesgo del Ayuntamiento no cumplía con los requisitos constitucionales. Según el Tribunal, en su propia ordenanza de protección contra la infección, el Ayuntamiento de Berlín contempla la posibilidad de manifestaciones (sin establecer límites de participantes) y, por lo tanto, aceptaba un mayor riesgo de infección en cierta medida. Además, el organizador había presentado un concepto de protección e

¹⁹ VG 1 L 296/20

²⁰ VG 1 L 296/20

higiene, y había tomado suficientes precauciones para persuadir a los manifestantes de que lo cumplieran.

No obstante, el OVG confirmó²¹ la prohibición del ayuntamiento con respecto a una asamblea permanente en el centro de la ciudad del 30 de agosto de 2020 al 14 de septiembre de 2020, ya que se carecía de información verificable del solicitante sobre si el lugar de reunión y la infraestructura eran esenciales para el tema previsto de la reunión y en qué medida.

Posteriormente, el Tribunal constitucional federal²² confirmó la decisión del OVG resaltando que una intromisión en la libertad de reunión en virtud del artículo 8.1 de la Ley Fundamental, puede justificarse para proteger el derecho fundamental de terceros a la vida y la integridad física, de conformidad con el artículo 2.2 LF. En estricto cumplimiento del principio de proporcionalidad, también pueden adoptarse medidas de restricción para manifestaciones para la protección contra el riesgo de infección. Esto incluye, en principio, también la prohibición de manifestaciones, que sin embargo sólo puede imponerse si no se dispone de medios más leves y en la medida en que la injerencia en el derecho fundamental previsto en el artículo 8.1 LF no sea desproporcionada con respecto a los peligros que se pretenden reducir. Entre estas medidas figuran, en particular, la obligación de mantener distancias mínimas, pero también restricciones en cuanto al número de participantes. Además, también es posible imponer un requisito en el sentido del artículo 15 (1), de la ley de reuniones (VersG), que obliga a los participantes a llevar una mascarilla. Otras regulaciones de las modalidades de una manifestación pueden ser, por ejemplo, la celebración de un mitin en un lugar concreto en lugar de una manifestación, o el traslado a un lugar alternativo que sea preferible desde el punto de vista de la IfSG.

Finalmente, el 29 de agosto y bajo el lema “Festival de la libertad y la paz”, se reunieron entre 30.000 y 40.000 personas en diferentes manifestaciones en Berlín para protestar contra las restricciones impuestas por las autoridades federales y de los *Länder* contra la pandemia. La multitudinaria manifestación central fue disuelta por las autoridades poco después de su inicio tras observar que no se respetaba la norma de la distancia física y que tampoco se cumplía con el requerimiento impuesto posteriormente por parte de la policía de llevar

²¹ OVG 1 S 101/20, OVG 1 S 102/20

²² BvQ 94/20

mascarillas. Sin embargo, el mitin central pudo celebrarse de manera pacífica y con el respeto de las normas de distancia entre personas. No obstante, alrededor de 3.000 manifestantes, activistas antivacunas, partidarios de la teoría de la conspiración y simpatizantes de extrema derecha, desafiaron a las fuerzas de seguridad y protagonizaron altercados junto al *Bundestag* y frente a la embajada rusa. En consecuencia, el Ayuntamiento de Berlín aprobó pocos días después el requisito de tener que llevar mascarilla en las manifestaciones de más de 100 participantes. Pero la manifestación llevó a un amplio debate político y social sobre cuestiones más allá del derecho de reunión.

III. A MODO DE CONCLUSIONES

En el presente texto se ha analizado cómo la crisis de la covid-19 afectó a aspectos institucionales del sistema político de la República Federal, en concreto a la relación entre el ejecutivo y el legislativo, y cómo las medidas para la gestión de la crisis tuvieron su impacto en los derechos fundamentales, en temas como la libertad de movimiento o de reunión. La crisis sanitaria, como anteriormente la crisis financiera y económica, alteró el triángulo delicado entre ejecutivo, legislativo y poder judicial. Los tiempos de crisis son tiempos del ejecutivo, lo que deriva en una debilitación del legislativo, especialmente en lo que respecta a su capacidad legislativa, de control, presupuestaria y otros procedimientos parlamentarios. En el contexto de la crisis por la covid-19, el *Bundestag* mantuvo su actividad parlamentaria cumpliendo con su función constitucional, pero con limitaciones. Los acuerdos intergubernamentales sobre las medidas de distanciamiento social y sobre cómo se deben definir las medidas para la desescalada, no fueron debatidos ni aprobados por el *Bundestag*, y tampoco por el *Bundesrat* y los parlamentos de los *Länder*. Sin embargo, tras la situación extraordinariamente inusual, y con el retorno a la normalidad, también el Parlamento recuperará su actividad y reclamará una mayor participación y sus derechos de control.

La reforma de la IfSG suscitó un amplio debate, también en relación a los derechos fundamentales. El marco general formulado en el artículo 28 de la IfSG proporciona una base jurídica adecuada para las limitaciones de gran alcance de los derechos fundamentales, pero sigue siendo también una cuestión muy controvertida. No obstante, no es fácil evaluar la

constitucionalidad de las restricciones de los derechos fundamentales. Cuando se promulgaron las medidas a mediados de marzo de 2020, la vida pública se caracterizaba por la incertidumbre y se temían condiciones sanitarias dramáticas en Alemania. Si el Estado no hubiera actuado con decisión en esta crisis existencial, la población hubiera tenido la impresión de impotencia e irresponsabilidad, por lo que hubiera crecido la inseguridad y el pánico.

Los problemas sociales y legales causados por la pandemia de la covid-19 son monumentales. Una de las principales tareas del poder judicial en los próximos meses será garantizar, una vez que la pandemia haya remitido, que las restricciones a las libertades en una amplia gama de ámbitos se reduzcan lo antes posible y que la sociedad no se acostumbre a esas restricciones. Con su decisión del 15 y 17 de abril, el Tribunal Constitucional federal dejó claro que la libertad de reunión requiere la debida consideración, incluso durante la pandemia y puede seguir ejerciéndose al menos en grupos más reducidos y con suficientes precauciones para prevenir la infección. Esto significa que no es importante quién o contra qué se está manifestando. También las opciones de extrema, sea la derecha o la izquierda, pueden ejercer su derecho a la libertad de manifestación. Pero cuando las protestas amenazan con sobrepasar los límites legales y condiciones establecidas puede y debe intervenir la ley, por ello las restricciones estatales para las manifestaciones se dirigen solo al "cómo" se desarrollan las manifestaciones. Las violaciones de la obligación de llevar mascarillas y de las normas de distancia son infracciones que pueden suponer un peligro para la vida y la salud de los propios participantes, pero también de otras personas en el ámbito familiar y de trabajo, que no han decidido libremente ponerse ante el peligro como los propios manifestantes.

Los derechos fundamentales de libertad de reunión son en su desarrollo histórico derechos extremadamente importantes y fundamentales para una democracia. Pero, y a pesar de las críticas, según el actual presidente del Tribunal constitucional Harbarth²³, no hay una suspensión permanente de los derechos fundamentales ni una suspensión temporal. Los derechos fundamentales se aplican, pero se aplican de manera diferente a como se aplicaban antes de la crisis.

²³ https://www.nwzonline.de/interview/karlsruhe-nwz-interview-mit-stefan-harbarth-mir-ist-um-die-zukunft-des-rechtsstaates-nicht-bange_a_50,8,1385246164.html

También en España, la declaración del estado de alarma el 13 de marzo trajo consigo una severa restricción de la libertad de reunión. La necesidad de frenar de forma contundente la propagación masiva de la covid-19 fue el argumento principal que justificó la adopción de estas medidas (Carmona, 2020). Debido a la mayor propagación de la covid-19, el confinamiento domiciliario y las medidas de distancia social decretadas fueron mucho más amplias en España que en Alemania. En lo que se refiere a las relaciones interinstitucionales, la pandemia ha provocado graves interferencias en el funcionamiento del congreso de los Diputados y la actividad parlamentaria se ha reducido a mínimos. Esta situación refuerza ya la tradicional débil posición del Congreso ante el ejecutivo. La proclamación del estado de alarma ha reforzado al ejecutivo también en relación a la aprobación de las medidas económicas, sin embargo, el Parlamento ha mantenido, a través de su rol en la aprobación del estado de alarma y su prolongación, un instrumento importante.

En relación a los derechos fundamentales, tras decisiones heterogéneas de los Tribunales Supremos de algunas comunidades autónomas, el Tribunal Constitucional sentenció que el establecimiento de límites o prohibiciones del derecho de reunión no se deriva de la declaración del estado de alarma. De la misma forma que el TC alemán, argumenta que la prohibición del ejercicio de este derecho sólo se podrá justificar sobre la base del principio de proporcionalidad, atendiendo siempre a las circunstancias específicas de cada caso. En este sentido, también en España el ejercicio del derecho fundamental de reunión resultaba constitucionalmente legítimo durante el estado de alarma (Carmona, 2020).

IV. BIBLIOGRAFÍA

— BEICHEL, T., “Recovering Space Lost? The German Bundestag's New Potential in European Politics”, en *German Politics*, vol. 21, n. 2, pp. 143-160, 2012.

— DÍAZ CREGO, M. y MAŃKO, R., “Parliaments in emergency mode - How Member States' parliaments are continuing with business during the pandemic”, en: *European Parliamentary Research Service*, PE 649.396, 2020.

- EPPING V., “Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG). en: *Grundrechte*, Springer, Berlín, Heidelberg, 2004. https://doi.org/10.1007/978-3-662-07603-3_2
- HONG, M., “Coronaresistenz der Versammlungsfreiheit?: Das Bundesverfassungsgericht ermöglicht eine Versammlung in Gießen“, *VerfBlog*, 2020/4/17, 2020, DOI: <https://doi.org/10.17176/20200417-182545-0>.
- KATZENMEIER, C., “Grundrechte in Zeiten von Corona“. *MedR*, num. 38, pp. 461–465, 2020. <https://doi.org/10.1007/s00350-020-5561-8>
- KINGREEN, T., “Whatever it Takes? Der demokratische Rechtsstaat in Zeiten von Corona“, *Verfassungsblog*, 2020, <https://verfassungsblog.de/whatever-it-takes>
- KÖLLING, M., “El Bundestag y el Bundesrat alemán en tiempos de Covid 19“, en Tudela, Jose, (ed.) *Parlamentos en tiempos de covid*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Zaragoza, 2020.
- “El papel de los ejecutivos nacionales en la crisis: Una perspectiva politológica“, *Federalismi, Rivista de Diritto Pubblico Comparato*, n. 13, 04/05/2020
- MÖLLERS, C., “Parlamentarische Selbstentmächtigung im Zeichen des Virus“, *Verfassungsblog*, 2020 <https://verfassungsblog.de/parlamentarische-selbstentmaechtigung-im-zeichen-des-virus/>
- NICLAUß, K., *Kanzlerdemokratie*, Schöningh, Paderborn, 2004.
- Papier, H.J., “Umgang mit der Corona-Pandemie: Verfassungsrechtliche Perspektiven“, en: *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 2020 <https://www.bpb.de/apuz/314341/verfassungsrechtliche-perspektiven>
- RINKE, A., “Das Coronavirus versetzt Bundestag und Bundesrat in Turbomodus“, *Euroactiv*, 24.03.2020.
- ROßMANN, R., “Parlament der leeren Sitze“, *Sueddeutsche*, 20.03.2020.
- SCHÄFER, B., *Das Recht des Ausnahmezustands - Deutschland: Ungenutztes Notstandsrecht und Integration des Ausnahmefalls in das einfache Recht*, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments, 29/05/2020.

- SCHRECKENBERGER, W., “Informelle Verfahren der Entscheidungsvorbereitung zwischen der Bundesregierung und den Mehrheitsfraktionen: Koalitionsgespräche und Koalitionsrunden“, en: *Zeitschrift für Parlamentsfragen*. 3/1994
- SCHULZE-FIELITZ, H., (et al) *Grundgesetz-Kommentar*, Beck, 2013.
- STURM, R.; PEHLE, H., *Das neue deutsche Regierungssystem. Die Europäisierung von Institutionen, Entscheidungsprozessen und Politikfeldern*, in *Bundesrepublik Deutschland*, Opladen, Wiesbaden, 2005.
- Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, *Staatsorganisation und § 5 Infektionsschutzgesetz*, 3000-080/2, 2/04/2020
 - „Mund-Nasen-Bedeckung“ und Freiheitsrechte, 3000 - 109/20 30/04/2020.