Nº 3

Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional

Presentación

Doctrina

Prerrogativas parlamentarias 495

Informes:

Informe sobre el deber de fidelidad a la Constitución 504
La discriminación política de los servidores del Estado 524
Informe sobre la discriminación política en Venezuela en el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales..... 569

Anteproyectos de ley:

Anteproyecto de ley sobre el deber de fidelidad a la Constitución..... 581
Anteproyecto de ley contra la discriminación política de personas al servicio del Estado 589

SEPTIEMBRE
2016

Anteproyecto de ley contra la discriminación política, en el marco de los derechos económicos, sociales y culturales 604
Anteproyecto de ley de libertad ideológica y pluralismo en la educación 619
Ediciones anteriores 626

Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica

Septiembre 2016

Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela
Dirección General de Investigación y Desarrollo Legislativo
Dirección de Investigación y Asesoría Jurídica
División de Estudios y Representación

Con la colaboración del
Instituto de Estudios Constitucionales

Presentación

Nos complace presentar la tercera edición de la Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional. En esta oportunidad hemos desarrollado algunos estudios y proyectos de ley en torno a diversas formas de discriminación política. De igual forma hemos incorporado artículos en materia de derecho parlamentario.

Esperamos que la Revista sirva de vía para el diálogo en la comunidad jurídica y de integración de las opiniones de los expertos, por lo que reiteramos la convocatoria a juristas nacionales e internacionales, para la presentación de artículos de investigación y opinión jurídica en las materias prioritarias del debate parlamentario en Venezuela, los cuales con mucho gusto publicaremos en las próximas ediciones.

Les agradecemos de antemano, por compartir este trabajo con colegas y alumnos y, por hacer posible este proyecto.

Dra. Jhenny Rivas Alberti [*]
Directora de Investigación y Asesoría Jurídica

[*] Doctora en derecho por la Universidad de Zaragoza, España

Prerrogativas parlamentarias

Por Jhenny Rivas Alberti [*]

Contenido:

1. La inmunidad parlamentaria
2. Protección contra el procedimiento judicial
3. Procedimiento parlamentario
4. Efectos temporales de la inmunidad
5. Procesos penales anteriores a la elección parlamentaria

1. La inmunidad parlamentaria

En el año 1945 el jurista *Ernesto Wolf* en su "Tratado de Derecho Constitucional Venezolano", calificaba a la inmunidad parlamentaria como una garantía a favor del Poder Legislativo a fin de evitar la interferencia de otros poderes en la actividad legal del Congreso.[2]

La inmunidad parlamentaria se trata de una figura doble: de una parte la prohibición de que un parlamentario sea puesto en custodia sin autorización de la Cámara, regla que suele tener la excepción de los supuestos de delito flagrante; de la otra la necesidad de obtener previa autorización parlamentaria para proceder judicialmente, en un procedimiento penal contra un parlamentario.[3]

[*] Doctora en derecho por la Universidad de Zaragoza, España
[2] WOLF Ernesto, Tratado de Derecho Constitucional Venezolano, p.326-327
[3] MARTÍNEZ Sospedra Manuel, La Inmunidad Parlamentaria en el Derecho Español, p.26

La inmunidad del parlamentario se encuentra motivada por razones políticas. Protegiendo de esta manera la composición que el voto popular ha decidido.

La necesidad de este fuero especial a favor de los parlamentarios ha sido descrita por el Tribunal Constitucional español en los siguientes términos:

"A partir de estas premisas que han informado, desde su inicio, los distintos pronunciamientos de este Tribunal sobre el art. 71 C.E., debe configurarse también la prerrogativa de aforamiento especial que, teleológicamente, y en sede estrictamente procesal, opera como complemento y cierre -aunque con su propia y específica autonomía- de las de la inviolabilidad y la inmunidad, orientadas todas ellas hacia unos mismos objetivos comunes: Proteger a los legítimos representantes del pueblo de acciones penales con las que se pretenda coartar su libertad de opinión (inviolabilidad), impedir indebida y fraudulentamente su participación en la formación de la voluntad de la Cámara, poniéndolos al abrigo de querellas insidiosas o políticas que, entre otras hipótesis, confunden, a través de la utilización inadecuada de los procesos judiciales, los planos de la responsabilidad política y la penal, cuya delimitación es uno de los mayores logros del Estado constitucional como forma de organización libre y plural de la vida colectiva (inmunidad) o, finalmente, proteger la independencia del órgano y el ejercicio de las funciones del cargo constitucionalmente relevantes (aforamiento)."[4]

Se trata de evitar que en forma fraudulenta se utilice la vía judicial para alterar la composición del cuerpo parlamentario y la voluntad de los electo-

[4] STC 22/1997

res. El parlamentario no es meramente el miembro de un órgano constitucional colegiado, es algo más, es un representante electo por el pueblo, con plena legitimidad democrática para ejercer las funciones propias de su cargo.[5]

2. Protección contra el procedimiento judicial

La garantía nuclear, y más llamativa, de la inmunidad parlamentaria consiste esencialmente en el establecimiento de un requisito o condición de procedibilidad de un verdadero obstáculo procesal. Sólo en el caso de procesos penales, no aplica para causas de otra naturaleza, por lo menos en lo que respecta a Venezuela. En este sentido, resulta ilustrativa la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena del 31 de octubre de 1995, mediante la cual se declaro la nulidad por inconstitucional de la "Ley que establece Normas Especiales de Procedimiento referidas a la Responsabilidad Civil de los Parlamentarios", publicada en la Gaceta Oficial Nº 4153, del 28 de diciembre de 1989.

Esta Ley aprobada por el Congreso extendía la garantía de inmunidad a otros procedimientos judiciales en contravención a lo dispuesto en los artículos 142, 143 y 144 de la Constitución de 1961. La Constitución de 1999 mantiene la garantía en estos mismos términos.

[5] MARTÍNEZ Sospedra Manuel, La Inmunidad Parlamentaria en el Derecho Español, p.34

3. Procedimiento parlamentario

La inmunidad no protege contra las investigaciones penales que puedan realizar el Ministerio Público, no obstante en caso de acordarse que el imputado irá a juicio se abre un procedimiento previo que debe ser resuelto por la Asamblea Nacional y por el Tribunal Supremo de Justicia.

El artículo 200 de la Constitución de 1999 establece que de los presuntos delitos que cometan los asambleístas conocerá en forma privativa el "Tribunal Supremo de Justicia", por disposición de la propia Constitución es este el único tribunal competente para ordenar previa autorización de la Asamblea Nacional, su detención y continuar con el respectivo procedimiento.

Es por ello que una vez que se declare la apertura a juicio, el juez que conoce de la causa contra un parlamentario debe remitir de forma inmediata los autos al Tribunal Supremo de Justicia en Sala Penal. La Sala Penal revisará la diligencias, indicios racionales y de acuerdo a lo establecido en el artículo 379 del COPP, una vez recibida la querella convocará a una audiencia oral y pública dentro de los treinta días siguientes para que el imputado dé respuesta a la querella. Concluido el debate, el Tribunal Supremo de Justicia declarará, en el término de cinco días siguientes, si hay o no mérito para el enjuiciamiento. Cuando el Tribunal Supremo de Justicia declare que no hay motivo para el enjuiciamiento pronunciará el sobreseimiento.

Si el Tribunal Supremo de Justicia acuerda el enjuiciamiento, enviará la solicitud de autorización para continuar con el proceso a la Asamblea Nacional. Recibida la solicitud la Asamblea Nacional procederá a designar una comisión especial que se encargará de estudiar el asunto y presentará un informe a la plenaria, dentro de los treinta días siguientes a su constitución (artículo 25 del Reglamento Interior y de Debates). En ejercicio de sus funciones la comisión especial podrá recabar toda la información que considere necesaria garantizado en todo caso el derecho a la defensa del diputado investigado.

El informe presentado por la comisión especial debe ser discutido en plenaria, en caso de aprobarse el enjuiciamiento, se produce el allanamiento de la inmunidad y su consecuencia más importante es la consecución del juicio penal por parte del Tribunal Supremo de Justicia y la suspensión de sus funciones durante el proceso, de acuerdo con el artículo 380 del Código Orgánico Procesal Penal. Se mantiene la investidura parlamentaria pero el ejercicio de las funciones se suspende durante el proceso penal.

Si la plenaria decide no allanar la inmunidad el Tribunal Supremo de Justicia no podrá continuar con el enjuiciamiento, una vez que cese en sus funciones como parlamentario la causa podrá ser reabierta.

En el caso de delito flagrante la autoridad competente lo pondrá bajo custodia en su residencia y comunicará en forma inmediata al Tribunal Supremo de Justicia (artículo 200 de la Constitución de 1999) a los efectos de iniciar el procedimiento anteriormente indicado.

Cuando se trata de juicios que se seguían con anterioridad a la obtención de la condición de parlamentario, el juez que conoce de la causa debe remitir las actuaciones procesales al Tribunal Supremo de Justicia, único tribunal competente para conocer de la causa.

La reforma del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional del año 2010, incorporó la posibilidad de decidir sobre la autorización solicitada por el Tribunal Supremo de Justicia en la misma oportunidad en la que se recibe la solicitud o en la sesión más próxima. Bajo este supuesto, no se permite la investigación de una Comisión plural, que impida componendas políticas que utilizando la vía judicial pretenda romper mayorías parlamentarias, bloquear acuerdos, o comprar voluntades de los diputados suplentes. El acceso a la pruebas, al expediente que maneja el Ministerio Público por parte de una comisión de investigación parlamentaria plural es una garantía que debe acompañar a la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria.

4. Efectos temporales de la inmunidad

El artículo 200 de la Constitución de 1999 señala en forma clara que los diputados gozan de inmunidad desde su proclamación (acto formal que realizan las autoridades electorales) hasta el cese de sus funciones por la conclusión del mandato o la renuncia al mismo. El momento de inicio es sólo el de la proclamación no se hace referencia en texto constitucional a un momento distinto.

Con respecto al acto de proclamación el artículo 153 de la Ley Orgánica de Procesos electorales establece que corresponde al "Consejo Nacional la Junta Nacional Electoral y las Juntas Electorales correspondientes, según el caso, procederán a proclamar a los candidatos y las candidatas que hubiesen resultado electos o electas de conformidad con el procedimiento de totalización y adjudicación, emitiéndoles las credenciales correspondientes".

El acto de la proclamación es pues una de las fases del proceso electoral a cargo de los órganos electorales competentes y en este mismo sentido se aplicaba la expresión "proclamación" en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política (artículos 22, 55.25, 60, 180, 228).

Una vez que los candidatos a diputados son proclamados por las autoridades electorales gozan de inmunidad parlamentaria con todas las consecuencias anteriormente expuestas.

En este sentido resulta ilustrativo señalar que en la tradición constitucional venezolana el momento de inicio de la inmunidad es previo al inicio del período de sesiones correspondientes, así en la Constitución de 1830 los diputados y senadores gozaban de inmunidad desde el día de su "nombramiento" (artículo 83), Constitución de 1857 los diputados y senadores gozaban de inmunidad "desde el día de la elección" (artículo 34), Constitución de 1864, senadores y diputados gozaban de inmunidad desde el 20 de enero de cada año (artículo 30), la legislatura se iniciaba a partir del 20 de febrero, estas normas fueron reiteradas en las constituciones de 1874, 1881, 1891, 1893 y 1901, en la Constitución de 1904 los senadores y diputados gozaban de inmunidad 30 días antes del 23 de mayo (artículo 46), la legis-

latura se iniciaba a partir del 23 de mayo, Constitución de 1909 senadores y diputados gozaban de inmunidad 30 días antes del 19 de abril, la legislatura se iniciaba a partir del 19 de abril, estas normas fueron reiteradas en las constituciones de 1914, 1922, 1925, 1931, 1936, 1945 y 1953.

La Constitución de 1961 se refiere al igual que la Constitución de 1999 a la "fecha de su proclamación", como el momento de inicio de la inmunidad.

Esta protección anticipada también persigue evitar que se utilicen los mecanismos judiciales para impedir que los nuevos parlamentarios o parlamentarios reelectos se incorporen a la nueva legislatura y ejerzan sus funciones.

5. Procesos penales anteriores a la elección parlamentaria

Cuando una persona a quien se le seguía un proceso penal es electa como parlamentario, realizado el acto de proclamación por los órganos electorales, goza de inmunidad parlamentaria, en consecuencia el tribunal que conoce de la causa debe remitir las actuaciones penales al Tribunal Supremo de Justicia quien conocerá en forma privativa de tales causas (artículo 200 de la Constitución de 1999).

Un tribunal distinto al Tribunal Supremo de Justicia no es competente para conocer de una causa penal en contra de una persona que ostenta la condición de diputado.

El Parlamento goza de una altísima legitimidad democrática pues sus miembros son electos en forma directa por el pueblo, es la voluntad de

éstos que las personas electas se incorporen y ejerzan sus funciones constitucionales. La inmunidad parlamentaria también garantiza el respeto y la protección a la voluntad popular de los electores.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia[6] ha señalado con respecto a los procesos penales abiertos con anterioridad a la elección de un diputado: "que las detenciones o medidas que se dicten en el transcurso de un proceso abierto con anterioridad a la elección de un diputado no se caracterizan propiamente por ser inesperadas o simuladas, no se justifica que respecto de tales decisiones o medidas se active el procedimiento en que consiste la inmunidad, o que sean cubiertas por la prohibición de detención que asiste a los parlamentarios durante el ejercicio de sus funciones".

Tales afirmaciones olvidan los conceptos básicos de la inmunidad parlamentaria en tanto que la inmunidad no es un asunto discrecional respecto del cual puedan considerarse que existen motivos que justifican la activación de la inmunidad en unos casos y en otros no. Una vez que se produce la proclamación del diputado electo el mismo goza de la inmunidad parlamentaria con los efectos antes descritos.

[6] SCON-TSJ 26/10/2010 EXPEDIENTE AA10-L-2010-000210

Informe sobre el deber de fidelidad a la Constitución[7]

DER-DIAJ

Contenido:

1. Introducción
2. Antecedentes históricos
3. El deber de fidelidad a la Constitución
4. El deber de fidelidad de los funcionarios públicos
   4.1. La aplicación sin distinción del cargo
   4.2. Excepciones
   4.3. Elevado deber de fidelidad de los funcionarios
5. Aspirantes al servicio público
   5.2. Fidelidad a la Constitución de empleados al servicio del Estado
   5.3. La relación con la naturaleza de las tareas del cargo
   5.4. La conducta fuera del servicio
   5.5. El nivel básico de fidelidad a la Constitución
6. El nivel de afectación para repeler el peligro
   6.1. Infracción por imprudencia del deber de fidelidad
   6.2. La ponderación
7. Los efectos recíprocos

6. Introducción

La democracia es un sistema que requiere mecanismos de defensa. Entre ellos se ubica una Administración Pública profesional, que permanezca es-

[7] Basado en: Espinoza, Alexander: El efecto irradiante del derecho de reunión. Alemania, España y Venezuela. Caracas, 2015

table frente a los cambios de gobierno, protegida frente al sistema del botín en el Estado de partidos. Un funcionario que permanece fiel a la Constitución y a la ley constituye un factor de equilibrio entre las entre las fuerzas políticas que dan forma al Estado.

El Tribunal Federal Constitucional alemán ha señalado que, cuando ya no sea posible confiar en la institucionalidad de la función pública, tanto la sociedad como el Estado se encontrarán perdidos en situaciones críticas.[8]

En España, el deber de fidelidad es entendido en su formulación negativa, relativa a la obligación del funcionario de no actuar en contra de los fines y valores constitucionales.[9] El deber de fidelidad a la Constitución se debe a la recepción en España, de la doctrina alemana, en la cual se exige al funcionario una adhesión activa y en todo momento a los principios constitucionales.[10] El Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, establece en su art. 6a, como una falta muy grave, el incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución en el ejercicio de la Función Pública.

7. Antecedentes históricos

En la monarquía absoluta el deber de fidelidad del funcionario se presentaba frente a la persona del monarca. En la República, el servidor público de-

[8] Sentencia BVerfGE 39, 334
[9] Jalvo, El Régimen disciplinario de los funcionarios públicos, pág. 328. Castillo, Los deberes de los funcionarios públicos, pág. 371
[10] Jalvo, El Régimen disciplinario de los funcionarios públicos, pág. 328. Sobre el desarrollo en Alemania: Espinoza, La competencia del Gobierno para emitir declaraciones públicas y la libertad de expresión de los funcionarios públicos, pág. 285

be fidelidad a la Constitución. Una expresión visible de ello se encuentra en el juramento de fidelidad.

La historia de Venezuela ha demostrado la relación que existe entre la protección jurídica del funcionario público y su imparcialidad y objetividad. En la obra de *Wolf* queda claro que, 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.[11] Por su parte, *Gil Fortul* nos recuerda que, la pérdida del derecho a la estabilidad de los empleados públicos, ha permitido remplazar a todo funcionario independiente con personas adictas a la política personal del caudillo.[12]

La Constitución de 1811 disponía en su artículo 206, el deber de todo funcionario público (el Presidente y miembros del Ejecutivo, los Senadores, los Representantes, los militares y demás empleados civiles), de prestar juramento de fidelidad al Estado, de sostener y defender la Constitución, de cumplir bien y fielmente los deberes de sus oficios y de proteger y conservar pura e ilesa, en estos pueblos, la Religión católica, apostólica, romana, que aquéllos profesan, antes de entrar en el ejercicio de sus funciones.

Por ley del 9 de mayo de 1842, la Oligarquía Conservadora reglamentó el derecho a la jubilación de los empleados públicos, con el objeto de asegurar la competencia y estabilidad de la administración.[13] Los empleados de hacienda, los del ramo judicial y los demás funcionarios civiles con renta

[11] Wolf, Ernesto: Tratado de Derecho Constitucional Venezolano, Tomo II, 1945, pág. 392
[12] Fortul, Gil: Historia Constitucional de Venezuela, Tomo Segundo, pág. 70; Tomo Tercero, pág. 34
[13] Gil Fortul, Historia Constitucional de Venezuela, Tomo Segundo, pág. 70

fija tendrían derecho a una pensión vitalicia. El 14 de febrero de 1849 fue derogada la ley del año 42 sobre jubilación de empleados, en base a un principio diametralmente contrario.[14] Según sus considerandos, *"en un Gobierno popular y alternativo no pueden los empleados ser diuturnos, sin que se mine por una parte la base del sistema, y por otra se cierren las puertas al mérito y derechos de los demás ciudadanos con grave perjuicio de la igualdad, de la justicia y de la moral política y civil."* En criterio de Gil Fortul, *"la alternabilidad que buscaba el Congreso se reducía a remplazar todo funcionario independiente con personas adictas a la política personal de Monagas, como sucedió en seguida ...Que los empleados puramente políticos, los miembros del Poder Legislativo, los Ministros del Despacho, se cambien con frecuencia, exígelo sin duda el deber en que se encentra el Gobierno de seguir paso a paso las corrientes de la opinión púbica; ...mas ¿qué administración de justicia sería eficaz allí donde los jueces no tuviesen ninguna preparación científica, y cuyos empleos dependiesen de las fluctuaciones de la política diaria? Ni judicatura, ni diplomacia, ni carrera militar, ni administración de hacienda, ni instrucción pública son posibles cuando los empleados con cuentan con una suficiente preparación técnica, con la seguridad de la duración o aliciente de la reelección, con el ascenso y por último con la pensión de retiro."*[15]

Otra ley de 7 de abril de 1849, dispuso que, *"todos los empleados públicos, sea cual fuere su naturaleza, deben permanecer afectos al sistema de gobierno republicano que ha proclamado Venezuela, y acreditar con su fide-*

[14] Gil Fortul, Historia Constitucional de Venezuela, Tomo Tercero, pág. 34
[15] Gil Fortul, Historia Constitucional de Venezuela, Tomo Tercero, pág. 34

lidad su constante adhesión al Gobierno". En criterio de *Gil Fortul*, con el pretexto de mantener a los empleados públicos en la esfera de sus especiales funciones y de evitar toda propensión o veleidad revolucionaria, en realidad se establece un sistema que procura la lealtad, no a la Constitución, sino al partido imperante:[16] *"No se determina quién ha de calificar la fidelidad de los empleados, ni de qué modo; y además, el hecho de complicación en ramas revolucionarias envuelve la pérdida del destino, sin juicio previo, de suerte que la simple sospecha por parte de las autoridades políticas será motivo bastante para la suspensión, y consiguientemente para la persecución."*[17]

8. El deber de fidelidad a la Constitución

Del deber de fidelidad a la Constitución deriva la obligación del funcionario, de identificarse con el orden del Estado social, liberal, democrático y de derecho. Es imprescindible, que el funcionario afirme la vigencia del orden constitucional, lo reconozca como digno de protección y procure activamente su defensa. El deber de fidelidad a la Constitución exige del funcionario, especialmente, que se distancie de movimientos y agrupaciones, que tienen por objeto atacar, combatir y difamar a los órganos constitucionales y al orden constitucional vigente. El deber de fidelidad a la Constitución reviste especial importancia en tiempos de crisis y en situaciones de serios

[16] Gil Fortul, Historia Constitucional de Venezuela, Tomo Tercero, pág. 36
[17] Gil Fortul, Historia Constitucional de Venezuela, Tomo Tercero, pág. 36

conflictos, en los cuales el Estado necesita que el funcionario tome posición en su defensa.[18]

9. El deber de fidelidad de los funcionarios públicos

9.1. La aplicación sin distinción del cargo

En la sentencia sobre los extremistas en ejercicio de la función pública, el Tribunal Federal Constitucional determinó que le deber de fidelidad no admite distinciones, de acuerdo con las funciones del cargo. El deber de fidelidad es aplicable para toda forma de relación jurídica del funcionario, esto es, para los funcionarios a tiempo determinado; en período de prueba; de libre remoción, así como para funcionarios de carrera. Como fundamento señaló el tribunal, que el peligro que se pretende enfrentar con la figura del deber de fidelidad, no sólo reside en la forma como se asumen las tareas del cargo, sino también en la posibilidad cercana de la influencia del entorno de los funcionarios y de la institución en favor de su convicción política de rechazo a la Constitución.[19]

Tal jurisprudencia ha generado dudas, en razón de que el deber de fidelidad encuentra su fundamento en el interés en preservar el funcionamiento del servicio público; de tal forma que debería existir una diferenciación funcional, de acuerdo con el cargo concreto.[20] Una posición distinta afirma que, el deber de fidelidad no se fundamenta en el efecto externo del peligro, sino

[18] BVerfGE 39, 334/348 – Extremistas en la función pública
[19] BVerfGE 39, 334/355 – Extremistas en la función pública
[20] Una postura crítica es asumida por Kunig, Das Recht des öffentlichen Dienstes, párr. 86; EuGH 26 de septiembre de 1995, EuGRZ 1995, 590 Vogt ./. Deutschland. Una posición distinta: Hailbronner, ZaöRV 69 (2009), pág. 272; Zängl, § 33 párr. 92 BeamtStG

en la calidad del funcionario: No es admisible justificar que el ejercicio de funciones menos importantes admitan que el funcionario sea sólo "un poco inconstitucional".[21]

9.2. Excepciones

El deber de fidelidad es válido, en principio, para todo tipo de relaciones funcionariales. Sin embargo podrían admitirse excepciones, en los casos de las prácticas profesionales, que establece la ley para el acceso a la profesión, en virtud de la menor carga de funciones públicas y de la menor autonomía en su ejercicio.[22]

El ejercicio de una pasantía en período de prueba o de entrenamiento para la función docente no es exceptuado del deber de fidelidad.[23] En las relaciones contractuales de trabajo en el servicio público, el parámetro del deber de fidelidad encuentra condiciones especiales.[24]

El Tribunal Superior Contencioso-Administrativo de Baden-Württemberg ha admitido en el proceso de evaluación realizada por la institución de ingreso, posibilidades de distinción, en el sentido de una relación de correspondencia entre el grado de necesidad de fidelidad a la Constitución de determinado cargo, con respecto a la demostración de la correspondiente capacidad y disposición del aspirante. El principio de distinción así entendido, debe ser tomado en consideración por la Institución, en el marco de la revi-

[21] Schick, Zwischenbilanz in Sachen "Verfassungstreue" der Beamten, NVwZ 1982, 163
[22] BVerwGE 47, 330 Resumen oficial 2
[23] BVerwGE 47, 330 Resumen oficial 2
[24] Siems, Der Umgang mit Extremismus im Öffentlichen Dienst, DÖV 2014, pág. 339

sión de proporcionalidad en la decisión acerca de la admisión del aspirante en la función pública.[25]

9.3. Elevado deber de fidelidad de los funcionarios

La infracción del deber de fidelidad por parte de un funcionario constituye una falta de los deberes del cargo.[26] Los funcionarios se encuentran sujetos a un elevado deber de fidelidad, el cual exige la disposición de identificarse con la idea del Estado, es decir, de su orden liberal, democrático, social y de derecho, y asumir activamente su defensa. El deber de fidelidad a la Constitución exige del funcionario, especialmente, que se distancie de movimientos y agrupaciones, que tienen por objeto atacar, combatir y difamar a los órganos constitucionales y al orden constitucional vigente.[27]

9.3.1. *Jueces profesionales*

Se justifica materialmente que los jueces profesionales no se encuentren sujetos a condiciones menos estrictas que las aplicables a los funcionarios de la Administración Pública con respecto a su deber de fidelidad. Precisamente, los jueces profesionales no se encuentran sometidos a órdenes o directrices de otro funcionario, sino que constituyen órganos independientes que ejercen el poder del Estado, por lo que deben encontrarse en especial medida en una posición de defensa de la Constitución. Por otra parte, la Constitución establece requisitos especiales para la destitución de los jue-

[25] VGH de Baden-Württemberg, 13 de marzo de 2007 • Exp. 4 S 1805/06, párr. 53
[26] BVerfGE 39, 334/349 – Extremistas en la función pública
[27] BAG 12.5.2011, 2 AZR 479/09

ces, precisamente para garantizar su independencia y excluir cualquier posibilidad de influencia política en el trabajo de los jueces.[28]

9.3.2. *Jueces escabinos*

No sólo los jueces profesionales, sino también los jueces escabinos se encuentran sujetos a al deber de fidelidad. Ello deriva de la función de los jueces escabinos como órganos de igual jerarquía que los jueces profesionales, en el cumplimiento de sus tareas.[29] El deber de fidelidad de los jueces escabinos adquiere una importancia específica, en razón de que la Constitución no es un orden de valores neutral, sino que resolvió proteger valores fundamentales, y le impone al Estado la tarea de garantizarlos.[30] La afectación que deriva de la destitución del juez escabino no puede ser considerada leve, pero en todo caso es menos gravosa que la destitución de un juez profesional.[31]

9.3.3. *Funcionarios pensionados*

Los funcionarios pasados a situación de retiro por antigüedad también pueden incurrir en una situación similar a la infracción disciplinaria, cuando hubieran actuado en contra del orden constitucional de la democracia liberal o cuando hubieran tomado parte en movimientos que tienen por finalidad afectar la existencia o la seguridad de la República.[32]

[28] BVerfG, 2 BvR 337/08 del 6.5.2008, párr. 18
[29] BVerfG, 2 BvR 337/08 del 6.5.2008, párr. 19
[30] BVerfG, 2 BvR 337/08 del 6.5.2008, párr. 22
[31] BVerfG, 2 BvR 337/08 del 6.5.2008, párr. 38
[32] BVerfGE 39, 334/351 – Extremistas en la función pública

9.3.4. *Otras clases de funcionarios*

El deber de fidelidad a la Constitución también es válido para los funcionarios designados por un tiempo determinado, así como para los funcionarios en período de prueba y los de libre remoción.[33] En el caso de los funcionarios en período de prueba y los de libre remoción, la infracción da lugar generalmente a la remoción del cargo, mientras que en el caso de los funcionarios de carrera, se produce la destitución, luego de la instrucción del procedimiento disciplinario.[34]

10. Aspirantes al servicio público

El contenido del deber de fidelidad a la Constitución de los aspirantes a la condición de funcionario no es idéntico al contenido de la falta administrativa. La „falta de garantía" del aspirante, de que en todo momento tomará posición en defensa del orden liberal democrático, es suficiente justificación para rechazar la solicitud de ingreso de un aspirante. La negativa puede estar fundada en una conducta, que en el caso del funcionario sería causal de destitución; pero el pronóstico del deber de fidelidad a la Constitución de un aspirante puede basarse en conductas que serían inocuas en el caso de un funcionario, por ejemplo, en el caso de situaciones ocurridas en el pasado, pero que permitan establecer proyecciones hacia la conducta futura.[35]

[33] BVerfGE 39, 334/355 – Extremistas en la función pública
[34] BVerfGE 39, 334/349 – Extremistas en la función pública
[35] BVerwG, 28.11.1980, Exp. BVerwG, 2 C 37/79, párr. 24

10.1.1. *El pronóstico de la fidelidad a la Constitución*

Corresponde a la institución evaluar en base a los hechos establecidos, si el aspirante ofrece la suficiente garantía de cumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución. La decisión se basa en la personalidad del aspirante, lo cual constituye al mismo tiempo un pronóstico. El objeto del análisis no lo constituyen hechos específicos, sino la valoración de la personalidad que se expresa en tales situaciones.[36]

El Tribunal Federal Administrativo ha establecido en su sentencia del 22 de mayo de 1975, que en la decisión sobre el ingreso de un aspirante a la función pública, no existe carga de la prueba, ni para el solicitante, en el sentido de que ofrece la suficiente garantía de fidelidad, ni para la Institución, en el sentido contrario.[37]

En el marco de la decisión sobre el ingreso de un aspirante, debe la institución realizar la interpretación del concepto indeterminado de "garantizar" el cumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución. Se trata en realidad de un "acto valorativo", basado una serie de elementos de juicio que varían de caso a caso.[38]

10.1.2. *Dudas sobre el deber de fidelidad a la Constitución*

"Garantizar" significa que no deben presentarse situaciones que, en criterio de la institución ponga en duda el cumplimiento del deber de fidelidad. La duda el cumplimiento del deber de fidelidad se produce cuando el órgano

[36] BVerwG, 28.11.1980, Exp. BVerwG, 2 C 37/79, párr. 29; VGH de Baden-Württemberg, • 13 de marzo de 2007 Exp. 4 S 1805/06, párr. 49
[37] BVerwG, 14.11.1979, Exp. BVerwG, 2 B 94.78, párr. 12
[38] Schick, Zwischenbilanz in Sachen "Verfassungstreue" der Beamten, NVwZ 1982, 164

competente para asumir la decisión del ingreso no considera convincente que el aspirante garantiza el cumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución. No se requiere la constatación que el aspirante constituye un "enemigo" de la Constitución. Tal prueba sería imposible, en razón de que la conducta humana no puede ser predeterminada con seguridad.[39]

Por regla general, resulta suficiente que la duda en el cumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución se encuentre basada en conductas externas determinadas, cuya valoración permita asumir una posición subjetiva interna contraria al orden fundamental de la democracia liberal.[40] En todo caso, se encuentra obligada la Administración a examinar los elementos, en los que se basa la duda y analizarlos cuidadosamente. Para ello debe tomarse en consideración el principio constitucional de proporcionalidad.[41]

10.1.3. *Funcionarios en período de prueba*

El funcionario en período de prueba sólo puede pasar a la relación de función pública, cuando su conducta dentro y fuera del servicio no deje lugar a dudas acerca de su fidelidad a la Constitución. Para la determinación de la fidelidad a la Constitución de funcionarios en período de prueba son aplicables las mismas consideraciones que en el caso de los aspirantes a la función pública.[42]

[39] BVerwG, 28.11.1980, Exp. BVerwG, 2 C 37/79, párr. 25; VGH de Baden-Württemberg, 13 de marzo de 2007 Exp. 4 S 1805/06, párr. 49
[40] BVerwG, 28.11.1980, Exp. BVerwG, 2 C 37/79, párr. 26
[41] BVerwG, 28.11.1980, Exp. BVerwG, 2 C 37/79, párr. 28
[42] BVerwG, 31.05.1978, Exp. BVerwG, 2 B 30.77, párr. 3

10.2. Fidelidad a la Constitución de empleados al servicio del Estado

En el derecho alemán, no resulta del todo inadmisible, que no sólo los funcionarios, sino también los empleados, ejecuten funciones públicas. Además de los funcionarios, las administraciones públicas también se sirven de empleados, a los cuales se confían cada vez mayores tareas públicas. Ello supone que los deberes que son propios de la relación de fidelidad y de servicio público, también sean exigibles a los empleados.[43]

Los empleados en el servicio público también tienen el deber de lealtad frente a la Administración Pública y la obligación de cumplir responsablemente con las funciones del cargo. El deber de no agredir al Estado y su orden constitucional es exigible también al Estado, por lo que pueden ser objeto de despido por la infracción grave de tales deberes, o bien, el rechazo de su solicitud de ingreso, cuando sea previsible que no tienen la idoneidad o la intención de cumplir con los mismos.[44]

10.3. La relación con la naturaleza de las tareas del cargo

De acuerdo con la Teoría Funcional, el deber de fidelidad a la Constitución es exigible a los empleados, en la medida en que, en base a su posición y su concreto ámbito de funciones, pueda presuponerse determinada medida de fidelidad a la Constitución. El empleado sólo se encuentra obligado a garantizar el grado de fidelidad que es indispensable para el cumplimiento adecuado del cargo.[45] En caso contrario, se produciría una limitación inne-

[43] BVerfGE 28, 191/198 - Caso Pätsch
[44] BVerfGE 39, 334/355 – Extremistas en la función pública
[45] Siems, Der Umgang mit Extremismus im Öffentlichen Dienst DÖV 2014, pág. 341; Polzer, Rechtsextremismus

cesaria y desproporcionada de los derechos políticos del funcionario, especialmente, el de libertad de expresión y actividad política.[46]

El demandante no asume responsabilidad alguna en el contenido de las resoluciones de impuestos que se elaboran en el centro de copiado. Su tarea consiste principalmente en la planificación, dirección y supervisión del proceso de impresión y envío. Se trata en esencia de garantizar que el proceso técnico de la elaboración física de las resoluciones se produzca sin contratiempos. La circunstancia de que el demandante hubiera tenido acceso a los datos personales de los contribuyentes, no resulta suficiente para afirmar el deber de fidelidad elevado del empleado.[47]

10.4. La conducta fuera del servicio

Las actividades políticas del empleado pueden ser valoradas, dependiendo de la medida en que influyan en la actividad del servicio público; en las funciones de la institución o en las tareas concretas que desempeñe.[48] Tal criterio es válido, tanto para las actividades realizadas dentro del servicio como fuera de él. También fuera del horario de trabajo se encuentran obligados los empleados, a observar la debida fidelidad con su empleador y tomar en consideración sus intereses legítimos, en una forma razonable.[49]

10.5. El nivel básico de fidelidad a la Constitución

El llamado nivel básico de fidelidad a la Constitución exige simplemente la garantía de que el empleado no perseguirá activamente fines contrarios a la

als Kündigungsgrund?, NZA 2000, pág. 974; BAG 12.5.2011, 2 AZR 479/09; BAG 6.9.2012, 2 AZR 372/11
[46] BAG 12.5.2011, 2 AZR 479/09
[47] BAG 12.5.2011, 2 AZR 479/09
[48] Siems, Der Umgang mit Extremismus im Öffentlichen Dienst DÖV 2014, pág. 341
[49] BAG 6.9.2012, 2 AZR 372/11

Constitución, ni procurará la eliminación del Estado, de la Constitución o de sus órganos, ni tampoco los difamará o despreciará de alguna forma.[50]

11. El nivel de afectación para repeler el peligro

La separación del cargo de un funcionario o un juez de carrera, por el incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución, sólo es posible en base a una infracción disciplinaria concreta.[51] Las dudas acerca de la fidelidad a la Constitución del aspirante a la función pública, deben encontrarse fundadas en situaciones de cierto peso, que analizadas desde un punto de vista objetivo, sean idóneas de generar una seria preocupación sobre el futuro cumplimiento de su deber de fidelidad.[52]

La simple convicción o la exteriorización de tales convicciones, no es generalmente suficiente para considerar infringido el deber de fidelidad del funcionario público;[53] tampoco forma parte de las circunstancias en que puede encontrarse fundada la duda acerca del futuro cumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución de un aspirante a la función pública.[54]

El contenido de la infracción disciplinaria del deber de fidelidad exige cierto grado de gravedad y de evidencia del incumplimiento del deber. Tales elementos se encuentran dados, cuando la convicción política del funcionario, contraria a la Constitución, genera consecuencias frente a su posición

[50] BAG 12.5.2011, 2 AZR 479/09; BAG 6.9.2012, 2 AZR 372/11
[51] BVerfG, 2 BvR 337/08 del 6.5.2008, párr. 31
[52] BVerwG, 28.11.1980, Exp. BVerwG, 2 C 37/79, párr. 27; VGH de Baden-Württemberg, • 13 de marzo de 2007 • Exp. 4 S 1805/06, párr. 50
[53] BVerfG, 2 BvR 337/08 del 6.5.2008, párr. 31
[54] BVerwG, 28.11.1980, Exp. BVerwG, 2 C 37/79, párr. 27; VGH de Baden-Württemberg, • 13 de marzo de 2007 • Exp. 4 S 1805/06, párr. 50

con respecto al orden constitucional del Estado, la forma de cumplimiento de sus funciones, su relación con sus compañeros de trabajo o sus actividades políticas.[55]

La membrecía de un partido político, que persiga fines incompatibles con el orden liberal democrático, no constituye necesariamente una conducta que excluya la fidelidad a la Constitución. Pero, según las circunstancias del caso, puede ofrecer indicios acerca de la falta de fidelidad, en los casos en que la participación en el partido político se ha producido por libre voluntad y se encuentra comprometido a la realización de actividades para alcanzar los fines del partido.[56]

El demandante es desde hace varios años, miembro del Partido Comunista Alemán; un partido, que representa el Marxismo-Leninismo, en su interpretación soviética y cuyos miembros se comprometen a luchar por los fines del partido, los cuales no son compatibles con el orden liberal democrático. El demandante se encontraba convencido del programa del partido y con el fin político de la transferencia del poder a la clase trabajadora. Participó en forma activa e intensiva en las actividades políticas del partido, especialmente en su candidatura a las elecciones regionales. En este contexto, no es determinante si las actividades son lícitas, sino exclusivamente la relación del aspirante a la función pública, con el orden liberal democrático.[57]

Dado que el deber de fidelidad a la Constitución de los miembros de la fuerza armada presuponen una posición activa en favor del orden liberal democrático, constituye una infracción a tal deber, que el soldado hubiera participado en un partido político, que no reconoce los elementos esenciales de tal orden y que pretende reemplazarlos por un orden distinto. La determinación del grado mínimo de gravedad y evidencia de la infracción al deber queda constatada, en el caso del funcionario que mantuvo posiciones dirigentes durante varios años y fue candidato a las elecciones del parlamento regional, así como a través de discursos y publicaciones del partido.[58]

La infracción objetiva en contra del deber de fidelidad de un militar constituye una falta disciplinaria, sólo cuando la conducta ha sido culpable. No estaba demostrado si el soldado conocía en su totalidad la posición contraria a la Constitución del Partido Nacionalista Alemán. Sin embargo, tales fines eran en su mayoría del conocimiento del funcionario, quien se ha expresado en el mismo sentido, aún cuando en forma

[55] BVerwG, 28.11.1980, Exp. BVerwG, 2 C 37/79, párr. 27; VGH de Baden-Württemberg, • 13 de marzo de 2007 • Exp. 4 S 1805/06, párr. 50; BAG 12.5.2011, 2 AZR 479/09; BAG 6.9.2012, 2 AZR 372/11; BAG 6.9.2012, 2 AZR 372/11 Polzer, Rechtsextremismus als Kündigungsgrund?, NZA 2000, pág. 975
[56] VGH de Baden-Württemberg, • 13 de marzo de 2007 • Exp. 4 S 1805/06, párr. 50; BVerwG, 11.10.1979, Exp. 2 B 92.78, párr. 9; BVerwG, 07.01.1980 - BVerwG, 2 B 75.79
[57] BVerwG, 14.11.1979, Exp. BVerwG, 2 B 94.78, párr. 13
[58] BVerwG, 20.05.1983, Exp. 2 WD 11/82, párr. 263

moderada. Las expresiones del soldado son suficientes para que tuviera la posibilidad de realizar un juicio de valor sobre los fines del partido.[59]

En el caso de los empleados, a los que, debido a sus funciones, tales como docentes o trabajadores sociales, sean exigibles las mismas condiciones que a los funcionarios, también es aplicable el criterio, según el cual, la simple participación en una organización política con fines contrarios a la Constitución o su activismo, constituyen indicios de la falta de disposición a la fidelidad a la Constitución, pero no alcanzan el nivel de falta de idoneidad para el ejercicio del cargo. Distinta es la situación del nombramiento, en cuyo caso, son suficientes las dudas sobre la fidelidad a la Constitución.[60]

El recurrente asume una posición de extrema izquierda y se ha catalogado a sí mismo como revolucionario. Independientemente de la definición de revolucionario, puede asumirse que con ello se procura una modificación estructural, con o sin medios violentos, lo cual no resulta conforme a la Constitución, dado que no se plantea como una simple reforma político-social, en el marco del actual orden de democracia liberal. Ello puede advertirse de las consignas de lucha de clases, que ha empleado el recurrente y, sobre todo, de su concepción del orden jurídico vigente como un "instrumento de opresión".[61]

11.1. Infracción por imprudencia del deber de fidelidad

El deber de fidelidad a la Constitución exige, que el funcionario se distancie de grupos y movimientos, que asumen una lucha en contra del Estado, de sus órganos constitucionales y del orden jurídico constitucional, y que en tiempos de crisis y en situaciones de serios conflictos, dentro y fuera del servicio se coloque en una posición de defensa del Estado. Un funcionario que no cumple con tales condiciones, sin importar los motivos, infringe su

[59] BVerwG, 20.05.1983, Exp. 2 WD 11/82, párr. 264
[60] BAG 12.5.2011, 2 AZR 479/09
[61] BGH 11.12.1978, Exp. NotZ 2/78, párr. 24

deber de fidelidad. No es relevante si el funcionario se coloca activamente en favor de pretensiones contrarias al orden liberal democrático, o se deja manipular, por motivos de indiferencia, credulidad o inexperiencia.[62]

El funcionario que apoya activamente un partido político, en desconocimiento de sus fines inconstitucionales, no infringe su deber de fidelidad y no da lugar a su separación del servicio. A diferencia del funcionario que actúa intencionalmente, no se coloca conscientemente en contra del orden constitucional, sino que actúa con la convicción de prestar un servicio a su país, con la militancia en un partido político que considera conforme a la Constitución. En tales casos, no puede afirmarse que se hubiera producido una actividad política contraria a la Constitución. El desconocimiento de los fines contrarios a la Constitución de un partido político, incluso cuando sea producto de la imprudencia, no puede ser considerado como la identificación con sus fines.[63]

Por otra parte, la infracción del deber de fidelidad a la Constitución tiene tanto peso, como deber fundamental del funcionario, que incluso una infracción por imprudencia, puede dar lugar a una sanción, ya no de separación del cargo, pero sí de degradación en la jerarquía militar.[64]

11.2. La ponderación

La importancia de la infracción del deber de fidelidad merece la sanción de mayor gravedad. La infracción del deber de fidelidad a la Constitución es insostenible para el Estado, que debe poder confiar en sus funcionarios. La infracción es de mayor gravedad, cuando el funcionario pretende continuar-

[62] BVerwG, 28.11.1980, Exp. BVerwG, 2 C 37/79, párr. 23
[63] BVerwG, 20.05.1983, Exp. 2 WD 11/82, párr. 310
[64] BVerwG, 20.05.1983, Exp. 2 WD 11/82, párr. 311

la, sin atender a la calificación de su falta. En tales casos, el efecto disuasivo de las sanciones menos graves no tiene posibilidades de éxito.[65]

La separación del cargo de un juez escabino es una sanción de menor gravedad que la destitución de un juez de carrera, en razón de que no produce una afectación del sustento económico, lo cual en el caso del juez de carrera adquiere mayor peso, en razón de la garantía de la independencia del juez.[66]

Si bien la conducta del recurrente no constituye la categoría de las infracciones del principio de fidelidad a la Constitución de mayor gravedad, sobre todo en razón de que su conducta no produjo efectos en su función judicial; sin embargo, se trata de una infracción que no es del todo irrelevante. Por otra parte, si bien la afectación del recurrente por la separación del cargo no es leve, en todo caso, es de menor gravedad que el caso de un juez de carrera.[67]

12. Los efectos recíprocos

La teoría de los efectos recíprocos es aplicable en el caso de la limitación de los derechos fundamentales de los funcionarios públicos. Si bien la protección de la libertad del funcionario es garantizada en la medida en que resulte compatible con los deberes derivados del cargo, sin embargo, las limitaciones que se impongan al derecho a la libertad de expresión deben ser interpretadas a la luz del derecho fundamental.[68]

A partir del significado fundamental de la libertad de expresión para un Estado de democracia liberal deriva, que el efecto limitante de las leyes generales debe ser a su vez interpretadas a la luz de la importancia del derecho

[65] BVerwG, 10.05.1984 - BVerwG, 1 D 7.83 = BVerwGE 76, 157
[66] BVerfG, 2 BvR 337/08 del 6.5.2008, párr. 25
[67] BVerfG, 2 BvR 337/08 del 6.5.2008, párr. 38
[68] BVerwG, 29.10.1987, Exp. BVerwG, 2 C 73.86, párr. 12

fundamental, de forma tal que siempre permanezca garantizado el valor especial de ese derecho, que debe conducir hacia una presunción general de la libertad de expresión en todo ámbito.[69]

[69] BVerfGE 7, 198/208 – Lüth; BVerwG, 06.08.1981, Exp. 1 WB 89/80 párr. 26

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 funcionarial 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/ModeloPolticoInstitucionalFinalRevisado260209.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 Nº 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 Nº 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. Nº 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. Nº 12.671 ; Trib. Sup. 10mo C-A Región Capital 30/04/2009 Exp. Nº 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 1ra 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, acarrean 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 Secretarias 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, acenso, 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 permanente[112] 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. Nº AB41-R-2003-000121

controlada por el Juez Contencioso Administrativo Funcionarial.[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. Nº 2008-0171; SPA-TSJ 23/09/2008 Exp. Nº 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 1ra 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. Nº 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. Nº 12.671 ; Trib. Sup. 10mo C-A Región Capital 30/04/2009 Exp. Nº 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.Nº 16584; SPA-TSJ 09/11/2005 Exp. Nº 2004-0036; SPA-TSJ 12/08/2004 EXP. Nº 2003-0944; SPA-TSJ 20/04/2006 Exp. Nº 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 exime 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. Nº 1980-2857
[137] SCON-TSJ 10/07/2007 Exp.- 06-1055; SCON-TSJ 21/05/2009 EXP. Nº 2006-1033; SPA-TSJ 03/05/2012 EXP. Nº 2006-1100
[138] Sentencia de fecha 12 de julio de 1983; criterio reiterado en SPA-TSJ 20/09/2001 EXP Nº 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. Nº 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. Nº 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.Nº: 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 ponderе 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 constitucional [153]

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 aconteceres 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,

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. Nº 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 incursos 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 solicitud 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. Nº 2004-1049
[157] SPA-TSJ 24/10/2006 EXP. Nº 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. Nº 2004-1048
[159] SPA-TSJ 18/04/2006 Exp. Nº 2004-1049; SPA-TSJ 24/10/2006 EXP. Nº 2004-1046; SPA-TSJ 25/10/2006 EXP. Nº 2004-1048

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. Nº 2003-1230
[162] SPA-TSJ 24/052005 Exp. Nº 2003-1236
[163] SPA-TSJ 24/05/2005 Exp. Nº 2003-1233
[164] SPA-TSJ 05/10/2006 EXP. Nº 2003-1209
[165] SPA-TSJ 27/04/2005 Exp. Nº 2003-0713
[166] SPA-TSJ 07/06/2005 Exp. Nº 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. Nº 2003-1230; SPA-TSJ 05/10/2006 EXP. Nº 2003-1209; SPA-TSJ 27/04/2005 Exp. Nº 2003-0713; SPA-TSJ 28/09/2005 EXP. Nro. 2003-0709; SPA-TSJ 07/06/2005 Exp. Nº 2003-0712; SPA-TSJ 24/05/2005 Exp. Nº 2003-1233

[168] SPA-TSJ 20/04/2005 Exp. Nº 2003-1230; SPA-TSJ 05/10/2006 EXP. Nº 2003-1209; SPA-TSJ 27/04/2005 Exp. Nº 2003-0713; SPA-TSJ 28/09/2005 EXP. Nro. 2003-0709; SPA-TSJ 07/06/2005 Exp. Nº 2003-0712; SPA-TSJ 24/05/2005 Exp. Nº 2003-1233

[169] SPA-TSJ 24/052005 Exp. Nº 2003-1236; SPA-TSJ 27/04/2005 Exp. Nº 2003-0713

[170] SPA-TSJ 24/052005 Exp. Nº 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. Nº 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 funcionarial.[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

Informe sobre la discriminación política en Venezuela en el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales

DIAJ-DER

Contenido:

1.- Recomendaciones
2- La situación de Venezuela
3- La mora legislativa
4. La protección internacional
5. El principio de la reserva funcional

1. Recomendaciones

- Se recomienda desarrollar el principio de reserva funcional, para garantizar que el cumplimiento de los derechos económicos sociales y culturales no sean excluidos del control y la responsabilidad del Estado;
- Establecer la sujeción de los particulares que colaboran en el cumplimiento de funciones públicas, a las normas de derecho público que determinan la responsabilidad personal del agente.
- Establecer normas claras que prohíban y sancionen la desviación de las funciones públicas, para la aplicación de cualquier tipo de discriminación, en especial de aquella derivada de motivos políticos.
- Establecer garantías al derecho a la autodeterminación de los datos en materias sensibles al principio de no discriminación.

2. La situación de Venezuela

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha recomendado al Estado venezolano que adopte una estrategia integral de vivienda social, que no conduzca a la segregación por criterios que tengan que ver con las condiciones económicas o sociales u opinión política, o con cualquier otro motivo de discriminación prohibido en el Pacto. [174]

En el marco del derecho a la salud en Venezuela se ha denunciado que el Estado ha aplicado políticas de racionamiento de medicamentos, haciendo caso omiso a normas y protocolos de atención, y a las prescripciones médicas, lo cual ha conducido a discrecionalidad, privación y discriminación en el acceso a los mismos, así como situaciones de coacción, maltrato y trato denigrante a las personas en su condición de salud.[175]

En Venezuela 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

[174] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de la República Bolivariana de Venezuela. E/C.12/VEN/CO/3 de fecha 19 de junio de 2015, párr. 25 http://www.cofavic.org/wp-content/uploads/2015/06/Comit%C3%A9-DESC-Observaciones-Finales-al-Estado-venezolano.pdf

[175] Coalición de Organizaciones por el Derecho a la Salud y a la Vida (CODEVIDA): Situación del derecho a la salud en Venezuela. Marzo de 2016 http://www.oas.org/fpdb/press/Informe-Codevida--Provea-Marzo-2016.pdf

ejemplo en el caso del otorgamiento de contratos con la administración pública.

2.1. El Acuerdo del 07 de junio de 2016

Mediante Acuerdo del 07 de junio de 2016 la Asamblea Nacional acordó rechazar categóricamente los controles que el Gobierno Nacional implementa sobre la distribución y suministro de alimentos y productos esenciales a través de los Comités Locales de Abastecimiento y Producción (CLAP), al constituir restricciones arbitrarias al derecho a la alimentación del pueblo venezolano que degeneran, además, en discriminaciones políticas. Se señaló que:

- Que en abril de 2016 el Gobierno Nacional anunció la creación de los Comités Locales de Abastecimiento y Producción (CLAP), como organizaciones orientadas al control político de la distribución de productos primera necesidad, especialmente de alimentos;
- Que el Decreto N° 2.323, publicado en la Gaceta Oficial N° 6.227 de 13 de mayo de 2016, al declarar el estado de excepción y de emergencia económica, permitió al Gobierno Nacional asignar a los CLAP diversas funciones de control e inspección para: "la correcta distribución y comercialización de alimentos y productos de primera necesidad ";
- Que los CLAP no están regulados en la legislación venezolana, con lo cual funcionan como organizaciones de hecho que se integran a estructuras partidistas del Gobierno Nacional, como las Unidades de Batalla Bolívar-Chávez (UBCH);
- Que el Gobierno Nacional ha anunciado su intención de crear un monopolio en cabeza de los CLAP para la distribución y suministro de productos de primera necesidad, especialmente, alimentos;

- Que los controles que el Gobierno Nacional pretende ejercer a través de los CLAP, constituyen un evidente caso de usurpación de funciones exclusivas de los Poderes Públicos;
- Que los controles que el Gobierno Nacional pretende ejercer a través de los CLAP, agravarán la ya delicada situación de desabastecimiento, escasez e inflación, dificultando todavía más el acceso de la población a los alimentos;
- En la práctica, los CLAP actúan como organizaciones que promueven la discriminación y persecución política, condicionando el suministro de alimentos y productos de primera necesidad por razones políticas;

2.2. Informe de la Comisión Especial

La Comisión Especial de la Asamblea Nacional, encargada de documentar las violaciones de derechos humanos, con motivo de las protestas por hambre y realizar las investigaciones correspondientes, tanto para iniciar en los organismos competentes el castigo a los culpables, como elaborar recomendaciones de soluciones a los órganos competentes del poder público aprobó un Informe Final, contentivo de las denuncias recibidas.

Las denuncias registradas estuvieron referidas especialmente a la discriminación, exclusión sobreprecio y carencia en la distribución de los alimentos.

Discriminación	9
Falta de alimento	6
Exclusión	5
Sobre precio	5
Ausencia escolar por falta de alimento	4
Bajo rendimiento escolar por falta de alimento	2
Carencia de proteína	2
Demora en la entrega de la bolsa	2
Discriminación por sexo	2
Escasez de alimento	2
Acaparamiento de alimentos	1

Alimentos en mal estado	1
Amenaza por funcionarios públicos	1
Cobro por adelantado de la bolsa	1
Discriminación a personas con discapacidad	1
Exclusión a persona con discapacidad	1
Extorsión para la entrega de la bolsa	1
Falta de alimento en personas de tercera edad	1
Favoritismo	1
Maltrato por funcionarios públicos	1
Persecución	1
Poca capacidad de los CLAP para entregar alimento	1
Productos próximos a vencer	1
Total	52

La denuncia con mayor frecuencia fue la discriminación y favoritismo en la entrega y en segundo lugar la entrega esporádica de la bolsa. El 60% de los denunciantes son del sexo femenino. El mayor número de denuncias proviene del Distrito Capital, seguido en igual número de Aragua, Miranda y Zulia.

2.2.1. *Denuncias de exclusión*

- En algunos sectores populares de Caracas le colocan una "O" a las casas de las personas para identificarlas como opositor y no asignarle la bolsa de comida;
- La distribución de los alimentos es manipulada;
- El municipio Baruta se encuentra totalmente excluido de los CLAP porque existe un alto porcentaje de la población que pertenece a la clase media;
- La comida no llega a comunidades de oposición;
- En el Municipio Pedro Gual, si no se tiene carta de residencia no se puede acceder a comprar ningún tipo de alimentos;
- En los sectores que consideran de oposición las bolsas tienen menos productos;

- Se denunció al Consejo Comunal Luz y Esperanza porque no permiten que personas ajenas al grupo político que conforma el consejo, adquieran las bolsas;
- Discriminan en la entrega, les dan prioridad a los militantes del PSUV;
- El sindicato de obreros de la Asamblea Nacional ofreció unas bolsas de comida solo para los obreros que pertenecen al sindicato.

2.2.2. *Denuncia por extorsión para la entrega de la bolsa*

En el Zulia los CLAP comenzaron a entregar una bolsa de comida y dentro de la bolsa metían una planilla para recoger la firma en contra de la Ley de Amnistía y Reconciliación que estaba elaborando la Asamblea Nacional.

2.2.3. *Ausencia escolar por falta de alimento*

- La falta de alimentos produce deserción escolar;
- Los tienen que ir a hacer colas para que sus padres puedan comprar alimentos;
- Los niños se desmayan en clase porque sólo hacen una o dos comidas al día;
- El rendimiento escolar está bajando por la carencia del alimento diario;
- La desnutrición afecta el desarrollo físico de los niños, tanto en su crecimiento y como en su desarrollo cognitivo.

2.2.4. *Falta de alimento en personas de tercera edad*

- Las instituciones de cuidado de personas de la tercera edad no son tomados en cuenta para el CLAP, ni PDVAL.

2.2.5. *Insuficiente capacidad de los CLAP para entregar alimentos*

- En Gramovén, en Catia, entregaron entre 1300 – 1500 bolsas, ese sector que tiene 34 consejos comunales, lo que da un promedio de 44 familias beneficiadas por cada consejo comunal, y se debe aclarar que cada consejo comunal está integrado entre 150 y 400 familias.

2.2.6. *Exclusión a persona con discapacidad*

- Una persona con discapacidad condición física conocida como osteogénesis imperfecta denunció que le negaron la bolsa de alimentos

2.2.7. *Amenaza por funcionarios públicos*

- Se denunció la amenaza por un alcalde y la agresión por policía con armas de fuego, perdigonazos y maltratos a las personas.

  Se les quitó el derecho a la comida por no permitir que tomaran fotos al momento de comprar la bolsa.

2.2.8. *Demora en la entrega de la bolsa*

- En la comunidad Manuel Ezequiel Bruzual, entregan la bolsa cada 2 meses, que lleva un precio alto estipulado y no llevan proteína.

2.2.9. *Sobreprecio*

- Productos como leche, el aceite y mantequilla, se venden con precios al 1000% por encima del costo.

2.2.10. *Denuncia por discriminación por sexo.*

- No le venden las bolsas a una mujer sola por no tener pareja

3. La mora legislativa

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha expresado su preocupación por la falta de un marco legal integral de lucha contra la discriminación que incluya todos los criterios establecidos en el Pacto (Art. 2 párr. 2). El Comité recomendó al Estado parte que agilice la elaboración y adopción de una legislación que garantice una protección suficiente contra la discriminación de conformidad al artículo 2 del Pacto, y que incluya todos los motivos de discriminación, incluyendo cualquier otra condición so-

cial, como orientación sexual e identidad de género. En ese sentido, el Comité señaló a la atención del Estado parte su Observación general Nº 20 (2009) sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales.

4. La protección internacional

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone en su artículo 2.2 que, los Estados Partes se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Esta disposición no sólo obliga a los gobiernos a desistir de cualquier comportamiento discriminatorio y a modificar las leyes y las prácticas que permitan la discriminación, sino que también establece el deber de los Estados Partes de prohibir a los particulares y a los organismos (terceros) practicar la discriminación en cualquier esfera de la vida pública.[176]

5. El principio de la reserva funcional

El primero de los problemas planteados se encuentra referido a la atribución de tareas públicas a particulares, con la intención de evadir las estrictas normas y responsabilidades del derecho público. Tal es el caso de los Co-

[176] Secretario del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Folleto informativo No.16 (Rev. 1) - Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet16Rev.1sp.pdf

mités Locales de Abastecimiento y Producción (CLAP). A través de los CLAP, el Gobierno Nacional pretende ejercer ciertos controles, que podrían configurar una usurpación de funciones exclusivas de los Poderes Públicos.

5.1. El derecho comparado

El artículo 33 numeral 4 de la Ley Fundamental de Alemania consagra el principio de la reserva funcional. El texto citado señala que, el ejercicio de facultades públicas será confiado, como regla general y con carácter permanente, a funcionarios del servicio público sujetos a una relación de servicio y lealtad, bajo un régimen de derecho público.[177]

El Tribunal Federal Constitucional ha establecido que, el Estado democrático de derecho, en el sentido de la Ley Fundamental presupone necesariamente la existencia de un Gobierno funcional y responsable. La delimitación de las competencias del Gobierno y la configuración de la responsabilidad puede tener variaciones en ciertos aspectos. Por ejemplo, la distribución de competencias entre el Parlamento y el Gobierno puede estar configurada de forma diversa; pero en todo caso, deben mantenerse las competencias del Gobierno que son necesarias para que el Gobierno cumpla su función en responsabilidad propia frente al Parlamento y frente al Pueblo.[178]

El orden democrático y de derecho establecido en la Ley Fundamental exige una responsabilidad reconocible del Estado y, en particular, un gobierno

[177] https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf
[178] BVerfGE 9, 268/1281 – Sindicatos de Funcionarios Públicos de Bremen http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/BVerfGE-9-268.htm

responsable. "El gobierno tiene debe asumir la responsabilidad frente al Parlamento en el ejercicio de la tarea de dirigir toda la actividad del Estado y de garantizar el cumplimiento de tales directrices por las instancias subordinadas".[179]

El poder de decisión política del gobierno, su capacidad de funcionamiento para cumplir con sus responsabilidades constitucionales, su responsabilidad frente al Pueblo y el Parlamento son preceptos obligatorios del Estado democrático de derecho de la Constitución.[180] La finalidad de la norma sería incumplida, si pudiera evadirse el cumplimiento de tareas públicas del ámbito de aplicación del Art. 33 aparte 4 de la Ley Fundamental, a través de su delegación en manos privadas.[181]

El principio de responsabilidad política no presupone la inadmisibilidad absoluta ámbitos de la Administración ejercidos por particulares, pero si la existencia de ciertas tareas del Gobierno, que de acuerdo con su importancia política no pueden ser excluidas del principio de responsabilidad del Gobierno y atribuidas a entes que resulten absolutamente independientes del Gobierno y el Parlamento.[182]

La determinación de cuáles asuntos resultan de tal importancia política, que sólo puede ser realizada en cada caso. En todo caso, estamos en presencia de funciones públicas, cuando se ejercen atribuciones que permiten interve-

[179] BVerfGE 9, 268/1281 – Sindicatos de Funcionarios Públicos de Bremen http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/BVerfGE-9-268.htm
[180] BVerfGE 9, 268/1281 – Sindicatos de Funcionarios Públicos de Bremen http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/BVerfGE-9-268.htm
[181] BVerfG, 2 BvR 133/10 vom 18.1.2012, Absatz-Nr. 136 http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/BVerfG-2-BvR-133-10.htm
[182] BVerfGE 9, 268/1281 – Sindicatos de Funcionarios Públicos de Bremen http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/BVerfGE-9-268.htm

nir en el ámbito protegido por derechos fundamentales en sentido estricto, es decir cuando el Poder Público interviene en forma inmediata a través de una orden o por medio de la fuerza, en libertades protegidas constitucionalmente.[183]

Mientras más intensiva resulte la afectación de los derechos fundamentales por parte de determinada actividad, entonces en esa misma medida, será menor la posibilidad de admitir la disminución de las garantías institucionales en la realización de tareas en forma calificada y fiel a la ley.[184]

5.2. La reserva funcional en Venezuela

En el ordenamiento jurídico venezolano, el principio de reserva funcional se encuentra establecido en el artículo 37 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, el cual prohíbe la contratación de personal para realizar funciones correspondientes a los cargos previstos en dicha Ley, esto es, para el ejercicio de una función pública remunerada, con carácter permanente (art. 3).

En el presente caso, ha sido atribuida a los Comités Locales de Abastecimiento y Producción (CLAP), diversas funciones de control e inspección para: "la correcta distribución y comercialización de alimentos y productos de primera necesidad."

[183] BVerfG, 2 BvR 133/10 vom 18.1.2012, Absatz-Nr. 140
http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/BVerfG-2-BvR-133-10.htm
[184] BVerfG, 2 BvR 133/10 vom 18.1.2012, Absatz-Nr. 149
http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/BVerfG-2-BvR-133-10.htm

Si bien la distribución de alimentos en situaciones normales no constituye una función exclusiva del Estado, sin embargo, en la situación excepcional de imposibilidad de acceso de la población a los alimentos, se convierte en una tarea humanitaria. La utilización de recursos del Estado para su cumplimiento y el carácter exclusivo que deriva de la negativa del Gobierno de aceptar ayuda internacional humanitaria, da lugar a que se deba calificar como una función del Estado que afecta gravemente los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Por tales motivos se trata de una tarea del Estado que no puede ser excluida del principio de responsabilidad en un Estado democrático.

Anteproyecto de ley sobre el deber de fidelidad a la Constitución

DER-DIAJ

Contenido:

Exposición de Motivos

Texto del anteproyecto de ley sobre el deber de fidelidad a la Constitución

Artículo 1.	El deber de fidelidad a la Constitución
Artículo 2.	Contenido
Artículo 3.	Juramento de fidelidad
Artículo 4.	Ámbito de aplicación
Artículo 5.	Normas marco
Artículo 6.	Elevado deber de fidelidad de los funcionarios
Artículo 7.	Funcionarios en situación de retiro
Artículo 8.	Aspirantes al servicio público
Artículo 9.	Otras categorías de servidores públicos
Artículo 10.	La conducta fuera del servicio
Artículo 11.	El nivel de afectación del deber de fidelidad
Artículo 12.	Infracción por imprudencia
Artículo 13.	Límites de la potestad sancionatoria
Artículo 14.	El ejercicio de un derecho fundamental
Artículo 15.	El exceso en el ejercicio del derecho

Exposición de Motivos

La democracia es un sistema que requiere mecanismos de defensa. Entre ellos se ubica una Administración Pública profesional, que permanezca estable frente a los cambios de gobierno, protegida frente al sistema del botín en el Estado de partidos. Un funcionario que permanece fiel a la Constitución y a la ley constituye un factor de equilibrio entre las entre las fuerzas políticas que dan forma al Estado.

El Tribunal Federal Constitucional alemán ha señalado que, cuando ya no sea posible confiar en la institucionalidad de la función pública, tanto la sociedad como el Estado se encontrarán perdidos en situaciones críticas.

En España, el deber de fidelidad es entendido en su formulación negativa, relativa a la obligación del funcionario de no actuar en contra de los fines y valores constitucionales. El deber de fidelidad a la Constitución se debe a la recepción en España, de la doctrina alemana, en la cual se exige al funcionario una adhesión activa y en todo momento a los principios constitucionales. El Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, establece en su art. 6a, como una falta muy grave, el incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución en el ejercicio de la Función Pública.

Texto del anteproyecto de ley sobre el deber de fidelidad a la Constitución

Artículo 1. El deber de fidelidad a la Constitución

Los funcionarios públicos y funcionarias públicas están al servicio del Estado y no de parcialidad política alguna. Deben cumplir sus funciones en base a los principios de imparcialidad y pluralismo político. Las funcionarias y funcionarios deben guardar fidelidad al Estado democrático y social de derecho y de justicia, establecido en la Constitución, a través de su conducta y procurar su mantenimiento.

Artículo 2. Contenido

En virtud del deber de fidelidad, los servidores públicos tienen los siguientes deberes:

1. Reconocer la vigencia del orden constitucional, como un bien jurídico digno de protección;

2.- Identificarse con el orden del Estado democrático y social de derecho y de justicia;

3. Abstenerse de actuar en contra de los fines y valores constitucionales;

4. Abstenerse de participar y colaborar con movimientos y agrupaciones, que tienen por objeto atacar, combatir y difamar a los órganos constitucionales y al orden constitucional;

5. Asumir una posición de defensa del Estado y procurar activamente su defensa, especialmente en tiempos de crisis y en situaciones de conflictos.

Artículo 3. Juramento de fidelidad

Antes de tomar posesión de sus cargos, los funcionarios o funcionarias públicos, deberán prestar el siguiente juramento de fidelidad a la Constitución:

"Juro cumplir fielmente la Constitución, las leyes de la República y los deberes inherentes al cargo. Juro defender activamente la vigencia de la democracia y el Estado social, de derecho y de justicia"

Artículo 4. Ámbito de aplicación

Se encuentran sujetos al deber de fidelidad a la Constitución:

1. Todos los funcionarios públicos y funcionarias públicas de carrera; los de elección popular; los de libre nombramiento y remoción; los contratados y contratadas, y cualquier otra categoría de servidores públicos;

2. Los empleados y empleadas al servicio de entes descentralizados funcionalmente con forma de derecho privado, en los cuales la República, los estados, los municipios, o algún instituto autónomo o ente público ten-

gan participación decisiva, en la medida en que tenga encomendadas el cumplimiento de funciones públicas, especialmente en tareas de intervención o de procura en el ámbito protegido por derechos fundamentales.

Artículo 5. Normas marco

Las normas y principios establecidos en la presente ley serán de aplicación directa por los Estados y Municipios, hasta tanto sean dictadas las leyes estadales y ordenanzas municipales que desarrollen los principios contenidos en la misma.

Artículo 6. Elevado deber de fidelidad de los funcionarios

Los funcionarios públicos se encuentran sujetos a un elevado deber de fidelidad a la Constitución. La infracción del deber de fidelidad por parte de un funcionario constituye una falta grave de los deberes del cargo y es causa de destitución.

Artículo 7. Funcionarios en situación de retiro

Los funcionarios en situación de retiro por antigüedad pueden incurrir en una situación similar a la infracción disciplinaria, cuando hubieran actuado en contra del orden constitucional de la democracia liberal o cuando hubieran tomado parte en movimientos que tienen por finalidad afectar la existencia o la seguridad de la República.

Artículo 8. Aspirantes al servicio público

El deber de fidelidad a la Constitución forma parte del principio de idoneidad para el ejercicio de la función pública. No podrán ser admitidos los aspirantes al servicio público y los funcionarios en período de prueba que no ofrezcan la suficiente garantía de cumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución.

Artículo 9. Otras categorías de servidores públicos

El deber de fidelidad a la Constitución corresponde a toda persona que preste servicios al Estado. La infracción de los deberes derivados del deber de fidelidad a la Constitución constituye una infracción grave a los deberes del cargo, y una causa destitución, de o bien, el rechazo de su solicitud de ingreso, cuando sea previsible que no tienen la idoneidad o la intención de cumplir con los mismos.

Artículo 10. La conducta fuera del servicio

El deber de fidelidad a la Constitución también comprende la conducta de los servidores del Estado fuera del horario de trabajo. Tales actividades pueden constituir una infracción a los deberes del cargo, en la medida en que influyan en la actividad del servicio público, en las funciones de la institución o en las tareas concretas que desempeñe.

Artículo 11. El nivel de afectación del deber de fidelidad

1. La separación del cargo de un funcionario por el incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución, sólo es posible en base a una infracción disciplinaria concreta.

2. La infracción disciplinaria del deber de fidelidad exige cierto grado de gravedad y de evidencia del incumplimiento del deber. Tales elementos se encuentran dados, cuando la convicción política del funcionario, contraria a la Constitución, genera consecuencias frente a su posición con respecto al orden constitucional del Estado, la forma de cumplimiento de sus funciones, su relación con sus compañeros de trabajo o sus actividades políticas.

3. Las dudas acerca de la fidelidad a la Constitución del aspirante a la función pública, deben encontrarse fundadas en situaciones de cierto peso, que analizadas desde un punto de vista objetivo, sean idóneas de generar una seria preocupación sobre el futuro cumplimiento de su deber de fidelidad.

4. La duda el cumplimiento del deber de fidelidad puede encontrarse fundada en conductas externas determinadas, cuya valoración permita asumir una posición subjetiva interna contraria al orden fundamental de la democracia liberal.

Artículo 12. Infracción por imprudencia

La infracción del deber de fidelidad a la Constitución por imprudencia, negligencia, o impericia será considerada como falta grave y será sancionada con amonestación escrita.

Artículo 13. Límites de la potestad sancionatoria

La potestad sancionatoria establecida en la presente ley no puede ser aplicada de forma que produzca un sacrificio innecesario o desproporcionado en el ámbito protegido por el derecho de libertad de expresión, o que tenga un efecto disuasivo o desalentador de su ejercicio.

Artículo 14. El ejercicio de un derecho fundamental

El hecho no es sancionable, cuando la valoración del ejercicio del derecho fundamental determine su prevalencia con respecto a los bienes jurídicos protegidos por la norma sancionatoria.

Artículo 15. El exceso en el ejercicio del derecho

El hecho no es sancionable, cuando sea el resultado de excesos en el ejercicio del derecho fundamental, siempre que éstos no alcancen a desnaturalizarlo o desfigurarlo. Tal es el caso, cuando el acto aún se ajusta al contenido y finalidad del ejercicio del derecho fundamental, de forma que la sanción podría tener un efecto disuasorio o desalentador de su ejercicio.

Anteproyecto de ley contra la discriminación política de personas al servicio del Estado

DER-DIAJ

Contenido:

Capítulo I
Disposiciones Generales
Artículo 1. El deber de imparcialidad política
Artículo 2. Ámbito de aplicación
Artículo 3. Normas marco
Artículo 4. Derecho de reunión y manifestación
Artículo 5. Derecho a la libertad expresión
Capítulo II
Prohibición de la discriminación política
Artículo 6. Contenido
Artículo 7. Elementos de la discriminación política
Artículo 8. Confidencialidad
Artículo 9. Contenido negativo
Artículo 10. Nulidad absoluta
Capítulo III
El derecho a la estabilidad provisional
Artículo 11. El derecho a la estabilidad provisional
Artículo 12. Sujetos protegidos
Artículo 13. Contenido
Artículo 14. Prohibición de pruebas restringidas de acceso
Capítulo IV
Mecanismos de control
Artículo 15. El deber de motivación

Artículo 16. Presunción
Capítulo V
Las declaraciones oficiales
Artículo 17. El respeto a todas las corrientes del pensamiento
Artículo 18. La formación libre de la opinión pública
Artículo 19. Delimitación
Artículo 20. Régimen jurídico
Artículo 21. El principio de neutralidad política
Capítulo VI
Deberes de los servidores públicos
Artículo 22. Limitaciones a derechos fundamentales
Artículo 23. La actividad política dentro del servicio
Artículo 24. Deber de moderación y discreción
Capítulo VII
Las sanciones
Artículo 25. Sanciones
Artículo 26. El principio de idoneidad
Artículo 27. El principio de necesidad
Artículo 28. La ponderación
Artículo 29. Infracción por imprudencia
Artículo 30. Límites de la potestad sancionatoria
Artículo 31. El ejercicio de un derecho fundamental
Artículo 32. El exceso en el ejercicio del derecho

Capítulo I
Disposiciones Generales

Artículo 1. El deber de imparcialidad política

Las personas a que se refiere la presente ley están al servicio del Estado y no de parcialidad política alguna. Deben cumplir sus tareas en base a los principios de imparcialidad y pluralismo político.

Artículo 2. Ámbito de aplicación

Se encuentran sujetos a los deberes establecidos en la presente ley:

1. Todos los funcionarios públicos y funcionarias públicas de carrera; los de elección popular; los de libre nombramiento y remoción; los contratados y contratadas, y cualquier otra categoría de servidores públicos;

2. Los empleados y empleadas al servicio de entes descentralizados funcionalmente con forma de derecho privado, en los cuales la República, los estados, los municipios, o algún instituto autónomo o ente público tengan participación decisiva;

3) Los particulares, en la medida en que tengan encomendado el cumplimiento de funciones públicas, especialmente en tareas de intervención o de procura en el ámbito protegido por derechos fundamentales.

Artículo 3. Normas marco

Las normas y principios establecidos en la presente ley serán de aplicación directa por los Estados y Municipios, hasta tanto sean dictadas las leyes es-

tadales y ordenanzas municipales que desarrollen los principios contenidos en la misma.

Artículo 4. Derecho de reunión y manifestación

Las personas a que se refiere la presente ley tienen derecho a participar en reuniones públicas y manifestaciones, siempre que su actuación se realice fuera del servicio, incluso cuando su objeto se refiera a opiniones críticas frente al Estado o a los superiores.

Artículo 5. Derecho a la libertad expresión

Las personas a que se refiere la presente ley tienen derecho a expresar y difundir libremente sus opiniones, con independencia de si lo expresado resulta con o sin fundamento, emocional o racional, o si puede ser calificada de valiosa o sin valor, peligrosa o inocua. Gozarán de protección especial las opiniones emitidas en asuntos de interés público.

Capítulo II
Prohibición de la discriminación política

Artículo 6. Contenido

No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social, opinión política, o cualquier distinción, exclusión o preferencia que, en general, tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

Artículo 7. Elementos de la discriminación política

Se considera una actuación discriminatoria:

1) La emisión de declaraciones de funcionarios de rango superior al afectado, en las que se advierten posibles represalias a las personas a que se refiere la presente ley;

2) La compilación de datos o la existencia de registros oficiales o privados que contengan información sistemática acerca de la actividad, ideología o preferencia política de grupos de personas protegidos por la presente ley;

Artículo 8. Confidencialidad

Sólo con autorización expresa de su titular pueden ser transferidos los datos referidos a la raza, el sexo, el credo, la condición social, la convicción política o ideológica, la participación en organizaciones sindicales, la salud, o aquellas que, en general, puedan ser empleados para anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades del funcionario.

Se exceptúan de la protección especial a que se refiere este artículo, los datos concernientes a la idoneidad de la persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores, en la medida en que se propicie el proceso libre de formación de la opinión pública; el control y la transparencia de la actua-

ción de los órganos del Poder Público, o la participación ciudadana en la gestión pública.

Artículo 9. Contenido negativo

Las instituciones del Estado no podrán ejercer ningún tipo de coerción en el ejercicio de las libertades fundamentales de las personas a que se refiere la presente ley. En consecuencia, se prohíbe cualquier distinción, exclusión o preferencia relacionada con:

1) El uso de uniformes o prendas con símbolos que se identifiquen con tendencia política alguna;

2) La emisión expresiones que se identifiquen con tendencia política alguna;

3) La participación en reuniones o manifestaciones con fines políticos o la afiliación y permanencia en organizaciones de tal naturaleza;

4) La exposición en el lugar de trabajo a símbolos, imágenes o expresiones que se identifiquen con tendencia política alguna.

Artículo 10. Nulidad absoluta

Toda distinción, exclusión o preferencia que, en general, tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación, fundada en la raza, el sexo, el credo, la condición social u opinión política es nula y no producirá ningún efecto.

Capítulo III
El derecho a la estabilidad provisional

Artículo 11. El derecho a la estabilidad provisional

Tiene derecho a la estabilidad provisional, toda persona que ejerza funciones públicas, con carácter permanente en un cargo dentro de la organización administrativa de un ente de naturaleza pública, con carácter permanente y bajo relación jerárquica de dependencia, siempre que hubiera superado el período de prueba.

Artículo 12. Sujetos protegidos

El derecho a la estabilidad provisional ampara a quienes desempeñen cargos de carrera, sin que se hubiesen realizado los respectivos concursos de ingreso, de conformidad con esta Ley.

También queda amparado por el derecho a la estabilidad provisional, el personal contratado bajo las condiciones indicadas en el artículo anterior.

También se encuentran amparados por el derecho a la estabilidad provisional, los funcionarios y funcionarias regidos por estatutos especiales, especialmente los siguientes:

1. Los funcionarios y funcionarias públicos al servicio del Poder Legislativo Nacional;

2. Los funcionarios y funcionarias públicos a que se refiere la Ley Orgánica del Servicio Exterior;

3. Los funcionarios y funcionarias públicos al servicio del Poder Judicial;

4. Los funcionarios y funcionarias públicos al servicio del Poder Ciudadano;

5. Los funcionarios y funcionarias públicos al servicio del Poder Electoral;

6. Los funcionarios y funcionarias públicos al servicio de la Procuraduría General de la República;

7. Los funcionarios y funcionarias públicos al servicio del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT);

8. Los miembros del personal administrativo de las universidades nacionales.

9. Los funcionarios y funcionarias policiales y los cuerpos de policía de la Administración Pública nacional, estadal y municipal

Artículo 13. Contenido

Las personas amparadas por el derecho a la estabilidad provisional no podrán ser objeto de rescisión de contrato, ni retiradas o desmejoradas en su cargo por causa distinta a las contempladas en la presente ley, hasta tanto el cargo que ocupa temporalmente sea provisto mediante el correspondiente concurso público.

Artículo 14. Prohibición de pruebas restringidas de acceso

La convocatoria a concurso no puede encontrarse restringida a los funcionarios y funcionarias con estabilidad provisional, sino que deben tener carácter público. Tampoco podrán establecerse valores especiales en el respectivo baremo, al ejercicio del cargo en situación de provisionalidad.

Capítulo IV
Mecanismos de control

Artículo 15. El deber de motivación

Los actos que den lugar a una distinción, exclusión o preferencia en el empleo y la ocupación, incluso cuando hubieran sido dictados en ejercicio de una facultad discrecional, deben hacer referencia a los hechos y a los fundamentos legales del acto. La motivación debe contener los elementos principales del asunto debatido y su fundamentación legal, con el objeto de garantizar al interesado el conocimiento del juicio que sirvió de fundamento para la decisión.

La actividad del Poder Público, se encuentra sometida al concepto de razonabilidad, cuya manifestación comprende la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad propiamente dicha.

Artículo 16. Presunción

Cuando existan indicios de que la remoción, destitución o desmejora en el cargo se produjeron a causa del ejercicio de un derecho fundamental, co-

rresponderá al responsable la carga de demostrar que la se encontraba justificada en motivos legítimos.

Constituye indicio suficiente, a los efectos del presente artículo, la conexión temporal entre el conocimiento del ejercicio del derecho fundamental y las medidas adoptadas, así como cualquier otro indicio externo que permita afirmar que la verdadera intención del órgano era distinta a la prevista por el legislador.

Capítulo V
Las declaraciones oficiales

Artículo 17. El respeto a todas las corrientes del pensamiento

El respeto a todas las corrientes del pensamiento 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.

Artículo 18. La formación libre de la opinión pública

La intervención de los órganos del Estado en el proceso de la opinión pública sólo es admisible en virtud de disposiciones legales expresas, basadas en una legitimación constitucional válida.

Artículo 19. Delimitación

Constituyen declaraciones y comunicaciones oficiales las expresiones públicas de los funcionarios que se emiten en ejercicio del cargo, siempre que la actuación sea imputable al órgano y no al funcionario personalmente.

También se consideran declaraciones y comunicaciones oficiales, las emitidas por organizaciones privadas, que reciben aportes del Estado, para el cumplimiento de tales tareas.

No serán consideradas declaraciones y comunicaciones oficiales aquellas que sean a tal punto atribuibles a la opinión personal o al punto de vista del funcionario, que predomine la condición personal, de tal forma que una declaración del órgano ya no sería idónea para restablecer la afectación del derecho infringido.

Cuando el asunto, al cual se refieren las expresiones del funcionario guarde relación con el servicio público y los no prevalezcan los elementos personales, aún cuando puedan ser reconocidos, se presumirá que se trata de declaraciones y comunicaciones oficiales.

Artículo 20. Régimen jurídico

Las declaraciones y comunicaciones oficiales se sujetan al principio de legalidad y requieren de una justificación material, razonable y proporcional, referida a la necesidad de protección de bienes jurídicos.[185]

Artículo 21. El principio de neutralidad política

El Estado tiene el deber de mantener la debida neutralidad política e ideológica, en consecuencia:

[185] SCON-TSJ 14/03/2001 EXP. Nº: 00-1797

1) El Estado no podrá privilegiar determinadas posiciones políticas, identificándose con ellas, como tampoco podrá perjudicar a otras por motivo de su contenido;

2) Los poderes públicos deben abstenerse de cualquier valoración positiva o negativa de las plurales expresiones ideológicas de la sociedad.

3) Los órganos del Estado no podrán destinar 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.

Capítulo VI
Deberes de los servidores públicos

Artículo 22. Limitaciones a derechos fundamentales

Los deberes establecidos en la presente ley limitan derechos fundamentales de las personas al servicio del Estado. Su infracción dará lugar a sanciones disciplinarias, en la medida en que pueda resultar afectada la confianza del ciudadano en la neutralidad del órgano, la imagen de la institución o el derecho a un ambiente de trabajo libre de debates políticos.

Artículo 23. La actividad política dentro del servicio

El ejercicio de la actividad política, en ejercicio del cargo, de tal forma que la actuación sea imputable al órgano y no al funcionario personalmente, constituye una infracción del deber de neutralidad y será considerada una falta muy grave de los deberes del cargo que conlleva la sanción de destitución.

La misma sanción será impuesta a quienes incurran en conductas discriminatorias, en contra de las personas a que se refiere la presente ley.

Artículo 24. Deber de moderación y discreción

En los casos de actividad política, ejercida fuera del servicio, el funcionario debe mantener la debida moderación y discreción, que deriva de su posición frente a la colectividad y bajo la consideración de los deberes que derivan de su cargo.

La actividad política del funcionario, ejercida fuera del servicio, no debe ser realizada en una forma que sea capaz de afectar la confianza del ciudadano en el ejercicio objetivo e imparcial de la función pública o que afecten la capacidad de la institución de cumplir adecuadamente sus objetivos.

Capítulo VII
Las sanciones

Artículo 25. Sanciones

En casos de infracción grave de los deberes establecidos en la presente ley, se impondrá la sanción de destitución.

En casos menos graves, la infracción de los deberes establecidos en la presente ley sólo dará lugar a una amonestación, siempre que se considere suficiente para lograr un efecto disuasivo de la repetición de la conducta.

En el caso de infracciones cometidas por particulares que tengan encomendados el cumplimiento de funciones públicas, especialmente en tareas de intervención o de procura en el ámbito protegido por derechos fundamenta-

les, se impondrá multa de XX Unidades Tributarias hasta XXXX Unidades Tributarias.

Artículo 26. El principio de idoneidad

Para establecer si la sanción aplicada es eficaz para brindar protección a los bienes jurídicos en conflicto debe determinarse si la conducta realizada afectó realmente al bien jurídico protegido. En casos graves será suficiente la puesta en peligro del bien jurídico protegido, especialmente desde el punto de vista preventivo.

Artículo 27. 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.

Artículo 28. La ponderación

Para la determinación de la infracción y de la sanción aplicable se tomará en cuenta la proporcionalidad del daño o del peligro, con respecto a la importancia del derecho fundamental en juego, así como la intencionalidad del funcionario y el pronóstico de repetición de la conducta.

Artículo 29. Infracción por imprudencia

La infracción de los deberes establecidos en la presente ley, por imprudencia, negligencia, o impericia será considerada como falta leve y será sancionada con amonestación.

Artículo 30. Límites de la potestad sancionatoria

La potestad sancionatoria establecida en la presente ley no puede ser aplicada de forma que produzca un sacrificio innecesario o desproporcionado en el ámbito protegido por el derecho de libertad de expresión, o que tenga un efecto disuasivo o desalentador de su ejercicio.

Artículo 31. El ejercicio de un derecho fundamental

El hecho no es sancionable, cuando la valoración del ejercicio del derecho fundamental determine su prevalencia con respecto a los bienes jurídicos protegidos por la norma sancionatoria.

Artículo 32. El exceso en el ejercicio del derecho

El hecho no es sancionable, cuando sea el resultado de excesos en el ejercicio del derecho fundamental, siempre que éstos no alcancen a desnaturalizarlo o desfigurarlo. Tal es el caso, cuando el acto aún se ajusta al contenido y finalidad del ejercicio del derecho fundamental, de forma que la sanción podría tener un efecto disuasorio o desalentador de su ejercicio.

Anteproyecto de ley contra la discriminación política, en el marco de los derechos económicos, sociales y culturales

DIAJ-DER

CAPÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES
Artículo 1. Prohibición de discriminación
Artículo 2. Contenido
Artículo 3. El deber de imparcialidad política
Artículo 4. Ámbito de aplicación
Artículo 5. Normas marco
CAPÍTULO II
DISEÑO DE POLÍTICAS SOCIALES
Artículo 6. Planes y programas sociales
Artículo 7. Prohibiciones
Artículo 8. Nulidades
CAPÍTULO III
EL PRINCIPIO DE RESERVA FUNCIONAL
Artículo 9. Régimen jurídico de derecho público
Artículo 10. Los auxiliares de la Administración Pública
CAPÍTULO IV
GARANTÍAS DEL PROCEDIMIENTO
Artículo 11. Actos formales
Artículo 12. El procedimiento administrativo
Artículo 13. Medidas preventivas
Artículo 14. Informalidad

Artículo 15. Motivación de los actos
CAPÍTULO V
PROTECCIÓN DE LOS DATOS
Artículo 16. Autodeterminación de los datos
Artículo 17. Acceso público
Artículo 18. Protección especial
Artículo 19. Deber de información
CAPITULO VI
PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN
Artículo 20. El principio de neutralidad política
Artículo 21. Nulidad absoluta
Artículo 22. Presunción
Capítulo VI
DEBERES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS
Artículo 23. Limitaciones a derechos fundamentales
Artículo 24. Sanciones
Artículo 25. El principio de idoneidad
Artículo 26. El principio de necesidad
Artículo 27. La ponderación
Artículo 28. Infracción por imprudencia
Artículo 29. Límites de la potestad sancionatoria
Artículo 30. El ejercicio de un derecho fundamental
Artículo 31. El exceso en el ejercicio del derecho

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Prohibición de discriminación

No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social, opinión política, en el cumplimiento de las obligaciones del Estado, derivadas de los derechos económicos, sociales y culturales.

Artículo 2. Contenido

A los efectos de la presente ley, se entiende por discriminación toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que, por acción u omisión, con intención o sin ella, no sea objetiva, racional ni proporcional, que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos económicos, sociales y culturales. La discriminación también comprende la incitación a la discriminación y el acoso.

Artículo 3. El deber de imparcialidad política

Los funcionarios públicos y los particulares, que tengan encomendado el cumplimiento de funciones públicas, especialmente en tareas de intervención o de procura en el ámbito protegido por derechos fundamentales, están al servicio del Estado y no de parcialidad política alguna. Deben cumplir sus tareas en base a los principios de imparcialidad, neutralidad ideológica y pluralismo político.

Artículo 4. Ámbito de aplicación

Se encuentran sujetos a los deberes establecidos en la presente ley:

1.- La República;

2.- Los estados;

3.- Los distritos;

4.- Los municipios;

5.- Los institutos públicos;

6.- Las Universidades Nacionales, Institutos, Colegios Universitarios Nacionales y otras instituciones públicas de educación superior;

7.- Las Academias Nacionales;

8.- Las sociedades mercantiles en las cuales la República o las demás personas a que se refiere este artículo tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento del capital social. Quedarán comprendidas además, las sociedades de propiedad totalmente estatal, cuya función, a través de la posesión de acciones de otras sociedades, sea coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía nacional;

9.- Las sociedades mercantiles en las cuales las personas a que se refiere el numeral anterior tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento del capital social;

10.- Los particulares, en la medida en que tengan encomendado el cumplimiento de funciones públicas, especialmente en tareas de intervención o de procura en el ámbito protegido por derechos fundamentales.

Artículo 5. Normas marco

Las normas y principios establecidos en la presente ley serán de aplicación directa por los Estados y Municipios, hasta tanto sean dictadas las leyes estadales y ordenanzas municipales que desarrollen los principios contenidos en la misma.

CAPÍTULO II

DISEÑO DE POLÍTICAS SOCIALES

Artículo 6. Planes y programas sociales

Las normas que dispongan la creación de planes y programas para el cumplimiento de las prestaciones del Estado, derivadas de los derechos económicos, sociales y culturales deberán cumplir los siguientes requisitos mínimos para su aprobación:

1.- Realizar el procedimiento previo de consulta pública, que permita la participación de personas y de las comunidades organizadas, de conformidad con lo dispuesto en la Ley;

2.- Indicar con precisión los criterios que deberán ser tomados en consideración para el otorgamiento de las prestaciones;

3.- Establecer con claridad las condiciones y requisitos para la exigibilidad del derecho por parte de los ciudadanos, así como las causas que pueden dar lugar a la modificación y revocación del mismo;

4.- Garantizar la exclusión de toda vinculación con partidos y agrupaciones políticas, en el procedimiento administrativo y en su ejecución;

5.- Establecer expresamente la prohibición de distinciones por motivos fundados en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.

Artículo 7. Prohibiciones

Las prestaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales deberán destinarse únicamente al objeto para el que hayan sido establecidas.

No podrá ser ordenado ningún pago con cargo al presupuesto público en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que no cumpla con las condiciones establecidas en la presente Ley.

Artículo 8. Nulidades

Los planes y programas sociales que sean aprobados por los órganos o entes públicos o propuestas por éstos a otras instancias serán nulos de nulidad absoluta si no han cumplido los requisitos establecidos en la presente ley.

Las operaciones de crédito público realizadas en contravención a las disposiciones establecidas en esta Ley, se considerarán nulas, sin perjuicio de la responsabilidad de quienes las realicen.

CAPÍTULO III

EL PRINCIPIO DE RESERVA FUNCIONAL

Artículo 9. Régimen jurídico de derecho público

El cumplimiento de las obligaciones del Estado, derivadas de los derechos económicos, sociales y culturales será atribuido a órganos sujetos al régimen jurídico de derecho público y su personal estará regido por el régimen del Estatuto de la función pública.

Los institutos, empresas, fundaciones, asociaciones y sociedades civiles del Estado y demás entes descentralizados funcionalmente, que tengan por objeto el cumplimiento de las obligaciones del Estado, derivadas de los derechos económicos, sociales y culturales, ajustarán su actuación a las reglas de derecho público, establecidas en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y demás leyes especiales, en sus relaciones jurídicas con los titulares de tales derechos fundamentales. Sus empleados se regirán por la ley que regule el estatuto de la función pública.

Artículo 10. Los auxiliares de la Administración Pública

En situaciones excepcionales, en las cuales resulte insuficiente la dimensión y estructura organizativa de los órganos y entes de la Administración Pública para el cumplimiento de sus metas y objetivos, podrán atribuirse a personas sujetas al derecho privado la ejecución de tales tareas.

En tales casos, debe establecerse un régimen especial de responsabilidad y control, que garantice el cumplimiento de los fines de la presente ley y la

responsabilidad del Estado, por la actuación de los auxiliares de la Administración Pública. Las decisiones esenciales para hacer efectivos los derechos de los ciudadanos sólo podrán ser asumidas por los órganos de adscripción.

CAPÍTULO IV

GARANTÍAS DEL PROCEDIMIENTO

Artículo 11. Actos formales

La concesión de un beneficio en forma individual o destinado a un grupo indeterminado de personas, establecido en los planes y programas sociales, sólo podrá ser otorgada previo trámite del procedimiento administrativo y mediante acto administrativo formal.

El acto administrativo podrá ser emitido en forma escrita, electrónica, verbal o de otra forma. A solicitud de parte interesada, los actos emitidos en forma verbal deberán ser ratificados en forma escrita o electrónica.

Artículo 12. El procedimiento administrativo

Se entiende por procedimiento administrativo, la actividad con efectos externos del órgano administrativo, con el objeto de determinar los requisitos, la preparación y la emisión de un acto administrativo o de un contrato administrativo.

Artículo 13. Medidas preventivas

En situaciones urgentes, el procedimiento podrá ser realizado luego de la ejecución de medidas preventivas.

Artículo 14. Informalidad

El procedimiento administrativo no se encuentra sujeto a otras formalidades que las establecidas en la ley, con base a los principios de simplificación, racionalidad y celeridad.

Artículo 15. Motivación de los actos

Las decisiones que nieguen, revoquen o modifiquen total o parcialmente un beneficio establecido en los planes y programas sociales, así como aquellas cuyo otorgamiento implique la negativa a otros interesados, deberán contener una indicación detallada de los motivos y fundamentos del acto, con especial precisión de los elementos que la norma hubiera dejado a juicio de la autoridad administrativa.

CAPÍTULO V

PROTECCIÓN DE LOS DATOS

Artículo 16. Autodeterminación de los datos

El derecho a la autodeterminación de los datos comprende la facultad de individuo de decidir libremente cuándo y en qué medida puede llevarse a

cabo la obtención, almacenamiento, utilización y transferencia de los datos relacionados con su persona, de forma individualizada o individualizable.[186]

Artículo 17. Acceso público

El derecho a la autodeterminación de los datos protege la facultad de individuo de decidir libremente cuándo y en qué medida puede ser de libre acceso algún elemento de su información personal.[187]

Artículo 18. Protección especial

Sólo con autorización expresa de su titular y en virtud de una facultad establecida claramente en la Ley, pueden ser obtenidos, almacenados, utilizados o transferidos los datos referidos a la raza, el sexo, el credo, la condición social, la convicción política o ideológica, la participación en organizaciones sindicales, la salud, o aquellas que, en general, puedan ser empleados para anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de la persona.[188]

Artículo 19. Deber de información

En los casos en que, en virtud de una disposición legal expresa, el órgano administrativo lleve a cabo la obtención, almacenamiento, utilización y transferencia de datos relacionados con la persona, debe ser informarse de

[186] BVerfGE 115, 320/341 - Rasterfahndung II
http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv115320.html
[187] BVerfGE 65, 1/42 – Volkszählung
http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv065001.html
Sentencia BVerfGE 65, 1 [Censo de Población]
http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf
[188] BVerfGE 115, 320/341 - Rasterfahndung II
http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv115320.html

inmediato al afectado, acerca del contenido, la finalidad de la actuación y la determinación del órgano autorizado al efecto.

En los casos en que, en virtud de una disposición legal expresa, el órgano administrativo requiera del interesado la indicación de datos personales o cuando su expresión sea necesaria para el otorgamiento de una prestación, debe informarse al interesado de la norma que establece tal obligación y de la consecuencia jurídica de la negativa, o de ser el caso, del carácter voluntario de la indicación de los datos.

CAPITULO VI

PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

Artículo 20. El principio de neutralidad política

El Estado y los particulares, que tengan encomendado el cumplimiento de funciones públicas, especialmente en tareas de intervención o de procura en el ámbito protegido por derechos fundamentales, tienen el deber de mantener la debida neutralidad política e ideológica, en consecuencia:

1.- Deben abstenerse de cualquier valoración positiva o negativa de las plurales expresiones ideológicas de la sociedad;

2.- No podrán destinar 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.[189]

[189] Art. 13 Ley contra la Corrupcion

3.- No podrán ejercer ningún tipo de coerción en el ejercicio de las libertades fundamentales de las personas a que se refiere la presente ley.

4.- No podrán emitir declaraciones, en las que se advierten ventajas, represalias o distinciones, a las personas a que se refiere la presente ley;

5.- No podrán hacer uso de uniformes, colores, imágenes o símbolos que se identifiquen con tendencia política alguna, en el ejercicio de sus funciones;

Artículo 21. Nulidad absoluta

Toda distinción, exclusión o preferencia que, en general, tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar la igualdad de oportunidades o de trato en el cumplimiento de las obligaciones del Estado, derivadas de los derechos económicos, sociales y culturales, fundada en la raza, el sexo, el credo, la condición social u opinión política es nula y no producirá ningún efecto.

Artículo 22. Presunción

Cuando existan indicios de que la negativa, revocatoria o modificación total o parcial de un beneficio establecido en planes y programas sociales, estuvo determinada por elementos discriminatorios, corresponderá al responsable la carga de demostrar que la se encontraba justificada en motivos legítimos.

Constituye indicio suficiente, a los efectos del presente artículo, la conexión temporal entre la medida y el conocimiento del ejercicio de un derecho fundamental o la obtención por cualquier medio de datos referidos a la raza,

el sexo, el credo, la condición social, la convicción política o ideológica, la participación en organizaciones sindicales, la salud, o aquellos que, en general, puedan ser empleados para anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de la persona, así como cualquier otro indicio externo que permita afirmar que la verdadera intención del órgano era distinta a la prevista por el legislador.

Capítulo VI

DEBERES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

Artículo 23. Limitaciones a derechos fundamentales

Los deberes establecidos en la presente ley limitan derechos fundamentales de los funcionarios públicos y de los particulares, que tengan encomendado el cumplimiento de funciones públicas, especialmente en tareas de intervención o de procura en el ámbito protegido por derechos fundamentales.

Su infracción dará lugar a sanciones disciplinarias, en la medida en que pueda resultar afectada la confianza del ciudadano en la neutralidad del órgano, la imagen de la institución o el derecho a un ambiente de trabajo libre de debates políticos.

Artículo 24. Sanciones

En casos de infracción grave de los deberes establecidos en la presente ley, se impondrá la sanción de destitución.

En casos menos graves, la infracción de los deberes establecidos en la presente ley sólo dará lugar a una amonestación, siempre que se considere suficiente para lograr un efecto disuasivo de la repetición de la conducta.

En el caso de infracciones cometidas por particulares que tengan encomendados el cumplimiento de funciones públicas, especialmente en tareas de intervención o de procura en el ámbito protegido por derechos fundamentales, se impondrá multa de XX Unidades Tributarias hasta XXXX Unidades Tributarias.

Artículo 25. El principio de idoneidad

Para establecer si la sanción aplicada es eficaz para brindar protección a los bienes jurídicos en conflicto debe determinarse si la conducta realizada afectó realmente al bien jurídico protegido. En casos graves será suficiente la puesta en peligro del bien jurídico protegido, especialmente desde el punto de vista preventivo.

Artículo 26. 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.

Artículo 27. La ponderación

Para la determinación de la infracción y de la sanción aplicable se tomará en cuenta la proporcionalidad del daño o del peligro, con respecto a la im-

portancia del derecho fundamental en juego, así como la intencionalidad del funcionario y el pronóstico de repetición de la conducta.

Artículo 28. Infracción por imprudencia

La infracción de los deberes establecidos en la presente ley, por imprudencia, negligencia, o impericia será considerada como falta leve y será sancionada con amonestación.

Artículo 29. Límites de la potestad sancionatoria

La potestad sancionatoria establecida en la presente ley no puede ser aplicada de forma que produzca un sacrificio innecesario o desproporcionado en el ámbito protegido por el derecho de libertad de expresión, o que tenga un efecto disuasivo o desalentador de su ejercicio.

Artículo 30. El ejercicio de un derecho fundamental

El hecho no es sancionable, cuando la valoración del ejercicio del derecho fundamental determine su prevalencia con respecto a los bienes jurídicos protegidos por la norma sancionatoria.

Artículo 31. El exceso en el ejercicio del derecho

El hecho no es sancionable, cuando sea el resultado de excesos en el ejercicio del derecho fundamental, siempre que éstos no alcancen a desnaturalizarlo o desfigurarlo. Tal es el caso, cuando el acto aún se ajusta al contenido y finalidad del ejercicio del derecho fundamental, de forma que la sanción podría tener un efecto disuasorio o desalentador de su ejercicio.

Anteproyecto de ley de libertad ideológica y pluralismo en la educación

DIAJ-DER

Contenido:

Exposición de motivos

Anteproyecto de ley de libertad ideológica y pluralismo en la educación

Artículo 1. Pluralismo ideológico en la educación
Artículo 2. Derechos de los padres
Artículo 3. El deber de neutralidad política e ideológica
Artículo 4. La libertad de cátedra
Artículo 5. Pluralismo ideológico
Artículo 6. Prohibición
Artículo 7. Prendas de vestir y otros símbolos externos
Artículo 8. Símbolos externos ideológicos
Artículo 9. Sanciones
Artículo 10. El principio de necesidad
Artículo 11. La ponderación
Artículo 12. Infracción por imprudencia
Artículo 13. Límites de la potestad sancionatoria
Artículo 14. El ejercicio de un derecho fundamental
Artículo 15. El exceso en el ejercicio del derecho

1. Exposición de motivos

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 funcionarios públicos y funcionarias públicas estén 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.

2. Anteproyecto de ley de libertad ideológica y pluralismo en la educación

Artículo 1. Pluralismo ideológico en la educación

La Educación es plural en su apertura a todas las corrientes del pensamiento universal, como instrumento del conocimiento científico, humanístico y tecnológico. Debe estar orientada al desarrollo pleno de la personalidad en una sociedad democrática basada en la valoración ética del trabajo y en la participación activa, consciente y solidaria en los procesos de transformación social.

Artículo 2. Derechos de los padres

Los padres tienen derecho a determinar libremente la educación de sus hijos. El sistema educativo debe mantener una posición abierta a contenidos y valores ideológicos y de cosmovisión, que permita considerar adecuadamente las diversas concepciones de los padres y evitar la promoción unilateral de tipo ideológico.

Artículo 3. El deber de neutralidad política e ideológica

El principio de neutralidad comprende la eliminación de toda acción de adoctrinamiento político, filosófico o ideológico. El sistema educativo no puede intervenir con parcialidad en las convicciones ideológicas de individuos o de comunidades.

En caso de conflictos que sean inevitables en la educación de niños de distinta convicción ideológica y de cosmovisión, debe procurarse un equili-

brio, en base al principio de tolerancia, como expresión de la dignidad humana.

Artículo 4. La libertad de cátedra

En el sistema educativo la libertad de cátedra 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.

Artículo 5. Pluralismo ideológico

En cumplimiento de su función de impartir a los estudiantes los fundamentos de la formación política las instituciones educativas deben procurar el desarrollo de la capacidad de los estudiantes de valorar las ideologías políticas, en base a criterios materiales propios, en el espectro de opiniones de una sociedad democrática y plural.

Artículo 6. Prohibición

En los establecimientos docentes o durante el curso de cualquier actividad extraescolar que se cumpla con fines educativos, no podrá realizarse ninguna actividad de proselitismo partidista o de propaganda política. Tampoco se permitirá la propaganda de doctrinas contrarias a la nacionalidad o a los principios democráticos consagrados en la Constitución.

Artículo 7. Prendas de vestir y otros símbolos externos

La decisión de usar prendas de vestir y otros símbolos externos forma parte del ámbito de protección del derecho a la libertad ideológica del docente, el cual se encuentra en relación estrecha con el principio constitucional de la dignidad humana.

Artículo 8. Símbolos externos ideológicos

El uso de prendas de vestir y otros símbolos externos en el ejercicio de la función docente puede constituir una infracción a los deberes del cargo, en la medida en que sea capaz de ejercer influencia unilateral en los estudiantes; de producir eventuales conflictos con el derecho de los padres; de generar una afectación de la paz escolar y de poner en peligro el cumplimiento del deber de impartir el servicio educativo.

Para determinar si determinadas prendas de vestir u otros símbolos externos son o no una expresión ideológica o de cosmovisión, debe ser tomado en consideración, tanto el efecto que producen, como los posibles significados que le son atribuibles.

Artículo 9. Sanciones

La infracción de las normas de la presente ley, por parte de los miembros del personal docente y los profesionales o las profesionales de la docencia en ejercicio de cargos de dirección o supervisión de la educación serán sancionados con amonestación escrita; separación temporal del cargo hasta por un lapso de once meses; separación del cargo durante un período de uno a

tres años; destitución, o inhabilitación para el servicio en cargos docentes o administrativos, durante un período de tres a cinco años, según la gravedad de la falta, el daño causado y el pronóstico de repetición de la conducta.

Artículo 10. 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.

Artículo 11. La ponderación

Para la determinación de la infracción y de la sanción aplicable se tomará en cuenta la proporcionalidad del daño o del peligro, con respecto a la importancia del derecho fundamental en juego, así como la intencionalidad del funcionario y el pronóstico de repetición de la conducta.

Artículo 12. Infracción por imprudencia

La infracción de los deberes establecidos en la presente ley, por imprudencia, negligencia, o impericia será considerada como falta leve y será sancionada con amonestación.

Artículo 13. Límites de la potestad sancionatoria

La potestad sancionatoria establecida en la presente ley no puede ser aplicada de forma que produzca un sacrificio innecesario o desproporcionado

en el ámbito protegido por el derecho de libertad de expresión, o que tenga un efecto disuasivo o desalentador de su ejercicio.

Artículo 14. El ejercicio de un derecho fundamental

El hecho no es sancionable, cuando la valoración del ejercicio del derecho fundamental determine su prevalencia con respecto a los bienes jurídicos protegidos por la norma sancionatoria.

Artículo 15. El exceso en el ejercicio del derecho

El hecho no es sancionable, cuando sea el resultado de excesos en el ejercicio del derecho fundamental, siempre que éstos no alcancen a desnaturalizarlo o desfigurarlo. Tal es el caso, cuando el acto aún se ajusta al contenido y finalidad del ejercicio del derecho fundamental, de forma que la sanción podría tener un efecto disuasorio o desalentador de su ejercicio.

Ediciones anteriores

Para recibir notificaciones de la Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional REDIAJ, envíenos un correo electrónico con el asunto: **SUSCRIBIRSE** dirigido a **rediaj.an@gmail.com**

Vea también las ediciones anteriores de la REDIAJ, en:
http://www.estudiosconstitucionales.com/site2008/index2.php?seccion=legi

Vista previa:

Agosto 2016
Enero - Julio 2016

Descargar todo el documento:

Agosto 2016
Enero - Julio 2016

Contenido:

Presentación .pdf

Estudio de casos:

Refugio de damnificados en hoteles, pág. 286

Doctrina:

Breve análisis sobre el carácter orgánico de las leyes .pdf

Informes:

La incidencia presupuestaria de los proyectos de ley en materia de derechos económicos, sociales y culturales, pág. 302

Informe sobre el proyecto de ley especial de protección al salario, pág. 359
Estudio sobre el proyecto de ley de crisis humanitaria en salud a efectos de su segunda discusión, pág. 444
Informe preliminar sobre el proyecto de ley especial de seguridad social de los cuerpos policiales de la República Bolivariana de Venezuela, pág. 447
Informe sobre el Proyecto de Ley de Emolumentos del Personal Docente al Servicio de las Instituciones Educativas Oficiales Dependientes del Ejecutivo, Nacional, Estadal y Municipal, pág. 462
Informe Proyecto de Ley para la Protección de Pacientes con la Enfermedad o Condición Celiaca, pág. 468
Informe Jurídico sobre el Proyecto de Ley de Atención Integral y Protección para las personas con Trastornos del Espectro Autista (TEA), pág. 480
Informe sobre el Anteproyecto de Ley de de Garantía de Alimentación Escolar, pág. 484
El deber de consulta al ejecutivo nacional, según sentencia del 21/04/2016 de la Sala Constitucional .pdf
La vigencia temporal de la enmienda constitucional, según sentencia del 21/04/2016 de la Sala Constitucional.pdf
La infracción de la libertad de reunión y de expresión como mecanismo de persecución política en Venezuela. Especial referencia al caso de Leopoldo López y otros.pdf
La descentralización en Venezuela. Puertos, Aeropuertos y Carreteras.pdf

Legislación:

Anteproyecto de ley para la activación y fortalecimiento de la producción nacional, pág. 398
Ley de Reforma de la Ley del Banco Central de Venezuela .pdf
Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia .pdf
Anteproyecto de Ley Orgánica de Reuniones y Manifestaciones Públicas.pdf
Anteproyecto de Reforma de la Ley del Estatuto de la Función Pública.pdf
Proyecto de Ley de Transmisiones Simultáneas, Publicidad Oficial y Medios Públicos.pdf
Informe sobre medidas de intervención policial.pdf
Proyecto de Ley Orgánica de Transparencia, Divulgación y Acceso a la Información Pública.pdf