

La discriminación política de los servidores del Estado

DER-DIAJ

Contenido:

1. La situación en Venezuela
 - 1.1. Introducción
 - 1.2. Derechos fundamentales de los funcionarios públicos
 - 1.3. Sujetos afectados
 - 1.4. Las empresas públicas
 - 1.5. Mecanismos de discriminación
 - 1.6. Contenido de la discriminación política
 - 1.7. Marco normativo
 - 1.8. La estabilidad provisional
 - 1.9. El ingreso por contrato
2. Los derechos políticos de funcionarios, en Alemania
 - 2.1. La actividad política dentro del servicio
 - 2.2. La actividad política fuera del servicio
 - 2.3. La capacidad de funcionamiento de la fuerza armada
3. El principio de objetividad en España
4. Derechos del funcionario en Venezuela
 - 4.1. Antecedentes históricos
 - 4.2. La protección jurídica del funcionario
 - 4.2.1. El Ingreso por Contrato
 - 4.2.2. Funcionarios sometidos al régimen laboral
 - 4.2.3. La Estabilidad Provisional
 - 4.2.4. Libre nombramiento y remoción
 - 4.3. La discrecionalidad de la Administración
 - 4.4. Mecanismos de control de la discrecionalidad

- 4.4.1. La motivación de los actos discrecionales
- 4.4.2. Densidad y claridad de la motivación
- 4.4.3. Cumplimiento de la finalidad
- 4.4.4. La desviación de poder
- 4.4.5. El principio de proporcionalidad
- 4.5. Derechos de funcionarios favorables a la ideología del Gobierno
- 4.6. Derechos de funcionarios que ejercen una postura crítica
 - 4.6.1. Mensajes políticos en la institución
 - 4.6.2. El firmazo
 - 4.6.3. Participación de militares en manifestaciones políticas
 - 4.6.4. Declaraciones a medios de comunicación por oficiales
 - 4.6.5. La relación jurídica
 - 4.6.6. El principio de idoneidad
 - 4.6.7. El principio de necesidad
 - 4.6.8. La valoración de los intereses en conflicto
 - 4.6.9. El principio de proporcionalidad
- 4.7. El deber de moderación de los funcionarios públicos y la libertad de expresión
- 4.8. El deber de moderación y discreción

1. La situación en Venezuela

1.1. Introducción

En Venezuela han sido olvidados los importantes aportes del extinto Tribunal de la Carrera Administrativa y se desconocen sistemáticamente las garantías de protección del funcionario público; no se abren los concursos públicos, sino sólo pruebas restringidas de acceso (*en la terminología del*

derecho español) para legitimar al que ha sido designado discrecionalmente; cuando la orientación política y las listas de opositores son determinantes del ingreso, ascenso y la remoción; no se reconoce un sustento adecuado y el funcionario debe depender de la generosidad del jerarca; la Administración Pública huye hacia el derecho privado, a través de la contratación temporal defectuosa (*también en la terminología española*); se da interpretación extensiva a la calificación de los cargos de confianza; cuando cualquier falta puede dar lugar a la destitución; cuando la participación en una manifestación pública o en un proceso revocatorio es considerado proselitismo político.

Además, se exige el uso de uniformes con colores políticos a funcionarios y obreros de la Administración; se premia la pertenencia al partido, la participación en sus manifestaciones públicas y en las actividades de campaña electoral con la promesa de un cargo público; las oficinas públicas exhiben pancartas del partido y no se sancionan tales prácticas.

La discriminación política en Venezuela ha sido dirigida en contra de personas que hubieran participado en actividades políticas de oposición, También han sido afectadas personas que se abstuvieron de participar en actividades convocadas por el partido de gobierno o que simplemente no hicieron un apoyo expreso al candidato oficialista.

Estos hechos afectan la confianza del ciudadano en que su petición será resuelta por un funcionario imparcial, pero sobre todo, el Estado deja de cumplir su tarea de garantizar la paz social.

1.2. Derechos fundamentales de los funcionarios públicos

Hemos analizado en términos generales la situación de la protección jurídica del funcionario, para concluir que existe un lamentable déficit de protección. La falta de garantía de los derechos propios del régimen estatutario, como lo dispone el art. 144, entre ellos el derecho a la estabilidad y el ascenso; del derecho a la igualdad de acceso a los cargos públicos, garantizado mediante concurso público, fundamentado en principios de honestidad, idoneidad y eficiencia (art. 146 II); la relación de regla a excepción entre el status del funcionario de carrera, y los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados y contratadas, los obreros y obreras al servicio de la Administración Pública (art. 146 I), dan lugar a una situación que deja al funcionario expuesto a las presiones de los grupos de poder. Con ello se produce un desequilibrio que hace imposible al funcionario cumplir con el deber constitucional de imparcialidad del art. 145, según el cual, los 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.

En la práctica, el funcionario venezolano se encuentra expuesto a la discrecionalidad del superior jerárquico. A ello se suma la confusión orgánica e ideológica entre el partido político y la Administración Pública; entre intereses político-partidistas y fines del Estado. En Venezuela se exige del funcionario una total fidelidad política, no a la Constitución, sino al superior jerárquico y a la persona que ejerce el Poder Ejecutivo.

1.3. Sujetos afectados

La discriminación política se ha dirigido especialmente en contra de funcionarios, empleados y trabajadores de ministerios, gobernaciones, alcaldías, institutos autónomos y empresas del Estado, así como empresas estatizadas o expropiadas.

También han sido afectados por los mecanismos de discriminación política las personas a quienes se dirigen los beneficios derivados de los derechos económicos, sociales y culturales.

En general, toda la actividad de intervención y prestacional del Estado ha sido desviada con una finalidad política, especialmente en los casos en que el órgano de ejecución dispone de una facultad discrecional, como por ejemplo en el caso del otorgamiento de contratos con la administración pública.

1.4. Las empresas públicas

El Estado también se encuentra sujeto a los derechos fundamentales, cuando actúa a través de una organización con forma de derecho privado.

La jurisprudencia española ha establecido que, el hecho de tratarse de una relación jurídico laboral especial no sometida a priori a la normativa funcional no significa que no se le deban aplicar ciertas reglas y principios propios del personal al servicio de las Administraciones Públicas, pues en el presente caso la empresa, si bien formalmente persona jurídico-privada, puede equipararse en realidad a un Ente público con capital y fines también

públicos que actúa en el tráfico jurídico utilizando sólo de manera instrumental la veste fundacional.⁷⁰

1.5. Mecanismos de discriminación

Como mecanismos de discriminación política, han sido empleados los siguientes:⁷¹

- Declaraciones de funcionarios de diverso rango en las que se advierten posibles represalias a trabajadores de dependencias oficiales;
- Denuncias a través de medios electrónicos, especialmente cuentas de Facebook y Twitter, en contra de personas que trabajan en diversas instituciones públicas y que, según los responsables de dichas cuentas, serían simpatizantes de la oposición;
- La publicación de listas, con indicación del centro de votación, números de teléfono y nombres de personas que habrían participado en las actividades políticas de oposición;
- La publicación de la lista de firmas consignadas ante el CNE en noviembre de 2003 en la página web del entonces Diputado Luis Tascón.
- La publicación en la página web del Consejo Nacional Electoral, de un formulario denominado “Proceso de validación y exclusión de registros presentados por el partido MUD”, en la cual cualquier persona puede obtener información acerca de quiénes habrían participado en ese proceso electoral;

⁷⁰ ATC 206/1999, de 28 de julio

<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Auto.aspx?cod=18801>

⁷¹ Centro de Derechos Humanos de la UCAB: Casos de discriminación laboral con motivaciones políticas

http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/CDH/Lineastematicas/Casos%20de%20discriminacion%20laboral%20con%20motivaciones%20politicas.pdf

<http://www.notilogia.com/2016/06/conoce-la-nueva-lista-tascon-que-creo-el-cne.html>

Aponte / Gómez: El Régimen político en la Venezuela Actual. Instituto Venezolano de Investigaciones Sociales ILDIS. Caracas, 2009, pág. 11

<http://www.ildis.org.ve/website/administrador/uploads/ModeloPoliticoInstitucionalFinalRevisado260209.pdf>

- Distribución de panfletos amenazantes en el centro de trabajo; volantes pegados en las puertas de las viviendas de trabajadores al servicio del estado y carteles amenazantes a sindicatos;
- La investigación de las cuentas personales en redes sociales, como forma de vigilancia de la tendencia política;
- Las inhabilitaciones políticas por parte de la Contraloría General de la República.

1.6. Contenido de la discriminación política

La discriminación política se ha expresado en advertencias previas de índole política sobre la posibilidad de su desincorporación y el despido injustificado, no sólo de funcionarios de libre nombramiento y remoción, sino también de trabajadores amparados por el decreto de inamovilidad laboral.⁷²

La discriminación también se ha producido en el marco de la concesión de becas y cupos de estudio, contratos con la administración pública, entre otros.

1.7. Marco normativo

En el ámbito nacional, la Constitución protege a toda persona contra cualquier tipo de discriminación en general, y contempla disposiciones específicas sobre la protección contra la discriminación a trabajadores.

⁷² Centro de Derechos Humanos de la UCAB: Casos de discriminación laboral con motivaciones políticas
http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/CDH/Lineastematicas/Casos%20de%20discriminacion%20laboral%20con%20motivaciones%20politicas.pdf

El Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo,⁷³ del cual Venezuela es parte,⁷⁴ protege a toda persona contra la discriminación, la cual es definida como

“cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”⁷⁵

La Ley Orgánica sobre Protección, Condiciones y Medio Ambiente en el Trabajo (LOPCYMAT) obliga a todo empleador a “Abstenerse de realizar toda conducta ofensiva, maliciosa, intimidatoria y de cualquier acto que perjudique psicológica o moralmente a los trabajadores, prevenir toda situación de acoso por medio de la degradación de las condiciones y ambiente de trabajo, violencia física o psicológica, aislamiento, o por no proveer una ocupación razonable al trabajador de acuerdo a sus capacidades y antecedentes, y evitar la aplicación de sanciones no claramente justificadas o desproporcionadas y una sistemática e injustificada crítica contra el trabajador o su labor”⁷⁶.

La Observación General N° 25 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, sobre la participación en los asuntos públicos y el derecho de voto consagra que “las personas con derecho de voto deben ser libres de votar a favor de cualquier candidato (...) y de apoyar al gobierno u oponerse a él,

⁷³ Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. C111 - Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111)

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C111

⁷⁴ Ratificado el 03 junio 1971. En vigor

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102880

⁷⁵ Organización Internacional del Trabajo. Convenio 111 Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958. Artículo 1(a).

⁷⁶ Ley Orgánica sobre Protección, Condiciones y Medio Ambiente en el Trabajo. Artículo 56

sin influencia ni coacción indebida de ningún tipo que pueda desvirtuar o inhibir la libre expresión de la voluntad de los electores. El secreto del voto: “comporta la necesidad de que los votantes estén protegidos contra toda forma de coacción para revelar cómo van a votar o cómo han votado, y contra toda injerencia ilícita en el proceso electoral”⁷⁷

1.8. La estabilidad provisional

La Sala Político Administrativa ha señalado que, quienes ocupen un cargo para el cual no hubieren concursado, carecen del derecho a la estabilidad y, en consecuencia, podrán ser removidos del cargo en cuestión en las mismas condiciones en que el mismo fue obtenido, es decir, sin que exista para la Administración competente la obligación de fundamentar dicha separación en las disposiciones que componen el régimen disciplinario aplicable sólo a los funcionarios de carrera, esto es, a aquellos que ocupan un cargo previo concurso de oposición.⁷⁸

Los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa establecieron la tesis de la estabilidad provisional, según la cual el funcionario que, una vez entrada en vigencia la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, hubiera ingresado a la Administración Pública -mediante designación o nombramiento- a un cargo calificado como de carrera, sin la realización previamente del debido concurso público, gozarían de estabilidad provisional o transitoria en sus cargos, hasta tanto la Administración decida proveer

⁷⁷ Naciones Unidas. Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, 57° período de sesiones (1996) Observación general N° 25 Artículo 25. La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto. HRI/GEN/1/Rev.7 at 194 (1996). Párrafo 19

⁷⁸ SPA-TSJ 28/11/2000 Exp. Nro. 16499

definitivamente dicho cargo mediante el correspondiente concurso público.⁷⁹

Sin embargo, este criterio tendría amplias limitaciones. El mismo no sería aplicable a funcionarios que desempeñen cargos de libre nombramiento y remoción, así como al personal contratado al servicio de la Administración Pública.⁸⁰

1.9. El ingreso por contrato

Inicialmente la Sala de Casación Social,⁸¹ y los tribunales laborales de instancia,⁸² habían reconocido la estabilidad laboral a los funcionarios contratados, en los casos en que se hubiera suscrito un contrato a tiempo indeterminado, o cuando el mismo hubiera sido objeto de sucesivas renovaciones. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Social fue modificada a partir de 2011, y se rechaza incluso el derecho a la estabilidad establecido en la legislación laboral,⁸³ así como la indemnización despido injustificado.⁸⁴

⁷⁹ CSCA 14/08/2008 Exp. N° AP42-R-2007-000731

⁸⁰ Juzg. Sup. C-A. Centro Occidental 02/10/2008 ASUNTO: KP02-N-2007-000335; Juzg. Sup. Civil y C-A Región Central 07/10/2008 Exp. N° QF-8866; CSCA 12/11/2008 Exp. N°: AP42-R-2006-001556; Trib. Sup. 8vo C-A Región Capital 29/01/2009 Exp. 0278/SMP; juzg. Sup. Civil y C-A Edo. Zulia 28/04/2010 Exp. N° 12.671 ; Trib. Sup. 10mo C-A Región Capital 30/04/2009 Exp. N° 1040-08

⁸¹ SCS-TSJ 22/03/2001 RG N° 01-018

SCS-TSJ 12/06/2008 C.L. N° AA60-S-2008-000944

SCS-TSJ 24/03/2009 R.C.L. N° AA60-S-2008-0948

SCS-TSJ 28/04/2009 R.C.L. N° AA60-S-2008-0613

⁸² SCS-TSJ 22/03/2001 RG N° 01-018; SCS-TSJ 12/06/2008 C.L. N° AA60-S-2008-000944; SCS-TSJ 24/03/2009 R.C.L. N° AA60-S-2008-0948; SCS-TSJ 28/04/2009 R.C.L. N° AA60-S-2008-0613

⁸³ SCS-TSJ 31/03/2011 C. L. N° AA60-S-2010-000622

SCS-TSJ 14/03/2012 R.C.L. AA60-S-2010-000522

⁸⁴ Juzg 1ro Ira Inst. Juicio Edo Falcón 29/03/2012 ASUNTO: IP21-L-2010-000194

2. Los derechos políticos de funcionarios, en Alemania

2.1. La actividad política dentro del servicio

En el derecho comparado se establecen estrictos límites para el ejercicio político partidista, especialmente cuando la misma es realizada dentro del servicio. Los funcionarios deben cumplir con el principio de neutralidad política en el desempeño del cargo y abstenerse de incurrir en conductas que resulten idóneas para poner en peligro la confianza de la colectividad en el cumplimiento imparcial de las funciones públicas.⁸⁵ Como principio general, el funcionario debe abstenerse de realizar actividades políticas dentro del servicio.⁸⁶

El portador de un prendedor, que hace ver su rechazo al uso pacífico de la energía atómica, con fines de generación de electricidad, toma posición en una controversia de mucha importancia política y social. Además de la simple difusión de la opinión política, el uso del prendedor tiene el significado de una publicidad en favor de la meta política perseguida. La expresión continua de esa opinión y de la publicidad asociada a ella, sobre todo considerando el tamaño y configuración de colores del prendedor, puede asimilarse en el efecto perseguido, a una charla directa o a la distribución de escritos, como forma de difundir la propia convicción política. Adicionalmente, el uso de prendedores del mismo tipo ofrece intencionalmente la impresión, que la indicada posición política es compartida por muchas personas. El prendedor Anti-Energía-Atómica es por ello un medio de propaganda política y su uso constituye una actividad política destinada a difundir la convicción de su portador.⁸⁷

Expresiones de activismo político o religioso son especialmente idóneas para generar aceptación, pero también rechazo y por ello, a diferencia de la publicidad ordinaria, acarrear el peligro de que se produzcan conflictos, que exceden la simple controversia ideológica. Desde el punto de vista

⁸⁵ Zängl, § 33 párr. 29 BeamtStG

⁸⁶ BVerwG, 16.07.2012 - 2 B 16.12

⁸⁷ BVerwG, 25.01.1990, Exp. BVerwG, 2 C 50.88 párr. 19 (Prendedor Anti-Energía-Atómica)

constitucional no es controversial si tales expresiones se encuentran amparadas por el derecho a la libertad religiosa o a la libertad de expresión. Sin embargo, resulta controvertido, bajo cuáles condiciones el legislador o el reglamentista puede establecer límites, bajo la consideración del derecho de los demás, de no ser expuestos a tales expresiones (libertad religiosa o de expresión, en sentido negativo), con la finalidad de evitar desde un principio un hecho generador de conflictos, que incluso pueden afectar o poner en peligro bienes jurídicos de rango constitucional. El Tribunal Federal Administrativo considera que tales limitaciones son admisibles. La Constitución protege el derecho a rechazar las expresiones religiosas de los demás, especialmente cuando no pueden ser evadidas, en situaciones generadas por el Estado. Incluso en relación con expresiones de contenido político, puede ser necesario establecer un equilibrio entre los intereses en juego, para evitar eventuales conflictos.⁸⁸

En 1989 el parlamento alemán resolvió prohibir el uso de anuncios en taxis, que tuvieran expresiones políticas y de otras capaces de generar controversias, tales como la propaganda religiosa. Ello fue justificado, señalando que los motivos que justifican la exclusión de propaganda política también son válidos cuando se trata de tomar en consideración la sensibilidad religiosa del usuario del servicio de transporte. Adicionalmente, puede señalarse como justificación de tal prohibición, que con ello el conductor no quedaría expuesto a ser vinculado con expresiones que él mismo no ha consentido.⁸⁹

⁸⁸ BVerwG, 28.10.1998, Exp. 3 B 98/98 párr. 3

⁸⁹ BVerwG, 28.10.1998, Exp. 3 B 98/98 párr. 5

2.2. La actividad política fuera del servicio

También fuera del ámbito de los deberes del servicio público, debe el funcionario cumplir la debida consideración y confianza, que son propias del cargo. La protección de la libertad de expresión es garantizada en la medida en que resulte compatible con los deberes derivados del cargo. Para ello, las limitaciones que se impongan al derecho a la libertad de expresión deben ser interpretadas a la luz del derecho fundamental.⁹⁰

En el ámbito de la actuación del funcionario fuera del servicio, la medida de la moderación y discreción depende de, hasta qué punto la actividad política guarda alguna relación con el cargo desempeñado y con las funciones asignadas al mismo. En todo caso, el funcionario debe procurar, incluso fuera del servicio, mantener una clara distinción entre el cargo y la participación en la lucha política. Las limitaciones se establecen especialmente en cuanto al estilo de la actividad política y la elección de las palabras empleadas en las declaraciones políticas.⁹¹

Los funcionarios públicos, incluidos el Fiscal del Ministerio Público, pueden ejercer una actividad política y partidista, ser electos, presentarse públicamente como funcionarios y participar en contiendas electorales, incluso sin importar si comparte o no la posición del gobierno de turno.⁹²

Fuera del servicio el funcionario es en principio, libre de colaborar con un partido que no sea contrario a la Constitución. El ejercicio de la actividad política fuera del servicio no es por sí misma contraria a la neutralidad política en el ejercicio del cargo público. Pero el deber de neutralidad puede re-

⁹⁰ BVerwG, 29.10.1987, Exp. BVerwG, 2 C 73.86, párr. 12

⁹¹ BVerwG, 16.07.2012 - 2 B 16.12

⁹² BVerwG, 29.10.1987, Exp. BVerwG, 2 C 73.86, párr. 14

sultar afectado en caso de que la actividad política produzca efectos a su vez en el ejercicio del cargo o en la posición dentro del servicio.⁹³

El funcionario no puede dar a entender en sus declaraciones como ciudadano, que se trata de una declaración oficial. También constituye una infracción a sus deberes, cuando el funcionario exalta la titularidad de su cargo y hace uso de la confianza y buena imagen del mismo, para imprimir mayor fuerza a sus opiniones en el debate político e imponer eficazmente su posición política. Si las expresiones del funcionario constituyen el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, o si ha excedido sus límites, sólo puede ser determinado bajo la consideración de las circunstancias concretas del caso.⁹⁴

2.3. La capacidad de funcionamiento de la fuerza armada

El principio fundamental de la carrera militar, de servir fielmente a la República, le exige que contribuya dentro y fuera del servicio a preservar la capacidad de funcionamiento de la fuerza armada y abstenerse de cualquier conducta que pueda debilitar el efectivo cumplimiento de las competencias que la Constitución le ha atribuido.⁹⁵ Conforme a la Constitución, la función que corresponde a la fuerza armada está referida a garantizar la seguridad externa de la República en caso de defensa, en coordinación con sus

⁹³ Zängl, § 33 párr. 30 BeamtStG

⁹⁴ BVerwG, 29.10.1987, Exp. BVerwG, 2 C 73.86, párr. 14

⁹⁵ BVerwG, 10.10.1989 (2 WDB 4/89), párr. 53

aliados, así como asegurar su actuación política tanto en tiempos de crisis, como en tiempos de paz.⁹⁶

La neutralidad y la capacidad de funcionamiento de la fuerza armada pueden servir de justificación para la limitación de la libertad sindical en el ámbito militar.⁹⁷

Un miembro de la fuerza armada puede infringir el deber de contribuir a mantener la capacidad de funcionamiento de la fuerza armada, cuando en el ámbito de la cátedra de “historia de la guerra” impartió una imagen unilateral de la historia. Como director de esa actividad, era su responsabilidad informar de forma equilibrada las causas de la segunda guerra mundial.⁹⁸

3. El principio de objetividad en España

El artículo 103 CE dispone que, la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales. La objetividad constituye un criterio elemental de la actividad administrativa, que impone a los funcionarios una conducta políticamente neutral.⁹⁹ Por ello se establece un sistema de incompatibilidades, que impiden cualquier confusión entre los intereses generales y la ideología política del funcionario.¹⁰⁰ Si se quiere que la Administración desempeñe eficazmente sus tareas no queda más remedio que sustraerla a las continuas injerencias políticas. Por esta razón, y puesto que los funcionarios deben servir a la Administración y no al Gobierno, debe ser garantizada su inamovilidad en el servicio.¹⁰¹

⁹⁶ BVerwG, 24.10.1996, Exp. 2 WD 22.96 párr. 52

⁹⁷ BVerfG 10.03.2014, Exp. 1 BvR 377/13 párr. 22

⁹⁸ BVerwG, 24.10.1996, Exp. 2 WD 22.96 párr. 77

⁹⁹ Jalvo, El Régimen disciplinario de los funcionarios públicos, pág. 46

¹⁰⁰ Jalvo, El Régimen disciplinario de los funcionarios públicos, pág. 47

¹⁰¹ Jalvo, El Régimen disciplinario de los funcionarios públicos, pág. 33

4. Derechos del funcionario en Venezuela

4.1. Antecedentes históricos

La Constitución Federal de 1811 otorgaba al Poder Ejecutivo la facultad elegir y nombrar los sujetos que han de servir las Secretarías que el Poder Legislativo haya creído necesarias para el despacho de todos los ramos del Gobierno federal (artículo 98). También se atribuía al Poder Ejecutivo la facultad de removerlos también de sus destinos cuando lo juzgase conveniente; pero distinguía los casos de remoción por faltas o crímenes indecorosos, de los casos de ineptitud, incapacidad u otros defectos compatibles con la inocencia e integridad, en cuyo caso debía entonces recomendar al Congreso el mérito anterior de estos Empleados, para que fueran recompensados e indemnizados competentemente en otros destinos, con utilidad de la Nación (artículo 99).

La Constitución de 1811 garantizaba en su artículo 147, el derecho de todos los ciudadanos de acceder “indistintamente a los empleos públicos, del modo, en las formas y con las condiciones prescriptas por la ley, no siendo aquéllos la propiedad exclusiva de alguna clase de hombres en particular; y ningún hombre, corporación o asociación de hombres, tendrá otro título para obtener ventajas y consideraciones particulares, distintas de las de los otros en la opción a los empleos que forman una carrera pública: sino el que proviene de los servicios hechos al Estado.” La norma recoge el principio de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1797, según el cual: Todos los ciudadanos tienen igual derecho para obtener los

empleos públicos: los pueblos libres no conocen otros motivos de preferencia en sus elecciones, que la virtud y el talento.¹⁰²

La amplia facultad del Ejecutivo Nacional se mantuvo en las Constituciones venezolanas como expresión del sistema presidencialista, en las cuales se atribuyó al Ejecutivo Nacional el nombramiento y remoción de los empleados públicos. Señalaba *Wolf*, que con frecuencia, un nuevo Presidente cambiaba a casi la totalidad de los empleados.¹⁰³ En su criterio, la prerrogativa del Presidente de la República de nombrar y remover libremente a los empleados contribuye a que las filas burocráticas se mantengan estrechamente unidas y adictas a su permanencia en el poder.¹⁰⁴ Durante las varias dictaduras de Venezuela los cargos públicos se han distribuido como favores sin considerar la capacidad del beneficiario.¹⁰⁵ Por otra parte, la circunstancia que un funcionario no tenga derecho a un período determinado y pueda quitarse sin explicación es, como advertía *Wolf*, un obstáculo a la independencia de los funcionarios y hará que ellos no se atrevan a criticar las irregularidades que observen en la administración.¹⁰⁶ Tales consideraciones son completamente actuales.

Ya en 1945 se reconocía con mayor fuerza, la importancia de la composición del personal de la administración para el buen funcionamiento de un Estado democrático.¹⁰⁷ La Constitución de 1947 establecería, en su artículo 90, la existencia de un estatuto que rija sus relaciones con los funcionarios

¹⁰² Grases, *Derechos del Hombre y del Ciudadano*, pág. 174

¹⁰³ *Wolf*, *Tratado de Derecho Constitucional Venezolano*, Tomo II, pág. 392

¹⁰⁴ *Wolf*, *Tratado de Derecho Constitucional Venezolano*, Tomo II, pág. 392

¹⁰⁵ *Wolf*, *Tratado de Derecho Constitucional Venezolano*, Tomo II, pág. 394

¹⁰⁶ *Wolf*, *Tratado de Derecho Constitucional Venezolano*, Tomo II, pág. 396

¹⁰⁷ *Wolf*, *Tratado de Derecho Constitucional Venezolano*, Tomo II, pág. 396

y empleados públicos, en el cual se establecerían las normas de ingreso a la administración y las de ascenso, traslado, suspensión y retiro. Los empleados públicos debían estar al servicio de la Nación y no de parcialidad política alguna. Esta disposición reaparecería en la Constitución de 1961 y sería reeditada en la Constitución de 1999.

4.2. La protección jurídica del funcionario

Bajo la vigencia de la Constitución de 1961 se consideraba que el Constituyente había establecido el principio del estatuto general, contentivo de un conjunto de normas que debían regular el ingreso, ascenso, suspensión, traslado y retiro de todos los funcionarios públicos.¹⁰⁸ En base a las normas de la Ley de Carrera administrativa, se señalaba que nuestro ordenamiento jurídico había utilizado la “tesis estatutaria”, la cual definía la naturaleza jurídica de la relación de empleo público.¹⁰⁹

Especialmente la jurisprudencia del Tribunal de la Carrera Administrativa y de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo estableció un elevado nivel de protección a los derechos del funcionario público. Con ello se construyó una Administración Pública con cierto nivel de independencia frente a los cambios políticos de los funcionarios del Gobierno, de elección popular.

Sin embargo, con posterioridad a la Constitución de 1999 se llevó a cabo un progresivo debilitamiento de la autonomía e independencia de los jueces,

¹⁰⁸ Quintana, La Carrera Administrativa, pág. 18

¹⁰⁹ Quintana, La Carrera Administrativa, pág. 19

hasta su total adhesión política al Gobierno. A partir de allí se revirtieron los criterios que habían sido establecidos por la jurisprudencia anterior. Es posible afirmar que el funcionario público tiene en la actualidad una protección menor que la reconocida al empleado de una relación laboral, especialmente desde el punto de vista de su estabilidad.

4.2.1. *El Ingreso por Contrato*

Uno de los aspectos característicos del actual régimen del funcionario público es la creación *de facto* de un nuevo régimen jurídico, el de los funcionarios contratados, que sin embargo ejercen funciones públicas, en contravención con lo dispuesto en el art. 37 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, el cual establece el principio de la reserva funcional: Se prohibirá la contratación de personal para realizar funciones correspondientes a los cargos previstos en la presente Ley.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, anterior a la Constitución de 1999, el juez tenía la potestad de establecer la existencia de una verdadera relación de función pública, frente a una relación aparentemente nacida de contrato. Los requisitos que deben darse para considerar como relación de empleo público a ciertas relaciones contractuales en su origen, son 1) que las funciones asignadas correspondan a un funcionario de carrera,¹¹⁰ o por la identidad de la denominación del cargo con las de los cargos nominados en el Manual Descriptivo;¹¹¹ 2) que se trate de funciones de carácter permanente¹¹² y, 3) que el

¹¹⁰ TCA 21/05/1975, en Quintana, La Carrera Administrativa, pág. 143

¹¹¹ TCA 02/06/78 Ponente: Hildegard Rondón de Sansó. Fuente: Quintana, La Carrera Administrativa, pág. 149

¹¹² Quintana, La Carrera Administrativa, pág. 43

régimen laboral (salario, horario, beneficios y otros) corresponda al establecido para los funcionarios que han ingresado mediante nombramiento.¹¹³ A ésta enumeración debe agregarse la característica 4) de su configuración unilateral por el Estado y no como producto de un acuerdo de voluntades.

En criterio de la antigua Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, se estaba en presencia de una relación contractual, cuando los trabajos eran realizados a tiempo convencional, de acuerdo con las necesidades de la labor, con una retribución con base en criterios distintos a los adoptados para los funcionarios públicos, como en el caso de la cancelación de honorarios profesionales.¹¹⁴

De acuerdo con la jurisprudencia reiterada de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo con anterioridad a la Constitución de 1999, no era suficiente la sola existencia de un contrato entre el particular y la Administración, para excluir la aplicación de la ley que rige las relaciones entre los funcionarios públicos y el ente público.¹¹⁵ Tal criterio se ha mantenido, pero sólo con respecto a aquellos contratados que ingresaron con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1999.¹¹⁶

Algunos Juzgados laborales consideraron acertadamente, que la celebración de contratos por parte de la Administración Pública, cuyo objeto está expresamente prohibido en la ley constituiría una actuación susceptible de ser

¹¹³ CPCA 14/08/1992 en Revista de Derecho Público N° 51, pág. 242

¹¹⁴ CPCA 14/08/1992 en Revista de Derecho Público N° 51, pág. 242

¹¹⁵ CPCA 14/08/1992 en Revista de Derecho Público N° 51, pág. 242. Véase, con abundantes referencias doctrinales y de jurisprudencia, Theis, Situación jurídica de los contratados al servicio de la administración pública, pág. 491

¹¹⁶ CPCA 12/02/2007 EXP. N° AB41-R-2003-000121

controlada por el Juez Contencioso Administrativo Funcionarioal.¹¹⁷ Sin embargo, se ha impuesto la tesis, según la cual, son los juzgados laborales los competentes para el conocimiento de los eventuales reclamos judiciales que deriven de su condición de contratados con la Administración Pública.¹¹⁸ Tal es el criterio de la Sala de Casación Social;¹¹⁹ del Tribunal Supremo de Justicia en Pleno;¹²⁰ de los juzgados laborales;¹²¹ y de la Sala Político Administrativa.¹²²

4.2.2. *Funcionarios sometidos al régimen laboral*

De acuerdo con el artículo 38 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, el régimen aplicable al personal contratado es aquél previsto en el respectivo contrato y en la legislación laboral.

Inicialmente la Sala de Casación Social,¹²³ y los tribunales laborales de instancia,¹²⁴ habían reconocido la estabilidad laboral a los funcionarios contratados, en los casos en que se hubiera suscrito un contrato a tiempo indeterminado, o cuando el mismo hubiera sido objeto de sucesivas renovaciones. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Social fue modificada a partir de 2011, y se rechaza incluso el derecho a la estabilidad estable-

¹¹⁷ Juzg 2do 1ra Inst. Sust., Media. y Ejec. del Edo Delta Amacuro 08/01/2009 Exp: 0334-08

¹¹⁸ SCON-TSJ 29/03/2012 Exp. N° 11-1211

¹¹⁹ SCS-TSJ 04/04/2002 RH N° AA60- S-2002-000099

¹²⁰ TSJ-PLENO 04/07/2007 Expediente N° AA10-L-2006-000389

¹²¹ Juzg. 3ro Trab. Caracas 17/07/2008 AP21-L-2008-000056; Juzg. 11° 1ra . Inst . Juicio Trabajo Caracas 16/03/2007 EXPEDIENTE N° AH24-L-2001-000058

¹²² SPA-TSJ 01/04/2008 Exp. N° 2008-0171; SPA-TSJ 23/09/2008 Exp. N° 2008-0563

¹²³ SCS-TSJ 22/03/2001 RG N° 01-018

SCS-TSJ 12/06/2008 C.L. N° AA60-S-2008-000944

SCS-TSJ 24/03/2009 R.C.L. N° AA60-S-2008-0948

SCS-TSJ 28/04/2009 R.C.L. N° AA60-S-2008-0613

¹²⁴ SCS-TSJ 22/03/2001 RG N° 01-018; SCS-TSJ 12/06/2008 C.L. N° AA60-S-2008-000944; SCS-TSJ 24/03/2009 R.C.L. N° AA60-S-2008-0948; SCS-TSJ 28/04/2009 R.C.L. N° AA60-S-2008-0613

cido en la legislación laboral,¹²⁵ así como la indemnización despido injustificado.¹²⁶

4.2.3. *La Estabilidad Provisional*

La Sala Político Administrativa ha señalado que, quienes ocupen un cargo para el cual no hubieren concursado, carecen del derecho a la estabilidad y, en consecuencia, podrán ser removidos del cargo en cuestión en las mismas condiciones en que el mismo fue obtenido, es decir, sin que exista para la Administración competente la obligación de fundamentar dicha separación en las disposiciones que componen el régimen disciplinario aplicable sólo a los funcionarios de carrera, esto es, a aquellos que ocupan un cargo previo concurso de oposición.¹²⁷

Los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa establecieron la tesis de la estabilidad provisional, según la cual el funcionario que, una vez entrada en vigencia la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, hubiera ingresado a la Administración Pública -mediante designación o nombramiento- a un cargo calificado como de carrera, sin la realización previamente del debido concurso público, gozarían de estabilidad provisional o transitoria en sus cargos, hasta tanto la Administración decida proveer definitivamente dicho cargo mediante el correspondiente concurso público.¹²⁸

¹²⁵ SCS-TSJ 31/03/2011 C. L. N° AA60-S-2010-000622

SCS-TSJ 14/03/2012 R.C.L. AA60-S-2010-000522

¹²⁶ Juzg 1ro Ira Inst. Juicio Edo Falcón 29/03/2012 ASUNTO: IP21-L-2010-000194

¹²⁷ SPA-TSJ 28/11/2000 Exp. Nro. 16499

¹²⁸ CSCA 14/08/2008 Exp. N° AP42-R-2007-000731

Sin embargo, este criterio tendría amplias limitaciones. El mismo no sería aplicable a funcionarios que desempeñen cargos de libre nombramiento y remoción, así como al personal contratado al servicio de la Administración Pública.¹²⁹

4.2.4. *Libre nombramiento y remoción*

Otro de los mecanismos que impiden al funcionario obtener protección jurídica es el régimen de libre nombramiento y remoción. Los funcionarios calificados como tales no tienen el derecho a la estabilidad en el cargo, ni se reconoce el derecho de acceso en igualdad de condiciones, en razón de que no es requerido el procedimiento de concurso para el ingreso. Las condiciones para la calificación del funcionario se encuentran establecidas de forma amplia, especialmente en el caso de los funcionarios de confianza y además son objeto de interpretación extensiva y analógica.

La Sala Constitucional ha reconocido que la libre remoción apareja no sólo inseguridad para los funcionarios debido a la inestabilidad, sino inconvenientes para la Administración, que sufre las consecuencias de una alta rotación de su personal, que con demasiada frecuencia no llega a familiarizarse con sus obligaciones durante los a veces muy breves períodos en el cargo para los cuales han sido designados.¹³⁰

¹²⁹ Juzg. Sup. C-A. Centro Occidental 02/10/2008 ASUNTO: KP02-N-2007-000335; Juzg. Sup. Civil y C-A Región Central 07/10/2008 Exp. N° QF-8866; CSCA 12/11/2008 Exp. N°: AP42-R-2006-001556; Trib. Sup. 8vo C-A Región Capital 29/01/2009 Exp. 0278/SMP; juzg. Sup. Civil y C-A Edo. Zulia 28/04/2010 Exp. N° 12.671 ; Trib. Sup. 10mo C-A Región Capital 30/04/2009 Exp. N° 1040-08

¹³⁰ SCON-TSJ 10/07/2007 Exp.- 04-2469

4.3. La discrecionalidad de la Administración

Como se observa del anterior desarrollo, el funcionario público en Venezuela se encuentra expuesto frente a un ejercicio ilimitado de la discrecionalidad de la Administración. Tal libertad de actuación permite en la práctica la desviación de la finalidad de la norma, para imponer un esquema que exige al funcionario una absoluta fidelidad al jerarca y el desarrollo de prácticas discriminatorias.

Por tal motivo, se recomienda la regulación de mecanismos de control de la discrecionalidad de la Administración.

4.4. Mecanismos de control de la discrecionalidad

El art. 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos contiene una definición de la discrecionalidad administrativa. Se trata de la situación creada por una disposición legal o reglamentaria, que hubiera dejado una medida o providencia a juicio de la autoridad competente. La mencionada disposición también establece los límites del ejercicio de la discrecionalidad y los parámetros para su control.¹³¹ En efecto, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia. Sin embargo, esta disposición que data de 1981, ha servido de poco para garantizar un control judicial efectivo de la actividad administrativa.

¹³¹ SPA-TSJ 05/03/2002 Exp. N° 16584; SPA-TSJ 09/11/2005 Exp. N° 2004-0036; SPA-TSJ 12/08/2004 EXP. N° 2003-0944; SPA-TSJ 20/04/2006 Exp. N° 2003-1118

En la doctrina se alude a los mecanismos de control de los actos discrecionales, los cuales pueden ser declarados nulos por incompetencia del órgano; vicios de forma; inexistencia de los motivos alegados o desviación de poder.¹³² Los principios de racionalidad y proporcionalidad, establecidos en el art. 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos abren el camino al control judicial de los actos discrecionales,¹³³ así como la adecuación a la situación de hecho, la finalidad, la formalidad y la igualdad.¹³⁴

4.4.1. *La motivación de los actos discrecionales*

A partir de la sentencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia en el caso “Depositaria Judicial” se debería considerar superado el criterio que exige a los actos dictados en base a una facultad discrecional de la administración, de expresar los motivos del acto. En tal oportunidad se sostuvo que en el acto discrecional debe imponerse la obligatoriedad de motivar, para impedir que la Administración proceda arbitrariamente. Tal obligación no implica una limitación de la discrecionalidad, sino que sólo exige que el funcionario exprese cuáles fueron sus razones, nunca falsas ni caprichosas, ni colindantes con la arbitrariedad.¹³⁵ Más recientemente, la Sala Constitucional ha afirmado que incluso los actos dictados en ejercicio de una facultad discrecional deben ser motivados, es decir, deben hacer referencia a los hechos y a los fundamentos legales del ac-

¹³² Lares, Manual de Derecho Administrativo, pág. 186. En cuanto a la desviación de poder, Moles, El principio de legalidad y sus implicaciones, pág. 334; Araujo-Juárez, Derecho administrativo, pág. 119; en detalle, pp. 679 y sig.

¹³³ Rondón, El procedimiento administrativo y sus actuales tendencias legislativas, pág. 68; en detalle, Rondón, Teoría general de la actividad administrativa, pág. 52 y sig.

¹³⁴ Brewer-Carías, El derecho administrativo y la ley orgánica de procedimientos administrativos, pág. 48

¹³⁵ CSJ-SPA 02/11/1982 Caso: Depositaria Judicial. Fuente: Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa (1961-1996), pág.583; Tal criterio fue reiterado luego en la sentencia CSJ-SPA del 16/05/1983 Caso: Horacio Morales Longart Fuente: Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa (1961-1996), pág.602

to, tal como lo dispone el artículo 9 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.¹³⁶

Sin embargo, el deber de motivación no se considera exigible en los actos dictados en una relación de función pública. Tal es el caso, por ejemplo de los jueces y fiscales provisorios. En tales casos, no se considera imperioso iniciar un procedimiento administrativo, ni motivar razones específicas.¹³⁷

4.4.2. *Densidad y claridad de la motivación*

La Sala Político Administrativa ha sostenido reiteradamente que “...una resolución puede considerarse motivada cuando ha sido expedida con base en hechos, datos o cifras concretas y cuando estos consten efectivamente y de manera explícita en el expediente... la motivación del acto puede ser anterior o concomitante y puede estar en el contenido de la norma cuya aplicación se trata si su supuesto es unívoco o simple, es decir, si no llegare a prestarles dudas por parte del interesado”.¹³⁸

La inmotivación como vicio de forma de los actos administrativos, consiste en la ausencia absoluta de motivación; mas no aquella que contenga los elementos principales del asunto debatido y su principal fundamentación legal, lo cual garantiza al interesado el conocimiento del juicio que sirvió de fundamento para la decisión.¹³⁹

¹³⁶ SCON-TSJ 06/05/2004 Exp. n° 02-1657; SPA-TSJ 22/04/2004 Exp. N° 1980-2857

¹³⁷ SCON-TSJ 10/07/2007 Exp.- 06-1055; SCON-TSJ 21/05/2009 EXP. N° 2006-1033; SPA-TSJ 03/05/2012 EXP. N° 2006-1100

¹³⁸ Sentencia de fecha 12 de julio de 1983; criterio reiterado en SPA-TSJ 20/09/2001 EXP N° 14111

¹³⁹ SPA-TSJ 18/11/2002 Exp. Nro. 2002-0289

4.4.3. *Cumplimiento de la finalidad*

La insuficiente motivación de los actos administrativos, sólo da lugar a su nulidad cuando no permite a los interesados conocer los fundamentos legales y los supuestos de hecho que constituyeron los motivos en que se apoyó el órgano administrativo para dictar la decisión, pero no cuando, a pesar de su sucinta motivación, permite conocer la fuente legal, las razones y los hechos apreciados por la Administración.¹⁴⁰

La notificación del inicio del procedimiento administrativo pretende garantizar los derechos de las partes, fundamentalmente de alegar y presentar pruebas. La omisión de tal formalidad ciertamente determina la nulidad del acto definitivo, cuando tal omisión ocurrida en el procedimiento hubiere causado una grave indefensión que el interesado no pudo superar. En este sentido, si tal formalidad no se cumplió, pero sin embargo el interesado pudo alegar con respecto de los hechos que se le imputan y actuar en el procedimiento, la finalidad perseguida con dicha formalidad, de todos modos, se logró, y la irregularidad procedimental en que se incurrió, en nada perjudica el derecho a la defensa del administrado. Por tanto en estos supuestos, no procede declarar la nulidad del acto definitivo, por privar el fin cumplido sobre el vicio del procedimiento.¹⁴¹

4.4.4. *La desviación de poder*

El vicio de desviación de poder ha sido definido como, la utilización por el órgano administrativo de las potestades que le han sido atribuidos legal-

¹⁴⁰ SPA-TSJ 18/09/2002 Exp. N° 16312

¹⁴¹ SPA-TSJ 28/05/2002 Exp. N° 15000

mente para fines distintos de los previstos por el ordenamiento jurídico, amparándose la Administración para actuar así, precisamente, en un mal uso o en un abuso del margen de libertad o discrecionalidad que permite la norma, sin que ello trascienda a la apariencia externa del acto, el cual aparentemente luce adecuado a derecho, correcto, pero que, en realidad se encuentra viciado en su componente valorativo o volitivo.¹⁴²

La utilidad práctica de la figura de la desviación de poder se encuentra vinculada a la dificultad de demostrar cuál había sido la verdadera finalidad oculta del órgano administrativo.¹⁴³ Por ello, la jurisprudencia inicial venezolana hizo uso de presunciones,¹⁴⁴ derivadas de indicios externos que permitieran afirmar que la verdadera intención del órgano era distinta a la prevista por el legislador. Se consideraba suficiente que hubieran sido aportados los datos fácticos capaces de crear la convicción razonable de que el órgano administrativo en ejercicio de facultades discrecionales, se apartó del cauce jurídico que estaba obligado a seguir.¹⁴⁵ La prueba del fin velado u oculto, si bien improbable mediante medios de prueba contundentes, no obstante, sería suficiente a través de índices o elementos que hagan suponer, con fundados motivos, su ocurrencia en un caso concreto.¹⁴⁶

Sin embargo, el actual criterio dominante en la jurisprudencia exige la necesidad de una investigación profunda basada en hechos concretos, revela-

¹⁴² CPCA 30/04/2003 N° EXP. 01-25217

¹⁴³ En el derecho francés ha sido reconocido que el principal problema en la determinación del vicio de desviación de poder, reside en la prueba de que la intención del funcionario era contraria a la finalidad de la ley. Ello ha llevado al Conseil d'Etat a establecer facilidades de prueba para el demandante, por lo que sería suficiente que de las pruebas disponibles derive un „nudo de indicios“. Grote, Ermessenslehre und Ermessenspraxis in Frankreich, NVwZ 1986, 272

¹⁴⁴ CPCA 30/04/2003 N° EXP. 01-25217; CPCA 19/06/2003 Exp. N° 02-2532

¹⁴⁵ SPA-CSJ 06/03/1995

¹⁴⁶ SPA-TSJ 27/06/2000 Exp. Nro. 14.931

dores de las verdaderas intenciones que dieron lugar al acto administrativo dictado por el funcionario competente. De manera, que no basta la simple manifestación hecha por la recurrente sobre la supuesta desviación de poder.¹⁴⁷ La desviación de la finalidad perseguida requiere por ende, de las pruebas de las divergencias que se imputen a la acción administrativa, y por consiguiente, no bastan apreciaciones subjetivas y suspicaces de quien invoque la desviación si no se presentan hechos concretos que conduzcan a su plena comprobación.¹⁴⁸

4.4.5. *El principio de proporcionalidad*

La aplicación del principio de proporcionalidad está referida en Venezuela, especialmente al aspecto cuantitativo. La proporcionalidad se vincula con la relación causa-efecto de naturaleza cuantitativa, por cuanto a través de ella podrá valorarse si la medida adoptada guardaba relación numérica de volumen con la situación planteada.¹⁴⁹ Por su parte, el control cualitativo estaría referido al principio de adecuación, establecido en el art. 12 LOPA.¹⁵⁰ En la práctica judicial, sin embargo, sólo ha sido desarrollado el principio de proporcionalidad, en términos equivalentes a la proporcionalidad de la sanción en el derecho penal. No encontramos un desarrollo jurisprudencial que permita ponderar principios o valores constitucionales. Esto explica que en el derecho administrativo venezolano, la importancia de los dere-

¹⁴⁷ SPA-TSJ 12/07/2001 Exp. 13634; SPA-TSJ 10/10/2001 Exp. 0251; SPA-TSJ 27/11/2001 Exp. N° 0252; SPA-TSJ 12/12/2001 Exp. 13321; SPA-TSJ 14/08/2002 EXP. 15613; CSCA 26/01/2012 AP42-G-2011-000049; SPA-TSJ 25/09/2012 Exp. N° 2010-0087;

¹⁴⁸ SPA-TSJ 29/01/2002 Exp.N°: 13787

¹⁴⁹ Rondón, El procedimiento administrativo y sus actuales tendencias legislativas, pág. 68; en detalle, Rondón, Teoría general de la actividad administrativa, pág. 52 y sig. También en este sentido, Peña, La potestad sancionatoria de la administración pública venezolana, pág. 186

¹⁵⁰ Rondón, El procedimiento administrativo y sus actuales tendencias legislativas, pág. 68

chos fundamentales no ha constituido un elemento relevante para el control de la actuación de la administración pública.

La Sala Constitucional ha sostenido que, la actividad del Poder Público, se encuentra sometida al concepto de razonabilidad, cuya manifestación comprende la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad propiamente dicha, de acuerdo a los cuales la eventual actuación de un órgano o ente del Estado, debe resultar apta para los fines perseguidos, requerida ante la inexistencia de una medida igualmente adecuada y finalmente, que presente de igual manera la idoneidad correspondiente, pues de lo contrario se plantearía una medida injustificada.¹⁵¹

Según la Sala Constitucional, a fin de evitar que la actuación sea desproporcionada por insuficiente o por exceso, se toma en consideración la necesidad de la actuación, su idoneidad y su racionalidad. En primer lugar, la actuación debe ser necesaria, es decir, debe haber una exigencia frente a la cual el Estado debe actuar para satisfacerla. En segundo lugar, se encuentra el sub principio de idoneidad, según el cual, la actuación a desplegar debe ser apta para los fines que se buscan. Es decir, deben adoptarse medidas pertinentes y oportunas. Luego, el principio de proporcionalidad se complementa con la exigencia de racionalidad, la cual, conduce a que se pondere si lo que se va a hacer es suficientemente significativo o si por el contrario, no se ajusta a las exigencias planteadas. Por tanto, supone hacer un balance entre los medios y los fines.¹⁵²

¹⁵¹ SCON-TSJ 09/05/2006 EXP. N° 03-0839 CERVECERÍAS POLAR LOS CORTIJOS C.A.

¹⁵² SCON-TSJ 16/10/2013 Exp. N° 12-0986

4.5. Derechos de funcionarios favorables a la ideología del Gobierno

Ejercicio: Le vamos a entrar a batazos

El Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) en pleno se pronunció acerca de la denuncia formulada contra el entonces presidente de la república por la expresión “Le vamos a entrar a batazos”, en supuesta alusión a unas organizaciones denominadas Batallones Socialistas. La expresión fue emitida en el marco de la campaña electoral en favor de la propuesta de reforma constitucional¹⁵³

Con respecto a la expresión “le vamos a entrar a batazos”, el Tribunal Supremo en Pleno estimó, que los señalamientos efectuados no pueden considerarse per se constitutivos de delito; pues, dichas menciones se entienden - en principio- conformes con el derecho a la libertad de expresión, derecho fundamental este que ostenta el Presidente de la República al igual que todos los ciudadanos.

De allí que, las valoraciones y opiniones subjetivas sobre determinados acontecimientos no pueden encuadrarse en hechos constitutivos de delito; a menos que la conducta atribuida impacte de tal modo que socialmente comporte la afectación de bienes jurídicos protegidos por el orden jurídico, y coloque en riesgo la estabilidad del sistema democrático; sólo así podría ser calificada ulteriormente como constitutiva de delito.

Los derechos garantizados por el artículo 57 de la Constitución son expresión de la libertad individual como componente del sistema político democrático, en el sentido de propender a la formación y existencia de una opinión pública libre; garantía que reviste una especial trascendencia, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento del sistema democrático en una sociedad libre.

¹⁵³ PLENO-TSJ 14/01/2010 Exp: AA10-L-2007-000214

La libertad de expresión de ideas y de pensamiento comprende la libertad de crítica, aun cuando la misma se tilde de brusca y pueda molestar, inquietar o disgustar a quienes se dirige, pues en ello consiste el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, concepciones propias de la sociedad democrática.

Consideró la Sala Plena que debía salvaguardar el ejercicio de la función pública y así evitar, en lo posible, limitaciones o alteraciones indebidas de estos valores durante el desempeño de los funcionarios o funcionarias públicos.

Con respecto a la expresión “le vamos a entrar a batazos”, el Tribunal coincidió con la interpretación del contenido de lo expresado que había sostenido el Ministerio Público. Señaló que, el término “Bata.so”, estaría sin lugar a duda referido a los “Batallones Socialistas” (grupos que se encargarían de dar difusión y discusión de la propuesta de reforma constitucional en el contexto de la campaña electoral por el “SI”, liderizada por Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, ciudadano Hugo Rafael Chávez Frías), pero nunca podría estar referido al golpe contundente dado con un bate (Batazo), como imprecisamente lo aludió el denunciante en su escrito.

Esquema del ejercicio: Le vamos a entrar a batazos

La expresión “le vamos a entrar a batazos” es el ejercicio de una actividad política atribuible a la vida privada del funcionario, por lo que podría encontrarse protegida por el derecho a la libertad de expresión, siempre que no esté expresamente prohibida por una ley. Tal actuación, debe ser objeto de análisis con base en el esquema de limitación de la libertad de expresión de los funcionarios públicos.

A los efectos de nuestro estudio es suficiente con determinar si tal expresión infringe el deber de moderación del funcionario. Si bien se trata de una expresión que puede tener más de un sentido unívoco, el significado textual de las palabras, tal como puede ser percibido por un observador imparcial, tiene un contenido abiertamente violento. Ni el sentido deportivo ni el sentido de la organización política aparecen en primer lugar, sino solo luego de una aclaratoria.

Si bien es legítimo que el funcionario realice una actividad de proselitismo político en su vida privada,

La discriminación política de los servidores del Estado

siempre que no haga uso de las ventajas del cargo ni deje lugar a dudas de que no se trata de una declaración oficial, sin embargo, el contenido violento de la declaración afecta la imagen de la institución a que pertenece el funcionario, e infringe su deber de moderación.

Ejercicio 26: Patria, socialismo o muerte

La Sala Constitucional se pronunció acerca de una acción de amparo interpuesta en contra del ministro de la defensa por obligar a 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”¹⁵⁴

Con respecto a los mensajes institucionales expresiones tales como “patria, socialismo o muerte”, “Chávez vive”, “la lucha sigue”, “hasta la victoria siempre”, la Sala Constitucional señaló que, el saludo militar indica una muestra simbólica, profesional e institucional, de respeto, disciplina, obediencia y subordinación ante la superioridad jerárquica y a la comandancia en jefe a la cual responde, y, al mismo tiempo, representa una expresión, gestual u oral, del sentimiento patriótico que involucra.

Señaló la Sala, que, los mencionados mensajes institucionales no tienen un fin de propaganda o de proselitismo político. Además, la participación de los integrantes de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana en actos con fines políticos no constituye un menoscabo a su profesionalidad. El militar en situación de actividad no está excluido del derecho que tiene todo ciudadano, de participar libremente en los asuntos políticos y en la formación, ejecución y control de la gestión pública, máxime cuando su participación se encuentra debidamente autorizada por la superioridad orgánica de la institución que de ellos se apresta.

¹⁵⁴ SCON-TSJ 11/06/2014 Exp. 14-0313

Esquema del ejercicio: Patria, socialismo o muerte

Los mensajes institucionales como “patria, socialismo o muerte” no evidencian elementos personales, sino precisamente institucionales, por lo que no se encuentran protegidos por el derecho a la libertad de expresión, sino que, como toda competencia del Estado, requieren de una justificación válida y proporcional.

Los mensajes señalados son consignas propias de una ideología política con las que se identifican los partidos políticos del Gobierno Nacional. Se trata de una actuación contraria al principio de neutralidad política de la Administración Pública y especialmente de la Fuerza Armada Nacional.

4.6. Derechos de funcionarios que ejercen una postura crítica

4.6.1. *Mensajes políticos en la institución*

La Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo se pronunció acerca de una sanción de destitución impuesta a funcionarios que ejercían los cargos de Contador Jefe Coordinador, Asistente Administrativo Jefe y Asistentes Administrativo V, en la Dirección General de los Servicios de Inteligencia y Prevención (DISIP), por el envío de un correo electrónico:

El ciudadano Richard J., envió un correo electrónico, el cual contiene un archivo adjunto relativo a “...presentación convocando a la marcha de la oposición para el 10OCT2002 (sic)...”, en el cual se señaló lo siguiente: “...ESTE NO ES EL FARO DE UNA AMBULANCIA, TAMPOCO DE LA POLICIA, Es tu bandera, que te esta llamando de emergencia. Porque si quieres que se acabe esta pesadilla pronto...Entonces TODOS tenemos que hacer algo POR VENEZUELA. APOYA La toma de Caracas. 10 de octubre de 2002. Envíale este mensaje a todo el que conozca. El paro tiene que ser un éxito para salir del dictadorzuelo y sus cómplices. Venezuela Primero...”. De la misma manera, se constata que tanto la ciudadana Estrella R. como el ciudadano José T. reenviaron dicho correo electrónico a distintos funcionarios del Órgano recurrido.¹⁵⁵

Observó la Corte Primera que no era aplicable la causal de amonestación escrita, referida a la realización de campaña política y a obtener dinero u otros bienes para ese fin, sino la prohibición absoluta de realizar propagan-

¹⁵⁵ CPCA 30/11/2007 EXP. N° AP42-R-2003-003433

da, coacción pública u ostentar distintivos que los acrediten como miembros de un partido político, “en el ejercicio de sus funciones”.

Estimó la Corte, que los recurrentes habrían actuado dentro del ejercicio de sus funciones, cuando enviaron un correo electrónico a distintos funcionarios de la DISIP, en el cual se evidencia la realización de una propaganda de tipo político, acreditándose como miembros de un determinado sector. Por ello, los funcionarios se encontraban incurso en la causal de destitución de falta de probidad y acto lesivo al buen nombre o a los intereses del órgano o ente de la Administración.

4.6.2. *El firmazo*

En otro grupo de casos, la Sala Político Administrativa se pronunció acerca de la participación de funcionarios, especialmente en el caso de oficiales de la Fuerza Armada, en el llamado “firmazo”, colocando su firma para la solemnidad de un referendo revocatorio en contra del presidente de la república.

El recurrente declaró que „me encontraba en la iglesia La Sagrada Familia en La Tahona un día domingo como a la una de la tarde, cuando en el estacionamiento de la iglesia un ciudadano portando listas en la mano nos abordó a mi esposa y a mi y otras personas, solicitando nuestras firmas para solicitar ante el Consejo Nacional Electoral un referéndum consultivo, mi esposa y otras personas comenzaron a estampar sus firmas mientras yo esperaba y pensé que siendo un acto de expresión similar a la del voto al cual estoy autorizado a cumplir constitucionalmente, procedí a firmar la planilla expresando así mi consentimiento”¹⁵⁶

‘Aproximadamente en el mes de Octubre o Noviembre del año 2002, circuló a nivel nacional un Encarte en la Prensa Nacional en donde se iban a recolectar firmas para solicitar una convocatoria para realizar un mandato revocatorio del Presidente de la República y otras autoridades. El día que circuló este encarte me encontraba en la playa y una persona que viajaba en el Tour estaba recolectando firmas para esta planilla, la cual llené con mis datos.’ ... Diga usted, ¿Si para el momento en que realizó el acto del Referéndum Revocatorio se encontraba uniformado y en compañía de quien? Contestó: ‘No me encontraba uniformado y estaba en compañía de un familiar que vive en los Estados Unidos’. TERCERA PREGUNTA: Diga Usted, ¿Quién o quienes lo convidaron a participar en el Referéndum Revocatorio? Contestó: ‘Me invitó a firmar uno de los integrantes del Tour que viajó a los Roques’.¹⁵⁷

PRIMERA PREGUNTA: Diga usted, ¿El lugar, hora y fecha en que ocurrieron los hechos que narra para el

¹⁵⁶ SPA-TSJ 18/04/2006 Exp. N° 2004-1049

¹⁵⁷ SPA-TSJ 24/10/2006 EXP. N° 2004-1046

momento del acto del Firmazo? Contestó: ‘En horas del mediodía en El Paraíso, no recuerdo la fecha, sólo sé que fue en el mes de febrero’. SEGUNDA PREGUNTA: Diga usted, ¿Si para el momento en que realizó el acto del Firmazo se encontraba uniformada y en compañía de quién? Contestó: ‘No estaba uniformada y me encontraba en compañía de mi esposo’. TERCERA PREGUNTA: Diga Usted, ¿Quién o quienes la convidaron a participar en el acto denominado El Firmazo? Contestó: ‘Nadie’.¹⁵⁸

En criterio de la Sala Político administrativa, la participación en un proceso de recolección de sería reveladora de una parcialidad política, habiéndose expuesto el oficial militar en un acto público de evidente naturaleza política, instaurado en contra del ciudadano Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, quien por mandato de la Constitución de 1999, es el Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional y ejerce la suprema autoridad jerárquica de la misma. Señaló la Sala que se trata de un proselitismo político perjudicial, dada su alta investidura, atentando contra la disciplina que le debe a la Fuerza Armada Nacional y a la obediencia que le debía a su Comandante en Jefe, el ciudadano Presidente de la República.¹⁵⁹

4.6.3. *Participación de militares en manifestaciones políticas*

La Sala Político Administrativo se pronunció en varios juicios interpuestos con ocasión de sanciones disciplinarias impuestas a oficiales militares, a partir de su participación en reuniones públicas, en las cuales se manifestaba el rechazo de altos funcionarios a la actuación del Presidente de la República.

El Teniente de Navío se presentó en la Plaza Francia de Altamira, acompañando al General de División (EJ) Enrique M. G., cuando emitía un comunicado al país exigiendo la renuncia del Presidente de la República Bolivariana de Venezuela y la relegitimación de los Poderes Constitucionales. El mencionado ofi-

¹⁵⁸ SPA-TSJ 25/10/2006 EXP. N° 2004-1048

¹⁵⁹ SPA-TSJ 18/04/2006 Exp. N° 2004-1049; SPA-TSJ 24/10/2006 EXP. N° 2004-1046; SPA-TSJ 25/10/2006 EXP. N° 2004-1048

La discriminación política de los servidores del Estado

cial no dio declaraciones pero su presencia física evidencia apoyo, respaldo y solidaridad con lo expresado del General de División.¹⁶⁰

En un video de un programa televisivo se evidencia la presencia del Ciudadano Coronel (GN) Edgar T. R. en uniforme interior de cuartel quien se encuentra trasladándose de izquierda a derecha por la parte posterior, cuando se hacía el pronunciamiento del Sub-Teniente Juvenal P. M., hecho ocurrido en el lobby del Hotel Four Season, ubicado en Altamira, no haciendo uso de la palabra en este acto...¹⁶¹

El impugnante fue pasado a la situación de retiro, por ausentarse de su lugar de trabajo y aparecer en los diferentes medios televisivos del país acompañado de los Oficiales Generales que se pronunciaron en la Plaza Francia de Altamira, Municipio Chacao.¹⁶²

En el formato de video debidamente identificado...se evidencia la presencia física del ciudadano Coronel (Gn) Antonio S. V., en la plaza Altamira, no haciendo uso de la palabra en este acto público...¹⁶³

4.6.4. *Declaraciones a medios de comunicación por oficiales*

En algunos casos, se planteaban adicionalmente las declaraciones de estos funcionarios ante medios de comunicación.

“... el Coronel (GN) Héctor Salvador O. Z. ... asumió una conducta contraria a las leyes y reglamentos militares, al aparecer en los diferentes medios televisivos del país ... en la Plaza Francia de Altamira Municipio Chacao del Estado Miranda, donde profería fuertes críticas en contra del Gobierno Nacional, emitiendo declaraciones sin autorización ante los medios de comunicación social.”¹⁶⁴

El hecho que generó la investigación, es el pronunciamiento que el hoy recurrente efectuara en la Plaza Francia de Altamira y que fuera transmitido por los canales de televisión, en el que denunció, entre otras cosas, su disconformidad respecto a diversos asuntos internos de la Fuerza Armada Nacional, especialmente en la Fuerza Aérea.¹⁶⁵

El Comandante General, ordenó iniciar una investigación contra el Mayor (AV) Hersomino José P. R., en virtud de las declaraciones que rindiera ante los medios de comunicación social, solidarizándose con la posición planteada por los efectivos militares presentes en la Plaza Francia de Altamira.¹⁶⁶

La Sala estableció que a los miembros de la Fuerza Armada Nacional les está prohibido expresarse sobre asuntos de evidente carácter político sin la debida autorización del Ministro de la Defensa, así como tomar parte en polémicas o luchas de partidos políticos, ya sea asistiendo a reuniones

¹⁶⁰ SPA-TSJ 28/09/2005 EXP. Nro. 2003-0709

¹⁶¹ SPA-TSJ 20/04/2005 Exp. N° 2003-1230

¹⁶² SPA-TSJ 24/05/2005 Exp. N° 2003-1236

¹⁶³ SPA-TSJ 24/05/2005 Exp. N° 2003-1233

¹⁶⁴ SPA-TSJ 05/10/2006 EXP. N° 2003-1209

¹⁶⁵ SPA-TSJ 27/04/2005 Exp. N° 2003-0713

¹⁶⁶ SPA-TSJ 07/06/2005 Exp. N° 2003-0712

públicas de carácter político, ya manifestando públicamente su opinión o bien, frecuentando sociedades o asociaciones cuyas tendencias sean políticas o antinacionalistas.¹⁶⁷

Si bien el Constituyente de 1999 le confirió a los miembros de la Fuerza Armada Nacional el derecho al sufragio, esta previsión no los habilita al ejercicio irrestricto del resto de los derechos políticos, por el contrario, con relación a ellos se impone atender a las limitaciones que le son propias a la vida castrense.¹⁶⁸

Observó la Sala que las reuniones que diariamente se gestaron en la denominada Plaza Francia de Altamira constituían actos de proselitismo político, en tanto que conglomeraba a una serie de partidarios de una misma idea o corriente cuya connotación era indiscutiblemente política, al promoverse, entre otras cosas, la disidencia militar.¹⁶⁹

En el caso de la mera participación en la manifestación, sin emitir declaraciones públicas, señaló la Sala que se trata de la realización de un acto de evidente carácter político, sin la debida autorización, solidarizándose y apoyando los pronunciamientos efectuados por los efectivos militares allí presentes, haciendo suyos el contenido de tales manifestaciones.¹⁷⁰

¹⁶⁷ SPA-TSJ 20/04/2005 Exp. N° 2003-1230; SPA-TSJ 05/10/2006 EXP. N° 2003-1209; SPA-TSJ 27/04/2005 Exp. N° 2003-0713; SPA-TSJ 28/09/2005 EXP. Nro. 2003-0709; SPA-TSJ 07/06/2005 Exp. N° 2003-0712; SPA-TSJ 24/05/2005 Exp. N° 2003-1233

¹⁶⁸ SPA-TSJ 20/04/2005 Exp. N° 2003-1230; SPA-TSJ 05/10/2006 EXP. N° 2003-1209; SPA-TSJ 27/04/2005 Exp. N° 2003-0713; SPA-TSJ 28/09/2005 EXP. Nro. 2003-0709; SPA-TSJ 07/06/2005 Exp. N° 2003-0712; SPA-TSJ 24/05/2005 Exp. N° 2003-1233

¹⁶⁹ SPA-TSJ 24/05/2005 Exp. N° 2003-1236; SPA-TSJ 27/04/2005 Exp. N° 2003-0713

¹⁷⁰ SPA-TSJ 24/05/2005 Exp. N° 2003-1236

En los casos de la emisión de declaraciones públicas, la Sala tomó en consideración el fuerte contenido de crítica, censura o cuestionamiento respecto de la Fuerza Armada Nacional de la alocución, así como la oportunidad en que la misma fue pronunciada, esto es, cuando varios Oficiales y Suboficiales de los distintos componentes de la Fuerza Armada Nacional, ya se habían manifestado públicamente contra el Presidente de la República y el gobierno que éste preside.¹⁷¹

4.6.5. *La relación jurídica*

En los casos citados, el órgano administrativo impone una medida disciplinaria a los funcionarios públicos que enviaron un correo electrónico; a los que participaron en una reunión pública con fines políticos, y en algunos casos, ofrecieron declaraciones públicas y, a los que suscribieron una solicitud de convocatoria a un referendo revocatorio del presidente de la república. En todos los casos, se plantea una limitación de la libertad de expresión y en algunos de ellos, de la libertad de reunión. En el caso del firmazo, no coincidimos con la apreciación de la Sala Político Administrativa. No se trata de un acto de proselitismo político, sino más bien del ejercicio del derecho de petición ante la autoridad con competencia en materia electoral.

El bien jurídico protegido está referido a la moderación del funcionario; a la imagen de la institución y al ambiente de trabajo libre de debates políticos.

¹⁷¹ SPA-TSJ 27/04/2005 Exp. N° 2003-0713

4.6.6. *El principio de idoneidad*

Para establecer si la medida aplicada es eficaz para brindar protección a los bienes jurídicos en conflicto debe determinarse si la conducta realizada afectó realmente al bien jurídico protegido.

El correo electrónico que plantea una controversia política puede perturbar el clima de trabajo, así como la aparición en un acto público, con uniforme militar y las declaraciones a los medios son capaces de afectar la imagen de la institución, incluso cuando se hubiera realizado fuera del servicio. En estos supuestos, la afectación se ubica en el nivel del peligro abstracto, en razón de que no se ha determinado la materialización de la afectación. Esto sería suficiente para afirmar la idoneidad de una medida disciplinaria, especialmente desde el punto de vista preventivo. En todo caso, estos elementos deben ser tomados en consideración en el nivel de la ponderación.

Pero, la suscripción de una petición a una institución para el referendo revocatorio, realizada fuera del servicio no tenía la intención de producir un efecto en la colectividad, por lo que, en la medida en que hubiera sido publicada posteriormente, tales efectos no serían imputables al funcionario. En este caso, la medida disciplinaria sería contraria al principio de idoneidad, porque con ello no se logra brindar protección a los bienes jurídicos garantizados por la norma.

4.6.7. *El principio de necesidad*

La norma, que establece la sanción disciplinaria, debe ser interpretada a la luz del derecho fundamental afectado. Sólo si la medida menos gravosa no

es suficiente para proteger eficazmente el bien jurídico, entonces puede ser utilizada la medida más gravosa. La destitución o el pase a retiro debe ser la última ratio, porque afecta en forma definitiva el derecho a la actividad económica, y en los casos citados, el derecho a la libertad de reunión y de expresión.

Una advertencia debe ser suficiente para lograr un efecto disuasivo, en el sentido que no se repita la conducta, en el caso del correo electrónico con contenido político. Tampoco puede entenderse que el pase a situación de retiro no sea suficiente para corregir la conducta de los militares.

4.6.8. *La valoración de los intereses en conflicto*

Para la valoración del ejercicio de la libertad de expresión, en el caso del correo electrónico con contenido político, al igual que en los casos de las declaraciones a medios de comunicación de los oficiales, debe tenerse en consideración el interés público de la opinión, relativa a la actuación del presidente de la república, al igual que en el ejercicio de la libertad de reunión (**¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.**).

En cuanto a la valoración del bien jurídico protegido, hemos establecido que la afectación se ubica en el nivel del peligro abstracto, en razón de que no se ha determinado la materialización de la afectación. Tanto la jurisprudencia alemana como la venezolana, se han pronunciado en contra de la penalización de los simples efectos psicológicos de una opinión, sino que sería preciso, por lo menos la amenaza de un peligro concreto a determinados bienes jurídicos. Una excepción, en casos graves requiere de una previsión legal expresa.

4.6.9. *El principio de proporcionalidad*

La importancia de los derechos a la libertad de expresión y de reunión en un Estado democrático debe ser tomada en consideración en la imposición de medidas disciplinarias. Especialmente grave sería la represión de opiniones contrarias al Gobierno, siempre que resulten dignas de protección, por su aporte a la opinión pública, a través de la medida de destitución, en lugar de medidas menos graves. No sería compatible con el principio del pluralismo político, que las decisiones en el seno de la administración pública se encuentren determinadas por la orientación política del funcionario, en el sentido de una limpieza ideológica de las instituciones públicas.

4.7. El deber de moderación de los funcionarios públicos y la libertad de expresión

Para establecer si la expresión de opiniones o la información sobre hechos, por parte de funcionarios públicos se encuentran o no ajustadas a derecho, pueden distinguirse las siguientes situaciones:

1) Si las expresiones son imputables en forma exclusiva al Estado, entonces es aplicable el esquema del principio de legalidad. Es decir, se requiere de una competencia material derivada de la ley.

En tales casos el deber de moderación prohíbe toda información u opinión que no resulte objetiva, demostrable y necesaria. La actuación sólo puede afectar a los particulares cuando ello resulte indispensable para la protección de otros bienes jurídicos, tales como la protección de la colectividad

frente a riesgos. Sería el caso, por ejemplo de la advertencia sobre cigarrillos, para proteger la salud de la colectividad.

2) Por regla general, la actuación es imputable al órgano y no al funcionario personalmente.

Excepcionalmente, la expresión es atribuible a la opinión personal cuando en la misma predominan los aspectos personales entre el declarante y el afectado, de tal forma que una declaración del órgano ya no sería idónea para restablecer la afectación del honor del demandante.

El funcionario es también un ciudadano. A diferencia del Estado, el funcionario puede encontrarse protegido por el derecho a la libertad de expresión, siempre que actúe en nombre propio y no en ejercicio de una función pública.

El esquema aplicable al análisis jurídico de tales conductas es distinto al anterior. No se requiere de una norma expresa que autorice su ejercicio, sino que se presume que el individuo puede difundir sus ideas siempre, a menos que exista una limitación o prohibición expresa en la ley formal. No se requiere que la conducta ostente alguna justificación razonable, sino que su protección constitucional subsiste independientemente de que la expresión de la opinión sea racional o emocional, fundada o carezca de fundamento, o que ésta sea considerada por otros como útil o perjudicial, valiosa o carente de valor.

Sin embargo, el deber de moderación del funcionario impone límites adicionales a la libertad de expresión. El funcionario, incluso en su ámbito pri-

vado, debe someterse a límites más estrictos que los restantes ciudadanos, en razón de los especiales deberes de moderación, discreción y neutralidad del Estado.

En ciertos casos el conflicto puede ser resuelto a través de condiciones previas para el ejercicio del derecho, tales como el deber de acudir a sus superiores, salvo que se trate de situaciones graves y urgentes.

En el ámbito penal, la libertad de expresión del funcionario podría constituir una causa de justificación, siempre que el interés en la declaración predomine frente al bien jurídico protegido. El interés en la declaración podría estar referido, por ejemplo, al interés de la colectividad en recibir determinada información.

Los deberes de moderación y discreción del funcionario obligan al funcionario a mantener una distinción clara entre el ejercicio del cargo y la participación en la controversia política. El funcionario no debe dar la impresión de emitir una declaración oficial en sus declaraciones privadas. También resultaría infringido su deber cuando se aprovecha de la confianza e importancia del cargo para obtener mayor atención pública a sus opiniones personales.

Si se infringe el deber de moderación, la actividad política del funcionario podría poner en peligro la confianza del ciudadano en que el cargo es ejercido en forma políticamente neutral e independiente de factores externos.

4.8. El deber de moderación y discreción

En su actividad política, el funcionario debe mantener la debida moderación y discreción, que derivan de su posición frente a la colectividad y la consideración de los deberes del cargo. Tales deberes prohíben hacer uso del derecho a la libertad de expresión y de la participación política, en términos similares a cualquier otro ciudadano, que no se encuentre bajo el régimen disciplinario de la función pública. Tal principio es fundamental en el régimen jurídico de la función pública y pertenece a los principios esenciales del derecho funcional.¹⁷²

Por ello, la actividad política del funcionario no debe ser realizada en una forma que, desde el punto de vista de un observador objetivo, puedan producirse dudas acerca del ejercicio neutral de la función pública, que sólo debe encontrarse sujeta al interés general, sin distinción de las personas interesadas.¹⁷³

¹⁷² BVerwG, 18.12.1953, Exp. II C 21.53 párr. 12

¹⁷³ BVerwG, 16.07.2012 - 2 B 16.12