

La competencia del Estado para organizar reuniones y el totalitarismo ideológico *

Alexander Espinoza Rausseo **

1 La intervención del Estado en la opinión pública, en Alemania

1 Las reuniones no sólo han servido como vehículo para la crítica al titular del Poder, como medio de organización de la protesta de masas o incluso como movimiento revolucionario, sino que también ha sido de utilidad para hacer demostraciones de fuerza de quien detenta el Poder, para atraer simpatizantes, como intimidación para los opositores y como mecanismo de fortalecimiento de la legitimidad del ejercicio del Poder. De tal forma, los Estados totalitarios fascistas y nacional-socialistas en Italia, Alemania o España, así como los Estados socialistas en Europa oriental o en China, han organizado manifestaciones de masas y desfiles para imponer sus objetivos.¹

2 Durante la dictadura nacional-socialista fueron suspendidos los derechos fundamentales, entre ellos, la libertad de reunión, mediante el Reglamento

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

Véase también: Efecto irradiante del derecho de reunión en el derecho de policía (Segunda parte). REDIAJ-9 Marzo 2017, 762-821.

<http://www.estudiosconstitucionales.com/REDIAJ/762-821.pdf>.

Efecto irradiante del derecho de reunión en el derecho de policía (Primera parte). REDIAJ-8 Febrero 2017, pp. 307-352

<http://www.estudiosconstitucionales.com/REDIAJ/307-352.pdf>

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

¹ Hoffmann-Riem, Versammlungsfreiheit, en: HGR IV, § 106 párr. 1; Kunig, en: v. Münch/Kunig (Coord.) GGK, Art. 8, . 1

del Presidente del Reich para la protección del pueblo y del Estado del 28 de febrero de 1933. En el nacional-socialismo las reuniones constituían un mecanismo de propaganda, dirigido a obtener el respaldo incondicional de las masas.²

Por su parte, en la República Democrática de Alemania (RDA), formada a 3 partir de la ocupación de la Unión Soviética, los partidos oficiales y colectivos habían organizado a toda la sociedad. La RDA disponía de un sistema de organizaciones de masa, que se encontraban bajo la dirección del partido dominante, el Partido Socialista Unificado de Alemania (SED). A través de ellos se ejercía influencia y control sobre la mayor parte de la población.

La membrecía en una organización de masas era en principio libre, pero 4 constituía una condición importante para el ascenso social y profesional. Ese era motivo suficiente para que gran cantidad de ciudadanos formaran parte de tales organizaciones. Era muy llamativo que un ciudadano se negara a formar parte de una organización. Quien eludía ese instrumento de control era sospechoso y caía, según las circunstancias en la mira de la Stasi. Incluso cuando la investigación no arrojara pruebas de una conducta crítica al régimen, los afectados debían contar con represalias del Ministerio de Seguridad del Estado.³

² Quilisch, Die demokratische Versammlung, pág. 81; Limmer, Rechtliche Grenzen der Einschüchterung im Versammlungsrecht, pág. 93

³ Der Bundesbeauftragte für die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik (BStU): Die Stasi und die Menschenrechte

1.1 Presunción de la imputación al Estado

5 En cada caso concreto debe determinarse en primer término, si el funcionario ha realizado una actuación en su condición de servidor público o como ciudadano.⁴ En la jurisprudencia de los tribunales contencioso-administrativos alemanes se tiene como punto de partida, la presunción que las pretensiones dirigidas a obtener la rectificación y la futura abstención de declaraciones de un funcionario deben ser dirigidas en contra de la institución y no en contra del funcionario personalmente.⁵ Las declaraciones oficiales expresan la posición de la Institución, por lo que sólo ésta puede ser llamada a realizar la corrección.⁶

1.2 El predominio de elementos personales

6 Una excepción a la presunción de la imputación al Estado deriva de la naturaleza especial de la afectación. Dejando a salvo la responsabilidad del Estado, una expresión emanada del funcionario puede encontrarse a tal punto determinada por su opinión o por su posición personal, que sólo una rectificación emanada del propio funcionario sería idónea para restablecer la afectación del honor.⁷

7 Una pretensión de rectificación de derecho privado dirigida personalmente en contra de una actuación del funcionario realizada en ejercicio de sus fun-

⁴ BVerwG, 10.10.1989 (2 WDB 4/89)

⁵ BGH 19.12.1960, Exp. GSZ 1/60, párr. 17; VGH de Baden-Württemberg, · 2 de noviembre de 1998 · Exp. 9 S 2434/98, párr. 5

⁶ Niedersächsisches OVG · 17. Dezember 2009 · Exp. 2 ME 313/09, párr. 9

⁷ BGH 19.12.1960, Exp. GSZ 1/60, párr. 17; VGH de Baden-Württemberg, 2 de noviembre de 1998, Exp. 9 S 2434/98, párr. 6

ciones, sólo podría tener lugar en el caso en que la forma y el contenido contengan elementos personales que excedan la simple declaración oficial y que puedan ser atribuidos personalmente al funcionario, siempre que tales elementos sean por sí mismos lesivos del honor del afectado.⁸

Las expresiones de miembros de los órganos deliberantes pueden ser atribuidas personalmente al funcionario, cuando han sido emitidas sólo con ocasión de una asamblea y en su aspecto central hubiera sido el resultado de una controversia estrictamente personal y por ende deba ser calificada como una controversia de derecho privado. Un “predominio de elementos personales” de tal naturaleza, no es reconocible, cuando la expresión emitida en una asamblea resulte incuestionablemente asociada en su contenido al tema debatido en el orden del día.⁹

1.3 Competencias del Estado para intervenir en la opinión pública

El funcionario no puede hacer valer el derecho a la libertad de expresión o la libertad de reunión, en el ejercicio de sus funciones públicas.¹⁰ En la medida en que el funcionario ha emanado una declaración oficial y actúa en nombre de la Institución, no actúa como sujeto titular de derechos fundamentales.¹¹ Expresiones de jueces como representantes de la institución que, de acuerdo con su contenido objetivo, se producen en nombre del Estado y no forman parte del ámbito de protección del derecho a la libertad de expre-

⁸ BVerwG, 29.01.1987, Exp. BVerwG, 2 C 34/85, párr. 12

⁹ VGH de Bayer, 11 de marzo de 2013, Exp. 4 C 13.400, párr. 7

¹⁰ BVerwG, 29.10.1987, Exp. BVerwG, 2 C 73.86 párr. 13

¹¹ Leppek, Beamtenrecht, Párrafo Nr. 206

sión. En tales casos se expresa un órgano del Estado “en nombre del pueblo”. Su sentencia sobre un asunto es atribuido a la institución del Estado, con toda su autoridad y sus medios de poder.¹²

1.3.1 Titularidad de derechos fundamentales de personas jurídicas de derecho público

10 Los derechos fundamentales también tienen vigencia en favor de personas jurídicas, en la medida en que les sean aplicables, según su naturaleza. La inclusión de personas jurídicas en el ámbito de protección de los derechos fundamentales se produce cuando se requiere reproducir el efecto de protección sobre las personas naturales detrás de la persona jurídica.¹³

11 Pero, por regla general, las personas jurídicas de derecho público no constituyen un mecanismo organizativo del ejercicio de la libertad de las personas.¹⁴ Si los derechos fundamentales se aplican en las relaciones entre los individuos y el Poder Público, entonces resultaría incompatible con tal función, que el Estado disfrute del ejercicio de los derechos fundamentales; el Estado no puede ser al mismo tiempo acreedor y deudor de los derechos fundamentales.¹⁵

12 Tales consideraciones no sólo son aplicables cuando el Estado actúa en forma directa, como poder público nacional o regional, sino también cuando para el cumplimiento de sus funciones hace uso de otras formas organizativas. En tales casos, desde el punto de vista de los individuos, como titulares

¹² Hager, Freie Meinung und Richteramt, NJW 1988, 1694

¹³ BVerfGE 21, 362/369 – Titular del Seguro Social

¹⁴ Sachs, Art. 19, párr. 90, en: Sachs (Coord.), Grundgesetz

¹⁵ BVerfGE 15, 256/262 - Autonomía de la Universidad; BVerfGE 21, 362/370 – Titular del Seguro Social

originarios de los derechos fundamentales, se trata sólo de especiales formas de representación del poder del Estado.¹⁶

1.3.2 Excepciones

Los criterios anteriores no son aplicables, cuando excepcionalmente la persona jurídica de derecho público puede ser asimilada al ámbito material protegido por el derecho fundamental.¹⁷ Cuando instituciones del Estado defienden derechos fundamentales en un ámbito, en que resultan independientes del Estado, entonces pueden hacer valer derechos fundamentales como derechos subjetivos públicos. Ello ocurre especialmente en el caso de las universidades, las cuales aún cuando generalmente son creadas y sostenidas por el Estado, sin embargo, se garantiza la libertad en el ejercicio de la actividad científica, de investigación y docente.¹⁸

Algo similar es aplicable en el caso de las empresas de radiodifusión de derecho público. Se trata de instituciones del Estado, que sirven a la protección de derechos fundamentales en un ámbito, en el que son independientes de éste. Precisamente para hacer posible el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de radiodifusión, tales instituciones han sido creadas por el legislador como organismos de derecho público con autonomía e independientes del Estado; su organización ha sido configurada de tal forma, que resulte imposible una influencia determinante del Estado.¹⁹

¹⁶ BVerfGE 21, 362/370 Titular del Seguro Social

¹⁷ BVerfGE 39, 302/313- AOK

¹⁸ BVerfGE 15, 256/262 - Autonomía de la Universidad

¹⁹ BVerfGE 31, 314 – 2/322. Sentencia sobre Radiodifusión

1.3.3 El proceso de formación de la opinión sin la intervención del Estado

- 15 La actividad comunicacional del Estado se rige por los principios de la formación libre de la opinión pública, así como del pluralismo político, social e ideológico.²⁰ De acuerdo con *Hesse*, el orden democrático de la Constitución se encuentra basado en el reconocimiento que de las limitaciones del conocimiento humano; la idea de que nadie es infalible y la experiencia de que la pretensión de totalitarismo ideológico siempre ha sido enemiga de la libertad del individuo. Por ello, el Estado no se encuentra por encima de las convicciones de los particulares, ni tiene la competencia para dictar una verdad absoluta o para oprimir a quienes tienen opiniones distintas. Por tal motivo, la Constitución garantiza la libertad de cosmovisión y de religión.²¹
- 16 En un sistema democrático, el pueblo expresa su voluntad, no sólo a través de elecciones y referenda, que además puede ejercer cierta influencia en la formación de la voluntad política, a través del proceso permanente de formación de la opinión pública. Las relaciones entre la opinión pública y la política del Gobierno son de diversa índole. Pero la formación de tal política debe tener como punto de origen el pueblo y no los órganos del Estado. Ello significa que se encuentra vedado a los órganos del Estado intervenir en el proceso de formación de la opinión del pueblo. Tal proceso debe permanecer “*libre del Estado*”. La intervención del Parlamento y el Gobierno en tal proceso sólo es compatible con el principio de formación libre y plural de la opinión, en los casos en que puede encontrar una legitimación constitucio-

²⁰ Preámbulo, Rundfunkstaatsvertrag; Art. 3 Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal. Ver también, Espinoza/Rivas, El sistema interamericano y el derecho comparado, pág. 31

²¹ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, pág. 62

nal que le sirve de justificación.²² A diferencia del ciudadano y las asociaciones e instituciones privadas, el Estado actúa por cuenta ajena, en nombre de los ciudadanos, a quienes les debe rendir cuentas. Sus actuaciones no son expresión de sus convicciones libres o subjetivas, o en realización de su individualidad, sino que permanecen con una cierta distancia y respeto, con relación a las convicciones de los ciudadanos.²³

En todo caso, resultan admisibles, por ejemplo, las intervenciones a través de la actividad del Gobierno y el Parlamento de brindar declaraciones públicas, en la medida en que mantengan una relación con las tareas de su competencia.²⁴

Estimamos que el deber de neutralidad política e ideológica es comparable con el deber de neutralidad religiosa. Con ocasión de la intervención del Estado en asuntos de agrupaciones religiosas, El Tribunal Federal Constitucional de Alemania ha establecido que, el deber de neutralidad del Estado protege frente a representaciones discriminatorias o distorsionantes de la realidad. Al Estado se le prohíbe regular cuestiones genuinamente religiosas o confesionales, así como entrometerse con parcialidad en las convicciones, actuaciones y en la representación de individuos o de comunidades religiosas o ideológicas. El Estado no puede privilegiar determinadas confesiones –por ejemplo, identificándose con ellas– como tampoco puede perjudicar a otras por motivo del contenido de su confesión, por ejemplo discriminándolas. En un Estado en el que conviven partidarios de convicciones religiosas

²² BVerfGE 20, 56/99 - Parteienfinanzierung I

²³ Sentencia del Tribunal Federal Constitucional, 1 BvR 699/06 del 22.02.2011, párr. 48 (=BVerfGE 128, 226 - Fraport)

²⁴ BVerfGE 20, 56/100 - Parteienfinanzierung I

e ideológicas diversas, la coexistencia pacífica puede lograrse únicamente cuando el Estado mismo conserva su neutralidad en cuestiones confesionales e ideológicas.²⁵

- 19 Sin embargo, ello no implica que el Estado y sus órganos deban abstenerse absolutamente de ocuparse de dichas cuestiones. El Estado neutral tampoco está impedido para juzgar –con parámetros seculares– el comportamiento real de una agrupación religiosa o ideológica o de sus miembros, incluso cuando dicho comportamiento esté fundado en última instancia en motivos religiosos. Igualmente, tampoco ha de negarse de entrada a los órganos estatales que tienen funciones de responsabilidad, la información de que disponen el Parlamento, la opinión pública y las ciudadanas y los ciudadanos interesados, sobre los distintos grupos religiosos e ideológicos y su actividad. El derecho a la libertad de cultos no protege contra el análisis y discusión o confrontación pública de los órganos estatales –también en forma crítica– con los portadores de este derecho fundamental.²⁶

1.3.4 Régimen jurídico de las declaraciones y comunicaciones oficiales

- 20 El trabajo de información pública del Gobierno había estado tradicionalmente referido a la presentación de las medidas y proyectos del Gobierno, a la representación y aclaratoria de sus propuestas acerca de las tareas que debían ser realizadas, así como la promoción para obtener el respaldo necesario. En la actualidad, la actividad de información del Gobierno excede ta-

²⁵ BVerfGE 105, 279/294 - Osho

²⁶ BVerfGE 105, 279/294 - Osho

les parámetros. En la democracia pertenece a las tareas del Gobierno, la información al público acerca de importantes procesos, incluso fuera de su propia actividad política. En un ordenamiento político que confía en la propia responsabilidad del ciudadano para resolver los conflictos sociales, la tarea del Gobierno también comprende la difusión de informaciones, que hacen posible tal participación. Efectivamente, los ciudadanos esperan recibir informaciones del Gobierno para la formación de su opinión y orientación personal, en casos en que tales informaciones no son accesibles por otras vías.²⁷

1.3.5 El principio de adecuación material

Las expresiones de los órganos del Estado se encuentran sujetos a límites especiales. El principio de adecuación material exige que su contenido se encuentre basado en informaciones válidas y que la situación fáctica hubiera sido adecuadamente dilucidada, en el marco de una diligencia razonable, a partir de las fuentes de información disponibles y con audiencia de los eventuales afectados.²⁸

También la jurisprudencia venezolana ha exigido eventualmente que, las declaraciones y comunicaciones oficiales se sujeten al principio de legalidad y requieran de una justificación material, razonable y proporcional, referida a la necesidad de protección de bienes jurídicos.²⁹

²⁷ BVerfGE 105, 252/269 - Glykol

²⁸ OLG Stuttgart Beschluß vom 28.1.2003, 4 W 22/02

²⁹ SCON-TSJ 14/03/2001 EXP. N°: 00-1797

1.3.6 Igualdad de oportunidades de los partidos políticos

23 La garantía de igualdad de oportunidades en la contienda electoral y en las elecciones es un elemento indispensable del proceso libre y abierto de la formación de la opinión y de la voluntad del pueblo. En un Estado liberal, en el cual la voluntad de la mayoría asume las decisiones, en el marco del Estado de derecho, las minorías deben tener la posibilidad de formar una mayoría. La igualdad democrática exige que la mayoría conformada y la minoría opositora, tengan en cada elección, de nuevo, las mismas oportunidades en el proceso electoral y en las elecciones.³⁰

24 El derecho de los partidos políticos a la igualdad de oportunidades puede resultar afectado, cuando los órganos del Estado intervienen en el proceso electoral, en favor o en contra de un partido político. Por ello se prohíbe constitucionalmente a los órganos del Estado, identificarse con partidos o candidatos y apoyarlos o combatirlos con medios públicos y, especialmente, influir a través de propaganda en la decisión del elector. Los funcionarios políticos deben respetar el principio de igualdad de oportunidades en sus apariciones ante los medios de comunicación.³¹

2 La libertad ideológica en la Constitución española

25 El artículo 16 de la Constitución española garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

³⁰ BVerfG Beschl. v. 15.07.2014, Az.: 2 BvE 2/14, párr. 28; Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, pág. 89;

³¹ BVerfG Beschl. v. 15.07.2014, Az.: 2 BvE 2/14, párr. 31

En la doctrina se afirma que la trascendencia objetiva del derecho a la libertad ideológica se cifra en el principio de neutralidad política y en la renuncia del Estado a toda acción de adoctrinamiento político, filosófico o moral.³² El principio de neutralidad ideológica del Estado supone que la renuncia del Estado de cualquier valoración positiva o negativa de las plurales expresiones ideológicas de la comunidad. Los poderes públicos deben abstenerse de participar en cualquier debate sobre ideas y creencias políticas, morales, filosóficas, estéticas, etc.³³

El Tribunal Constitucional al ha señalado al respecto, que en el sistema español no tiene cabida un modelo de “democracia militante”, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución. Esta concepción, sin duda, se manifiesta con especial intensidad en el régimen constitucional de las libertades ideológica, de participación, de expresión y de información pues implica la necesidad de diferenciar claramente entre las actividades contrarias a la Constitución, huérfanas de su protección, y la mera difusión de ideas e ideologías. El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas.³⁴

³² Jiménez, Libertad ideológica, pág. 144

³³ Nuevo, La Constitución educativa del pluralismo, pág. 72

³⁴ STC 235/2007, de 7 de noviembre Fj 4; STC de 22 de julio de 2015, recurso de amparo núm. 956-2009 Fj 2

El Tribunal Constitucional también ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca del principio de neutralidad ideológica del Estado, en el marco del sistema educativo. En los centros públicos de cualquier grado o nivel la libertad de cátedra tiene un contenido negativo uniforme en cuanto habilita al docente para resistir cualquier mandato de dar a su enseñanza una orientación ideológica determinada, es decir, cualquier orientación que implique un determinado enfoque de la realidad natural, histórica o social dentro de los que el amplio marco de los principios constitucionales hacen posible. Libertad de cátedra es, en este sentido, noción incompatible con la existencia de una ciencia o una doctrina oficiales.³⁵

29 En un sistema jurídico político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado, todas las instituciones públicas y muy especialmente los centros docentes, han de ser, en efecto, ideológicamente neutrales. La neutralidad ideológica de la enseñanza en los centros escolares públicos impone a los docentes que en ellos desempeñan su función una obligación de renuncia a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico.³⁶ En una democracia pluralista debe existir diversidad de ofertas educativas.³⁷

30 El principio antes citado, según el cual todas las instituciones públicas han de ser ideológicamente neutrales, también ha sido aplicado por el Tribunal Constitucional en materia de neutralidad religiosa.³⁸ El derecho a la libertad

³⁵ STC 5/1981, de 13 de febrero Fj 9

³⁶ STC 5/1981, de 13 de febrero Fj 9; Rollnert, La neutralidad ideológica del Estado y la objeción de conciencia a la «Educación para la Ciudadanía», pág. 286

³⁷ Nuevo, La Constitución educativa del pluralismo, pág. 74

³⁸ STC 34/2011, de 28 de marzo Fj 4. Con más referencias jurisprudenciales, Llamazares, Libertad de conciencia y laicidad en la Constitución española de 1978, pág. 132; Martín, El modelo actual de relación entre el estado y el

religiosa de cada persona comprende la obligación de los Poderes Públicos de no imponer coactivamente el estudio de una confesión ideológica o religiosa determinada, al menos con contenido apologético y no puramente informativo. Tal sería el caso, si los Poderes Públicos impusieran a un no creyente el estudio del contenido ideológico, filosófico o dogmático de una determinada confesión con carácter apologético o con fines de adoctrinamiento.³⁹

El derecho a la libertad ideológica también se encuentra vinculado al 31 derecho a la objeción de conciencia, tal como ha reiterado recientemente el Tribunal Constitucional, en el caso de un farmacéutico, que siguiendo sus convicciones éticas sobre el derecho a la vida se negó a la dispensación de un medicamento, debido a sus posibles efectos abortivos si se administra a una mujer embarazada.⁴⁰

factor religioso en España, pág. 89. En la doctrina, desde el punto de vista histórico, Morán, Comunidad Política y Religiosa, pág. 102.

³⁹ ATC 359/1985, de 29 de mayo Fj 3

⁴⁰ Sentencia del 25 de junio de 2015, recurso de amparo avocado núm. 412-2012

3 La libertad ideológica en la Constitución venezolana

32 Ejercicio 16: La campaña “Obama deroga el decreto ya”

La recolección de firmas, forma parte de una campaña nacional e internacional denominada: “Venezuela no es una amenaza, Venezuela es una esperanza. ¡Obama deroga el Decreto ya!”. El Jefe del Comando Nacional es el Alcalde del Municipio Libertador, y les *ha instruido a los gobernadores instalar un Comando de Campaña Estatal en cada entidad.*

Según un documento publicado en internet, un alto funcionario del Ministerio del Poder Popular para la Salud habría suscrito la siguiente circular: *Para este día deberán movilizar trescientas (300) personas de cada uno de los Centros Hospitalarios, todos los médicos deben asistir con su bata blanca y el resto de los trabajadores vestidos de blanco con rojo con sus respectivas pancartas.*”

La ministra de Comercio, acudió a la Plaza Bolívar de Caracas *acompañada de una nutrida representación de los trabajadores de esa cartera* y de los organismos adscritos, así como de empresarios que hacen vida en esta nación (*ver esquema en párr. 39*)

33 Ejercicio 17: GNB coloca música llanera de fondo

El alcalde de Chacao, Ramón Muchacho, informó que “hoy la Guardia Nacional Bolivariana está utilizando un instrumento sonoro para aturdir a los manifestantes, y por supuesto también afecta a vecinos de Chacao”. Quienes protestan indican que les colocan música llanera. A través de la red social Twitter, usuarios reportan que desde una tanqueta de la Guardia Nacional Bolivariana se colocó música de Alí Primera, mientras los efectivos reprimen la manifestación con lacrimógenos en Altamira (*ver esquema en párr. 40*)

34 Ejercicio 18: Asociación Civil Fuerza Solidaria

El 7 de diciembre de 2001 se realizaría en Caracas la “Tercera Marcha por la Verdad”, la cual fue autorizada por la Alcaldía Metropolitana de Caracas. Alegan los demandantes que el Alcalde del Municipio Libertador “propuso un plan, que consiste en formar un inmenso escudo humano en las inmediaciones del Palacio de Miraflores con el objeto de frenar cualquier marcha convocada para el día 07 de diciembre del año en curso”⁴¹ [*ver esquema en párr. 41*]

35

En Venezuela el principio del pluralismo político se encuentra establecido entre los principios estructurales del Estado, en los arts. 2 y 6 de la Constitución. El principio de neutralidad e imparcialidad política del funcionario tiene rango constitucional. El art. 145 de la Constitución dispone que, los

⁴¹ SCON-TSJ 05/12/2001 Exp. 01-2737

funcionarios públicos y funcionarias públicas están al servicio del Estado y no de parcialidad alguna. Su nombramiento y remoción no podrán estar determinados por la afiliación u orientación política. Tal principio aparece desarrollado en numerosas leyes. El art. 34, II de la Ley del Estatuto de la Función Pública prohíbe a los funcionarios públicos, realizar propaganda, coacción pública u ostentar distintivos que los acrediten como miembros de un partido político, todo ello en el ejercicio de sus funciones. El Art. 13 Ley contra la Corrupción prohíbe que sea destinado el uso de los bienes públicos o los recursos que integran el patrimonio público para favorecer a partidos o proyectos políticos, o a intereses económicos particulares.

El art. 102 de la Constitución establece que la educación es un servicio público y está fundamentada en el respeto a todas las corrientes del pensamiento. Tal principio exige que no se haga uso del Poder del Estado para agredir otras formas de pensamiento y que no se pretenda imponer una determinada ideología política, económica, religiosa o de otra índole. 36

Los funcionarios y empleados públicos están al servicio del Estado y no de parcialidad política o económica alguna y, en consecuencia, las declaraciones y comunicaciones de carácter oficial debe estar referida a la información veraz y neutral sobre las políticas públicas, y claramente desligada la valoración, el juicio y la información de carácter político. 37

Sin embargo, la jurisprudencia venezolana no ha establecido límites claros a las declaraciones de altas autoridades estatales, a pesar de su excesiva intervención en la opinión pública. Tal es el caso de las expresiones del entonces presidente de la República, que señalaban al canal de televisión RCTV co- 38

mo “jinetes del Apocalipsis”, “fascistas”, que tienen “una campaña de terrorismo”;⁴² de las declaraciones del presidente de la República relativas a la supuesta actuación o participación de Globovisión, o de personas vinculadas a éste, en eventos desarrollados bajo circunstancias de alta polarización política y conflictividad social en Venezuela;⁴³ la obligación de los miembros activos de la Fuerza Armada Nacional a proferir como mensajes institucionales expresiones tales como “patria, socialismo o muerte”, “Chávez vive”, “la lucha sigue”, “hasta la victoria siempre”;⁴⁴ la expresión del entonces presidente de la República, “le vamos a entrar a batazos”, en el marco de la campaña electoral en favor de la propuesta de reforma constitucional;⁴⁵ la intervención pública del presidente de la República en los juicios penales contra Oswaldo Álvarez Paz,⁴⁶ María Lourdes Afiuni;⁴⁷ Guillermo Zuloaga;⁴⁸ Nelson Mezerhane Gozen;⁴⁹ Leopoldo Eduardo López Mendoza,⁵⁰ entre otros.⁵¹

39 Esquema del ejercicio: La campaña “Obama deroga el decreto ya”

1) La recolección de firmas estuvo acompañada de numerosas actividades, entre ellas, marchas, concentraciones y declaraciones públicas. En el enunciado se alude a la actuación de ciertos funcionarios públicos, al efecto, el Alcalde del Municipio Libertador, un alto funcionario del Ministerio para la Salud y la Ministra de Comercio. Sin embargo, no queda claro si la actividad fue organizada por funcionarios, en ejercicio de sus derechos ciudadanos, o en ejercicio de sus funciones públicas. Con ello, tales funcionarios incumplieron un deber de moderación, al no dejar claro si su actuación es realizada en nombre de la institución o a título personal. En sus actuaciones, estos funcionarios establecen una relación con otros funcionarios públicos, especialmente con sus inferiores jerárquicos. En efecto, la actividad fue promovida por altos funcionarios y ejecutada con los medios organizativos, de personal y de recursos de las instituciones del Estado, dentro del horario y el lugar del servicio y con efectos internos en las relaciones de jerarquía de los funcionarios, inclu-

⁴² Corte IDH caso Ríos y otros vs. Venezuela, Sentencia de 28 de enero de 2009, párr. 115

⁴³ Corte IDH caso Peroto y Otros Vs. Venezuela Sentencia de 28 de enero de 2009, párr. 364

⁴⁴ SCON-TSJ 11/06/2014 Exp. 14-0313

⁴⁵ PLENO-TSJ 14/01/2010 Exp: AA10-L-2007-000214

⁴⁶ Koenke, Delitos de opinión, censura y autocensura

⁴⁷ Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 10 de Diciembre de 2010

⁴⁸ Informe sobre la situación de la Libertad de Expresión en Venezuela en 2010, párr. 39

⁴⁹ Informe sobre la situación de la Libertad de Expresión en Venezuela en 2010, párr. 49

⁵⁰ Amnistía Internacional, Venezuela: Los derechos humanos en riesgo en medio de protestas, pág. 14

⁵¹ Véase en detalle, Espinoza/Rivas, La libertad de expresión en Venezuela, pp. 500 y sig.

so, con efectos sobre la actividad disciplinaria. Tales elementos permiten presumir la imputación de la actividad al Poder Público.

2) La imputación al Estado supone que sea descartada la aplicación de los derechos fundamentales de reunión y de libertad de expresión. Se trataría en todo caso del ejercicio de una competencia de los funcionarios públicos. En cuanto a la habilitación legal no son aplicables los principios tradicionales de legalidad, sino que es admisible en la medida en que el contenido de lo expresado guarde relación con la competencia material del órgano. En este caso, el Alcalde del Municipio Libertador, un alto funcionario del Ministerio para la Salud y la Ministra de Comercio no tienen competencia alguna en materia de relaciones internacionales o de seguridad del Estado. Con ello, la actuación es objetivamente contraria a derecho.

3) Pero además supone una intervención de los órganos del Estado en una controversia política, así como el uso de bienes públicos para tales fines. Con ello, la Administración Pública incumple su deber de moderación y neutralidad política. Con ello se infringe el derecho a una opinión pública libre del Estado, así como a la libertad ideológica de los ciudadanos.

4) También es cuestionable el uso del régimen jurídico de los funcionarios, para infringir el derecho negativo de reunión, esto es, el derecho de los funcionarios a no participar en un evento de tal naturaleza.

Esquema del ejercicio: GNB coloca música llanera de fondo

40

1) La colocación de música a través de parlantes puede ser un mecanismo de afectación fáctica de una reunión, en la medida en que el alto volumen produzca daños a la salud de las personas. Pero también se plantea la difusión de una opinión, expresada a partir del contenido de las canciones. Las mismas expresan una posición nacionalista, en el caso de la música llanera y una tendencia política, en el caso de la música de protesta de Alí Primera. En tales casos, los funcionarios encargados de la protección de la manifestación y del resguardo del orden público, realizan una contra-manifestación.

2) No existen elementos que justifiquen alguna relación de índole personal, en la actuación de los funcionarios de la Guardia Nacional Bolivariana, por lo que debemos concluir que los mismos actúan en ejercicio de sus funciones públicas.

3) Son aplicables los argumentos indicados en el ejercicio anterior, con respecto a la competencia del órgano, a la libertad ideológica y al derecho negativo de reunión de los funcionarios. Pero especialmente grave es la infracción del principio de imparcialidad política de los funcionarios. La falta de moderación en su intervención afecta la imagen de neutralidad y el buen funcionamiento de la institución, la cual se coloca indebidamente, como una parte políticamente contraria a un grupo de ciudadanos. Una posición parcializada de tal naturaleza es incompatible con la toma de decisiones y su ejecución, a través del uso de la fuerza, en el marco de la manifestación política de los ciudadanos.

Esquema del ejercicio: Asociación Civil Fuerza Solidaria

41

1) Ambos funcionarios omitieron una referencia clara, acerca de si su actuación era realizada en ejercicio de sus funciones, o en su condición de ciudadanos, en ejercicio de sus derechos. En todo caso, la ausencia de elementos personales permite presumir que sus actuaciones son imputables al órgano que representan. En tales casos, no se trata del ejercicio de la libertad de expresión, sino del ejercicio de un Poder del Estado.

2) Las declaraciones realizadas por el entonces Alcalde del Municipio Libertador constituyen la amenaza de una afectación fáctica, en el sentido de impedir la realización de la manifestación, en la forma y lugar en que había sido planificada.

3) De igual forma, las declaraciones del Presidente de la República constituyen una afectación fáctica, que es capaz de generar temor en las personas que pretendían asistir al evento, creando un efecto intimidatorio.

4) La amenaza de impedir el tránsito de la manifestación, así como las amenazas del uso de la fuerza, afectan el ámbito de protección del derecho de reunión.

5) No resulta evidente la finalidad de protección de un bien jurídico, por lo que la actuación constituye una

infracción del derecho de reunión.