

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ISSN 2595-5667

The background of the cover is a photograph of the National Congress of Brazil (Câmara dos Deputados) building in Brasília. The building is a prominent landmark with its distinctive two tall, narrow towers and a large, curved, white structure. The image is taken from a low angle, showing the building's reflection in a pool of water in the foreground. The sky is a clear, light blue. The overall color palette is muted, with a dark brown overlay at the top and bottom.

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANO Nº 01 – VOLUME Nº 01 – EDIÇÃO Nº 02 - JUL/DEZ 2016

ISSN 2595-5667

Rio de Janeiro

2016

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LAW JOURNAL OF PUBLIC ADMINISTRATION

Conselho Editorial:

- Sr. Alexander Espinosa Rausseo, Universidad Central de Venezuela.
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla.
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile.
Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu Faculty of Law.
Sr. Adilson Abreu Dallari, Pontificia Universidade Católica de São Paulo.
Sr. Alexandre Veronese, Universidade de Brasília.
Sr. Carlos Ari Sunfeld, Fundação Getúlio Vargas de São Paulo.
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais.
Sr. Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná.
Sra. Maria Sylvia Zanella di Pietro, Universidade de São Paulo.
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil.
Sr. Vladimir França, Universidade Federal do Rio Grande do Norte.
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo.
Sr. Wilson Levy Braga da Silva Neto, Universidade Nove de Julho.

Avaliadores desta Edição:

- | | |
|---|--|
| Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu | Prof. Dr. Jamir Calili Ribeiro, UFJF. |
| Sra. Andreia Cristina Rocha Gomes, UFF. | Prof. Ms. João Paulo Spornl, USP. |
| Sra. Ariane Sherman Vieira, UFMG. | Prof. Dr. José Vicente de Mendonça, UERJ. |
| Sr. Ciro Di Benatti Galvão. | Prof. Dra. Patricia Ferreira Baptista, UERJ. |
| Sr. Daniel Capecchi Nunes, UFJF. | Prof. Ms. Mariana Bueno Resende, UFMG. |
| Sr. Eduardo Manuel Val, UFF. | Prof. Dr. Phillip Gil França, PUC-RS. |
| Profa. Dra. Irene Nohara, MACKENZIE. | Prof. Ms. Thiago Bastos, UFRJ. |

Diagramação e Layout:

- Sr. Emerson Moura, UFJF.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----|
| <i>Apresentação</i> | 005 |
| Emerson Affonso da Costa Moura | |
| <i>Concursos públicos e a tormentosa questão do exame psicotécnico como condição para ingresso no serviço público</i> | 007 |
| Henrique Ribeiro Cardoso e Liliane Santos Araújo | |
| <i>As escolas de governo na profissionalização da burocracia brasileira</i> | 032 |
| Alex Cavalcante Alves | |
| <i>Discricionariedade e controle na tutela do patrimônio histórico e cultural: reserva da administração na escolha entre interesses públicos concorrentes e os limites da intervenção dos poderes judiciário e legislativo</i> | 060 |
| Patricia Ferreira Baptista | |
| <i>Desapropriação indireta por instituição de áreas ambientais: um estudo crítico à luz da tese dos direitos de Ronald Dworkin</i> | 077 |
| Lilian de Brito Santos, Iago dos Santos Moura-Melo e Ricardo Afonso-Rocha | |
| <i>Contributos para o estabelecimento de critérios de resoluções de conflitos de competência legislativa em matéria de licitação e contratos administrativos</i> | 106 |
| Victor Amorim | |
| <i>O aplicativo uber: um estudo de caso baseado nos princípios e fundamentos da ordem econômica na constituição federal de 88</i> | 128 |
| Paulo Samico Junior | |
| <i>Compras públicas como instrumento para o desenvolvimento econômico nacional: novidades e questionamentos oriundos das alterações promovidas pela Lei n.º 12.349/2010</i> | 156 |
| Gustavo Henrique Sperandio Roxo | |
| <i>Governança corporativa e medidas de prevenção contra a corrupção na Administração Pública: um enfoque à luz da lei nº 13.303/2016</i> | 176 |
| Cristiana Fortini e Ariane Shermam | |
| <i>Transformações do Direito Administrativo</i> | 188 |
| Maria Sylvia Zanella Di Pietro | |
| <i>El efecto irradiante de los derechos fundamentales en el proceso administrativo</i> | 216 |
| Alexander Espinoza Rausseo | |

proscribe el tratamiento del individuo como un simple objeto de la actividad administrativa, sobre el cual puede disponerse libremente.¹⁶⁷

II.III. LOS DERECHOS SUBJETIVOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

El carácter relevante del procedimiento para los derechos fundamentales no se presenta en forma aislada, sino como una función conexas o complementaria de la protección material que ofrece el derecho fundamental. Por ello no es suficiente para la anulación la presencia de un componente procedimental en el derecho fundamental, si no se ha producido al mismo tiempo un perjuicio material del Administrado, esto es, si no existe una lesión en el ámbito material de la garantía constitucional de libertad a través del error de procedimiento o por la decisión del fondo del asunto.¹⁶⁸

Para determinar si la violación de una norma de procedimiento o de competencia puede ser hecha valer por el interesado, depende también de si la norma violada tenía (entre otras) la finalidad de garantizar los intereses de ese participante en el procedimiento.¹⁶⁹ De allí que cada uno de los vicios procedimentales den lugar a la interrogante acerca de la finalidad protectora de la norma. El demandante sólo puede alegar como fundamento de su acción errores de procedimiento que le han producido una consecuencia desfavorable.¹⁷⁰ Aún cuando es esclarecedora la función de garantía del derecho de procedimientos sobre el derecho material, sin embargo no puede atribuírsele que por regla general exista una relación entre la violación de la norma y la lesión de la posición jurídica individual en el caso concreto. Por ello se precisa de una consideración funcional, que relacione el valor de la posición jurídica material con la forma típica en que las instituciones procedimentales producen sus efectos.¹⁷¹

Únicamente errores fundamentales de procedimiento acarrear como consecuencia la nulidad del acto administrativo.¹⁷² Ello depende de si la decisión de fondo puede haber resultado afectada por la infracción de la norma de procedimiento.¹⁷³ Por ejemplo, la reducción de un

¹⁶⁷ Denninger, Staatlicher Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organization und Finanzierung, párr. 55

¹⁶⁸ Hill, Das Fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, pág. 378; Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, pág. 522

¹⁶⁹ Rupp, Bemerkungen zum verfahrensfehlerhaften Verwaltungsakt, pág. 166

¹⁷⁰ Gerhardt, § 113 VwGO, párr. 15

¹⁷¹ Schmidt-Abmann, Art. 19 IV GG, párr. 157

¹⁷² BVerwGE 29, 282/283

¹⁷³ BVerwGE 29, 282/284

lapso no es un error elemental del procedimiento, si el administrado ha alcanzado el objetivo perseguido por la norma.¹⁷⁴ En el caso que se hubiera omitido la participación de un organismo administrativo distinto de aquél que decide el asunto, debe analizarse con precisión si tal participación tenía por finalidad la protección jurídica material del destinatario, o si perseguía un fin distinto.¹⁷⁵

II.IV. LOS DERECHOS SUBJETIVOS DE TERCEROS EM EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

En el caso de violación de una norma de procedimiento que tenga por finalidad la protección de los intereses de un tercero en el mismo, es suficiente que pueda considerarse razonablemente que en la situación concreta de conflicto, la ejecución correcta del procedimiento hubiese llevado a una mejor posición jurídico material del tercero.¹⁷⁶ Ello debe derivarse de los argumentos del tercero afectado.¹⁷⁷ Si puede establecerse que en todo caso el solicitante tiene derecho a obtener el acto autorizador, según los supuestos fácticos y jurídicos del caso, no existe una lesión jurídico material del tercero opositor y con ello carece de fundamento la pretensión de nulidad basada en un error de procedimiento.¹⁷⁸

Normas de procedimiento que tienen por finalidad la protección del tercero, son en todo caso aquellas normas y principios que permiten la participación del interesado en el procedimiento. Estas tienen por ejemplo como objeto la audiencia del tercero, su asesoramiento o la igualdad de condiciones en el procedimiento.¹⁷⁹ La jurisprudencia ha reconocido con mucha prudencia tales derechos procedimentales absolutos en los casos siguientes: Derecho de participación de una agrupación de protección medioambiental reconocida; Participación de la Municipalidad en proyectos de tráfico aéreo; Procedimiento de permiso para instalaciones de energía nuclear para potenciales afectados de su irregular funcionamiento.¹⁸⁰ Esa posición jurídica formal sólo abarca el interés en una participación adecuada en el procedimiento

¹⁷⁴ BVerwGE 29, 282/285; BVerwGE 71, 150/152

¹⁷⁵ Schmidt-Abmann, Art. 19 IV GG, párr. 157

¹⁷⁶ Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, pág. 526

¹⁷⁷ BVerwGE 75, 285/291

¹⁷⁸ Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, pág. 527

¹⁷⁹ Hufen, Zur Systematik der Folgen von Verfahrensfehlern, pág. 72

¹⁸⁰ Diekötter, Die Auswirkung von Verfahrensfehlern auf die Rechtsbeständigkeit von Ermessensentscheidungen, pág. 125

administrativo y puede por ello ser cumplida mediante la posibilidad de presentar sus argumentos durante el procedimiento.¹⁸¹

II.V. EL DERECHO DE REUNIÓN Y EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

La dimensión procedimental del derecho de reunión es consecuencia del efecto irradiante de los derechos fundamentales.¹⁸² El derecho de reunión tiene un importante contenido jurídico procedimental y de organización administrativa.¹⁸³ Uno de los aspectos innovadores de la sentencia del caso *Brokdorf*, lo constituye la referencia del procedimiento administrativo, como parte de los elementos del análisis de constitucionalidad de la prohibición de la manifestación pública.¹⁸⁴ La sentencia permite establecer que la configuración del procedimiento en primer grado es determinante de la garantía de una tutela judicial efectiva.¹⁸⁵

II.V.I. EL PRINCIPIO DE LA INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE

En la resolución del caso *Brokdorf*, el Tribunal Federal Constitucional dictó una especie de decálogo para ambas partes. La exigencia para los órganos del Estado de conducirse en forma favorable al ejercicio del derecho de reunión, se corresponde con la exigencia de realización de los derechos de libertad mediante el procedimiento administrativo. La necesidad de la cooperación y el debate no sólo resultan necesarios en materia de planificación del territorio, sino cada vez en mayor medida en el ejercicio de la libertad de reunión, sobre todo cuando los intereses de los ciudadanos y las medidas del poder público son antagónicos. Esto comprende, para ambas partes, la omisión de provocaciones y la moderación de los órganos del poder público, especialmente, el inicio oportuno de la comunicación, el contacto recíproco y el intercambio de información, con el objeto de lograr la mayor cooperación y confianza posibles.¹⁸⁶

Las autoridades estatales deben proceder favorablemente frente a las reuniones, siguiendo el modelo de las grandes demostraciones que se han desarrollado pacíficamente, y no permanecer sin motivo suficiente a la expectativa de los sucesos. La obligación de no sólo

¹⁸¹ BVerwGE 81,95/106, 107

¹⁸² Höfling, Art. 8, párr. 45, en: Sachs (Coord.), Grundgesetz

¹⁸³ Jochum, *Verwaltungsverfahrenrecht und Verwaltungsprozessrecht*, pág. 54

¹⁸⁴ Espinoza, *Influencia de los derechos fundamentales en el procedimiento administrativo*, pág. 72

¹⁸⁵ Jochum, *Verwaltungsverfahrenrecht und Verwaltungsprozessrecht*, pág. 55

¹⁸⁶ Denninger, *Staatlicher Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organization und Finanzierung*, párr. 57

tomar en consideración esas experiencias, sino también de ensayarlas en la práctica, se puede justificar constitucionalmente en la medida que éste es un medio menos gravoso que las intervenciones en forma de prohibiciones o disoluciones.¹⁸⁷

Entre más seriamente contribuyan las autoridades estatales al desarrollo pacífico de las grandes demostraciones, será más probable que una vez que hubieran fracasado sus esfuerzos, las medidas posteriores de disolución o prohibición superen satisfactoriamente la revisión, por parte de un tribunal administrativo. Aun sin una precisión legislativa, los organizadores y los participantes hacen bien en atender en lo posible las recomendaciones que se derivan de las experiencias comprobadas en las grandes demostraciones. La práctica administrativa y la jurisprudencia en todo caso tienen el deber constitucional de favorecer tal disposición.¹⁸⁸

II.V.II. EL PRINCIPIO DE COOPERACIÓN

El derecho a la autodeterminación permite al organizador determinar por sí mismo su interés en la manifestación. Si su derecho fundamental a la libertad de reunión entra en conflicto con otros bienes jurídicos, no le corresponde un derecho a determinar, cómo deben ser valorados tales bienes jurídicos en la ponderación y cómo debe ser resuelto el conflicto de intereses. En tal medida sólo tiene la posibilidad de aportar sus consideraciones en el marco de la cooperación con el órgano administrativo.¹⁸⁹ El principio de cooperación no puede ser interpretado como un deber jurídico del titular del derecho de reunión.¹⁹⁰

Entre más dispuestos estén los organizadores a tomar medidas unilaterales que generen confianza o a una cooperación amable durante la demostración, mayor será el nivel de peligrosidad para la seguridad y el orden público que se requiera para justificar las intervenciones de las autoridades.¹⁹¹ La cooperación puede conducir a que se eleven las condiciones que se requieren para una intervención de la Administración, a causa del peligro de la seguridad pública o del. La negativa a cooperar puede producir efectos en sentido opuesto.¹⁹²

¹⁸⁷ BVerfGE 69, 315/356 – Brokdorf

¹⁸⁸ BVerfGE 69, 315/356 – Brokdorf

¹⁸⁹ BVerfG · Beschluss vom 26. Januar 2001 · Az. 1 BvQ 9/01, párr. 19

¹⁹⁰ Höfling, Art. 8, párr. 45, en: Sachs (Coord.), Grundgesetz

¹⁹¹ BVerfGE 69, 315 (356) - Brokdorf

¹⁹² BVerfG Beschluss vom 26. Januar 2001 - Az. 1 BvQ 8/01, párr. 23

II.V.III. EL PRINCIPIO DE IDONEIDAD Y EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

En este punto del análisis realizado en la sentencia *Brokdorf*, encontramos una relación estrecha entre el principio de idoneidad y el procedimiento administrativo. Nuevamente, la disposición del organizador a cooperar en el procedimiento administrativo tiene efectos relevantes:

A mayor cooperación en el procedimiento, entonces la decisión definitiva debe basarse con mayor fuerza en hechos concretos y no en simples presunciones.

Este principio de proporcionalidad puede ser muy productivo en los casos en que se encuentra en conflicto, por una parte el principio de oficialidad, y por la otra, sanciones procesales tales como la confesión ficta, reglas sobre la carga de la prueba, o presunciones legales. La disposición del particular en colaborar en el procedimiento administrativo puede ser determinante en el cumplimiento del deber de la Administración de realizar suficientes diligencias, aún de oficio, en la búsqueda de la verdad, en lugar de contentarse con simples presunciones.

II.V.IV. EL PRINCIPIO DE NECESIDAD Y EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

La prohibición de la totalidad de una manifestación presupone especialmente, como *ultima ratio*, que los medios menos drásticos, como la cooperación con los manifestantes pacíficos para evitar el peligro, hubieran fracasado, o que una cooperación, por los motivos imputables a los manifestantes, hubiera sido imposible. Si con base en las circunstancias concretas se considera necesaria la prohibición total de carácter preventivo, resulta entonces que, para el caso de las grandes demostraciones con un gran número de participantes pacíficos, es necesario que antes de imponer una medida tan extraordinaria y agresiva, se informe con un plazo que permita discutir los peligros que se temen y las medidas adecuadas para combatirlos.¹⁹³

¹⁹³ BVerfGE 69, 315/361 - Brokdorf

II.V.V. EL DEBER DE ASESORIA Y CONSULTA

Ejercicio: Decisiones sorpresa

El solicitante notificó su intención de realizar una reunión pública con la intención de rechazar „la represión del Estado y contra el § 130 del Código Penal“. En criterio del Tribunal Superior Administrativo, la distribución de volantes y la invitación a través de internet, a la manifestación podían ser calificados como el delito de incitación al odio. Los elementos constitutivos de esa disposición estarían dados, ya que el responsable de los volantes y de la manifestación no sólo criticaba la condena de un tercero por incitación al odio, sino que tal hecho punible era banalizado en forma intolerable, ya que en el volante se le señala como una controversia justa y veraz con el nacional-socialismo.

El § 108 del Código de Tribunales Administrativos (VwGO) dispone que la sentencia sólo puede basarse en hechos y pruebas, sobre las cuales los participantes del proceso tuvieron la oportunidad de pronunciarse. También se considera necesario el agotamiento del debate acerca de los aspectos jurídicos relevantes. Este principio se considera derivado del derecho a ser oído, consagrado en el art. 103 I de la Ley Fundamental.

En los casos en que una concepción jurídica hubiera tomado un giro que no hubiera sido objeto del debate, que los participantes afectados no podían prever, incluso tomando en consideración la diversidad de posiciones durante el procedimiento, entonces el tribunal tiene el deber de presentar a los participantes tal posición y abrir la posibilidad de que los mismos emitan un pronunciamiento sobre su posición al respecto.¹⁹⁴

Si con base en las circunstancias concretas se considera necesaria la prohibición total de carácter preventivo, resulta entonces que, para el caso de las grandes demostraciones con un gran número de participantes pacíficos, es necesario que antes de imponer una medida tan extraordinaria y agresiva, se informe con un plazo que permita discutir los peligros que se temen y las medidas adecuadas para combatirlos.¹⁹⁵

Esquema del ejercicio: Decisiones sorpresa

En la medida en que el Tribunal Superior Administrativo basó su decisión en el argumento según el cual los volantes elaborados para la convocatoria a la manifestación evidenciaban un contenido punible, el cual era característico de la manifestación, entonces se trata de una decisión sorpresa, incompatible con el derecho a ser oído. Tal decisión imposibilitó al recurrente determinar por sí mismo si deseaba realizar la manifestación planificada bajo ciertas condiciones, que habían sido

¹⁹⁴ BVerfG · Beschluss vom 27. Januar 2006 · Az. 1 BvQ 4/06, párr. 21

¹⁹⁵ BVerfGE 69, 315/361 – Brokdorf

excluídas del debate por el Tribunal Superior. Con ello se infringe además el derecho de reunión.

II.VI. EL DEBER DE NOTIFICACIÓN PREVIA DE LA REUNIÓN

II.VI.I. PUNTO PREVIO: LOS NIVELES DE LIMITACIÓN

En los casos, en que el ejercicio del derecho fundamental puede entrar en conflicto con otros bienes jurídicos, es posible que el legislador sujete su ejercicio a una regulación preventiva. En tales casos pueden distinguirse diversos niveles o grados de limitación, entre los cuales podemos mencionar, la prohibición absoluta; la prohibición represiva general, bajo reserva de liberación; la prohibición preventiva general, bajo reserva de autorización, y la permisión general, bajo reserva de prohibición.

Las normas que impiden o dificultan la realización de una actividad, o que establecen una obligación al individuo, constituyen limitaciones a la libertad individual, bien en un derecho especial o en el ámbito del derecho a la libertad general de actuación. En tales casos, el legislador se encuentra sujeto al principio de proporcionalidad. Especialmente, es aplicable el principio, según el cual el medio elegido por el legislador debe ser necesario, esto es, que no hubiera tenido a su disposición otro medio menos gravoso.¹⁹⁶

Una prohibición general y absoluta no resulta justificada cuando la finalidad perseguida por el legislador puede ser alcanzada por una regulación menos grave, como por ejemplo, mediante un procedimiento de autorización, con reserva de prohibición. Tal procedimiento hace posible la consideración de las condiciones que pueden ser diversas, en cada lugar y tiempo.¹⁹⁷

En el caso de la prohibición bajo reserva de liberación, la actividad es en principio prohibida por la ley, con la posibilidad de obtener una liberación de la prohibición. El permiso no sólo significa que no existen impedimentos legales, sino que hace posible la realización de la actividad. El permiso no es simplemente una condición formal, establecida como una forma de control preventivo para el ejercicio conforme al derecho de una actividad que no ha sido prohibida, sino que constituye un levantamiento de una prohibición represiva establecida legalmente. Con ello, el permiso se configura como un requisito para el ejercicio del derecho. En tales casos, el legislador impide por completo el ejercicio de un derecho fundamental

¹⁹⁶ BVerfGE 40, 371/383 – Werbefahrten

¹⁹⁷ BVerfGE 40, 371/383 – Werbefahrten

especial, o de una actividad protegida subsidiariamente por el derecho a la libertad general de actuación, por la necesidad de proteger un bien jurídico de especial importancia.¹⁹⁸

En la prohibición bajo reserva de liberación, el permiso tiene carácter constitutivo, creador del derecho a realizar la actividad. El permiso podría ser revocado en cualquier momento, sin que deba reconocerse el derecho a una indemnización.¹⁹⁹

II.VI.II. EL DEBER DE NOTIFICACIÓN PREVIA

El art. 8 I de la Ley Fundamental consagra el derecho de reunirse, “*sin notificación ni permiso previos*”. Por su parte, el § 14 1 de la Ley sobre Reuniones y Manifestaciones (VersG), dispone que, quien tiene la intención de organizar una reunión pública a cielo abierto o una manifestación, tiene el deber de notificarlo con, por lo menos, 48 horas de anticipación ante el órgano competente, con indicación del objeto de la reunión o de la manifestación. La notificación previa comprende la información relativa al tiempo, lugar, tema y organizador de la reunión. La misma puede ser realida verbalmente o en forma escrita, vía telefónica o per e-mail.²⁰⁰

La notificación no constituye una solicitud de permiso. Las reuniones no requieren de permiso previo; no se encuentran bajo un régimen de prohibición preventiva bajo reserva de permisión, ni mucho menos, bajo un régimen de prohibición represiva, bajo reserva de liberación. Tampoco son aplicables a las reuniones las disposiciones sobre permisos especiales, tales como las de uso de las vías públicas.²⁰¹ Tampoco se encuentra previsto legalmente una confirmación de la notificación. Como consecuencia de la no sujeción a un permiso previo, cada medida de limitación debe contar con un fundamento jurídico.²⁰²

El deber de notificar establecido en la ley de reuniones estaba previsto expresamente en la Constitución de Weimar como una limitación admisible de la libertad de reunión.²⁰³ Para el momento de la sentencia *Brokdorf*, en 1985, se admitía en general la constitucionalidad del deber de notificación. En opinión del Tribunal Administrativo Federal, la limitación que deriva de este deber resultaba generalmente irrelevante. El Tribunal Federal e igualmente la totalidad

¹⁹⁸ BVerfGE 20, 150/157 – Sammlungsgesetz

¹⁹⁹ BVerfGE 25, 112/123 – Niedersächsisches Deichgesetz

²⁰⁰ Pieroth/Schlink/Knise, Polizei- und Ordnungsrecht, pág. 379

²⁰¹ Pieroth/Schlink/Knise, Polizei- und Ordnungsrecht, pág. 380

²⁰² [VG Würzburg](#) · Urteil vom 12. März 2009 · Az. W 5 K 08.1758, párr. 27

²⁰³ El artículo 123 disponía que: *Todos los alemanes tiene el derecho de reunirse sin notificación o permiso especial. Las reuniones a cielo abierto pueden ser sujetas al deber de notificación previa, mediante ley federal y pueden ser prohibidas, en caso de peligro inminente para la seguridad pública.*

de la doctrina predominante, consideraban constitucional la regulación legislativa. Según el Tribunal Federal Constitucional, tal posición era admisible, siempre que el deber de notificar no fuera aplicado sin excepción, y que su violación no legitimara la prohibición o la disolución de la reunión.²⁰⁴

El deber de notificación previa es válido para las reuniones al aire libre, debido a los efectos que ejercen en el entorno. Los datos contenidos en la notificación tienen por objeto dar a las autoridades la información necesaria, para que éstas se puedan hacer una idea, de una parte, de las regulaciones de tránsito y otras medidas para garantizar que el desarrollo de la reunión produzca la menor perturbación posible, y de la otra, de lo que los intereses de terceros así como los de la comunidad requieren, y de cómo ambos se pueden compatibilizar entre sí.²⁰⁵

En todo caso, el deber de notificación previa sólo es admisible constitucionalmente, si no aplica sin excepciones, sino que permite la celebración de reuniones espontáneas y urgentes. No sería admisible constitucionalmente, que la omisión del deber de notificación produjera automáticamente la prohibición de la reunión.²⁰⁶ Tampoco es admisible la disolución de la manifestación como sanción, incluso cuando hubiera sido incumplido el deber de notificación previa, bien por imprudencia o por mala fe.²⁰⁷ La protección del derecho fundamental no decae por el incumplimiento del deber de notificación, sino que el mismo se mantiene hasta la disolución de la reunión.²⁰⁸

En el ejemplo expuesto por *Pieroth/Schlink/Knisele*, para reforzar la idea, que el incumplimiento de un deber formal no puede impedir el ejercicio del derecho, sino sólo en el caso de incumplimiento de un deber material, se señala que, también en el derecho urbanístico, la falta de permiso de construcción no justifica la demolición de la edificación; tampoco en derecho de reuniones puede disolverse una reunión por la omisión del deber de notificar.

Por otra parte, el Tribunal Federal Constitucional no consideró inconstitucional la sanción de multa establecida en la ley de reuniones, la cual se impondría al a organizador o director que lleve a cabo una reunión sin previo aviso.²⁰⁹ Sin embargo, en la doctrina se plantean serias dudas derivadas de la previsión constitucional expresa del derecho de reunión, “*sin*

²⁰⁴ BVerfGE 69, 315/348 - Brokdorf

²⁰⁵ BVerfGE 69, 315/349 - Brokdorf

²⁰⁶ BVerfGE 69, 315/350 - Brokdorf; BVerfGE 85, 69/74 – Reuniones de urgencia; BVerfGE 128, 226/261 – Fraport; BGH · Urteil vom 26. Juni 2015 · Az. V ZR 227/14, párr. 25

²⁰⁷ BVerfGE 69, 315/350 - Brokdorf; Pieroth/Schlink/Knisele, Polizei- und Ordnungsrecht, pág. 381

²⁰⁸ BVerfG · Beschluss vom 26. Oktober 2004 · Az. 1 BvR 1726/01, párr. 19

BVerfG Beschluss vom 30. April 2007 - 1 BvR 1090/06, párr. 28

²⁰⁹ BVerfGE 69, 315/350 - Brokdorf

notificación ni permiso previos".²¹⁰ En lugar de un deber, por cuyo incumplimiento deba imponerse una sanción, la notificación previa debe ser considerado un deber en interés propio, en razón de que mediate la coordinación con las autoridades pueden ser evitados ciertos peligros que podrían conducir a la disolución de la reunión.²¹¹

II.VI.III. LAS REUNIONES ESPONTÁNEAS

El deber de notificar oportunamente no es exigible en el caso de demostraciones espontáneas, que se forman de un momento a otro. La obligación establecida en la ley de manifestaciones no es aplicable en razón de que la finalidad que se persigue con las manifestaciones espontáneas no podría ser alcanzado con el acatamiento de esas disposiciones. Debe tenerse en consideración que el Art. 8 de la Ley Fundamental garantiza, en principio, la libertad de reunirse "*sin notificación ni permiso previos*", y que esa libertad en el caso de las reuniones en espacios abiertos es limitable con fundamento en la ley. Sin embargo, tales limitaciones no pueden dejar por completo sin vigencia la garantía prevista en el párrafo 1 para determinado tipo de reuniones.²¹²

Esa valoración de las manifestaciones espontáneas se debe a que las disposiciones legales que regulan las reuniones se deben aplicar a la luz del derecho fundamental y, en caso dado, deben subordinarse a éste. El derecho fundamental y no la Ley sobre Manifestaciones, garantiza la admisibilidad de las reuniones y manifestaciones; la Ley sobre Manifestaciones prevé sencillamente las limitaciones, en la medida que éstas sean necesarias.²¹³

De ahí que una violación del deber de notificar no conduzca de manera automática a la prohibición o disolución de la reunión. Ciertamente, la Ley de Reuniones prevé sanciones, así como la posibilidad de disolución de las reuniones y manifestaciones en espacios abiertos, cuando ellas no han sido notificadas previamente. Sin embargo, la disolución y la prohibición no tienen el carácter de un deber legal a cargo de las autoridades competentes, sino el de una autorización, de la cual las autoridades, en vista del significado elevado de la libertad de reunión, pueden hacer uso sólo cuando se dan los otros presupuestos para intervenir; la falta de

²¹⁰ Höfling, Art. 8, párr. 57, en: Sachs (Coord.), Grundgesetz; Pieroth/Schlink, Grundrechte, párr. 715

²¹¹ Pieroth/Schlink/Knise, Polizei- und Ordnungsrecht, pág. 381

²¹² BVerfGE 69, 315/349 - Brokdorf

²¹³ BVerfGE 69, 315/350 - Brokdorf

aviso y la omisión en entregar la información respectiva, sencillamente facilitan esas intervenciones.²¹⁴

De tal forma, el Tribunal Federal Constitucional hizo uso de una interpretación conforme a la Constitución. La disposición del §15 VersG sólo es compatible con la Constitución, si es interpretada en el sentido que dicho artículo autoriza a las autoridades competentes a exigir el cumplimiento de determinadas condiciones para autorizar la reunión, o a prohibirla o disolverla “si para la época de expedición de la resolución, existen circunstancias aparentes de que la reunión o manifestación constituyan un peligro a la seguridad pública o el orden, en caso de llevarse a cabo”.²¹⁵

La interpretación conforme a la Constitución realizada en el presente caso por el Tribunal Federal Constitucional ha sido objeto de críticas. La figura sólo es admisible cuando la interpretación gramatical de la norma admite varios significados, de los cuales por lo menos uno de ellos es compatible con la Constitución. Pero, el sentido gramatical del § 14 1 de la Ley sobre Reuniones y Manifestaciones, no permite excluir a las reuniones urgentes. Por tal motivo se afirma que la modificación del texto de la ley era tarea del legislador y no del juez constitucional.²¹⁶

II.VI.IV. LAS REUNIONES URGENTES

Ejercicio: Reuniones urgentes

El recurrente suscribió una carta de fecha miércoles 29 de enero de 1986, que se dirigía a las “Organizaciones Políticas y Culturales de la ciudad de Mannheim opositoras al Apartheid”, en la cual llamaba al “Círculo de Trabajo en contra del Apartheid” a una manifestación de protesta, en contra de un viaje que emprenderían funcionarios de policía de Mannheim hacia Sudáfrica. La manifestación no fue objeto de notificación previa. El lunes 3 de febrero de 1986 en horas del mediodía, se reunieron aproximadamente 20 personas, en las que se encontraba el recurrente, en la estación principal de trenes de Mannheim. Algunos tenían tambores, pitos y pancartas. La manifestación transcurrió pacíficamente y sin incidentes. Luego de la partida de los funcionarios de policía, se disolvió el grupo de manifestantes.

El Tribunal Penal declaró la culpabilidad del recurrente, en su condición de organizador y director de una manifestación pública, en un lugar público, no anunciada, y lo condenó a una multa de 40 días de sueldo. Como fundamento se señala que el recurrente habría sido, al menos, copartícipe en la organización de la manifestación y la habría dirigido. No sería relevante si era o no posible la realización del anuncio en el plazo establecido en la Ley de Manifestaciones. Sólo sería relevante que no tuvo lugar anuncio alguno.

²¹⁴ BVerfGE 69, 315/350 - Brokdorf

²¹⁵ BVerfGE 69, 315/351 - Brokdorf

²¹⁶ Opinión disidente de la Juez Seibert y del Juez Henschel, en BVerfGE 85, 69 – Reuniones de urgencia; Epping, Grundrechte, párr. 62

A diferencia de las reuniones espontáneas, las reuniones urgentes sí son planificadas y tienen un organizador, pero no pueden ser anunciadas dentro del plazo de 48 horas, establecido en la Ley de Manifestaciones, sin poner en riesgo el objetivo de la manifestación. Si se conservara también para éstas el plazo previsto en la Ley de Manifestaciones, las reuniones de urgencia resultarían de antemano inadmisibles. Este resultado sería incompatible con el derecho fundamental a la libertad de reunión.

A diferencia de las reuniones espontáneas, en el caso de las reuniones de urgencia la notificación no es imposible, pero sí el cumplimiento del plazo. De ahí que no se requiera una renuncia a la notificación, sino simplemente, una disminución del término teniendo en cuenta el tipo de reunión. Las reuniones de urgencia se tienen que notificar, de acuerdo con la interpretación conforme a la Constitución del §14 de la Ley de Manifestaciones, en la medida que sea posible. Ésta se debe hacer, por lo general, al mismo tiempo que se toma la decisión de hacer la reunión, o por lo menos, a más tardar al momento de hacerla pública.²¹⁷

El Tribunal Federal Constitucional resolvió realizar una interpretación conforme a la Constitución, en lugar de declarar la nulidad de la norma. Estimó que con ello no resultaba afectado el derecho de reunión. En criterio del tribunal, el peligro de que los potenciales organizadores se desanimen ante el temor de una sanción legal, era reducido.²¹⁸

La interpretación conforme a la Constitución de la Ley de Manifestaciones reduce el ámbito de los comportamientos punibles. Para las reuniones espontáneas suprime el deber de notificar. Para las reuniones de urgencia recorta el plazo para la notificación. En este caso, la sanción no se puede apoyar en el incumplimiento del plazo de la notificación. La omisión en la notificación es relevante en la medida que hubiere existido la posibilidad de llevarla cabo.²¹⁹

Esquema del ejercicio: Reuniones urgentes

El ejercicio del derecho de reunión puede producir efectos irradiantes en la aplicación de las normas sancionatorias, bien en la interpretación de los elementos constitutivos, o bien como una causa de justificación. Preferimos este último mecanismo en razón de que requiere el ejercicio de una ponderación entre los intereses en conflicto. El Tribunal Federal Constitucional empleó, sin embargo, la primera de las opciones.

²¹⁷ BVerfGE 85, 69/75 – Reuniones de urgencia

²¹⁸ BVerfGE 85, 69/75 – Reuniones de urgencia

²¹⁹ BVerfGE 85, 69/76 – Reuniones de urgencia

Desde la fecha de organización del evento, el miércoles 29 de enero de 1986, hasta su realización, el lunes 3 de febrero de 1986, transcurrieron 2 días hábiles. La interpretación de la norma exime del lapso de 48 horas, cuando ello resulta imposible, pero obliga a realizar la notificación previa. En el caso concreto, no hay indicios de una justificación razonable para el incumplimiento, por lo que la imposición de la sanción resultaría ajustada a derecho.

II.VI.V. DEBER DE INFORMAR EM REUNIONES ESPONTÁNEAS

La jurisprudencia de instancia ha considerado que no constituye una afectación desproporcionada del derecho fundamental, cuando en el caso de una reunión espontánea, que no hubiera sido notificada previamente, los funcionarios de policía detengan su desarrollo, para requerir información.²²⁰

Mientras que en las reuniones de urgencia, el organizador tiene el deber de notificar de inmediato, cuando se produce la decisión de realizar el evento,²²¹ en el caso de las reuniones espontáneas tal notificación no resulta posible, en razón de que la decisión de llevar a cabo la reunión es simultánea con su efectiva realización.²²² Sin embargo, los órganos de policía deben recabar información sobre el tema, duración, lugar y desarrollo de la reunión o de la manifestación, para realizar una evaluación adecuada de la situación y asumir las medidas necesarias para prevenir los peligros al orden público.²²³

De tal forma, el requerimiento de información, durante la realización del evento, puede constituir un medio idóneo y, además el mecanismo menos gravoso, en comparación con la prohibición de realización por la falta de notificación previa.²²⁴ Incluso los participantes podrían encontrarse obligados a brindar la información requerida, en la medida en que resultan copartícipes del peligro al orden público y que no se conocía quién era el organizador del evento.²²⁵

²²⁰ VG Berlin • Urteil vom 27. März 2008 • Az. 1 A 137.07, párr. 35

²²¹ VG Berlin • Urteil vom 27. März 2008 • Az. 1 A 137.07, párr. 29

²²² VG Berlin • Urteil vom 27. März 2008 • Az. 1 A 137.07, párr. 35

²²³ VG Berlin • Urteil vom 27. März 2008 • Az. 1 A 137.07, párr. 35

²²⁴ VG Berlin • Urteil vom 27. März 2008 • Az. 1 A 137.07, párr. 35

²²⁵ VG Berlin • Urteil vom 27. März 2008 • Az. 1 A 137.07, párr. 36

II.VI.VI. PERMISOS, SEGÚN NORMAS ESPECIALES

Ejercicio: Europa desde abajo

Los demandantes son miembros de la Fracción del partido X en el Concejo Municipal. Por escrito del 12 de marzo de 1987 solicitaron ante la parte recurrida, que les pusiera a disposición la plaza Agustiniiana, destinada a zona peatonal, para un evento denominado “Europa desde abajo” para el día 28 de mayo de 1987, desde las 10am hasta las 6:00pm. El evento debía conformar una alternativa a la entrega del premio Karl a Henry Kissinger. La demandada emitió un permiso revocable, según el § 29 Abs. 2 de la Ley de Tránsito [StVO], para el uso de la plaza Agustiniiana, con numerosas condiciones.

Las reuniones públicas deben ser objeto de notificación previa, pero no se encuentran sujetas a permiso previo, y sólo pueden ser prohibidas bajo determinadas condiciones estrictas. Tampoco son aplicables a las reuniones las disposiciones sobre permisos especiales, tales como las de uso de las vías públicas,²²⁶ o las previstas en la ley de tránsito.²²⁷

La legislación sobre reuniones públicas constituye una regulación cerrada y excluyente, con lo cual se asegura que puedan ser asumidas las medidas necesarias para la protección de la seguridad pública o el orden, durante la realización de reuniones o manifestaciones. Las condiciones o las prohibiciones sólo son admisibles, cuando sean reconocibles peligros inminentes para la seguridad o el orden; para la disolución son aplicables las mismas condiciones. Tales condiciones son más estrictas que las medidas que proceden de acuerdo con la cláusula general, sobre todo en razón de la limitación de la facultad de intervención, sólo en casos de “peligro inmediato”.²²⁸ El objeto de la regulación de la ley de tránsito y de la ley de reuniones es idéntico. Los conceptos de “seguridad y orden públicos” contenidos en la ley de reuniones se corresponden con la concepción admitida generalmente en el derecho de policía. La protección de la “seguridad pública en el sentido de la ley de reuniones comprende la totalidad del orden jurídico y, con ello también las disposiciones de tránsito, que regulan la seguridad y fluidez del tránsito. La aplicación del deber de permiso previo en materia de tránsito constituiría una afectación intencional inadmisibles del derecho de reunión y por ello se encuentra comprendida en el efecto excluyente de las disposiciones de la ley de reuniones.²²⁹

²²⁶ Pjeroth/Schlink/KniseI, Polizei- und Ordnungsrecht, pág. 380

²²⁷ BVerwG, 21.04.1989 - BVerwG 7 C 50.88, párr. 11

²²⁸ También en este sentido, BVerfGE 69, 315/353 – Brokdorf

²²⁹ BVerwG, 21.04.1989 - BVerwG 7 C 50.88, párr. 15

Esquema del ejercicio: Europa desde abajo

La actividad programada por los recurrentes se encuentra protegida por el derecho de reunión. Tal derecho puede ser objeto de limitaciones establecidas en la ley, para proteger bienes jurídicos de elevado rango. La aplicación de las normas de tránsito, que exigen un permiso previo, para el uso de la vía pública, constituye una afectación directa del derecho de reunión.

Desde el punto de vista constitucional, es relevante que el derecho de reunión no puede ser sujeto al requisito del permiso previo. Las normas sobre la prohibición y la disolución de la reunión, son admisibles constitucionalmente en la medida en que requieren de supuestos estrictos.

Desde el punto de vista de la reserva legal, el órgano administrativo no dispone de un fundamento jurídico válido. No sería procedente la aplicación de las normas generales de tránsito, en razón de la aplicación preferente y excluyente de las normas especiales sobre las reuniones públicas.

III. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL

III.1. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN EL DERECHO DE REUNIÓN

El procedimiento administrativo para el ejercicio del derecho de reunión en lugares de tránsito público y manifestaciones, se encuentra desarrollado en la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio.²³⁰ El art. 8 establece los lapsos para el cumplimiento del deber de comunicación, por parte de los organizadores o promotores, o en el caso de las personas jurídicas, por su representante de aquéllas. La ley establece una antelación de diez días naturales, como mínimo y treinta como máximo. Cuando existan causas extraordinarias y graves que justifiquen la urgencia de convocatoria y celebración de reuniones en lugares de tránsito público o manifestaciones, la comunicación podrá hacerse con una antelación mínima de veinticuatro horas.

La citada ley orgánica establece en su art. 9 el contenido del escrito de comunicación y el deber de la autoridad gubernativa de notificar al Ayuntamiento afectado los datos contenidos en el escrito de comunicación, excepto cuando se trate de una convocatoria urgente, a fin de que éste informe en un plazo de veinticuatro horas sobre las circunstancias del recorrido propuesto. El informe se referiere a causas objetivas tales como el estado de los lugares donde pretenda realizarse, la concurrencia con otros actos, las condiciones de seguridad de los lugares

²³⁰ Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión. Revisión vigente desde 05 de Marzo de 2015

con arreglo a la normativa vigente y otras análogas de índole técnico. En todo caso, el informe no tendrá carácter vinculante y deberá ser motivado.

La decisión de prohibir la reunión o de proponer la modificación de la fecha, lugar, duración o itinerario de la reunión o manifestación debe adoptarse en forma motivada y notificarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde la comunicación (art. 10).

Pero, la falta de intervención de la Administración también puede producir efectos negativos, tal como quedó establecido en el caso resuelto por la Audiencia Nacional: La protesta frente al Parlament debió ser pautada: requería de las autoridades competentes que se estableciera un perímetro para hacer compatible, de un lado, la acción de los piquetes, que se erigían en portavoces de un sector de la sociedad, de los representados, que buscaban confrontarse físicamente y dialogar con los representantes parlamentarios, trasladándoles el malestar y las consecuencias de los presupuestos que se iban a votar aquella jornada, con, de otro lado, la libertad de los diputados de acceder a la asamblea para ejercer sus funciones. De esta manera, se hubiera delimitado la acción colectiva, sus contenidos y, sobre todo, el espacio, físico y simbólico, de la confrontación. La importancia de la ordenación del espacio, aquí, no puede olvidarse, porque permitía a los propios manifestantes, a quienes secundaban la convocatoria, autodeterminar su conducta, estableciendo pautas claras. Lejos de ello, no hubo intercambio previo de pareceres, ni negociación de los espacios y de los métodos de protesta entre las autoridades y los organizadores, lo que impidió levantar con un mínimo de certeza las expectativas sobre lo que estaba permitido. El diseño de la intervención hizo inevitable el encuentro de los diputados con los manifestantes, que ocupaban todo el espacio disponible para el tránsito.²³¹

III.II. EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y EL DERECHO DE REUNIÓN

De no ser aceptada por los organizadores o promotores la prohibición u otras modificaciones propuestas, podrán interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia competente, en el plazo de cuarenta y ocho horas, trasladando copia de dicho recurso debidamente registrada a la autoridad gubernativa con el objeto de que aquélla remita inmediatamente el expediente a la Audiencia.

El recurso contencioso-administrativo se rige por el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona, establecido en los arts. 114 y siguientes

²³¹ SAN 31/2014 de 7 de julio, Fj 2.1.1

de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.²³² El art. 122 de dicha ley dispone que, en el caso de prohibición o de propuesta de modificación de reuniones, que no sean aceptadas por los promotores, éstos podrán interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal competente. El recurso se interpondrá dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la prohibición o modificación, trasladándose por los promotores copia debidamente registrada del escrito del recurso a la autoridad gubernativa, con el objeto de que ésta remita inmediatamente el expediente. El Secretario judicial, en el plazo improrrogable de cuatro días, y poniendo de manifiesto el expediente si se hubiera recibido, convocará al representante legal de la Administración, al Ministerio Fiscal y a los recurrentes o a la persona que éstos designen como representante a una audiencia en la que el Tribunal, de manera contradictoria, oirá a todos los personados y resolverá sin ulterior recurso.

III.III. EL DEBER DE ASESORIA Y CONSULTA

El art. 33, II LJCA²³³ dispone que, si el Juez, al dictar sentencia, estimare que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes, por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, lo someterá a aquéllas mediante providencia en que, advirtiéndoles que no se prejuzga el fallo definitivo, les expondrá y concederá a los interesados un plazo para que formulen las alegaciones que estimen oportunas.²³⁴ Para determinar si se produjo indefensión de una de las partes, el Tribunal Constitucional ha revisado si han sido escuchados sus argumentos; si ha existido un debate, con la necesaria contradicción.²³⁵

La preservación de los derechos fundamentales establecidos en el art. 24 de la Constitución, y en especial la regla o principio de interdicción de indefensión, reclaman un cuidadoso esfuerzo del órgano jurisdiccional por preservar los medios de defensa de ambas partes del proceso, lo que se agudiza en aquellos casos en que puedan resultar introducidos en el proceso hechos nuevos, de suerte que el desconocimiento y la falta de audiencia determine indefensión de la otra parte. Debe además el órgano jurisdiccional, observar escrupulosamente el principio de contradicción y el principio de la igualdad de las partes en el proceso o de la

²³² Revisión vigente desde 20/Jun/2015

²³³ Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa

²³⁴ Espinoza/Rivas, Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 3ra. Ed. párr. 98

²³⁵ ATC 119/1999, de 10 de mayo Fj 5

igualdad de las armas en él, como también se le ha llamado, pues este principio de la igualdad de las partes en el proceso o de la igualdad de armas forma parte del conjunto de derechos que el art. 24 de la Constitución establece.²³⁶

Si el Magistrado articuló la diligencia para mejor proveer como un «informe» de la parte demandada y permitió que su práctica se llevara a cabo mediante un escrito de Abogado, las reglas de la contradicción y de la igualdad de las partes en el proceso exigían que se hubiera dado a la otra parte una oportunidad igual.²³⁷

No existe inconveniente constitucional para entender que las partes codemandadas pudieron deducir válidamente las peticiones subsidiarias de anulación, ni tampoco que a tal nueva dimensión pudiera accederse aun sin haber sido postulada por las partes. Pero una y otra posibilidad no excluyen el deber del Tribunal, impuesto por el art. 24.1 de la Constitución, a la que está sujeto, como todos los poderes públicos (art. 9.1 C.E.), de excluir la indefensión de las partes, dando oportunidad de defensa y alegación a quienes inexorablemente iban a verse afectados por tan drástica y, para los recurrentes, novedosa dimensión de la litis. La transcendencia política de la contienda electoral, de la que la Sala fue consciente, y la intervención en el procedimiento electoral de quienes ante la Sala eran demandantes y demandados, debió hacerle ver la necesidad de que no se puede resolver en vía jurisdiccional de revisión de proclamación de electos nada que no haya sido debatido procesalmente entre ellos mismos, pues la jurisdicción no puede introducir pretensiones nuevas en su Sentencia que hagan a ésta incongruente con lo debatido, produciendo de este modo indefensión.²³⁸

III.IV. EL RETRASO COM ANÍMIMO DILATORIO

Hemos visto que la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio dispone un plazo, dentro del cual la administración puede adoptar y notificar la decisión de prohibir la reunión o de proponer la modificación de la fecha, lugar, duración o itinerario de la reunión o manifestación. El Tribunal Constitucional ha establecido que la extemporaneidad de la Resolución puede entrañar una conculcación del derecho fundamental de reunión en lugares de tránsito público con evidente relieve constitucional. Tal sería el caso cuando, por ejemplo, responda a un ánimo dilatorio con el objetivo de impedir o entorpecer el ejercicio del derecho o cuando impida que los órganos judiciales se pronuncien con anterioridad a la fecha de celebración de la concentración programada por los organizadores.

²³⁶ STC 226/1988, de 28 de noviembre Fj 3

²³⁷ STC 226/1988, de 28 de noviembre Fj 3

²³⁸ STC 24/1990, de 15 de febrero Fj 5

Al respecto debe tenerse en cuenta que la L.O. 9/1983, con el fin de garantizar la protección jurisdiccional de este derecho y el efectivo control de la decisión gubernativa por parte de los tribunales de justicia, ha establecido una estrecha vinculación entre el plazo previsto para adoptar la Resolución gubernativa (art. 10) y el mecanismo especialmente acelerado de control judicial de la misma (art. 11). La brevedad de los plazos para interponer recurso y para dictar la Resolución judicial permite que, en algunos casos, la decisión gubernativa prohibiendo una reunión en lugares de tránsito público o modificando alguna de las circunstancias de la convocatoria pueda ser objeto de recurso contencioso-administrativo y obtener la correspondiente Resolución judicial revisora antes del día previsto para la celebración de la concentración.

Para establecer la infracción del derecho de reunión se requiere que hubiera sido demostrado que la extemporaneidad respondía a un ánimo dilatorio impeditivo o entorpecedor del ejercicio del derecho, o que el tribunal disponga de elementos suficientes para llegar a esa conclusión, o, finalmente, que hubiera sido impedido el ejercicio del control judicial previo a la fecha de la convocatoria prevista por los promotores de la concentración.²³⁹

III.V. EL PRINCIPIO DE COLABORACIÓN

La STC 66/1995, de 8 de mayo, ha puesto de relieve que la Administración debe mantener una actitud de colaboración con los organizadores.²⁴⁰ En la sentencia citada, el Tribunal Constitucional negó que la administración tuviera el deber de proponer una modificación de las circunstancias de celebración de la concentración, relativas al lugar, a la hora o al modo de realización de la misma prevista en el art. 10 de la L.O. 9/1983, en lugar de adoptar la medida de prohibición. Estimó el tribunal que, tal como plantearon la concentración sus promotores, toda propuesta de modificación del lugar o la hora hubiera desvirtuado el objetivo perseguido por los mismos.²⁴¹

La autoridad gubernativa, sobre todo respecto de las concentraciones estáticas en lugares y en horarios que tienen un relieve especial para los convocantes puesto que son condición necesaria para que las opiniones y las reivindicaciones lleguen a sus destinatarios principales, ve muy reducida su facultad de proponer cambios respecto del lugar y hora, puesto que, estas modificaciones pueden llevar en la práctica a desvirtuar o negar el ejercicio del

²³⁹ STC 66/1995, de 8 de mayo Fj 2

²⁴⁰ López, El derecho de reunión y manifestación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pág. 181

²⁴¹ STC 66/1995, de 8 de mayo Fj 5

derecho. En estos casos, la autoridad gubernativa, antes de prohibir la concentración, deberá ser especialmente diligente a la hora de proponer o arbitrar los medios necesarios para garantizar el ejercicio del derecho de reunión en el lugar y hora programados por los promotores.²⁴²

III.VI. EL DEBER DE NOTIFICACIÓN PREVIA DE LA REUNIÓN

La celebración de reuniones en lugares de tránsito público suele producir trastornos y restricciones en la circulación de personas y de vehículos que se ven impedidos de circular libremente por el lugar en el que se celebra la reunión. El objeto de la exigencia de la comunicación previa, establecida en el art. 21.2 C.E., es el de permitir que los poderes públicos puedan adoptar las medidas preventivas necesarias para hacer compatibles los diversos intereses en conflicto, en torno al uso de los los lugares de tránsito público.²⁴³

III.VI.I. RECHAZO AL NIVEL DE AUTORIZACIÓN

El deber de comunicación no constituye una solicitud de autorización, sino tan sólo una declaración de conocimiento a fin de que la autoridad administrativa pueda adoptar las medidas pertinentes para posibilitar tanto el ejercicio en libertad del derecho de los manifestantes, como la protección de derechos y bienes de titularidad de terceros.²⁴⁴ La autorización previa sólo podría ser exigible cuando está suspendido este derecho, en virtud de la declaración de un estado de excepción o de sitio.²⁴⁵ La exigencia del control previo de la Administración para el ejercicio de la libertad de reunión, que hoy está fuera de los ordenamientos jurídicos democráticos, tuvo en otro tiempo la función de salvaguardar los intereses políticos de las clases en el poder.²⁴⁶

El art. 5.1 y 2 de la Ley 17/1976 exigía, para poder celebrar una reunión en lugar abierto al uso público, que se solicitara la autorización previa del Gobernador Civil y que la solicitud se presentara con una antelación mínima de diez días naturales a aquel en que la reunión hubiera de celebrarse. Esta regulación establecía una prohibición general previa para su ejercicio, a reserva de la autorización del Gobernador Civil de la provincia

El Tribunal Constitucional estableció que, por su condición de norma superior y posterior, el art. 21 de la Constitución Española prevalecía sobre la Ley 17/1976 en toda la

²⁴² STC 66/1995, de 8 de mayo Fj 5

²⁴³ STC 66/1995, de 8 de mayo Fj 3

²⁴⁴ STC 66/1995, de 8 de mayo Fj 2

²⁴⁵ Bastida, Derecho de Petición, pág. 181

²⁴⁶ Soriano, Artículo 21: Derecho de reunión, pág. 577

regulación sustantiva. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones, sería suficiente la comunicación previa a la autoridad, la cual sólo podría prohibir la reunión cuando existieran razones fundadas de alteración de orden público, con peligro para personas o bienes. La Constitución consagra el derecho fundamental sin supeditarlo a la valoración discrecional y al acto habilitante y de poder implícito de la Administración, al matizar como única causa de prohibición la que afecta al orden público, a través de la objetivización de un riesgo específico.²⁴⁷

Según el tribunal, debía entenderse, en el orden sustantivo, que el derecho de reunión regulado en el art. 21 de la Constitución Española había derogado al de la misma especie de dicha Ley 17/1976 por ser incompatibles entre sí. De tal forma, la Ley 17/1976 habría perdido vigencia parcialmente, en cuanto imponía la autorización previa, debiendo adaptarse su contenido, para sustituir la exigencia de «solicitud de autorización» por la «comunicación previa».²⁴⁸ Se trataba de un cambio sustancial. Mientras en el anterior sistema de autorización previa para el ejercicio del derecho, la Administración podía llevar a cabo un verdadero control político de su ejercicio denegando la autorización cuando por motivos de mera oportunidad lo entendiera conveniente, en el actual régimen constitucional las autoridades tendrían que dejar al margen cualquier interés político.²⁴⁹

III.VI.II. REUNIONES ESPONTÁNEAS

En la jurisprudencia de instancia se ha afirmado que, la falta cumplimiento de las exigencias legales de comunicación previa a la autoridad gubernativa, no sería razón bastante para para obstaculizar su normal desarrollo.²⁵⁰

En el caso concreto, las Autoridades académicas conocieron la posible asistencia del Presidente de Gobierno a un acto público en el dicho Instituto de Microelectrónica, en la mañana del día 12, sin obtener confirmación oficial de su realización hasta la propia mañana del día 14 de enero, con lo cual mal podían conocerla los estudiantes para cumplir con la antelación requerida aquella exigencia legal de los artículos octavo y noveno de la citada Ley Orgánica 9/1983. Se trataría pues de una manifestación estudiantil, la de aquel día, que sin ajustarse en su convocatoria, por las razones expuestas, al texto de la norma legal, era, sin embargo, susceptible de ser entendida como ejercicio

²⁴⁷ STC 36/1982, de 16 de junio Fj 3

²⁴⁸ STC 36/1982, de 16 de junio Fj 4, jurisprudencia reiterada

²⁴⁹ López, El derecho de reunión y manifestación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pág. 181

²⁵⁰ Sentencia nº 860/99 de 13 de septiembre de 1999, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, citada por STS 3557/2003 Fj CUARTO

legítimo de aquel derecho que la CE a todos reconoce en su artículo 21.²⁵¹

III.VI.III. REQUISITOS DE LA COMUNICACIÓN PREVIA

El art. 21 CE no derogó las normas de la Ley 17/1976 en el aspecto adjetivo, constituido por las pautas procesales, que derivan como necesarias de la exigencia de la comunicación previa, y de la potestad o facultad atribuida a la autoridad de prohibir dichas reuniones en las circunstancias indicadas. Hata tanto hubiera sido dictada la ley orgánica, tendría validez la Ley 17/1976 en relación con la antelación y los requisitos legales mínimos de la comunicación.²⁵² De esta forma, el plazo mínimo para presentar la comunicación previa quedaba establecido en diez días. Este plazo fue confirmado por el artículo 8, primer párrafo, de la L.O. 9/1983, si bien añadió un plazo máximo de treinta días al objeto de evitar que la información que se presenta a la autoridad llegue con excesiva antelación.²⁵³

En un caso, en que la comunicación se había presentado únicamente con cuatro días de antelación a la fecha de la manifestación, el Tribunal Constitucional afirmó que, el incumplimiento de plazo de preaviso, o su falta, puede conducir a la prohibición de ésta por la autoridad gubernativa. A juicio del tribunal, el único derecho de reunión en lugar público que se reconoce es el que necesariamente se ha de ejercer comunicándolo previamente a la autoridad. El incumplimiento del plazo permite que la autoridad pueda prohibir la manifestación, pues esa prohibición está implícita dentro de la posible alteración del orden público, porque se impide a la Administración ejercer la finalidad preventiva que tiene encomendada al no tener a su alcance el necesario y exclusivo medio legal para ponderar o valorar si el posterior ejercicio del derecho repercutirá en la seguridad ciudadana. El Tribunal consideró que de no cumplirse las exigencias legales en cuanto al plazo de antelación mínimo para presentar la comunicación, ello constituiría una pretensión de ejercicio ilícito de un derecho que no puede protegerse jurídicamente.²⁵⁴

Esta postura ha sido flexibilizada por el propio tribunal, en un caso, en que el recurrente dirigió la comunicación previa al Ayuntamiento, y éste órgano le notificó su propósito de poner en conocimiento de la Administración electoral, a través de la Junta Electoral de Zona, su

²⁵¹ Sentencia nº 860/99 de 13 de septiembre de 1999, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, citada por STS 3557/2003 Fj CUARTO

²⁵² STC 36/1982, de 16 de junio Fj 4

²⁵³ López, El derecho de reunión y manifestación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pág. 179

²⁵⁴ STC 36/1982, de 16 de junio Fj 6; STC 42/2000, de 14 de febrero Fj 2; López, El derecho de reunión y manifestación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pág. 182

intención de celebrar la reunión en un espacio de tránsito público. Observó el tribunal que tales extremos ponen de manifiesto la voluntad de cumplimiento de la normativa electoral. Ello sería suficiente, por sí solo, para otorgar el amparo puesto que el *ius puniendi* debe ser administrado teniendo en cuenta que la aplicación del tipo penal no debe resultar desalentadora del ejercicio del meritado derecho fundamental ni desproporcionada, ya que así lo impone la interpretación constitucionalmente conforme de los tipos penales.²⁵⁵

III.VI.IV. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE NOTIFICACIÓN PREVIA

Inicialmente, la Ley 17/1976, de 29 de mayo, reguladora del derecho de reunión, disponía en su artículo sexto, que la Autoridad gubernativa podría denegar la autorización para las que hayan de celebrarse en lugares abiertos al uso público cuando la comunicación o solicitud carezcan de alguno de los requisitos previstos. El Tribunal Constitucional estableció en la STC 36/1982, de 16 de junio que, el incumplimiento de plazo de preaviso -o su falta-, como auténtica condición o presupuesto para la utilización constitucional del derecho de reunión, puede conducir a la prohibición de éste por la autoridad gubernativa, puesto que el único derecho de reunión que en lugar público se reconoce en el art. 21.2 es el que necesariamente se ha de ejercer comunicándolo previamente a la autoridad; prohibición que está implícita dentro de la posible alteración del orden público, porque se impide a la Administración ejercer la finalidad preventiva que tiene encomendada, al no tener a su alcance el necesario y exclusivo medio legal, para ponderar o valorar si el posterior ejercicio del derecho repercutiría en la seguridad ciudadana.²⁵⁶

Sin embargo, actualmente el incumplimiento del deber de comunicación previa no figura entre las causas de prohibición, establecidas en el artículo 10, ni tampoco entre las causas de suspensión o disolución establecidas en el artículo 5 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión. El incumplimiento del deber de comunicación previa, el mismo no convierte en ilícitas las reuniones en lugares de tránsito público. Sólo son ilícitas, de acuerdo con el art. 1, III de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, las así tipificadas por las leyes penales. El art. 513 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, dispone que son punibles las reuniones o manifestaciones ilícitas, y tienen tal consideración, las que se celebren con el fin de cometer algún delito y

²⁵⁵ STC 196/2002, de 28 de octubre Fj 6

²⁵⁶ STC 36/1982, de 16 de junio Fj 6

aquellas a las que concurren personas con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligroso. Una interpretación distinta ha sido asumida por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, según la cual, el incumplimiento del plazo puede conducir a esa prohibición.²⁵⁷

La existencia de una manifestación no autorizada no puede considerarse por sí misma como constitutiva de una infracción penal contra el orden público puesto que no puede afirmarse que los manifestantes, o parte de ellos, tuvieran conocimiento de tal situación.²⁵⁸

Sin embargo, según Amnistía Internacional, en diversas partes de España se ha informado sobre sanciones por asistir a manifestaciones celebradas sin la notificación previa requerida. En Madrid, en 2012, se celebraron 734 manifestaciones o concentraciones no comunicadas. En 2013, hasta mayo, se habían celebrado 197 sin cumplir el requisito de notificación previa. En ellas, la causa o el motivo de las sanciones impuestas a los participantes fue la ausencia de notificación o el hecho de celebrar una manifestación no comunicada, sin que se citaran otros factores adicionales (como que las autoridades consideraran que la manifestación había provocado una alteración del orden).²⁵⁹

IV. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

IV.I. GARANTÍAS DEL PROCEDIMIENTO

Revisaremos diversos criterios jurisprudenciales en torno a los vicios del procedimiento administrativo en Venezuela. La primera observación que deriva de su análisis es el papel que juegan las garantías constitucionales en la determinación de la naturaleza invalidante de una norma de procedimiento. Sobre todo, las garantías relativas a la tutela administrativa, al debido proceso, al derecho a la defensa, a la presunción de inocencia, al *non bis in idem*, al juez natural, han sido utilizadas por la jurisprudencia como parámetros para determinar cuándo y en qué medida una infracción de una norma legal de procedimiento es determinante de la nulidad del acto.²⁶⁰

La jurisprudencia venezolana ha reconocido la existencia de las *medidas cautelares en sede administrativa*, la cual deriva de la tutela administrativa efectiva. Dado el marcado carácter instrumental de las medidas cautelares, estas figuras encuentran justificación en la efectividad

²⁵⁷ STSJ EXT 2845/2001, de 21 de diciembre Fj CUARTO

²⁵⁸ SAP Z 2778/2012, de 25 de Septiembre Fj TERCERO

²⁵⁹ Amnistía Internacional, España: El derecho a protestar, amenazado, pág 14

²⁶⁰ Espinoza, Comentarios a la Ley orgánica de la jurisdicción contencioso administrativa, 2da. Ed., párr. 1563

que le conceden al acto que culminará el procedimiento. Igualmente se admite la existencia de un verdadero derecho a favor de los particulares para que se les acuerde las medidas cautelares administrativas, lo que se traduce en un deber a cargo de la Administración de otorgar la protección cautelar a los particulares involucrados en los procedimientos para evitar que sufran perjuicios durante el transcurso de los mismos.²⁶¹

El derecho a la defensa debe ser considerado no sólo como la oportunidad para el ciudadano encausado o presunto infractor de hacer oír sus alegatos, sino el derecho de exigir al Estado el cumplimiento previo a la imposición de la sanción, de un conjunto de actos o procedimientos.²⁶² El derecho a la defensa comprende el derecho a ser oído; el derecho a ser notificado de la decisión administrativa, a los efectos de que le sea posible al particular presentar los alegatos que en su defensa pueda aportar al procedimiento; el derecho a tener acceso al expediente, con el propósito de examinar en cualquier estado del procedimiento las actas que lo componen; el derecho que tiene el administrado a presentar pruebas que permitan desvirtuar los alegatos ofrecidos en su contra por la Administración; el derecho que tiene toda persona a ser informado de los recursos y medios de defensa y finalmente, el derecho a recibir oportuna respuesta a sus solicitudes.²⁶³

IV.II. INFLUENCIA DE LOS DERECHOS MATERIALES EM EL PROCEDIMIENTO

Se alega el incumplimiento de la normativa de participación ciudadana, por la omisión de la consulta popular de los pueblos indígenas, de la Ley de División Politico-Territorial del Estado Amazonas. Los oponentes al recurso alegaron que antes de la promulgación de la Ley, por el Gobernador del Estado fueron realizadas consultas a diversos órganos, y comunidades indígenas.²⁶⁴

Para los efectos de nuestro estudio, uno de los aspectos relevantes de la sentencia CSJ-PLENO 05/12/1996 fue el haber analizado y reconocido el derecho a la participación política como un derecho de rango constitucional no escrito, pero derivado de un derecho constitucional material. La Corte consideró que el derecho a la participación política forma parte del contenido esencial de la protección a la comunidad indígena (art. 77 Constitución del 61), por ser el derecho a la participación política en una sociedad democrática un principio general de rango

²⁶¹ CPCA Exp. N° 02-2436; criterio ratificado en SPA-TSJ 19/08/2003 Exp. N° 02-2436; CPCA Expediente N° 02-2400; CSCA 26/02/2007 Exp. N° AP42-R-2006-001713

²⁶² SPA-TSJ 06/05/2003 Exp.N°: 2002-0823

²⁶³ SPA-TSJ 04/08/2004 Exp. 2002-00676

²⁶⁴ CSJ-PLENO 05/12/1996; SC-TSJ 08/05/002 Exp. n° 00-2262; SC-TSJ 22/01/2003 Exp. n° 03-0017

constitucional, lo que la doctrina define como gobernabilidad participativa y por ser un derecho de las minorías.

En el caso citado, la Corte reconoció el derecho a la participación política como derecho de rango constitucional, consagrado en el artículo 25 de la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en la Declaración Universal de derechos Humanos (art. 21); en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 20) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (art.23). La Corte observó que no había sido realizado el procedimiento de consulta previa establecido en la Constitución del Estado Amazonas, el cual constituye una expresión del derecho constitucional a la participación ciudadana. Tal participación debe manifestarse antes y durante la actividad legislativa.²⁶⁵ Sin embargo, este precedente judicial constituye un ejemplo aislado en el derecho venezolano.

IV.III. EL PRINCIPIO DE COLABORACIÓN

Hemos visto que la dimensión objetiva del derecho de reunión produce una influencia determinante del procedimiento. Tales principios son aplicables en el derecho venezolano, especialmente debido a una disposición contenida en la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, que alude a un procedimiento de concertación con los organizadores, al señalar que la decisión deberá ser asumida “de acuerdo con los organizadores”. Se trata de una materia de escaso desarrollo en nuestro país, pero de enorme potencial, como una vía alternativa de resolución de conflictos en derecho público.

IV.IV. EL DEBER DE ASESORÍA Y CONSULTA EM EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Hemos sostenido que, en lugar de asumir unilateralmente decisiones que afectan intereses de las partes, el juez puede, bien sugerir a la parte la posibilidad de tomar una decisión en el proceso o bien consultar a las partes su posición, acerca de una decisión que el tribunal podría asumir directamente.²⁶⁶

El deber de asesoramiento puede encontrarse fundado en el principio de justicia social, en el sentido de que el derecho de las partes no debe quedar sin protección debido a errores por inexperiencia o impericia de sus apoderados judiciales. En este aspecto, el resultado puede tener

²⁶⁵ Fuente: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 1997, pág. 342

²⁶⁶ Espinoza/Rivas, Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 3ra. Ed., párr. 95

un importante impacto en el acceso a la justicia de determinados sectores sociales. Por su parte, el deber de consulta se basa en el principio de justicia transparente y en el derecho a la defensa. Las partes deben tener la oportunidad de pronunciarse sobre todos los aspectos procesales relevantes y sobre todos los puntos de hecho y de derecho que son determinantes de la sentencia. La finalidad es evitar las decisiones sorpresa, basadas en argumentos que las partes no tomaron en cuenta.²⁶⁷ Ejemplo del deber de asesoramiento podría ser la sugerencia de reconducción a la parte demandante, acerca del tipo de pretensión deducida, en aspectos complejos, tales como la delimitación entre una acción por negativa y el recurso de nulidad. Pero también en el planteamiento de temas referidos a la admisibilidad y al fondo de la controversia, hasta agotarse el debate. La facultad del juez de facilitar la comparecencia e informar sobre los aspectos relevantes de la controversia a las personas, entes, consejos comunales, colectivos o cualquier otra manifestación popular, constituye una forma de aplicación de los deberes de asesoramiento del juez. Estimamos que, la única forma de que la participación sin representación ni asistencia de abogado, de tales entes, pueda producirse adecuadamente, es a través de los deberes del juez de consulta y asesoramiento de las partes.²⁶⁸

IV.V. EL DEBER DE NOTIFICACIÓN PREVIA DE LA REUNIÓN

IV.V.I. LA MUTACIÓN DEL DEBER DE NOTIFICACIÓN EM UM REQUISITO DE AUTORIZACIÓN

En menos de 30 días, sin procedimiento que permitiera la participación de otros interesados o la consulta de órganos especializados, la Sala Constitucional resolvió una solicitud de interpretación del derecho a manifestar públicamente. Según la Sala, la “autorización” constituye un requisito de carácter legal, cuyo incumplimiento “limita de forma absoluta” el derecho a la manifestación pacífica. También señaló que, cualquier reunión pública que no cuente con la autorización podrá dar lugar a que los cuerpos policiales actúen dispersando dichas concentraciones.²⁶⁹

En su sentencia del 24/04/2014, la Sala Constitucional se pronunció acerca de una solicitud de interpretación del artículo 68 de la Constitución, específicamente lo relacionado con la actuación de los Alcaldes frente al requerimiento de manifestaciones públicas. Al

²⁶⁷ Espinoza/Rivas, *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 3ra. Ed., párr. 97

²⁶⁸ Espinoza/Rivas, *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 3ra. Ed., párr. 100

²⁶⁹ SCON-TSJ 24/04/2014 Exp. N° 14-0277; SCON-TSJ 16/07/2014 Expediente n.° 14-0452

respecto, debe observarse que la referencia de la Sala Constitucional al art. 68, marca un grave error de interpretación de la Constitución, que afecta el resto del fallo. Hemos visto, que en Venezuela no es correcto referirse sólo al derecho de manifestación del art. 68, sin tomar en consideración su indisoluble relación con el art. 53.

En el texto de la sentencia, sólo se hace una referencia marginal al art. 53 de la Constitución, al señalar que, el derecho a la manifestación pacífica, junto con el derecho a la reunión pública previsto en el artículo 53 de la Carta Magna constituyen una manifestación del derecho a la libertad de conciencia de los ciudadanos (artículo 61). De resto, no sólo se omite por completo la garantía expresa contenida en el art. 53, según la cual, toda persona tiene el derecho de reunirse, pública o privadamente, *sin permiso previo*, sino que se llega a una interpretación opuesta de su texto.

La sentencia del 24/04/2014 transcribe el texto del art. 43 de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas, y Manifestaciones, el cual es el siguiente:

Artículo 43. Los organizadores de reuniones públicas o manifestaciones, deberán participarlo con veinticuatro horas de anticipación cuando menos, por escritos duplicado, en horas hábiles, a la primera autoridad civil de la jurisdicción con indicación del lugar o itinerario escogido, día, hora y objeto general que se persiga. Las autoridades en el mismo acto del recibo de la participación deberán estampar en el ejemplar que entregan a los organizadores, la aceptación del sitio o itinerario y hora.

La Sala Constitucional afirmó que la norma transcrita establece el lapso del cual disponen los organizadores “*para solicitar autorización para realizar la reunión pública o manifestación*”. Concluyó la Sala que, tal *autorización*, constituye un requisito de carácter legal, cuyo incumplimiento limita de forma absoluta el derecho a la manifestación pacífica, impidiendo así la realización de cualquier tipo de reunión o manifestación. Su incumplimiento podrá dar lugar a que los cuerpos policiales y de seguridad en el control del orden público, actúen dispersando dichas concentraciones.²⁷⁰

Coincidimos con *Chavero*, en el sentido que un requisito de autorización previa para la realización de reuniones públicas, produce el mismo efecto disuasivo en el ejercicio del derecho, que un procedimiento administrativo de censura previa, con respecto al derecho a la libertad de expresión.²⁷¹

²⁷⁰ SCON-TSJ 24/04/2014 Exp. N° 14-0277

²⁷¹ Chavero, El reino de la intolerancia, pág. 290

IV.V.I. EL ESTÁNDAR DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

El aludido criterio de la Sala Constitucional ha sido cuestionado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En su Informe de 2014, se consideró necesario incluir un Capítulo sobre la situación de derechos humanos en Venezuela, por haber determinado que existe una violación grave de los elementos fundamentales y las instituciones de la democracia representativa previstos en la Carta Democrática Interamericana, que son medios esenciales para la realización de los derechos humanos.²⁷² En cuanto al criterio de la autorización previa, la Comisión recordó que, la exigencia de una notificación previa no debe ser confundida con la exigencia de un permiso previo que pudiera ser otorgado discrecionalmente para limitar este derecho, aún cuando se trate de espacios públicos.²⁷³

Entre otras recomendaciones, la Comisión señaló que el Estado de Venezuela debía abstenerse de ejercer represalias o utilizar el poder punitivo del Estado para intimidar o sancionar a personas en virtud de su opinión política y garantizar la pluralidad de espacios para el ejercicio democrático, incluyendo el respeto a las movilizaciones y protestas que se llevan a cabo en ejercicio del derecho de reunión y manifestación pacífica.²⁷⁴

IV.V.III. EL ESTÁNDAR DE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS

En su primer informe temático presentado al Consejo de Derechos Humanos, el Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación recordó que el derecho a la libertad de reunión pacífica significa que no debe requerirse la emisión de un permiso para poder celebrar una reunión. De ser necesario, es posible que se exija apenas una notificación previa, cuando se trate de reuniones de gran envergadura o de reuniones en las que se prevé pueda ocurrir algún tipo de desorden. Las reuniones pacíficas y espontáneas, que son en general una reacción a la producción de un hecho concreto —como el anuncio del resultado de las elecciones— y que por definición no pueden notificarse previamente, deberían tolerarse más en el contexto de las elecciones. Además, el Relator Especial considera que las leyes que establecen mecanismos para obtener autorización son incluso más problemáticas en un contexto

²⁷² CIDH Informe Anual 2014, Capítulo IV Venezuela, párr. 326

²⁷³ CIDH Informe Anual 2014, Capítulo IV Venezuela, párr. 698

²⁷⁴ CIDH Informe Anual 2014, Capítulo IV Venezuela, párr. 699

electoral, dado que esa autorización puede negarse arbitrariamente, en particular cuando los manifestantes se proponen criticar las políticas del gobierno.²⁷⁵

En el Sudán, una manifestación pacífica organizada por un candidato independiente a la gobernación en las elecciones de abril de 2010 fue restringida por las fuerzas policiales, que alegaron que los organizadores no habían solicitado permiso para hacerlo. Varios manifestantes fueron detenidos y/o heridos por las fuerzas de seguridad.²⁷⁶

IV.V.IV. EL CINCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE NOTIFICACIÓN PREVIA

El art. 49 de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones dispone el deber de las autoridades competentes de tomar todas las medidas preventivas tendientes a evitar las reuniones públicas o manifestaciones para las cuales no se haya hecho la debida participación o las que pretendan realizarse en contravención a las disposiciones de dicha Ley. Se establecen sanciones de arresto de quince a treinta días. También aquí es necesaria una interpretación conforme a la Constitución, en el sentido que la falta de notificación no puede dar lugar a la ilicitud o a la disolución de la reunión. Estimamos aplicables los argumentos sostenidos en el derecho comparado.

No compartimos el criterio de la Sala Constitucional, según el cual, cualquier reunión pública que no cuente con el aval previo de la autorización por parte de la respectiva autoridad competente para ello, podrá dar lugar a que los cuerpos policiales y de seguridad en el control del orden público a los fines de asegurar el derecho al libre tránsito y otros derechos constitucionales (como por ejemplo, el derecho al acceso a un instituto de salud, derecho a la vida e integridad física), actúen dispersando dichas concentraciones con el uso de los mecanismos más adecuados para ello, en el marco de lo dispuesto en la Constitución y el orden jurídico.²⁷⁷ Esta posición desconoce el texto expreso de la garantía del derecho de reunión “sin permiso previo”, establecido en el art. 53 de la Constitución. Además, tal criterio haría imposible el ejercicio del derecho en el caso de las reuniones espontáneas y urgentes, que hemos expuesto en el caso del derecho alemán. La posición de la Sala Constitucional resulta además contraria a los estándares establecidos en el sistema interamericano de derechos humanos, según los cuales, la exigencia de una notificación previa no debe transformarse en la exigencia

²⁷⁵ Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, de 21 de mayo de 2012, párr. 24

²⁷⁶ Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, de 21 de mayo de 2012, párr. 24

²⁷⁷ SCON-TSJ 24/04/2014 Exp. N° 14-0277

de un permiso previo otorgado por un agente con facultades ilimitadamente discrecionales,²⁷⁸ por lo que la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo.²⁷⁹

V. CONCLUSIONES

Los derechos fundamentales, y sobre todo, las garantías procedimentales, producen una influencia determinante en la configuración del procedimiento administrativo. Al mismo tiempo, la configuración del procedimiento puede resultar determinante para el ejercicio de los derechos fundamentales. La protección de los derechos fundamentales a través del procedimiento, tiene una función instrumental, al servicio del derecho fundamental material en juego.

El derecho de reunión tiene un importante contenido jurídico procedimental y de organización administrativa. De allí deriva, la exigencia para los órganos del Estado de conducirse en forma favorable al ejercicio del derecho de reunión; la necesidad de la cooperación y el debate; así como el deber de asesoría y consulta.

Las reuniones no requieren de permiso previo; no se encuentran bajo un régimen de prohibición preventiva bajo reserva de permisión. Tampoco son aplicables a las reuniones las disposiciones sobre permisos especiales, tales como las de uso de las vías públicas.

El deber de notificación previa sólo es admisible constitucionalmente, si no aplica sin excepciones, sino que permite la celebración de reuniones espontáneas y urgentes. No sería admisible constitucionalmente, que la omisión del deber de notificación produjera automáticamente la prohibición de la reunión.

El deber de notificar oportunamente no es exigible en el caso de demostraciones espontáneas, que se forman de un momento a otro. Esa valoración de las manifestaciones espontáneas se debe a que las disposiciones legales que regulan las reuniones se deben aplicar a la luz del derecho fundamental y, en caso dado, deben subordinarse a éste.

A diferencia de las reuniones espontáneas, las reuniones urgentes sí son planificadas y tienen un organizador, pero no pueden ser anunciadas dentro del plazo establecido en la ley, sin poner en riesgo el objetivo de la manifestación. En tales casos, no se requiere una renuncia a la

²⁷⁸ Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión 2005, párr. 95

²⁷⁹ Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión 2002, párr. 30 y sig.

notificación, sino simplemente, una disminución del término teniendo en cuenta el tipo de reunión.

En la jurisprudencia venezolana anterior a la Constitución de 1999 había sido reconocida la influencia de derechos materiales para la configuración del procedimiento administrativo. Pero en la actualidad predomina la aplicación de las garantías constitucionales procedimentales.

Pero uno de los graves retrocesos en la protección del derecho de reunión en Venezuela ha sido la mutación del deber de notificación hacia una reserva de permiso previo, en contra de la disposición expresa contenida en el art. 53 de la Constitución, según la cual, toda persona tiene el derecho de reunirse, pública o privadamente, *sin permiso previo*.

REFERÊNCIAS

Bastida Freijedo, Francisco J.: *Derecho de petición*. En la obra colectiva, Temas basicos de derecho constitucional. Tomo III. Tribunal constitucional y derechos fundamentales, Manuel Aragon Reyes (Coord.), Civitas Ediciones S.L., 2001

Cremer, Wolfram: *Freiheitsgrundrechte: Funktionen und Strukturen*, Mohr Siebeck, 2003

Denninger, Erhard: §193. *Staatlicher Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organization und Finanzierung*. En: Isensee/Kirchhof (Coord.) Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Tomo 9, 3ra. Edición, C.F. Müller, 2003

Diekötter, Ulrich: *Die Auswirkung von Verfahrensfehlern auf die Rechtsbeständigkeit von Ermessensentscheidungen*. Peter Gmbh Lang 1997

Espinoza Alexander / Rivas Alberti Jhenny, *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Aspectos Fundamentales*. Instituto de Estudios Constitucionales, Tercera Edición, Caracas 2013

Espinoza, Alexander: *Influencia de los derechos fundamentales en el procedimiento administrativo*. En: Procedimiento administrativo y contencioso-administrativo. Especial referencia al derecho a manifestar públicamente Vol. II. FUNEDA, Caracas 2014

Espinoza, Alexander: *Influencia de los derechos fundamentales en el procedimiento administrativo*. En *Procedimiento administrativo y contencioso*. Vol. II. FUNEDA, 2014
Gerhardt in: Schoch/Schmidt-Assmann/Pietzner, *VwGO § 113*. Verlag C. H. Beck München 2008

Grimm, Dieter: *Verfahrensfehler als Grundrechtsverstöße*, NVwZ 1985, pp. 865 - 872

Hesse, Konrad: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 17va Edición, Heidelberg 1990

Hill, Hermann: *Das Fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht*. R.v. Decker, 1986

Höfling, Wolfram: *Art. 8, en Grundgesetz*, Sachs (Coord.), 4ta Edición, C.H. Beck München 2007

Hufen, Friedhelm, *Zur Systematik der Folgen von Verfahrensfehlern*. DVB1. 1988, 69

Jochum, Heike: *Verwaltungsverfahrenrecht und Verwaltungsprozessrecht: die normative Konnexität von Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrecht und die Steuerungsleistung des materiellen Verwaltungsrechts*. Mohr Siebeck, Tübingen 2004

Katz, Alfred: *Staatsrecht: Grundkurs im öffentlichen Recht*, Hüthig Jehle Rehm, 2010

López González, José Luis: *El derecho de reunión y manifestación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* Núm. 96. Abril-Junio 1997

Pieroth, Bodo / Schlink, Bernhard / Knisel, Michel: *Polizei- und Ordnungsrecht, mit Versammlungsrecht*. Verlag C.H. Beck, 5ta.Edición, München 2008

Pieroth, Bodo / Schlink, Bernhard: *Grundrechte. Staatsrecht II*, 22va Edición C.F. Müller

Verlag, Heidelberg 2006

Rupp, Hans Heinrich: *Bemerkungen zum verfahrensfehlerhaften Verwaltungsakt*, in: Festschrift für Otto Bachof zum 70. Geburtstag am 6. März 1984, München

Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Art 19 IV

Schmidt-Preuß, Matthias. *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht. Das subjektive öffentliche Recht im multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis*. Schriften zum Öffentlichen Recht Band. 627, Berlin 1992

Schoch, Friedrich: *Polizei- und Ordnungsrecht*. En: Schoch, Friedrich (Coord.), *Besonderes Verwaltungsrecht*. Mit Onlinezugang zur Jura-Kartei-Datenbank. 15ta Edición, De Gruyter Studium, Berlín 2013

Soriano Díaz, Ramón: *Artículo 21: Derecho de reunión*, en Oscar Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Cortes Generales-EDERSA, Madrid, Tomo II, 1997

Chavero Gazdik, Rafael J.: *El reino de la intolerancia. El problema de la libertad de expresión en Venezuela*. Editorial Aequitas C. A, Caracas 2006

Bethge, Herbert: *Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren - Zu einigen Aspekten der aktuellen Grundrechtsdiskussion*, NJW 1982, 1