

Alexander Espinoza* (Venezuela)

La competencia del Gobierno para emitir declaraciones públicas y la libertad de expresión de los funcionarios públicos. Alemania, Venezuela y el sistema interamericano de derechos humanos

RESUMEN

Tanto la jurisprudencia venezolana como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han considerado que los pronunciamientos de funcionarios se encuentran protegidos por el derecho a la libertad de expresión y que, por tanto, no pueden ser considerados ilegítimos, sino que deben ser tolerados.

Con ello enfrentamos una paradoja. Se impone a los ciudadanos el deber de respetar el ejercicio de un derecho por parte de un funcionario, pero los derechos fundamentales no están allí para proteger al Estado, sino que surgieron como garantías de protección del individuo frente al Estado.

El Estado tiene un deber de moderación en la discusión pública. No es su tarea imponer a sus ciudadanos una determinada ideología, especialmente cuando resulte excluyente de toda otra forma de pensamiento. La libertad de expresión del funcionario no requiere de una justificación razonable, pero es objeto de limitaciones especiales.

Palabras clave: derechos fundamentales, libertad de expresión, afectación mediata o fáctica, funcionarios públicos, declaraciones públicas, información pública del Gobierno, advertencias sobre riesgos, fidelidad política, deber de moderación.

ZUSAMMENFASSUNG

Sowohl die venezolanische Rechtsprechung als auch der Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte vertreten die Auffassung, dass die Äußerungen von Beamten durch

* Doctor en Ciencias Jurídicas; *magíster legum*, Universidad de Passau (Alemania); pasantía de investigación, Universidad de Freiburg (Alemania). Presidente de la Fundación Instituto de Estudios Constitucionales de Caracas. contacto@estudiosconstitucionales.com.
<http://www.estudiosconstitucionales.com>.

das Recht auf Meinungsfreiheit geschützt und daher nicht als gesetzwidrig anzusehen, sondern zu tolerieren sind.

Damit steht man einem Widerspruch gegenüber. Einerseits werden die Bürger dazu verpflichtet, die Ausübung eines Rechts durch einen Beamten hinzunehmen, während andererseits die Grundrechte nicht dazu da sind, den Staat zu schützen, sondern vielmehr als Garantien zum Schutz des Einzelnen gegenüber dem Staat entstanden sind.

Der Staat ist in der öffentlichen Diskussion zur Mäßigung verpflichtet. Es ist nicht seine Aufgabe, den Bürgern eine bestimmte Ideologie aufzuzwingen, besonders dann, wenn diese jede andere Art zu denken ausschließt. Die Meinungsfreiheit von Beamten bedarf keiner Vernunft-begründeten Rechtfertigung, unterliegt jedoch besonderen Beschränkungen.

Schlagwörter: Grundrechte, Meinungsfreiheit, mittelbar faktische Betroffenheit, Beamte, öffentliche Erklärungen, öffentliche Information der Regierung, Risikowarnungen, politische Treue, Pflicht zur Mäßigung.

ABSTRACT

Both Venezuelan jurisprudence as well as that of the Inter-American Court of Human Rights have considered that statements made by public servants are protected by the right to freedom of expression, therefore, they must not be considered illegitimate and they must be tolerated.

Notwithstanding, this creates a paradox. Citizens have a duty to respect the exercise of a right by a public official, but fundamental rights do not exist to protect the State, on the contrary they emerged as guarantees to protect the individual against the State.

The State has a duty to be restrained in public discussion. It does not correspond to the State to impose a particular ideology on its citizens, especially when this ideology excludes of all other forms of thought. Public servants' freedom of expression does not require reasonable justification, but it is subject to limitations.

Keywords: Fundamental rights, freedom of expression, injury to fundamental right, mediate or factual affectation of fundamental rights, public servants, public statements, Governmental public information, risk warnings, political loyalty, duty of moderation.

1. Introducción

En el presente estudio trataremos de confrontar el tratamiento que reciben las manifestaciones de los funcionarios públicos en la jurisprudencia venezolana, alemana e interamericana. Seguiremos el esquema utilizado en la doctrina alemana por ser el más diferenciado. Veremos los siguientes casos:

En estos casos nos encontramos en presencia de expresiones públicas realizadas por funcionarios. Tanto el Tribunal Supremo venezolano como la Corte IDH consideraron que las expresiones se encontraban protegidas por el derecho a la libertad de expresión y que, por tanto, no podían ser consideradas ilegítimas, sino que debían ser toleradas.

Caso 1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se pronunció acerca de ciertas expresiones del entonces presidente de la República Bolivariana de Venezuela, que señalaban al canal de televisión RCTV como “jinetes del Apocalipsis”; “fascistas”, que tienen “una campaña de terrorismo”; “que están concertados en una acción contra el gobierno de Venezuela, contra el pueblo, contra las leyes y contra la república”; “mentirosos, perversos, inmorales, golpistas y terroristas”.*

Caso 2. 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”(SCON-TSJ, 11 de junio de 2014, Exp. 14-0313).**

Caso 3. 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 el marco de una 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 (PLENO-TSJ, 14 de enero de 2010, Exp. AA10-L-2007-000214).***

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

** Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/165491-651-11614-2014-14-0313.html>.

*** Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/tplen/Enero/6-14110-2010-2007-000214.html>.

Con ello enfrentamos una paradoja. Se impone a los ciudadanos el deber de respetar el ejercicio de un derecho por parte de un funcionario; la paradoja consiste en que los derechos fundamentales no están allí para proteger al Estado, sino que históricamente surgieron como garantías de protección del individuo frente al Estado.

2. Criterios de delimitación

Si utilizamos el esquema del derecho alemán deberíamos diferenciar, en primer lugar, entre las expresiones públicas de los funcionarios que se emiten en ejercicio del cargo, frente a aquellas manifestaciones que son atribuidas a su ámbito privado. Para ello se admite que, por regla general, la actuación es imputable al órgano y no al funcionario personalmente. Pretensiones dirigidas a la revocatoria y futura abstención de expresiones de funcionarios públicos deben ser planteadas en principio en contra de la institución y no en contra del funcionario. Las excepciones son válidas solo cuando la expresión es atribuible a tal punto a la opinión personal o al punto de vista, que predomine la condición personal, de tal forma que una declaración del órgano ya no

sería idónea para restablecer la afectación del derecho infringido. Tal presunción ha sido sostenida en casos en que las expresiones del demandado se encuentran en relación con el servicio público y que los elementos personales, aun cuando puedan ser reconocidos, no prevalecen.¹

Por su parte, la Corte IDH ha afirmado que las declaraciones de altas autoridades estatales pueden ser atribuibles al Estado.² En términos generales, todo menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido a la acción u omisión de cualquier autoridad pública constituye un hecho imputable al Estado, pues este responde por los actos y las omisiones de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial, aun si actúan fuera de los límites de su competencia.³

La Corte tomó en consideración que los referidos funcionarios hicieron uso, en ejercicio de su investidura, de los medios que el Estado les proporcionaba para emitir sus declaraciones y discursos.⁴ Si aplicamos estos criterios a los ejemplos planteados, tenemos lo siguiente:

Caso 1. Para el restablecimiento de la situación derivada de la calificación de RCTV como “jinetes del Apocalipsis”, “fascistas”, etc., sería idónea una declaración oficial. El tema controvertido no pertenece a la vida privada del funcionario, sino que guarda relación con sus funciones. La expresión fue difundida a través de medios del Estado en el programa *Aló Presidente*. Por ello coincidimos con la Corte IDH, en que se trata de una expresión oficial, emitida en ejercicio de sus funciones.

Caso 2. Expresiones tales como “patria, socialismo o muerte” son mensajes institucionales de uso obligatorio por orden del ministro de la Defensa, por lo que se trata claramente de un acto del poder público.

Caso 3. La expresión “le vamos a entrar a batazos” fue expuesta en el marco de una campaña electoral. Aquí podemos coincidir con la Sala Constitucional en que no se trata de una expresión oficial, sino del ejercicio de una actividad política, atribuible a la vida privada del funcionario.

Una vez realizada la anterior clasificación encontraremos que es aplicable un régimen jurídico distinto.

¹ VGH Baden-Württemberg Res. de 2 de noviembre de 1998, Az. 9 S 2434/98; BGH Res. de 19 de diciembre de 1960, Az.: GSZ 1/60.

² Corte IDH, caso *Perozo y Otros vs. Venezuela*, Sentencia de 28 de enero de 2009, párr. 130.

³ *Idem*.

⁴ *Ibid.*, párr. 150; Corte IDH, caso *Ríos y otros vs. Venezuela*, Sentencia de 28 de enero de 2009, párr. 138.

3. Régimen aplicable a las declaraciones de funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones

3.1. Venezuela

En el caso venezolano, mientras que en declaraciones contenidas en actos formales se exige normalmente el cumplimiento del principio de legalidad, en otros casos de declaraciones públicas de altos funcionarios se considera aplicable el derecho a la libertad de expresión. En los primeros se trata de actos que cumplen con las formalidades requeridas en la ley, mientras que en los segundos se trata de declaraciones verbales que pueden ser calificadas como actuaciones materiales o de hecho.

En un caso en el cual una sentencia penal desestimó una denuncia de “terrorismo judicial” y de “actuaciones con fines extorsivos”, la Sala Constitucional consideró que se trataba de “menciones inconsistentes y arbitrarias”, ya que lo que se estaba juzgando no era la extorsión, ni a la denunciante se le investigaba por tal delito.⁵

En el caso *Insaca*, la Sala Constitucional se pronunció acerca de una resolución dictada por el director de Drogas y Cosméticos en la cual se señalaba lo siguiente: “[...] empresas que disponen establecer 146 farmacias sugerimos investigárgeseles el origen de ese capital pues a nuestro entender es bien ‘dudoso’ ya que es un capital sumamente grande”.

En este caso, la Sala interpretó que la expresión de un funcionario público, contenida en un acto administrativo, se encuentra regida por el principio de legalidad.⁶

Por otra parte, la Sala Constitucional ha considerado que las expresiones del entonces presidente de la república que calificaban a Elías Santana como “otro representante de un sector pequeñísimo de la sociedad civil” no constituían informaciones inexactas o agraviantes, sino simples “opiniones, que se centran en la popularidad que dice tener el presidente comparada con la de los actores”⁷

Finalmente, hemos visto que tanto en el caso de los mensajes institucionales de la Fuerza Armada, como en el caso de la expresión “le vamos a caer a batazos”, el TSJ considera que se trata de una conducta protegida por el derecho a la libertad de expresión.

Creemos que la distinción entre actos formales y actuaciones materiales no justifica la aplicación de un régimen jurídico distinto. En ambos casos se trata de actos del poder público y no del funcionario como ciudadano.

⁵ SCON-TSJ, 19 de septiembre de 2000, Exp. 00-1136.

⁶ SCON-TSJ, 14 de marzo de 2001, Exp. 00-1797. Disponible en: http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/o51.htm.

⁷ SCON-TSJ, 12 de junio de 2001, Exp. 00-2760.

3.2. El sistema interamericano de derechos humanos

La Corte IDH ha señalado que no solo es legítimo sino que en ciertas ocasiones es un deber de las autoridades estatales pronunciarse sobre cuestiones de interés público.⁸ Como fundamento se alude a la importancia que posee la libertad de expresión en una sociedad democrática, especialmente aquella referida a asuntos de interés público.⁹

Tal criterio ha llevado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a señalar que los pronunciamientos del presidente de la República Bolivariana de Venezuela, que señalaban a RCTV como “jinetes del Apocalipsis”, “fascistas”, etc., pese a poder ser chocantes, fuertes, ofensivas o carentes de prudencia, no podían ser consideradas como un incumplimiento del Estado del deber de respetar el derecho a la libertad de pensamiento y de opinión, cuando justamente suponía su ejercicio.¹⁰

3.3. Alemania

En la jurisprudencia alemana se sostiene que el funcionario no puede hacer valer el derecho a la libertad de expresión en el cumplimiento de sus funciones.¹¹

Esta jurisprudencia ha rechazado, con algunas excepciones, que personas jurídicas de derecho público puedan ser titulares de los derechos fundamentales. Resultaría incompatible con la naturaleza de dichos derechos que el propio Estado sea al mismo tiempo deudor y acreedor de las obligaciones que derivan de ellos. La doctrina alemana nos recuerda que el ciudadano puede hacer todo aquello que no esté prohibido por la ley, mientras que el Estado puede hacer solo aquello para lo que se encuentra habilitado expresamente por la ley. El Estado no es titular de los derechos fundamentales porque no se encuentra en una situación de necesidad de protección especial, que es lo que justifica la existencia de tales derechos frente al poder estatal.

3.4. Análisis de los casos

Si aplicamos estos criterios a los ejemplos planteados tenemos lo siguiente:

⁸ Corte IDH, caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, Sentencia de 5 de agosto de 2008, párr. 131; Corte IDH, caso Ríos y otros vs. Venezuela, Sentencia de 28 de enero de 2009, párr. 139.

⁹ Corte IDH, caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, Sentencia de 5 de agosto de 2008, párr. 131.

¹⁰ Corte IDH, caso Ríos y otros vs. Venezuela, Sentencia de 28 de enero de 2009, párr. 215.

¹¹ BVerwG, 29 de octubre de 1987 - BVerwG 2 C 73.86, con más referencias.

Caso 1. La calificación de RCTV como “jinetes del Apocalipsis”, “fascistas”, etc., constituye una expresión de un alto funcionario en ejercicio de sus funciones, por lo que no se encuentra protegida por el derecho a la libertad de expresión, sino que, como toda competencia del Estado, requiere una justificación válida y proporcional.

Caso 2. El mismo criterio es aplicable a los mensajes institucionales como “patria, socialismo o muerte”.

Caso 3. 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.

A partir de este punto deberemos emplear dos métodos distintos. El funcionario público actúa en una doble dimensión. Por una parte, es el representante de una persona jurídica pública y su conducta es por completo atribuible a aquella. En este caso se trata del ejercicio de una competencia de un órgano del Estado y, como tal, se encuentra sujeto al principio de legalidad. Tal conducta requiere una justificación material, razonable y proporcional referida a la necesidad de protección de determinados bienes jurídicos.

Por otra parte, el funcionario puede actuar con la condición de individuo titular de derechos subjetivos frente al Estado, como ocurre con el derecho a la libre expresión del pensamiento. El esquema aplicable es radicalmente opuesto al anterior. No se requiere 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 es necesario 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 esta sea considerada por otros como útil o perjudicial, valiosa o carente de valor.¹²

Como se observa, la diferencia central entre ambos esquemas reside en que la actuación del Estado requiere una justificación legítima y proporcional a la afectación de los intereses de las personas. Tal justificación debe encontrarse referida a la necesidad de brindar protección a otro bien jurídico. Por el contrario, el ejercicio de la libertad de expresión del funcionario, en asuntos de su vida privada, no requiere una justificación razonable. El individuo constituye un valor en sí mismo, mientras que el Estado es un medio para alcanzar un fin.

¹² BVerfGvom, 12 de diciembre de 2000 - 1 BvR 1762/95 Benetton. Disponible en: http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/056.htm.

Además de la gran diferencia metodológica encontraremos, como es de suponer, una gran diferencia de resultado entre lo que puede expresar legítimamente el Estado al actuar como tal, y la libertad definitiva de lo que puede expresar el funcionario como individuo. Sin embargo, también encontraremos relaciones entre ambas dimensiones. Sobre todo, porque la libertad de expresión del funcionario encuentra límites que derivan de los especiales deberes de moderación, discreción y neutralidad del órgano.

4. Expresiones de funcionarios como una competencia del Estado

El trabajo de información pública del Gobierno ha estado tradicionalmente referido a la presentación de sus medidas y proyectos, a la representación y aclaratoria de sus propuestas acerca de las tareas que debían ser realizadas, así como a la promoción para obtener el respaldo necesario. En la actualidad, la actividad de información del Gobierno excede tales parámetros. En la democracia, la información al público acerca de importantes procesos, incluso fuera de su propia actividad política, pertenece a las tareas del Gobierno.¹³

4.1. Los límites materiales

Además de los límites formales, tales como la previsión legislativa y la competencia del órgano, encontramos límites materiales, especialmente los derivados de los derechos fundamentales de los individuos afectados por la declaración del órgano. También entran en juego ciertos principios e intereses generales.

4.1.1. Límites materiales en Venezuela

En la sentencia sobre el caso Insaca, la Sala Constitucional indicó que el Estado, en sus decisiones administrativas o judiciales, puede hacer afirmaciones sobre las conductas de las personas naturales o jurídicas. En principio, ello no constituye intromisiones ilegítimas o arbitrarias en el honor o la reputación de las personas. Sin embargo, determinadas afirmaciones pueden causar lesiones a los particulares en caso de no existir ninguna razón que las sustente. El artículo 28 de la Constitución procura que los registros falsos o que atenten contra los derechos constitucionales de las personas sean excluidos. Tal disposición debe aplicarse a las anotaciones de los expedientes que, siendo lesivas para las personas, carezcan de fundamentación. La ausencia de fundamento equivale a una anotación falsa, y por ello tales menciones deben ser tachadas.¹⁴

¹³ BVerfGE 105, 252/269 – Glykol.

¹⁴ SCON-TSJ J, 14 de marzo de 2001, Exp. 00-1797. Disponible en: http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/051.htm.

4.1.2. Límites materiales en el sistema interamericano

A pesar de que en la jurisprudencia antes mencionada de la Corte IDH se señala al derecho a la libertad de expresión como fundamento de las declaraciones de los funcionarios públicos, encontramos un caso en el cual altas autoridades del Estado peruano habían realizado declaraciones públicas donde señalaban a la señora J. como miembro de Sendero Luminoso, aun cuando no había sido condenada por tal delito.¹⁵

La Corte señaló que si bien la presunción de inocencia no impide que las autoridades mantengan debidamente informada a la sociedad sobre investigaciones penales, sin embargo tal principio requiere que cuando lo hagan guarden la debida discreción y la circunspección necesaria.¹⁶

4.1.3. Límites materiales en la jurisprudencia alemana

En la jurisprudencia alemana los límites materiales de las expresiones de los órganos del poder público se producen en niveles variables, dependiendo de la importancia de la materia que es objeto de afectación.

4.1.3.1. Afectación de la libertad de cultos a través de advertencias

En primer lugar, podemos referirnos a la libertad de cultos porque es una materia en la cual se exige en especial medida la obligación del Estado de mantener una posición neutral en asuntos religiosos o de cosmovisión, y de no poner en peligro la armonía religiosa en la sociedad.¹⁷

El Tribunal Federal Constitucional de Alemania se pronunció acerca de un recurso interpuesto por asociaciones denominadas Grupos-Osho, en contra de informes del Gobierno federal y de una conferencia del ministro para la Juventud, Salud y Familia. Exigieron que la República Federal de Alemania se abstuviera de utilizar determinadas expresiones acerca de su movimiento, tales como “secta”, “religión juvenil”, “secta juvenil” y “psicosecta”, así como el empleo de los atributos “destructivo” y “pseudorreligioso”, y la acusación de manipulación de miembros de la comunidad.

Señaló el tribunal que en el ámbito religioso el Estado se encuentra obligado frente al titular del derecho a una mayor distancia y neutralidad que en el ámbito de la economía.¹⁸

¹⁵ Corte IDH, caso J. vs. Perú, Sentencia de 27 de noviembre de 2013.

¹⁶ *Ibid.*, párr. 247.

¹⁷ BVerfGE 105, 279/294 – Osho. Disponible en: http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/BVerfGE105,279%20osho.htm.

¹⁸ Heintzen, Staatliche Warnungen als Grundrechtsproblem, 544.

El derecho a la libertad religiosa brinda protección frente a expresiones difamatorias, discriminatorias o falsas sobre una comunidad religiosa. Pero los titulares del poder del Estado no se encuentran impedidos de ofrecer información acerca de grupos religiosos o de determinada cosmovisión. Al Estado solo le está impedido privilegiar determinadas creencias o perjudicar a otro en virtud de sus creencias. En un Estado en el cual conviven seguidores de diferentes convicciones religiosas o ideológicas solo puede mantenerse una convivencia pacífica cuando el propio Estado mantiene la neutralidad en esos ámbitos; por tanto, el Estado debe mantener una especial moderación, la cual debe ser determinada según las circunstancias de cada caso.¹⁹

El Tribunal Federal Constitucional de Alemania consideró que el empleo de los atributos “destruictiva” y “pseudorreligiosa”, así como el acusar a una organización religiosa de manipular a sus miembros lesiona los derechos de dicha organización a ser tratada por el Estado con reserva y en forma neutral desde el punto de vista religioso-ideológico.²⁰ El Tribunal estimó que si bien la tarea de orientar al ciudadano a través de la actividad informativa del Estado era legítima, tales calificativos eran difamatorios para la parte recurrente. El Gobierno federal no había presentado motivos suficientes que, a pesar del principio de moderación, pudieran justificar sus expresiones, ni los mismos resultaban evidentes.²¹

4.1.3.2. El proceso de formación de la opinión sin la intervención del Estado

Además de derechos individuales, tales como el mencionado derecho a la libertad de cultos, o el derecho al honor y la reputación o, de ser el caso, el derecho a la libertad de empresa, nos interesa plantear la cuestión de en qué medida puede el Estado intervenir, en general, en la formación de la opinión pública en una sociedad democrática. Creemos que, en términos similares a la neutralidad religiosa, el principio de pluralismo político exige que no se haga uso del poder del Estado para agredir otras formas de pensamiento y que, además, no se pretenda imponer desde el Estado una determinada ideología política.

El Tribunal Federal Constitucional de Alemania ha señalado que en un sistema democrático el pueblo expresa su voluntad, no solo a través de elecciones y referendos, sino que además puede ejercer influencia en la formación de la voluntad política a través del proceso permanente de la opinión pública. Las relaciones entre la opinión pública y la política del Gobierno son de diversa índole. Pero la formación de tal política debe tener como punto de origen el pueblo y no los órganos del Estado; ello significa que se encuentra vedado a los órganos del mismo intervenir en el proceso de formación de la

¹⁹ BVerfGE 105, 279/294 – Osho. Disponible en: http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/BVerfGE105,279%20osho.htm.

²⁰ BVerfGE 105, 279/299 – Osho. Disponible en: http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/BVerfGE105,279%20osho.htm.

²¹ BVerfGE 105, 279/309 – Osho. Disponible en: http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/BVerfGE105,279%20osho.htm.

opinión del pueblo. Tal proceso debe permanecer “libre del Estado”. La intervención del Parlamento y el Gobierno en tal proceso solo es compatible con el principio de formación libre y plural de la opinión, en los casos en que puede encontrar una legitimación constitucional que le sirva de justificación. Por ello resultan admisibles, por ejemplo, las intervenciones a través de la actividad del Gobierno y el Parlamento de brindar declaraciones públicas, en la medida en que mantengan una relación con las tareas de su competencia.²²

El límite material de las expresiones de los órganos del Estado varía como resultado de la ponderación entre la importancia del bien jurídico protegido y el interés individual o general que resulte afectado.

Pero, incluso en casos en que no se afecte ningún derecho específico, debe haber cierta moderación del Estado al intervenir en la discusión pública. No es tarea de este la de mejorar a sus ciudadanos ni imponerles unilateralmente una determinada ideología, en especial cuando resulte excluyente de toda otra forma de pensamiento.

4.2. Análisis de los casos

Si aplicamos estos criterios a los ejemplos planteados tenemos lo siguiente:

Caso 1. Estimamos que la calificación de RCTV como “jinetes del Apocalipsis”, “fascistas”, que tienen “una campaña de terrorismo”, “que están concertados en una acción contra el gobierno de Venezuela, contra el pueblo, contra las leyes y contra la República” son expresiones excesivas, por cuanto aluden a hechos punibles que no han sido declarados como tales por el órgano judicial competente. Mientras que las expresiones “mentirosos, perversos, inmorales, golpistas y terroristas” son ofensas que infringen el derecho a la reputación y la libertad.

Caso 2. Los mensajes institucionales como “patria, socialismo o muerte”, “Chávez vive”, “la lucha sigue”, “hasta la victoria siempre” son consignas 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.

Caso 3. La expresión del entonces presidente de la República, “le vamos a entrar a batazos”, debe ser objeto de análisis con base en el esquema de limitación de la libertad de expresión de los funcionarios públicos, como veremos a continuación.

²² BVerfGE 20, 56/99 - Parteienfinanzierung I.

5. El derecho a la libertad de expresión del funcionario en el ámbito privado

5.1. Límites de la libertad de expresión del funcionario en Venezuela

En Venezuela encontramos tendencias contradictorias. Por una parte, la Sala Político-Administrativa ha ratificado sanciones impuestas a militares por haber participado en un acto de recolección de firmas citado por diversas organizaciones políticas para la convocatoria a un referendo revocatorio, a pesar de que de las declaraciones se observa una clara separación con el ejercicio del cargo: “me encontraba en la iglesia [...] un día domingo [...] vestido de civil”;²³ “me encontraba en la playa y una persona que viajaba en el Tour estaba recolectando firmas”;²⁴ “no estaba uniformada y me encontraba en compañía de mi esposo”.²⁵ Con ello se imponían limitaciones al funcionario, aun cuando no hubiera sido establecida ninguna relación entre el ejercicio de una actividad política y el funcionamiento de la Fuerza Armada.

Por otra parte, la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia venezolano ha sostenido que las expresiones, críticas, observaciones y señalamientos efectuados por el presidente de la república en el marco de una campaña electoral, específicamente la expresión “le vamos a entrar a batazos”, forman parte del derecho a la libertad de expresión que ostenta tal funcionario, “al igual que todos los ciudadanos y ciudadanas”;²⁶ con lo cual obvia las especiales limitaciones de los funcionarios, aun en su vida privada.

5.2. Límites de la libertad de expresión del funcionario en el sistema interamericano

En el sistema interamericano, dado que en criterio de la Corte IDH las declaraciones de los funcionarios públicos se basan en el ejercicio de la libertad de expresión, es coherente que también resulte aplicable el método de limitación del derecho. La Corte recuerda que la libertad de expresión no es un derecho absoluto y puede estar sujeta a restricciones, en particular cuando interfiere con otros derechos garantizados por la Convención.²⁷

²³ SPA-TSJ, 18 de abril de 2006, Exp. 2004-1049.

²⁴ SPA-TSJ, 24 de octubre de 2006, Exp. 2004-1046.

²⁵ SPA-TSJ, 25 de octubre de 2006, Exp. 2004-1048.

²⁶ TSJ J, 14 de enero de 2010, Exp. AA10-L-2007-000214.

²⁷ Corte IDH, Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, Sentencia de 5 de agosto de 2008, párr.

La Corte IDH ha señalado que las autoridades tienen el deber de constatar en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos en los que fundamentan sus opiniones. Se exige una diligencia aún mayor a la empleada por los particulares.²⁸

Como justificación de la posibilidad de restringir en mayor medida la libertad de expresión de los funcionarios públicos, la Corte IDH se ha referido a diversos elementos, tales como el alto grado de credibilidad del que gozan, evitar que los ciudadanos reciban una versión manipulada de los hechos,²⁹ la posición de garante de los derechos fundamentales de las personas,³⁰ su alta investidura, el amplio alcance y los eventuales efectos que sus expresiones pueden llegar a tener en determinados sectores de la población.³¹

Las declaraciones de los funcionarios públicos no pueden constituirse en formas de injerencia directa o indirecta o presión lesiva sobre los derechos de quienes pretenden contribuir a la deliberación pública mediante la expresión y difusión de su pensamiento,³² tales como periodistas, medios de comunicación y organizaciones defensoras de derechos humanos,³³ especialmente en situaciones de mayor conflictividad social, alteraciones del orden público o polarización social o política.

Los funcionarios públicos no pueden desconocer en sus declaraciones otros bienes jurídicos tales como la independencia judicial.³⁴ La Corte IDH ha compartido la opinión de un experto en el sentido que cuando la crítica pública de fallos o decisiones de los jueces se expresa en un lenguaje virulento, inmoderado, amenazante, intimidador y de mala fe, puede ser considerada como una amenaza o una interferencia a la independencia judicial.³⁵

5.3. La libertad de expresión del funcionario en Alemania

La jurisprudencia alemana ha reconocido que el funcionario, como todo ciudadano, también es titular de los derechos fundamentales.³⁶ También los militares pueden hacer valer el derecho a la libertad de expresión. El Estado y la sociedad no pueden tener interés en funcionarios acrícos.³⁷ Como ciudadano, el militar puede debatir con

²⁸ *Ibid.*, párr. 131; Corte IDH, caso Perozo y otros vs. Venezuela, Sentencia de 28 de enero de 2009, párr. 151.

²⁹ Corte IDH, caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, Sentencia de 5 de agosto de 2008, párr. 131; Corte IDH, caso Perozo y otros vs. Venezuela, Sentencia de 28 de enero de 2009, párr. 151.

³⁰ *Ibid.*, párr. 131 y párr. 151, respectivamente.

³¹ Corte IDH, Caso Perozo y otros vs. Venezuela, Sentencia de 28 de enero de 2009, párr. 151.

³² *Ibid.*, párr. 151; Corte IDH, Caso Ríos y otros vs. Venezuela, Sentencia de 28 de enero de 2009, párr. 139.

³³ Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, vol. II.

³⁴ Corte IDH, Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, Sentencia de 5 de agosto de 2008, párr. 131.

³⁵ *Ibid.*, párr. 157.

³⁶ BVerwG, 29 de octubre de 1987 - BVerwG 2 C 73.86, con más referencias.

³⁷ BVerwG 2 C 73.86, 13.

sentido crítico sobre asuntos políticos, sobre todo los referidos a la política de defensa y seguridad, e incluso llevar a cabo controversias con sus superiores y compañeros; ello también comprende hacer referencia a su pertenencia a la fuerza armada con indicación de su rango. El funcionario, incluso un fiscal del Ministerio Público, puede expresarse, con la debida razonabilidad y distancia, sobre cualquier tema, incluso de carácter político, en la medida en que no se refiera a un caso concreto bajo su responsabilidad.³⁸

En Alemania, el parágrafo 6o de la Ley Federal de Funcionarios establece el deber de moderación en los siguientes términos: “Las funcionarias y los funcionarios deben mantener la debida ponderación y recato en su actuación política, que corresponde a su posición frente a la colectividad y a la consideración a los deberes de su cargo”.

El derecho a la libertad de expresión puede ser objeto de las limitaciones establecidas en las leyes que regulan el ejercicio de la función pública. El funcionario debe preservar la debida moderación y discreción que derivan de su posición frente a la colectividad, en consideración a los deberes de su cargo. Tales deberes le impiden hacer uso del derecho a la libertad de expresión de forma tan amplia como cualquier otro ciudadano que no se encuentre sujeto a la disciplina que se requiere en función del interés público.³⁹

Dentro de los derechos del funcionario en su vida privada se encuentran los políticos. El funcionario puede tener una convicción política determinada e incluso realizar un activismo político-partidista en su ámbito privado. Sin embargo, el deber de moderación exige cautela para no poner en riesgo la confianza de los ciudadanos en una administración pública políticamente neutral e independiente de presiones indebidas.⁴⁰

No constituye una infracción del deber de moderación la crítica del funcionario, incluso en forma abierta, a la política del Gobierno. Para considerar infringida tal obligación deben presentarse otros elementos, tales como una crítica a la política del Gobierno en términos agresivos.⁴¹

El deber de moderación y discreción exige al funcionario, en todo caso, mantener una clara separación entre su cargo y la participación en el debate político. En su actividad fuera del servicio, el funcionario no debe dar la impresión de realizar una declaración oficial. Su deber resultaría infringido cuando el funcionario utiliza su cargo para hacer destacar su posición en el debate e imponer con mayor fuerza sus propios criterios políticos.⁴²

Como parámetro para determinar el alcance del principio de moderación pueden ser considerados, además de la forma y el contenido de la actividad política, el cargo de que se trata, en sentido jurídico y funcional, así como la relación de la actividad política con el cargo.

³⁸ *Idem.*

³⁹ BVerwG Urt. v. 18 de diciembre de 1953, Az.: II C 21.53 Absatz-Nr. 12.

⁴⁰ BVerwG Urt. v. 29 de octubre de 1987, Az.: BVerwG 2 C 73.86, Absatz-Nr. 14.

⁴¹ BVerwG, 16 de junio de 1999 - 1 D 74.98.

⁴² BVerwG 2 C 73.86, 14.

5.4. Análisis de casos

Caso 3. La situación sometida al conocimiento del TSJ en pleno se encontraba referida a la presunta comisión de los delitos de instigación a delinquir, apología del delito e incitación al odio. Pero 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.

5.5. La fidelidad a la Constitución

Finalmente debemos referirnos al desarrollo del principio de fidelidad política en el derecho alemán como un principio del cual derivan importantes limitaciones a la libertad de expresión del funcionario.

La historia de la institución de la función pública en Alemania, desde fines del siglo XVIII, ha conocido una especial vinculación del funcionario que se basa en un deber de fidelidad asociado y adquirido al inicio de la relación funcional. En la monarquía absoluta, tal deber de fidelidad se presentaba frente a la persona del monarca como representante del Estado. En la monarquía constitucional, el deber de fidelidad se manifestaba frente a la persona del monarca, quien se encontraba sujeto a la Constitución y excluido de la controversia política. Sus “servidores del Estado” estaban al servicio del bien común. En la República, el principio de fidelidad ha permanecido; el “servidor del Estado” debe fidelidad al Estado y a la Constitución.⁴³

Durante el régimen del nacional-socialismo en Alemania se estableció en la Ley Alemana de Funcionarios, de 26 de enero de 1937, el deber de fidelidad de todo funcionario al *Führer* y al *Reich*. La fidelidad frente al *Führer* se mantendría hasta la muerte. El juramento establecido a partir de 1934 era el siguiente: “Juro ser fiel y obediente al *Führer* (líder) del Imperio alemán y del pueblo, Adolfo Hitler, cumplir las leyes y mis deberes

⁴³ BVerfGE 39, 334/347 – Extremistas. Disponible en: http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/BVerfGE39,334.htm.

oficiales, con la ayuda de dios”.⁴⁴ La referencia al individuo y no a la Institución a la cual se debe fidelidad es un elemento característico de un Estado totalitario.

Durante la vigencia del régimen comunista de la República Democrática de Alemania (RDA) se requería una total identificación con el socialismo y con los principios del Partido Socialista Unido de Alemania (SED) para el ejercicio de la función pública. Con ocasión de la anexión de la RDA a la República Federal de Alemania se estableció la posibilidad de la terminación especial de la relación de empleo por falta de idoneidad de los funcionarios que se encontraban al servicio de la RDA.

El deber de fidelidad política no se refiere a la obligación de identificarse con determinada meta o determinada política del gobierno de turno. Más bien se alude al deber de disposición a identificarse con el orden del Estado liberal, democrático, social y de derecho. Ello no excluye la posibilidad de hacer críticas a la actuación del Estado o a promover modificaciones dentro del marco de la Constitución y a través de los medios previstos constitucionalmente, en la medida en que tal conducta no ponga en peligro al Estado y a su fundamento constitucional. Sin embargo, es indispensable que el funcionario reconozca al Estado, así como al orden constitucional como dignos de protección y, en tal sentido, forme parte de sus convicciones y sea capaz de actuar en consecuencia. El deber de fidelidad política (fidelidad al Estado y a la Constitución) exige, más allá de una posición desinteresada, fría y distante frente al Estado, que el funcionario se aleje claramente de grupos y pretensiones que tengan por finalidad atacar, combatir y difamar al Estado, a sus órganos constitucionales y a su orden constitucional vigente. Se espera de los funcionarios que reconozcan al Estado y su Constitución como un valor positivo a favor del cual vale la pena actuar. El deber de fidelidad política tiene gran trascendencia en tiempos de crisis y en situaciones de conflicto serias, en las cuales el Estado depende de que sus funcionarios tomen partido a su favor.⁴⁵

Bibliografía

- BADURA, Peter, *Der Eigentumsschutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes gegenüber der staatlichen Intervention im Bereich der Wirtschaft*, Festschrift, zum 125jährigen Bestehen der juristischen Gesellschaft zu Berlin. Herausgegeben von Dieter Wilke, 1984.
- BETHGE, Herbert, *Der Grundrechtseingriff*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer: Heft 57 1998 Walter de Gruyter - Berlin - New York.
- BRETTNER, Rüdiger, *Die staatliche Berufsregelung und Wirtschaftslenkung in Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Herausgegeben von Josef Isensee und Paul Kirchhof Band VI Freiheitsrechte §148 Heidelberg, 1989.

⁴⁴ Matthias Maack, *Die Umbildung des Beamtenrechts im Nationalsozialismus*, München, Grin Verlag, 2011, p. 15.

⁴⁵ BVerfGE 39, 334/348 Extremistas. Disponible en: http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/BVerfGE39,334.htm.

- BROHM, Winfried, "Rechtsstaatliche Vorgaben für Informellen Verwaltungshandeln", *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1994, Heft 3 Seite133.
- DI FABIO, Udo, "Information als hoheitliches Gestaltungsmittel", *Juristische Schulung*, 1997, 1.
- GALLWAS, Hans-Ullrich, *Faktische Beeinträchtigung im Bereich der Grundrechte*, Duncker & Humblot, 1970.
- _____, *Grundrechte*, 2. Aufl. Hermann Luchterhand Verlag, 1995.
- HECKMANN Dirk, "Eingriff durch Symbole? Zur Reichweite grundrechtlichen Schutzes vor geistiger Auseinandersetzung", *Juristenzeitung*, 1996, 880/884.
- HEINTZEN, Markus, "Staatliche Warnungen als Grundrechtsproblem", *Verwaltungsarchiv*, 81. Band, 1990, Seite 532.
- HOFFMANN, Michael, *Der Abwehranspruch gegen rechtswidrige hoheitliche Realakte*, Duncker & Humblot / Berlin.
- HÖSCH, Ulrich, *Probleme der Wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Konkurrentenklage*, *Die Verwaltung*, 30, Band, 1997, S. 211.
- ISENSEE, Josef, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht Handbuch des Staats Rechts Bd. 5*, §111.
- JARAS, Hans D., *Der Vorbehalt des Gesetzes bei Subventionen*, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1984, S. 473.
- DRITTSCHUTZ im Umweltrecht, *Festschrift für Rudolf Lukes: zum 65. Geburtstag / hrs. von Herbert Lessmann*, 1989.
- LEPPEK, Sabine, *Beamtenrecht*, 11. Auflage, C.F. Müller.
- MAACK, Matthias, *Die Umbildung des Beamtenrechts im Nationalsozialismus*, München, Grin Verlag, 2011.
- MAURER, Harmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9^{na}ed., München Verlag C.H.Beck, 1994.
- OSSENBÜHL, Fritz, "Umweltpflege durch hoheitliche Produktkennzeichnung", *Schriftenreihe Recht – Technik – Wirtschaft*; Bd. 72, 1995.
- PIETZCKER, Jost, *Grundrechtsbetroffenheit in der verwaltungsrechtlichen Dogmatik*, *Festschrift für Otto Bachof*, München, 1984.
- _____, *Das Verwaltungsrechtsverhältnis*, in *Die Verwaltung*, 30 Band, 1997, S. 281.
- REDEKER, Konrad, *Entwicklungen und Probleme verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung Bonn 860 Recht und Staat im sozialen Wandel Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 80. Geburtstag Herausgegeben von Norbert Achterberg u.a.*, 1983.
- ROH, Wolfgang, *Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum. Schriften zum Öffentlichen Recht Band, 660*, 1994.
- RÜSSEL, Ulrike, *Faktische Beeinträchtigung der Berufsfreiheit. Juristische Arbeitsblätter*, 1988, S. 406.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *Grundrechtswirkungen im Verwaltungsrecht, Rechtsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz. Festschrift für Konrad Redeker zum 70. Geburtstag Hrsg. von Bernd Bender u.a.*, 1993 Zit.: Aßmann, 1993.
- _____, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen – Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft.*

SCHOCH, Friedrich, "Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit", en DVBl. 1991, 667.

_____, "Folgenbeseitigung und Wiedergutmachung im Öffentlichen Recht", in Verwaltungs-Archiv, 79. Band – 1988 – S. 1.

SCHWABE, Jürgen, Probleme der Grundrechtsdogmatik, Darmstadt, 1977.

SODAN, Helge, "Gesundheitsbehördliche Informationstätigkeit und Grundrechtsschutz", Die Öffentliche Verwaltung - Oktober 1987 - Heft 19 S. 858.

_____, 42 Nomos-Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung Sodan/Ziekom (Hrsg.), 1996 Stand, 1999.

WAHL, Rainer, "Abschied von den „Ansprüchen aus Art. 14 GG“, in Rechtsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz, Festschrift für Redeker zum 70. Geburtstag. Hrsg. Von Bern Bender u.a. München 1993.

WEINHARDT, Dieter, Die Klagebefugnis des Konkurrenten Göttingen, 1973.